

La réception de l'opinion publique par le système de droit criminel

José Roberto Franco Xavier

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

© José Roberto Franco Xavier, Ottawa, Canada, 2012

RÉSUMÉ

Cette thèse traite des possibilités d'intégration de l'opinion publique dans les opérations du système de droit criminel. En s'appuyant sur le cadre de la théorie des systèmes de Niklas Luhmann et sur le concept de rationalité pénale moderne d'Alvaro Pires, cette thèse prétend faire une double contribution. D'un côté, il est question d'avancer des distinctions et des précisions théoriques sur ce qui peut constituer cette opinion publique – et même, de façon plus générale, les stimuli externes apparentés à ce concept (public, mouvements de protestation, victimes) – et d'examiner la façon de concevoir son rapport avec le système de droit criminel. D'un autre côté, il est question d'observer empiriquement les mécanismes que ledit système met en place pour gérer la pression qu'il ressent de son environnement. Qui plus est, en nous servant de ce concept de rationalité pénale moderne, nous essayons de montrer dans cette thèse que des stimuli externes qui prônent un système plus punitif et intolérant ont beaucoup plus de chances d'être entendus que des communications qui sont critiques à l'égard de la punitivité du système. Finalement, nous devons ajouter que ce travail a eu l'ambition de faire une « sociologie du droit avec le droit », c'est-à-dire que la sociologie qui a été mise en place ici a eu l'intention de prendre en considération le point de vue interne du droit. Ses catégories, son raisonnement et ses opérations sont traités à partir d'un cadre théorique de la sociologie, mais toujours en considérant que le système juridique a une logique propre qui est souvent oubliée par la sociologie du droit.

REMERCIEMENTS

Cette thèse n'aurait pas été possible sans le support financier de la *Fundação CAPES* (Ministère de l'Éducation du Brésil) et de la *Chaire de recherche du Canada en Traditions juridiques et rationalité pénale*. À ces deux institutions, un grand remerciement pour m'avoir permis de me concentrer uniquement sur ma recherche au long des dernières années.

Au Département de criminologie de l'Université d'Ottawa et à son équipe de professeurs, je dois toute ma formation supérieure. Après y avoir fait ma maîtrise et mon doctorat, je quitte maintenant ce Département avec le sentiment d'y avoir vécu une période spéciale de ma vie. Je suis très reconnaissant à tous ces professeurs avec qui j'ai pu travailler, qui m'ont accueilli avec une chaleur humaine formidable et m'ont permis d'agrandir le champ de mes connaissances. Je remercie spécialement le professeur Fernando Acosta qui a eu une bonne part de responsabilité dans ma décision de faire des études ici.

Aux interviewés, qui non seulement ont rendu cette thèse possible mais qui ont transformé le parcours de sa construction en un grand apprentissage des rapports humains, je suis très reconnaissant. Les entrevues n'ont pas toujours été faciles (quelques-unes ont été franchement difficiles sur le plan de l'interaction personnelle), mais l'accueil que j'ai eu de leur part a été le plus souvent fait avec une extrême patience et une grande générosité. Leur intérêt et leur enthousiasme à participer à cette recherche ont toujours concouru à la fois à me motiver davantage et à me rappeler constamment ma responsabilité de faire un travail digne de leurs attentes.

Un remerciement spécial est dû aussi à tous mes ami(e)s et collègues à la CRC en *Traditions juridiques et rationalité pénale*. Dans cet environnement de travail, j'ai eu l'occasion de côtoyer, au fil des huit années que j'y ai passées, des personnes extraordinaires qui m'ont énormément encouragé à poursuivre cette carrière académique. Parmi tous ces ami(e)s, il y a un sentiment de gratitude spéciale envers ma chère amie Mariana Raupp qui a partagé avec moi plusieurs bonheurs et angoisses du quotidien du doctorat. Je tiens aussi à remercier Carmen Fullin et Margarida Garcia pour leur support dans des moments difficiles de l'écriture de cette thèse.

Certains amis ont été fondamentaux pour que cette thèse puisse être menée à terme. Ayant le français comme troisième langue, je n'aurais pas été capable d'entreprendre un tel travail sans la collaboration de plusieurs amis francophones. Je tiens à remercier Laure Leblanc, Aurélie Laurent et Sylvain Cantaloup pour leurs révisions linguistiques. Je dois remercier aussi mes amis Richard Dubé et Riccardo Cappelletti pour la révision linguistique et les critiques de fond de certaines sections de cette thèse. À Riccardo, ainsi qu'à Marcel et Andrea, je tiens aussi à dire merci de leur généreux accueil dans leurs villes respectives.

Trois personnes ont été les « personnes ressources » les plus importantes lors de la rédaction de cette thèse et, à leur égard, j'ai une énorme reconnaissance. Gérald Pelletier a été d'une générosité extraordinaire envers moi, en révisant presque tout le travail. Je suis lui aussi très reconnaissant pour sa bonne humeur, sa solidarité et son amitié pendant toutes ces années où nous avons partagé l'espace de travail du Laboratoire à la Chaire. Merci aussi à mon amie Marie-Lyne Vachon pour la disponibilité dont elle a fait preuve – à la dernière minute – en m'aidant dans mon texte et pour ses encouragements soutenus. Et, finalement, j'ai une énorme gratitude envers mon ami Jean-François Cauchie pour ses lectures, critiques, conseils et pour avoir été là dans des moments très difficiles.

Mon comité d'accompagnement a joué un rôle très important pour moi au long de cette thèse. Colette Parent a certainement été la personne qui m'a le plus aidé à me faire progresser dans un délai raisonnable. Sans ses échéances et ses commentaires rapides, cette thèse aurait pris beaucoup plus de temps. Colette a aussi été d'une générosité extraordinaire pour ce qui est de son temps et d'une patience notable envers moi quand je m'obstinais à invoquer certains arguments. Ses critiques ont sûrement rendu ce travail non seulement plus solide mais aussi plus intéressant pour le lecteur. Maíra Machado, à son tour, a été la personne-ressource la plus importante sur le plan de la recherche empirique de cette thèse. Elle m'a très généreusement accueilli à la *Fundação Getúlio Vargas* à Sao Paulo où elle a mis à ma disposition toute sa structure de travail. Le fait de savoir que nos chemins vont continuer à se croiser sur le terrain de la recherche est pour moi une source de grand plaisir. J'ai hâte de commencer ce partenariat.

À mon directeur de thèse, je dis un énorme merci pour toute la générosité personnelle et intellectuelle qu'il a manifestée à mon égard. De cette longue période de plus de huit ans de travail ensemble, je conserverai toujours le souvenir d'une personne exemplaire par son dévouement à la recherche et par son humilité intellectuelle. J'espère avoir été à la hauteur de ses attentes et de sa générosité.

À mes parents, Sonia et José Roberto, je tiens à témoigner toute ma gratitude pour leur support et leurs encouragements soutenus. Malgré la très grande distance physique, leur confiance en mes choix et leur admiration devant mon parcours de vie ont toujours été pour moi source de joie et de fierté. Je tiens à remercier aussi Fernando et Malu, mes beaux-parents, pour leurs fréquentes visites et leur soutien continu à partir du Brésil.

Finalement, à Julia, ma conjointe, qui a fait preuve d'une patience extrême tout au long de ce doctorat, mes plus grands remerciements. Sa présence quotidienne dans ma vie depuis treize ans est sans doute ma plus grande source de bonheur. Julia, ma Paixão, cette thèse je te la dédie.

TABLE DES MATIÈRES

1. Introduction.....	1
2. Du contexte au problème de recherche.....	7
2.1. Le contexte.....	8
2.1.1. L'expansion médiatique.....	9
2.1.2. Le virage punitif et le populisme pénal	11
2.1.3. L'émergence des victimes	15
2.1.4. Un scénario de pressions sur le SDC.....	17
2.2. Le problème de recherche.....	19
3. Les études sur l'opinion publique et la peine criminelle.....	23
3.1. Les rapports entre l'opinion publique et la détermination de la peine du point de vue de la science : une introduction.....	24
3.2. Orientations de recherche.....	27
3.2.1. Les peines des juges et les « peines » du public.....	27
3.2.2. Les « peines » du public et les peines légales.....	32
3.2.3. Les variables qui jouent un rôle dans les peines attribuées par le public.....	33
3.2.4. Le public et les théories de la peine.....	39
3.2.5. Opinion publique par rapport à la punitivité du système pénal.....	42
3.2.6. Influence de l'opinion publique dans les sentences.....	44
3.3. Certaines discussions théoriques présentes dans la littérature.....	48
3.4. Critique de la littérature sur la détermination de la peine et l'opinion publique.....	56
3.4.1. L'apport de certaines de ces études.....	56
3.4.2. Le problème de la confiance du public dans le système de droit criminel.....	60

3.4.3.	Le problème de la confusion des rôles.....	63
3.4.4.	Le problème de l'absence des théories de la peine.....	68
3.4.5.	Le problème des distinctions.....	72
3.5.	Remarques conclusives	74
4.	Questions théoriques.....	76
4.1.	La conception du droit adoptée.....	77
4.1.1.	Quelques éléments généraux sur la théorie des systèmes autopoïétiques.....	77
4.1.2.	Le droit en tant que système autopoïétique.....	83
4.1.3.	Le système de droit criminel en tant que sous-système du système de droit.....	95
4.2.	Les stimuli externes au système de droit criminel.....	98
4.2.1.	Les médias de masse.....	99
4.2.2.	L'opinion publique et le public.....	103
4.2.2.1.	Considérations théoriques.....	103
4.2.2.2.	L'opinion publique et le public comme stimuli externes.	109
4.2.3.	La question des victimes et leur double statut : stimulus externe et donnée du système.....	111
4.2.3.1.	La victime à l'extérieur du système de droit criminel....	113
4.2.3.1.1.	Les mouvements des victimes en tant que mouvements de protestation.....	113
4.2.3.1.2.	Les victimes comme un public ordinaire.....	121
4.2.3.1.3.	Les victimes en tant que communications d'autres systèmes (organisées en thème).....	123
4.2.3.2.	La victime à l'intérieur du système de droit criminel....	124
4.2.3.3.	Considérations finales.....	130
4.3.	Le problème de la rationalité pénale moderne.....	132
4.3.1.	Considérations générales.....	133
4.3.2.	Le système de pensée appelé RPM.....	133

4.3.3.	La composition de ce système de pensée.....	136
4.3.4.	Théories de la peine : théories pratiques.....	144
4.3.4.1.	La théorie de la dissuasion.....	147
4.3.4.2.	La théorie de la rétribution.....	149
4.3.4.3.	La théorie de la réhabilitation.....	152
4.3.4.4.	La théorie de la dénonciation.....	155
4.3.4.5.	La théorie de la neutralisation.....	158
4.3.5.	La RPM et son actualisation dans plusieurs circuits de communication de la société.....	163
4.3.6.	La distinction directrice.....	165
5.	Questions méthodologiques.....	168
5.1.	Certains enjeux sous-jacents et généraux sur les plans épistémologique et méthodologique	169
5.2.	La démarche de recherche.....	177
5.3.	Une recherche qualitative.....	182
5.4.	La cueillette des données et l'analyse du matériel.....	184
5.4.1.	La raison des entrevues et les résultats entendus comme communications du SDC.....	184
5.4.2.	Le choix du champ empirique, l'échantillonnage et l'accès au terrain.....	188
5.5.	L'analyse des données.....	190
5.6.	Remarques finales.....	194
6.	La rationalité pénale moderne dans les opérations du système de droit criminel.....	196
6.1.	Les théories de la peine comme fondement empirique de la punition.....	199
6.1.1.	Les justifications rétributivistes de la peine.....	200
6.1.2.	Les justifications utilitaristes de la peine.....	207
6.1.3.	Deux remarques sur les théories de la peine dans notre matériel empirique.....	221

6.2.	Des raisonnements pour construire une obligation d'infliger une souffrance en tant que peine criminelle.....	223
6.2.1.	L'obligation de punir comme un droit « indisponible » de l'État...	224
6.2.2.	L'obligation de punir en fonction de l'improbabilité de la composition et pour garantir la pacification de la société.....	230
6.2.3.	L'obligation de punir en vertu de l'intérêt de la société.....	235
6.2.4.	L'obligation de punir : les deux faces de l' <i>ultima ratio</i>	238
6.3.	Les limites de l'arbitre du juge : la contrainte des dispositifs légaux.....	246
6.4.	Les pistes pour une ouverture : des possibilités pour penser la punition autrement.....	248
6.5.	Remarques finales.....	255
7.	Le système de droit criminel (SDC) face au public et à l'opinion publique.....	259
7.1.	Un éclaircissement théorique préliminaire : sur les concepts d'« irritation » et de « bruit ».....	260
7.2.	L'observation et l'évaluation des stimuli externes par le SDC.....	266
7.2.1.	Une dynamique permanente du système : du bruit à l'irritation, de l'irritation au bruit.....	266
7.2.1.1.	Le bruit plus marqué.....	267
7.2.1.2.	L'irritation du système et l'ouverture aux stimuli externes.....	272
7.2.2.	Sur la difficulté présentée par les stimuli externes et comment les rendre acceptables.....	276
7.2.2.1.	Des mécanismes de prise de distance.....	276
7.2.2.2.	Construction d'une opinion publique acceptable.....	281
7.2.3.	Les « zones de possibilité » d'une ouverture cognitive.....	287
7.2.3.1.	Opinion publique et la zone de possibilité « ordre public ».....	287
7.2.3.2.	Opinion publique et la zone de possibilité « culpabilité ».....	293

7.2.3.3. Opinion publique et la zone de possibilité « conséquences du crime ».....	298
7.2.3.4. Opinion publique et les théories de la peine : dénonciation et l'effet pédagogique de la peine	302
7.2.3.5. Opinion publique et la zone de possibilité « crédibilité- légitimité »	308
7.2.4. Opinion publique et les changements dans le déroulement de la procédure.....	317
7.2.5. Les victimes, un public particulier, et des possibilités pour sa réception dans le système.....	320
7.3. Remarques finales.....	326
8. Conclusions.....	329
8.1. Un système autonome n'est pas un système fermé à l'opinion publique.....	330
8.2. Une opinion publique qui renforce la punitivité du système : la RPM comme facteur de « l'inégalité de probabilités » pour l'acceptation des stimuli externes.....	331
8.3. Qu'est-ce qui est « dû » à l'opinion publique?.....	334
8.4. Quelques mots finaux : la place de la critique.....	341
BIBLIOGRAPHIE.....	343
ANNEXES.....	360

1. Introduction

Un monde dans lequel les médias de masse sont omniprésents est un monde où le spectacle du crime est ubiquiste, où l'opinion publique est en permanence sensibilisée à la menace du crime et où le système de droit criminel est constamment l'objet d'un regard inquisitoire. L'explosion médiatique des dernières décennies a engendré une nouvelle ampleur sociale du crime, le fait divers par excellence. Dans un tel scénario de constante dramatisation médiatique des affaires criminelles et de profusion de paniques morales, pour reprendre Cohen (1972), les regards se tournent plus que jamais vers le système de droit criminel (dorénavant SDC) et ses réponses au crime.

Dans cette thèse, nous nous proposons d'examiner le SDC dans un environnement chargé d'attentes et de pressions à son endroit. La résistance des acteurs juridiques à l'émotivité de l'opinion publique et à une pression punitive qui voudrait précipiter le déroulement normal des étapes de la justice est un phénomène assez connu. La tâche de décider en matière criminelle est une tâche empreinte de rites et de critères juridiques qui vont entrer en relation d'une façon quelconque avec l'opinion publique. Cette relation virtuellement conflictuelle, repérée à partir du point de vue du SDC, est la matière sur laquelle nous nous penchons dans cette thèse. Pour ce faire, la juridiction brésilienne a été utilisée comme prise empirique, mais nous avons ici la prétention de développer un argument théorique qui décrit un problème commun à plusieurs pays en Occident.

Nous précisons de façon plus exacte notre problème de recherche dans le chapitre suivant (infra 2.2), mais il est convenable de dire dès maintenant ce que nous n'allons pas faire.

a) D'abord, il ne s'agit pas ici d'analyser les grandes transformations de la punition criminelle contemporaine et le rôle de l'opinion publique dans cette question. Nous ne voulons pas tomber dans un type de recherche qui, en faisant l'erreur de vouloir trop expliquer, essaie d'expliquer des transformations du SDC à partir des changements sociaux des dernières décennies, qui sont externes audit système. Nous nous appuyons sur certaines transformations macrosociologiques – comme l'explosion de la médiatisation et un virage punitif – simplement comme toile de fond (voir chapitre 2), et non pas comme des éléments qui soutiennent l'analyse dans cette recherche.

b) Nous n'avons pas l'intention non plus de faire un type de recherche qui porte sur la perception ou les connaissances du public par rapport au SDC ou qui porte sur la manière dont les médias traitent du crime et de la peine. Il nous semble qu'il y a déjà un vaste matériel de réflexion disponible sur ces questions et nous estimons que nous n'aurions pas grand chose à ajouter à ces résultats.

c) Il ne s'agit pas non plus de nous pencher sur les représentations sociales du crime et/ou du système de droit criminel. Nous n'avons ni l'intention de connaître les différentes représentations sociales du crime ni d'évaluer la « punitivité » du public. Ce type de recherche nous intéresse simplement du point de vue contextuel (qui prend la forme d'une revue de littérature dans le chapitre 3).

Si nous synthétisons maintenant notre thème de manière positif, nous essayons de nous démarquer de ce type d'analyse en jetant un regard un peu différent de celui de la bibliographie que nous connaissons dans le domaine. Notre intérêt porte sur les interactions du SDC avec l'opinion publique, mais à partir du point de vue du premier. Nous voulons comprendre la façon dont les tribunaux (juges et procureurs) traitent ce qu'ils perçoivent comme étant de l'opinion public ou du public. Nous voulons analyser comment le SDC, formaté pour distribuer de la souffrance en tant que peine criminelle, va réagir face aux demandes – punitives et non punitives – de son environnement.

Bref, les grands objectifs de cette recherche sont les suivants :

- i. décrire cette relation du SDC avec le public et l'opinion publique à partir du point de vue du système lui-même;
- ii. présenter et développer une théorie cognitive de l'évolution du SDC qui décrit le système de pensée dominant – la rationalité pénale moderne (dorénavant RPM) – dudit système. Cette rationalité, construite autour des théories de la peine criminelle, conditionne la prise de décision du SDC (et du système politique en matière de peines) de façon à le rendre très peu ouvert à des manières de punir qui ne sont pas centrées sur l'idée d'infliger intentionnellement une souffrance au coupable;
- iii. tester empiriquement l'hypothèse que le SDC tient compte de l'opinion publique et du public dans ses opérations, par-delà un rôle traditionnel (comme celui de jury ou

celui de victime passive) et contrairement à son discours d'imperméabilité aux influences externes;

iv. montrer empiriquement l'émergence de catégories juridiques, dans le SDC, qui lui permettent de gérer (et de tenir compte de) la pression qu'il subit du public et de l'opinion publique;

v. tester empiriquement la présence et le rôle contraignant du système de pensée centré sur les théories de la peine (la RPM) au moment de la prise de décision du système de droit criminel;

vi. articuler théoriquement les constations empiriques pour montrer le risque d'un dérapage punitif face à l'intégration du public et de l'opinion publique par un système sous l'emprise de cette RPM.

Pour arriver à ces objectifs, nous commençons (chapitre 2) par exposer le contexte des transformations de la pénalité contemporaine d'où nous tirons l'idée et l'intérêt pour cette recherche. Nous parlons très brièvement d'un virage punitif à partir des années 1980, de l'explosion de la médiatisation des affaires criminelles, d'une opinion publique punitive et de l'émergence d'un nouveau public de victimes. Ce contexte est exposé simplement pour montrer le parcours de la réflexion que nous avons suivi pour arriver à notre problème de recherche, qui est exposé à la fin de ce chapitre.

Le chapitre suivant (chapitre 3) consiste en une revue de littérature sur des thèmes voisins du nôtre. Nous avons centré la revue de littérature sur les études qui travaillent sur la question du rapport public/opinion publique et la détermination de la peine. Le but de ce chapitre est de montrer à la fois la pertinence de ces recherches à certains égards (la démystification du public punitif me semblant être la contribution la plus importante) et leurs limites en tant que critiques. Ces recherches sont importantes aussi pour qu'on puisse faire ressortir la différence de notre perspective de recherche par rapport à ce qui est plus habituel dans la littérature.

Dans le chapitre 4, nous établissons les points de repères théoriques qui vont guider cette thèse. Nous commençons par expliciter notre grand cadre théorique – la théorie des systèmes de Niklas Luhmann – qui nous a permis non seulement de travailler

avec un regard particulier et innovateur sur le système juridique (en le voyant comme un système de fonction autopoïétique), mais aussi de qualifier théoriquement le rapport entre ce dernier et les pressions de son environnement. Par la suite, nous traitons des définitions de certains concepts clés. Sous l'appellation générale de stimuli externes au SDC, nous travaillons théoriquement sur les manifestations visibles pour ledit système et qui peuvent être vues comme lui posant problème. La catégorie la plus importante est celle d' « opinion publique », mais nous précisons les concepts de « public », de « système de médias de masse » et de « mouvements de protestation ». Nous tentons aussi de préciser ce que nous entendons par « victimes » : cette catégorie floue va être décortiquée théoriquement et classifiée soit comme du « public », soit comme une catégorie évoquée par des « mouvements de protestation », ou soit encore comme un élément interne au SDC lui-même. Il faut dire que l'appellation générale « stimuli externes » doit rester un peu floue pour inclure éventuellement d'autres types de rapport à l'environnement (par exemple, une pression du système politique, qui n'a rien à voir avec notre problème, pourrait aussi être définie comme un stimulus externe). En l'absence d'une meilleure appellation, nous la gardons dans cette thèse tout en prévenant le lecteur que son utilisation fait référence aux catégories que nous venons de mentionner. Finalement, pour conclure ce chapitre théorique, nous présentons certains aspects de la théorie cognitive sur l'évolution du SDC élaborée au laboratoire de recherche où nous travaillons et qui porte sur ce système d'idées appelé RPM. Nous détaillons théoriquement certains de ses éléments et montrons comment elle constitue un obstacle à l'émergence de pensées et de pratiques alternatives en matière criminelle.

Dans le chapitre 5, il est question d'explicitier notre démarche méthodologique au fil de cette thèse. Notre but est non seulement de décrire en détail ladite démarche – la formulation du problème de recherche, l'usage des techniques de recherche, la méthode d'échantillonnage et d'analyse – mais aussi de faire une clarification épistémologique. En connaissant la difficulté que la théorie des systèmes peut entraîner pour le lecteur, nous avons décidé de discuter davantage du regard constructiviste opérationnel qui a guidé cette thèse ainsi que d'un type d'explication sociologique – l'explication par la négative, par l'inégalité des probabilités – qui n'est pas très habituel. Il fallait, dans ce chapitre, montrer clairement l'abandon d'un modèle explicatif causal.

Le chapitre 6 est notre premier chapitre analytique et empirique où nous repérons dans nos données le système de pensée de la rationalité pénale moderne. Nous y montrons comment cette rationalité fonctionne dans la pratique dans le sens qu'elle rend très difficile le recours à une solution pénale qui échappe à l'imposition obligatoire d'une souffrance comme réponse à un crime. Nous analysons particulièrement le rôle des théories de la peine ainsi que d'autres mécanismes empiriques – que nous avons découverts dans cette recherche – qui soutiennent à la fois une obligation de punir et une conception de la peine liée à la nécessité d'infliger intentionnellement une souffrance au coupable.

Le chapitre 7, notre second chapitre empirique, est l'endroit où nous nous penchons sur l'analyse des indices empiriques de la réception des stimuli externes par le SDC et la représentation qu'il en fait. C'est dans ce chapitre que nous montrons empiriquement les structures d'accueil, dans le SDC, pour pouvoir intégrer l'opinion publique sans que cela soit une démarche qui pose problème au niveau de l'autonomie du système.

Finalement, dans notre conclusion, outre le fait de mettre en relation les deux chapitres empiriques, nous nous permettons une analyse à caractère davantage axiologique pour donner notre avis sur ces interactions entre le SDC et les stimuli externes. Nous terminons en mettant en relief comment nous voyons la place de la critique dans une thèse fort descriptive comme celle-ci.

2. Du contexte au problème de recherche

Il est question dans ce chapitre de décrire brièvement comment nous sommes arrivé à notre problème de recherche. Nous essayons simplement de montrer au lecteur comment la formulation de notre problématique générale a abouti à cette recherche. Nous commençons par donner, sans aucune prétention d'exhaustivité, quelques éléments d'un scénario pénal en transformation pour ensuite parler de notre problème de recherche en particulier.

2.1. Le contexte

Un thème comme le nôtre, les rapports entre l'opinion publique et le système de droit criminel, est source d'interrogations, de remises en cause et suscite un vif intérêt. Dans notre cheminement de construction de la thèse, il a toujours été intéressant d'interagir avec des collègues sociologues ou juristes et de voir combien il était facile d'entamer une conversation « académique » avec la simple mention de ce thème. Souvent le *feedback* était qu'il s'agissait d'un thème « sensible », assez pertinent socialement et qui suscitait l'intérêt à la fois des juristes et des sociologues du droit. Même sans connaître notre problème de recherche en particulier, la simple mention du rapport opinion publique/système de droit criminel évoquait toute une série d'exemples et de réflexions, ainsi qu'une préoccupation liée à certaines transformations récentes du droit pénal contemporain. Il était donc évident pour nous que nous étions devant un thème qui était d'autant plus stimulant qu'il posait de réels défis intellectuels et qu'il suscitait bon nombre d'inquiétudes chez les opérateurs et les sociologues du droit.

Notre dialogue avec ces interlocuteurs au fil de ces années faisait ressortir la pertinence de se pencher sur cette question même si notre problème de recherche en particulier (que nous précisons bientôt – infra 2.2) ne touche qu'un aspect de ce thème. En plus, la naissance de mon intérêt pour ce thème n'est pas étrangère – comme les inquiétudes de nos interlocuteurs – au panorama de la pénalité contemporaine qui semble

plus que jamais s'intéresser à ce que le public et l'opinion publique¹ ont à dire sur les peines.

Juriste de formation et nous intéressant particulièrement au droit pénal, nous avons toujours été étonné par l'intérêt médiatique pour les affaires pénales. Le problème que les médias posent aux institutions pénales ainsi que leur obsession pour les affaires criminelles, en particulier les plus extraordinaires, nous ont toujours fortement interpellé. Nous l'étions d'autant plus que nous constatons que ledit intérêt médiatique se traduisait vite par une pression punitive sur ceux qui travaillaient dans le domaine.

Dans les sections qui suivent, nous essayons ainsi de donner un aperçu de ce scénario de transformations, tout en l'associant à l'évolution de notre intérêt pour le problème de recherche dont il est question dans cette thèse. À partir de cette préoccupation initiale, nous avons commencé à explorer un peu le phénomène des transformations sur la scène pénale dans le but de mieux comprendre ce qui se passerait dans ce rapport entre la dramatisation médiatique du crime et son impact sur la manière de penser les peines dans les tribunaux. Voici donc quelques éléments de cette grande problématique qui constitue le contexte duquel nous avons tiré notre problème de recherche en particulier.

2.1.1. L'expansion médiatique

Un premier élément important pour comprendre le contexte global de notre recherche est l'explosion de la médiatisation des affaires criminelles depuis quelques décennies. Nous apprenons par la sociologie de la communication² que les possibilités de transmission de l'information ont grandement augmenté pendant la deuxième moitié du XX^e siècle. Dans ce contexte, le sujet « crime » va vite prendre un très grand espace en tant que source de « nouvelles » pour les médias.

¹ Un lecteur plus attentif aura déjà noté l'imprécision de termes comme « public » et « opinion publique ». Pour l'instant, nous ne voulons pas entrer dans le terrain des définitions. Nous le ferons dans notre chapitre théorique (infra 4.2).

² Voir à cet égard, par exemple, Marín et al. (1999).

En effet, les observateurs de la scène pénale médiatique remarquent facilement non seulement l'ampleur que le thème crime/justice pénale prend à la télé et dans les journaux, mais aussi la prise de position plus répressive que ces nouvelles vont adopter. Qui plus est, leur vision, leur intérêt et leur compréhension des événements criminels sont fort différents de ceux des institutions juridiques, ce qui va souvent causer une incompréhension mutuelle.

Essayons très brièvement de voir quelques problèmes posés par les médias, problèmes très connus par la littérature « médias et crimes³ » et qui embêtent le SDC.

D'abord, il faut dire que la « réalité » du crime et des institutions pénales construite par les médias est une « réalité » qui répond à la logique, aux idéologies et aux intérêts des médias eux-mêmes. Parfois ladite construction est faite avec le souci de bien rendre compte de la complexité des événements, d'autres fois par contre, elle montre moins d'intérêt à correctement décrire un événement qu'à créer de l'émotivité, du spectacle, du divertissement ou à créer une forme pour exprimer leur vision politique des choses. Dans tous les cas, la narrativité est toujours faite par un observateur (les médias) qui ne peut pas tout voir mais qui a pourtant la prétention de parler de la « réalité⁴ » et de se poser en porte-parole de toute la société.

Cette position et ces intérêts particuliers des médias entraînent des « distorsions » pour les observateurs autant de la science que du monde juridique. L'une des plus évidentes est l'intérêt des médias pour l'extraordinaire. Une nouvelle est d'autant plus captivante que l'événement qu'elle raconte est extraordinaire. Pour attirer l'attention des institutions médiatiques, l'événement doit avoir quelque chose hors du commun (ou du moins être présenté comme tel), quelque chose de différent, de saillant. Dans le domaine du pénal, plus le crime est sordide, plus l'histoire est bizarre, plus une victime éprouve du malheur et de l'injustice, plus le criminel vient de couches sociales privilégiées, plus tous ces faits-là sont *newsworthy*. Et pourtant les extrêmes ne sont extrêmes que parce qu'ils sont inhabituels. Le vol banal, les bagarres, la petite escroquerie, le petit trafic, etc., ne

³ La littérature sur la question étant une source inépuisable, nous n'avons pas la prétention de toute la couvrir. Ainsi nous avons simplement fait appel à quelques références connues, comme Sparks (1992), Surette (1997), Howitt (1998), Jewkes (1999) et Lascoumes et Moreau-Capdevielle (1976).

⁴ Nous reviendrons de façon plus théorique sur la question de la construction de la réalité par les médias dans notre chapitre théorique (infra 4.2.1).

sont pas la plupart du temps des événements extraordinaires et, de par leur insignifiance, ne vont pas (ou vont rarement) devenir l'objet de médiatisation. Le tueur en série, par contre, captive d'autant plus que ce type de criminels apparaît plutôt rarement. Et dans ce mécanisme d'exposer ce qui est inhabituel et extraordinaire, les médias construisent une réalité assez déformée comparativement à celle à laquelle les institutions pénales font face.

Ainsi, du fait de leur propre intérêt envers l'extraordinaire, les nouvelles médiatiques sont une incontournable source nourricière d'un certain sentiment d'insécurité. Un sentiment d'insécurité du public qui va à la fin du compte se tourner vers le système politique et vers le SDC. Comme le SDC « s'auto-présente » lui-même comme un « protecteur de la société » par l'entremise de peines sévères (théorie de la dissuasion), les médias vont revendiquer ce type de « sécurité » et, bien sûr, ces « peines miraculeuses ». On s'attend alors à une performance du SDC face à la menace du crime. Et ces attentes sont d'autant plus difficiles à combler qu'elles sont illusoire et construites dans une réalité médiatique qui a non seulement un temps beaucoup plus rapide que le temps des procédures juridiques, mais qui implique aussi une simplification de la complexité des problèmes auxquels le SDC fait face.

Bref, les médias, dans leur construction de la réalité criminelle, vont être inévitablement une source créatrice d'attentes inépuisables et irréalistes envers le SDC, des attentes qui deviennent une forte pression et une grande source d'angoisse pour les opérateurs dudit système. Cette pression accrue des dernières décennies nous paraît être un facteur très pertinent dans le contexte de notre recherche.

2.1.2. Le virage punitif et le populisme pénal

Lorsque que nous regardons de plus près les transformations qui se sont produites dans le domaine de la pénalité au cours des dernières décennies, nous pouvons observer une inflexion punitive. Un peu partout en Occident, on observe depuis quelques

décennies ce que la littérature criminologique⁵ va traiter comme un *virage punitif* dans l'exercice de la pénalité contemporaine. De nos jours, ce virage punitif semble encore se poursuivre, bien que, sans un recul historique, comprendre ce phénomène est une tâche difficile pour la criminologie contemporaine.

La littérature présente de nombreux indices de ce virage punitif, à commencer par un phénomène difficile à prévoir pour les observateurs de la scène pénale dans les années 1960 : une forte augmentation des taux d'emprisonnement un peu partout en Occident. À partir des années 1980, le scénario dans différents pays va être « plus d'incriminations, plus de peines et des peines plus sévères ». Il est difficile, de nos jours, de nier l'existence d'un tournant punitif si l'on prend comme point de départ les orientations politiques en place dans les années 1950, 1960 et 1970.

Les transformations de l'activité pénale de l'État au cours des dernières décennies vont recevoir plusieurs dénominations différentes dépendamment de l'aspect que l'on veut mettre en relief. Ainsi, ces transformations peuvent être identifiées comme *la montée de l'État pénal* (Wacquant), comme une *nouvelle culture de contrôle* (Garland) ou comme une *nouvelle pénologie* (Feeley et Simon). Quel que soit le nom qu'on utilise pour identifier ces transformations, elles semblent bien être associées à une nouvelle vague d'intolérance, de demandes de peines plus sévères et de renforcement de l'usage de la prison, toujours critiquée. La place pour les connaissances scientifiques ou juridiques plus approfondies et innovatrices semble grandement réduite sur le plan politique. Même l'ancienne idée du contrôle du crime par l'amélioration des conditions sociales et par la réhabilitation du coupable semble être un discours dévalorisé. Aujourd'hui, les politiciens trouvent plus facile et moins cher (même si cela est discutable) de tenter de séduire leur électorat par la proposition de peines plus sévères⁶, par une posture « *tough on crime* ».

Cette « intolérance politique » des dernières décennies est un élément clé pour nous. Notre intérêt à l'égard des pressions subies par le SDC trouve ici un point d'ancrage important, puisque pour certains observateurs, le conservatisme politique en

⁵ Nous apprécions particulièrement les descriptions données par Cohen (1985), Garland (2001), Feeley et Simon (1992), Pratt (2007) et Wacquant (2001).

⁶ Voir, à cet égard, Doob et Cesaroni (2001).

matière pénale des dernières années serait l'effet d'un public plus intolérant, plus punitif, qui voudrait des peines plus sévères à la fois du système politique et du SDC.

Ce rapport entre le public et la politique en matière pénale est d'ailleurs une question fort difficile et qui est loin de faire l'objet d'un consensus. Il y a au moins deux façons de voir ce rapport entre un public punitif et un système politique punitif. L'une d'entre elles met en évidence certains phénomènes qui ont rendu le public plus insécurisé au cours des dernières décennies. La montée d'une société médiatique ainsi que l'avènement de profondes transformations sociales auraient créé un climat d'incertitude sociale pouvant être vite confondu par le public comme un simple problème d'insécurité⁷. Ainsi, l'angoisse suscitée par de rapides transformations sociales au cours des dernières décennies aurait favorisé l'émergence d'un public insécurisé qui va « apparaître » comme un public punitif en matière criminelle. Il ne serait pas nécessairement un public plus punitif, mais plutôt un public plus craintif qui serait facilement attiré par des promesses de plus de sécurité. Ainsi, cette confusion insécurité-incertitude aurait été habilement exploitée par des politiciens selon une tactique que Bottoms (1995) qualifie de « penal populism »⁸. Dans cette perspective, on ne peut pas nier une montée de l'insécurité et une apparente punitivité du public, mais cela ne veut pas dire que les individus de la société sont en effet plus punitifs qu'ils ne l'étaient auparavant (ou plus punitifs que le SDC)⁹. Ce qui est nouveau, c'est l'usage politique massif de ces insécurités, accompagné de promesses punitives, pour en tirer des gains politiques.

Selon une deuxième manière de voir¹⁰, il est indéniable qu'il y a effectivement une nouvelle intolérance politique en matière pénale ainsi qu'un usage politique des insécurités du public. Toutefois, d'après ce point de vue, ces phénomènes trouvent en

⁷ C'est l'argument classique de Bauman (1998) qui s'intéresse au processus de mondialisation et à la confusion que nous faisons entre incertitude et insécurité. Une plus grande importance des questions pénales et une intolérance accrue face au crime seraient dues à cette incertitude de la vie moderne qui est souvent confondue par une bonne partie de la population avec un problème d'insécurité. Les demandes punitives, les demandes en faveur d'un État plus présent en ce qui a trait à la répression face au crime, seraient un symptôme d'un enjeu plus profond. Il s'agirait du symptôme de l'angoisse sociale contemporaine face à l'absence de possibilité de contrôle sur des transformations sociales qui précarisent la vie quotidienne.

⁸ Voir aussi à cet égard Pratt (2007) et Roberts et al. (2003).

⁹ Cette question va être examinée en détail dans le prochain chapitre (infra 3).

¹⁰ Voir, à cet égard, Garland (2001).

effet un ancrage dans le public. Autrement dit, il y aurait de nos jours un public qui serait plus punitif et plus intolérant en matière pénale. Selon cet argument, les dernières décennies correspondent à une époque de « *new pervasiveness of crime* », qui obligerait les individus à développer des adaptations quotidiennes à cette nouvelle réalité sociale. Cette peur du crime et ces adaptations quotidiennes à une menace perçue ont permis l'émergence d'une nouvelle intolérance en matière pénale. Les « questions pénales » ont ainsi pris une nouvelle ampleur politique et ont été vite utilisées par les politiciens. Bref, selon cet argument, il y aurait effectivement (et non seulement en apparence) un public plus punitif qui aurait engendré une politique plus conservatrice en matière pénale¹¹.

Quoi qu'il en soit, le sens commun perçoit que le public est fort souvent très punitif. Quand nous creusons davantage la question, nous nous rendons vite compte que le scénario est plus complexe que ces apparences peuvent nous le laisser croire. Comme nous allons le voir (infra 3), il nous paraît très imprudent de faire valoir l'argument que les individus dans la société sont majoritairement punitifs et intolérants envers des politiques pénales plus conciliatrices. Il y a, de toute évidence (quand on jette un premier regard superficiel), un public très punitif. Il y a aussi et surtout une opinion publique, comme conséquence de l'effet des médias, qui est très punitive et qui va appuyer les médias eux-mêmes et le système politique dans les pressions qu'ils exercent sur le SDC. Toutefois, quand nous étudions un peu plus en détail les attitudes du public envers plusieurs aspects de la question criminelle (et nous verrons cela plus précisément dans notre revue de littérature – infra 3), nous nous rendons compte que ce public est beaucoup plus contradictoire que l'image qu'on en trace dans les médias. Des attitudes très punitives vont coexister avec le soutien de mesures comme la justice réparatrice. Confronté à des scénarios où les coûts des mesures répressives apparaissent assez élevés et où les condamnés ne sont pas seulement « des gens très dangereux », le public peut

¹¹ Cet argument de Garland ne fait clairement pas l'unanimité. Beckett (1997), par exemple, va remettre en question cette association directe entre une peur de victimisation (ou une préoccupation quotidienne du crime) et une punitivité accrue, ainsi qu'entre une plus grande punitivité du public et les politiques pénales du virage punitif. Elle écrit : « the assumption that anxiety about crime drives support for punitive anticrime policies is problematic. In fact, those who are less afraid of crime typically express the highest levels of support for the "get-tough" approach while those who are more fearful are often less punitive. Rural white men, for example, feel relatively safe but are quite staunch supporters of law and order policies. Conversely, women and blacks are, in general, more concerned about their potential victimization but less supportive of tough crime control measures. The relationship between perceptions of the crime problem and attitudes toward punishment is thus more complicated than the democracy-at-work thesis implies. » (Beckett, 1997: 4)

vite adopter une attitude moins passionnelle. Il n'est pas ici question de nier l'existence d'un public en apparence (et d'une opinion publique) punitif, mais la façon que l'on a d'aborder le problème est en grande partie responsable du type de public que nous allons rencontrer.

Pour revenir à notre propos dans ce chapitre, disons simplement que depuis quelques décennies, nous notons au moins deux phénomènes d'envergure sur la scène pénale : un *virage punitif* et une opinion publique et un public *en apparence* assez punitifs (ce qui ne veut pas dire nécessairement, soulignons-le, que les individus dans la société sont toujours intolérants et punitifs en matière de solutions pénales). Voilà l'une des raisons qui nous a amené à nous interroger sur l'impact d'un tel scénario sur le SDC.

2.1.3. L'émergence des victimes

Un autre élément important dans le scénario pénal des dernières décennies est la nouvelle ampleur qu'a prise la question des victimes. Depuis quelques années les victimes émergent en tant que catégorie non négligeable – et même incontournable – dans plusieurs domaines relatifs à la punition criminelle. Dans différents pays de différentes traditions juridiques, de nouveaux rôles juridiques et une nouvelle importance politique semblent être consacrés aux victimes. Les victimes peuvent être associées à une demande de sanctions réparatrices ou, au contraire, à des demandes de peines plus sévères. Celles-ci semblent largement plus visibles sur la scène publique. Les médias vont clairement mettre davantage l'accent sur les demandes plus répressives.

Quoi qu'il en soit, les exemples d'un nouveau rôle et d'une nouvelle visibilité des victimes, particulièrement sur le plan « répressif », sont nombreux. Au Brésil, la mère d'une victime dans un cas très médiatisé¹² a initié une pétition qui est devenue un projet

¹² Il s'agit du meurtre d'une des principales actrices du téléroman le plus regardé au pays (une popularité qui se compte par dizaines de millions de téléspectateurs). Elle a été trouvée morte dans un bois et son corps portait les marques de violence à laquelle elle avait été soumise : plusieurs perforations causées par un couteau ainsi que d'autres blessures y étaient apparentes. Le meurtre de la jeune actrice de 22 ans est vite devenu omniprésent dans les médias, ce qui a entraîné une forte pression sur la police pour trouver le meurtrier. Et ils réagirent rapidement : en moins d'une semaine, les responsables étaient découverts. Il

de loi qui a finalement été approuvé : la nouvelle loi augmentait le temps de prison pour plusieurs types de meurtres. En France, une association de victimes – l’APEV (Aide aux parents d’enfants victimes) – s’est opposée fortement à un nouveau projet de loi qui étendait certains droits des accusés : elle n’arriva pas à bloquer le projet, mais montra tout le poids de la « cause des victimes » qui devint un enjeu incontournable dans le débat politique criminel en France. Aux États-Unis, en 1991 la Cour suprême de ce pays¹³ consacra un nouvel instrument juridique, couramment utilisé à l’époque (et encore aujourd’hui) dans plusieurs états de ce pays, au moment de la détermination de la peine : il s’agit du *victim impact statement*, la déclaration de la victime, qui doit être prise en considération par le juge, en ce sens qu’il doit soupeser les conséquences du crime sur la victime. Ceci ne conduit pas nécessairement à des peines plus sévères, mais les tribunaux peuvent voir, dans les déclarations, une raison pour augmenter la sévérité des sentences.

Voilà donc tous des exemples d’un nouveau statut de la victime en matière pénale. Cette brève sélection d’exemples ne rend pas justice à la fréquence et à la diversité de situations où un nouveau rôle pour les victimes est attribué dans le débat politique sur la question pénale. La littérature criminologique note bien que nous sommes à un moment où il y a une émergence non équivoque des victimes comme catégorie politique d’importance notable. Dans un contexte de hausse du populisme pénal, s’opposer aux demandes des victimes qui prennent une orientation punitive semble être une tâche épineuse. Cette catégorie perçue comme « sanctifiée » (pour reprendre les termes d’Erner [2006]) semble en apparence avoir une légitimité qui va de soi et qui la qualifie pour parler et pour demander « justice ». « Répondre aux besoins des victimes », qui est assez souvent interprété comme une demande de plus de sévérité en matière de peines, deviendrait ainsi une action incontournable pour tous ceux qui supportent un système de droit criminel « juste » et « humain ». Comme le dit Garland, « *[i]f the centre-piece of penal-welfarism was the (expert projection of the) individual offender and his or her needs, the centre of contemporary penal discourse is (a political projection of) the individual victim and his or her feelings.* » (Garland, 2001 : 144) Ignorer ces

s’agit d’un autre acteur du même téléroman et de sa conjointe qui aurait supposément été jalouse de l’intérêt amoureux que son mari aurait porté à l’actrice assassinée.

¹³ C’est le cas *Payne vs. Tennessee*.

sentiments de la victime serait politiquement assez compliqué; il s'agirait d'un manque d'empathie ou d'un manque d'humanisme intolérable¹⁴.

Les conséquences de cette émergence des victimes nous ont donné matière à réflexion. En observant ce scénario, le sentiment que nous avions était qu'il serait très difficile pour le système de droit criminel de rester impassible devant l'émergence de ces victimes et l'expression de leurs attentes. Et la question nous apparaissait d'autant plus inquiétante que l'émergence de la catégorie politique « victimes » semble presque toujours être associée à un désir de plus de punition¹⁵. La demande de reconnaissance de ces victimes peut vite glisser vers une demande d'établissement d'un curieux type de droit-crédence : le droit à la souffrance d'autrui (Pires, 1999 : 36). Les victimes elles-mêmes font souvent une demande de reconnaissance qui prend la forme spécifique d'une demande de punition, identifiant une chose avec l'autre, ce qui amène certains analystes à dire que, « [m]ultiplier les victimes, c'est donc forcément aussi multiplier les bourreaux » (Erner, 2006 : 65)¹⁶.

Bref, cette nouvelle catégorie politique « victimes », qui met de la pression autant sur les politiciens que sur les juges et les procureurs, fait partie d'un scénario qui nous paraît très oppressif envers le SDC. Il s'agit donc d'un autre élément que nous a amené à nous interroger sur la réaction dudit système face à cette pression.

2.1.4. Un scénario de pressions sur le SDC

Le scénario de changements dans la pénalité contemporaine est certainement beaucoup plus complexe que notre très brève exposition dans les sections précédentes ne peut le laisser croire. Ce bref aperçu nous sert à montrer au lecteur ce qui a d'abord

¹⁴ « Être du côté des victimes », comme le déclare le président français (Erner [2006 : 149], citant le *Nouvel Observateur* du 23 juin 2005), est une question de sagesse politique, même si on ne sait pas très bien ce que cela veut dire.

¹⁵ Si les victimes punitives sont beaucoup plus visibles, il y a pourtant un important groupe de victimes non punitives qui sont beaucoup moins éloquentes et qui ont de la difficulté à trouver de la reconnaissance auprès des groupes de défense des droits de victimes. Voir à cet égard Gruber (2007).

¹⁶ Nous reviendrons sur la question des victimes dans notre chapitre théorique (infra 4.2.3) et dans un de nos chapitres analytiques (infra 7.2.5), surtout pour reprendre le problème à partir de la perspective interne du système de droit criminel.

éveillé notre intérêt pour cette thèse : il y a un scénario de transformations dans l'environnement du SDC, des transformations qui entraînent une pression accrue pour un système plus punitif. Il nous semble que, plus que jamais, les juges et procureurs sont sous les projecteurs et conséquemment sous la pression de rendre compte de leurs décisions. Le public (y compris un public de victimes) et l'opinion publique, à l'ère médiatique, sont des éléments non négligeables pour l'État, et il nous est difficile de penser que toutes ces pressions externes n'ont aucun retentissement sur l'activité juridique de distribution des réponses pénales.

En même temps qu'il y a tout ce scénario de transformations, des transformations qui sont bien repérées par une littérature large et diverse, nous ne connaissons pas vraiment d'études qui essaient de comprendre les répercussions de cette effervescence politico-médiatique pénale sur l'activité des juges. Nous ne nous intéressons pas ici nécessairement à l'impact médiatique sur la rapidité du travail de la police ou sur les problèmes que les médias causent aux tribunaux avec leur mauvaise représentation (« mauvaise » à partir d'une observation des opérateurs du SDC) des affaires criminelles, mais plutôt aux difficultés mêmes que les médias entraînent pour l'activité juridique fondamentale d'attribution d'une peine.

Les études dans ce sens sont, comme nous venons de le dire, difficiles à trouver, ce qui ne veut pas dire non plus qu'il n'est pas possible de voir des indices des pressions externes dans l'activité des juges et des procureurs. Il est possible de repérer ici et là des décisions juridiques¹⁷ qui vont faire appel à une notion de public ou à quelque chose d'équivalent dans leur prise de décision. En outre, il est possible d'observer, depuis un demi-siècle, l'émergence et l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation¹⁸ qui établit clairement le public comme balise pour l'établissement d'une peine criminelle. Bref, du côté du SDC, nous voulions réfléchir sur ces indices d'un nouveau rôle du

¹⁷ Voir, par exemple, la décision suivante d'une cour anglaise : « la société, par la cour, doit montrer le fait qu'elle a horreur de certains types de crimes, et la seule façon par laquelle la cour peut montrer cela est à travers les peines (*sentences*) qu'elle octroie. Les tribunaux n'ont pas à refléter l'opinion publique. Mais d'autre part, ils ne doivent pas l'ignorer (*must not disregard it*). Peut-être le *principal devoir de la cour* est de guider l'opinion publique. » (R. c. Sargeant, 1974, 60 Cr. App. Rp. 74 – cité par Pires, 2001a; souligné dans l'original). Ce même type de raisonnement peut être trouvé dans quelques décisions de l'affaire James Bulger en Angleterre, affaire que nous avons étudiée dans notre thèse de maîtrise (Xavier, 2005).

¹⁸ Sur la théorie de la dénonciation, voir Lachambre (2011).

public et de l'opinion publique, de ce nouvel usage de ces catégories par le SDC (usage que Pires [2001a] va qualifier de « juridicisation de l'opinion publique »).

Notre inquiétude à l'égard ces indices d'un nouveau rôle du public à l'intérieur du SDC était d'autant plus grand que nous connaissions bien le côté punitif dudit système. Ce n'est pas comme si le SDC avait besoin du public comme prétexte pour être très punitif; son système de pensée s'occupe depuis longtemps de son « auto-représentation » comme lieu de distribution de la souffrance dans la société. Quoi qu'il en soit, le public pourrait effectivement servir comme un argument de plus pour une sévérité accrue du système, pour une intolérance encore plus grande en matière pénale. Et ce scénario était pour nous autant une préoccupation sur le plan éthique qu'une interpellation sur celui de la connaissance.

Bref, en très grandes lignes, nous percevons d'un côté un scénario de transformations et de pressions de la part du public et de l'opinion publique (et les médias ici vont être fondamentaux¹⁹) et, de l'autre, un système de droit criminel qui nous semble peu étudié du point de vue de la réception de ces pressions externes et qui a toujours tenu un discours d'autonomie face à des interférences externes à ses décisions, mais qui donne certains signes sporadiques d'une utilisation de l'opinion publique dans le sens d'un accroissement de la sévérité de ses réponses. Voilà le chemin que nous a amené à notre problème de recherche dont nous parlerons dans la prochaine section.

2.2. Le problème de recherche

Voilà donc le contexte général qui se présente : un virage punitif du système politique, l'émergence du public (y compris des victimes) et de l'opinion publique sur la scène pénale, l'explosion médiatique des dernières décennies couplée à leur intérêt pour les affaires criminelles, l'exploitation politique des « défauts » et des « insuffisances » des institutions pénales ainsi qu'une nouvelle attention donnée à un public particulier –

¹⁹ Ces éléments qui pour l'instant sont intentionnellement un peu flous, seront définis dans notre chapitre théorique (infra 4.2).

les victimes – oublié depuis longtemps par le système de droit criminel. Il s’agissait dans les pages précédentes, pour nous, de retracer quelques grandes lignes de la pénalité contemporaine dans laquelle s’inscrit notre problème de recherche.

Il est temps maintenant de sortir du contexte général – public/opinion publique dans une société médiatique et punitive – et de préciser notre problème de recherche. Quel est finalement notre problème de recherche?

Pour formuler ce problème, nous avons dû porter un regard peu habituel sur la sociologie du droit. Pour cette recherche, nous promouvons *un changement de perspective* pour centrer l’observation sur le système de droit criminel. Ce qui nous intéresse, c’est l’interaction du système de droit criminel avec un environnement agité, mais *à partir de son point de vue interne*. D’une façon résumée, notre problème de recherche porte sur *la façon par laquelle le système de droit criminel perçoit et gère cette pression de l’opinion publique et du public*. Dans ce cadre, nous serons particulièrement attentif au moment de la prise de décision pénale, c’est-à-dire au moment où le tribunal (juges et procureurs) mobilise habituellement une série d’idées et de critères juridiques pour l’imposition d’une peine. Nous souhaitons également voir comment le système de droit criminel réagit à ces stimuli compte tenu de *son « auto-perception » en tant que système qui doit régler les conflits à partir de l’obligation d’imposer une peine afflictive*. Regardons maintenant ce problème de recherche de plus près.

Tout d’abord, la façon dont nous délimitons notre problème de recherche se démarque des analyses qui sont généralement proposées sur le sujet (autant les analyses générales dont nous venons de parler dans ce chapitre que les analyses spécifiques sur l’opinion publique/public et sur la détermination de la peine dont nous parlerons par la suite – infra 3) : nous traitons le système de droit criminel comme un système autonome²⁰ et c’est à partir de ses opérations que nous essayons de comprendre comment se passe son interaction avec l’opinion publique. Il ne s’agit pas d’enquêter sur les distorsions médiatiques des affaires et des procédures criminelles, ni sur ce que le public pense du système de droit criminel. Il ne s’agit pas davantage de savoir ce que les acteurs pénaux

²⁰ Plus que cela, nous le traitons comme un système de fonction autopoïétique en nous servant du cadre de la théorie des systèmes de Luhmann. Nous préciserons cette définition dans notre chapitre théorique (infra 4.1).

pensent des médias et du public et jusqu'où, selon eux, il faudrait en tenir compte pour le fonctionnement et la légitimité dudit système. Toutes ces perspectives, valables comme recherche, ne nous intéressent pas ici. Nous nous concentrons sur le système de droit criminel; nous voulons savoir comment il réagit, dans sa dynamique interne, à ce qu'il perçoit comme étant une pression de son environnement.

La perspective retenue demande donc de s'arrêter sur des mécanismes internes de ce système : quelles sont les nouvelles catégories, les nouveaux arguments, les nouvelles distinctions et les nouvelles structures qui sont mis en place pour pouvoir rendre compte des stimuli externes de l'opinion publique? Comment le SDC raisonne-t-il soit pour intégrer soit pour rejeter ce qu'il perçoit être une manifestation de l'opinion publique à son endroit? Comment le système change-t-il face à ces stimuli de son environnement?

De telles questions renvoient, selon nous, à un champ inexploré. Quand la sociologie du droit réfléchit sur les rapports entre le droit et le public, c'est surtout au deuxième élément de l'équation qu'elle s'intéresse. La connaissance que le public a du droit, ses attentes en matière de « punitivité », etc.²¹, voilà les thèmes habituellement rencontrés quand est couplé au droit l'enjeu du public ou de l'opinion publique. L'accent est par contre beaucoup moins mis sur les transformations possibles du SDC en réaction à ces stimuli externes. Selon nous, cette lacune trouve son fondement dans une difficulté théorique qu'il importe de surmonter. Un double écueil doit en effet être évité : celui qui laisse croire que le droit opère indépendamment de son environnement (pressions ou pas) et celui qui laisse entendre que le droit ne serait que le réceptacle des attentes de son environnement à son égard. Ainsi, même si des juristes vont reconnaître que le SDC subit une pression importante de l'opinion publique, des médias, du politique ou encore des victimes, ils vont vite nous rappeler l'autonomie dudit système dans sa prise de décision. Inversement, certains vont tomber dans le piège de croire qu'un système aussi complexe que le SDC va systématiquement céder aux pressions de son environnement pour le seul motif qu'il est amené à y faire face. Le défi théorique qui se pose est alors de comprendre l'impact que des stimuli externes comme le public ou l'opinion publique peuvent avoir sur le SDC, par-delà de simples discours de rejet total ou d'acceptation inconditionnelle.

²¹ Nous reviendrons en détail sur cette littérature dans le prochain chapitre (infra 3)

Par ailleurs, quand nous nous intéressons à la façon par laquelle le SDC traite la question des stimuli externes dans sa prise de décision, nous considérons l'impact que les théories qui orientent ses décisions en matière de peine criminelle ont sur cette démarche. Ici, c'est un volet central de cette recherche : nous essayons de comprendre le comportement du SDC face au public et à l'opinion publique avec l'aide du concept de rationalité pénale moderne de Pires²², concept que nous développons empiriquement (infra 6) et théoriquement (infra 4.3). Compte tenu du fait que le SDC est dominé par un type de rationalité (la RPM) qui l'oblige à répondre aux cas qui lui sont présentés à partir d'un cadre d'imposition d'une peine afflictive, nous essayons de comprendre comment cette exposition du système aux stimuli externes (punitifs ou non) contribue soit à le faire « évoluer » (c'est-à-dire à changer ses propres structures internes de réflexion et de décision) soit, au contraire, à renforcer et à reproduire son système de pensée.

Face à ce problème de recherche, nous faisons deux hypothèses principales. D'abord, nous croyons que le poids des stimuli externes dans la prise de décision du SDC est plus important que ce qu'on pourrait penser si on se fie exclusivement au discours dudit système. Autrement dit, nous croyons qu'un discours du système – selon lequel les stimuli de l'opinion publique ne comptent pour rien dans sa prise de décision – ne se vérifie pas empiriquement. Si cela est vrai, nous devrions trouver des arguments juridiques construits par le système pour être en mesure de gérer la pression externe.

Par ailleurs, deuxième hypothèse, nous croyons que, compte tenu de son système de pensée dominant (la RPM), le système de droit criminel a beaucoup moins de difficulté à gérer et à accepter des stimuli qui favorisent une punition accrue que des stimuli qui prônent moins de punition, voire des solutions non répressives.

Refusant des interprétations candides laissant entendre que le SDC serait soit indépendant soit à la merci de son environnement, nous essayons de saisir plus finement quel impact un environnement punitif peut avoir sur un système qui se perçoit comme responsable de la distribution de la souffrance légale dans la société.

²² Voir Pires (1998; 1999; 2001a; 2001b; 2002a; 2002b; 2004b; 2005; 2006; 2007; 2008a; 2008b), Pires et Acosta (1994), Pires et Cauchie (2007), Pires et Garcia (2007).

3. Les études sur l'opinion publique et la peine criminelle

3.1. Les rapports entre l'opinion publique et la détermination de la peine du point de vue de la science : une introduction

Le but de ce chapitre est de faire une observation sur la façon dont les sciences sociales observent le rapport entre le public (ou l'opinion publique) et les peines criminelles. Autrement dit, nous nous intéressons ici aux constructions théoriques et aux analyses des scientifiques en ce qui concerne la relation entre d'un côté, cet élément qu'ils classifient tantôt comme public tantôt comme opinion publique et, de l'autre, les peines criminelles, soit dans leur création par le système politique, soit dans leur détermination juridique au sein du système de droit criminel. Nous pouvons dire que nous cherchons à comprendre et à décrire comment la science observe ces interactions qui nous semblent être au cœur de certaines pressions de changement sur le système de droit criminel et le système politique depuis quelques années.

Plus spécifiquement – et en reprenant des termes luhmanniens²³ – nous nous lançons dans une observation de deuxième ordre pour essayer de voir quels sont les problèmes que la science y voit, quelles sont les distinctions que les chercheurs font (et celles qu'ils ne font pas) pour pouvoir observer, quels sont les buts visés et les conclusions soulevées par les recherches qui se penchent sur ce sujet. Certaines questions orientent notre observation de la littérature : qu'est-ce qui pose des problèmes? Que s'intéresse-t-on à savoir? Pourquoi? Quels sont les présupposés de ces recherches? Comment ces dernières se justifient-elles? Et quelles sont les implications du savoir qui émergent de ces recherches?

Néanmoins, avant de se lancer dans cette observation des sciences sociales par rapport à la problématique opinion publique/détermination de la peine, quelques remarques préliminaires s'imposent. Notre préoccupation initiale de faire le tour complet de la littérature a été vite abandonnée face aux résultats des premières investigations bibliographiques : la quantité de recherches sur le sujet, surtout après les années 70, s'avère tellement énorme qu'il serait impossible de tout voir. Toutefois, deux constatations nous rassurent à propos du bien-fondé de nos commentaires critiques au

²³ À propos de l'observation de deuxième ordre, voir Luhmann (2004: 58-60).

long de ce travail : a) nous sommes sûrs d'avoir recensé les principales références, celles qui sont le plus citées quand on parle d'opinion publique et détermination de la peine; et b) à partir d'un moment donné, chaque nouvelle référence ne nous apportait rien de nouveau par rapport aux critiques que nous avons développées à la fin, ce qui nous permet de croire que nous sommes arrivés à un point de saturation théorique²⁴.

Quoi qu'il en soit, pour clarifier notre objectif dans cette révision de la littérature, nous devons le préciser davantage. Tout d'abord, notre intérêt premier, ce sont les rapports entre l'opinion publique et la détermination de la peine au sein du système de droit criminel (détermination de la peine par les juges). Néanmoins, il s'est avéré impossible de cibler uniquement les recherches qui traitaient de la détermination de la peine par les juges sans toucher à la détermination législative des peines : les recherches qui se penchent seulement sur les juges et l'opinion publique sont rares; il est plus habituel de trouver des recherches qui parlent des juges, des politiciens (dans le sens de *policy-makers*) et du public/opinion publique. Le propre terme en anglais qui chapeaute ce thème – le *sentencing* – ne semble pas faire la distinction entre les volets politique et juridique de la peine. Autrement dit, quand on parle de *système pénal* et de ses interactions avec le public, on a l'impression de mettre ensemble sous le même thème l'activité législative et l'activité judiciaire²⁵. Il s'avérait impossible de ne pas prendre l'ensemble de ces recherches.

Deuxièmement, nous excluons de notre recension les recherches sur les représentations sociales de la justice pénale²⁶. Il nous semble qu'il y a une différence fondamentale entre ces dernières et les études sur l'opinion publique et le système pénal. Les premières cherchent à bâtir une typologie de différentes représentations dans le but de comprendre l'idéologie pénale chez la population (Robert et Faugeron, 1978). Notre intérêt porte sur le deuxième type de recherches. Celles-ci ont, à notre avis, trois

²⁴ Pour ceux qui sont intéressés à creuser davantage cette bibliographie, trois revues de littérature (Cullen et al., 2000; Roberts, 1992; Roberts et Hough, 2005) font une bonne carte de la problématique opinion publique et système pénal, ce qui va bien au-delà de nos préoccupations ici.

²⁵ Nous y reviendrons dans une de nos critiques (infra 3.4.5).

²⁶ Dans ce chapitre, nous laissons un peu de côté la dénomination «système de droit criminel» que nous utilisons tout au long de cette thèse. Comme ce terme est spécifique et bien précis dans cette recherche en ce sens qu'il veut marquer l'autonomie du juridique par rapport au politique, nous le laissons de côté quand il s'agit de décrire la littérature. Les termes « système pénal » et « justice pénale » sont plus intéressants dans un compte rendu de la littérature justement en fonction de leur côté flou qui révèle une absence de distinctions. Nous y reviendrons (infra 3.4.5).

caractéristiques : 1) elles se proposent généralement de mieux comprendre une certaine « opinion publique » par rapport à la détermination de la peine (présupposant d'une certaine façon l'existence de cette opinion publique); 2) elles prétendent assez souvent pouvoir orienter les politiques criminelles; et 3) elles semblent également avoir une inquiétude sous-jacente face à « l'écart » entre ce que le système fait et ce que l'opinion publique en pense. Verneuil (1980 : 3) établit clairement la distinction entre une recherche sur les représentations sociales et une autre sur l'opinion publique quand il parle de l'objet de sa propre recherche (représentations sociales) : « *non pas la "méconnaissance" du système mais cette perception du pénal comme fonction globale dans la vie sociale, et perception des cheminements qu'elle effectue pour se réaliser, tels que chacun peut se les représenter* ».

Ensuite, dans le but de délimiter davantage cette révision, nous excluons quelques sous-thèmes de la recherche opinion publique et détermination de la peine :

- Nous ne sommes pas intéressés aux recherches qui traitent de la perception du public par rapport à la peine de mort aux États-Unis. Il y a une bonne quantité d'écrits sur le support (ou non) que cette peine aurait chez le public. Malgré le fait qu'il s'agit d'écrits qui font un rapport entre l'opinion publique et la peine, la spécificité du thème (le fait qu'il ne soit pas une problématique généralisée dans tous les pays occidentaux et que la littérature soit surtout relative aux États-Unis) ne semble pas pertinente pour les considérations théoriques que nous développons dans ce chapitre.
- Les recherches sur le rapport entre l'opinion publique et la détermination de la peine dans la justice des mineurs sont aussi exclues. Compte tenu des spécificités de cette justice, aussi bien que de l'ampleur de la littérature, il nous semble prudent de la garder hors de notre objet ici.
- Nous excluons aussi les recherches qui s'intéressent simplement à l'effet dissuasif des peines²⁷. Le public et l'opinion publique qui nous semblent plus pertinents ici est celui et celle auxquels la science s'intéresse parce qu'ils ont quelque chose d'important à manifester par rapport au système pénal. Voilà ce qui nous semble

²⁷ Pour des références sur ce sujet spécifique, voir les recherches de Miller et al. (1971) et de Boers et Sessar (1991).

être nouveau pour le système pénal. Le public cible du pouvoir dissuasif est une vieille conception juridique, et les recherches qui s’y intéressent nous semblent fondamentalement différentes de cet autre public qui a quelque chose d’important (compte tenu que la science veut savoir ce qu’il pense) à dire.

- Nous négligeons aussi les recherches qui vont s’intéresser à l’avis du public par rapport aux peines alternatives. Ici il s’agit de l’exclusion la plus difficile à faire compte tenu de la possibilité pour ce genre de recherche de bousculer un peu la critique que nous allons faire à la fin de cette recension. En effet, ces recherches, ou du moins ce que nous avons pu en entrevoir par les pistes dans la littérature qui y faisaient référence, pourraient éventuellement nous faire réorienter notre réflexion dans le sens de considérer une opinion publique qui pousse le système de droit criminel à intégrer d’autres éléments qui échappent à son cadre punitif de référence²⁸.

Ayant fait ces remarques, nous devons ajouter pour terminer cette introduction que notre objectif ici est moins de faire une recension complète qui épuise tout le sujet que de faire une recension critique où nous pouvons aborder des questions récurrentes qui nous semblent problématiques. Nous n’avons pas la prétention de faire un exposé de tous les résultats différents, des diverses possibilités de méthodologies, des interrogations de chaque recherche etc. Nous présentons les recherches en les divisant en thèmes qui correspondent plutôt à nos propres préoccupations, facilitant le développement critique à la fin. Et, finalement, nous avons l’intention avec notre critique de soulever davantage de questions que de répondre à quoi que ce soit : en faisant cela, nous croyons pouvoir jeter de la lumière sur des problèmes intéressants dont la réflexion ici ne fait que s’amorcer.

3.2. Orientations de recherche

3.2.1. Les peines des juges et les « peines » du public

²⁸ Nous faisons référence ici au concept de rationalité pénale moderne de Pires que nous avons brièvement annoncé dans notre introduction (supra 1) et dont nous parlerons dans notre chapitre théorique (infra 4.3).

Le premier sujet qui attire ici notre attention est la comparaison entre les peines que le public donnerait à des cas spécifiques et celles que les juges donnent. Pour certains chercheurs, il est important d'évaluer un possible écart entre les peines que les cours infligent et l'opinion du public à leur égard. Il nous semble qu'il y dans ce type de recherche une interrogation implicite sur la légitimité des décisions des cours, légitimité qui s'exprimerait par un rapprochement de celles-ci avec les perceptions du public. Regardons quelques exemples.

Walker et al. (1988b) s'intéressent, par exemple, à cet écart entre le public et le juge, mais aussi à ce qu'ils appellent les limites de tolérance du public par rapport à l'écart entre ses perceptions et les peines des juges. Dans leur étude, six cas criminels fictifs, qui reflétaient grosso modo des cas réels, ont été présentés (avec des descriptions différentes de chaque des cas et dans différentes ordres) à quatre groupe différents de répondants pour qu'ils évaluent les « peines appliquées ». Mais ces peines qu'on disait avoir été appliquées étaient en réalité choisies par les chercheurs pour, selon eux, réfléchir la sévérité des cours : « each of the stories was presented to one or other of the sub-samples with a sentence which was, *by the courts' standards*, very severe, mildly severe, or lenient [...] » (idem, 189, notre souligné). Ils ont trouvé, pour les quatre groupes, une acceptation assez élevée des peines qui les chercheurs présentaient (et que les répondants supposaient avoir été appliquées par les cours). Selon les auteurs, le fait que les peines choisies étaient dans l'extrémité des possibilités (de sévérité et de tolérance) – et qu'elles ont eu un degré élevé d'acceptation – indique que la politique de sentence pourrait bouger dans les deux directions. Néanmoins, malgré la marge de manœuvre des deux côtés, il leur semblait que les peines plus clémentes étaient relativement plus intolérables que les plus sévères (idem, 200).

Mande et English (1989), de leur côté, s'intéressent aussi à une comparaison public-juges, mais leur but va au-delà des juges. Les auteurs parlent de « *criminal justice practitioners* » (CJP), ce qui inclut législateurs, juges, procureurs, défenseurs publics et agents de probation. Une catégorie aussi large que celle-là nous pose certains problèmes : 1) il nous semble que le fait de mettre ensemble les peines des juges et celles désirées par des procureurs et des défenseurs publics rende difficile la visualisation du rapport entre

opinion publique et juges; ce sont des groupes (juges, procureurs et défenseurs) qui ont fort probablement des façons différentes de représenter le propos de la peine, par leur rôle même dans le système de droit criminel; 2) en plus, mettre ensemble juges et législateurs contribue à une confusion entre le système politique et le système de droit criminel qui nous semble problématique (nous y reviendrons)²⁹. Quoiqu'il en soit, ces auteurs arrivent à certaines conclusions qui, pour nous, sont pertinentes. En présentant 14 scénarios de crime pour le public et pour les CJP, la médiane des peines de prison imposées par les CJP a excédé celle du public dans 10 de 14 scénarios possibles. Et en comparant l'opinion publique et les « actual sentencing practices », on trouve des cas où il y a concordance et d'autres avec discordance par rapport aux peines appliquées, mais dans ces derniers cas, les sentences effectivement imposées ont été environ 12.5% plus longues que celles recommandées par le public. Ces résultats amènent les auteurs à conclure que le public est plus punitif que la justice seulement lorsque l'on pose la question à savoir si la justice est trop dure ou trop clément (c'est quand on pense à des crimes haineux pour répondre à ces questions); mais en comparant des scénarios plus spécifiques, avec des détails sur le crime et les criminels, on ne peut sûrement pas dire que le public est plus punitif (Mande et English, 1989 : xvi).

Tremblay, Cordeau et Ouimet (1994) suivent la même voie que Mande et English en se mettant à comparer les peines attribuées par le public et celles attribuées par « *les acteurs de la cour* »³⁰, mais leurs résultats semblent être bien différents. Dans cinq cas hypothétiques présentés par les chercheurs à un échantillon du public et à un échantillon d'acteurs de la cour, leurs résultats indiquent un public plus punitif que l'autre groupe de 1.5 à 2 fois, dépendamment du cas. Quand ils séparent ces acteurs pour considérer seulement les juges comparativement au public, le taux de divergence est encore plus important : dans quatre des cinq scénarios, l'écart en termes de mois de prison varie jusqu'à 2.38 fois (le public toujours plus punitif que les juges) (Tremblay et al., 1994 : 417).

²⁹ Voir infra 3.4.5.

³⁰ Catégorie qui inclut juges, procureurs, défenseurs et agents de probation; même si la catégorie nous apparaît encore trop vaste, les auteurs semblent prudemment ne pas étendre leur recherche jusqu'aux « policy-makers ».

Hough et Roberts (2002) étaient aussi intéressés à comparer des peines données par le public avec celles des juges. Ils voulaient toutefois savoir plus particulièrement comment le public donnerait une sentence dans deux scénarios : lorsqu'il était au courant des possibilités des peines pour le crime présenté et lorsqu'il n'en savait rien. Dans le premier scénario, ce n'est qu'une petite majorité (54%) des répondants qui ont préféré l'emprisonnement pour le cas présenté (il s'agissait d'une courte description d'un vol par effraction; la description se basait sur un cas réel qui valut 24 mois de prison à l'infracteur). Même si les auteurs ne pouvaient pas préciser de chiffres, ils croyaient que « *a much larger proportion of actual judges would have opted for a prison sentence in similar cases* » (Hough et Roberts, 2002 : 165). Mais le plus intéressant de leur expérience a trait au résultat dans le scénario pour lequel les répondants n'avaient pas un « menu » de peines à choisir : le pourcentage des partisans de la prison passe de 54% à 67%. On voit clairement ici l'effet de la connaissance de la prison. Les auteurs ajoutent, finalement, que parmi ceux qui ont choisi la peine de prison, la médiane du quantum de peine était de 12 mois (Hough et Roberts, 2002 : 166). Il reste donc difficile de faire valoir l'argument d'un public plus punitif à partir des résultats de leur recherche.

L'article de Roberts et Doob (1989) s'intéresse à quelque chose un peu différent. Ils commentent le rapport de la *Commission sur la détermination de la peine du Canada* qui compare les juges et le public d'une façon différente. Ils demandent au public quel pourcentage d'infracteurs condamnés pour un crime spécifique (meurtre, par exemple – leur liste comporte dix crimes) devraient être envoyés en prison. Par la suite, ils comparent la moyenne de ces résultats avec le pourcentage de criminels qui ont été effectivement envoyés en prison dans une période spécifique pour le crime en question. Même si certaines différences importantes apparaissent dans les chiffres pour le public et pour les juges (par exemple, le public enverrait juste 50% de ceux qui ont commis un parjure en prison, pendant que 89% ont été effectivement emprisonnés), dans la moyenne de tous les crimes, le taux d'incarcération du public est de 66% pendant que celui des juges est de 67% (Roberts et Doob, 1989 : 509 et ss.). Essayant de raffiner un peu l'interprétation des données, les auteurs font une autre comparaison : pour une période hypothétique de deux ans, ils comparent le nombre des personnes qui, selon le public, devraient être incarcérées avec le nombre de personnes qui devraient être incarcérées suivant le taux d'incarcération réelle. Le résultat est un public beaucoup moins punitif :

environ 80 mille infracteurs seraient envoyés en prison par le public, pendant qu'environ 90 mille infracteurs le seraient pour un seul des crimes (Roberts et Doob, 1989 : 510, 511). Les auteurs ajoutent encore que ces résultats fort probablement surestiment la punitivité du public compte tenu de ses perceptions erronées des criminels (on pense toujours aux cas le plus graves, aux criminels le plus violents), ce qui n'a pas été considéré dans ce rapport de la *Commission sur la détermination de la peine du Canada* (Roberts et Doob, 1989 : 513).

Pour ce qui est de la recherche de Kuhn, Villetaz et Jayet (Kuhn et al., 2002), les auteurs se proposent de comparer ce qu'ils appellent la « punitivité objective » (la sévérité des peines imposées par les juges) avec la « punitivité subjective » (les peines que le public désirerait). Dans leur étude, un rare exemple de recherche de ce type dans un pays de tradition juridique romano-germanique (la Suisse), il s'agit de faire cette comparaison à partir de quatre cas fictifs présentés à un échantillon de la population et à un échantillon de juges. Il y a deux façons de voir leurs résultats. Premièrement, en comparant la durée moyenne des peines imposées, le public a été clairement plus punitif dans trois des cas (il a été moins punitif seulement dans un cas de détournement de fonds). Toutefois, cette durée moyenne des peines données par le public a subi une certaine distorsion en fonction de certaines réponses favorables à de très longues peines. Si, deuxièmement, on observe leurs données différemment, alors on est obligé de reconsidérer l'argument d'un public plus punitif : quand on considère la proportion du public qui donnerait une peine moins lourde que la moyenne des juges, les chiffres varient, dans les quatre cas, de 50.6% à 78.8% des répondants. Autrement dit, dans les quatre scénarios, la majorité du public a été moins punitif que la moyenne des juges (Kuhn et al., 2002 :5).

Finalement, pour clore cette section, nous devons ajouter deux commentaires. Premièrement, comparer les peines données par les juges et celles que donnerait le public en termes de longueur de peine nous semble de toute façon être une tâche risquée. Comme Roberts et Doob (1989 : 513) l'ont bien noté, l'écart des connaissances sur les mécanismes de l'application de la peine met en doute la validité d'une telle comparaison. On pense ici spécifiquement à la libération conditionnelle, facteur méconnu dans son fonctionnement par le public et qui joue un rôle important dans les peines données par les

juges. Or, si ceux-ci imposent une peine plus sévère que le public, on pourrait faire l'hypothèse que leur plus grande sévérité est due au fait qu'ils savent beaucoup mieux que le public que les condamnés ne vont purger qu'une fraction de leur peine d'emprisonnement. Et, pour ce qui est du deuxième commentaire, nous pouvons dire qu'une conclusion relativement claire qui émerge de cet ensemble d'études est la déconstruction de l'idée que le public est plus punitif que les juges. Or, cette affirmation très courante dans des arguments du sens commun nous semble non seulement très risquée par son caractère trop général, mais aussi sans soutien empirique. Même si certaines recherches peuvent trouver un public plus punitif, il n'en demeure pas moins qu'il y a une littérature qui va dans le sens contraire.

3.2.2. Les « peines » du public et les peines légales

Une recherche que nous trouvons intéressante pour notre propos ici fait une comparaison entre les peines souhaitées par le public et les peines légales (c'est-à-dire, les peines telles qu'elles ont été établies par la loi). Encore une fois, la préoccupation sous-jacente est qu'un écart trop prononcé entre les perceptions du public et les peines légales entraînerait des problèmes en ce qui concerne la légitimité de la punition étatique.

L'exemple que nous avons trouvé pour illustrer ce type de recherche est le travail de Rossi et Berk (1997). Ces deux auteurs entreprennent leur travail à la demande et avec financement du *Sentencing Commission* des États-Unis, qui voulait savoir « *whether its recommendations departed in some significant way from what the American public believed to be proper punishments for violations of the federal criminal code* » (Rossi et Berk, 1997: 5). Leur but était, pour le dire autrement, d'investiguer l'écart, si jamais il y en avait un, entre les recommandations des directives qui ont été faites et les peines que le public juge désirables.

Pour ce faire, les auteurs utilisent un sondage où on donne des courtes descriptions des crimes pour que les répondants y accolent des peines. Mais la construction de ces descriptions suit une procédure spéciale : un ordinateur est chargé de

faire varier systématiquement les caractéristiques de chaque description, de façon qu'on puisse à la fin comparer les réponses pour dire quelles sont les variables qui y jouent un rôle. Par exemple, si les crimes (dans diverses descriptions) avec utilisation d'une arme à feu reçoivent des peines en moyenne deux ans plus lourdes que ceux perpétrés sans lesdites armes, on peut estimer ici la gravité que le public donne à l'usage d'une arme à feu (Rossi et Berk, 1997 : 36).

Ayant fait ces considérations, il y a deux résultats de leur recherche que nous devons considérer ici. Premièrement, les résultats de la comparaison montrent qu'en général le public et les directives sont, d'une façon large, en accord à propos de l'intensité des peines pour la majorité des crimes, malgré quelques discordances ponctuelles. Un détail attire l'attention pourtant : la concordance vient quand on parle de moyenne et de médiane, c'est-à-dire quand on voit les résultats ensemble (*aggregate*), puisque cette concordance est beaucoup moins importante quand on prend des réponses individuelles (Rossi et Berk, 1997: 98). Deuxièmement, le fait de faire partie de catégories « privilégiées »³¹ dans la société joue un rôle important : les plus éduqués sont plus en accord avec les *guidelines* que les moins éduqués, les hommes plus que les femmes, les blancs plus que les noirs et les hispanophones (*idem*, 165). Les auteurs trouvent aussi un degré de concordance important entre le public et les directives en ce qui concerne les éléments aggravants de la peine (*idem*, 149). Finalement, même si on trouve un degré assez important de concordance entre les directives et le public, certaines discordances se font remarquer. Les auteurs affirment que le public a tendance à être plus punitif que les directives en ce qui concerne les crimes moins graves, et moins punitif dans les crimes plus graves. L'exemple le plus important d'écart entre le public et les lignes directrices sur la détermination de la peine était le trafic de *crack cocaine*, où le public était notamment moins punitif (Rossi et al., 1997 : 287).

3.2.3. Les variables qui jouent un rôle dans les peines attribuées par le public

³¹ Les auteurs parlent de « mainstream », ce que ne rend pas exactement la traduction utilisée. Toutefois, nous croyons ne pas avoir changé l'idée ici.

Pour plusieurs chercheurs, il est important, pour bien cerner l'opinion publique par rapport aux peines, d'essayer de comprendre quelles sont les variables qui jouent un rôle quand les individus décident quelle peine devrait être attribuée à un crime. Autrement dit, on s'intéresse à savoir quels sont les facteurs qui peuvent déterminer un public plus ou moins punitif : les caractéristiques démographiques des répondants, les caractéristiques de l'événement criminel, la quantité d'informations sur la justice pénale etc. Bref, on essaie d'expliquer le degré de sévérité du public et de comprendre quelles sont les variables qui semblent pertinentes. Toutefois, comme on le verra, ces recherches ne se laissent pas facilement regrouper sous un même thème puisque ce qu'on nomme ici les « variables » de la sévérité réunit des catégories assez diverses.

Commençons tout d'abord par la recherche de Durant et al. (1972). Ces auteurs s'intéressent aux variables qui sont perçues par le public comme des facteurs d'aggravation ou d'atténuation de la peine. D'après leurs résultats, deux caractéristiques d'un cas – le fait d'agresser des personnes qui ne peuvent pas se défendre et des condamnations antérieures de l'infracteur – sont les facteurs aggravants les plus supportés par le public, tandis que la provocation antérieure à une agression est le facteur atténuant le plus supporté (1972 : 189-191). Il y a dans leur étude toute une liste de variables qui, selon le public, devraient influencer la peine dans un sens plus ou moins punitif. Ils tirent leurs conclusions en se basant sur la comparaison de la peine donnée à deux cas presque identiques, dont la seule différence est la présence de la variable dont on veut tester l'influence.

Dans le cas de Walker et Marsh (1988), les auteurs se penchent sur l'influence des décisions prises par les juges sur la punitivité du public. À partir d'une série de vignettes disposées en forme d'articles de journaux, les chercheurs interrogent des individus pour savoir la peine qu'ils infligeraient pour les cas présentés. Par la suite, les chercheurs informent le répondant des sentences qui ont été réellement imposées pour voir si l'opinion de celui-ci changeait. En gros, les auteurs concluent que les répondants n'étaient pas influencés par les décisions des cours : les sentences prononcées par les juges et présentées (par des articles de journaux) aux répondants avaient comme effet d'attirer davantage la réprobation de ces derniers que d'influencer les peines qu'ils avaient retenues (idem, 70).

Doble et al. (1991), à leur tour, s'intéressent à l'influence de l'information dans la prise de décision du public. Dans leur étude, on demande aux répondants d'attribuer des peines à plusieurs cas concrets présentés sous la forme d'une courte description. Ensuite, on leur présente un film sur le surpeuplement des prisons et sur cinq peines alternatives, suivi d'une discussion, pour ensuite demander aux répondants de redonner des peines pour les mêmes cas déjà présentés. Même si le questionnaire initial ne comprenait pas les alternatives, les auteurs croient que le film et les discussions ont eu un impact sur le changement d'avis des répondants, compte tenu du fait qu'ils choisissaient ces peines pour la majorité des cas.

Le manque d'information est aussi un facteur de grande importance pour Hough et al. (1988). Ces auteurs soutiennent que, dans le cadre de leur recherche, les deux variables les plus importantes dans la mesure de la punitivité du public étaient les attitudes plus générales des répondants (plus autoritaires, plus disciplinaires etc.) et l'ignorance par rapport aux pratiques de détermination des peines (ceux qui sous-estimaient le plus les pratiques des juges donnaient les peines le plus sévères) (idem, 215, 216)

Ce thème des connaissances du public est aussi central pour Roberts et Indermaur (2007). Ils soutiennent que c'est la connaissance du système de droit criminel et les croyances du public à son endroit qui jouent un rôle dans les attitudes punitives. Pour eux, beaucoup plus que des facteurs démographiques, que l'orientation politique, les croyances religieuses ou l'usage des médias, ce sont d'abord les attitudes envers la justice criminelle qui expliquent les variations dans la punitivité trouvées dans leur recherche. Et ils ajoutent que des perceptions erronées du public sur le crime sont sous-jacentes à ces attitudes plus punitives, d'où l'importance d'informer davantage le public sur la justice pénale :

« The strength of association between punitive beliefs and other criminal justice beliefs suggests that changing punitive attitudes will require both educating the public about crime rates and the criminal justice and increasing their confidence in the court system. » (Roberts et Indermaur, 2007 : 62)

En termes un peu généraux, les recherches soutiennent que les méconnaissances du public par rapport au système pénal en général sont un grand facteur qui contribue à la punitivité du public. Hough et Roberts (2002 : 163) identifient quelques facteurs de prédiction de la punitivité du public liés à la méconnaissance du système pénal : la croyance que le taux de crimes augmente, la croyance qu'on envoie moins de gens à la prison, la surestimation des crimes violents, la sous-estimation du nombre de voleurs envoyés en prison et la sous-estimation du risque d'un criminel de se faire attraper. Dans leur analyse, les auteurs ont pu identifier que ces facteurs prédictifs étaient le plus souvent associés aux répondants les plus punitifs, d'où le lien entre la méconnaissance du système pénal et l'insatisfaction de son côté « pas assez punitif ».

Un autre thème qui semble intéresser les chercheurs est la peur du crime et la victimisation. Hough et Moxon (1988), dans leurs commentaires au *British Crime Survey*, remarquent une corrélation entre la peur et la punitivité : plus les individus manifestent de la peur par rapport à une éventuelle victimisation, plus ils sont punitifs. Ce qui est curieux c'est que la corrélation ne soit pas la même pour les répondants qui affirment avoir été victimes d'un crime : ceux-ci ne sont pas plus punitifs que les autres répondants. Ces résultats sont en partie en désaccord avec la recherche plus ancienne de Taylor, Scheppele et Stinchcombe (1979). Pour ces auteurs, il est vrai que, d'un côté, les personnes qui ont été victimisées ne sont pas nécessairement plus punitives que le reste de la société; mais, de l'autre, ils affirment que la peur du crime n'est pas non plus un facteur qui entraîne nécessairement une punitivité accrue (contrairement à ce que Hough et Moxon trouvent plus tard dans leur recherche). Taylor et al. font aussi une troisième constatation : le public des régions dans lesquelles on note un taux de crime élevé n'est pas nécessairement plus punitif que le public d'une région sécuritaire (Taylor et al., 1979 : 415). Kuhn, de son côté, était surpris de trouver que, contrairement à ces attentes, les personnes non victimisées étaient un peu plus punitives que celles victimisées (Kuhn, 1993 : 276). Également surprenante pour l'auteur c'était la relation non significative entre la peur du crime et la punitivité (Kuhn, 1993 : 279), conclusion à laquelle Boers et Sessar (1991 : 144) sont arrivés aussi. Finalement, la recherche de Thomas et Cage (1976) aborde la corrélation entre la peur de se faire victimiser et la

sévérité des sentences du public. Pour eux, même s'il y a d'autres facteurs qui jouent un rôle plus important dans la punitivité du public (une corrélation plus forte), on peut démontrer que « *those who are least fearful of victimisation will be the most lenient with regard to the severity of their sentencing* » (Thomas et al., 1976: 244-245). Juste pour conclure ce thème, disons rapidement qu'un consensus nous semble loin encore sur cette question de l'influence de la peur du crime.

Changeant un peu de problématique, Kuhn (1993) s'intéresse à une comparaison de la punitivité de publics de différents pays. Dans son article, il fait des commentaires au *First International Victimisation Survey*, spécifiquement sur la session qui demandait aux répondants d'attribuer une peine à un cas hypothétique. Il s'agissait d'une courte description d'un vol par effraction, et le choix de peines devait être fait parmi une des options du questionnaire (« amende, prison, service communautaire, condamnation avec sursis ou d'autres sentences »; si le choix était la prison, on demandait aux répondants d'en préciser la durée). Les résultats ont été classés dans trois catégories : faible attitude punitive (peines non carcérales), attitude punitive moyenne (peine de prison jusqu'à six mois) et forte attitude punitive (peines de prison de plus de six mois). La comparaison entre pays montrent des résultats très intéressants : on trouve un public majoritairement à faible attitude punitif dans tous les pays (à l'exception des États-Unis, avec seulement 44% de répondants attribuant des peines non carcérales), notamment en Suisse, en Norvège, en France, en Finlande et en Allemagne, où plus de 85% des répondants préfèrent des peines non carcérales. De l'autre côté, les pays où l'attitude punitive forte apparaît le plus souvent ce sont le États-Unis (42.5%) et l'Irlande du Nord (30.5%) (Kuhn, 1993 : 272).

L'auteur s'intéresse par la suite à plusieurs variables qui influencent cette punitivité du public. Pour ce qui est des variables démographiques, le sexe et l'âge ne semblent pas jouer un rôle très significatif, mais les hommes étaient un peu plus punitifs que les femmes (Kuhn, 1993 : 275)³². Et la découverte qui nous apparaît la plus intéressante de l'analyse de cet auteur est que les facteurs socioculturels semblent beaucoup plus importants que les facteurs démographiques ou de victimisation : la

³² La variable niveau d'éducation posait des problèmes compte tenu de difficulté de la mesurer dans différentes pays.

corrélation entre l'appartenance à un pays anglo-saxon et une punitivité accrue dans le sens de choisir plus souvent la prison comme peine est celle qui ressort le plus fortement. Toutefois, l'intérêt diminue quand l'auteur lui-même constate que cette corrélation ne veut pas dire nécessairement que l'appartenance culturelle entraîne cette punitivité accrue (Kuhn, 1993 :287).

Abordons finalement une dernière recherche dont les résultats nous semblent pertinents ici. Walker et al. (1988a) nous apprennent qu'en Australie les variables socio-économiques jouent un rôle important dans l'attribution des peines plus ou moins sévères. Selon lui, il n'y a pas de consensus dans les différents groupes de la société quand on parle de punition, et les différences peuvent être vues *grosso modo* de la façon suivante :

« The better educated tend to be more lenient than those with lower levels of education. The elderly tend to be more punitive while males tend to be more punitive than females. The better-off tend to be more lenient than the less well-off. » (Walker et al., 1988a: 158, 159).

En terminant ce point, il faut dire que le facteur qui nous apparaît s'imposer le plus dans cette littérature sur la punitivité du public est la connaissance du public de ce qui se passe effectivement dans le système de droit criminel. L'ignorance du public par rapport aux peines appliquées semble contribuer énormément à la formulation de réponses très punitives et peu réfléchies. Dans un autre sens, on doit se demander si le genre d'informations apportées par les recherches présentées ici doit servir pour orienter des politiques pénales (création de peines) ou des décisions de la cour. Peut-on effectivement dire que le public représente néanmoins un critère fiable en dépit de toutes les désinformations et incohérences qu'il présente? En plus, par rapport au manque de confiance du système de justice pénale, quel y est le rôle de la science? Peut-elle vraiment contribuer à une augmentation de la confiance dans le système de droit criminel? Nous reviendrons à ces questions (infra 3.4.2).

3.2.4. Le public et les théories de la peine

Dans plusieurs recherches sur l'opinion publique et la détermination de la peine, l'intérêt des chercheurs se tourne vers les buts de la peine. On veut savoir si le public connaît les buts de la peine, quelles sont les justifications que le public donne pour la peine, quelle est l'importance de chacune pour la sanction des différents comportements criminalisés etc. Autrement dit, quand le public pense à une peine, quelle est sa justification pour choisir une telle peine? Quel objectif veut-il atteindre avec la punition?

Dans certains travaux, le but de la peine est une question générale, sans beaucoup de nuances. C'est par exemple le cas de Gerber et Engelhardt-Greer (1996) qui, en commentant le *National Opinion Survey on Crime and Justice* aux États-Unis, vont dire que pour 53% des répondants le but principal de la peine était de rétribuer le crime. Mais on ne sait pas ici si cette réponse vaut autant pour les crimes graves que pour les crimes légers ou encore si les répondants connaissent même tous les objectifs possibles de la peine. La même critique vaut pour la recherche que English et al. (1989) réalisent au Colorado : ils nous laissent seulement savoir que 57% des répondants trouvent que la neutralisation est le but primaire du *sentencing*, sans nous laisser savoir exactement ce que cela veut dire. Cas analogue, me semble-t-il, que cette autre recherche, un sondage par téléphone en Ontario (Doob et al., 1998), où les résultats sont un peu différents. Dans cette recherche, la dissuasion (définie par eux tantôt comme dissuasion générale tantôt comme dissuasion du délinquant) était le but le plus populaire de la peine (8.12 en moyenne, sur une échelle d'importance de 0 à 10) et la neutralisation (qu'ils définissent comme « separating offenders from society » [idem, 32]) était le but le moins préféré des répondants (6.99), mais on ne développe pas vraiment des analyses sur la signification de ces résultats. Leur but dans cette dernière recherche était plutôt de faire une comparaison avec les buts de la peine que préfère le public par rapport à la justice des jeunes, ce que nous n'allons pas commenter ici. Quoi qu'il en soit, notre impression sur l'absence de commentaires sur la signification de ces résultats reste la même. Doit-on se servir de ces résultats pour orienter des politiques pénales? À quoi sert finalement de savoir, d'une façon assez générale et peu nuancée, quels sont les buts de la peine que préfère le public (sans même spécifier le genre de crime)?

Dans une autre perspective, celle du travail de Gottfredson, Warner et Taylor (1988), la question est de comparer les objectifs « des politiques correctionnelles » (qui pour eux inclut l'imposition de la peine) préférées par le public, d'un côté, et par les *policy makers* du système pénal, de l'autre. Selon eux, les deux groupes donnent priorité à la réhabilitation comme objectif du système correctionnel (dans un sens large, il nous semble), et ils sont aussi d'accord pour dire que la rétribution est l'objectif le moins désirable. D'où ils concluent que « (...) *both the public and those who are charged with setting and implementing correctional policy appear to support utilitarian, as opposed to retributive, goals.* » (Gottfredson et al., 1988: 50).

Dans l'étude de Mandé et English (1989), l'intérêt réside dans la comparaison qu'ils font entre les objectifs de la peine pour le public et les « *criminal justice practitioners* » (législateurs, procureurs, juges, défenseurs publics et agents de probation). Pour les deux groupes, « *incapacitation is the most important purpose of sentencing decisions; rehabilitation is the second most important purpose* »³³ (Mandé et English, 1989 : xii, 27)

Une autre étude, celle de Roberts, Crutcher et Verbrugge (2007), s'intéresse aussi aux objectifs de la peine chez le public. Les auteurs, présumant que le public appuie plus qu'un objectif de la peine et qu'une seule approche ne rend pas compte de la complexité de la perception du public, décident de suivre deux démarches différentes : premièrement, les chercheurs fournissent une liste d'objectifs de la peine (ceux qui apparaissent dans le Code Criminel canadien) et demandent aux répondants de qualifier chacun d'eux selon les options suivantes : « très important », « important », « moyennement important » et « pas du tout important »; deuxièmement, et par la suite, ils demandent aux répondants d'identifier « *the single most important purpose for judges to consider when sentencing* » (Roberts et al., 2007 : 86). Les résultats de la première démarche nous semblent très pertinents. Selon les auteurs, les objectifs identifiés avec une justice réparatrice – soit i) amener le coupable à assumer son crime et à reconnaître la responsabilité ii) amener le coupable à réparer le tort causé par le crime – sont ceux qui

³³ Voici les définitions que les auteurs donnent de ces deux buts de la peine : i) incapacitation : « it removes the criminal from the community and protects citizens against further crimes. »; ii) réhabilitation : « it places the criminal in an environment where he can be reformed through job training, work experience, education, etc. » (Mandé et English, 1989 : 27)

ont été considérés « très importants » le plus souvent par les répondants (84% dans le premier cas et 66% dans le second). C'est juste après qu'apparaissent la dissuasion individuelle (63% la trouve très importante), la satisfaction de la victime que « justice was done »³⁴ (59%), la dissuasion générale (53%), la réhabilitation (51%), la neutralisation (40%) et la dénonciation (39%). Par rapport à la question sur l'objectif principal, ici aussi la reconnaissance de la responsabilité du crime par l'accusé et la réparation du tort ont été les buts préférés, auxquels ont souscrit 27% et 13% respectivement des répondants (Roberts et al., 2007 : 86 et ss.). Leur conclusion de ces résultats est que les attitudes du public canadien (où la recherche a été réalisée) par rapport aux objectifs de la peine « *have evolved away from a punitive and toward a restorative approach to sentencing* » et ce résultat est encore plus surprenant du fait qu'on sait que quand on ne fait référence à aucun crime spécifique, le public pense d'abord et avant tout à des crimes graves (Roberts et al., 2007 : 87).

Dans les commentaires que Roberts et Doob (1989) font du rapport de la Commission sur la détermination de la peine du Canada, on note avec intérêt la distinction que le public fait quant aux buts de la peine pour les crimes graves et les crimes moins graves. Dans le premier cas, on apprend que le but le plus important est la neutralisation (39% des répondants), suivi de la rétribution (27%); quant aux crimes moins graves, la dissuasion spécifique est la plus choisie (34%), suivie de la rétribution (18%). Les répondants étaient censés choisir à partir d'une liste, laquelle était formée par les objectifs de la peine (dissuasion individuelle, juste dû, réhabilitation, dissuasion générale, dénonciation, neutralisation et restitution) décrits dans une courte phrase (par exemple, « *to discourage others from committing crimes* » ou « *to rehabilitate the offender* »).

Finalement, pour conclure cette section, nous ne sommes pas capables de voir clairement quels sont les objectifs de la peine privilégiés par le public et comment cette préférence varie selon certains facteurs comme, pour ne donner que ces exemples, la gravité du crime et le casier judiciaire de l'accusé. Il nous semble, qu'à ce stade, des

³⁴ Nous avons un peu de difficulté à identifier cet objectif avec l'objectif classique de rétribution, puisque « faire la justice rétribuant le mal par le mal » ne nous semble pas être un équivalent de « satisfaire la victime de que justice a été faite ». En tout cas, ceci semble être identifié, dans cette recherche, comme l'objectif rétributiviste.

conclusions définitives ne peuvent pas être formulées à partir de cette littérature, compte tenu de la diversité de résultats et même des diverses façons de poser le problème (pas toujours les mêmes choix de réponse) qui entraînent des résultats difficiles à comparer³⁵. Par contre, nous devons souligner l'importance de certaines recherches, comme celle de Roberts, Crutcher et Verbrugge (2007), pour notre propos ici : il nous semble que l'on ouvre ici une voie intéressante en montrant l'acceptation par le public d'objectifs (comme la réparation) qui s'éloignent des buts classiques du système de droit criminel. Cela nous permet de penser que l'inflexibilité de l'obligation de toujours punir avec des peines afflictives, tel que forgée par les théories classiques de la peine (surtout la rétribution et la dissuasion)³⁶, ne semble pas trouver nécessairement écho dans les représentations du public de ce qui serait une peine juste.

3.2.5. Opinion publique par rapport à la punitivité du système pénal

Pour certains chercheurs, il est important d'évaluer la perception que le public a du système pénal par rapport à la sévérité de ses sentences pénales. Assez souvent, ce thème est imprégné d'un questionnement sur la « satisfaction du public » (comme Myers, 1996, le dit) à l'endroit du résultat des activités du système de droit criminel. Il serait important ici de savoir si le public trouve que la justice est trop clémentine ou trop sévère, en gardant toujours à l'esprit l'idée qu'une justice « mal évaluée » serait une justice moins légitime.

Myers, par exemple, s'inquiète du degré de satisfaction du public envers les tribunaux, incluant l'imposition des sanctions pénales. Dans ses commentaires au *National Opinion Survey on Crime and Justice*, elle attire notre attention au fait que 61% des répondants trouvaient que les tribunaux n'attribuaient pas des peines de façon appropriée, ce que veut dire, pour 94% de ces répondants, que les cours n'étaient pas

³⁵ Nous pensons, par exemple, à la recherche de l'institut Gallup sous la commande du Ministère de la Justice du Canada, qui en demandant des raisons pour justifier des peines plus sévères, donne aux répondants certains choix de réponse qui n'incluent pas la réhabilitation (Roberts, 1988a : 78).

³⁶ Nous avons toujours à l'esprit ici le concept de rationalité pénale moderne de Pires dont nous parlerons dans notre chapitre théorique (infra 4.3).

assez sévères (Myers, 1996 : 54). Mais, par-delà ce résultat, voici ce qui la préoccupe : « *[i]t's clear that court satisfaction is continuing to decline.* » (Myers, 1996 : 61). Ayant identifié les deux variables qui influençaient plus fortement cette non satisfaction (la race et la peur du crime), elle croit que les tribunaux et les politiciens (c'est-à-dire ceux qui font des politiques pénales) devraient travailler à partir de ces découvertes :

« Court reformers should respond quickly to this knowledge. Many courts have already initiated public education campaigns to attract those who feel alienated from courts. With the knowledge that certain segments of the population feel courts are not responsive to their needs, reformers can better tailor their campaigns to be more successful. » (Myers, 1996: 61).

Nous voulons souligner ici, dans ce petit extrait, la façon de poser la question. Le problème serait le manque d'attention aux « besoins » de certains segments de la population. Nous avons l'impression qu'un changement sémantique important s'opère quand on cesse de parler en termes de « droits » pour poser la question en termes de « responsiveness » des tribunaux aux « besoins » du public. Le raisonnement juridique du système de droit criminel ne semble pas tout à fait à l'aise avec cet encadrement. Nous y reviendrons (infra 3.4.2).

Une autre recherche, celle du *Environics Group Research* (1989) faite à la demande du Solliciteur Général du Canada qui envisageait de ramasser des informations pour des propositions de réformes, s'intéresse aussi à cette perception du public de la punitivité du système. À partir d'un « focus group », la vision du public qui ressort est que le système de peines (le *sentencing*) est vu comme trop clément. Mais, par contre, même si les participants croient que des lignes directrices plus contraignantes (« *more stringent guidelines* ») devraient être mises en place, le sentiment majoritaire allait dans le sens qu'il est approprié de laisser une bonne marge de manœuvre aux juges (idem). On peut toujours problématiser cette recherche en posant des questions un peu provocatrices : si les résultats étaient dans le sens contraire – que les juges devraient avoir moins de liberté et suivre davantage le public – que devrait-on faire avec eux?

Devrait-on proposer des réformes dans le système de droit criminel pour répondre à ces demandes?

Continuant avec les résultats de recherches, Mande et English (1989 : xiii) trouvent la même perception chez le public d'une justice trop clémentine. Mais cette perception change quand on donne des scénarios plus détaillés et qu'on demande au public d'attribuer des peines.

Finalement, il faut noter que l'intérêt pour ce que l'opinion publique pense de la punitivité du système pénal semble venir moins de la science en soi. Il s'agit assez souvent d'une préoccupation des sondages d'opinion qui proviennent ou de certaines compagnies de sondages ou du gouvernement lui-même à partir de ses propres recherches (ou de recherches qu'il a commandé). Il s'agit plutôt d'enquêtes d'opinion qui parfois s'intéressent même à plusieurs sujets dans lesquelles on met toujours une question sur la punitivité de la justice pénale (est-ce qu'elle est assez punitive?). Deux exemples à mentionner ici sont les recherches mises en place par le Home Office au Royaume-Uni et la recherche de l'institut Gallup, rapporté par la Commission sur la détermination de la peine du ministère de la Justice du Canada (Roberts, 1988a).

3.2.6. Influence de l'opinion publique dans les sentences

Encore rares dans la littérature sur l'opinion publique et la détermination de la peine sont les exemples de recherches qui essaient de voir quel est l'impact de la première sur la deuxième, spécifiquement en ce qui concerne la détermination de la peine dans le système de droit criminel. Pour ce qui est de la création et l'augmentation des peines légales en vertu des pressions du public, cela ne semble pas être un fait rare. Mais il est beaucoup plus difficile de trouver le lien entre cette pression et la prise de décision au sein du système de droit criminel, dans l'activité des juges.

Les deux auteurs qui nous semblent aller le plus loin dans l'idée de prendre en considération le public dans la détermination des peines sont Tomaino (1997) et Wilkins (1984). Pour le premier, le public joue déjà un rôle très clair dans la détermination des

peines. Alors, ce qu'il propose n'est que de rendre cet état de choses un peu plus « organisé » et « officiel », en construisant un « modèle » théorique qui permettrait l'intégration de l'opinion publique. D'une façon générale, son modèle soutient qu'un cas qui « force » les limites de tolérance du public pourrait être utilisé comme facteur aggravant ou atténuant dans l'imposition de la peine. Bien entendu, dit-il, il serait inutile d'essayer de chercher les sentiments du public à chaque cas, et donc c'est pour cette raison qu'il serait prudent d'utiliser le public seulement quand il y a clairement un message d'intolérance grandissant par rapport à certains crimes et à certaines peines. Il suggère comme exemple que

« if it is shown that the financial and physical harm caused by white collar offenders is being increasingly strained, then this would act as an aggravating factor, increasing the culpability [sic] of the offender » (Tomaino, 1997: 112).

Dans son modèle, il n'est pas très clair sur le rôle qui concerne les juges et le rôle qui concerne le législateur quand il est question de l'intégration du public, mais il nous semble passer un message direct aux juges quand il dit que « *[e]very sentencer must consult the public opinion data to minimise disparities between sentences meted out (...)* » (idem, 115).

Dans le cas de Wilkins, il soutient que

“(...) it would be helpful to measure (by adequate scientific means) public attitudes towards factors which the courts take into account in either aggravation or mitigation of offences. Public opinion should also be consulted in regard to the rating of the seriousness of crimes and factors which indicate culpability of the offender.” (Wilkins, 1984: 86)

Encore une fois, l'auteur nous semble passer un message clair aux juges (et aux politiciens) sur l'importance de l'opinion publique et sur le moment à partir duquel on doit la prendre en considération. En soutenant son point (de la participation du public

dans la prise de décision du système de droit criminel et du système politique en matière de peines), il nous raconte un dialogue qu'il a eu avec un juge. Il lui demanda s'il arrivait que le juge puisse commettre une erreur au moment de juger : le juge lui répondit que oui, c'était possible. Wilkins lui demanda alors comment il pouvait savoir si éventuellement il avait commis une erreur. Le juge répondit : « *if nearly all the persons 'in the public gallery' thought that it was wrong, then it probably was* » (Wilkins, 1984: 82, 83). En donnant cet exemple un peu extrême, l'auteur veut juste attirer notre attention sur le fait que les juges tiennent déjà compte d'un certain public (le public d'une audience est classifié par lui comme un public informé). Alors, pour lui, de la même façon que pour l'auteur précédent, il s'agit de formaliser cette présence.

L'influence du public dans les décisions des juges est aussi thématifiée dans une partie du rapport de Roberts, Doob et Marinos (Roberts et al., 1999). Dans leur recherche sur la condamnation avec sursis (*conditional sentencing*), ils s'intéressent à un moment donné à l'importance de l'opinion publique dans la prise de décision du juge sur une sentence d'emprisonnement avec sursis. On n'apprend pas exactement le poids que les juges lui attribuent, mais la recherche fait ressortir une donnée très intéressante : lorsque questionnés (juges) à savoir s'il leur arrivait de considérer l'impact que leur sentence pourrait avoir sur l'opinion publique, environ 80% des juges faisant partie de l'échantillon disent « oui » (et presque un quart dudit pourcentage affirment toujours le faire) (Roberts et al., 1999 : 37). Le public ici n'est pas nécessairement un critère pour la sentence de condamnation avec sursis, mais il nous semble clair qu'il devient un facteur à ne pas ignorer.

Dans une recherche un peu plus ancienne, Cook (1977) affirme avoir trouvé un lien entre l'opinion publique et les sentences imposées par les juges dans les cas d'offenses à la conscription pendant la période de la Guerre du Vietnam. L'argument de l'auteure est que le changement de perception de l'opinion publique par rapport à cette guerre a influencé les juges à donner de plus en plus des sentences clémentes pour ce type d'offense (de 1967 à 1975, la proportion de sentences de probation pour les cas de

résistance à la conscription – celle qui est considérée « clémente » – est passée de 10% à 89%)³⁷.

Un argument semblable est avancé par la recherche de Kuklinski et Stanga (1979). Ces deux auteurs s'intéressent aux changements aux sentences des cours supérieures en Californie à la suite d'un référendum d'initiative populaire qui, en 1972, proposait la dépénalisation de l'usage de la marijuana dans cet État. Après les résultats de ce vote, les auteurs observent les changements des cours supérieures des différents comtés en Californie pour essayer de voir s'ils « réagissent » pour s'ajuster aux préférences de l'opinion publique tel qu'elle s'était manifestée par le vote. En gros, ils concluent que :

« Our initial findings give us reason to believe, then, that the explicit communication of preferences elicited a response from California superior courts. Not only did the cases increase policy agreement [...] significantly after the initial vote, but also the courts displayed appropriate and differential movement: those courts less in line with opinion in the earlier years showed greater absolute change in sentencing behavior and adjusted their decisions in the predicted direction³⁸. » (Kuklinski et Stanga, 1979: 1093)

Pour conclure cette section, nous devons ajouter que ce type de recherche ne s'intéresse pas aux mécanismes « à l'interne », c'est-à-dire aux procédures dans le système de droit criminel qui permettraient aux juges de gérer le stimulus externe du public compte tenu du fait qu'ils ne sont pas, en théorie, censés prendre en considération ce stimulus. Des recherches comme celles de Cook (1977) et Kuklinski et Stanga (1979), d'un point de vue plutôt de la science politique, s'intéressent plutôt au flou des décisions, à un niveau macro, ce qui ne leur permet pas de voir les stratégies et les constructions juridiques faites par les juges au niveau micro.

³⁷ Kritzer (2004) fait la critique de l'article de Cook en disant que dans sa recherche il y a des indications que les juges décident dans le sens de l'opinion publique, mais cela ne veut pas dire qu'ils y répondent nécessairement.

³⁸ Il explique davantage ce changement de direction : "The differential movements accord fully with our expectations. Courts originally oversentencing become discernibly more lenient following expression of public preferences on the marijuana issue, while those originally undersentencing increase the severity of their sentences." (Kuklinski et Stanga, 1979: 1093)

3.3. Certaines discussions théoriques présentes dans la littérature

Les discussions théoriques autour de l'importance des études sur l'opinion publique et la détermination de la peine ne nous semblent pas être nombreuses. Dans la majorité des cas, il nous paraît qu'il y a une présupposition sur la pertinence du sujet, sans que l'on indique pour qui ou pour quelles raisons. Usuellement une mention au fait que le public est un enjeu important aujourd'hui pour le système pénal semble suffire comme justification, et on se met à faire des recherches sans d'autres considérations théoriques.

Dans les cas où il y a une certaine discussion (on va en présenter quelques-uns par la suite), elle semble relever d'une préoccupation politique sur l'insatisfaction du public³⁹, sur l'usage de l'opinion publique par les « policy makers » en matière de politiques pénales, sur une mauvaise lecture de cette opinion par ces mêmes acteurs ou encore d'une mauvaise lecture de l'opinion par les juges. La préoccupation semble se centrer sur la justification de l'usage « prudent » de l'opinion publique, tout en soulignant en même temps comme elle peut être problématique si « mal interprétée », si prise en considération d'une façon pressée et non réfléchie à partir des manifestations des médias (voir la citation de la page suivante). Toutefois, des réflexions plus poussées sur la pertinence même de ce genre de recherche ne semblent pas faire partie des discussions théoriques de la littérature. Autrement dit, le fait même de s'intéresser à l'opinion publique par rapport à la détermination de la peine comme sujet de recherche ne semble pas être problématisé (ou du moins ne pas être problématisé par-delà des considérations pragmatiques sur la façon dont les politiciens et les juges doivent « voir » ce public). La relation opinion publique/détermination de la peine ne semble pas être en soi thématifiée du point de vue d'une sociologie du droit préoccupée avec le droit lui-même, malgré le fait qu'elle soit le point de départ pour les recherches en question ici. Nous y reviendrons (infra 5).

³⁹ À cet égard, Roberts (1988c : 5) a été clair : « Compte tenu de cette opinion défavorable du public, la recherche dans ce domaine a visé et vise toujours à déterminer la cause exacte de cette insatisfaction. »

Pour ce qui est des discussions théoriques elles-mêmes, on trouve plus ou moins ensemble des préoccupations concernant la prise en considération de l'opinion publique par les juges (dans la détermination juridique de la peine) et surtout par les « policy makers » (dans la détermination politique de la peine). Mais il y a deux choses à remarquer ici : (i) ces deux volets ne semblent pas être toujours distingués clairement, et (ii) le volet détermination politique de la peine semble être l'objet principal des discussions (assez souvent on se concentre sur les *policy makers* et on laisse de côté les juges). Toutefois, on doit remarquer aussi que les discussions nous semblent plus intéressantes quand le volet « détermination juridique » est présent: il s'avère plus complexe de penser le public dans l'activité du système de droit criminel, traditionnellement très peu perméable au public, que de le penser par rapport à l'activité politique de créations de peines.

Une des discussions les plus intéressantes dans la littérature est celle présente dans le rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine effectué par Roberts (1988c). La position de l'auteur peut être résumée dans une citation qu'il fait de la commission de réforme du droit de l'Australie (Roberts, 1988c : 56) :

« La réforme du droit relatif à la détermination des peines ne doit pas suivre aveuglement les sondages d'opinion ni en faire abstraction totalement. Il faut découvrir et comprendre les sentiments de la société, et les peser soigneusement au même titre que les autres facteurs. »

L'auteur ajoute que cette idée de ne pas suivre l'opinion publique fait non seulement partie du rôle des réformateurs du droit mais aussi du juge. Il dit que celui-ci ne peut pas adapter sa sentence pour s'approcher de l'opinion publique, mais en même temps il nous laisse savoir que la majorité des juges voient l'opinion publique comme un enjeu important dans la détermination de la peine (Roberts, 1988c : 57).

Ce même auteur revient à ce thème quelques années plus tard. Regardons l'extrait suivant :

« Judges also regularly cite public opinion as a factor in their sentencing decisions, particularly when these decisions involve dispositions likely to attract public criticism (...). On closer examination, it is often the case that judges gain their impressions of public opinion in the same way that politicians do – from what they read in the newspaper. Even more dangerous is the belief among some judges that they can “sense” the tenor of public opinion (...). However, it is media coverage, and in particular crime news, that is read uncritically by criminal justice agencies as reflecting public opinion. » (Roberts et al., 2003: 85)

Il nous apparaît que le problème soulevé ici est le fait que l’opinion publique dont les juges tiennent compte ne semble pas être la bonne opinion publique. D’une certaine façon, on critique le fait de vouloir « sentir » cette opinion, ainsi que le fait de prétendre la connaître par les médias, mais pourtant on n’exclut pas la possibilité qu’il y ait effectivement une opinion publique qui puisse se faire connaître et qu’il soit important qu’elle soit connue. Autrement dit, ici on ne problématise pas le fait en soi de se tourner vers l’opinion publique (c’est-à-dire qu’on laisse de côté les bouleversements dans les justifications de la punition, l’introduction d’un nouveau critère de justice, la quête de légitimation en dehors du système de droit criminel etc.), mais plutôt les moyens non critiques que certains juges peuvent éventuellement employer.

Mais la discussion sur l’influence du public dans les décisions des juges se passe à d’autres niveaux. Roberts (2008b : 16) nous fait part de l’argument retenu par la Cour Suprême du Canada selon lequel une discordance d’une cour d’appel n’est pas une raison suffisante pour annuler la sentence d’un juge. L’idée derrière cet argument est que le juge du cas est plus proche de la communauté et pour cette raison il sait mieux que la cour d’appel ce qui est et ce qui n’est pas acceptable pour cette communauté. Alors, poursuit l’auteur, on arrive au problème suivant :

« Courts are expected to impose sentences that are not radically inconsistent with public expectations. On the other hand, public opinion is not a legally recognized factor at sentencing. Judges should not increase the quantum of punishment if they feel that this will gratify the general public.” (Roberts, 2008b: 16).

On peut voir dans cet extrait que l'auteur constate bien que les juges ne peuvent pas, juridiquement parlant, augmenter une punition avec le but de satisfaire le public, mais ils sont « censés » prendre des décisions qui ne sont pas « inconsistantes » avec les attentes du public. Quand on parle de réagir à une attente du public, ne serions nous pas en train de passer de raisons du droit à la politique du droit? Voici le problème que l'auteur semble expliciter.

Le même auteur apporte un autre élément intéressant pour la discussion théorique: si les décisions des juges reflètent les changements dans l'opinion publique, on devrait alors être capable de trouver des traces de ce phénomène dans les *sentencing patterns*. Même si l'auteur ne connaît pas d'études qui ont essayé de cibler des changements spécifiques d'opinion agissant sur les décisions des juges, il apporte un argument pour déconstruire la thèse que l'opinion publique influence les juges. Selon lui, les changements dans les dernières années dans le taux d'emprisonnement ont été très prononcé – ce qui révèlent des *sentencing patterns* plus durs –, pendant que les attitudes du public par rapport à la punition n'ont pas changé (Roberts, 2008b : 17). Il laisse ici une piste intéressante pour la réflexion : si ce n'est pas la « faute » du public, qui doit-on blâmer pour l'augmentation de la sévérité des peines? Toutefois, l'argument de Roberts nous paraît incomplet ici. Nous avons l'impression que l'auteur fait référence à un public qui est exposé dans quelques recherches plus approfondies, qui a l'occasion de s'informer sur certains sujets du système de droit criminel (compte tenu du fait que plusieurs recherches vont passer des informations pour évaluer un public « informé »), et qui ne se montre pas nécessairement plus punitif que les juges. Toutefois, le discours du public (ou plutôt de l'opinion publique, comme nous la définirons – infra 4.2.2) qui circule dans les médias et qui apparaît dans tous les sondages d'opinion est un public qui trouve que les juges sont trop cléments et que la justice pénale n'est pas assez sévère. Alors, on pourrait aussi argumenter qu'il y a une possibilité que l'augmentation de la sévérité des peines des dernières années garde effectivement une correspondance avec cette opinion publique qui circule dans les médias et les sondages, même s'il ne s'agit pas de la « bonne » ou de la « vraie » opinion publique.

Mande et English (1989 : 15) ajoutent un autre élément intéressant à cette discussion en suggérant que la perception du public sur la punitivité des juges est peut-

être indépendante des pratiques elles-mêmes des juges. Ils donnent l'exemple de l'État nord-américain du Colorado. Dans cet état, une modification législative a été faite, parmi d'autres raisons, pour répondre à des demandes du public qui percevait les juges comme étant « too soft ». Ainsi, le *Colorado House Bill 1320*, de 1985, a augmenté de façon importante les peines pour les crimes graves. Toutefois, l'ironie de l'histoire est que même après ce *Bill* et l'augmentation conséquente des peines données par les juges qui se traduise pour une plus nombreuse population carcérale, le public continue à répondre que les juges étaient « too soft on crime ». Ce qui amènent les auteurs à supposer que « *[p]erhaps concerns about officials⁴⁰ being « soft » on crime exist regardless of actual criminal justice practices.* » (Mande et English, 1989 : 15)⁴¹.

Cet argument, il nous semble, garde un certain rapport avec le changement de perception du public vis-à-vis des tribunaux. Roberts (2008b : 24) fait une description très intéressant de ce changement :

« There has been a clear transformation in conceptions of legitimacy. During much of the past century legitimacy was conferred on courts and judges through the authority of the state. Some of this legitimacy derived from the very clear line between judges and the executive. The concept of judicial independence can be seen as a source of legitimacy. Today, judges are more likely to be regarded as public servants who should be held accountable to the community for their sentencing decisions. Deference on the part of appellate courts may still exist, but there is far less deference to members of the judiciary on the part of the public. »

Alors, l'argument ici est que la légitimité telle qu'on la connaissait avant par la justice pénale – basée sur l'indépendance des juges du pouvoir exécutif – n'est aujourd'hui plus suffisante en soi. Il lui semble que le public est devenu une source essentielle de légitimation au fur et à mesure que la justice est perçue de plus en plus comme un service, exercé par des fonctionnaires, et non un pouvoir, exercé par des

⁴⁰ Les auteurs utilisent ici une catégorie trop large qui n'inclut pas seulement des juges, mais aussi des législateurs, procureurs, défenseurs publics et agents de probation.

⁴¹ Voir, dans le même sens, Roberts (2002a : 26); il ajoute que la cause la plus probable de cette perception vient de la couverture médiatique des affaires pénales.

autorités, et qui tire sa légitimité de son indépendance. Dans ce contexte, il devient inévitable que les juges/fonctionnaires nous rendent compte de ce qu'ils font. Si on essaie de faire un lien avec l'argument de Mande et English (1989) qu'on vient de mentionner, on pourrait peut-être faire l'hypothèse que cette inépuisable insatisfaction du public envers la punitivité du système de droit criminel dérive plutôt de la résistance de la justice de se faire transparente pour ce public, de se voir comme un service qui doit rendre compte de ses actes et non comme un pouvoir et, finalement, de chercher de la légitimité ailleurs (chez le public) et non dans sa propre activité.

Tout cela dit, il nous semble, comme nous l'avons déjà mentionné ci-haut, que des discussions plus profondes sur la pertinence du problème « opinion publique et juges » n'ont pas encore été amorcées. La simple démarche de se poser la question sur la pertinence de ce sujet, par-delà des raisons pragmatiques et politiques, n'apparaît pas encore avoir été accomplie.

Une autre réflexion intéressante se trouve chez Rossi et Berk (1997), où on transporte la discussion du domaine du judiciaire sur le terrain de la détermination législative des peines. Ces auteurs se demandent si les recommandations de la *Sentencing Commission* américaine s'éloignent trop « *from what the American public believed to be proper punishments for violations of the federal criminal code* » (Rossi et Berk, 1997 : 5). Autrement dit, dans leur étude (qui a été d'ailleurs commandée et financée par la *Sentencing Commission*), il y a une préoccupation de légitimation par rapport à la perception du public. Toutefois, et voici ce qui est plus intéressant, cette préoccupation est relative. En basant leur argumentation sur les différents buts de la peine, les auteurs affirment que la *Sentencing Commission* a plusieurs buts qu'elle veut atteindre avec les *Guidelines* (« *just punishment, deterrence, rehabilitation and selective incarceration*⁴² »). L'opinion publique est pertinente seulement pour certains de ces buts (*just punishment et deterrence*). Ainsi, elle devrait donc être un des facteurs à considérer, mais pas nécessairement le facteur dominant (Rossi et Berk, 1997 : 6).

⁴² Les auteurs ne vont pas vraiment définir ce qu'ils entendent par ces expressions. Dans le cas de la « selective incarceration », ils vont dire simplement qu'il s'agit d'une « lengthy incarceration of the seemingly incorrigible » (Rossi et Berk, 1997 : 6)

Roberts (2008b) nous parle, de son côté, d'une volonté des législatures d'établir des liens plus forts entre la communauté et le système pénal en matière de *sentencing*. D'après lui, il y a partout en Occident une perception que le processus de détermination de la peine est déconnecté des valeurs de la communauté. Par contre, une partie de ce sentiment vient de la désinformation sur le processus du *sentencing*. Alors, pour lui, « éduquer » le public sur ce processus est une partie de la solution. Finalement, dit-il, le défi des commissions des sentences est de « *ensure some degree of community engagement in the sentencing process without descending in populist punitiveness* » (Roberts, 2008b : 25). Nous notons ici que l'intérêt de l'auteur s'articule autour de la résolution de questions pragmatiques sur la façon de mieux intégrer le public. Des implications plutôt théoriques à propos de l'impact de ce public pour la théorie du droit pénal ou à propos de son articulation avec les théories de la peine etc. ne semblent pas faire partie de son argumentation.

Un autre auteur qui va faire des considérations théoriques sur les politiques criminelles sur le *sentencing* et le public est Flanagan (1996). Il s'interroge à savoir si la connaissance des données de sondage sur le crime et la justice fait une différence quelconque pour les administrateurs de la justice pénale. Il fait une brève argumentation sur l'existence de deux points de vue : le premier selon lequel la politique criminelle est une affaire d'experts, et le deuxième selon lequel le public devrait en faire partie (Flanagan, 1996 : 151, 152). Il voit comme un problème le fait que les politiques aient une perception erronée de la connaissance du public dans le domaine du crime et de la justice. Et que cette mauvaise perception soit dans le sens de le trouver plus punitive qu'il ne l'est vraiment. « (...) *politicians use public opinion surveys in the manner that a drunk uses the lamppost – for support rather than illumination* » (Flanagan, 1996: 153). En parlant des changements qui pourraient être adoptés si le public était entendue, l'auteur mentionne entre autres ce qui suit :

« (...) the public strongly supports efforts to reduce what is perceived to be excessive delay and leniency in processing cases in the court system. Efforts to reduce or eliminate pretrial release and plea bargaining for serious offenders and to restrain the sentencing discretion of judges would be strongly supported. » (p.158).

Il n'y a pas par, contre, d'autres réflexions sur l'acceptation de telles mesures par la justice pénale.

Dans toutes les réflexions théoriques que nous avons trouvées, la plus claire et la plus directe défendant l' « input » du public dans les politiques criminelles sur le *sentencing* est peut-être celle de Roberts (2008a). Pour lui, il y a deux justifications pour tenir compte de l'opinion publique ici. Premièrement,

« [s]entencing [...] involves the expression of community censure, and a system which ignored community sentiment would ultimately lose the power to condemn – hence the need to ensure that expressions of censure bear a close connection to public ascriptions of blameworthiness. If legal censure ignores a variable considered by the public to be highly relevant to blameworthiness, the legitimacy of the sentencing process will be undermined.” (Roberts, 2008a: 211)

Et, pour ce qui est de sa deuxième raison, le problème se situe dans le domaine de la confiance du public dans le système pénal. Un système pénal qui ignore les attitudes du public par rapport à certains principes de la détermination de la peine – comme par exemple par rapport à la proportionnalité des peines et au casier de l'infracteur – va compromettre sa confiance et, par conséquent, va aussi souffrir d'une crise de légitimité. Il ajoute encore que le respect des lois pénales par les citoyens est directement lié à la légitimité du pouvoir (Roberts, 2008a : 211, 212). Et, finalement, il conclut pour dire que si ces éléments qui font partie des attitudes du public par rapport à la punition sont présents, elle (la punition) ne va pas franchir « les limites d'acceptabilité ou de tolérance » du public, restant ainsi « légitime », même si le public peut éventuellement la trouver trop clémente.

Une dernière référence prend de l'importance pour notre propos ici compte tenu de sa caractéristique d'opposition au discours général. Bagaric et Edney (2004), dans leurs directives pour une réforme du *sentencing*, soutiennent qu'un des pas importants

pour un processus de détermination de la peine plus sensé est de laisser de côté l'opinion publique. Le *sentencing*, pour eux, est une affaire d'experts :

« Seeking public views on sentencing is analogous to doctors basing treatment decisions on what the community thinks is appropriate or engineers building cars, not in accordance with the rules of physics, but on the basis of what lay members of the community 'reckon' seems about right. Sentencing is an intellectual social discipline. It should have underlying principles which govern the way it ought to be administered. These are ascertained through a process of inductive and deductive logic and analyzing the relevant empirical evidence to determine what objectives are and are not achievable through a system of state imposed punishment. Guidance on sentencing matters should be sought from experts in the field not the uninformed. » (Bagaric et Edney, 2004: 129)

Alors, pour eux, le discours d'une bonne partie de la science selon lequel il serait raisonnable pour la justice pénale de chercher l'avis du public en termes de détermination de peine ne tient pas debout. Les possibles problèmes de légitimité, tel qu'ils ont été mentionnés par plusieurs auteurs ici, semblent être secondaires. Nous croyons ne pas trahir le raisonnement des auteurs en disant que, pour eux, la discussion sur la justice (en termes de détermination de la peine) doit se lier davantage à des « principes » qu'à la quête de légitimation. Celle-ci semble passer à un plan secondaire quand confrontée aux principes propres à l'activité de détermination de peine, qui ne doivent pas céder au gré d'un public incertain et ignorant de la complexité de cette activité.

3.4. Critique de la littérature sur la détermination de la peine et l'opinion publique

3.4.1. L'apport de certaines de ces études

Une question qui nous pose problème dans les études sur le *sentencing* et l'opinion publique est cet intérêt toujours sous-jacent concernant l'écart entre ce que le

système de droit criminel produit comme sentence et les attentes du public. Ou plutôt le très peu de développements théoriques à propos de la signification de ce fait relativement nouveau qu'est le public en tant qu'élément à ne pas ignorer au moment de la détermination d'une peine. Le débat nous paraît rester assez souvent à la surface, sans creuser davantage le problème de façon théorique. Précisons pourtant que quand on parle de manque de théorie, on ne se réfère pas aux analyses sur les transformations sociales qui mènent à l'émergence du public comme acteur de notable importance dans les discours sur les politiques pénales en général (ce qu'on trouve par exemple chez Garland, 2001; Pratt, 2007; Pratt, 2008), mais aux transformations dans le droit pénal – ou, plus spécifiquement, dans les justifications de la punition – que ces approximations avec le public entraînent. Notre point ici est que se donner cette question de l'écart (entre le *sentencing* et les visions de l'opinion publique) comme objet de recherche veut dire que cet écart est un problème (malgré le fait qu'il a toujours existé), et que ce problème mérite d'être analysé ou, pour certains, « solutionné ». Cette conception nous pose problème, puisqu'elle ne réussit pas à échapper à certains pièges. Essayons de décrire le problème un peu plus en détail.

D'une certaine façon, et du point de vue d'une criminologie critique, soucieuse de contrer un système de droit criminel trop punitif, certains de ces études peuvent être vues comme très bien intentionnées et très importantes pour des fins pratiques. En effet, elles remettent en question plusieurs idées du sens commun qui soutiennent des défenseurs d'un système pénal chaque fois plus punitif. Elles problématisent, par exemple :

a) l'efficacité des politiques pénales qui se basent sur des sondages d'opinion; on critique souvent le fait que les sondages d'opinion font une caricature de l'opinion publique par rapport aux peines et au système de droit criminel en général; on critique aussi l'utilisation de ces sondages par les politiciens, ce qui n'est rien de plus qu'un exercice de populisme pénal où on s'intéresse plutôt à des gains électoraux qu'aux effets pratiques de ces recherches;

b) le niveau de complexité des attitudes du public par rapport aux peines; on apprend avec ces recherches qu'en même temps qu'un individu peut trouver que la justice est trop clémentine, il peut donner des peines moins sévères que les juges lorsqu'on lui présente un cas concret; ce qui veut dire aussi que dépendamment de

la façon dont on pose la question, il peut en ressortir un public plus ou moins punitif.

c) le rôle des médias dans l'utilisation irresponsable de la notion d'opinion publique avec la finalité d'exercer une pression punitive sur les juges et les politiciens; et aussi le rôle des médias dans la distorsion et/ou simplification des informations transmises au public par rapport à certaines affaires pénales (voir, par exemple, Roberts, 1988b; Roberts et Doob, 1989 : 499 et ss.).

d) le fait que le public ne connaît pas le processus de détermination de la peine dans toute sa complexité et le fait qu'il sous-estime le taux d'emprisonnement et la longueur des peines appliquées; en effet, il a déjà été démontré que quand le public pense qu'il faut augmenter les peines, il le fait en se basant sur une présupposition que les peines appliquées sont moins longues qu'elles ne le sont vraiment (quelques références à cet égard sont indiquées par Roberts et Hough, 2001: 144).

e) la supposition que le public appuie toujours des objectifs « très punitifs » de la peine. Comme le montrent Roberts et al. (2007), des objectifs considérés comme moins punitifs et identifiés avec une justice réparatrice semblent être des options très intéressantes pour le système de droit criminel selon le public, même si cela est très loin de l'image d'une opinion publique punitive que les médias nous renvoient.

On voit donc que certaines de ces recherches essaient d'avoir un effet de démystification de l'opinion publique, montrant qu'elle est très complexe, pas nécessairement uniforme et pas nécessairement plus punitive que le système pénal non plus. Elles tentent ainsi de « diluer » un peu la pression punitive qui arrive sur le système de droit criminel.

Toutefois, en même temps que ces études peuvent être critiques envers ces idées de sens commun, nous faisons l'hypothèse qu'elles ont un effet pervers non voulu qui est très problématique. Le simple fait de se poser la question si les juges sont d'accord avec le public (ou vice-versa) au moment d'attribuer des peines criminelles implique une suggestion implicite que la source de légitimation du système de droit criminel (et du

système politique dans son activité de création de peines) est à trouver ailleurs, en dehors du système. Autrement dit, quand la science veut savoir ce que le public pense des sentences du système de droit criminel (ou des peines telles que créées par le système politique), elle passe implicitement le message qu'il est important de valoriser ce critère externe pour la justification de la punition pénale.

Or, la fonction d'attribution des sentences par le juge est une tâche relativement bien encadrée par des critères juridiques, qui ne doit pas tenir compte d'un critère traditionnellement lié au système politique tel que l'opinion publique. Ainsi, au moment où la science se donne cet objet de recherche – l'écart entre l'opinion publique et les juges par rapport aux sentences – elle est en train de dire qu'il est important pour le système de droit criminel de regarder ce qui se passe à l'extérieur de lui, le poussant à agir, d'une certaine façon, à l'image du système politique.

Mais l'absence de réflexion conceptuelle joue un rôle problématique à d'autres niveaux aussi. Dans un article du début des années quatre-vingt-dix (Smaus, 1983), Smaus fait une longue critique des études qui, à l'époque, étaient appelées des recherches KOL (*knowledge and opinion about law*). À son avis, le problème principal de ce type de travail était le fait « *qu'ils ne réfléchissent pas au rôle particulier qu'ils jouent dans la légitimation du droit pénal* ». Elle ajoute que ces recherches présupposent que « *les intérêts défendus par le droit pénal sont tous, sans exception, des intérêts collectifs (...)* » et, finalement elle termine en disant que :

« Ils reproduisent la réalité également dans la mesure où ils n'apportent aucune explication théorique sur les phénomènes observés et décrits, comme si tout savoir d'importance sociologique était déjà contenu dans la définition juridique pure des valeurs défendues par le droit ». (Smaus, 1983 : 144) 43

Nous reviendrons plus tard à la question des effets de l'absence de théorie (infra 3.4.4) et la difficulté que cela entraîne pour observer le système de droit criminel à partir de l'intérieur. Pour l'instant, nous voulons simplement souligner que cette absence de

⁴³ Pour une autre critique très vigoureuse des recherches KOL, voir Robert et Faugeron (1978).

théorie, d'une réflexion sociologique plus approfondie et de précision des concepts, non seulement limite la portée de la critique, mais fonctionne aussi comme justification pour cette quête de certains acteurs du système de droit criminel pour une légitimation en dehors du système pénal, c'est-à-dire une quête de légitimation par le public. Différemment de Smaus, on ne parle pas ici de rôle de légitimation du droit pénal, mais plutôt d'un rôle de légitimation du rapport opinion publique/détermination de la peine; mais, ainsi que cet auteur, on voit aussi une reproduction de la réalité en vertu d'une absence de regard sociologique sur la question.

3.4.2. Le problème de la confiance du public dans le système de droit criminel

Un des problèmes auquel on fait face ici me semble être la façon d'aborder cette problématique de la confiance du public dans le système de droit criminel. Une question toujours sous-jacente à une bonne partie de ces recherches sur l'opinion publique et le *sentencing* est celle de la confiance du public dans ledit système⁴⁴. Il serait essentiel pour ce dernier de compter sur la confiance, peut-être la bonne volonté, du public pour garantir son bon fonctionnement. Le Parquet trop souvent serait empêché de poursuivre un criminel si la victime et/ou des témoins se refusaient à fournir des preuves; la dénonciation de la part d'une victime entraîne souvent d'autres personnes victimes du même agresseur à l'imiter; la « découverte » elle-même d'un crime n'est le plus souvent possible que si le public en général communique l'événement au système pénal; les informations des témoins sont des éléments d'importance considérable pour la prise de décision des juges... etc. Et tout cela dépendrait de la confiance du public dans le système de droit criminel. Selon les mots de Roberts et Hough (2005 : 30),

« [w]hatever effectiveness the criminal justice system achieves, this is largely because most people consent to the rule of law. They do so because the component parts of the system command legitimacy, and

⁴⁴ Pour un résumé de ce volet de recherche, voir les travaux de Hough et Roberts (2004a et 2004b), Page et al. (2004) et Roberts (2004). Voir aussi, pour une référence en français, la recherche du Groupe de recherche sur les attitudes envers la criminalité de Montréal (1976 : 246 et ss.; 1984 : 224 et ss.)

thus authority. To the extent that people comply with the requirements of the system, they do so at least in part because they trust the police and the courts, and think them fair. »

Bref, la confiance du public serait une composante essentielle des rouages de la machinerie pénale. Essentielle pour son efficacité et pour sa légitimité.

Pour cette raison, il serait légitime et important pour les chercheurs d'aller investiguer cette « confiance » du public dans le pénal. La science serait ici en train de décrire, d'éclairer, d'expliquer et de nuancer tous les détails d'une problématique fondamentale pour le système pénal et pour la démocratie. D'après ce raisonnement, un système pénal est d'autant plus démocratique, et par conséquent une société est d'autant plus démocratique, qu'il s'approche des opinions que les individus ont de ce que devrait être un système pénal. Ainsi, on veut savoir ce que le public pense des garanties juridiques, du *plea bargaining*, de la probation, des peines alternatives, de la longueur des peines de prison etc., tout en ayant toujours à l'esprit qu'un écart trop important entre ce que pratique le système pénal et ce que le public souhaite serait un problème. Un problème qui sape une importante colonne de sustentation de l'édifice pénal, soit la confiance du public.

Pour plusieurs de ces recherches, il nous semble, la science doit faire une contribution pour « gérer » ou pour « atténuer » ce problème. Leurs suggestions peuvent être résumées dans deux scénarios différents.

Dans le premier scénario, ces recherches vont ajouter souvent l'information que de possibles problèmes de manque de confiance sont dans une bonne partie dus au fait que le public « connaît mal » ou « connaît très peu » ce qui se passe dans le système pénal. Alors, dans un tel scénario, si le public ne fait pas confiance au système, c'est parce qu'il ne le connaît pas assez. La solution à ce problème s'avère, en théorie, simple : il s'agit d'informer le public du fonctionnement de la justice, de ses sentences, des peines appliquées. Ce serait moins un problème de fond, qu'un « simple » problème d'image de la justice. Ce n'est pas une question de repenser la pénalité et l'activité de la justice, mais de mieux « vendre » la justice au public et à l'opinion publique. Au lieu des

transformations à l'interne, des efforts de relations publiques⁴⁵ pour montrer que la justice fait finalement un bon travail qui n'arrive pas à être perçu par le public.

On entrevoit déjà le problème. Ce type de connaissance d'un système pénal inquiet de la confiance du public peut finalement se traduire par un savoir un peu trop pragmatique sur la confiance ou non du public, sur les démarches pour augmenter cette confiance, mais laissant de côté les préoccupations entourant les propres pratiques du système de droit criminel. Si la question se limite à informer le public, on assume d'une certaine façon que l'insatisfaction est le résultat d'un manque d'information, en ignorant que la crise de confiance peut avoir des racines plus profondes. En outre, on ignore que l'image que le public se fait de la justice n'est pas formée simplement par les nouvelles qu'on a de la justice pénale, mais surtout par des visions de monde⁴⁶ qui ne sont pas nécessairement changeables quand confrontées à des informations épisodiques sur le fonctionnement de la justice. À cet égard, la piste soulevée par Mande et English (1989 : 15) – que la perception du public selon laquelle les opérateurs du système pénal sont trop cléments indépendamment de leurs vraies pratiques – me semble très pertinente.

En plus, on présuppose ici qu'il est possible « d'informer » le public. Or, la complexité d'une décision de la justice pénale, surtout l'imposition d'une peine, n'est pas aisément saisissable par un public large qui ne connaît pas et ne peut pas connaître tous les enjeux sur lesquels les juges se basent. Même si certaines des études qui ont été recensées ici ont été capables de produire, dans le cadre strict de la recherche, un public « informé », qui était moins en désaccord avec les décisions de la justice pénale, peut-on vraiment penser que cela serait faisable sur une large échelle? Autrement dit, la science serait-elle capable de faire le pont entre ce que fait le système de droit criminel et ce que le public pense? Ou encore, cela serait-il sa fonction?

⁴⁵ À cet égard, Hough et Roberts (2002 : 173) sont très explicites : « It is hardly an exaggeration to say that the courts systems in industrialised countries collectively represent a public relations disaster. As noted, the majority of the public lack confidence in the key decision-makers within these systems, namely judges. In the absence of any accurate knowledge of the severity of typical sentences, they think that the judicial product – punishment – is totally inadequate. Any commercial organisation facing such a crisis would not hesitate to contract the skills of communication experts. The crisis in public confidence in the courts and the parole system will not be resolved by communications alone, but such an initiative will have a positive influence. » Voir aussi Roberts et Doob (1989: 498).

⁴⁶ Robert et Faugeron (1978) font ici une contribution majeure : ils bâtissent une typologie des différentes représentations sociales de la justice pénale dans laquelle la vision du monde qu'ont les acteurs est un élément clé. Ce n'est pas sans un certain étonnement qu'on constate que leur contribution a été ignorée par toute la littérature anglophone sur l'opinion publique et le sentencing.

Dans un deuxième scénario, on peut penser qu'au lieu d'informer le public de ce qui se passe dans la justice pénale, une démarche plus appropriée pour augmenter la confiance du public dans celle-ci serait de la demander d'être plus proactive dans le sens de répondre aux demandes du public. Il s'agit ici d'une tâche qui nous semble encore plus équivoque et délicate : doit-on penser au public comme un des critères de justice pour la justice pénale pour qu'on soit capable de garantir la confiance du public dans le système pénal? Malgré le fait qu'on trouve dans la littérature des opinions qui essaient d'intégrer l'opinion publique dans la justice pénale (nous pensons ici au processus du *sentencing*), le problème nous semble beaucoup trop complexe pour une réponse du type « modèles » ou « programmes » spécifiques d'intégration de l'opinion publique. La question est finalement de savoir si pour garantir la confiance du public, en présupposant que cette confiance soit essentielle pour le système de droit criminel – ce qui ne nous semble pas nécessairement aller de soi – on doit faire attention aux attentes du public. À cet égard, nous trouvons très intéressant le commentaire d'un juge canadien : "*Le vrai pouvoir judiciaire repose sur la confiance du public dans les tribunaux et cette confiance prend sa source dans l'indépendance dont jouissent les juges qui peuvent décider en toute impartialité.*" (Michaud, 1995 :32). Voilà une autre façon très intéressante de voir la question de la confiance du public qui ne nous semble pas être partagée par une bonne partie de la littérature parcourue : la confiance du public repose sur l'indépendance des juges pour décider selon les critères internes du droit, ses propres critères de justice, et non sur « l'ouverture » des juges à ces stimuli du public qui sont extérieurs au droit.

3.4.3. Le problème de la confusion des rôles

Une autre critique s'impose ici quand on parle des recherches qui s'intéressent à rapprocher le public des acteurs qui prennent des décisions en matière de peines. Il s'agit de la question des rôles sociaux, enjeu qui semble ne pas être pris en considération par ces recherches, ce qui révèle, à notre avis, des difficultés épistémologiques sous-jacentes très importantes. Essayons de décrire le problème avec l'aide de Dahrendorf.

Cet auteur, dans son *Homo Sociologicus* (Dahrendorf, 1968), affirmait que la sociologie, « pour résoudre ses problèmes », aurait besoin de faire référence à la catégorie des rôles sociaux comme élément d'analyse. Il arrive même à dire, sans doute d'une façon un peu outrancière, que l'objet de la sociologie en tant que discipline ne serait rien d'autre que la compréhension des structures des rôles sociaux (Dahrendorf, 1968 : 41,42). L'*Homo Sociologicus*, ou la catégorie « personne » en tant qu'objet de la sociologie, serait ce qui se trouve, selon lui, dans le carrefour entre le fait « individu » et le fait « société » : l'individu qui occupe des *positions sociales* et qui joue des *rôles sociaux*. Dans l'explication de l'auteur :

“Every position carries with it certain expected modes of behavior; every position a person occupies requires him to do certain things and exhibit certain characteristics; to every social position there belongs a social role. By assuming a social position, the individual becomes a character in the drama written by the society he is living in. With every position he assumes, society hands him a role to play. It is by positions and roles that two conceptually distinguishable facts, the individual and society, are mediated; and it is in terms of these two concepts that we describe *homo sociologicus*, sociological man, the basic unit of sociological analysis.” (Dahrendorf, 1968: 35).

Un peu plus loin, il spécifie que ces rôles sociaux font l'objet d'une double expectative de la société envers les détenteurs de positions sociales : a) une expectative-revendication de comportement (« comportement de rôles »), c'est-à-dire une expectative par rapport à une manière de penser, d'agir et de se positionner; et b) une expectative-revendication par rapport à ses aptitudes et compétences (« attributs de rôles »), c'est-à-dire une expectative par rapport aux caractéristiques personnelles dont l'individu doit faire preuve lorsqu'il est dans un rôle déterminé. Autrement dit, l'individu qui occupe une position doit non seulement performer selon les expectatives de la société, mais doit aussi montrer qu'il possède les attributs qui satisfont aussi les attentes sociales. L'auteur poursuit son argument en soutenant que même si le rôle social ne peut pas nous dire quel sera effectivement le comportement de l'individu qui détient cette position, on peut savoir, par les communications entourant les rôles et les définitions sociales données à

ces rôles, quelles sont les attentes envers cette position. Bref, les rôles sociaux sont des « faisceaux d'attentes » d'une organisation ou d'un système de fonction de la société, des attentes liées au « fonctionnement » et aux attributs des détenteurs de ces positions.

Selon Dahrendorf (1968 : 37), les rôles sociaux ont trois caractéristiques :

- ils sont des “complexes presque objectifs de prescriptions de comportement”, d'attitudes ou d'états d'esprit qui sont indépendants de l'individu qui occupe la position;
- le contenu du rôle est modifié par l'organisation ou par un autre type de système social et non pas par les individus unilatéralement;
- Les attentes de comportement qui sont intégrées aux rôles se présentent à l'individu avec une certaine inévitabilité, de manière telle que l'on ne peut pas les dérober sans une certaine perte. C'est dire que l'individu qui ne performe pas selon les prescriptions du rôle est susceptible de subir des sanctions (au sens large).

Ayant fait cette digression théorique sur le concept de rôle social, retournons à notre objet. Le propos d'apporter cette discussion théorique était d'indiquer ce qui nous paraît être une perte de perspective des recherches qui essaient de tirer des prescriptions pour les juges ou pour le législateur à partir des opinions du public sur les peines. Même les recherches les plus sophistiquées du point de vue méthodologique ne sont pas capables de régler ce problème qui reste sous-jacent : la transposition des rôles et des aptitudes.

Essayons d'être plus clair. Par-delà des difficultés méthodologiques de faire apparaître cette « opinion publique », ces recherches n'échappent pas à un problème sociologique de fond qui nous semble insurmontable : l'impossibilité d'amener un individu jouant le rôle de « public » à penser à partir d'un autre rôle social de juge (qu'il ne connaît pas et qu'il n'a pas). Ou encore, l'impossibilité pour ceux qui jouent le rôle de juge ou de législateur de rapprocher leur raisonnement de celui du public, comme si leurs positions n'étaient pas contraintes par un « faisceau d'attentes » du système politique et du système de droit criminel respectivement. Les individus qui jouent le rôle de juge ou de législateur peuvent sûrement agir comme public (rappelons Dahrendorf qui nous

précisent que les individus jouent plusieurs rôles), mais quand ils performent l'activité de création ou de décision de peines, il y a une impossibilité de le faire puisqu'ils ne peuvent pas se débarrasser des contraintes du rôle.

Prenons le cas du rôle de juge et du rôle de public. Or, le rôle de public n'est pas soumis aux mêmes attentes que celui d'un juge. Un individu, jouant le rôle de public, n'est soumis à pratiquement aucune contrainte au moment de se manifester par rapport à la peine appropriée pour un cas spécifique. Soit en répondant à une enquête, soit en envoyant une lettre à un journal, ou soit encore en parlant à son entourage, l'individu jouant le rôle de public a dans la meilleure des hypothèses un souci de cohérence individuelle. Il sait que, dans cette activité, son rôle ne demande que d'émettre une opinion plus ou moins raisonnable selon le jugement de son entourage. Les attentes sont très faibles ici et les sanctions possibles pratiquement inexistantes : dans le pire des scénarios, on va trouver l'individu « radical » ou incohérent. Ce n'est pas tout à fait la même perspective pour un juge qui donne une peine. Le rôle de juge est entouré d'attentes du système de droit criminel (attentes de comportement et d'attributs). Le juge doit être quelqu'un d'intègre, intelligent, il doit avoir une profonde connaissance du droit et de la société (attentes d'attributs). Mais, surtout, le juge doit penser selon le raisonnement juridique, doit être un « arbitre du conflit » entre les parties, doit connaître les principes du droit, doit chercher une peine juste selon les critères et les décisions précédentes du droit (jurisprudence) et doit toujours décider ayant en considération ces attentes. Échapper à ce « faisceau d'attentes » du système de droit criminel implique des sanctions beaucoup plus tangibles que celles auxquelles le public serait passible. Dans le cas du rôle de juge, la sanction peut consister tout simplement dans l'annulation de sa décision par une cour d'appel (ce qui est une procédure normale du droit, mais peut être perçue aussi comme la « correction » d'une « mauvaise décision ») ou même aller jusqu'à la stigmatisation auprès des pairs, nuisant ainsi à sa carrière professionnelle. Bref, la décision du juge doit être beaucoup plus « responsable », en ce sens que sa décision est prise dans le contexte d'un rôle qui est investi de beaucoup d'attentes et d'attentes spécifiques.

Ainsi, pour revenir à la critique des recherches, peut-on vraiment penser qu'il est possible de comparer des sentences des juges avec celles du public? Ou même vouloir

que les juges « s'informent » des décisions du public et en fassent usage? En fin de compte, le public ne connaît pas les principes du droit, toutes les configurations possibles d'un cas spécifique, le souci de proportionnalité que le juge doit avoir avec d'autres cas etc. Il ne connaît pas non plus les contraintes du système de droit criminel et les implications pour l'individu qui joue le rôle de juge dans une décision d'imposition d'une peine. Dans ce contexte, peut-on vraiment penser que cette transposition de rôles que certaines recherches prétendent est possible? Il nous semble que cette tentative « d'orienter » le système de droit criminel à partir des résultats de recherche sur l'opinion du public par rapport aux peines ignore ce fait sociologique que l'acteur ne pense qu'à partir de sa position sociale et selon les contraintes de son rôle. Certes, on peut concevoir que le rôle de juge comporte un volet « n'être pas déconnecté de la communauté », un volet qui doit faire attention aux transformations dans les communications externes au système de droit criminel. Mais ceci semble être différent de « tenir en considération » ou de comparer sa pratique d'imposition de peines avec les opinions émises par le public.

À notre avis, l'enjeu de la « compréhension mutuelle » – que les juges sachent ce qui se passe chez le public et que le public sache comment les juges décident – se situe dans un autre niveau. Il faut qu'il y ait une compréhension mutuelle non pas dans le sens que les individus sachent que les juges sont plus sévères qu'on ne le pense et que les juges sachent que le public est moins punitif que les médias nous le laissent croire. Même si cet effort nous semble valable dans un but de « soulagement » de la pression sur les juges, il implique toujours que les juges doivent se renseigner – et alors prendre en considération d'une certaine façon – sur ce que pense le public par rapport aux peines. La compréhension qui, il nous semble, doit exister est celle selon laquelle les juges (et le public lui-même) savent que le rôle du public n'est pas de donner des sentences, et que le public, à son tour, sait (et le juge lui-même) que le rôle du juge n'est pas de penser comme le public. Si, comme le croient certains des chercheurs, le système de droit criminel a besoin d'un effort de « relations publiques » pour améliorer son image auprès du public, cet effort devrait être déployé dans le sens de montrer que les décisions d'attribution des peines sont assez complexes et que le rôle du juge ne peut pas être remplacé par les opinions des gens qui n'ont aucune connaissance du fonctionnement du droit. Comme on le voit, cet effort-ci se distingue bien de la démarche qui prétend donner une « satisfaction » au public sur la question des peines imposées.

3.4.4. Le problème de l'absence des théories de la peine

Il est nécessaire à ce moment de clarifier un point. Quand on parle de manque de théorie dans les recherches sur l'opinion publique et le *sentencing*, le problème central nous semble être le fait que ces recherches ne semblent pas tenir compte du cadre théorico-normatif dominant du système de droit criminel (et du système politique en matière de création de loi pénale).

Selon nous, ces recherches essaient de passer un message au système politique et au système de droit criminel tout en négligeant qu'existe, sous-jacente à leur manière de faire et de penser en termes de peines, une rationalité pénale dominante (nous pensons à la RPM dont nous traiterons dans le chapitre suivant – infra 4.3) qui à la fois offre un éventail de justifications et oblige à motiver la peine dans les limites de certains paramètres. Essayons d'être un peu plus clair.

Les juges et les politiciens, au moment d'infliger et de créer des peines respectivement, font face à des limites au-delà desquelles ils ne peuvent pas aller (ou, plutôt, qu'ils ne peuvent pas dépasser sans causer une perturbation interne). Outre les contraintes des critères techniques du droit qui ne nous intéressent pas ici, les motivations des peines (pour la création et l'application), pour être comprises et acceptées par le système de droit criminel (c'est-à-dire pour ne pas être perçues comme un élément étranger et non pertinent), doivent s'insérer dans le cadre théorico-normatif de ce système. Quand on parle de cadre théorico-normatif, on pense aux théories classiques sous-jacentes à toutes les décisions relatives aux peines.

En effet, depuis environ deux siècles, un système d'idées en matière de peines, composé par les théories les plus importantes de la peine, a été stabilisé en tant que rationalité dominante. Ainsi, il devient, en Occident, très difficile de punir sans faire référence à ce cadre : la punition, pour être perçue comme telle par les systèmes politique

et de droit criminel, c'est-à-dire pour être une « vraie » peine⁴⁷, doit faire appel à une des théories classiques de la peine (dissuasion, rétribution ou réhabilitation) ou à une combinaison de ces théories (entre elles ou avec d'autres comme la neutralisation et la dénonciation). Ainsi, un juge ne pourrait pas par exemple donner une peine en disant que celle-ci va être appliquée pour venger la famille de la victime ou pour simplement exercer l'arbitraire de son autorité, puisque ces types de justification seraient « étrangères » à cette rationalité dominante et donc ne seraient pas acceptées (ou plutôt elles seraient vues comme marginales) par le système de droit criminel. L'attribution de la peine, pour être une communication juridique reconnue en tant que tel par le système de droit criminel, doit nécessairement se baser sur une (ou plus qu'une) des théories classiques de la peine. De la même façon, les communications politiques en matière de création de loi pénale sont aussi soumises au même cadre théorique, qui non seulement donne les justifications de la punition, mais aussi oblige à punir. En d'autres mots, ces théories de la peine fonctionnent comme des « théories pratique⁴⁸s » qui ne disent pas aux juges et au législateur quoi faire exactement, mais qui disent ce qu'une sanction criminelle doit être. Bref, ce sont des théories qui à la fois disent ce qui est une *vraie* sanction criminelle et qui donnent une justification à la peine (Pires, 2008 : 5).

Pour revenir à notre sujet dans ce chapitre – la littérature sur le *sentencing* et l'opinion publique – nous croyons que cette rationalité pénale dominante, qui non seulement oblige à punir mais le fait en recourant aux théories classiques de la peine, n'est jamais comprise dans les efforts de la science pour comprendre le rapport du public avec le politique (dans la motivation de création de peines) et avec le juridique (dans la motivation des sentences). Autrement dit, nous trouvons que pour une bonne partie de la littérature analysée il est question de « passer des messages » aux politiciens et aux juges à propos de ce que pense le public, mais sans pourtant considérer que le système de droit criminel et le système politique (en ce qui concerne la création de peines) ne sont pas en mesure de réagir à cette information sans passer par ce cadre de référence qui oblige à punir selon certaines justifications.

⁴⁷ Pires et Cauchie (2007) nous donnent un exemple d'une loi criminelle qui sort du cadre de ces théories. Ils parlent d'une loi brésilienne sur les drogues dont les peines – avertissement sur l'effet des drogues, prestations de services à la communauté et mesure éducative de participation à un cours éducatif – ne s'appuient sur aucune des théories classiques. L'impact de la loi chez les juristes est l'étonnement, plusieurs parlant de décriminalisation et se refusant à voir ces peines comme de « vraies » peines.

⁴⁸ Nous reviendrons à cette question (infra 4.3.4).

En d'autres termes, les sciences sociales essaient de passer un message aux systèmes politiques et de droit criminel sans pourtant prendre en considération que ces deux systèmes ne peuvent pas « entendre » ce message sinon à partir de leur propre structure de prise de décision, soit les théories de la peine. Vouloir dire au système de droit criminel qu'on doit décider dans un sens x ou y afin de tenir compte des perceptions du public, c'est d'une certaine façon négliger le fait que la quête de cohérence de ce système se fait envers ses propres théories internes et non des attentes qui lui sont étrangères. À force de vouloir « passer un message » au système de droit criminel, ou de vouloir « renseigner les juges » sur ce que le public veut, on crée un problème pour ceux-ci, puisqu'ils sont censés donner du sens à leurs sentences dans le cadre du système mentionné et de ses théories de la peine et non pas par rapport à l'attente de l'opinion publique.

Poursuivant notre argument, nous ne sommes pas en train de dire que le public ne puisse pas jouer aucun rôle dans la prise de décision interne de ces systèmes (surtout du système politique). Nous reconnaissons parfaitement – comme d'ailleurs il est clair dans le chapitre précédent – que l'opinion publique devient assez souvent un enjeu incontournable quand le législateur change la loi ou le juge impose une peine. Ce qui nous pose des problèmes ici, c'est moins si l'opinion publique joue un rôle – et moins encore si elle devrait ou non jouer un rôle – que cette tâche aveugle des recherches sur le sujet qui ne sont pas capables de voir *comment* se produit la « digestion » de cet élément public à l'intérieur de ces deux systèmes. Les sciences sociales sont capables de voir qu'il y a une pression de l'opinion publique et qu'il y a des changements ou des malaises chez les systèmes de droit criminel et politique, mais elles ne sont pas capables d'expliquer comment on gère cette pression à l'interne. Spécifiquement en ce qui a trait au système de droit criminel, il nous semble que les sciences sociales n'osent pas vraiment dire qu'il y a un rapport de causalité, mais par contre elles ne sont pas capables non plus de voir les mécanismes qui vont filtrer cet élément externe. Quand on parle de mécanismes, on se réfère à des *constructions juridiques*, à des arguments qui deviennent des communications de ce système qui permettent d'opérationnaliser à l'interne ce stimulus externe. Bref, on reste toujours dans une analyse peu profonde puisque le substrat théorique qui permet au système de droit criminel de prendre ses décisions n'est jamais thématiqué dans ces recherches.

Alors, suivant ce raisonnement, l'augmentation de la peine d'un crime déterminé pourrait éventuellement être faite à la suite des demandes du public, mais par contre le système politique doit être en mesure de le faire en se servant du cadre théorique des théories modernes de la peine. Dans le même sens, le juge qui inflige une peine peut le faire à la suite d'un cas de figure qui mobilise l'opinion publique, mais il doit se baser pour décider non sur cette opinion publique, mais sur l'effet dissuasif de sa peine, ou l'effet rétributif ou même l'effet de dénonciation. C'est la tentative de voir ces opérations *juridiques* internes qui semble être absente dans cette science sociale du droit dont il est question ici.

Changeant un peu de direction, on doit se demander quel est le rôle que joue la science en envoyant des messages au système de droit criminel sur l'importance du public tout en négligeant le cadre théorico-normatif qui oriente la prise de décision de ce système. Peut-on croire que le message de la science disant que l'opinion publique n'est pas aussi punitive qu'on ne le pense arrive à être perçu et intégré par le système de droit criminel? Quelle serait la portée du côté critique de ces recherches compte tenu du fait qu'elles ne prennent pas en considération le système d'idées sous-jacent à l'application des peines? Peuvent-elles influencer positivement (dans un sens moins punitif) la manière de faire du système de droit criminel sans toucher sa manière de penser?

Pour reprendre certaines idées de Luhmann, pour qu'il y ait de la communication il suffit que quelque chose soit compris par le récepteur. Le jugement à propos de la bonne ou mauvaise compréhension n'est pas un élément pertinent pour qu'on considère que la communication ait effectivement eu lieu. Dans le cas des communications scientifiques envers le politique et le juridique, nous croyons qu'effectivement il y a quelque chose qui est communiqué, mais pas nécessairement ce à quoi s'attendent les chercheurs. Le message qui nous semble arriver au système de droit criminel et au système politique est simplement que le public ne peut pas être ignoré comme enjeu pour la prise de décision de ces deux systèmes en matière de peines. Si celle-ci est une « mauvaise » compréhension du message de la science, cela n'est pas pertinent.

En résumé, à force de vouloir rapprocher le public du système pénal, ces recherches apportent un autre élément pour la prise de décision, voire même un autre critère pour l'attribution d'une peine, sans pourtant « négocier » cette entrée avec le cadre

normatif de référence déjà présent. Le résultat, il nous semble, c'est qui indépendamment du message que la science envoie au public (plus ou moins punitif), ce nouveau « critère » est investi dans le système de droit criminel par son cadre théorique punitif propre (la rationalité pénale). De cette façon, le public est retenu comme une justification pour la peine, mais il reste toujours accouplé à l'une des théories de la peine : on punit maintenant parce que le public veut la dissuasion, ou la neutralisation, ou la rétribution etc. (et non pas nécessairement pour dissuader, neutraliser ou rétribuer tout court). Le public devient critère de justice, mais critère toujours dépendant de la force justificatrice des théories classiques de la peine.

Voilà le genre de discussion qui est absente dans la littérature sur l'opinion publique et la détermination de la peine. Il s'agit d'un type de considération très différent des préoccupations habituelles de la littérature (l'autorité de la justice, son image, son côté démocratique, ce que les opérateurs du droit peuvent/doivent apprendre sur l'opinion publique, la pression qu'ils peuvent subir etc.).

3.4.5. Le problème des distinctions

Une quatrième observation à propos de ces recherches porte sur leur façon de concevoir le système de droit criminel. À notre avis, un manque de distinction problématique traverse une bonne partie de la littérature sur l'opinion publique et le *sentencing*. Il nous semble que la majorité des travaux ne porte pas assez attention à l'autonomie du système de droit criminel. Comme on l'a vu, on justifie ces études par l'importance du rôle de l'opinion publique pour le « système pénal » dans une société démocratique, mais on ne se soucie pas de remarquer que ce terme « système pénal » comprend à la fois le système politique et le système de droit. Et que parler de démocratie pour le premier n'est pas la même chose que pour le deuxième, d'autant plus qu'on parle de deux systèmes sociaux qui remplissent des fonctions différentes dans la société.

Cette confusion est plus visible dans des études qui vont comparer, par rapport à certaines peines, l'opinion du public et l'opinion de ce qu'on appelle *criminal justice officials* ou *criminal justice practitioners*, une catégorie très large qui englobe juges, procureurs, défenseurs publics, agents de probation et politiciens (cf. Mande et English, 1989).

On peut penser aussi à l'exemple de Tomaino (1997). Il bâtit tout un modèle pour prendre en considération l'opinion publique dans le processus de détermination de la peine, mais il est très difficile de voir dans son modèle quand il parle de l'activité des juges et quand il parle de l'activité politique de création de peines (et les variables qui peuvent l'influencer). Sa construction se ramène à soutenir que le public devrait jouer un rôle dans la sélection des peines et dans le quantum, qu'une fois les limites de tolérance du public dépassées, on doit prendre ce public en considération, qu'on doit rendre plus « officiel » un rôle que le public joue déjà, etc., mais on ne sait pas jusqu'à quel point il se réfère à la simple activité de création législative de la peine ou aussi à la détermination de peines par les juges.

La confusion persiste dans d'autres études. Cook (1977) et Kuklinski et Stanga (1979) parlent à propos des juges comme des *policy-makers*, ceux qui créent la « *judicial policy* ». Ici, dans une perspective plutôt de la science politique, on ne peut pas voir le système de droit criminel comme entité autonome, différenciée du système politique, dont la logique n'est pas et ne peut pas être similaire à la logique politique de répondre au public. La propre idée sous-jacente à leur recherche – *political responsiveness* – présuppose le système de droit criminel comme une branche du système politique, puisque les juges ne sont plus que des agents politiques, ou même des agents du gouvernement (*government officials*), et les cours sont vues comme des *policy-making bodies* (Kuklinski et Stanga, 1979 : 1091).

Devant une telle absence de conceptualisation du système de droit criminel, il reste difficile de voir la logique en prévalant à l'arrière-plan de la prise de décision de ce système. Une fois ici qu'on rend la distinction entre le juridique et le politique floue, on perd de vue que pour décider d'imposer des peines, le système de droit criminel se sert de son propre cadre théorique (les théories de la peine) qui ne semble pas aisément conciliable avec des principes comme le *government responsiveness*. C'est cette logique

de décision qui tombe dans un point aveugle quand la science traite dudit système comme une simple branche du système politique.

3.5. Remarques conclusives

En guise de conclusion, quelques commentaires et interrogations s'imposent. Ayant montré une certaine confusion des rôles, l'insuffisance des discussions théoriques et la difficulté des distinctions, la difficulté la plus importante des recherches sur le *sentencing* et l'opinion publique semble finalement se trouver dans une absence d'une théorie du droit qui donne du sens à leurs résultats. Après tout, à quoi sert de savoir ce que le public pense sur des peines si nous ne posons pas – par-delà de simples « suggestions » aux politiciens et aux juges – des questions par rapport aux transformations que ce stimulus implique pour le droit pénal lui-même? Autrement dit, les sciences sociales ici n'ont pas été capables de voir que le droit a ses propres critères internes de justice et que toute utilisation de cette information exogène qu'on nomme public ne pourrait pas se transformer dans une communication juridique d'imposition de peine sans passer par ces critères. Comment se produit ce rapport entre les critères de justice du système de droit criminel et ce nouveau stimulus externe est une question qui n'a pas encore été expliquée par la littérature.

En plus, on doit aussi souligner le fait que le problème de l'utilité de cette littérature n'est pas complètement réglé. On peut toujours se demander à quoi sert de savoir ce que le public pense du *sentencing*? Une société serait-elle vraiment plus légitime si les législateurs écoutaient toujours le public? Est-ce qu'il est pertinent pour le législateur d'entendre le public par rapport à la législation fiscale ou la législation monétaire? Ou encore de l'entendre par rapport aux droits de certaines minorités? Dans le même sens, que signifie le fait de dire que les juges doivent être attentifs aux valeurs de la communauté? Devraient-ils décider de façon à ne pas contrarier ce que le public pense? Et, si l'on veut provoquer un peu, si l'on se trouve dans une communauté raciste, le juge devrait-il être en syntonie avec les valeurs de la communauté au moment de donner une sentence à un infracteur noir? Dans d'autres domaines de la vie, il n'est pas

évident qu'une décision qui implique une certaine expertise doit être « démocratique » (dans le sens d'entendre le public) – pensons tout simplement à un médecin qui prescrit un médicament à un patient – pourquoi alors serait-il important pour le juge de le faire?

Finalement, quand nous disons qu'une théorie du droit est absente dans cette littérature, nous voulons dire que la tâche consiste à localiser la place du droit dans la société n'a pas été faite. Et même la distinction du système de droit criminel du système politique est inexistante. Le droit reste comme subsidiaire, et dans cette condition on ne précise pas davantage ses particularités. Tout ce passe comme si l'explication des décisions de « politiques pénales » était suffisante pour jeter de la lumière sur ce thème. Or, en l'absence de développements théoriques plus poussés, on semble entrer dans le domaine d'une science sociale du droit sans le droit. Pour faire une analogie avec l'idée de Luhmann (1983) qui parlait d'une sociologie du droit sans le droit, il nous semble que ce qui manque à cette littérature analysée ici est, au bout du compte, le droit. Ou plutôt un système de droit criminel comme entité autonome, capable de réfléchir d'une façon non déterminée par le système politique. Un système de droit criminel qui ressent le stimulus de ce public, qui doit composer avec lui, mais qui pourtant le fait à partir de ses propres critères internes. Bref, des critères du droit, et non du système politique.

4. Questions théoriques

Dans ce chapitre, nous exposons l'appareillage conceptuel qui soutient cette recherche. Nous commençons d'abord par expliciter la conception du droit mise en place avec l'appui de la théorie des systèmes de Niklas Luhmann. Nous travaillons par la suite avec les stimuli externes qui posent problème au SDC (nous profitons de cette section pour approfondir théoriquement la question des victimes). Finalement, nous exposons la théorie cognitive sur l'évolution du SDC qui décrit le système de pensée de la rationalité pénale moderne et son rôle en tant qu'obstacle à l'émergence d'idées et de pratiques alternatives en matière pénale. Tous ces développements théoriques vont être nécessaires à la compréhension de l'analyse des données empiriques réalisée dans les deux prochains chapitres.

4.1. La conception du droit adoptée

4.1.1 Quelques éléments généraux sur la théorie des systèmes autopoïétiques

Quand nous parlons du problème des stimuli externes au système de droit criminel et de la façon dont ce système les gère, il y a une conception du droit sous-jacente qui oriente notre observation. En effet, l'explication de certains phénomènes que nous prétendons analyser ici n'est possible qu'avec l'aide d'un cadre théorique qui puisse donner du sens à nos observations. Ce cadre théorique est constitué par la théorie des systèmes autopoïétiques de Niklas Luhmann et par sa conception du droit et de ses sous-systèmes⁴⁹.

D'entrée de jeu nous devons avouer que cette théorie des systèmes constitue à la fois une source d'inspiration et une source de grandes inquiétudes. Il s'agit d'un imposant cadre théorique dont nous sommes loin d'avoir la maîtrise complète, mais dont certains éléments et conceptions peuvent être fort éclairants pour notre problématique.

⁴⁹ La question des sous-systèmes du droit, plus spécifiquement du système de droit criminel comme sous-système du droit, est partie intégrante du programme de la Chaire de recherche du Canada en Traditions juridiques et rationalité pénale, dans le cadre de laquelle cette thèse a été développée.

Nous croyons que les possibilités de description et d'analyse de notre problème de recherche s'enrichissent et gagnent en précision lorsque nous empruntons les lunettes de la théorie des systèmes dans plusieurs enjeux fondamentaux pour cette recherche (la distinction politique/juridique, la caractérisation des médias de masse, la question des mouvements de protestation, la conceptualisation de l'opinion publique, etc.). Voilà donc les raisons pour lesquelles nous prenons le risque d'utiliser cette théorie des systèmes autopoïétiques, aussi stimulante et riche que polémique et complexe.

Qu'en est-il donc de cette théorie et quels sont ses éléments fondamentaux pour notre problématique de recherche? Luhmann, dans sa théorie des systèmes, propose une description de la société radicalement « antihumaniste ». Pour d'autres perspectives sociologiques qui voient dans l'être humain le centre de référence de toute analyse de la société, la conception de la société de Luhmann qui n'inclut pas l'être humain paraît étonnante. En effet, pour Luhmann, la société est un ensemble de communications qui présupposent l'existence d'individus, mais ceux-ci étant en dehors de la société : l'activité sociale, la matière de la sociologie, c'est la communication en soi. Disons tout de suite que le concept de communication comprend l'action qui communique. La communication englobe toujours trois éléments : la sélection d'une information, le fait de la donner à connaître d'une certaine manière et la compréhension par un autre système (psychique ou social). Qui plus est, la communication ne peut être faite que par elle-même (dans une description assez circulaire) et non pas par des individus, ni même par leurs cerveaux ou leurs consciences (Luhmann, cité par Moeller, 2008, 8). L'homme, pour lui, est la condition sine qua non de l'existence des communications, mais ce ne n'est pas lui qui les opère: il reste à l'extérieur de la communication proprement dite. Ainsi, la communication occupe le centre de la scène pour une analyse sociologique fondée sur la théorie des systèmes sociaux.

Ayant établi que la communication est l'élément déterminant pour caractériser la société, Luhmann soutient que la société s'organise en différents systèmes sociaux. Un système social est un ensemble de communications qui s'identifie comme étant différent, comme ayant quelque chose de distinct, par rapport à d'autres communications de la société. Ainsi, d'une façon fort « autoréférentielle », une communication juridique est celle qui est ainsi identifiée par le système juridique lui-même. Une communication de

L'Université d'Ottawa est une communication que cette organisation identifie comme lui appartenant. Bref, le statut de la communication n'est pas ontologique, mais plutôt une conséquence de l'existence d'un système social spécifique. Ce qui permet de donner le statut d'une communication (communication juridique, économique, religieuse, etc.), c'est son « appropriation » par un système social et non une caractéristique quelconque de la communication elle-même.

Les systèmes sociaux⁵⁰ peuvent être classés en quatre catégories distinctes : la société dans son ensemble, les systèmes de fonction, les organisations et les systèmes d'interaction. C'est à la deuxième catégorie que nous nous intéressons particulièrement ici. Il s'agit de grands ensembles de communication différenciés du reste de la société et qui exercent des fonctions spécifiques. Luhmann parle ici de systèmes économique, juridique, religieux, d'éducation, politique, de médias de masse, etc. En d'autres termes, pour lui, l'observation de la société moderne à partir de ses communications nous permet de voir de grands systèmes de fonction, systèmes qui peuvent être identifiés par certains traits : i) des fonctions spécifiques; ii) des distinctions (codes) qu'ils utilisent pour observer et pour communiquer; iii) des programmes (grosso modo, des ensembles de contenu qui attribuent du sens); et iv) leur constant travail d' « autoproduction » de leur différence par rapport au reste de la société.

Sans cette « autoproduction de leur différence » par rapport à leur environnement, les systèmes sociaux ne dureraient pas dans le temps. Ils se confondraient avec leur environnement. Différemment d'une approche qui essaie de caractériser le système à partir de ses éléments fixes, de ses structures, une approche systémique réalise une « désontologisation » importante. Oui, les systèmes ont des structures internes, mais celles-ci ne sont pas l'élément déterminant de leur caractérisation : même si les structures (programme, organisations) changent, le système reste le même s'il continue à faire son travail de distinction permanente de l'environnement appuyé sur son code (et en gardant sa fonction). Bref, ce qui définit un système de fonction de la société, c'est sa production constante de communications qui identifient ce qui lui appartient (et, conséquemment, ce

⁵⁰ Luhmann soutient que les systèmes sociaux ne sont pas les seuls qu'on trouve dans le monde, mais ce sont eux qui deviennent un champ d'intérêt pour l'analyse sociologique. On peut parler aussi d'autres systèmes comme les systèmes psychiques, les organismes et les machines, mais ceux-ci ne peuvent pas réaliser l'activité fondamentale d'un système social : communiquer. Mais ils sont pourtant des systèmes autopoïétiques. Pour sa classification des systèmes autopoïétiques, voir Luhmann, 1995 : 2.

qui ne lui appartient pas) et non pas telle ou telle structure à un moment déterminé. Autrement dit, un travail permanent d'identification des frontières du système. Selon Luhmann :

« (...) a differentiated system is no longer simply composed of a certain number of parts and the relations among them; rather, it is composed of a relatively large number of operationally employable system/environment differences, which each, (...) reconstruct the whole system as the unity of subsystem and environment. » (Luhmann, 1984 [1995]: 7)

L'idée dont on parle ici a comme appellation «autopoïèse». Cette idée, empruntée de Maturana et Varela, exprime la permanente « autoproduction » du système, son incessante activité de production d'opérations qui vont marquer sa différence par rapport au reste de la société ou, dans les termes de Ferrarese, « (...) la perpétuelle auto-affirmation factuelle du système face à l'environnement ». Autrement dit, le système se bâtit lui-même dans un premier moment en se différenciant de son environnement et, dès lors, il doit perpétuellement distinguer ce qui lui appartient de ce qui ne lui appartient pas. Le système marque sa frontière et, de l'intérieur, produit ses opérations qui vont rendre possible sa reproduction. Et la condition même de l'existence du système est cette continuelle opération de distinction entre ses éléments et l'environnement, c'est-à-dire une indication permanente (et toujours dynamique) d'où se trouve sa frontière. Ainsi, par exemple, le système juridique indique tout le temps quelles sont les communications qui sont juridiques et non pas politiques ou économiques : il dira qu'une démarche pour punir criminellement un agent politique accusé de corruption relève du juridique, mais une démarche pour le destituer de son poste – un impeachment – relève du politique. Ce faisant, il démarque sa frontière à un moment spécifique, ce qui ne l'empêche pas de la reconfigurer à un autre moment.

Un concept directement lié à l'autopoïèse du système est sa fermeture opérationnelle et son ouverture cognitive. Le fait que le système produise lui-même ses propres éléments internes – et par conséquent son existence – à partir de ses propres

opérations internes, revient à dire que le système est fermé opérationnellement. Et, comme nous le rappelle Campilongo (2002 : 67), cette fermeture opérationnelle est d'extrême importance puisque c'est elle qui produit l'unité du système. Les systèmes de fonction ne pourraient pas s'observer en tant qu'unités différenciées du reste de la société s'ils n'étaient pas fermés sur eux-mêmes, s'ils ne se percevaient pas comme des unités distinctes de leurs environnements. Mais cette perception de sa distinction et sa fermeture conséquente à l'égard de son environnement a des conséquences pour le système. Les stimuli externes, c'est-à-dire d'autres communications qui circulent dans la société et qui n'appartiennent pas au système, sont incapables de déterminer directement (dans le sens d'établir un rapport causal) les opérations du système. Pour rendre le concept un peu moins abstrait, nous pouvons dire que le système économique ou le système politique, ou encore le système des médias de masse, peuvent essayer d'influencer le système juridique, mais c'est seulement le système juridique lui-même qui peut, à partir ses opérations, dire ce qui est légal (ou juridique) et ce qui ne l'est pas. Autrement dit, la fermeture opérationnelle implique que le système soit imperméable aux tentatives de son environnement de le déterminer de l'extérieur sans sa participation (ce qui ne veut pas dire, comme nous le verrons théoriquement et empiriquement [infra 4.2 et 7], que les stimuli de son environnement ne puisse pas « déclencher » certaines transformations à l'intérieur du système).

Toutefois, « fermé sur lui-même » ne veut pas dire que le système n'est pas influencé du tout par son environnement et qu'il est incapable de l'observer. La fermeture opérationnelle vient de pair avec un autre concept important pour notre propos ici : l'ouverture cognitive des systèmes de fonction. Par là on entend que c'est parce que le système est opérationnellement fermé qu'il peut s'ouvrir cognitivement à son environnement. Bref, même si le système est fermé dans ses opérations (l'impossibilité des communications externes de déterminer quoi que ce soit à l'interne), il est ouvert à chercher dans son environnement des éléments pour construire sa propre réalité interne.

Cette question de l'ouverture cognitive, très importante dans le cadre de cette thèse, pourrait être aussi expliquée, toujours en termes luhmanniens, comme le système se laissant « irriter » par son environnement. Dire que le système est fermé sur lui-même (fermeture opérationnelle) revient à dire que le système ne peut pas être déterminé point

par point par un autre système ou par des communications externes. Autrement dit, le rapport cause/effet est en général inapproprié pour décrire son rapport avec l'environnement. Toutefois, l'ouverture cognitive permet que certaines communications externes « irritent⁵¹ » le système dans le sens qu'elles déclenchent des opérations à l'intérieur du système. Moeller nous aide à comprendre cette question :

« What happens in one system does not, in the strict sense, 'cause' a specific reaction in another system, but rather 'triggers' certain developments or 'resonance'. When, for instance, the mass media system reports a political scandal, it does not cause one and only one specific effect in the political system. It rather 'perturbs' the political system so that, most likely, politics cannot go on as if nothing had happened. It cannot be predicted with certainty whether the president will step down or whether he will lose the next election. This is decided in the political system alone. » (Moeller, 2006: 221).

Bref, le système est à la fois fermé (opérationnellement) – les communications externes, même si elles veulent avoir un impact sur le système, ne sont jamais capables de produire un résultat puisque c'est au système de décider s'il doit réagir à des stimuli externes et comment le faire – et ouvert (cognitivement) – parce qu'il observe son environnement et y réagit, même s'il le fait dans ses propres termes.

Voilà pour l'instant quelques éléments généraux sur les systèmes sociaux qui vont être importants pour la compréhension du développement théorique que nous allons faire par la suite :

- a) la société est composée par des communications;
- b) les systèmes de fonction sont un type de système social qui permet de rendre compte des ensembles de communication « spécialisées » plus importants pour la société (le droit, la politique, l'économie, l'éducation, la science etc.);

⁵¹ Nous reviendrons à la question de l' « irritation » du système dans un de nos chapitres empiriques (infra 7.1).

- c) ces systèmes se différencient et se reproduisent constamment à partir de leurs propres opérations (l'autopoïèse des systèmes sociaux);
- d) ils sont opérationnellement fermés (impossibilité d'être déterminés par des communications externes); et
- e) ils sont cognitivement ouverts (possibilité d'apprendre avec l'extérieur et de se laisser « irriter » par lui).

Après cette brève introduction, nous allons essayer maintenant de réfléchir de façon plus approfondie sur la conception du droit de la théorie des systèmes autopoïétiques. Certains des concepts exposés ici seront repris dans la section suivante avec le but de les adapter et de les préciser davantage en rapport avec le système de droit.

4.1.2. Le droit en tant que système autopoïétique

Une fois les concepts fondamentaux de la théorie des systèmes exposés, il faut jeter un regard plus attentif sur le système de droit. Dans une recherche qui prétend comprendre le regard du système de droit criminel sur certains stimuli externes, sa compréhension est incontournable.

Comme nous l'avons déjà mentionné, le système de droit est vu comme un système de fonction autopoïétique différencié au sein de la société. Selon les termes de Luhmann :

“the law differentiates out within society as an autopoietic system on its own, by setting up a network of function-specific communication of its own, by setting up a network of function-specific communication which in part gives words a narrower sense, in part a sense incomprehensible for non-legal communication, in part adding coinages of its own (for instance liability, testament), in order to make the transformations needed by law communicable” (Luhmann, 1988: 341).

Autrement dit, ce système de droit constitue « son monde » à l'intérieur de la société. Toutefois, même s'il en est dépendant en ce sens qu'il ne pourrait exister sans elle, ledit système va fonctionner à partir de ses propres catégories et de sa propre reconstruction interne de ce monde. Reprenons tout d'abord le concept d'autopoïèse, l'« autoproduction » constante du système à partir de ses opérations, et regardons comment cela se passe spécifiquement pour le système de droit. Les opérations du droit, opérations qui le reproduisent en permanence et qui établissent ses frontières, se font à partir de son code « légal/illégal ». Voici un élément fondamental du système : ce qui permet de caractériser (différencier, en termes luhmanniens) ce système du reste de la société, c'est qu'il utilise toujours, dans toutes ses opérations, une distinction de base qui codifie l'événement comme appartenant (légal) ou non (illégal) au système de droit. Ce qui va lui permettre de faire cette distinction – son programme – est quelque chose qui est toujours passible de changement. Mais le code, malgré la possibilité de changement du programme, reste immuable. Nobles et Schiff écrivent (2004):

« While there are aspects of law's programming that are peculiar to law, the system would not be able to maintain its boundaries without its distinct code. In addition, while the content of law's programming is completely changeable (even those 'constitutional' laws presumed to be unchangeable at particular times have been amended when conditions have changed), its code does not change. As such, it is the code, or rather the continual coding, that reproduces law as a separate sub-system of society. » (Nobles and Schiff, 2004: 17)

Autrement dit, le contenu qui permet de faire la distinction (le programme; nous l'expliquons par la suite) doit être séparé (analytiquement parlant) de la distinction elle-même (l'application du code). C'est celle-ci qui est l'élément décisif pour caractériser le système de droit et pour permettre sa reproduction : ce que le système juridique fait, son activité fondamentale, c'est d'observer la société et de se reproduire à partir de la distinction permanente « légal/illégal » qu'il fait entre des événements qu'il traite (notons

que nous parlons de ce qu'il fait, et non pas de sa fonction dans la société – réelle ou imaginée). Toutefois, « la chair » qui va donner du sens aux communications juridiques et permettre de lier ses communications présentes à celles du passé est son programme.

Le programme, un autre concept-clé ici, est composé de la législation, des règlements, conditions, dispositifs, etc., qui dirigent l'application du code, qui détermine où l'on doit placer la face « légale » et la face « illégale » de la distinction. En termes moins abstraits, les normes juridiques constituent le programme du système de droit. Ce sont elles qui vont permettre à ce système d'observer un événement déterminé et de distinguer ce qui appartient au droit de ce qui ne lui appartient pas. Elles « thématisent » la distinction « légal/illégal » : celle-ci ne doit pas son existence au programme, mais elle est vide de sens sans lui. Toutefois, tout en renforçant la distinction entre ces deux concepts, il faut souligner que le programme donne du support au code dans son rôle de dire ce qui est « légal/illégal » mais qu'il ne s'y soumet pas : la condition d'existence d'une norme juridique est donnée par la distinction « valide/non valide » (Luhmann, 2004 : 209).

Pour résumer et reformuler, l'ordre juridique constitue le programme qui donne du contenu à la distinction fondamentale réalisée par le système juridique. Cette distinction codifie certaines communications de la société en « légal/illégal » et, ce faisant, le système de droit crée/reproduit ses éléments. Pour l'instant, il faut ajouter, en reprenant le concept de fermeture opérationnelle exposé ci-dessus (supra 4.1.1), que c'est le système juridique lui-même qui produit tous les éléments qui sont essentiels pour son fonctionnement. Le système observe l'environnement à partir de sa distinction fondamentale, il le reproduit de l'intérieur – en créant des catégories, des distinctions, des hypothèses de comportement, des descriptions de possibilités, etc. – et le codifie pour pouvoir l'intégrer. Selon Schiff et Nobles (2004 : 6) :

« In order to produce calculable expectations law has to simplify its relationship with its environment to something distinctly less complicated than the environment. At the same time, it has to respond to the complexity of the environment (...). Law achieves this, as do other

functional systems, by reproducing its environment internally, through the manipulation of its own concepts and distinctions. »

Ce phénomène, la fermeture opérationnelle, est très important pour nous dans le cadre de cette recherche. Qualifier le système juridique (et aussi son sous-système pénal – voir infra 4.1.3) d'opérationnellement fermé revient à dire qu'il est incapable de se laisser « manipuler », « contrôler », « guider », etc., par des stimuli externes, par des communications (des communications « détachées » ou des communications du système politique, du système économique, de la science, etc.) de son environnement qui demandent une façon de réagir. Une explication causale entre une demande externe et quelque chose qui se produit à l'intérieur du système ignore le fait que le système juridique jouit d'une autonomie. C'est lui qui décide d'intégrer ou non les éléments externes, de les codifier comme légaux/illégaux ou puis simplement de les ignorer puisque finalement la reproduction à l'interne que le système fait de son environnement ne va jamais être capable de rendre compte de toute la complexité du monde externe. Donc, le système juridique doit percevoir des communications dans son environnement – et cela présuppose un programme préalable qui puisse diriger son observation vers ces communications – et doit reproduire le fait à l'interne à partir de ses propres distinctions et concepts (qui existent déjà ou qu'il crée éventuellement pour rendre compte de sa nouvelle perception de l'environnement). Et cette perception de son environnement, l'envers de la médaille du concept de clôture opérationnelle, est identifiée par la théorie des systèmes comme ouverture cognitive. Le sens de « cognitive » ici est double (Nobles et Schiff, 2004) : parce que comme toute cognition, elle ne rend compte (dans ses opérations) que partiellement de l'objet de cognition (l'environnement) en le simplifiant pour pouvoir l'opérationnaliser; et parce que « le système peut apprendre », c'est-à-dire que « it may respond to its environment by making communications that alter the possibilities of what will, in the future, constitute a communication in the future » (idem, 8).

Cette théorisation de la théorie des systèmes autopoïétiques est très importante pour nous et va être reprise lors de notre analyse (infra 7). Ajoutons pour l'instant, à titre d'exemple et pour rendre la théorisation plus proche de notre objet de recherche, que le

système juridique peut s'ouvrir cognitivement (il peut aller « récolter » des données de son environnement, il peut se laisser « irriter » par des communications externes) pour déterminer la solution juridique d'un cas de figure. Dans un cas de figure où il y a une forte médiatisation donnant lieu à de très nombreuses communications dans la société, le système juridique peut aller voir ce que l'opinion publique (un élément à la fois du système politique et du système de médias de masse, et qui peut aussi être construit ailleurs – voir infra 4.2.2) pense (une ouverture à l'extérieur) relativement à l'attribution d'une peine (une opération interne). Mais cette ouverture n'implique pas que cette opinion publique pourra dire au système juridique comment décider (impossibilité pour un élément externe de déterminer les opérations du système), mais simplement que celui-ci veut apporter à sa propre cognition cet élément dans sa prise de décisions. Ainsi, punir dans ce contexte est toujours une opération juridique (fermeture opérationnelle), même si le système juridique s'ouvre cognitivement à un élément de son environnement. Nous y reviendrons (infra 7).

Il nous reste maintenant à parler de la fonction du système juridique selon la théorie des systèmes. Pour la comprendre, il faut tout d'abord se familiariser avec la distinction entre expectatives normatives et expectatives cognitives. Voyons à ce propos l'explication que donne Guibentif des propos de Luhmann :

« (...) l'interaction sociale présuppose que ceux qui y participent aient certaines *expectatives*, c'est-à-dire des images anticipées de ce qui va se passer. Luhmann propose de répartir ces expectatives en deux catégories, en fonction du développement postérieur de l'interaction. Ce qui va arriver pourra ou non correspondre aux expectatives des participants de l'interaction. Celui qui avait une expectative déterminée peut avoir deux réactions en constatant que les faits n'y correspondent pas : il peut la maintenir (si jamais il se retrouve ultérieurement dans la même situation, il espérera à nouveau de la part d'autrui ce qu'il a espéré cette fois-ci, même si l'expérience a été décevante) ou il peut l'abandonner (en face de la même situation, il ne l'anticipera pas de la même façon). Des expectatives que nous sommes prêts à revoir en fonction de nos expériences sont appelées *cognitives*; des expectatives que l'on veut garder, on les appelle *normatives*. » (Guibentif, 2005: 197, 198; notre traduction)

Avec cette distinction en tête, nous pouvons introduire la fonction du droit selon la théorie des systèmes autopoïétiques : il s'agit de la stabilisation et généralisation des expectatives normatives dans la société, même si des faits qui contrarient ces expectatives sont toujours présents. En d'autres mots, le système juridique nous rassure que dans la société on peut fonctionner en sachant qu'il y a un système social qui identifie quels sont les comportements légaux et ceux qui ne le sont pas, et cela même si cette distinction n'empêche pas l'occurrence de comportements illégaux. Le système de droit permet un flux constant de communications sur « what is approved and (...) what will be approved » (Nobles and Schiff, 2004: 14), entraînant une expectative généralisée sur ce à quoi il faut s'attendre dans les rapports dans la société. L'événement criminel est un exemple assez clair ici : le fait qu'il soit commis ne nous fait pas penser que le comportement est dorénavant permis par le droit. Et même quand il s'agit d'un type de crime qu'une bonne partie des individus puisse trouver acceptable ou même souhaitable (comme par exemple la consommation de certaines drogues interdites), on peut protester ou se révolter contre cette norme, trouver qu'elle est problématique, mais l'expectative de la garder (ou de subir les conséquences de ne pas le faire) est toujours là. Le fait même de protester contre la norme est une attestation des expectatives qu'elle entraîne dans la société⁵².

On peut reconnaître qu'il existe d'autres ensembles normatifs dans la société qui entraînent des expectatives normatives. C'est le cas de l'éthique ou même des règles d'étiquette. Mais, comme l'exposent Schiff and Nobles, il n'y a aucun système qui peut rivaliser avec le droit en cette matière :

« Even in the presence of rival norms, the expectations of law are stabilised by forming part of a dense and complex network of expectations that has internal relationships as well as stable relationships between itself and other (function) systems. (...) [T]here is no system of norms that can rival law in its function of stabilizing expectations. This

⁵² De toute évidence on peut aussi trouver des normes dans l'ordre juridique qui n'entraînent plus d'expectatives normatives. Des normes que l'on ne s'attend pas à suivre et à l'égard desquelles nous n'avons pas l'expectative que les autres le feront non plus (c'est le cas par exemple de certaines normes qui deviennent « dépassées », qui sont perçues comme une réminiscence d'une autre époque – des crimes comme la pratique d'actes d'homosexualité, de bestialité etc.). La question que nous nous posons dans ce cas, et pour laquelle nous n'avons pas de réponse, c'est s'il s'agit encore du droit.

is not because legal norms have a closer relationship to ‘human nature’ than other norms, but the reverse. Because of law’s operative closure, it has developed autonomy from the rest of society, which allows its norms to be more consistent, and therefore stable, than a system of norms based on whatever has been perceived as ‘normal’, ‘natural’ or ‘ethical’. This has led, through evolution, to complex and stable norms that support the operations of other systems. » (Nobles and Schiff, 2004: 14)

Bref, Luhmann dira que, beaucoup mieux que n’importe quel autre ensemble de normes, le système juridique nous garantit une stabilité « contre les faits » (Luhmann, cité par Ferrarese, 2007 : 126). Grâce au système juridique, nous maintenons toujours nos attentes de comportement, peu importe le fait qu’il y ait des transgressions à la norme, que notre attente soit déçue. La fonction est simplement de stabiliser la l’attente, et non pas de garantir que les comportements s’y conformeront toujours.

On pourrait éventuellement s’opposer à cette description de la fonction du droit conçue par la théorie des systèmes de Luhmann. On pourrait, par exemple, « contre-argumenter » que la fonction du droit est de « faire justice », ou de « garder la paix sociale » ou encore de « pacifier des conflits sociaux ». Il s’agit de représentations assez répandues de la fonction du droit qui sont sûrement beaucoup plus familières aux praticiens et théoriciens du droit. Toutefois, Luhmann dirait que ces représentations sont non pas la fonction du système de droit, mais des autodescriptions. Comme nous le rappellent King and Thornhill (2005: 10), « [b]y self-description Luhmann is referring to the mode of operation by which systems generate their internal identity ». Il est donc question ici d’une opération du système pour construire son image, pour se voir, pour percevoir son unité et ses communications dans la société, ce qui ne correspond pas tout à fait à ce que le système réalise en réalité comme fonction. Ces effets-là peuvent même se produire, mais ils ne sont ni exclusifs du système (ce qui rend difficile de le voir en tant qu’unité différenciée) ni aussi généralisés que la fonction (qui va se produire à chaque opération). D’une certaine façon, ces « autodescriptions » ont beaucoup plus à voir avec l’identité du système (et, conséquemment, sa distinction par rapport à l’environnement) qu’avec sa fonction elle-même.

Finalement, un dernier thème théorique par rapport à la théorie des systèmes de Luhmann qui nous paraît fondamental dans le cadre de cette thèse : la distinction entre le système de droit et le système politique⁵³. Parlant de l'opinion publique et du public, un thème associé – dans le sens commun et dans la théorie des systèmes de Luhmann – au système politique, il faut exprimer clairement dès le départ que quand nous parlons de système juridique et de système politique, nous avons en tête deux systèmes distincts, aucun n'étant capable de déterminer les opérations de l'autre, entre lesquels il n'y a aucune hiérarchie.

En premier lieu, il faut abandonner la distinction entre un système « créateur » du droit (le politique) et un système de simple « application » du droit. Compte tenu de l'obligation du système juridique de toujours décider (le juge n'a jamais l'option de refuser d'appliquer le code illégal/légal face à une demande qui réponde aux exigences procédurales), l'ouverture à une gamme inépuisable de demandes de l'environnement est garantie. Le judiciaire est ainsi « un inévitable interprète, créateur et constructeur du droit » (Campilongo, 2002 : 35).

Cette affirmation est présente ici pour souligner que le système de droit ne peut pas être perçu comme un simple interprète de la loi créée par le système politique. On ne doit pas pourtant confondre le rôle du système de droit avec celui du système politique. Si nous avons affirmé jusqu'ici que les systèmes sociaux sont opérationnellement fermés, distincts les uns des autres et qu'ils ont des fonctions sociales différentes, le fait de dire que le système juridique, comme le système de droit, réalise des opérations de création du droit peut créer une certaine confusion. Nous jugeons donc nécessaire pour l'instant de dire quelques mots à propos du système politique pour pouvoir ensuite éclaircir cette question.

Le système politique, lui, ne se préoccupe pas de la stabilisation et de la généralisation des expectatives normatives. Sa fonction est ailleurs : rendre possible la prise de décisions collectives, des décisions qui soient engageantes pour toute la

⁵³ La difficulté de la distinction et la polémique qu'elle suscite est reconnue par Luhmann lui-même : « Systems theorists generally assume that a distinction must be made between the legal system and the political system. These systems are seen as different sub-systems of society. This is especially true if we embrace the concept of autopoiesis and insist upon the autonomy and historical individuality of all social systems. However, most other social theorists reject this viewpoint because of the close and obvious relationship between politics and law. » (Luhmann, 2004: 357)

collectivité. Luhmann écrira: « [i]t tries to bring together opinions in such a way that collectively binding decisions can be made » (Luhmann, 2004 : 369). Parmi un éventail infini de possibilités d'options pour la prise de décisions de politiques publiques, le système politique a pour fonction de faire une sélection et de transformer celles qu'il a retenues en décisions engageantes *erga omnes*.

Si le système juridique utilise la distinction de base (un code, dans la terminologie luhmannienne) « illégal/légal », le système politique travaille à partir de la distinction « gouvernement/opposition ». Avec cette distinction, il lui est possible d'identifier, d'un côté, les politiques qui vont être des décisions engageantes et de déterminer, de l'autre, quelles sont les propositions qui tombent dans l'opposition et qui sont alors rejetées. Mais la création des décisions qui s'imposent à la société, qui engagent toute la collectivité, est en même temps ce qui permet sa pérennité : l'existence même du système politique est due à la reproduction constante des communications du gouvernement qui engagent obligatoirement les destinataires de ces communications.

Mais ce qui nous intéresse particulièrement par rapport au système politique, c'est la façon dont Luhmann le conçoit comme un système au même niveau que tous les autres. Le système politique pour Luhmann, contrairement à d'autres conceptions de la société, n'est pas dans une position privilégiée pour dicter aux autres systèmes sociaux comment ils devraient fonctionner, quelles orientations ils devraient prendre. Pour la théorie des systèmes, les systèmes sociaux ne peuvent pas être hiérarchisés, et un système social ne peut pas déterminer les opérations d'un autre (ce qui est particulièrement important pour notre propos ici quand nous pensons au rapport entre le système juridique et le système politique)

Toutefois, il reste un problème important à régler quand on dit que le système politique n'établit pas un rapport hiérarchique avec le système juridique. C'est la question de la production législative. D'ailleurs, cette question est doublement problématique : elle est compliquée en ce qui a trait à la hiérarchie, mais elle est aussi un élément difficile à conceptualiser quand on dit que les systèmes sont opérationnellement fermés (et ainsi imperméables à des déterminations externes). Or, s'il revient au système politique de produire la loi, comment ne pas hiérarchiser son rapport avec le système juridique? Si c'est le système politique qui est responsable en grande partie de ce qui va

constituer le programme du système juridique, comment soutenir l'autonomie de ce dernier face à cette constatation? Pour répondre à ces questions, la théorie des systèmes fait appel au concept couplage structurel. Regardons comment Nobles et Schiff (2004) ainsi que Campilongo (2002) expliquent cette idée pour ensuite essayer de la préciser davantage :

« Les systèmes fonctionnellement différenciés, comme la politique et le droit, maintiennent des rapports hautement sélectifs avec leurs environnements respectifs. Cela ne signifie pas que l'environnement politique ou économique détermine les structures ou les opérations du système juridique. Mais cela signifie, par contre, que le système juridique (comme les autres systèmes) détient une forme spécifique pour présupposer la situation et les changements dans son environnement et lier ce contexte à ses opérations internes. Cette forme s'appelle couplage structurel. » (Campilongo, 2002 : 96; notre traduction).

« Structural coupling occurs when the operations of one system are expected to trigger responses in the other (and vice-versa). Again, a statute provides a good example. While the meaning of a statute for the political system is not the same as its meaning within the legal system, the political system expects to provoke a response from the legal system (irritation⁵⁴) through the enactment of a statute. (...) For systems to irritate each other, an operation of one must be treated as an event by the other system, and vice-versa. Logically therefore, this is a coupling of structures. (...) » (Nobles et Schiff, 2004 : 42, 43)

⁵⁴ Le concept d' « irritation » est très important pour notre propos et pour cette raison il va être repris et retravaillé dans notre analyse (infra 7.1). Pour l'instant, disons simplement que l'irritation du système par son environnement est permanente et sur de nombreux fronts; il s'agit d'un phénomène qui ne nécessite pas un couplage structurel, mais qui peut être potentialisé par lui. Dans le simple but de nous familiariser davantage avec ce concept qui va être retravaillé, regardons comment Luhmann lui-même présente la question de l'irritation : « Les effets de l'environnement sur le système, qui bien sûr se présentent à chaque moment et en énormes quantités, ne peuvent pas déterminer le système, vu que la détermination du système ne peut se produire que dans la trame récursive de ses propres opérations (...); la détermination, dans ce contexte, est liée aux structures propres du système, qui permettent les dédoublements et séquences opératoires correspondantes (détermination structurelle). L'irritation est alors un état du système qui stimule la continuité des opérations autopoïétiques du système, même si, comme simple irritation, elle laisse ouverte à l'avenir la possibilité que les structures puissent (ou non) se modifier; c'est-à-dire si des processus d'apprentissage doivent être introduits face à d'autres irritations ou si le système est confiant que l'irritation va disparaître d'elle-même avec le temps puisqu'il s'agirait d'un événement unique. » (Luhmann, 1997[2006]; notre traduction)

En essayant de clarifier ce concept de couplage structurel, cette idée renvoie à une conception selon laquelle une même structure sert aux opérations de deux systèmes, sans pourtant servir de pont pour une intrusion d'un système dans l'autre. Il s'agit en effet d'un pont qui connecte un système à l'autre, mais qui ne permet pas que l'un s'immisce dans l'autre: c'est un pont sur lequel les éléments qui s'y trouvent peuvent être utilisés par les deux systèmes, mais qui ne permet pas la connexion de l'un à l'autre. Autrement dit, les systèmes gardent leur fermeture opérationnelle, mais ils restent « codépendants » : on peut penser, par exemple, que médias de masse vont être une source de constante irritation du politique et vice-versa, puisqu'il n'est pas possible d'expliquer l'évolution de l'un sans l'autre. De même, la publication d'annonces publicitaires semble connecter le système de médias de masse et le système économique. Le couplage permet alors une « irritation mutuelle constante », dans une sorte d' « interrelation », mais chaque système réagissant à sa façon à cette irritation, sans interdépendance. (King et Thornhill, 2003 : 33)

Revenons maintenant à l'exemple qui nous intéresse, celui du couplage entre le système politique et le système de droit par la loi. La loi positive peut être vue comme une forme de couplage structurel parce qu'il s'agit d'une structure partagée par les deux systèmes, dont les modifications affectent tous les deux, mais qui ne permet pas la détermination de l'un par l'autre. En effet, il s'agit d'un couplage assez important pour le système juridique : une partie de son programme y est directement attachée. Toutefois, c'est au système juridique de déterminer la validité de la loi positive pour ses opérations. Une loi approuvée par le législateur peut toujours être reconnue comme non valide, comme incompatible avec l'ordre juridique et comme telle écartée des opérations futures du système juridique. Bref, c'est au système juridique de déterminer si cet élément (une loi quelconque) présent sur ce « pont » du couplage structurel fait partie de son système. Autrement dit, c'est au système politique de créer la loi, mais c'est au système juridique de reconnaître sa validité en tant qu'élément juridique. Le système politique peut, à partir de ce mécanisme de couplage structurel, irriter le système juridique en permanence, mais il ne peut pas le déterminer point par point.

Dans un autre sens, et pour renforcer l'argument de la non hiérarchisation entre les systèmes, l'irritation du politique par le juridique – l'autre direction de ce couplage structurel – est d'une importance fondamentale pour le système politique. Du point de vue du système juridique, la règle de la loi est diffusée dans toute la société, y inclus dans le système politique. Par là nous voulons dire que le système juridique perçoit que toutes les actions politiques sont passibles d'un contrôle juridictionnel, d'un contrôle de légalité des décisions politiques. En outre, la « fabrication de la loi », la construction du programme juridique par le système politique est une opération fondamentale du système politique moderne :

« Seen from the perspective of the political system, law is an instrument for the facilitation and realization of political goals. (...) Even though law functions autonomously in this respect and does what it does by itself, it is still the most important imaginable precondition for the making of politics, apart from money coming from economy. Making politics means deciding politically which law is to be valid law. (...) Without this, politics as a system would collapse. » (Luhmann, 2004 : 370)

Pour résumer et conclure, abandonner le raisonnement causal devient alors fondamental pour comprendre ce rapport. Un système ne peut pas vivre sans l'autre et expliquer l'un demande une certaine compréhension de l'autre, mais dire que l'un est fondamental pour l'autre n'implique pas de dire que l'un peut être déterminé par l'autre. Donc, soulignons-le, la vision que nous adoptons du système juridique est celle d'un système autonome du système politique, qui est passible d'être « irrité » par celui-ci (et par plusieurs autres éléments, comme l'opinion publique dont on discutera ci-dessous [infra 4.2]), mais qui décide quels sont les éléments qui lui appartiennent. En plus, nous l'avons déjà mentionné, cette autonomie est d'autant plus renforcée que le système de droit n'a pas l'option de ne pas décider face aux événements sur lesquels il se penche. L'obligation de décider en arrive donc à être un moteur de création du droit qui à son tour vient renforcer l'autonomie du droit face au système politique.

4.1.3. Le système de droit criminel en tant que sous-système du système de droit

Ayant fait toute cette caractérisation du droit comme un système de fonction autopoïétique de la société, nous devons maintenant nous pencher sur la caractérisation de la branche du droit qui nous concerne le plus dans le cadre de cette thèse : le système de droit criminel. Celui-ci sera traité dans ce travail comme un sous-système du système de droit, qui se différencie à un moment donné (vers la fin du XVIII^e, début du XIX^e siècle) en tant que sous-système autonome mais qui garde plusieurs caractéristiques du système duquel il s'est différencié.

Parce que la théorie de Luhmann en soi ne fait pas cette distinction (de possibles sous-systèmes du système juridique), cette caractérisation que nous utilisons ici ne se fait pas sans difficulté. Nous allons par la suite donner quelques éléments pour justifier ce choix, suivant l'idée de Pires (2008b), mais il s'agit d'une conceptualisation assez innovatrice. En réalité, la seule référence que nous connaissons qui parle de système de droit criminel à partir d'une perspective de la théorie des systèmes s'oppose à une telle distinction :

« Autopoiesis does not locate unity, as expressed by the word system, at the level of criminal justice, but within separate and more definitely structured systems. (...) The unity of law's participation in criminal justice is established at the level of the legal system: the self-referential system of communications about law that encode experience into the opposition legal/illegal. Criminal justice, within law, is *not* a separate system. (...) From this perspective, the 'other material' [ce qui constituerait le « système de justice criminelle » dans une conception large et ne serait pas de la matière juridique], which informs studies of the criminal justice system, can take a number of forms. It can provide the environment of the legal system: the boundaries created when the legal system encodes events to give them 'legal meaning'. Or it can represent a site of structural coupling between more than one system. » (Nobles and Schiff, 2001: 202, 203).

Bien qu'en apparence opposée aux développements que nous allons faire dans cette section, les critiques que ces auteurs font de la construction du « système de justice criminelle » en tant que système autopoïétique semblent se diriger vers une conception un peu différente de ce que nous entendons par « système de droit criminel ». En effet, leur opposition cible une conception assez répandue de système de justice criminelle qui ne semble pas distinguer le droit de la politique; ils critiquent, par exemple, le fait qu'une telle conception va mettre ensemble des communications légales (de droit criminel) avec des organisations comme la police et ses communications. Ce genre de critique, qui est très pertinente, passe néanmoins à côté de notre conception ici : la construction « système de droit criminel » à laquelle nous adhérons parle d'un système strictement juridique, qui exclut des communications plutôt attachées à la politique (communications de la police, communications de création de la loi) ou même des communications qui pourraient éventuellement être identifiés comme scientifiques (communications académiques sur le droit).

L'idée ici utilisée du système de droit criminel en tant que sous-système du système juridique vient de Pires qui essaie de mettre en relief ledit système comme un sous-système du droit. À ce titre, il se distingue aussi du système politique. Par rapport à la différenciation entre le SDC et le système politique, l'auteur présente le problème de la façon suivante :

« Par rapport au concept de système du droit criminel, le problème est plus complexe : les théories sociologiques usuelles ne disposent pas (encore) d'un cadre conceptuel adéquat pour distinguer entre le système de droit criminel et le système politique. La distinction proposée par Cavadino et Dignan (1992, 7 et 224) entre « système de justice criminelle » (englobant police, tribunal et prison) et « système pénal » (se référant exclusivement au tribunal) ne résout pas le problème : dans le premier cas, la distinction entre politique et juridique s'efface. (...) La question devient alors : comment un observateur doit-il distinguer le SDC (et ses organisations) du système politique (et ses organisations) (...) ? [E]n règle générale, la distinction système/sous-système de droit n'est pas appliquée pour observer le droit criminel. Lorsqu'elle est appliquée, les articulations organisationnelles (police, tribunal, prison)

ne sont pas suffisamment discutées. Et l'observateur n'observe pas les problèmes spécifiques d'évolution/non-évolution des structures cognitives et normatives du droit criminel. » (Pires, 2008b : 6)

De toute évidence, la tâche de décrire en profondeur le système de droit criminel en tant que sous-système du système juridique, en essayant de le distinguer d'une façon plus précise du système politique, est une tâche qui échappe, par sa taille et par sa complexité, aux propos de cette thèse. Le statut de certaines organisations comme la police et le service correctionnel, par exemple, exigerait une réflexion approfondie à part. Et théoriquement, nous ne connaissons pas de littérature convaincante (sauf la théorie du droit de Luhmann qui ne va pas dans ces détails) qui ait essayé de tracer les frontières entre ce qui est système de droit criminel et système politique. Toutefois, certains traits généraux peuvent être très pertinents et très utiles pour guider notre observation, même si la tâche théorique de description des contours et des éléments du système de droit criminel reste à accomplir. Nous essaierons donc de laisser de côté cette tâche théorique fondamentale pour tourner notre regard sur le système de droit criminel (en tant que sous-système du système de droit et en tant que système distincte du système politique) et voir ce que nous pouvons apporter comme contribution.

Quels sont-ils donc ces éléments dudit sous-système qui nous intéressent ici? Premièrement, en tant que système autopoïétique différencié du système politique, le SDC garde, comme sous-système juridique, la même autonomie par rapport à son environnement externe (le système politique). Les opérations du pénal sont vues comme des opérations juridiques, mais avec une certaine particularité : le SDC les identifie comme étant distinctes des opérations d'autres branches du droit. Ainsi, l'opération de détermination de la peine est identifiée par ce système comme lui appartenant et pour laquelle il n'accepte pas d'ingérence, par exemple, du droit civil (une peine doit être perçue par le SDC comme relevant de ses propres « solutions » et non pas comme l'acceptation d'une autre résolution juridique; celle-ci peut toujours avoir lieu parallèlement, mais ne va pas être identifiée comme une opération du SDC).

Comme le système juridique, le SDC en tant que sous-système du premier garde les mêmes caractéristiques de fermeture opérationnelle et d'ouverture cognitive. De

même, la fonction du système de droit criminel serait la même que celle du système juridique : le maintien des attentes normatives. Le système de droit criminel exerce la fonction de garder l'attente généralisée dans la société que certains comportements sont interdits et ne doivent pas se produire, même si cette attente est infirmée quotidiennement.

Une autre question particulière au système de droit criminel concerne ses « auto-descriptions ». En effet, des « auto-descriptions » du droit comme « faire justice », « garder la paix sociale » ou « pacifier des conflits sociaux » s'appliquent aussi au SDC, mais elles prennent d'autres formes et significations. En plus, des « auto-descriptions » comme « protéger la société par la peine », « répliquer le mal pour le mal », etc., semblent être des « auto-descriptions » plus adaptées spécifiquement au sous-système en question qu'à tout le système de droit.

Finalement, le code du SDC nous semble avoir une particularité par rapport au code du système de droit. On dirait ici que le SDC fonctionne avec un code qu'on peut déduire du code « légal/illégal », mais qui n'est pas exactement le même. La distinction « crime/non-crime » (Pires) nous paraît la plus appropriée pour caractériser les opérations du SDC. En réalité, il s'agit simplement d'un code plus précis que celui du système de droit (légal/illégal), voire une dérivation de ce code.

4.2. Les stimuli externes au système de droit criminel

Dorénavant nous nous penchons sur une autre question : quels sont les stimuli externes qui posent problème et qui nous intéressent ici? Comment pouvons-nous les traiter théoriquement? Quand nous parlons des stimuli externes dans cette thèse, nous nous référons à certaines communications dans l'environnement du système de droit criminel qui vont possiblement – nous partons d'une hypothèse fort probable, mais quand même une hypothèse – produire une résonance dans le SDC. Il faut toutefois préciser davantage que cette expression « stimuli externes » englobe un type de communication spécifique. Bien entendu, nous ne nous sommes pas intéressés à toutes les

communications de l'environnement dudit système (tâche évidemment impossible), mais aux communications de l' « opinion publique », du « public », des « médias » ou des « mouvements de protestation » (infra 4.2.3.1.1). Pour l'instant, nous identifions simplement cet ensemble de communications très floues et difficiles à distinguer qui touchent aux cas criminels. Notre tâche vise ainsi à clarifier ce « flou » et à essayer de distinguer et catégoriser certains types de communications qui vont poser problème au système de droit criminel.

4.2.1. Les médias de masse

Dans un chapitre précédent (supra 2), nous avons discuté d'une montée en puissance des médias de masse sur la scène pénale. Nous avons très brièvement parlé de l'expansion des médias au cours des dernières années, ainsi que de l'explosion de la médiatisation des affaires criminelles. Nous savons bien que les médias ont un intérêt inépuisable pour les événements criminels (surtout les plus spectaculaires/tragiques). En lisant le journal (ou en regardant la télé), nous tous nous attendons à tomber sur des nouvelles des derniers crimes, sur des nouvelles de l'activité de la police ou sur des nouvelles concernant le déroulement des affaires criminelles dans les tribunaux. Bref, le thème crime/justice pénale est une importante source pour étancher la soif constante qu'ont les médias de « donner des nouvelles ».

Bien sûr, notre intérêt premier dans cette thèse est de décrire et de comprendre « l'opérationnalisation » que le SDC fait des stimuli externes. Toutefois, pour y arriver, il faut préciser ce que sont ces « stimuli externes », et ici les médias sont une composante importante. Comprendre, même brièvement⁵⁵, le fonctionnement des médias est nécessaire : ils sont non seulement fondamentaux pour l'existence de l'opinion publique, mais ils peuvent aussi constituer une source d'irritation directe pour le SDC.

⁵⁵ S'y atteler en profondeur constituerait par contre une lourde tâche qui échappe à notre propos. Nous n'avons pas l'intention d'entrer dans le champ énorme des études médiatiques, mais simplement d'arriver à une précision conceptuelle suffisante pour l'analyse dans le cadre de cette thèse.

En faisant toujours appel à notre cadre théorique de la théorie des systèmes, nous concevons les médias de masse comme un *système de fonction* de la société. En tant que tel, ce dernier est, comme le système juridique, *autopoïétique* : il est responsable de sa différenciation en tant que système et de la constante production de ses propres éléments. C'est par ailleurs un système opérationnellement fermé qui observe le monde à partir d'une fonction directrice (son code) et qui est responsable d'une fonction dans la société. Regardons de plus près ses éléments.

Luhmann va définir la fonction du système des médias de masse dans ces termes :

« The mass media guarantee all function systems a present which is accepted throughout society and is familiar to individuals, and which they can take as given when it is a matter of selecting a system-specific past and establishing decisions about future expectations important to the system. » (Luhmann, 2000: 98)

Pour Luhmann, ce système donne une « mémoire⁵⁶ commune » à la société, une « réalité » (pas « la » réalité, mais « une » réalité qui sert de « *common ground* ») qui sert d'irritation permanente (parce que toujours renouvelée) pour les autres systèmes sociaux. Sa fonction ne se situe pas dans la production d'informations, mais plutôt dans la construction de cette charpente communicationnelle qui sert de miroir pour la société (une duplication de la réalité, ou plutôt une réalité construite par les médias de masse). Cette charpente communicationnelle qui va servir comme « *shared knowledge* » permet aux systèmes sociaux « to take certain assumptions about reality as given and known about in every communication, without having to introduce them specially into the

⁵⁶ Le concept de mémoire prend une définition particulière dans la théorie des systèmes. Il s'agit moins d'un « stock de connaissances » que d'un jeu actuel entre le souvenir et l'oubli. Dans les mots de l'auteur, « memory is not to be understood as a storage place for past circumstances or events. Neither the media nor other cognitive systems can burden themselves with these things. Rather, we are talking about an ongoing discrimination between forgetting and remembering » (Luhmann, 2000: 37). Ou encore : « If one wants to describe the function of memory with regard to the future right from the start, one must let go of the psychologically plausible idea that memory has the task, only needed occasionally, of recalling past events. Rather, memory is performing a constantly co-occurring discrimination of forgetting and remembering that accompanies all observations even as they occur. The main part of this activity is the forgetting, whereas only exceptionally is something remembered. For without forgetting, without the freeing up of capacities for new operations, the system would have no future, let alone opportunities for oscillating from one side to the other of the distinctions used in each instance. » (idem, 101).

communication and justify them » (Luhmann, 2000 : 65). Bref, les médias de masse nous donnent un ensemble commun de connaissances sur la société et le monde : « Whatever we know about our society, or indeed about the world in which we live, we know through the mass media. » (Luhmann, 2000 :1)

Pour mettre en place cette construction de la connaissance potentiellement commune, ce système opère à partir de la distinction directrice information/non information. À l'aide de celle-ci (son code, dans la terminologie de la théorie des systèmes), le système de médias de masse non seulement produit sa reproduction par l'apport constant de nouvelles informations, mais fournit aussi de la matière pour « irriter⁵⁷ » les autres systèmes, au sens où il leur donne toujours des possibilités de nouveaux « inputs ».

Toutefois, la distinction faite par ce code, à l'exemple de ce qui se passe avec le code du système juridique (supra 4.1), ne peut se mettre en place qu'avec l'aide de certains critères. Autrement dit, la distinction permet d'identifier les opérations du système, mais elle ne permet pas d'identifier une « information » en particulier sans son programme. C'est en effet celui-ci qui donne non seulement les « consignes » pour qu'on puisse en effet identifier une information, mais aussi les « champs de sélection » qui peuvent structurer cette tâche. Luhmann écrit :

« If one wanted to let the horizon of what might possibly occur flow out into complete indeterminacy, information would appear to be arbitrary rather than a surprise. (...) [I]t cannot be transformed into redundancies which restrict what can be expected next. This is why all information relies on categorizations which mark out spaces of possibility; within these spaces, the selective range for what can occur as communication is prestructured. This is merely a different formulation of the theory that the information/non-information code is not sufficient, and that instead programmes are additionally required which will divide whatever can be expected as informational value, into fields of selection such as sports or astrophysics, politics or modern art, accidents or catastrophes. » (Luhmann, 2000: 18)⁵⁸

⁵⁷ Voir infra 7.1.

⁵⁸ Nous omettons de notre explication ce que Luhmann appelle les « selectors », c'est-à-dire les critères du programme pour la sélection de ce qui devient ou non de l'information. Dans le cadre de la thèse, il suffit

Pour rapprocher l'explication de notre propos, nous pouvons dire que les médias ont bâti un champ de sélection « crime et justice pénale ». Il existe déjà une « préstructuration » qui rend compréhensible l'information dans ce champ : les nouvelles dans ce thème ne sont dès lors pas arbitraires, elles ne sont pas « inattendues », même si le contenu de l'information apporte quelque chose de nouveau en soi. L'existence du champ donne aussi une permanence (c'est-à-dire un constant renouvellement des communications) à la question. En d'autres mots, dans cette réalité – commune aux systèmes – construite par le système des médias de masse, il y a un flux de communications dans le champ de sélection « crime et justice pénale » qui va servir comme source de possibilité permanente d'irritation pour les autres systèmes (dans notre cas, nous pensons à la possibilité d'irritation pour le système de droit criminel). En tant que possibilité, ces communications dans ce champ peuvent ou non être perçues par le SDC (ou un autre système quelconque), mais cette contingence n'enlève pas leur statut de communications toujours potentiellement irritantes⁵⁹.

Nous devons dire encore que la façon de codifier du système des médias de masse a une particularité très importante : l'information a un caractère extrêmement volatile puisque l'événement qui a été transformé en information devient automatiquement de la « non-information ». Si on en parle une deuxième fois, il faut ajouter d'autres éléments puisque sans cet ajout, on n'a plus une information. Ce qui devient connu et diffusé est une information à l'instant même où on en prend connaissance. La minute suivante, cette information est déjà de la « non-information ». Ainsi, l'information n'existe qu'une seule fois : « [a] news item run twice might still have its meaning, but it loses its information value. » (Luhmann, 2000 : 19) Le système des médias de masse a, en plus, une particularité à cet égard qui accélère la transformation de l'information en « non-information » : la présupposition de la réception de l'information de façon généralisée dans la société.

pour nous de savoir que l'opération du code (information/non information) a besoin de certains critères pour être mise en place. La question plus importante pour nous dans cet extrait c'est simplement l'idée de champs qui structurent la communication des médias.

⁵⁹ Nous reviendrons au concept de « communications irritantes » dans un de nos chapitres empiriques (infra 7), où cette idée, nous le espérons, deviendra plus claire avec du support de l'empirie.

« [T]he mass media, écrit Luhmann, spread information so broadly that at the very next moment one has to assume that everyone knows it (or that not knowing it would entail loss of face and is therefore not admitted to). (...) In this respect, the mass media cause social redundancy throughout society, in other words, the immediate need to new information. Just as the economy, differentiated on the basis of payments of money, generates the never-ending need to replace money spent, so the mass media generate the need to replace redundant information with new information: fresh money and new information are two central motives of modern social dynamics. » (Luhmann, 2000: 20, 21)

Voilà donc des éléments importants pour comprendre ce système : la transformation de l'information en « non-information » et la présupposition généralisée de la réception de la communication des médias de masse. Le système des médias de masse entraîne une « accélération » dans cette réalité commune de la société : la perception qu'il y a toujours quelque chose à communiquer en tant qu'information est inévitable, puisque ce qui a déjà été communiqué n'est plus de l'information.

Il nous reste un dernier élément fondamental pour notre propos : le système des médias de masse s'occupe de la représentation du « public », et pour ce faire, il utilise le médium « opinion publique ». Nous examinerons ces deux concepts – deux stimuli externes qui vont affecter le SDC – dans la section suivante.

4.2.2. L'opinion publique et le public

4.2.2.1. Considérations théoriques

Utiliser le concept d'opinion publique nous semble être une tâche risquée. Assez souvent, l'usage de l'expression « opinion publique » n'exprime qu'une notion vague, un lieu commun, de ce qui serait la volonté des « gens », du « peuple », du « public », par rapport à un thème spécifique. Et cet usage imprécis nous semble non seulement une caractéristique d'un discours de « sens commun » ou encore d'un discours politique, mais aussi une caractéristique de plusieurs usages du concept par la science (comme nous croyons l'avoir déjà démontré – supra 3).

Mais la difficulté liée à l'usage du concept d'opinion publique ne semble pas se limiter à l'imprécision du terme. Un autre élément potentiellement problématique auquel on doit être attentif renvoie à une certaine charge sémantique dont l'expression « opinion publique » nous apparaît imprégnée : son usage courant semble porter une certaine revendication implicite de légitimité. Ceux qui utilisent le concept le font en ayant une certaine prétention que leur « cause » sortira renforcée par le poids d'une certaine légitimité de cette « opinion publique ». Ainsi, on peut prétendre qu'une demande pour une réforme politique quelconque est d'autant plus légitime qu'elle est faite sous l'égide de l'opinion publique; on peut aussi prétendre punir davantage certains délits puisqu'il s'agit de crimes qui choquent l'opinion publique; ou, encore, on peut prétendre qu'un projet de loi n'est pas légitime parce qu'il va à l'encontre des attentes de l'opinion publique. Bref, mobiliser l'opinion publique pour appuyer nos propos signifie leur donner un vernis de légitimité; le « fardeau de la preuve » de la non acceptabilité de notre argument tomberait alors, pour ainsi dire, sur ceux qui ne seraient pas d'accord.

Mais cet usage de « sens commun » de l'opinion publique semble être, jusqu'à un certain point, tributaire des formulations du concept dans la théorie politique. Née au XVIII^e siècle, l'idée moderne d'« opinion publique » apparaît pour remplacer l'idée de pouvoir souverain du Prince. L'opinion publique devient le « souverain secret », le souverain caché en arrière du pouvoir visible de l'État : elle est conçue comme « le pouvoir invisible du visible » (Luhmann, 1990 : 204). Et cette idée d'« opinion publique » nous semble s'être ensuite répandue et vulgarisée dans la société.

Pour les propos de la thèse, une telle notion nous paraît non seulement insuffisante, mais aussi impossible à opérationnaliser sociologiquement. Ce dont nous avons besoin ici, c'est d'un concept qui soit capable de décrire un certain type de

stimulus qui se fait entendre par le système de droit criminel, qui soit perçu par ce système comme lui étant externe et qui soit aussi « vide » de contenu. Vide dans le sens de ne pas présupposer des messages spécifiques liés à cette opinion publique, mais aussi vide dans le sens d'un concept qui n'est pas quelque chose en soi, mais qui se prête à différents usages. Le concept d'opinion publique nous semble en effet d'autant plus utile qu'il sera moins doté d'une signification préalable (c'est-à-dire, moins ontologisé). Suivant ce raisonnement, et nous appuyant encore une fois sur Luhmann, nous essayons d'opérationnaliser un concept d'opinion publique qui puisse nous servir.

Reprenant les développements sur le système des médias de masse, nous devons considérer l'extrait suivant :

« The production of the mass media would therefore be not the production but the representation of the public. And what is meant here is 'representation' in a 'constrasting', reductive sense. Precisely because the 'public' always describes the other, inaccessible side of the boundaries of all systems, including the mass media, (...) it is necessary to represent them in the form of constructions of reality in which all subsystems, indeed, all people, can have a part, without any obligation arising to go about it in a particular way. » (Luhmann, 2000: 105, 106).

Nous avons terminé la section précédente en affirmant que le système des médias de masse était en charge de la « représentation du public ». Si on prend en considération la manière dont Luhmann l'a fait, à savoir que « public » décrit l'autre – des observateurs (systèmes sociaux ou psychiques, dans les termes de la théorie des systèmes) qui sont à l'extérieur du système – on ne peut le reproduire, dans le système, que par une « représentation ». En effet, on peut généraliser l'argument pour dire que tous les systèmes sociaux ont un public. Autrement dit, tous les systèmes ont cette perception d'une audience dans leur environnement, qui est étrangère mais qui est intéressée aux communications du système. Le public est ainsi une hétéro-référence des systèmes : une construction interne qui, compte tenu du fait que le système a une frontière, présuppose un environnement peuplé de « récepteurs » (observateurs) de ses communications.

Quand on revient au système des médias de masse, dans sa fonction de construire une « réalité » commune, nous observons qu'il construit aussi une « représentation » de l'opinion de ce public, une « représentation » de l'opinion de son audience. Comme le système des médias de masse ne peut pas être concurrencé dans la tâche de construction d'une « réalité » commune dans la société⁶⁰, c'est à lui que revient la responsabilité de créer cette représentation de l'opinion de la société. En d'autres mots, « l'opinion publique », cette représentation de l'opinion du public, ne peut pas exister sans le système des médias de masse. Évidemment, nous ne disons pas que des opinions sur *n* sujets ne peuvent pas exister dans la société en dehors de cette représentation des médias de masse. Nous ne disons pas non plus que les médias de masse ont le monopole des opinions des individus dans la société. Nous disons simplement qu'il incombe fondamentalement (mais non exclusivement, puisque tout autre système peut créer une opinion publique ; nous y reviendrons par la suite) au système des médias de masse de produire l'opinion publique. Sans lui, elle ne pourrait pas exister.

Peut-être clarifie-t-on le sujet en ajoutant que l'opinion publique ne se confond pas avec l'opinion des individus de la société. Cette opinion publique, cette représentation des opinions du public (c'est-à-dire cette représentation de l'opinion d'autrui, qui a été depuis longtemps généralisée et stabilisée dans la société par les médias, est simplement un *dispositif*. Il n'est donc pas question d'une « opinion publique substantive », qui présente des « avis » des individus de la société. Mais plutôt un *locus* communicationnel vide et stabilisé qui se prête à plusieurs usages. Regardons ce que Luhmann dit du concept avant de continuer :

« (...) public opinion (...) is not an action system, not even a set of positions for actors. It is only a *device*, produced by the mass media, to regularize the observing of observers. It is a mirror in which politicians see themselves, and their competitors, or one in which normal people on the street – or rather, on their television sets – can experience

⁶⁰ Tous les systèmes sociaux construisent, dans leurs opérations, une réalité. Il ne s'agit donc pas d'une exclusivité du système des médias de masse. Toutefois, aucun système ne peut rivaliser avec lui dans la portée de cette tâche. La comparaison avec le cas du système juridique est très pertinente : même si d'autres systèmes (par exemple le système religieux) vont vouloir stabiliser des expectatives normatives dans la société, aucun système n'équivaudra au système juridique dans cette tâche.

‘democracy’ as a system in which politicians observe public opinion and try to avoid scandals » (Luhmann, 1994: 63; notre souligné)

L’opinion publique est donc simplement un *dispositif communicationnel* qui fonctionne comme un miroir (non seulement pour les politiciens, mais pour n’importe quel système observateur) de la société. On y observe la société, le public, la culture et soi-même, mais on n’observe pas ce qui est « dans » ce miroir, seulement ce qu’il réfléchit. Et la réflexion est bien entendu dépendante de la position à partir de laquelle nous observons.

Ce dispositif communicationnel « opinion publique » peut être plus facilement expliqué si nous reprenons l’idée de médium que nous avons déjà utilisée ici (supra 4.1). Un médium, c’est ce type de dispositif qui fonctionne comme un véhicule pour la construction des formes. Le médium en soi est absolument dé-substantialisé : il ne prendra une forme qu’à partir du moment où on l’utilise en le remplissant avec un contenu. Et ce médium est d’une telle importance pour le fonctionnement du système des médias de masse qu’il va prendre la place d’un *médium symbolique généralisé de communication* de ce système. Un médium généralisé est un type spécifique de médium dont l’usage est fondamental et, comme le nom l’indique, généralisé dans les opérations du système. C’est lui qui permet de connecter les opérations du passé et du futur de ce système :

« A poll can be done and redone – it is usually slightly different the next day, and even if it is the same as yesterday, this is still new information! Today’s public opinion is the basis of tomorrow’s and the continuation of yesterday’s (...) » (Moeller, 2006 : 138).

Qui plus est, on peut dire qu’un médium généralisé de communication est ce qui transforme l’improbabilité de la communication en quelque chose de probable. (Luhmann, 1995 : 160). Tout comme le rôle que jouent la monnaie pour le système économique ou la vérité pour la science ou le pouvoir pour la politique, l’opinion publique est ce qui rend la communication du système des médias de masse audible pour

les autres systèmes de la société. Moeller nous explique comment l'opinion publique peut être une source illimitée de reproduction de la communication :

« Just like money allows for an incessant continuation of money transaction – the money I earn today is the same that I spend tomorrow – so public opinion is the « stuff » with which society manufactures its general self-descriptions. (...) With public opinion, mass communication can revolve around itself and continue its on-going self-reproduction. Public opinion transforms itself in eternal spirals. » (Moeller, 2006: 138, 139)

Tout cela dit, force est de reconnaître que dans une telle conception, on est très loin de percevoir l'opinion publique comme l'état de la conscience des individus. Du point de vue de la théorie des systèmes, il y a une impossibilité logique à un tel type de construction : si le système psychique de chaque personne est irrémédiablement inaccessible de l'extérieur (puisqu'il est, comme tous les systèmes autopoïétiques, opérationnellement fermé), comment pourrait-on parler d'opinion publique en tant qu'une somme, ou une moyenne, ou une majorité d'opinions individuelles des membres de la société?

Il faut donc construire le concept autrement. L'opinion publique est plutôt le médium qui permet de décrire la société et le monde, le médium d'un système qui fonctionne comme mémoire collective. Elle n'est qu'une enveloppe vide qui se réactualise en tant que médium à chaque fois qu'elle sert à la création des formes (messages). Alors dire, par exemple, que l'opinion publique pense x ou y des dernières politiques pénales du gouvernement signifie actualiser le médium symbolique généralisé de communication : cette information devient de la « non-information » une fois qu'elle est communiquée, mais le médium pour la communication (l'opinion publique) est renforcé.

Il reste pourtant la difficulté de l'opinion publique à la fois en tant que médium et en tant que formes. Nous avons soutenu ici que l'opinion publique est fondamentalement un dispositif communicationnel, un médium, qui peut prendre différentes formes

dépendamment de l'observation qu'on fait. La difficulté conceptuelle apparaît ici quand on dit qu'autant le médium que les formes sont « opinion publique ». Ainsi, si notre intérêt porte sur les formes créées dans ce médium, nous sommes en face de différentes opinions publiques. Toute utilisation du médium aboutit à une forme (le journaliste qui dit que l'opinion publique pense *x*; le politicien qui dit avoir le support de l'opinion publique; le SDC qui se plaint de la pression de l'opinion publique), et chacune de ces formes est une opinion publique. Par ailleurs, si nous portons notre attention sur le médium, nous ne pouvons plus parler « des opinions publiques », mais seulement « d'une opinion publique ». Nous reprenons cette question dans la section suivante lors de l'opérationnalisation du concept pour la recherche.

Finalement, il faut dire que si l'opinion publique est *surtout* produite par le système des médias de masse, elle ne l'est pas *exclusivement*. Le système des médias de masse a consolidé l'existence de ce miroir de la société, mais la représentation de l'opinion publique peut être assurée par différents systèmes. En d'autres termes, étant simplement un médium, la composition des formes à l'intérieur de ce médium est ouverte à tout observateur. Le système politique va être d'ailleurs un grand créateur de formes pour l'opinion publique.⁶¹

4.2.2.2. L'opinion publique et le public comme stimuli externes

⁶¹ L'opinion publique est aussi en effet un élément de couplage structurel entre le système politique et le système des médias de masse. L'opinion publique peut être traitée comme un « thème » du système politique qui donne du support à des « schémas » de communication. Comme le dit Luhmann : « (...) quel est le matériau qui permet l'autoorganisation de l'opinion publique? (...) On répondra à cette question en avançant qu'il s'agit là de la production et de la reproduction de schémas sur lesquels la décision politique doit s'appuyer. (...) un schéma est une forme permettant à un système de combiner oubli et souvenir, c'est-à-dire d'effacer quasiment tout trace des opérations antérieures, tout en conservant quelque chose : le schéma, justement, qui pourra être réutilisé. (...) On retrouve par exemple couramment, dans l'opinion publique contemporaine, le schéma de « crise » : crise énergétique, crise de l'État, crises écologiques, crise de l'enseignement supérieur, crises religieuses, crises des partis politiques, etc. » (Luhmann, 2001 : 44) Quant à l'idée de couplage structurel entre les deux systèmes à partir de l'opinion publique, il va dire : « Ce couplage structurel est à double face, comme toujours dans les systèmes fonctionnels. D'une part, il ne serait pas possible d'expliquer, sans tenir compte des médias, l'évolution structurelle à long terme du système politique, même si celle-ci résulte d'une autoorganisation. D'autre part, les médias ont besoin de la politique, comme du sport, des entreprises et de la Bourse, ou encore de la mise en scène des intellectuels par eux-mêmes, qui leur fournisse sans arrêt de la « matière » qui peut être sérialisée et transformée en récits thématiques. » (Luhmann, 2001 : 53)

Toutes ces considérations théoriques faites, il nous reste à préciser comment nous pouvons opérationnaliser cette opinion publique dans cette recherche. Tout d'abord, nous allons faire une distinction entre public et opinion publique dans des termes très précis.

L'opinion publique ce sont des *communications*. Bien entendu, nous venons de la définir à la fois comme un médium et comme les formes que ce médium crée. Toutefois, du point de vue de l'observation du SDC, ce qui compte, ce sont ces formes qu'il va arriver à percevoir. Bref, des communications de son environnement qui sont substantialisées dans ce médium « opinion publique ». Ce sont des communications qui peuvent ou non « s'auto-identifier » comme étant « l'opinion publique », mais qui sont perçues comme telle par un observateur (dans notre cas, le SDC est l'observateur qui compte). Nous pouvons aussi dire que l'opinion publique est une « hétéro-référence » du SDC : une référence à des communications qui lui sont étrangères et qui sont perçues par lui comme reflétant l'opinion de la société.

Si l'opinion publique est identifiée ici en tant que communication, le public va être conceptualisé comme des individus identifiables (par ses communications qui sont perçues par le SDC) qui se manifestent auprès du SDC. Si, dans un sens général dans la théorie des systèmes, on peut considérer le public comme une « hétéro-référence » du système à une audience supposée dans son environnement (la constatation même de l'existence d'une frontière du système permet de déduire l'existence d'un « public » de récepteurs de ses communications dans son environnement), ce concept est pourtant un peu trop large pour l'opérationnalisation dans le cadre de cette recherche. Nous avons utilisé un concept qui n'est pas en opposition avec cette idée générale « d'hétéro-référence », mais qui va pourtant être beaucoup plus restreinte. Nous allons considérer, dans le cadre de cette thèse, que le « public » est composé d'individus qui peuvent être retracés par le SDC à partir de leurs communications qui prennent la forme d'expectatives ou de revendication). Ainsi, le « public » continue à être une « hétéro-référence » du système, mais une « hétéro-référence » qui identifie l'« hétéro » à partir d'une communication ou d'une expectative sélectionnée par le SDC.

En termes moins abstraits, des familles de victimes, des personnes qui protestent devant la cour, des individus qui envoient des lettres aux magistrats, etc., tous peuvent être rangés sous la catégorie « public ». Ce sont tous des individus « en chair et en os » (et non simplement des communications) associés à une communication spécifique. Et cette communication est perçue par le SDC et celui-ci est capable de l'attribuer à leurs responsables. Par ailleurs, un reportage véhiculé par une chaîne à la télé qui rend compte de l'indignation à la suite d'un crime n'est plus du public, mais de l'opinion publique. Cette communication, peu importe si elle s'identifie ou non comme opinion publique, porte en soi la prétention de transmettre l'avis du public. Elle est, en fin de compte, une *forme* « opinion publique », une communication qui donne un contenu au médium « opinion publique ».

Pour conclure, il faut dire qu'autant la théorisation que l'opérationnalisation qui ont été faites ici comportent des zones grises. L'une des plus évidentes pour nous a trait au problème des manifestations de certains mouvements sociaux. Nous y réfléchissons dans la section suivante, dans laquelle nous essaierons d'intégrer la problématique de la victime dans cette théorisation. Quoi qu'il en soit, malgré les zones grises, les développements qui ont été faits suffisent pour l'analyse empirique que nous nous proposons de faire du rapport entre les stimuli externes et le SDC (infra 7).

4.2.3. La question des victimes et leur double statut : stimulus externe et donnée du système

Nous croyons avoir déjà montré dans notre premier chapitre que les victimes occupent aujourd'hui une place beaucoup plus importante qu'il y a quelques années. L'émergence d'une nouvelle catégorie sociale, d'une nouvelle problématique diffusée dans la société, semble être le résultat de certaines transformations sociales à partir des années 1960 et surtout des années 1970. L'expansion des démocraties, l'importance plus

grande des médias, l'usage politique de cette catégorie, comptent parmi les nombreuses raisons pouvant être invoquées pour expliquer cette émergence⁶².

Ceci dit, c'est l'émergence de la victime dans le système de droit criminel qui retiendra ici notre attention. Nous observerons non seulement les retombées de cette émergence sur ledit système, mais nous essaierons aussi de comprendre les diverses manifestations auxquelles se rallie cette catégorie « victime ». Pour reprendre notre argument (supra 2.1.3), nous avons dit que les manifestations des victimes sont fort diverses. En premier lieu, les victimes peuvent se matérialiser en tant qu'acteurs qui présentent des revendications auprès du système politique : des demandes de changements dans la loi, de création de nouvelles peines ou d'intensification de celles qui existent déjà, des modifications dans la procédure pénale, des modifications dans l'exécution des peines, etc. Deuxièmement, les victimes sont aussi ces acteurs qui se manifestent auprès du système de droit criminel : elles demandent des peines plus sévères, elles cherchent à savoir ce qui se passe dans la procédure et ce qui arrive à la personne accusée⁶³. En troisième lieu, nous avons dit aussi que les victimes peuvent être aussi cette entité anonyme au nom de laquelle on demande toutes sortes de réformes : elles n'ont pas besoin d'être des individus directement affectés par un acte criminel; la figure rhétorique de la victime est suffisante pour susciter la mobilisation et le support politique pour toutes sortes de causes et de projets politiques. Finalement, les victimes peuvent être aussi des acteurs impliqués dans la procédure criminelle, comme en témoignent par exemple le *victim impact statement* et certaines formes de la justice réparatrice.

Le problème qui se pose alors est comment conceptualiser toutes ces manifestations, comment rendre compte d'un phénomène qui est loin d'être univoque? À la limite, le « phénomène des victimes » en ce qui a trait au pénal ne serait même pas « un » phénomène, mais plusieurs manifestations distinctes qui doivent être traitées

⁶² Walklate (2007) fait un intéressant survol de la littérature sur les arguments en faveur d'une plus grande attention accordée aux victimes (mais spécifiquement par rapport à l'Angleterre).

⁶³ L'exemple le plus éloquent ici nous semble être celui des proches des victimes aux États-Unis qui demandent d'assister à l'exécution du condamné.

séparément. Bref, comment peut-on conceptualiser cette panoplie de « manifestations victimaires »?

Dans cette section, nous essaierons de clarifier et de mettre en ordre cette question pour être capable de l'« opérationnaliser » pour notre analyse. D'emblée il faut dire qu'une question qui nous posait problème dans cette partie de notre chapitre théorique était celle du statut de la victime en tant qu'élément séparé du public (tel que nous venons de le conceptualiser dans la section précédente). La difficulté ici était de répondre à la question suivante : la victime mérite-t-elle d'être considérée comme simplement un public – un acteur qui joue un rôle social spécifique à l'extérieur du système de droit criminel, ou peut-elle être considérée comme un acteur interne à ce système? Dans le premier cas, une telle théorisation aiderait à expliquer l'attitude de rejet qu'adoptent les juges et les procureurs à leur égard. Dans le deuxième, cela nous aiderait à rendre compte de certains phénomènes nouveaux de la justice criminelle ainsi que de séparer la victime et ses proches du public en général (qui n'a aucun rapport direct avec l'affaire criminelle en soi). Autrement dit, la victime comme partie du public ou la victime comme actrice de la procédure et de la prise de décisions? Notre choix théorique était de la considérer avec ces deux statuts : la victime peut être les deux, à des moments différents. Nous présenterons ci-dessous notre manière de voir la victime tout en insistant sur l'idée qu'il ne s'agit ici que d'une théorisation possible parmi d'autres.

4.2.3.1. La victime à l'extérieur du système de droit criminel

4.2.3.1.1. Les mouvements des victimes en tant que mouvements de protestation

Même s'il s'agit d'un fait social relativement nouveau, l'émergence des victimes en tant que catégorie sociale de grande visibilité nous semble quelque chose de difficile à contester de nos jours. Erner (2006) va parler d'une émergence de cette catégorie sociale

à partir de la deuxième moitié du XX^e siècle; d'autres commentateurs vont parler de l'émergence du mouvement des victimes à partir des années 70⁶⁴; d'autres mentionnent l'importance de la naissance de la victimologie pour la visibilité de l'agenda des victimes⁶⁵. Bref aujourd'hui, « la cause » des victimes est très visible. Et l'une des raisons de cette visibilité peut être attribuée à des mouvements de victimes en tant que groupes organisés qui font des demandes auprès du système politique, du système de droit criminel et des médias.

Comment peut-on caractériser ces mouvements des victimes? En nous appuyant sur Luhmann, nous soutenons ici que ces mouvements de victimes peuvent être caractérisés comme des mouvements de protestation. Ces mouvements sont un ensemble de communications dans la société qui s'organise de façon autonome par rapport aux systèmes fonctionnels de la société, constituant un système en soi. Ces mouvements de protestation sont le moteur d'un paradoxe au sein de la société : il s'agit de la formation sociale qui mobilise la société contre la société. Luhmann écrit :

« (...) on peut partir du contexte de plus grande différenciation et de plus grande généralisation des bases symboliques – particulièrement de ces « valeurs » avec lesquelles la société se met à formuler son unité. Toutefois, qu'est-ce qui se passe quand les valeurs généralisées ne peuvent plus s'installer dans la société différenciée? Que se passe-t-il quand, même si elles sont formulées et reconnues, leur réalisation laisse à désirer dans la société différenciée? Il me semble que les mouvements sociaux cherchent une réponse à ce problème – réponse qui prend la forme d'un autre paradoxe : la protestation de la société (non seulement d'acteurs particuliers ou d'intérêts spécifiques) contre la société. » (Luhmann, 1997 [2006] : 673; notre traduction)

Autrement dit, certaines valeurs généralisées dans la société (on dirait ici la protection des victimes, la valorisation des plus faibles, l'intolérance à la souffrance, etc.) n'arrivent pas à être « défendues », ne sont pas « suffisamment protégées » ou ne sont

⁶⁴ Voir, par exemple, Walklate (2007) et Best (1997).

⁶⁵ Garapon (2001) parle par exemple du besoin que les travailleurs sociaux liés à la justice pénale ont trouvé de s'adapter à une nouvelle demande de s'occuper des victimes, et non seulement des infracteurs.

pas suffisamment « valorisées » par, à titre d'exemple, le système politique ou le système des médias de masse. Les raisons peuvent être diverses : ce sont des valeurs que l'on a de la difficulté à formuler explicitement; ou ce sont des valeurs que nous ne savons pas comment protéger (ou dont la « protection » peut ne pas avoir de limites, comme la protection de l'environnement); ou encore des valeurs qui se heurtent à d'autres valeurs. Bref, certaines valeurs sont floues et imprécises (même quand il s'agit de valeurs généralisées dans la société) et leur « réalisation » est loin d'être satisfaisante pour les individus préoccupés de la question. À ce moment, des mouvements de protestations peuvent émerger pour revendiquer la consécration de ces valeurs.

Luhmann poursuit son argument en disant qu'il faut comprendre les mouvements de protestations

« comme des systèmes autopoïétiques avec un caractère propre, et la protestation comme son moment catalyseur. Le thème auquel la protestation s'attache est son invention, sa construction. Le fait que la société, jusqu'à maintenant, n'a pas porté attention au thème (ou n'y a pas porté suffisamment attention) est justement la condition pour que le mouvement se déclenche. La société se montre surprise et pour elle, il s'agit de quelque chose d'incompréhensible. Dans ses organisations, le thème est inconnu. C'est uniquement l'autopoïèse du mouvement social qui construit le thème et trouve la préhistoire correspondante – pour ne pas paraître l'inventeur du thème – et crée avec celui-ci une controverse (...). Il suffit d'avoir des débuts insignifiants – qui ne sont que des débuts en rétrospective – et la controverse est (et continuera à être) la controverse du mouvement de protestation. » (Luhmann, 1997 [2006] : 682; notre traduction).

Le mouvement de protestation n'existe alors qu'à partir de l'invention de son thème et de son insertion dans la forme « protestation ». Les thèmes sont ce qui donne la « chair », le contenu de la distinction que cette forme – la protestation – doit réaliser dans la société pour se séparer en tant que communication. Les thèmes sont pour la forme « protestation » ce que les programmes sont pour un code d'un système de fonction de la société (1997 [2006] : 679). Si, comme nous l'avons exposé ci-dessus (supra 4.1), le code illégal/légal est ce qui permet au système de droit de se séparer du reste de la société et

les lois sont son programme (le contenu, ce qui vient à ajouter du sens à la distinction), dans le cas des mouvements de protestation, c'est la forme « protestation » (défenseurs des victimes/ceux qui ne sont pas mobilisés, par exemple) qui lui permet d'avoir une unité et de se différencier, mais c'est le thème qui ajoute un contenu à cette forme. Pour reprendre les mots de l'auteur « [t]he protest is the form, the topic is the content, and the two of them together set off a process of reproducing related communication, thus permitting the system to distinguish between relevant and irrelevant activities. » (Luhmann, 1993: 126-127).

L'auteur ajoute que ce système particulier qu'il appelle mouvement de protestation ne peut pas être confondu avec les organisations. Ici on ne voit pas comme étant fondamentale la question du *membership* et de la hiérarchie. La situation des individus liés au mouvement de protestation est trop instable comparativement à des organisations. Il s'agit plutôt d'un groupe qui peut être mobilisé (potentiel de mobilisation) qu'un groupe formé, stable et hiérarchiquement bien défini. La distinction fondamentale pour caractériser ces mouvements est la distinction centre/périphérie :

« De façon caractéristique, il y a un noyau de partisans plus fortement soudé (qui peut être activé pour des actions éventuelles) et un autre cercle plus large de sympathisants (du moins c'est cela que suppose le mouvement) qui permet de penser que le mouvement représente les intérêts généraux de la société. La différenciation centre/périphérie peut apparaître avec relativement peu de présupposés, elle est compatible avec la fluctuation de personnel (entre sympathisants, coreligionnaires et noyau) et elle permet des frontières relativement floues qui ne se clarifient que lors de la démarche d' « autoactivation » du mouvement et qui peuvent changer dans son développement en forme de trajectoire. » (Luhmann, 1997 [2006] : 685; notre traduction)

En plus, pour caractériser ces mouvements de protestation en tant que systèmes autopoïétiques différenciés, il faut que le mouvement soit capable de se fixer des buts (Luhmann, 1997 [2006] : 679) qui ne sont pas nécessairement atteignables, mais qui rendent possible la perpétuation des communications du système. Dans le même sens, une seule protestation ne suffit pas pour caractériser un mouvement de protestation. Sans

les buts, sans un réseau de communications identifié comme lui appartenant et sans un centre organisateur, on ne peut pas parler de mouvements de protestation.

En ce qui a trait à cette forme « protestation », Luhmann va dire qu'il s'agit de « communications addressed to others calling on their sense of responsibility ». (Luhmann, 1993 : 125). Il s'agit d'une forme créée pour mobiliser la société contre elle-même, qui essaie d'apporter des changements dans la société, mais qui pourtant se distingue de la forme de l'opposition politique traditionnelle. Un parti politique d'opposition fait des protestations et propose des changements, mais garde toujours présent dans ses communications un projet de prise de pouvoir pour réaliser ses objectifs. Les mouvements de protestation ne proposent pas de prendre le pouvoir politique et de réaliser les transformations qu'ils revendiquent (Luhmann, 1997 [2006] : 677; Luhmann, 1993 :125). L'auteur ajoute que le fait qu'ils n'utilisent pas les « voies normales », quel que soit le système politique, vise à passer le message « qu'il s'agit d'un sujet général, urgent et profond qui ne peut pas être traité de façon ordinaire » (Luhmann, 1997 [2006] : 676; notre traduction).

L'auteur ajoute que la forme « protestation » s'oppose fortement aux démarches cognitives en faveur des démarches réactives :

« On utilise des « scripts » reconnus qui sont capables de résonner (par exemple, la préservation de la paix) et on s'insurge contre certaines solutions des problèmes (ici, contre la course aux armements) qui ne se prêtent plus au consensus. On se contente d'une représentation assez schématique du problème, fréquemment associée à des grands titres comme celui de « scandale », et la réaction elle-même se présente comme réaction à un état de choses insupportable. En outre, on exige des destinataires qu'ils réagissent et non plus qu'ils fassent des efforts pour comprendre. Compte tenu que les efforts pour plus d'information et pour une planification sûre du futur vont gaspiller leurs énergies et les projeter dans un futur sans fin, la démarche réactive promet des résultats qui seront rapidement atteints. » (Luhmann, 1997 [2006] : 677; notre traduction).

Les efforts pour comprendre la problématique⁶⁶ sont intolérables pour le mouvement de protestation vu qu'ils ne font qu'ajourner les solutions souhaitées pour le problème. Tout presse pour ces mouvements, puisque la problématique qu'ils soulèvent est urgente et le prix de la « non-action » est inacceptable. Qui plus est, qui proteste réclame des principes éthiques, et comme il s'agit de l'éthique, le fait qu'il s'agisse d'une majorité ou d'une minorité est non pertinent. Les thèmes sont chargés d'une représentation positive, ce qui les rend d'autant plus justes et pressants.

La protestation agit « comme si elle avait à défendre la société de son système politique » (Luhmann, 1997 [2006] : 679) (J'ajouterai ici de son système juridique aussi). Elle se considère la « bonne société » qui doit agir sur ceux qui sont de l'autre côté de sa distinction : ceux qui ne se préoccupent pas des victimes, de l'environnement, de la paix ou quel que soit son thème de choix. Luhmann ajoute que cette communication sous la forme de protestation, même si elle est dans la société, s'y produit comme si elle était en dehors de ladite société (Luhmann, 1997 [2006] : 676; Luhmann, 1989 : 126). C'est une communication assez complexe : elle est dans la société, mais veut apparaître comme externe; elle est au nom de la société, mais contre la même (ibid.).

De cette façon, la fonction des mouvements de protestation est de fixer dans les opérations de la société sa propre négation. (Luhmann, 1997 [2006] : 685). Ils font la critique interne (qui apparaît externe) et s'approprient de thèmes auxquels les systèmes de fonction de la société (le droit, l'économie, la religion, l'éducation, la science...) ne traitent pas de façon satisfaisante. Le « succès » des mouvements de protestation réside exactement dans le fait d'incorporer des sujets que ces autres systèmes n'identifient pas comme leurs. (Luhmann, 1993 : 142).

Luhmann termine en disant qu'autant le succès du mouvement de protestation que son échec sont fatals. La forme « protestation » – condition d'existence du mouvement de protestation – présuppose « l'autre côté », des destinataires de la protestation qui y réagissent et contre lesquels elle peut protester. L'acceptation des demandes apportées

⁶⁶ Non seulement une difficulté avec les démarches cognitives par rapport au thème, mais un manque important de théorisation par rapport à sa propre existence : “The new social movements have no theory. (...) A simple, concrete fixing goals and postulates, a corresponding distinction of adherents and opponents and a corresponding moral evaluation therefore predominates.” (Luhmann, 1989: 126)

par la protestation enlève la différence qui est constitutive du mouvement de protestation. (Luhmann, 1993 : 126; 143).

Ayant fait toute cette caractérisation des mouvements de protestation, essayons maintenant de voir comment on peut y intégrer les mouvements de victimes. Prenons les deux mêmes exemples que nous avons utilisés dans un chapitre précédent (supra 2.1.3.1) : l'Association d'Aide aux Parents Victimes (APEV), en France, et le mouvement initié par la mère d'une victime pour changer une loi au Brésil.

Dans le cas brésilien, on voit un mouvement de victimes, mouvement épisodique tel que nous l'avons décrit auparavant, qui émerge pour remédier à une « situation insoutenable », à savoir l'indulgence de la loi brésilienne envers les homicides et son manque de considération – selon l'interprétation du mouvement – par rapport aux droits des victimes de voir le criminel dûment puni. Dans ce cas, c'est moins l'invention du thème que l'appropriation d'un thème que d'autres groupes de victimes mobilisaient déjà dans la société. Mais dans ce cas-ci, il y a la fixation d'un but clair – le changement législatif – et toutes les communications du groupe dans ce sens, y inclus la pétition qui a déclenché le processus de changement législatif. Finalement, le mouvement trouve avec succès son propre dénouement : l'acceptation de la protestation par ceux qui en étaient les destinataires enlève la distinction entre ces derniers et les protestataires, entraînant par le fait la dissolution du mouvement.

En ce qui concerne l'APEV, on y voit un mouvement de protestation plus stable que le mouvement épisodique brésilien que nous venons de mentionner. Il s'agit d'un mouvement de victimes qui a un siège, des activités régulières et un groupe organisé de personnes qui s'en charge. L'association existe depuis 1991 et organise depuis lors des séminaires, des protestations, des campagnes et des activités de toutes sortes pour divulguer sa « cause ». Son but déclaré est d'aider les parents des victimes (de les accompagner et de faire résonner leur voix) et de défendre les droits des victimes en général.⁶⁷

⁶⁷ Ils parlent aussi de « la lutte contre les agressions sexuelles » et de « la recherche des enfants disparus ». Ces deux aspects sont moins pertinents pour notre propos. Pour plus de détails sur l'APEV, voir leur site web : www.a pev.org

En dépit de son organisation, nous ne pouvons pas la confondre ici avec une « organisation » à proprement parler. Manque d'hierarchie, besoin illimité de personnel et forme de réseau semblent être des lacunes importantes qui nous empêchent de l'identifier à une organisation plutôt qu'à un mouvement » (Luhmann, 1997 [2006] : 675). Un autre indice important qu'il s'agit d'un mouvement de protestation apparaît dans ce discours de l'APEV :

« La première demande des familles est de connaître la vérité, savoir ce qui est arrivé, que le coupable soit découvert et qu'il soit jugé. C'est un besoin de justice, et non un besoin de vengeance. À l'APEV, nous désirons donner la parole aux parents, les aider à se réinsérer dans la vie et leur redonner un rôle majeur dans le processus judiciaire.

Association de victimes, nous n'avons pas la prétention de nous substituer à des organismes plus structurés, composés de professionnels. Nous voulons être force de propositions, à partir de notre vécu face à la Justice. Nous initialisons des actions, en espérant que des structures plus officielles prennent ensuite le relais. » (Notre souligné)

Ici on voit clairement la distinction par rapport à une organisation du système politique : le but n'est pas de prendre le pouvoir. On demande de l'action et des changements, mais on ne propose pas de prendre en main les instances de décision pour le faire.

En plus, une autre caractéristique attire notre attention ici. En observant le mandat autoproclamé de l'APEV, nous pouvons déduire la raison de sa relative stabilité comparativement à ces mouvements épisodiques : l'aide aux parents et la défense des droits des victimes sont des buts assez larges et qui permettent une constante mobilisation du mouvement de protestation. Autrement dit, s'il s'agit de combattre une situation d'inégalité face aux victimes (le fait qu'elles ont « moins de droits » que les accusés, qu'elles ne sont pas considérées par la justice pénale, etc.), la raison d'être de ce mouvement de protestation va très difficilement disparaître. Une réussite (ou un échec) quelconque peut toujours être perçu comme un progrès (ou un recul) mais il va très

difficilement répondre aux buts fixés par ce mouvement, ce qui rend son existence toujours justifiable. Si l'on se fie à Luhmann quand il dit⁶⁸ que le déséquilibre et l'inégalité sont constitutifs des systèmes sociaux, alors les mouvements de protestation ne manqueraient jamais de combustible pour les protestations qui justifient leur existence.

Pour résumer, notre première caractérisation des victimes ici est celle de *mouvement de protestation de victimes*. Elles ont comme caractéristiques fondamentales le fait d'être des véritables ensembles de communications qui se lient à une structure plus ou moins durable et qui ont un thème et cette forme « protestation ». Toutefois, cette définition ne suffit pas pour aborder toutes les manifestations des victimes.

4.2.3.1.2. Les victimes comme un public ordinaire

De toute évidence, les victimes ne sont pas seulement celles qui arrivent à mettre sur pied un mouvement de protestation ou qui y participent. Les victimes sont aussi une catégorie moins bruyante de personnes affectées par un comportement criminel. La question importante ici est de ne pas présupposer qu'en vertu de leur non organisation, elles n'arrivent pas à être perçues par le système de droit criminel.

Dans cette catégorie de victimes qui ne sont pas organisées en tant que mouvement de protestation, nous pouvons faire une distinction entre les victimes qui ne se manifestent pas et celles qui laissent entendre au système de droit criminel (et même au système politique et aux médias de masse) leurs opinions et sentiments à propos de l'événement criminel et de la solution qu'elles souhaiteraient. Ce deuxième groupe, nous le plaçons dans une catégorie déjà utilisée ici : celle de public (supra 4.2.2.2). Ces victimes sont des acteurs externes au système de droit criminel; il s'agit d'individus qui

⁶⁸ Non seulement l'auteur dit que "a permanent source of potential protest [is] that every determination of a specific future has an effect of social discrimination" (Luhmann, 1993: 129), mais que la forme « protestation » peut trouver une source inépuisable de thèmes quand elle introduit la question de la quête pour l'égalité (Luhmann, 1998 : 681).

jouent un rôle social spécifique, celui de revendiquer auprès du système de droit criminel une attention (sous la forme de la reconnaissance de leur expérience en tant que victimes, sous la forme de la reconnaissance de leur avis par rapport au sort du criminel, par rapport à une simple écoute, etc.) à leur avis de victimes. Ces individus ne deviennent des acteurs – entrant ainsi dans la catégorie de public – que quand ils font leurs protestations, c'est-à-dire quand ils communiquent leur insatisfaction ou leur simple envie d'avoir un mot à dire dans le traitement d'une affaire par la justice pénale. Autrement dit, ces victimes ici sont un public – un groupe d'acteurs sociaux externe au système de droit criminel – qui entrent dans cette catégorie seulement parce qu'elles se manifestent, parce qu'elles font des protestations⁶⁹. Ces manifestations peuvent être une simple lettre à un journal dans laquelle on dénonce sa condition de victime ignorée par le système de droit criminel. Il suffit de s'assumer comme victime et de communiquer son avis, bref de jouer un rôle social.

Mais les victimes sont aussi cette autre catégorie d'individus touchés par un événement criminel et qui ne se manifestent pas. Si quelques-unes revendiquent vite la désignation de victimes, il y a un autre groupe qui soit ne verbalise pas son avis par rapport au développement de l'affaire criminelle soit y est indifférent. Ce groupe est celui qui pose le moins de problèmes ici. S'il s'agit d'étudier les nouveaux stimuli qui posent problème au système de droit criminel, ce groupe ne rentre pas dans cette catégorie, et ce, pour deux raisons : premièrement, il ne constitue pas un groupe qui fait du bruit pour se faire entendre et, deuxièmement, ce n'est pas la simple existence de victimes qui devient un fait problématique à analyser ici. De toute évidence, et du point de vue du système de droit criminel, ces victimes (peu loquaces, une simple conséquence logique de l'existence du crime) ont toujours existé. Même si les victimes ne se manifestent pas, le système de droit criminel doit présupposer leur existence. Toutefois, pour notre propos ici et compte tenu de la présupposition du système même de droit criminel que les victimes ont toujours existé, cette catégorie peut être considérée comme négligeable.

⁶⁹ Soulignons que faire une protestation ne suffit pas pour parler d'un mouvement de protestation. Ladite protestation peut toujours rester au stade d'une communication éphémère qui va disparaître dès qu'elle s'achève. (Luhmann, 1993 : 126)

4.2.3.1.3. Les victimes en tant que communications d'autres systèmes (organisées en thème)

Nous avons déjà parlé dans un chapitre précédent (supra 2.1.3.3) que les victimes sont aussi une catégorie invoquée. Notre exemple était celui d'une proposition de changement de loi au Canada dans laquelle la représentante du gouvernement soutenait qu'il s'agissait de corriger une situation intolérable pour le public en général et pour les victimes en particulier. Dans ce cas, pour faire un bref rappel, la ministre en question affirmait que qu'il était insultant pour les victimes de voir des criminels âgés recevoir une pension du gouvernement en raison de leur âge.

Dans un tel cas, aucune victime ne se manifeste directement pour demander quoi que ce soit. Il s'agit d'une communication du système politique – une ministre parlant d'une proposition de changement de loi – qui prétend parler au nom de cette catégorie, mais qui n'a pas besoin d'elle pour exister. Il s'agit simplement du gouvernement en train d'essayer de mettre en place son agenda de modifications législatives.

Pour être plus précis, nous soutenons ici que les droits des victimes sont un thème utilisé non seulement dans les communications des mouvements de protestation des victimes, mais également dans celles d'autres systèmes de la société. Dans notre exemple, c'est le système politique qui utilise ce thème. Il aurait pu aussi être utilisé par le système des médias.

Faisant appel à un concept déjà mentionné (supra 4.2.1), les thèmes sont une structure du système qui « organisent la mémoire de la communication. Ils rassemblent les contributions en ensembles d'éléments qui s'appartiennent mutuellement (...) » (Ferrarese, 2007 : 53). Et voilà ce qui se passe avec les victimes dans les systèmes politiques et dans le système des médias de masse : elles sont devenues un thème, un élément qui permet de relier des communications précédentes avec des communications futures; elles sont devenues aussi un « point de référence », chargé de communications (pas toujours allant dans la même direction), qui nous permet d'identifier une certaine communication comme étant liée à toute une problématique bien établie. Les thèmes se

distinguent aussi des simples communications parce qu'ils acquièrent une certaine stabilité : si la communication disparaît dès qu'elle s'achève, le thème fonctionne comme une structure de mémoire du système. Comme le dit Luhmann : « Communicative nexus must be ordered by themes to which contributions can relate. Themes outlive contributions; they integrate different contributions into a longer-lasting, short-term or even long-term nexus of meaning. » (Luhmann, 1984 [1995]: 155)

Ainsi comme l'écologie, l'inégalité de la société ou la menace de la criminalité, les victimes sont devenues un thème pour les systèmes politiques et pour le système des médias. Les thèmes peuvent vieillir et arrêter de susciter l'intérêt alors que d'autres thèmes surgissent et deviennent importants pour le système, mais leur simple existence dénote un intérêt de la société à leur égard.

Pour faire le lien avec notre chapitre sur le contexte (supra 2), on pourrait dire que vers les années 1970, les victimes se stabilisent en tant que thème du système politique et des médias. À ce moment, les communications à ce propos commencent à se connecter en tant que réseau de sens qui amplifie la visibilité de la question. Les communications à propos des injustices subies par les victimes vont gagner de la « durabilité » puisqu'elles sont la continuation d'une problématique qui est connue. Et le perpétuel renouvellement du thème dure aussi longtemps qu'il y a des nouvelles contributions, des individus/systèmes qui s'y intéressent et qui en parlent.

4.2.3.2 La victime à l'intérieur du système de droit criminel

Les développements que nous faisons dans cette section visent à montrer qu'un changement de statut de la victime au sein du système de droit criminel s'est produit dans les dernières décennies du XX^e siècle. Avant même de faire appel à nos données empiriques, nous pouvons constater par la littérature⁷⁰ et par des indicateurs empiriques

⁷⁰ La littérature sur la transformation du rôle de la victime par rapport au système de droit criminel est assez vaste et diversifiée. Nous ne pouvons pas nous pencher là-dessus. Il nous suffit ici de constater qu'il y eu un changement de statut dans les années 70 ou 80 et que ce changement semble être assez bien

que la présence de la victime au sein dudit système est beaucoup plus importante qu'elle ne l'était lors de l'émergence du droit pénal moderne vers la fin du XVIII^e siècle.

Notre façon de voir la victime implique, nous l'avons déjà mentionné, une bifurcation théorique. Elle est à la fois quelque chose d'externe au système de droit criminel (des mouvements de protestation, des communications d'autres systèmes ou un public tout simplement) et quelque chose qui lui appartient, qui fait partie de ses opérations, comme nous essayerons de le démontrer dorénavant. Nous soutenons ici que les transformations du rôle de la victime à la fin du XX^e siècle nous obligent à la considérer comme un élément interne au système de droit criminel. Quoi qu'il en soit, il y a des arguments pour soutenir un autre point de vue : même si la victime nous apparaît déjà intégrée, il ne s'agit pas d'un processus facile et sans difficultés (comme l'analyse du matériel empirique [infra 7] – va l'illustrer).

Tout d'abord, il faut dire que la victime a toujours joué un certain rôle bien encadré au sein du système de droit criminel. Cette affirmation ne paraît pas poser beaucoup de problèmes. Par exemple, la victime a toujours été source d'information pour le développement de la procédure criminelle. Ce rôle de témoin nous semble être bien établi dans différents ordres juridiques occidentaux. En outre, la victime, dans la tradition du Droit civil, peut agir comme partie civile dans la procédure criminelle. La vraie question n'est donc pas par rapport à un rôle que la victime pourrait jouer, mais à des transformations au rôle secondaire qu'elle jouait et à son intégration à des moments où elle n'existait pas.

Premièrement, nous pouvons noter vers la fin du XX^e siècle un changement dans la perception de la restitution à la victime à l'intérieur du pénal. D'un côté, la question de la compensation de la victime n'est pas une préoccupation nouvelle. Dans la tradition juridique du Droit civil (en opposition ici au Common Law et non au droit pénal), la compensation de la victime en tant que matière de droit public – réglée par le pénal et non par le civil – est présente dans certains pays depuis le XIX^e siècle. Madler and Madler (1991 : 349) nous racontent que le premier Code Criminel brésilien, de 1830,

diagnostiqué. Pour nous limiter à seulement quelques références, une collection de recherches organisée par l'institut allemand Max Planck sur la justice pénale et la victime semble aussi constater un peu partout cette apparition de nouveaux rôles et de nouvelles préoccupations autour de la victime (Kaiser, Kury et Albrecht, 1991).

prenait déjà en charge la compensation de la victime, idée qui a été reprise par le Code Criminel mexicain. Sans spécifier des dates, Kerner, Marks et Schreckling (1991: 478) vont dire qu'en Allemagne, « the criminal courts have always been entitled to impose some sort of restitution or to mitigate punishment if such a compensation had already taken place ». Toutefois, le scénario semble fort différent dans les pays de la tradition juridique du Common Law⁷¹. Weitekamp (1991), à propos des États-Unis et du Canada, parle d'une totale mise à l'écart de la réparation du dommage causé à la victime dans le domaine du pénal jusqu'aux années 1960⁷². Ce n'est que dans cette décennie et surtout dans les deux décennies suivantes⁷³ qu'on observe une émergence de la question de la compensation autant dans la littérature que dans la législation pénale⁷⁴ et dans l'apparition de plusieurs programmes qui l'avaient comme but⁷⁵. Même l'ONU, par exemple, va reconnaître le droit de la victime à la réparation dans une de ses communications⁷⁶. Bref, même si dans les deux traditions juridiques (Common Law et Civil Law) la compensation de la victime est toujours secondaire par rapport à la punition de l'infracteur, elle va prendre dans les dernières décennies du XX^e siècle une place

⁷¹ Sur l'histoire de la mise à l'écart de la victime dans la tradition du Common Law, voir Laster (1970) and Walklate (2007).

⁷² Young (2001 : 21) a retracé l'apparition des premières législations sur la compensation de la victime dans la tradition du Common Law (un détail important, quand il parle de compensation, il s'agit d'une compensation étatique et non d'une compensation de l'infracteur : "New Zealand was the frontrunner by establishing the first legislative scheme in 1963 for state compensation to those injured by crime (in fact, this scheme was amended in 1972 to create the most comprehensive compensation scheme in the nature of no-fault insurance). In 1963 Britain established a royal commission to study the issue and by 1964 Britain established its first compensation scheme. California followed suit in 1965 and in 1969 Alberta established the first Canadian legislative scheme for victim compensation. By 1988 similar schemes had been enacted in all Canadian provinces."

⁷³ L'auteur mentionne par exemple une recension d'écrits faite en 1980 sur la question de la restitution dont 85% des références avaient été publiées à partir de 1970 (Weitekamp, 1991 : 426).

⁷⁴ Waller (cité par Weitekamp, 1991 : 428) parlait de plus de deux mille nouvelles lois aux États-Unis et au Canada, entre 1975 et 1990, qui traitaient de la victime, parmi lesquelles plusieurs qui s'occupaient de la compensation. « The Congress of the U.S.A. passed in 1982 the Victim and Witness Protection Act and in 1984 the Victims of Crime Assistance Act, both calling for compulsory consideration of restitution. The *National Organization for Victim Assistance* reported in 1987 that all fifty states in the U.S. have laws who allow the use of restitution in order to make redress to the victim. In addition is the use of restitution a part of the sentence in 26 states mandatory and in cases where a judge does not impose a restitution order he/she has to give a written explanation why a restitution order was not imposed. » (Weitekamp, 1991: 430)

⁷⁵ Weitekamp (ibid.) va se plaindre de la difficulté de mise en application des programmes qui ont été créés et aussi de la portée limitée de la majorité de ces programmes (seulement quand il s'agit de crimes contre la propriété et quand l'accusé est un non récidiviste).

⁷⁶ Dans sa "Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir", de 1985, le Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme reconnaît non seulement la restitution comme un droit de la victime mais il suggère en plus aux gouvernements de la considérer comme une option de détermination de la peine.

beaucoup plus importante dans le scénario pénal. Quels que soient les programmes mis en place dans des différentes juridictions, le fait demeure qu'aujourd'hui on voit différemment la restitution à la victime d'un crime : ce n'est plus quelque chose d'absolument étranger au système de droit criminel⁷⁷.

En deuxième lieu, la victime en tant qu'élément propre aux opérations du système de droit criminel semble trouver un bon argument dans le *victim impact statement*. Comment nous l'avons déjà mentionné (supra 2.1.3.1), la déclaration de la victime est un nouvel instrument juridique (introduit aux États-Unis en 1982⁷⁸, au Canada en 1988⁷⁹ et à la Cour Européenne à la fin des années 1990⁸⁰) qui vise à prendre en considération les conséquences d'un délit sur la victime au moment de prononcer une peine. L'article du Code Criminel canadien sur la question est très direct :

« **722.** (1) Pour déterminer la peine à infliger ou pour décider si un délinquant devrait être absous en vertu de l'article 730, le tribunal prend en considération la déclaration de la victime (...) sur les dommages — corporels ou autres — ou les pertes causées à celle-ci par la perpétration de l'infraction. »

Dans la déclaration de la victime, on trouve un argument très fort pour parler d'une transformation du rôle de la victime qui est déjà en place. Si la victime souhaite faire une déclaration (puisque'elle est volontaire et non obligatoire), le juge est obligé de la prendre en considération au moment de décider de la peine. Et voilà donc quelque chose d'inusité du point de vue de l'histoire du droit criminel : la détermination de la

⁷⁷ Un important indicateur de cette transformation au Canada est la recommandation de la Commission de Réforme du Droit du Canada, en 1974, d'utiliser la compensation comme une alternative à l'emprisonnement (cité par Weitekamp, 1991 : 431). Aujourd'hui, le Code Criminel canadien prévoit autant un schéma de dédommagement à la victime (art.738) qu'un schéma de compensation étatique à partir du paiement de ce qu'on appelle « suramende » (art.737). Mais l'indicateur canadien le plus important de l'émergence de la réparation à la victime semble être sa consécration dans les principes de la détermination de la peine : « to provide reparations for harm done to victims or to the community; » (art.718, e).

⁷⁸ Voir supra 2.1.3. Voir aussi, pour un historique de la déclaration de la victime aux États-Unis, Erez (1990).

⁷⁹ Voir Miller (2007 : 5-6) sur les modifications législatives qui ont été faites pour accommoder la déclaration de la victime dans la législation canadienne.

⁸⁰ Le cas James Bulger, sur lequel nous avons travaillé pendant notre maîtrise, a été le premier où a été acceptée une déclaration de ce type au sein de la Cour européenne (voir Xavier, 2005).

peine, une affaire d'experts, où on évalue des critères juridiques comme le dommage (objectif et évalué par la justice et non pas par la victime) causé à la victime, les circonstances du crime, l'histoire du criminel, etc., expérimente un changement de trajectoire. Les conséquences « subjectives », l'impact psychologique tel que communiqué par la victime, deviennent juridiquement pertinentes. Autrement dit, la l'idée du tort causé à la victime a toujours existé; la question des conséquences du crime est un enjeu traditionnel de la détermination de la peine. Ce qui est différent aujourd'hui est qu'il s'agit d'un input beaucoup plus direct : il s'agit moins d'évaluer (pour la justice) le tort (non seulement pour la victime, mais pour toute la société) comme un de plusieurs éléments pour déterminer la juste peine, mais de prendre en considération les dommages communiqués par la victime et d'ajuster la peine de façon à ne pas causer d'autres « dégâts », à « compatir avec sa souffrance »; on parle moins d'un simple informateur (quasi un témoin qui peut aider à rétablir la vérité des faits), que d'un acteur d'envergure dont on doit prendre l'avis en considération et à qui satisfaction est due.

Finalement, le dernier indicateur de la victime en tant qu'élément du système de droit criminel semble être la justice réparatrice. Il s'agit d'un modèle de justice qui prétend être en « rupture » avec un modèle de système de droit criminel traditionnel, « considéré comme autoritaire et punitif » (Schuch, 2008 : 499). La question sous-jacente à la justice réparatrice est de régler des conflits à partir de la négociation d'une solution qui soit acceptable pour les parties qui y sont impliquées. La victime dans la justice réparatrice revient au centre de la scène et devient protagoniste de la solution du conflit. Il s'agit d'une idée de résolution de conflits qui a pris tellement de résonance dans les dernières années qu'elle est devenue sujet de recommandation des Nations Unies⁸¹. Les modèles de justice réparatrice sont assez divers, mais il y a toujours un présupposé commun qui implique que la victime doit faire partie du processus de réponse à l'infraction et que cette réponse lui soit acceptable. peut trouver par exemple le modèle implanté au Brésil dans les années 1990⁸². Dans cette version, la victime participe à audience de conciliation (une tentative d'entente) qui, si elle réussit, a le pouvoir d'éviter le déclenchement d'une procédure pénale. L'entente entre la victime et l'agresseur –

⁸¹ Voir les résolutions 1999/26 et 15/2001 du Conseil Économique et Social des Nations Unies qui recommandent aux pays membres l'adoption de mécanismes de justice réparatrice.

⁸² Plus exactement, en 1995 avec la loi 9.099 qui traite des crimes moins graves.

assez souvent un dédommagement, une demande de pardon, une action réparatrice quelconque ou un mélange de ces solutions) met un terme au conflit dans la sphère juridique (autant dans le civil que dans le pénal), et évite conséquemment que l'infacteur ait un casier judiciaire⁸³. Au Canada aussi, la justice réparatrice a trouvé une place dans le système de droit criminel. Selon le ministère de la Justice de ce pays, les différents programmes de justice réparatrice adoptés intègrent la victime dans le processus de réponse au délit et ont pour but de « rétablir » les liens, de réparer les dommages et d'empêcher la personne de récidiver » (Ministère de la Justice du Canada, 2009a). La justice réparatrice, dans ce pays, peut prendre différentes formes, comme les cercles de détermination de la peine⁸⁴ ou comme une médiation entre victime et infacteur après la détermination de la peine dans le but d'offrir une opportunité de « guérison » aux parties impliquées⁸⁵.

Voilà donc trois instruments nouveaux – la compensation, le *victim impact statement* et la justice réparatrice – qui semblent changer la place de la victime par rapport au système de droit criminel. À partir de ces trois éléments, nous croyons être en mesure de dire que, par-delà des rôles externes que nous avons mentionnés (supra 4.2.3.1), la victime est devenue une composante non négligeable du système de droit criminel. Les opérations de ce système reproduisent aujourd'hui un souci – en ce qui concerne le déroulement de la procédure et de la détermination de la peine – de prendre en considération l'avis de la victime. Il s'agit non pas de décider nécessairement comme elle le veut, mais de tenir compte de son avis et de se préoccuper d'elle tout au long du

⁸³ Voir, sur l'*input* de la victime à partir de cette nouvelle loi brésilienne, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (2010). Sur la justice réparatrice au Brésil, voir Schuch (2008), Raupp et Benedetti (2007) et Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República.

⁸⁴ « Les cercles de détermination de la peine fonctionnent généralement de la manière suivante : après la déclaration ou l'admission de culpabilité, la cour invite les membres intéressés de la collectivité à se joindre au juge, au procureur, à l'avocat de la défense, à la police, aux fournisseurs de services sociaux, aux anciens de la collectivité, de même qu'au contrevenant, à la victime et à leurs familles et aux personnes qui les appuient, et à se réunir en cercle pour discuter de l'infraction, des facteurs pouvant y avoir contribué, des peines possibles et des façons de réintégrer le contrevenant dans la collectivité. Tout le monde se voit offrir la possibilité de prendre la parole. Souvent, le cercle proposera une peine réparatrice, à purger dans la collectivité, comportant une forme quelconque de restitution à la victime, du service communautaire et/ou un traitement ou des conseils. Parfois, les membres du cercle offriront d'aider à s'assurer que le contrevenant respecte les obligations de la peine communautaire, tandis que d'autres offriront d'apporter un soutien à la victime. Il importe de signaler, cependant, que les cercles de détermination de la peine recommandent parfois une période de détention. De plus, les juges ne sont pas tenus d'accepter leurs recommandations. » (Ministère de la Justice du Canada, 2009b)

⁸⁵ Voir sur les programmes de médiation au Canada, le site internet du service correctionnel de ce pays sur le thème : <http://www.csc-scc.gc.ca/text/rj/vom-fra.shtml> Accès au 10 août 2010.

procès (soit par rapport à la nécessité d'obtenir des renseignements en matière de procédure soit par rapport à une idée plus forte aujourd'hui de compensation, ou soit encore par rapport à une certaine volonté d'infliger une peine qui tienne compte de ses « droits »).

Avec une métaphore biblique, Garapon soutient qu'en peu de temps nous sommes passés d'un droit pénal « adamique », constitué d'interdictions qui n'ont pas à se justifier, à un droit pénal « abélique », « où le mal se confond à un préjudice causé à un autre homme » (Garapon, 2001 : 251). Nous sommes d'accord avec lui sur l'émergence de ce nouveau regard (un regard civiliste, pourrait-on dire) au sein du pénal. Toutefois, il ne s'agit pas d'un phénomène « stabilisé », pour ainsi dire, qui a déjà dépassé les résistances à l'intérieur du pénal. Pour cette raison, ce cadre théorique par rapport à la présence de la victime à l'intérieur du système de droit criminel peut être contesté. Et comme nous allons le voir (infra 7.2.4), la résistance de nos interviewés à plusieurs moments par rapport à un rôle quelconque de la victime semble être un bon argument dans cette direction. Nous y reviendrons lors de l'analyse des données.

4.2.3.3. Considérations finales

Pour clore cette question des victimes, nous voulons simplement rappeler que cette construction théorique que nous venons de faire prétend rendre compte des victimes qui sont perçues par le système de droit criminel. Certes, d'autres catégories de victimes existent, mais le problème que nous étudions ne dépasse pas la limite de l'irritation du système criminel. Les victimes qu'ignore ce dernier – au sens fort, c'est-à-dire dont l'existence est ignorée ou indifférente – ne nous concernent pas ici.

Finalement, pour faciliter la compréhension, nous ajoutons un tableau sur les diverses catégories de victimes telles que nous les avons définies.

Victimes à l'extérieur du SDC		Victimes à l'intérieur du SDC	
1) Mouvements de victimes comme mouvements de protestation		1) Une nouvelle figure juridique. 3 éléments indicateurs	- la déclaration de la victime
2) Public (un acteur social)	- qui se manifeste		- la restitution
	- qui ne se manifeste pas (catégorie négligeable)		- la justice réparatrice
3) Thème de communications d'autres systèmes			

4.3. Le problème de la rationalité pénale moderne⁸⁶

Ayant traité de la question du droit comme système social (supra 4.1) et des stimuli externes au système (supra 4.2), nous devons maintenant traiter du problème de la rationalité pénale moderne (RPM). La question qui nous intéresse est de savoir comment les interactions entre le SDC et les stimuli externes peuvent être prises dans cette rationalité du système qui l'empêche de « gérer » ces stimuli d'une façon « créative ». Par « créative », nous voulons dire qui échappe à un cadre punitif qui est implanté dans le système depuis plus de deux siècles.

Pour comprendre le système de pensée appelé rationalité pénale moderne, nous devons commencer par nous poser certaines questions. Comment comprendre la difficulté cognitive du système de droit criminel d'adopter des solutions qui débouchent moins (et moins radicalement) sur l'exclusion sociale du contrevenant? Comment comprendre la difficulté qu'ont les mouvements en faveur des peines alternatives, des solutions réparatrices et qu'ont aussi les victimes non punitives à être prises en compte – d'une façon régulière et non simplement comme une possibilité marginale – par ce système, particulièrement dans le cas des crimes considérés comme plus graves? D'où vient sa difficulté de « prendre au sérieux » des solutions qui échappent aux peines afflictives, notamment la peine de prison?

Pour répondre à ces questions, nous nous proposons dans cette section de présenter les grandes lignes d'une théorie portant sur l'évolution du SDC et sur ce système de pensée appelé rationalité pénale moderne, qui a été proposée par Pires⁸⁷. Selon cette théorie, le système de droit criminel se trouve pris dans un système de pensée – la RPM – qui rend extrêmement difficile l'entrée d'idées alternatives dans l'éventail de possibilités des solutions pénales. Nous allons soutenir ici que cette RPM oriente et

⁸⁶ Une version modifiée de cette section, traduite en portugais et avec l'ajout de matériel empirique, a été publiée dans une revue brésilienne (Xavier, 2010).

⁸⁷ Tout le développement dans la section suivante (infra 2) s'appuie sur notre compréhension des travaux de Pires (1998; 1999; 2001a; 2001b; 2002a; 2002b; 2004b; 2005; 2006; 2007; 2008a; 2008b; Pires et Acosta, 1994; Pires et Cauchie, 2007; Pires et Garcia, 2007). Les idées qui y sont, si elles ne réfèrent pas directement à un texte spécifique de l'auteur, font partie de plusieurs de ses ouvrages ainsi que des communications orales dans des séminaires. L'ensemble des références est exposé à la fin dans la bibliographie.

supporte certaines manières de faire pour ce qui est des peines, et en décourage d'autres qui lui sont incompatibles. Nous prétendons voir comment ce système de pensée, sélectionné et stabilisé par le système de droit criminel (SDC) vers la fin du XVIII^e et au début du XIX^e siècle, se présente comme incontournable en ce qui concerne la détermination des peines. Malgré le fait que d'autres rationalités soient toujours possibles pour justifier une peine criminelle, l'une semble avoir pris tellement de place que nous avons une énorme difficulté à concevoir comment la punition moderne dans le pénal pourrait être autrement.

4.3.1. Considérations générales

Quand nous parlons de rationalité pénale moderne, nous nous référons à une théorie qui essaie de décrire le système de pensée du système de droit criminel, système qui serait formé par les théories de la peine criminelle et qui a pris sa forme moderne avec les réformes de la pénalité qui ont eu lieu vers la fin du XVIII^e et au début du XIX^e siècle. Il s'agit, en d'autres mots, d'une théorie qui prétend expliquer les difficultés d'évolution du SDC et faire la lumière sur le rôle joué par les théories de la peine comme obstacle cognitif à cette évolution. La théorie prétend ainsi montrer – par-delà des différences entre ces théories – comment elles se rejoignent dans une fonction de justification et de motivation des décisions en matière de peines, comment elles forment ensemble un cadre décisionnel qui oriente (et conditionne) la prise de décision du système de droit criminel dans ce domaine. Cette théorie sur l'évolution du SDC a donc une dimension portant sur les théories de la peine criminelle et une autre dimension, explicative celle-là, portant sur les difficultés d'émergence d'innovations dans le système. Qui plus est, il s'agit d'une démarche qui se distancie des approches déontologiques que font, sur la peine, des juristes et des philosophes de la peine.

4.3.2. Le système de pensée appelé RPM

Pires va dire que les théories de la peine ont formé un *système de pensée*. Ce dernier comprendrait « tous les discours savants (ou ayant un appui savant) qui ont été sélectionnés, validés, stabilisés et généralisés par le système social en question » (Pires, 2004b: 183). Autrement dit, un système de pensée est un ensemble de discours savants appropriés par un système social, qui fonctionne, pour celui-ci, comme source de cognition par rapport à ce qu'il (le système social) est et à ce que sont ses attributions. Le système de pensée fonctionne comme une paire de lunettes avec laquelle le système social observe le monde (y inclus lui-même), le comprend et formule ses communications. Ce système de pensée, comme nous venons de le dire, est composé de discours savants qui, même sans être cohérents les uns avec les autres, forment dans leur ensemble une unité à partir de leurs points en commun.

Le système de pensée n'est pourtant pas la somme des théories qui le composent, mais plutôt une « résultante de forces », autrement dit un ensemble d'idées qui ne sont pas toujours convergentes et qui ne se proposent pas nécessairement de former un tout harmonique. En essayant de voir la question sous un autre angle, nous pouvons dire que le système de pensée est à la fois plus et moins que les théories qui le composent. Profitant des remarques de Morin (1977), nous dirions que le système est moins qu'une théorie parce qu'il n'a pas la cohérence logique des théories de la peine qui le composent. La raison punitive de la RPM est le résultat de l'agglomération des théories de la peine, et ainsi abordée elle est *moins logique* et *moins articulée* que ses théories même considérées de façon isolée.

Par ailleurs, nous pouvons aussi dire que la RPM est « plus » que les théories qui la constituent. Morin (1977: 106) dira ainsi que « le système possède quelque chose de plus que ses composantes considérées de façon isolée ou juxtaposée : son organisation; l'unité globale elle-même (le « tout »); les qualités et propriétés nouvelles émergeant de l'organisation et de l'unité globale ». L'ensemble du système d'idées présente des « qualités émergentes » (Morin) : une nouveauté, une importance accrue, une force d'orientation des décisions (nous pensons ici à la RPM) que les théories isolées n'ont pas. On peut voir ces qualités émergentes dans plusieurs décisions des tribunaux (y inclus certaines de nos données empiriques [infra 6]) : certains opérateurs du droit ont de la difficulté à justifier une punition simplement avec la rétribution ou la réhabilitation, mais

ils vont plutôt mélanger plusieurs théories dans leurs justifications (malgré les incompatibilités entre elles) dans le but de justifier effectivement une obligation de causer de la souffrance.

Morin va dire à propos d'un système qu'il est une *unitas multiplex* (1977: 105) : du point de vue de la totalité, il est un ensemble homogène; mais du point de vue de chaque partie qui le constitue, il s'agit d'une hétérogénéité inconciliable. En regardant à partir de chaque unité – ce que nous semble être le cas des observateurs de la pénalité et des théories de la peine – on ne voit souvent que des différences par rapport aux autres unités. Le regard doit se placer ailleurs, à un niveau qui dépasse les points de divergence de certains énoncés des théories, pour qu'on puisse voir, à travers la diversité, l'unité du système.

Par rapport aux éventuelles critiques adressées à une telle démarche, certaines pensées de Foucault concernant la démarche qu'il a suivie dans « Surveiller et Punir » peuvent nous être utiles. Foucault a été critiqué dans sa méthode d'investigation sur la « naissance de la prison ». Pour plusieurs, il s'agissait d'une étude qui ne saisissait pas le « réel »; il s'agissait dans la meilleure des hypothèses d'« une histoire des idées et encore d'une histoire bien flottante, puisque le contexte réel n'apparaît jamais » (Foucault, 1980: 33). Les critiques lui reprochaient le fait de faire une histoire qui ne saisissait rien de la réalité, qui laissait de côté des contradictions plus concrètes des disputes de pouvoir au niveau des pratiques quotidiennes, des éléments plus palpables qui contredisaient assez souvent ses « grandes lignes ». Foucault répondit à ces critiques en affirmant qu'elles avaient raté le but de son ouvrage. Pendant que certaines critiques lui reprochaient de ne pas avoir porté son attention sur la « poussière » (le niveau concret, les disputes quotidiennes, les rapports plus visibles entre les acteurs, etc.), il se défendait en soutenant qu'il s'intéressait aux « nuages ». Son regard était ailleurs, dans le passage, ou plutôt dans l'émergence d'un nouveau régime pénal qui ne pouvait se faire avec le regard micro que l'on aurait aimé qu'il ait. Il lui fallait travailler dans le « nuage », dans les grandes lignes des transformations, dans les périodes plus élargies, pour pouvoir voir ces changements macros. Et en se défendant de la critique du « non réalisme », de la « non concrétude » de ses observations, il dit :

« Un type de rationalité, une manière de penser, un programme, une technique, un ensemble d'efforts rationnels et coordonnés, des objectifs définis et poursuivis, des instruments pour l'atteindre, etc., tout cela c'est du réel, même si ça ne prétend pas être « la réalité » elle-même (...) » (Foucault, 1980: 34-35).

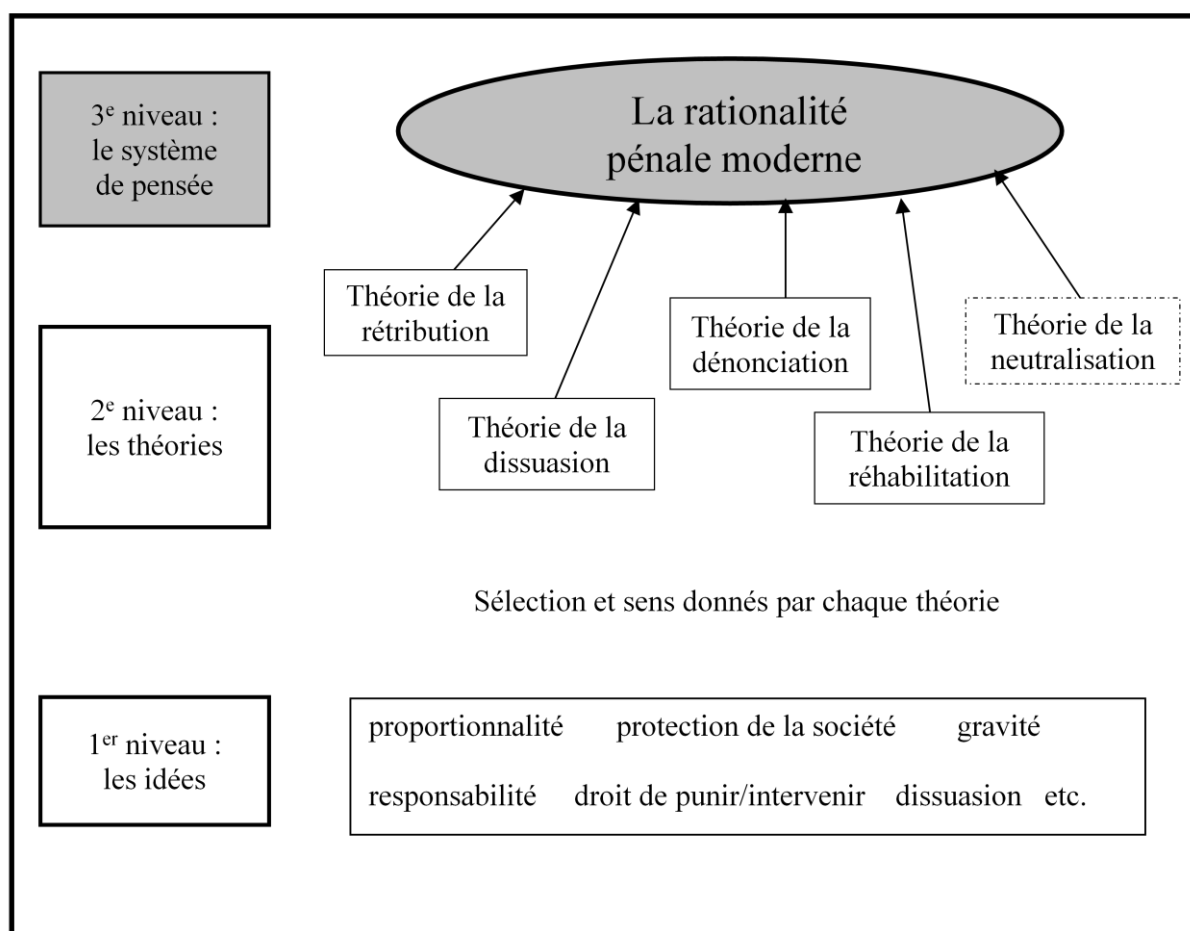
Bref, pour revenir à notre cas, il faut dire que pour observer le système de pensée appelé RPM, il faut se placer à un niveau d'abstraction supérieur à celui de chaque théorie de la peine. Mais, si le nuage peut être parfois plus flou que la poussière, il n'est pas pour autant moins réel. La RPM prend d'ailleurs des contours assez palpables quand on demande aux opérateurs du système de droit criminel de justifier une punition du droit pénal (comme nous le verrons empiriquement dans le prochain chapitre).

Bref, comme nous le développerons par la suite, quand nous parlons de RPM nous parlons d'un système de pensée bien réel qui a été sélectionné comme système dominant du SDC. Il s'agit de ce tout harmonieux du point de vue de la totalité, mais assez hétérogène du point de vue de ses unités, qui englobe les théories de la peine et qui est difficilement contournable quand il s'agit de justifier une peine criminelle. La RPM a) conditionne ce qui est et ce qui n'est pas une peine, b) conditionne à quoi elle doit servir et quelle forme elle doit (ou ne doit pas) prendre pour être une peine « juste » ou appropriée, c) sert de fondement au droit de punir et d) sert à construire un discours identitaire pour le SDC. Il s'agit du système d'idées qui détermine le statut, le rôle et les possibilités de la punition dans le cadre du SDC.

4.3.3. La composition de ce système de pensée

Mais en quoi consiste ce système de pensée? De quoi est-il composé? Comment des théories (des discours savants) et des idées sur la peine se rejoignent-elles dans la constitution de ce système que Pires appelle RPM? Nous commencerons par une représentation graphique de la manière dont nous percevons la question pour ensuite expliquer les raisons de cette façon de voir le problème.

Suivant en cela les arguments et le tableau de Garcia (2009)⁸⁸, nous croyons pouvoir représenter le système d'idées dominant du système de droit criminel de la façon suivante :



(Adaptado de Garcia, 2009 : 313)

Pour résumer l'idée, les théories modernes de la peine criminelle, en dépit de toutes leurs différences et de leurs apparentes oppositions, partagent un ensemble d'idées communes qui, quand elles sont mises en évidence par un regard analytique, peuvent être vues comme constituant un troisième niveau qui va au-delà de ces différences évidentes. Autrement dit, l'observation des communications du système de droit criminel en matière

⁸⁸ Idées et tableaux adaptés, à leur tour, de Pires (2008b). Le changement le plus important dans cette version du tableau a été l'intégration de la théorie de la neutralisation. Elle ne fait pas partie de la théorisation originale sur la RPM, mais il nous semblait fondamental de l'inclure ici. Nous y reviendrons (infra 6.1.2).

de peines peut accéder à un niveau macro où les éléments partagés et convergents de chaque théorie se rejoignent dans une catégorie qui dépasse les disputes entre chaque théorie.

Cette idée que les théories de la peine ont des similitudes qui dépassent leur apparente opposition a déjà été explorée ailleurs. Christie nous parle, par exemple, de l'interchangeabilité entre la réhabilitation et la dissuasion : en Norvège, avec le déclin de la première, la deuxième est venue occuper tout l'espace institutionnel de justification d'une peine criminelle. Cela n'a été possible que parce que, au bout du compte, elles sont fort semblables :

« (...) ce remplacement du traitement par la prévention générale est en même temps tout à fait naturel. Les deux idéologies sont souvent présentées comme fondamentalement différentes. Elles sont cependant très proches en de nombreux points. Elles sont toutes les deux, dans leur état actuel, les produits d'une époque marquée par la pensée rationnelle et utilitaire. Elles ont en commun une dimension manipulatrice. Le traitement est destiné à changer le criminel ; la dissuasion tente de modifier le comportement des autres. Dans les deux cas, on inflige délibérément une douleur. Dans les deux cas, une modification de comportement est supposée avoir lieu. » (Christie, 1981 [2005] : 30).

Un autre auteur va dans la même direction que Christie. Van de Kerchove (1981) a eu cette intuition – qui a été après développée par Pires – de ce qu'il appelle les courants positivistes et idéalistes :

« [l']hypothèse serait que, au-delà des controverses – sans doute réelles – qui les opposent, ces courants 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).

Avec cette idée en tête, reprenons maintenant ce que Garcia dit, en s'appuyant sur Luhmann, sur l'observation de ce système d'idées :

« D'un point de vue analytique, (...) nous pouvons dire que la description de la RPM peut s'élaborer à partir des trois différents niveaux indiqués. Nous pouvons diriger l'observation vers un niveau micro, le niveau des idées (...), vers un niveau méso, celui des théories (...) ou vers un niveau macro, celui où les théories s'articulent les unes avec les autres pour former un système de pensée. » (Garcia, 2009: 312)

Bref, nous prétendons que les théories traditionnelles de la peine (la dissuasion, la rétribution, la réhabilitation, la dénonciation et plus récemment, sous certains aspects, la neutralisation), à savoir celles qui sont les plus invoquées dans les communications du système de droit criminel et qui constituent la charpente de la punition moderne, s'articulent entre elles en formant un système d'idées auquel les acteurs du pénal (juges, avocats, procureurs et même les politiciens quand ils se penchent sur des dossiers d'ordre pénal) ne peuvent pas échapper (ou du moins ne peuvent échapper sans que leurs points de vue paraissent « inhabituels », voire erronés) au moment de justifier leurs choix de peines criminelles.

Mais la question qui s'impose alors est : que voit-on, quels sont ces éléments qui dépassent les divergences et qui nous permettent d'affirmer l'existence de ce système d'idées? Par la suite nous exposons une liste d'éléments qui ont été sélectionnés par les théories de la peine et qui constituent des principes directeurs de ce système d'idées qu'on appelle ici RPM. Certains de ces principes vont être repérés en tant qu'indices empiriques dans la prochaine section (infra 3) : ce sont ces éléments qui nous permettront, sur le plan empirique, d'affirmer la présence de ce système de pensée dans le discours des opérateurs du SDC.

a) le droit de punir :

En nous appuyant encore une fois sur le concept de Luhmann (1998 [2007]: 149 et ss.) de forme et médium⁸⁹, nous pouvons dire que l'expression « le droit de punir » est un médium. Par cela nous voulons dire que l'expression peut acquérir plusieurs formes distinctes dans une communication et que l'expression elle-même n'est qu'une enveloppe vide. Elle n'a pas un contenu figé, « ontologisé », mais peut prendre différentes « formes » dépendamment du contenu qui y est associé. On peut concevoir le droit de punir comme une simple *autorisation d'infliger une sanction*, ou comme une *obligation de réagir* (d'une façon très large) à un crime, ou encore comme une *obligation d'infliger une souffrance*. Ce que veut dire « le droit de punir » dépend toujours de la « forme » qu'on crée. Et voilà où les théories de la peine se rejoignent : *la forme qu'elles créent, pour le médium droit de punir, est toujours l'obligation d'infliger une souffrance*. Même si les formes de la punition peuvent varier (ainsi que, bien sûr, les justifications), la forme du droit de punir est la même : c'est une *obligation de punir dans un sens strict*⁹⁰ (Pires, 1998; Pires, 2008b). On ne peut pas ne pas punir, oublier ou pardonner, puisque la forme actualisée par ces théories de la peine est l'*obligation de causer de la souffrance*, et cela même si les possibilités d'actualisation de ce médium « droit de punir » sont nombreuses.

Notons que, si l'on observe seulement les justifications pour cette obligation de punir, nous nous rendons compte qu'elles varient énormément dépendamment de la théorie choisie. Les justifications de l'une peuvent être remises en cause par les autres (ce qui est très évident avec une punition utilitariste pour un rétributiviste), mais on ne remet jamais en question l'idée générale selon laquelle le droit de punir est une *obligation* de punir quand il y a un crime. Sans punition, on ne fait pas justice (rétributivisme); sans punition, la société s'effondrera puisque rien ne nous empêchera de passer à l'acte (dissuasion); sans punition, on ne peut pas établir des mesures thérapeutiques pour le contrevenant (réhabilitation); sans punition, on ne réaffirme pas la norme, on ne répond

⁸⁹ Dans ce même sens, voir Garcia, 2009 et Possas, 2009.

⁹⁰ Même s'il le fait par un chemin complètement différent du nôtre, Foucault apporte une explication fort importante pour la compréhension de l'établissement d'une obligation de punir dans la punition moderne. En effet, en montrant le déclin de la punition des supplices et l'émergence de la punition moderne de la société disciplinaire, Foucault montre comment il était important pour les réformateurs de limiter le pouvoir absolu du souverain au moment de punir. Si dans un sens, cela signifiait « rationaliser » et « humaniser » la punition dans le sens de mettre fin à des châtements trop violents, dans un autre sens – et c'est cette partie qui nous intéresse ici – il est question aussi de limiter l'arbitre du souverain dans son pouvoir de grâce. Pour un système pénal « efficace », tel que le prétendaient les réformateurs, la punition doit être non seulement « modérée », mais elle doit aussi être « infaillible ». Cela signifie exclure toute possibilité de pardon et de composition entre les parties. (Foucault, 1975).

pas aux attentes de la société (dénonciation). La justification varie, mais pas la forme créée dans le médium « droit de punir ».

b) la peine substantialisée comme de la souffrance

Non seulement les théories de la peine investissent le médium « droit de punir » avec l'idée d'une obligation de punir, mais elles généralisent aussi l'idée que la punition criminelle est l'infliction d'une souffrance. La forme créée est non seulement un « droit-obligation », mais aussi l'obligation d'imposition d'un *mal*. Si les théories de la peine créent, d'un côté, une obligation de réagir, elles s'assurent, de l'autre, que cette réaction est, au premier plan, une réaction négative, afflictive.

Pour un opérateur du SDC, n'importe quelle idée qui met en relief un propos de réparation avant l'infliction de la souffrance est vue comme une peine « inappropriée », une « sanction civile ». La sanction « criminelle » doit, avant tout, infliger une souffrance. Le médium « punition » est investi du contenu souffrance : pour « vraiment » punir, il faut faire souffrir.

Christie (1981 [2005] : 52) a aussi remarqué cette légitimation de la souffrance (dans son cas, la critique s'adresse à cette légitimation à partir de la dissuasion et de la réhabilitation), qui va de pair avec l'impossibilité d'autres solutions pour le conflit pénal, qu'il voit d'une façon fort critique :

« Il y a pire que l'importance donnée au crime et à la condamnation individuelle : c'est la légitimité donnée à la souffrance. La souffrance infligée intentionnellement est élevée au rang de réponse légitime au crime. J'ai pourtant appris à l'école (...) que la meilleure réponse était de tendre l'autre joue à celui qui m'avait frappé. Les simplifications néo-classiques⁹¹ laissent dans l'obscurité des solutions hautement appréciées comme la non réaction, le pardon et la bonté. (...) Le néo-

⁹¹ Il fait référence ici aux idées de certains défenseurs de la dissuasion aux Etats-Unis et dans les pays nordiques dans les années soixante-dix.

classicisme présente la peine comme solution inévitable, comme une évidence, en en faisant l'alternative unique et immanquable. »

Finalement, nous devons ajouter que les raisons pour causer de la souffrance varient selon la théorie. L'infliction de la souffrance est une condition nécessaire pour le calcul coût/bénéfice dont nous parle la théorie de la dissuasion, elle est nécessaire parce que la peine doit être l'exacte réponse au mal du crime (rétributivisme), etc.

c) la protection de la société

Une autre idée présente dans les théories de la peine et qui semble fort enracinée dans la punition moderne est leur conception de la protection de la société par le pénal. Cette conception implique d'abord un raisonnement selon lequel on doit concevoir un *bien futur et immatériel* pour justifier le *mal actuel et tangible*. Ce que Pires (2004b: 43, 44) appelle le caractère abstrait de la conception de protection de la société de la RPM, c'est cette idée qui justifie l'imposition de la souffrance concrète, tangible et immédiate, pour un supposé bien futur et immatériel⁹².

Ensuite, et à la différence de ce qui se passe dans d'autres branches du droit, le pénal, pour protéger la société, doit faire appel à la réponse plus contundante. Le droit pénal, dans la conception de la RPM, est le dernier gardien, l'instance ultime de défense de la société, et pour cette raison il a les réponses les plus dures. Mais cette conception du droit pénal qui interprète d'une certaine manière le principe de l'*ultima ratio* renverse la logique de modération qui peut être attribuée à ce principe. En effet, selon cette représentation de l'*ultima ratio*, la punition du pénal doit frapper plus fort parce que ce système est le dernier à intervenir (après la famille, l'école, la communauté, etc.).

L'idée de protection de la société dans ce système de pensée (RPM) comporte aussi une vision hostile de l'infacteur (Pires, 2004b). Celui-ci est conçu comme l'ennemi

⁹² La théorie de la rétribution ne valorise pas le médium « protection de la société » qui a une connotation utilitariste, mais les tribunaux ignorent souvent cette prise de position de la théorie rétributiviste en tant que telle.

du groupe. Il a offensé un bien cher à la société, et la valeur de ce bien offensé doit dès lors se traduire dans une quantité de souffrance appropriée.

Nous devons ajouter, en outre, que la conception de la protection de la société conçue par les théories de la peine, avec sa vision hostile de l'infacteur et sa conception punitive de l'*ultima ratio*, contribue aussi à l'exclusion d'autres modalités de peines moins centrées sur la souffrance et d'autres alternatives de résolution de conflits. Les théories de la peine, exception faite de la réhabilitation, sont indifférentes à toute possibilité d'une action positive envers l'individu. Ainsi, on ne peut pas penser à une autre conception de la peine et moins encore à la réconciliation entre les parties ou au pardon comme forme d'intervention dans le cas d'un crime.

d) d'autres principes directeurs de la RPM

La RPM va aussi s'approprier d'autres principes ou concepts du droit qui prennent une forme spécifique dès qu'ils sont sélectionnés par les théories de la peine pour exprimer sa façon de concevoir la punition. C'est le cas par exemple du concept de proportionnalité. Répétons que l'idée de proportionnalité en soi n'a pas un sens précis. Il s'agit d'un médium qui, à l'intérieur du cadre de la RPM, va prendre des formes spécifiques. Le médium proportionnalité va prendre tantôt la forme donnée par la théorie de la rétribution, tantôt celle donnée par la théorie de la dissuasion. Dans l'ensemble, ce médium se déplace d'une théorie à l'autre selon l'usage qu'on fait et garde la caractéristique proposée par les deux théories selon laquelle une peine doit avoir un quantum minimum et maximum de souffrance pour être une peine juste et/ou efficace. Mais il nous semble pourtant que, considéré dans le contexte de la RPM, l'accent est mis sur le minimum de souffrance à imposer. À l'instar des médiums comme « gravité », « responsabilité », « dissuasion », « rétribution », etc., le « médium proportionnalité » modifie son sens lorsqu'il passe d'un système à un autre ou lorsqu'il prend son sens à l'intérieur ou à l'extérieur de ce système d'idées (la RPM).

Le même type de phénomène peut être observé à l'égard du médium « responsabilité ». Regardons d'abord l'exemple donné par Pires pour ensuite continuer avec les commentaires :

« (...) le concept de « responsabilité » ou l'idée de « rendre responsable » semblait être présent partout et jouissait actuellement de cette présupposition. Les discours porteurs de ces termes traversent alors divers systèmes sociaux, vont de soi, sont évidents et font penser à une sorte de slogan. Il [Günther] raconte qu'en Angleterre, une compagnie multinationale pharmaceutique faisait une annonce publicitaire de vitamines dans laquelle on voit un père souriant ouvrir ses bras à sa petite fille pendant qu'apparaît le seul mot suivant : « *responsibility* ». Günther signale que tout est dit et pourtant rien n'est suffisamment dit. Dans ces circonstances, le mot, écrit-il, ne suscite alors aucune objection directe, voit très peu de réflexion sur la diversité de sens qu'il prend *dans chaque système*. [...] On peut supposer, par exemple, que le *sens* donné à ces mots par les divers *systèmes de réception* est le même et que les conséquences logiques que chaque système donne au transfert qu'il opère sont semblables (et positives) partout. Or, ces présupposés me paraissent fort questionnables. On doit plutôt supposer, à titre d'hypothèse, que chaque système social traite ces mots de façon différente, c'est-à-dire selon sa propre façon de penser. Cela veut dire qu'en dépit d'un minimum de sens partagé, qui nous empêche de confondre par exemple « responsabilité » avec « liberté » (...), le sens du mot « responsabilité » se modifie et se construit autrement quand nous passons d'un système à l'autre. » (Pires, 2006: 217-218).

Bref, comme le médium « proportionnalité », le médium « responsabilité », dans le système de droit criminel, prend une forme spécifique, une forme donnée par les théories de la peine et qui prône une infliction de la souffrance comme traduction de cette responsabilisation. Toutefois, il ne s'agit que d'une manière de construire cette « responsabilisation » : il est important d'avoir toujours à l'esprit que cette forme n'est pas la seule possible et que le SDC aurait pu l'avoir construite autrement.

4.3.4. Les théories de la peine : théories pratiques

Jusqu'ici nous avons souvent parlé des théories de la peine, nous avons expliqué comment elles se rejoignent dans une rationalité commune qui soutient l'édifice de la punition moderne et nous avons mentionné des idées/médiums qu'elles sélectionnent pour mettre en pratique leur conception de punition. Mais nous n'avons pas encore dit ce que sont ces théories de la peine.

Pour accomplir cette démarche, regardons tout d'abord ce que Durkheim avance à propos de son concept de théories pratiques quand il parle du système pédagogique :

Leur objectif n'est pas de décrire ou d'expliquer ce qui est ou ce qui a été, mais de déterminer ce qui doit être. Elles ne sont orientées ni vers le présent, ni vers le passé, mais vers l'avenir. Elles ne se proposent pas d'exprimer fidèlement des réalités données, mais d'édicter des préceptes de conduite. Elles ne nous disent pas : voilà ce qui existe et quel en est le pourquoi, mais voilà ce qu'il faut faire (Durkheim, 1922 [1966]: 67).

Cette définition des théories pratiques nous convient très bien pour expliquer les théories modernes de la peine criminelle. Il s'agit de théories qui ne prétendent pas nous expliquer une réalité, mais plutôt dire ce qu'on devrait faire, ce que la pratique devrait être. Voici ses caractéristiques fondamentales :

- a) Il ne s'agit ni de théories scientifiques ni de l'art de décider. D'une certaine façon, Durkheim nous dira qu'elles sont à mi-chemin entre les deux. Il nous dira que, d'un côté, l'art est un « système de manières de faire qui sont ajustées à des fins spéciales et qui sont le produit soit d'une expérience traditionnelle communiquée par l'éducation, soit de l'expérience personnelle de l'individu » (Durkheim, 1922 [1966]: 69). L'art ne veut pas expliquer, mais mettre en pratique : c'est de la « pratique pure sans théorie » (idem, 68- 69). D'un autre côté, une théorie scientifique vise à décrire ou à expliquer la réalité, à « décrire des choses présentes ou passées », à comprendre les enjeux qui entourent un objet déterminé. Les théories pratiques relèvent d'une autre catégorie. Elles ne sont pas de l'art pur puisque, comme les théories de la science, elles sont des théories. Mais elles ne

sont pas des théories scientifiques, puisqu'elles ne visent pas à expliquer une réalité présente (ou passée). Elles se proposent de diriger l'action, de dire quoi faire. Se rapprochant de l'art, « [e]lles ne sont pas des mouvements, mais toutes proches du mouvement, qu'elles ont pour fonction d'orienter » (ibidem).

- b) Comme le dit Pires (2008a), ces théories gardent un rapport de conflit avec les pratiques. Elles veulent orienter l'action, mais il existe toujours un écart entre la pratique et ses commandements. Elles sont pour certaines pratiques et contre d'autres, elles en valorisent certaines en même temps qu'elles en « sabotent » d'autres. Si le système social tente d'adopter une pratique nouvelle, et qu'elle n'est pas conforme aux orientations de ces théories, plusieurs observateurs peuvent « dénoncer » que la nouvelle pratique n'est pas conforme à la théorie, n'est pas « la bonne » manière de faire.
- c) Même s'il s'agit de programmes d'action qui veulent orienter la pratique, cette orientation, étant toujours théorique, ne peut pas déterminer exactement la configuration pratique de ces orientations. Bref, les théories pratiques conditionnent quoi faire, mais elles ne peuvent pas déterminer exactement comment le faire. L'idée nous semble plus claire quand on pense concrètement aux théories de la peine : elles déterminent un but et plusieurs conditions pour arriver à ce but, elles ne peuvent pas garantir que la pratique, dans son ensemble, va suivre leur programme.
- d) En nous inspirant de nouveau de Durkheim (1922 [1966]), nous pouvons ajouter que les théories pratiques sont intermittentes, tandis que la pratique en soi est continue. Même si on ne réfléchit pas sur l'action ou sur la manière de faire, la pratique va avoir lieu même en l'absence des théories.
- e) Nous pouvons dire, à l'instar de Pires (2008a), que les théories pratiques servent à motiver et à justifier des prises de décision. Les théories de la peine servent donc aux autorités pour justifier leur choix (soit politique soit juridique) de peines.
- f) Finalement, nous pouvons résumer, comme le fait Garcia (2009), que les théories pratiques sont des combinaisons d'idées articulées à des programmes d'action, c'est-à-dire des consignes de quand, qui et comment punir.

En gros, on peut dire que les théories de la peine sont des « enseignements » sur la manière de punir, sur le sens qu'une peine devrait prendre, qui s'adressent à certains acteurs sociaux (spécialement les juges et les politiciens) (Pires, 2008a: 18). La question du sens ici est fondamentale : « les théories de la peine sont des attributions de sens à des manières de faire » (Pires, 2008a: 19). Ainsi, le juge, en attribuant une peine (ou un politicien en la créant), peut être rassuré du bien-fondé de sa démarche : il n'attribue pas simplement une souffrance au transgresseur d'une norme pénale; il participe d'un projet de réhabilitation de l'individu, de dissuasion de criminel potentiels, de rétribution ou de dénonciation d'un comportement inacceptable pour la société. Il ne s'agit pas, avec le support des théories de la peine, d'une simple attribution de souffrance, mais plutôt de communiquer la nécessité de faire un mal pour obtenir un bien pour la société (le bien variant selon la théorie qu'on choisit).

Maintenant, nous allons nous tourner vers les théories qui forment la rationalité pénale moderne. Quand nous parlons ici de théories de la peine qui constituent la RPM, nous pensons à quatre théories qui semblent constituer l'axe principal pour la prise de décision en matière de peine – la théorie de la dissuasion, la théorie de la rétribution, la théorie de la dénonciation et la théorie de la réhabilitation – ainsi qu'à un objectif d'opération externe à la RPM qui prend parfois la forme d'une théorie dans la RPM : l'objectif ou la théorie de la neutralisation. Examinons chacun de ces éléments d'un peu plus près⁹³.

4.3.4.1. La théorie de la dissuasion

C'est sans doute le livre de Cesare Beccaria qui fut la première grande référence de l'utilitarisme pénal⁹⁴ dans sa version moderne, spécifiquement de la théorie de la dissuasion. Il était question pour Beccaria de s'opposer à l'arbitraire et à la cruauté de

⁹³ Notre examen ressemblera toutefois davantage à un survol puisqu'il s'agit ici d'un sujet assez vaste. Il ne serait pas réaliste, dans le cadre de cette thèse, de vouloir entrer dans toutes les dérivations que ces théories peuvent prendre, ni dans toutes les discussions empiriques qu'elles entraînent (surtout dans le cas de la réhabilitation, de la dissuasion et de la neutralisation).

⁹⁴ Dans la littérature anglophone, Beccaria va toutefois être moins connu que Jeremy Bentham en tant que première grande référence théorique de la théorie de la dissuasion.

l’Ancien Régime en matière pénale et d’ « humaniser » et de « rationaliser » l’application de la peine criminelle. Dans sa démarche, il a synthétisé les éléments plus récents d’une théorie qui allait constituer un des piliers du système de droit criminel moderne.

Quels sont donc les éléments de cette théorie de la dissuasion? Tout d’abord, cette théorie va faire une claire distinction entre la morale et l’interdiction pénale⁹⁵. Contrairement aux rétributivistes (voir infra 4.3.4.2), pour Beccaria la réponse à un acte criminel se justifie non pas par le rétablissement d’une morale métaphysique salie par l’acte criminel, mais plutôt par l’*utilité* que cette peine peut avoir pour la société.

En deuxième lieu, cette utilité de la peine ne peut exister que si la peine elle-même est incontournable : par opposition à l’arbitraire du souverain de l’Ancien Régime (qui même s’il punissait souvent d’un côté avec une sévérité extrême, pouvait de l’autre simplement pardonner et se désister de la punition), on veut opposer la *certitude* de la peine. Pas autant d’éclats punitifs, mais une punition systématique et répandue dans le corpus social. Dans un tel scénario, l’affirmation de la théorie de la dissuasion vient imposer une peine qui doit être toujours *obligatoire*. La grâce du souverain est un pouvoir nuisible⁹⁶ qui doit être écarté, ainsi que le pardon d’une victime qui n’a aucune place dans cette punition étatique. La réponse pénale ne doit donc pas être sévère et incertaine, comme l’est celle du souverain absolu; elle doit plutôt être modérée et infaillible :

« Le frein le plus puissant des délits n'est pas la rigueur des peines, mais leur infaillibilité et par conséquent l'active vigilance des magistrats. (...). La certitude d'un châtement, même modéré, fera toujours plus

⁹⁵ À cet égard, voir l’analyse de Pires (1998).

⁹⁶ Sur le pouvoir de grâce, Beccaria va être très explicite sur sa non acceptabilité et son côté nuisible : « Mais apprendre aux hommes que les délits peuvent être pardonnés, que les peines n'en sont point la conséquence nécessaire, c'est rendre contagieuse l'espérance de l'impunité, et dès que le pardon est possible, les condamnations exécutées ne sont plus que les actes violents de la force, et non l'expression auguste de la justice. En faisant grâce, le prince livre la sûreté publique à la merci d'un particulier; cet acte privé d'une imprévoyante indulgence, devient un décret solennel d'impunité. » (Beccaria, 1764 [1821] : 98, 99). Ou encore : « Les tribunaux accordent quelquefois la remise de la peine encourue pour un simple délit quand l'offensé pardonne. Cet acte d'humanité et de désintéressement, honorable dans un particulier, est contraire au bien public; mais s'il peut renoncer à la réparation de l'offense qu'il a reçue, doit-il lui être permis de détruire la nécessité de l'exemple? Le droit de punir n'est pas le droit d'un seul, c'est celui de tous les citoyens, ou du souverain; un citoyen peut bien renoncer à son droit individuel, mais il ne peut annuler celui des autres. » (idem, 97)

d'impression que la crainte d'un autre plus terrible, crainte qui tempère toujours l'espoir de l'impunité; parce que les moindres peines, quand leur application est certaine, ne manquent jamais de frapper les esprits d'une salutaire terreur (...). » (Beccaria, 1764 [1821] : 96)

En troisième lieu, une idée essentielle de la théorie de la dissuasion : le but de la peine est – par la menace qu'elle laisse planer - à la fois d'empêcher que le coupable ne récidive et de dissuader d'éventuels criminels de passer à l'acte. Dans les mots de Beccaria lui-même, « [l]e but des peines est donc de mettre le coupable dans l'impossibilité de commettre de nouveaux délits envers la société, et *d'empêcher les citoyens d'en commettre de semblables* » (Beccaria, 1764 [1821] : 66, 67 ; notre souligné). La terreur de la peine criminelle doit être suffisante pour entraîner un stimulus négatif chez ceux qui songent à passer à l'acte. Si la peine ne peut pas être utile, c'est-à-dire si elle n'est pas en mesure de dissuader d'éventuels infracteurs, elle est d'une cruauté injustifiable.

Finalement, pour que la peine soit capable de dissuader, elle doit non seulement être une conséquence absolument certaine de l'acte criminel, mais aussi une conséquence plus « dure » que les conséquences du crime en soi. Autrement dit, la théorie de la dissuasion croit pouvoir non seulement créer une association immédiate dans l'esprit de chaque individu entre crime et peine (certaine), mais elle veut aussi s'assurer que la conséquence que le criminel éventuel subira soit « plus coûteuse » que le profit qu'il aurait pu en tirer avec le crime. Dans les mots de Beccaria, « Il suffit, pour qu'une peine obtienne son effet, que le mal qu'elle inflige excède le bien qui peut revenir du délit. » (Beccaria, 1764 [1821] : 68) Bien entendu, pour que cette idée d'une peine qui dépasse légèrement le profit du crime tienne, il faut qu'on présume à la base que le criminel est un être rationnel qui fait un calcul coût bénéfice.

4.3.4.2. La théorie de la rétribution

On peut comprendre la théorie de la peine de Kant comme exprimant la première version moderne de la théorie de la rétribution⁹⁷. En effet, une des justifications de la peine la plus connue est celle qui prétend que la peine afflictive « fait justice », qu'elle serait une conséquence « naturelle » et « moralement obligatoire » du crime. Voyons comment la théorie se présente chez l'auteur lui-même :

« La *peine juridique (pœna forensis)* (...) ne peut jamais être décernée comme un simple moyen de procurer un autre bien, même au profit du coupable, ou de la société dont il fait partie; mais elle doit toujours être décernée contre le coupable *par la seule raison qu'il a délinqué*; car jamais un homme ne peut être pris pour instrument des desseins d'un autre homme, ni être compté au nombre des choses, objet du droit réel; sa personnalité naturelle, innée, le garantit contre un pareil outrage, bien qu'il puisse être condamné à perdre la personnalité civile. Le malfaiteur doit être jugé *punissable*, avant qu'on ait pensé à retirer de sa peine quelque utilité pour lui ou pour ses concitoyens. La loi pénale est un impératif catégorique, et malheur à celui qui se traîne dans les sentiers tortueux de l'eudémonisme pour rencontrer quelque chose qui, par l'avantage qu'on pourrait en retirer, déchargerait le coupable de tout ou partie de la peine qu'il mérite, suivant le proverbe pharisaïque : « il vaut mieux qu'un *seul* homme meure que de ce que tout le peuple soit perdu; » car, quand la justice est méconnue, les hommes n'ont que faire de vivre sur la terre. » (Kant, : 1785 [1837] : 199, 200 ; italique dans l'original, mais notre souligné)

À partir de cet extrait, on peut voir clairement les éléments fondamentaux du rétributivisme pénal. Premièrement, la peine est un *impératif catégorique*. Elle est une *obligation* morale de la société : la peine est due au coupable parce qu'il la mérite et parce que l'absence de punition est un germe d'injustice qui corrompt la société. La peine est donc très chargée moralement : la non punition face à un crime, c'est la « perdition » sur terre.

En deuxième lieu, et suivant logiquement le fait que la peine soit très lourdement chargée en termes moraux, il est inacceptable qu'« un homme puisse être pris pour instrument des desseins d'un autre homme ». On voit clairement un dialogue avec les

⁹⁷ Berman (1983 ; cité par Pires 1998) va identifier les racines de la théorie rétributiviste chez St.-Anselme au XI^e siècle.

utilitaristes pénaux : la peine ne doit pas *servir* à un quelconque autre but que cette conséquence directe de rétablissement de la justice. La peine existe pour faire justice, et il est immoral de vouloir l'utiliser (ou plutôt utiliser le coupable) pour procurer un bien quelconque à la société (sauf évidemment le « bien » immatériel « justice » qui en découlerait « naturellement »). Finalement, il faut souligner que, pour cette théorie, la peine est au premier plan un enjeu moral pour la société et n'exprime pas une préoccupation majeure à l'égard du sort du coupable (la victime non plus n'est pas observée par la théorie).

Sans doute que le passage de Kant dans lequel la peine apparaît éminemment comme une obligation morale est celui, bien connu, sur l'île.

« (...) c'est que si la société civile se dissolvait, du consentement de tous ses membres, comme si, v. g., un peuple, habitant d'une île, se décidait à la quitter et à se disperser, le dernier meurtrier détenu dans une prison devrait être mis à mort avant la dissolution de la société, afin que chacun portât la peine de son crime, et que le crime d'homicide ne retombât pas sur le peuple qui négligerait d'infliger cette peine; parce qu'alors il pourrait être considéré comme complice de cette violation de la justice. » (Kant, : 1785 [1837] : 203)

En d'autres mots, ne pas mettre en place la punition, même la plus inutile pour la société, c'est répartir le blâme du crime, de la violation de la justice, entre tous les concitoyens. Ceux qui ne punissent pas sont responsables de souiller la justice.

Dans cette justice imprégnée de moralité, la peine à donner doit être proportionnelle à la gravité du crime :

« Mais quelle espèce et quel degré de châtement la justice publique doit-elle se poser pour principe et pour règle? Pas d'autre que le principe de l'égalité, appréciée à la balance de la justice, sans pencher plus d'un côté que de l'autre. Par conséquent le mal non mérité que tu fais à un autre d'entre le peuple, tu te le fais à toi même; si tu le déshonores, tu te déshonores toi même; si tu le voles, tu te voles toi-même; si tu le

frappes, si tu le fais mourir, tu te frappes, tu te fais mourir toi-même. Il n'y a que le droit du *talion* (*jus talionis*), qui puisse donner déterminément la qualité et la quantité de la peine, à la barre du tribunal, mais non dans le jugement privé; (...) » (Kant, : 1785 [1837] : 201)

C'est le médium « égalité » qui sera utilisé pour conditionner le type (qualité) et l'intensité (quantité) de la peine, qui doit être similaire au type et quantum de mal qui a été fait. Il y a ici une prise de position fondamentale des rétributivistes qui les opposent aux utilitaristes : celle selon laquelle on ne doit pas motiver la peine par son utilité éventuelle. La peine doit être présentée comme étant le miroir du crime.

Pour résumer, la rétribution est une théorie qui établit une forte *obligation morale* de punir et qui valorise l'infliction intentionnelle de la souffrance.

4.3.4.3. La théorie de la réhabilitation⁹⁸

Contrairement aux deux premières théories, la théorie de la réhabilitation carcérale est difficilement identifiable à un ouvrage de référence spécifique. L'idéal de réhabilitation est en effet un projet qui accompagne le développement de la punition dans la modernité, un projet qui est intimement lié au développement des premiers systèmes pénitentiaires au début du XIX^e siècle⁹⁹.

⁹⁸ Pires va faire une distinction entre trois versions de la théorie de la réhabilitation. La première est « prémoderne » et nous n'allons pas l'examiner en détail ici. La deuxième, issue des modèles pénitentiaires et des idées des criminologues positivistes, propose une réhabilitation en milieu carcéral. L'infliction d'un mal précède le projet de réhabilitation. La troisième version, tributaire des mouvements de réforme pénale des années 60, reconstruit la théorie de la réhabilitation, met l'accent sur la peine non carcérale et veut réduire au maximum possible le recours à l'incarcération. Dans ce troisième cas, nous sommes en dehors du cadre de la RPM (Pires, 2008a; Pires, 2008b).

⁹⁹ Par exemple, les deux premiers grands modèles pénitentiaires, le modèle d'Auburn et le modèle pennsylvanien (tous les deux du début du XIX^e siècle), avaient un projet de transformation de l'individu comme raison d'être. Dans le premier, la transformation par le silence et le travail, dans le deuxième, la transformation par l'isolement silencieux. Dans les deux cas, l'objectif déclaré de l'enfermement de l'individu était de le transformer à partir de la morale du travail ou de la pénitence silencieuse. Mais bien avant la modernité, l'idée même d'un enfermement « pénitent » a des origines dans le droit canonique, où l'idée de transformation de l'individu par le fait de se repentir et par la prière est très enracinée. Sir Francis Palgrave nous fait, au XIX^e siècle, une bonne description d'une peine ecclésiastique médiévale

Ce qui est fondamental dans cette théorie, c'est le changement de perspective qu'elle promeut dans le SDC : on met le criminel au centre de la scène. On s'intéresse moins à l'acte qu'au personnage. L'émergence de la réhabilitation promeut tout un changement de perspective non seulement en ce qui a trait au déroulement de la peine (des transformations dans le pénitencier) mais aussi dans la manière de la justifier. Mettre le personnage – et non l'acte – au centre de la scène veut dire que la justification de la peine s'intéresse à ce moment-là aux effets que celle-ci va avoir sur le condamné. D'une façon très résumée, pour la théorie de la réhabilitation, on punit pour promouvoir un changement chez l'infracteur. La punition se justifie donc par les effets de transformation (morale, médicale, psychologique) qu'elle peut avoir chez l'individu criminel, par la possibilité de le réintégrer dans la société.

Ainsi, la théorie de la réhabilitation propose que l'individu doit être puni, doit subir une souffrance (avec des privations), et ensuite une intervention « thérapeutique ou éducationnelle » (Pires, 2008a) dans le but de lui enlever l'envie de commettre d'autres crimes. La théorie de la réhabilitation demande que l'individu soit « gardé dans un milieu fermé » et pendant un certain temps pour qu'il puisse être puni/traité. La peine est donc investie d'une logique de traitement : « the correctional model proposes that sentences should be designed, at least in part, to meet the treatment needs of offenders, in terms of both method and the duration of the intervention » (von Hirsch, Ashworth et Roberts, 2009: 5).

Nous l'avons déjà énoncé, cette logique pénale réhabilitatrice implique (du moins dans sa version originale – voir notes de bas de page à la page précédente) l'imposition d'une mesure punitive obligatoire. C'est-à-dire que la logique du traitement, quand il s'agit de la détermination de la peine (puisqu'après l'imposition la logique peut être différente), est une logique d'exclusion de l'infracteur et d'imposition d'une souffrance.

d'enfermement : « In the theory of her criminal jurisprudence, the medieval Church had fully and unhesitatingly adopted, the wise and truly beneficent doctrine—that punishment is to be inflicted by fallible man upon his fellow creatures, not merely in terror but in love. The imprisonment, with its accompaniments of hardships and privations, was considered as an ecclesiastical *penance*. Not thundered in vengeance for the satisfaction of the state, but imposed for the good of the offender: in order to afford the means of amendment, and to lead the transgressor to repentance, and to mercy. From the doors of the dungeon he was to come forth, not as a degraded criminal, but as a pardoned sinner. This was the doctrine of the legislation of the Clergy » (Palgrave, 1838: 177)

La transformation, pour qu'elle ait lieu, dépend de ce moment premier d'exclusion de l'individu.

Pour permettre cette transformation de l'individu, les concepts de proportionnalité des théories de la dissuasion et de la rétribution sont fort inappropriés. Si l'on s'intéresse à l'individu et à sa dangerosité, punir selon le crime, tel que les théories de la dissuasion et de la rétribution le proposent, n'aurait pas de sens. Digneffe, en citant Garofalo, va ainsi résumer sa critique :

« (...) celui-ci [le principe classique de proportionnalité] aboutit à punir de la même manière deux individus qui ont commis un même acte, sans tenir compte du fait que cet acte peut manifester des anomalies du sens moral bien différentes et dès lors une dangerosité plus grande. La répression n'a pas pour but premier d'être juste, elle vise à préserver l'état social, « à prévenir de nouveaux délits de la part du même individu ». » (Digneffe, 1998 : 243)¹⁰⁰

Ainsi, la mesure de la peine est la mesure de la nécessité de la société de se protéger de cet individu jusqu'à ce qu'il puisse être adapté à la vie sociale. La mesure de la peine est donc la mesure du traitement (quand le traitement est possible) : l'échelle des peines liée au crime est tout à fait non pertinente quand la peine a un projet de réhabilitation.

De toute évidence, nous sommes devant une peine utilitaire. La peine ne se justifie que pour un bien futur qu'on peut apporter à la société par la transformation d'un individu problématique en un citoyen respectueux des lois. L'expiation du mal n'est pas ici un enjeu et la dissuasion d'autres criminels éventuels l'est seulement de façon secondaire (par l'incarcération tout court : la peine, pour la théorie de la réhabilitation, est un mécanisme social de défense de la société à partir de la transformation des individus.

¹⁰⁰ Cette référence, telle qu'elle est présentée, pourrait bien être dans la section sur la neutralisation (infra 4.3.4.5). Leur objectif de « préservation sociale » est identique. La différence entre les deux va apparaître dans l'abandon, de la part de la neutralisation, d'un projet de transformation de l'individu.

Si d'un côté l'individu est au centre de la scène pénale avec la réhabilitation, cette théorie se caractérise par ailleurs par sa préoccupation à l'égard de la prévention : l'attention de la réhabilitation envers l'individu ne se justifie pas par un projet humaniste, mais plutôt par un besoin utilitaire de protection de la société face à ceux qui ont commis un crime.¹⁰¹

4.3.4.4. La théorie de la dénonciation¹⁰²

La théorie de la dénonciation commence à être de plus en plus visible à partir des dernières décennies du XX^e siècle. N'ayant ni le caractère systématique ni la diffusion (soit dans le SDC lui-même, soit dans le domaine de la philosophie du droit) de la dissuasion ou de la rétribution, la théorie de la dénonciation prend une forme toute particulière qui semble convenir à merveille à un système faisant face à la montée en visibilité des affaires pénales dans les médias.

Même si cette théorie ne semble prendre de l'ampleur que dans la deuxième moitié du XX^e siècle, Lachambre (2011) montre qu'on la trouve déjà intégralement formulée dans les travaux du juriste anglais classique James Stephen dans la deuxième moitié du XIX^e siècle. Soulignons que Stephen ne donne pas encore le nom de « théorie de la dénonciation » à sa théorie de la peine, ce qui contribue à la rendre peu visible. Mais en quoi consiste-t-elle?

¹⁰¹ Dans cette courte description de la théorie de la réhabilitation, nous avons omis des complexifications (notamment la vision de « non exclusion » qui va être très présente au XX^e siècle et qui va permettre l'identification des défenseurs de la réhabilitation comme le groupe « progressiste » de la criminologie) puisque notre but était simplement d'avoir des points de repères pour parler de la rationalité pénale moderne et non pas d'aller en détails dans la théorie. Néanmoins, il est impossible de ne pas mentionner que cette autre façon de considérer la réhabilitation (en dehors du pénitencier, comme un projet de transformation de l'individu sans l'obligation d'imposer une souffrance) était l'un des chemins les plus significatifs dans le SDC pour échapper à la RPM. « Punir », pour cette nouvelle théorie de la réhabilitation, exige l'abandon de l'idée de chercher à produire intentionnellement une souffrance au coupable. Nous devons mentionner, en plus, que l'idéal de réhabilitation en général a éprouvé un déclin considérable à partir des années 70. La théorie de la réhabilitation a connu une crise de légitimité qui, et ce n'est pas une coïncidence, est contemporaine d'un virage punitif et de la montée du populisme pénal dont on parlait dans notre premier chapitre (supra 2.1). Voir à cet égard Garland (2001) et Cohen (1985).

¹⁰² Toute la reconstruction de la théorie de la dénonciation faite ici se base largement sur la thèse de Lachambre (2011).

Premièrement, « dénoncer » signifie, entre autres choses, *exprimer le degré de réprobation du public par la peine*. La peine doit servir pour exprimer le jugement moral que la société fait du crime et, en le faisant, elle réaffirme les valeurs fondamentales de la société. Dans la formulation de Lachambre, dénoncer (en matière de punition criminelle) c'est « punir au nom des valeurs fondamentales chères au public et pour exprimer son dégoût pour le crime » (Lachambre, 2011 : 357). C'est à la fois un acte d'expression du sentiment suscité chez le public et de préservation des valeurs de la société¹⁰³.

Deuxièmement, il en découle logiquement que la peine doit être proportionnelle au degré de désapprobation du public du comportement criminel (ibid.). La théorie donne alors un autre sens au médium « proportionnalité ».

« When public attention is strongly directed to a crime, and the public imagination is greatly shocked by it, it is of great importance that the punishment should be exemplary and calculated to impress the public as much as the crime, and in the opposite direction. The criminal is triumphant and victorious over his enemy and over the law which protects him until he himself has suffered a full equivalent for what he has inflicted » (Stephen, 1883; apud Lachambre, 2011: 353, 354)

Voilà une formulation qui laisse de la marge à l'imagination du législateur et du juge criminel : les limites dans ce cas sont beaucoup plus floues que celles proposées par la dissuasion ou la rétribution. Stephen semble choisir le juge comme l'acteur idéal pour mesurer ce degré d'équivalence : « practically speaking, a wide discretion as to [the type and] the amount of punishment to be inflicted in particular cases must always be vested in the judges of criminal courts. » (Stephen, 1885; apud Lachambre, 2011: 351) La seule précision de ce qu'est une peine qui réponde aux demandes du public est donnée par la négative :

¹⁰³ La description donnée par Primoratz traduit bien elle aussi l'esprit de la théorie : « (...) the main function of punishment is not so much to reform or deter, but rather to maintain social cohesion by safeguarding a vigorous collective conscience. » (Primoratz, 1989 : 190)

« qu'une peine qui n'attire pas l'attention du public sera conforme à la théorie. Et c'est à l'aide de cette « fourchette de la peine » que le juge peut utiliser son pouvoir discrétionnaire pour viser un autre effet, ce qui revient à dire que la prévention directe du crime ne doit pas amener une peine à l'extérieur des limites imposées par l'opinion publique (...) » (Stephen, 1885; apud Lachambre, 2011: 355)

Une peine proportionnelle pour la théorie de la dénonciation serait ainsi une peine qui ne se heurte pas au sentiment du public (ou qui n'éveille pas de sentiments négatifs de sa part). L'idée de « fourchette de la peine » est l'idée que la peine ne peut être ni trop clémente (et ainsi incapable d'apaiser le public et de dénoncer le crime), ni trop dure (et ainsi perçue comme injuste par le public). Comparativement à la dissuasion et à la rétribution, on est dans un tout autre monde ici : le point de référence de la peine est construit à partir de cette projection de ce qui serait acceptable pour le public.

En troisième lieu, il est intéressant de noter que cette théorie de la peine a été observée à la fois comme étant utilitariste et comme étant une variante rétributiviste. On fait appel non seulement à un sens moral pour justifier la peine (non pas une morale métaphysique, mais les limites de tolérance du public), mais aussi à un but utilitaire de renforcement de la morale collective (qui peut être perçu comme une dissuasion à long terme). Radzinowicz a bien vu la difficulté de situer cette théorie :

« Such a stark doctrine – in which even retribution or expiation was relegated to a minor place – stands in a sharp and irreconcilable contrast to the utilitarian teaching that punishments were justified only so far as they secured the prevention of crimes » (Radzinowicz, 1957 ; apud Lachambre 326)

Bref, on dirait qu'autant le fait de la placer du côté des rétributivistes que de celui des utilitaristes est susceptible de critiques.

Finalement, on peut dire que la dénonciation, elle aussi, renforce le médium « droit de punir » comme une *obligation d'infliction d'une souffrance*, puisqu'on doit satisfaire les attentes de punition qui émergent du public¹⁰⁴.

« The punishment of common crimes (...) may be justified on the principle of self-protection, and apart from any question as to their moral character. It is not, however, difficult to show that these acts have in fact been forbidden and subjected to punishment not only because they are dangerous to society, and so ought to be prevented, but also for the sake of gratifying the feeling of hatred – call it revenge, resentment, or what you will – which the contemplation of such conduct excites in healthily constituted minds. If this can be shown, it will follow that criminal law is in the nature of a persecution of the grosser forms of vice, and an emphatic assertion of the principle that the feeling of hatred and the desire of vengeance above-mentioned are important elements of human nature which ought in such cases to be satisfied in a regular public and legal manner. » (Stephen, 1874; apud Lachambre, 2011: 331)

Face à un public qui éprouve des sentiments de haine, de vengeance, l'attitude « saine » de l'État est d'exprimer ses sentiments à partir de la peine. Ainsi, celle-ci ne peut être rien d'autre que l'imposition obligatoire d'une souffrance. Une souffrance non pas expiatoire, mais une souffrance « gratifiante », rassurante pour le public, qui réaffirme que nous, membres de la société et observateurs de la punition, avons les bonnes valeurs.

4.3.4.5. La théorie de la neutralisation

¹⁰⁴ De toute évidence, si l'on construit la dénonciation comme une satisfaction à donner à un désir de vengeance, il reste peu de place pour penser à une réponse non punitive. Toutefois, si on construit la dénonciation comme l'expression de la réprobation du public, la marge de manœuvre qui s'ouvre est considérable. On peut se demander, par exemple, pourquoi l'expression du sentiment collectif de réprobation doit être faite par une peine afflictive et non par une autre mesure quelconque. Hart, dans une critique qui est devenue très connue, élabore de façon très claire ce point de vue : « What is meant by the claim that the punishment of offenders is an appropriate way of expressing emphatic moral condemnation? The normal way in which moral condemnation is expressed is by *words*, and it is not clear, if denunciation is really what is required, why a solemn public statement of disapproval would not be the most "appropriate" or "emphatic" means of expressing this. Why should a denunciation take the form of punishment? » (Hart, 1963: 66)

Voici à la fois un objectif et une théorie qui pose problème. La neutralisation a une histoire difficile à retracer en tant que justification autonome d'une peine, et pourtant elle est souvent présente. Elle apparaît souvent jumelée à d'autres théories de la peine, comme une condition de possibilité, par exemple, pour la mise en place de la réhabilitation. Toute la construction de la RPM telle qu'originellement conçue par Pires et que nous avons décrite dans les dernières sections, ne développe pas la place de la théorie de la neutralisation¹⁰⁵ comme une des théories qui vient complexifier la prise de décision du SDC. Une des justifications pour cette exclusion est justement qu'elle n'existerait pas comme une théorie indépendante¹⁰⁶.

Nous allons la considérer néanmoins comme une possibilité indépendante de justification des peines criminelles. La justification pour cela (qui est sans doute précaire, compte tenu du fait qu'il s'agit d'une question qui mérite beaucoup plus de temps et d'espace que nous n'avons pu y consacrer ici) est l'ubiquité, surtout à partir des années 70, d'une préoccupation pénale de gestion du risque. La peine criminelle commence à être perçue très fortement comme un élément de prévention du crime à partir de la tenue à l'écart de la société d'individus jugés dangereux. L'émergence même de concepts tels que celui de « justice actuarielle » dénote l'importance de l'idée de neutralisation.

À la base, cette idée peut être vue comme facile à saisir puisqu'elle est en effet très simple : « it involves punishing particular individuals to prevent *them* from committing further crimes » (Zimring and Hawkins, 1995: 15). On ne punit pas dans un but de prévention générale, pour dissuader d'éventuels criminels ; on ne punit pas non plus parce qu'on est imbu d'un sens moral de faire justice. On punit pour neutraliser ce qui est la cible de la punition. Punir, pour la théorie de la neutralisation, c'est mettre une contrainte dans la vie de l'infracteur qui va l'empêcher de récidiver.

¹⁰⁵ Si jusqu'à ce moment notre description de la théorie de la RPM a été une reprise des travaux de Pires, nous faisons avec la neutralisation un ajout qui n'est pas dans les développements dudit auteur. Il nous apparaissait important d'analyser cette « neutralisation » comme une théorie pratique de façon autonome de la rétribution ou de la dissuasion. D'autant plus qu'il y a une omniprésence de l'idée de neutralisation (surtout avec l'émergence d'une « justice actuarielle ») dans la pratique d'incarcération dans les dernières années.

¹⁰⁶ L'autre justification étant le fait qu'il ne s'agit pas d'une théorie « générale » comme les autres, puisque pertinente seulement pour justifier la peine de certains criminels (les plus dangereux).

Cette idée est facilement associable aux peines criminelles bien avant l'émergence du système de droit criminel moderne. L'existence de peines telles que la peine de mort et le bannissement qui dénote une propension à neutraliser l'individu en l'excluant de la vie sociale, est très ancienne. Toutefois, la systématisation de cette idée de neutralisation comme théorie raisonnablement organisée et cohérente qui puisse justifier une pratique semble plus difficile à retracer. Nous trouvons pourtant certaines pistes, à commencer chez l'un des plus importants théoriciens de la théorie de la dissuasion. Bentham, au tout début du XIX^e siècle, va parler de la neutralisation comme un objectif de la peine. Pour lui (Bentham, 1802 [1838] : 174 et ss.), la peine a comme fonction principale la dissuasion, mais elle doit aussi jouer un rôle de réforme de l'individu, de compensation du dommage causé et de *neutralisation* (« rendering a man incapable of committing offences ») (idem, 183). La neutralisation apparaissait alors comme une possibilité subsidiaire (surtout dans les cas de peine de bannissement, qu'il commente longuement et où l'effet de neutralisation par exclusion est évident), comme un objectif qui pouvait être accompli une fois l'objectif premier de dissuasion atteint.

Mais la neutralisation va apparaître non seulement accolée à la dissuasion, mais aussi comme une composante importante de certaines formulations de la théorie de la réhabilitation. Ferri et Garofalo, deux des grands représentants de l'école positive italienne, vont faire une critique du principe de la proportionnalité de la rétribution et de la dissuasion qui ne tient pas compte du fait que des individus « dangereux » doivent être mis à l'écart indéfiniment. Digneffe résume leur point de vue de la façon suivante :

« Si l'on a affaire à des individus qui ne sont pas adaptables (au sens de Garofalo), ou anti-sociaux (au sens de Ferri), une séparation complète du milieu social s'avère indispensable pour les besoins de la défense sociale. Elle peut se réaliser par la relégation « dans une île ou dans une colonie » (...) ou dans des établissements pénitentiaires, mais toujours à une durée indéterminée. La libération conditionnelle ne peut jamais être accordée pour des individus qualifiés de criminels-nés ou de criminels fous. » (Digneffe, 1998 : 274; citation de Garofalo entre guillemets)

Voilà donc que pour deux des principaux représentants d'un courant qui voulait traiter scientifiquement le criminel, qui voulait apporter des changements de politique pénale pour qu'on puisse « transformer » les individus, il y a cette perception de l'existence de certains individus irrécupérables pour qui la seule solution pénale est le retrait définitif de la société. On voyait déjà une bifurcation entre les individus susceptibles de subir un traitement et les autres, pour qui une peine de réhabilitation ne servirait pas à grand-chose. Cette préoccupation à l'égard des criminels considérés comme dangereux, pour qui la peine criminelle ne serait qu'une mesure de contention, était bien présente dans diverses législations pénales¹⁰⁷, même si on n'en parlait pas dans les discussions de philosophie pénale.

La neutralisation semble, en effet, être assez souvent une pratique pénale subsidiaire des grandes théories de la peine. Une pratique à qui manquait une théorie, ou du moins un théoricien plus connu et capable de l'organiser et de lui donner une densité argumentative. Zimring et Hawkins ont aussi noté ce fait dans la littérature anglophone :

« In both England and America, the great debates about penal policy in both the nineteenth and twentieth century were principally about whether retribution and deterrence or reform should be the major principles under which the treatment of prisoners should be regulated. (...) As late as 1972, it was generally assumed "that the primary conflict in prison is between reformation and deterrence" (...). For almost two centuries after its mechanisms and limits had been identified, incapacitation played no role in the debates about justification for imprisonment. » (Zimring et Hawkins, 1995: 21, 22)

¹⁰⁷ Zimring et Hawkins (1995 : 23) vont donner plusieurs exemples de peines de neutralisation pour les criminels récidivistes dans l'histoire législative des Etats-Unis : « In America preventive detention was achieved by the prolongation of prison sentences for specially designated classes of offenders. Between 1920 and 1930, twenty-three states enacted laws increasing the severity of sentences for recidivists. Thus, the Penal Code of California was amended in 1927 to provide that a prisoner convicted after two previous convictions for certain specified crimes (e.g., robbery, burglary, arson) incurred imprisonment for life as an habitual offender with no possibility of parole before the expiration of twelve years, and that any fourth conviction for a felony incurred imprisonment for life with no prospect of parole. In the same spirit, the Baumes Law added to the Penal Law of New York in 1926 provided that a prisoner convicted of a felony for the fourth time should incur imprisonment "for the term of his natural life" (...). By 1979 recidivist statutes were in force in forty-four states, the District of Columbia, Puerto Rico, the Virgin Islands, and at the federal level (...). »

Et pourtant, ce scénario commence à se modifier progressivement à partir des années 70. Surtout avec le déclin de la réhabilitation, la neutralisation commence à prendre de la place comme une justification acceptable pour la détermination de la peine criminelle. Les mêmes Zimring et Hawkins vont dire, dans les années 90, que: « Incapacitation now serves as the principal justification for imprisonment in American criminal justice: offenders are imprisoned in the United States to restrain them physically from offending again while they are confined » (Zimring et Hawkins, 1995: 3). Cette émergence de la neutralisation comme une théorie de justification de la peine est liée grandement à l'apparition d'une « nouvelle pénologie » qui, dans la gestion du risque, a sa raison d'être.

Certes, l'émergence d'une pénologie de gestion du risque¹⁰⁸ a donné une nouvelle ampleur à une peine qui vise surtout à neutraliser un individu considéré comme trop problématique pour la société. Il y a un argument de politique criminelle qui est, à première vue, très convaincant dans une logique de prévention du crime : en assumant que l'on enlève de la vie sociale ceux qui allaient très probablement récidiver (et ici c'est clairement une supposition assez difficile à justifier par des arguments empiriques), il en découle que la fréquence des crimes diminuera. Certains¹⁰⁹ vont faire valoir l'argument que la majorité des crimes sont commis par une minorité de criminels récidivistes. En les neutralisant, on promeut une réduction importante d'événements criminels. À partir d'un tel raisonnement, un peut faire un saut de l'« individu dangereux » à des « groupes dangereux » ou des « catégories d'individus à fort risque de récidiver ». La peine se transforme alors, du point de vue de la politique criminelle, en un instrument d'isolement de groupes problématiques dans la société en raison d'un besoin de prévention du crime.

Toutefois, si l'argument de la neutralisation en tant que politique criminelle nous paraît évident de nos jours (évident par son omniprésence, non pas par son bon sens ou sa logique), il est plus douteux en tant que théorie de la peine. Comment peut-on le voir

¹⁰⁸ Une référence clé dans la description de la pénologie à partir des années 70 nous semble être Feeley et Simon (1992). Ces deux auteurs vont identifier trois éléments d'une « nouvelle pénologie » : 1) l'émergence d'un discours de risque et de probabilité au centre des préoccupations de politiques criminelles ; 2) des nouveaux objectifs pour le système comme la neutralisation (des objectifs qui ne sont pas nouveaux en soi, mais nouveaux en termes « systématiques » ; 3) l'emploi de nouvelles techniques pour le traitement du problème de groupes d'infracteurs, des techniques non plus dirigées vers des individus spécifiques.

¹⁰⁹ Voir les références apportées par Zimring et Hawkins (1995 : 25 et ss.).

comme une théorie pratique ayant le même statut que les autres théories présentées ici ? Pour reprendre ce que nous avons dit, une théorie de la peine vue comme une théorie pratique prétend déterminer ce que la pratique doit être. Nous pouvons faire un exercice de formulation d'une théorie de la neutralisation dans les termes suivants. D'abord, punir, c'est mettre une contrainte sur l'individu qui va l'empêcher physiquement de récidiver. En plus, il est question d'observer cet individu moins comme une « individualité » que comme faisant partie d'un groupe : plus ce groupe pose de risques, plus la peine doit être certaine. Différemment de la réhabilitation, « the task is managerial, not transformative » (Feeley et Simon, 1992 : 452). En troisième lieu, il s'agit de toute évidence d'une théorie utilitaire : le but de neutraliser est la prévention du crime. Punir, c'est prévenir la récidive. Il n'est pas question de considérations morales. C'est de plus une théorie qui, elle aussi, prétend faire un mal dans le moment présent (la neutralisation d'un individu) pour en retirer un bien futur (la non récidive de cet individu). En outre, elle est, plus que toutes les autres, centrée sur l'exclusion sociale : il s'agit d'une théorie absolument indifférente au coupable en tant que membre de la société. Et, finalement, c'est une théorie qui apporte un fort renforcement de l'obligation de punir de la RPM. Avec la neutralisation, on a une autre bonne raison d'infliger une souffrance : la protection de la société à travers la neutralisation du risque de la récidive.

4.3.5. La RPM et son actualisation dans plusieurs circuits de communication de la société.

Après avoir précisé les théories de la peine dont il est question quand on parle de la rationalité pénale moderne, nous allons maintenant revenir sur cette dernière. Jusqu'à maintenant, nous avons développé l'idée selon laquelle la RPM est le système de pensée dominant du système de droit criminel et du système politique (dans son rôle de législateur criminel). Mais peut-on vraiment la circonscrire à ces deux systèmes sociaux ? Dans le SDC, elle est un élément clé dans une activité identitaire fondamentale dudit système – c'est-à-dire la détermination de la peine – tandis que dans le système politique,

elle ne se réfère qu'à un de ses champs d'opération (le système politique a de nombreuses autres tâches en plus de la création de crimes et de peines).

Quoi qu'il en soit, certaines opérations, tant du système politique que du SDC, actualisent la RPM. Dans le premier cas, les politiciens, au moment de justifier des modifications aux normes pénales, vont faire appel aux théories de la peine. Une augmentation de la peine, la création d'un crime, des modifications procédurales dans l'exécution des peines, etc., toutes demandent une motivation, une justification théorique. Et cette justification théorique, pour ne pas être surprenante et problématique pour le système politique, doit actualiser la RPM. On peut ainsi criminaliser certains comportements parce qu'ils sont « à la mode » et il faut dissuader les individus d'adopter ce nouveau comportement problématique; on peut augmenter les peines données pour des crimes de nature sexuelle parce qu'il s'agit d'un comportement moins tolérable qu'hier, qu'il faut dénoncer; on peut mettre en place de plus en plus le « truth in sentencing » (la suppression des bénéfices dans l'application des peines) puisque les condamnés doivent « payer » le mal qu'ils ont fait. Voilà quelques justifications « naturelles » pour les politiciens soucieux de motiver leurs décisions en matière de politiques pénales. Bref, le système politique joue aussi un rôle fondamental dans l'actualisation de la RPM : il est responsable de mettre en pratique une série de discours autour de la peine criminelle.

De même, le SDC actualise lui-aussi cette RPM dans ses opérations. La condamnation pénale, justifiée avec les théories de la peine, est aussi le moment de reproduction de ce système de pensée dans des opérations concrètes. Même quand la motivation de la peine n'est pas explicitée, quand on demande aux opérateurs du SDC de nous révéler leurs motifs expliquant une telle peine (nous y reviendrons dans notre chapitre 6), on voit apparaître toutes les raisons contraignantes de la RPM. Bref, le SDC reproduit continuellement ce système de pensée par la mise en pratique répétée de décisions qui en sont les fruits, qui s'y conforment complètement. Il le fait aussi, à contrario, quand il s'oppose à des décisions qui échappent à la RPM.

D'une certaine façon, on peut dire que la RPM est un point de couplage structurel¹¹⁰ entre le système politique et le SDC. Il ne s'agit pas de théories liées à un

¹¹⁰ Voir l'explication du contexte théorique au début de ce chapitre supra 4.1.

seul système, puisqu'elles apparaissent autant dans le système politique que dans le SDC. Il s'agit d'un système d'idées partagé dont on ne peut expliquer l'évolution sans passer par ces deux systèmes sociaux.

Toutefois, même si l'existence et l'actualisation permanente de la RPM sont tributaires du système politique et du SDC, ils ne sont pas les seuls espaces d'actualisation de ce système d'idées. Bien que ces théories ne prennent forme que dans le système politique et le SDC, elles circulent (et sont actualisées) dans différents « espaces communicationnels » (Pires, 2008a: 16) de la société. Ainsi, outre les espaces de communication qui sont leur champ par excellence, elles sont présentes dans les communications des sciences sociales sur les « problèmes de la punition » et sur les manières de faire du système de droit criminel, dans les communications du système des médias de masse demandant des « solutions » pour des scandales, pour des violations des normes, pour des crimes qui sont des cas de figure, etc. (Pires, 2008a: 17). Notons que ces communications ne font pas nécessairement des références explicites aux théories de la peine, mais qu'elles les actualisent en demandant, par exemple, des peines plus sévères pour « protéger la société » (impliquant que cette protection passe par une dissuasion pénale de délinquants éventuels). Quoi qu'il en soit, dans tous ces circuits de communication, on voit des idées être reproduites, être ventilées, être constamment actualisées relativement au sens à donner à la punition, bref, on voit des idées qui ne sortent pas du cadre de la RPM.

4.3.6. La distinction directrice

En guise de conclusion, il nous paraît important d'indiquer ici que la théorie sur la RPM propose une autre distinction directrice pour observer les théories de la peine à la place de la distinction classique rétributivisme/utilitarisme. La distinction fondamentale à laquelle nous sommes habitués oppose en effet les défenseurs du rétributivisme pénal à ceux des différentes formes utilitaristes (principalement la dissuasion).

Or, la distinction qui a orienté l'observation nous permettant d'inférer l'existence de la RPM relève d'un tout autre ordre. Pires (2008a) parle des théories « indifférentes » à l'inclusion sociale du coupable » en opposition à des théories qui se préoccupent de cette inclusion. Cette distinction directrice, qu'on peut représenter de façon résumée par les termes inclusion/exclusion, nous permet en même temps (i) de faire une distinction entre les théories de la peine qui soutiennent la RPM (le côté exclusion) et celles qui ne le font pas et qui restent à la marge, et (ii) de mettre en relief les points communs entre ces théories qui font partie de la RPM.

En observant ainsi les théories de la peine, nous pouvons voir que d'autres possibilités de justifications théoriques pour les peines existent, mais qu'elles n'arrivent pas à exercer un poids fondamental dans les opérations du SDC puisqu'elles s'opposent à cette rationalité dominante qui, depuis deux siècles, a été choisie comme cadre de référence de ce système. C'est le cas de certaines idées sur la peine comme celles de Montesquieu au XVIII^e siècle¹¹¹ ou encore de celles qui forment une théorie de la réhabilitation plus récente et qui s'opposent à l'exclusion du condamné pour défendre l'idée de son inclusion.

Cette distinction, comme on vient de le dire, rend plus facile la tâche d'observer les points en commun des théories qui forment la RPM :

- une obligation de punir dans un but quelconque;
- une survalorisation de la souffrance, des peines afflictives, surtout les peines carcérales;
- une opposition fondamentale au pardon et une méfiance à l'endroit des sanctions alternatives;

En regardant à partir de cette distinction directrice exclusion/inclusion, on voit mieux en quoi ces théories de la peine se rejoignent et comment elles forment, malgré leurs oppositions, une unité de support au SDC. On peut comprendre aussi pourquoi le

¹¹¹ « Chez Montesquieu (...), la paix entre les parties semble une solution tout à fait acceptable en droit criminel et, pour lui, « tout ce que la loi appelle une peine est effectivement une peine » (...) : la simple condamnation peut être vue comme une peine (...), on peut donner des conseils (...) et on peut aussi payer des dommages et intérêts (...) à la victime. L'idée de peine est donc présente mais n'est aucunement substantialisée, pas plus d'ailleurs que celle de punition. » (Pires et Cauchie, 2007: 13)

système pénal se voit d'une façon radicalement différente en matière de peines par rapport à d'autres branches du droit : l' « ontologisation » de la distinction entre le droit civil et le droit pénal est inscrite au cœur de la RPM, dans chaque point en commun que partagent les théories de la peine.

Pour conclure, la rationalité pénale moderne rend tellement « naturelle » l'attribution d'un autoportrait punitif au SDC qu'on a de la difficulté à voir aujourd'hui que ces sélections, cette manière de faire et de voir, ne sont qu'une possibilité parmi d'autres de répondre à des transgressions considérées comme criminelles. La RPM n'est pas une conséquence « naturelle » du processus de différenciation du SDC. Elle était, répétons-le, une possibilité parmi d'autres choisie vers la fin du XVIII^e siècle et qui est maintenant constamment actualisée, mais son sort reste contingent. Elle n'en constitue pas moins un énorme obstacle à des innovations créatives en matière de solutions de conflits pénaux. Ces remarques sont importantes pour que l'on se souvienne que malgré notre difficulté de voir et même de concevoir d'autres possibilités de gestion de conflits dans le SDC, les possibilités hors de la RPM existent et peuvent toujours être actualisées.

5. Questions méthodologiques

Dans ce chapitre méthodologique, il sera question d'expliciter la démarche de recherche mise en place pour le développement de cette thèse, ainsi que les présupposés épistémologiques qui ont orienté notre travail.

5.1. Certains enjeux sous-jacents et généraux sur les plans épistémologique et méthodologique

Dans cette section, nous allons réfléchir sur certains enjeux épistémologiques et méthodologiques que nous avons jugés importants pour clarifier notre démarche de recherche. D'abord, nous parlons de l'insuffisance du modèle explicatif causal et de l'adoption d'un modèle « *stimulus/réaction* ». Ensuite, nous examinons la question de l'*explication par inégalité de probabilités*. En troisième lieu, nous explicitons l'encadrement *constructiviste opérationnel* de cette thèse et certaines conséquences de ce choix (comme l'abandon de la sémantique « sujet/objet »). Finalement, pour finir la section, nous discutons de l'encadrement de la recherche comme relevant d'une *sociologie du droit avec le droit* et nous explicitons ce que nous entendons par cela.

Commençons en attaquant un problème important dans cette thèse. Notre problème, comme déjà énoncé (supra 1 et 2.2), est donné par la question des rapports du SDC avec certains stimuli que l'on identifie comme public/opinion publique (nous reviendrons en détail à la problématique de recherche dans la section suivante – infra 5.2). En traitant de ce type de rapport, il faut affirmer d'emblée qu'une explication du type causal devient largement insuffisante pour rendre compte de la complexité du problème. Autrement dit, nous ne pouvons pas traiter les rapports « opinion publique (ou public)/SDC » à partir d'une analyse causale directe puisque ce type d'analyse est très mal équipée pour expliquer un effet dans un système complexe.

Ainsi, il est fort insuffisant en termes d'explication de dire que « parce que l'opinion publique dit X, le SDC va faire X, Y ou Z ». N'importe quel opérateur du monde juridique, face à une explication de ce type, ira la percevoir comme insuffisante, voire même la juger comme non pertinente. Par exemple, un juge qui croit décider un cas

de manière complètement libre et indépendante des répercussions médiatiques va, à juste titre, être insatisfait avec une pareille analyse, qui prétend établir un rapport de cause et effet entre une pression médiatique et une décision qu'il a proféré. Par ailleurs, dans le cas de cette thèse, une explication de cause et effet serait clairement insuffisante pour rendre compte de la complexité et de l'autonomie du SDC. Donc, ce qui se passe du côté de l'opinion publique n'est pas conçu, dans le cadre de cette thèse, comme ayant un rapport d'influence directe sur le comportement dudit système. Une explication scientifiquement valable, dans notre cas, ne peut pas être construite de façon causale directe justement parce que ce type d'explication ne prend pas en compte la complexité caractérisant le « récepteur » de l'influence.

Il est clair pour nous que nous devons faire appel à d'autres types de modèle explicatif pour pouvoir décrire et comprendre notre problème de recherche. Un modèle d'explication que nous paraît fort pertinent pour notre propos laisse de côté la question causale pour voir le problème en tant que « stimulus/réaction ». Regardons d'abord comment Bateson décrit la difficulté liée à l'explication causale pour ensuite entrer dans l'explication du modèle que nous adoptons :

« When one billiard ball strikes another, the motion of the second is energized by the impact of the first, and such transferences of energy are the central subject matter of dynamics. We, however, are not concerned with event sequences which have this characteristic. If I kick a stone, the movement of the stone is energized by the act, but if I kick a dog, the behavior of the dog may indeed be partly conservative — he may travel along a Newtonian trajectory if kicked hard enough, but this is mere physics. What is important is that he may exhibit responses which are energized not by the kick but by his metabolism; he may turn and bite. » (Bateson, 1972: 171)

Voilà donc le problème : notre « chien », le SDC, ne peut pas être pensé en termes de réactions mécaniques. On ne peut pas penser en termes de cause/effet simplement parce que ce type d'analyse ne rend pas compte des mécanismes complexes déclenchés par la « cause ». Comment expliquer la réaction du chien? En fonction du coup de pied ou en considérant l'ensemble des mécanismes physiques/psychiques mis en branle par

l'animal? De toute évidence, le coup de pied peut être associé à l'existence d'un effet, mais il n'explique pas pour autant de *quel* effet il s'agit. On peut ainsi prédire que quelque chose va se passer après le coup de pied, mais on ne peut pas expliquer le comportement de l'animal seulement par ce coup. Il se pourrait qu'il me morde, mais il serait également possible qu'il prenne la fuite. S'il s'agit d'un chien assez fort, il se pourrait aussi qu'il ignore simplement le coup de pied reçu. Quel que soit l'effet, *on ne peut le comprendre qu'à partir d'une analyse des processus internes du chien*¹¹². L'événement « coup de pied » ne peut pas être tenu comme explication suffisante pour comprendre tout ce qui se passe avec le chien à la suite de l'événement.

De la même façon, l'opinion publique ne peut pas constituer une explication de ce qui se passe dans le SDC. Le système est trop complexe pour avoir une réaction uniforme à un stimulus externe ou pour qu'on puisse expliquer sa réaction simplement à partir de ce stimulus. Il existe tout un circuit interne au système, tout un ensemble de communications qui ne peuvent pas être attribués directement à la « cause » externe. Autrement dit, le modèle d'explication cause/effet est, dans notre cas, insuffisant pour comprendre les mécanismes associés à la réaction à un premier « coup de pied ».

Ainsi, nous laissons de côté le modèle « cause/effet » pour faire appel, dans le cadre de cette thèse, à un modèle « stimulus/réaction ». Dans celui-ci, on ne dit pas que qu'il y a une « cause » qui (sans échapper à la redondance linguistique) « cause » quelque chose, mais plutôt qu'il un « stimulus » qui « déclenche » quelque chose. On ne parle pas non plus d' « effet », mais de « réaction ». Ce nouveau modèle présente un double avantage. D'abord, on se débarrasse d'une causalité directe très réductrice et déterministe qui est peu appropriée pour traiter des systèmes de communication forts complexes. En deuxième lieu, on crée de la place pour pouvoir analyser les processus du système récepteur qui vont « construire » cette réaction. La différence entre l'« effet », du premier modèle, et la « réaction », du deuxième, c'est le caractère actif et constructeur du deuxième. Tandis que l'effet est presque une conséquence inexorable et logique de la cause, la réaction est une construction contingente d'un système récepteur déclenchée par un stimulus provenant de son environnement. Retournant à l'exemple du chien, si on dit

¹¹² Sauf évidemment si nous sommes intéressés simplement par l'effet physique tout court, c'est-à-dire le fait que le chien a bougé de quelques centimètres en fonction de l'impulsion du coup de pied.

maintenant que le coup de pied déclenche chez lui une réaction; cette nouvelle formulation est beaucoup moins rigide dans la prise en compte du rapport entre « le coup de pied » et « la réaction » et favorise bien davantage l'intérêt à cette réaction imprévisible. On crée, pour ainsi dire, une ouverture dans le champ de l'analyse de la réaction. On se libère ici de la contrainte de la « cause » comme explication de la « réaction » et on ouvre tout un espace d'investigation autour du fait que la réaction a une forme imprévisible qui dépend des processus internes du chien. Encore une fois, toute cette analyse du chien s'applique tel quel pour le SDC.¹¹³

Passons maintenant à une deuxième question épistémologique concernant l'analyse qui est faite dans cette thèse. Comme nous le verrons, un chapitre (infra 6) est entièrement consacré à la théorie de rationalité pénale moderne. Cette théorie permet de saisir comment certaines idées vont être importantes pour comprendre la prise en considération, par le SDC, d'une opinion publique manifestant un biais punitif (infra 6 et 8). Pour comprendre le sens de l'utilisation, dans le cadre de cette thèse, de la question des stimuli de l'opinion publique associée à la manière de penser du SDC, nous devons d'abord exposer le type d'analyse que permet d'unir ces deux éléments. Bateson explicite le fonctionnement de cette analyse:

« Causal explanation is usually positive. We say that billiard ball B moved in such and such a direction because billiard ball A hit it at such and such an angle. In contrast to this, cybernetic explanation is always negative. We consider what alternative possibilities could conceivably have occurred and then ask why many of the alternatives were not followed, so that the particular event was one of those few which could, in fact, occur. (...) In cybernetic language, the course of events is said to be subject to *restraints*, and it is assumed that, apart from such restraints, the pathways of change would be governed only by equality of probability. » (Bateson, 1972: 287).

¹¹³ Cette lecture centrée sur le modèle stimulus/réaction se base directement sur les apports de Bateson (1972).

Laissons de côté l'idée de cybernétique (qui peut ajouter une couche de complexification qui ne nous aide pas en ce moment¹¹⁴) et gardons simplement cette idée d'explication par la négative. On parle dans cet extrait des conditions pour qu'un événement arrive dans le système. De tout ce qui peut se passer dans le système, pourquoi l'événement *x* a-t-il plus de probabilités de se produire que l'événement *y*? La réponse à cette question doit être donnée par une démarche du type « course à obstacles ». Théoriquement, tous les événements devraient avoir au départ une probabilité égale d'avoir lieu. Toutefois, le système présente certains obstacles qui vont augmenter les chances que certains événements se produisent tout en réduisant les chances que d'autres événements aient lieu.

C'est ce genre d'explication qui va nous permettre de comprendre (infra 8) pourquoi un genre de stimulus a une plus grande probabilité de résonner dans le SDC. Ceci est configuré d'une telle façon qu'il est beaucoup plus ouvert à entendre certains types de revendications de l'opinion publique que d'autres. C'est ce même type d'explication qui rend évident l'importance que nous donnons à ce système de pensée de la RPM (supra 4.3 et infra 6). Elle va être justement un des grands obstacles pour certains types de stimuli, tout en ouvrant la porte pour d'autres qui lui sont conformes.

En changeant un peu de direction, il y a une troisième question épistémologique qui oriente cette recherche : c'est la question du constructivisme. La phrase de Von Foerster résume bien une préoccupation qui traverse tout ce travail : « Objectivity is the delusion that observations could be made without an observer » (Von Foerster, apud Von Glasersfeld, 1995). Cette recherche s'oriente dans le cadre d'un constructivisme que Luhmann va appeler « constructivisme opérationnel » : c'est l'idée selon laquelle la réalité, qui existe en dehors de l'observateur, ne peut être connue que par l'observation d'un observateur et, comme observation d'un observateur, elle ne peut être connue qu'à partir des opérations (ou plutôt des distinctions) nécessairement introduites par cet observateur.

Pour le *constructivisme opérationnel*, il n'est pas question de nier l'existence d'une réalité externe à notre conscience. La réalité existe; les systèmes (sociaux, biologiques,

¹¹⁴ Sur le concept de cybernétique et l'importante distinction de cybernétique de premier et deuxième ordre, voir von Glasersfeld (2002).

psychiques) existent. Notre propre cognition est une preuve de l'existence d'une réalité: en tant qu'observateurs, nous devons pouvoir avoir une existence comme entité distincte du reste du monde avant que nous puissions observer quoi que ce soit. Néanmoins, le fait que la réalité existe ne veut pas dire que nous pouvons y avoir accès indépendamment des opérations que nous faisons en tant qu'observateurs. Notre observation de la réalité est limitée par nos opérations internes, par les distinctions que nous faisons pour être capables d'observer. Ainsi, la réalité qui est connue par chaque observateur dépend du fait que l'observateur observe à partir d'un point de vue particulier, avec ses contraintes internes et ses distinctions qui ne lui permettent de voir cette réalité qu'à partir de ses propres constructions cognitives. En reprenant une citation de Piaget utilisée par Von Glasersfeld (1988: 27) – « [l']intelligence (...) organise le monde en s'organisant elle-même » –, on dirait que le système observateur organise la réalité en s'organisant lui-même. En construisant ses données d'observation avec ses distinctions, l'observateur se construit en même temps en tant qu'unité d'observation distincte. La meilleure métaphore que nous connaissons pour expliquer cette idée vient de Moeller :

« By making sense of the world, we also make sense of ourselves – and so does communication. This is similar to a ship that finds its position and direction by locating itself within the horizon of the sea. Of course, this horizon continuously changes. Through its motion, the ship continuously relocates itself within a horizon and thus has the horizon change with it. The horizon – the ship's environment – is a direct product of the ship's own operations, of its own movement. » (Moeller, 2006 : 66)

Bref, l'idée que l'on retient ici est que même si une réalité existe, cette réalité ne peut pas être ontologisée¹¹⁵ puisqu'elle ne peut être appréhendée que par des systèmes observateurs qui ont tous une position d'observation unique. Une position d'observation unique qui est finalement donnée par les distinctions uniques que chaque observateur met

¹¹⁵ Luhmann décrit bien cette idée de désontologisation de la réalité: « The effect of the intervention of systems theory can be described as a *de-ontologization of reality*. This does not mean that reality is denied, for then there would be nothing that operated - nothing that observed, and nothing on which one would gain a purchase by means of distinctions. It is only the epistemological relevance of an ontological representation of reality that is being called into question. » (Luhmann, 2002: 132)

en place. La *distinction*, ce concept qu'on a employé jusqu'ici sans trop le définir, doit être explorée davantage. Observer, dans le cadre de ce constructivisme opérationnel, c'est le moyen d'appréhender une (et non pas *la*) réalité : pour être capable d'observer, l'observateur fait toujours appel à des distinctions. Dans les mots de Luhmann, « all observation (...) presupposes the operative deployment of a distinction that at the moment of its use must be employed "blindly" » (2002: 135). Pour observer une chaise, nous fixons notre regard sur cette chaise tout en excluant le reste des meubles qui entourent la chaise. Mais cette distinction de la chaise de son environnement n'existe que dans l'observateur qui opère la distinction. C'est lui qui construit une manière de voir, dans sa cognition, qui va lui permettre d'observer le monde. Mais en distinguant ce qu'il voit, l'observateur va en même temps être incapable de voir la « réalité » qui n'est pas dans son observation. Ainsi, observer implique aussi la création d'espaces qu'on ne peut pas voir : certains dont on connaît l'existence (malgré leur invisibilité à notre observation), mais d'autres qui sont de véritables points aveugles, c'est-à-dire des aspects de la réalité dont on ignore complètement l'existence.

Pour reprendre notre problème de recherche dans ce contexte, nous pouvons dire que ce que nous faisons c'est une observation du système de droit criminel dans ses rapports avec certains stimuli externes, ou plutôt de la manière dont il observe (construit) cette relation. Nous sommes intéressés à l'observation du système de droit criminel dans le sens du constructivisme opérationnel : comment le système construit-il sa réalité à l'interne, comment se donne-t-il des distinctions pour pouvoir observer et pour pouvoir opérationnaliser certains éléments et non pas d'autres et – ce qui est très important – quels sont les éléments que le SDC ne peut pas voir à partir de son point de vue? Le SDC construit une réalité dans ces opérations et c'est sur cette réalité que nous nous penchons.

Nous pouvons décrire cette opération que nous faisons comme une observation de deuxième ordre. Cette thèse consiste finalement en une observation de l'observation que le SDC fait de certains stimuli qui lui posent problème. Le lecteur, à son tour, aura deux options dans la lecture de cette thèse. Il pourra me suivre dans mes distinctions dans cette observation de deuxième ordre et vérifier la pertinence de mes résultats de recherche (ce qui revient plus ou moins à dire, dans une sémantique traditionnelle de la recherche sociale, qu'à partir de mon problème de recherche et avec les mêmes données vous

devriez arriver à des résultats similaires). Mais il pourra également mettre en place une observation de troisième ordre et devenir alors un observateur de notre observation (c'est à dire des opérations de distinctions que nous avons fait au long de cette recherche) de l'observation que le SDC fait dans ses opérations.

Nous devons ajouter que l'option d'encadrer cette thèse dans une conception épistémologique constructiviste opérationnelle implique certaines conséquences. La plus évidente c'est l'abandon de la sémantique classique de recherche « sujet/objet ». Un autre schéma est adopté ici : c'est la paire distinction/observation dont il est question dans notre recherche. Nous croyons que cette terminologie, loin d'être un simple changement linguistique, est un instrument qui permet de mieux rendre compte de cette conception de la réalité qui existe mais qui ne peut pas être connue en dehors des opérations d'un observateur. Dans les mots de Pires:

« L'on notera que cette nouvelle distinction *atténue*, pour l'observateur, sa façon de concevoir l'observation (Luhmann): il peut voir plus facilement qu'elle est *strictement attachée* à *ses opérations de distinction*. La notion d'« objet » est trop réaliste alors que la notion d'observation, sans nier la possibilité de *mieux voir*, rappelle que le résultat *est une observation* (et non, pour ainsi dire, « un objet », « une réalité »). La *coïncidence* entre observation et les aspects sélectionnés de la réalité n'est pas une impossibilité logique, mais elle est considérée comme contingente, toujours en partie incertaine. » (Pires, 2008b: 3,4)

Bref, dans les pages qui suivent, vous trouverez le résultat de mon observation : une construction contingente toujours limitée par les contraintes de ma cognition et des distinctions qui ont été faites (y compris les distinctions qui ont permis la cueillette de données, cette étape de la recherche où on est censé ramasser des informations de la « réalité »). Notre première distinction fondamentale va être l'établissement d'un problème de recherche. Nous y reviendrons dans la section suivante, où l'on parlera en détails de la démarche de la recherche en soi (et où l'abandon du schéma « sujet/objet » va être plus évident).

Finalement, en changeant de direction une dernière fois, il y a une considération sur l'encadrement disciplinaire de cette thèse qui doit être faite. Nous croyons faire un

travail qui peut être qualifié comme relevant de la sociologie du droit. Néanmoins, cette classification mérite certaines précisions. Notre but était de travailler à la fois avec le droit et avec la sociologie, dans une réflexion interdisciplinaire qui thématise le droit et qui le considère comme un système observateur qui est, en même temps, un « centre de réflexion » (Gunther, cité par Pires [2004a]). Autrement dit, pour reprendre la définition de Luhmann (1983), nous avons l'intention de faire « une sociologie du droit avec le droit ». Nous prétendons que cette recherche soit un travail qui engage le droit dans une réflexion qui prenne en considération les connaissances et l'arsenal théorique des deux disciplines. Pour nous, une recherche de sociologie du droit avec le droit c'est une recherche qui est capable d'inscrire le droit (ses catégories, ses principes, ses normes etc.) dans une réflexion avec les catégories (et les techniques de recherche) de la sociologie. Il s'agit fondamentalement d'une réflexion sociologique qui peut être utile au droit dans sa révision de ses propres structures et « autodescriptions ». Cette remarque finale nous paraît nécessaire compte tenu du panorama actuel de la sociologie du droit : une discipline fort théorique et critique (il suffit de penser à toutes les recherches sur les inégalités d'accès à la justice, sur le pluralisme juridique ou même sur les effets sociaux problématiques que l'application de la loi peut entraîner), mais qui va pourtant utiliser le droit plutôt comme un pont pour une critique sociale, sans s'attarder dans les catégories propres à la discipline. Cette sociologie du droit, qui tient très peu en considération les catégories du droit (ce qui ne la rend pas « mauvaise » pour autant, il faut le souligner, mais simplement un peu « étrangère » au droit), ne constitue pas ici notre but. En clair, les concepts du droit et sa perception de la réalité vont être un élément fondamental de notre analyse.

5.2. La démarche de recherche¹¹⁶

¹¹⁶ Notre démarche de recherche, ainsi que la description que nous faisons d'elle dans cette section, est fortement inspirée par la démarche suggérée par Quivy et Van Campenhoudt (1995). Il est question dans cette thèse d'une démarche un peu différente de celle proposée par ces deux auteurs, mais leurs explications d'une démarche de recherche ont beaucoup contribué au début de notre recherche.

Il est question dans cette section de discuter notre problème et nos objectifs de recherche, ainsi que d'exposer la démarche qui a été entreprise pour donner des réponses à ce problème (ou pour complexifier) et pour atteindre ces objectifs. Notre problème de recherche est la gestion par le système de droit criminel de certains stimuli venant de son environnement, par rapport à son rôle qui est celui de donner une réponse aux crimes. De façon moins abstraite, nous voulons savoir comment le système de droit criminel, compte tenu de son discours d'intransigeance face aux demandes de peine qui proviennent de l'opinion publique, traite ces demandes qui semblent de plus en plus nombreuses, notamment avec l'explosion de la médiatisation des affaires criminelles. Dans une société où les drames pénaux font vendre des journaux et attirent une audience, le système de droit criminel devient une cible de plusieurs protestations : plus que jamais, le système de droit criminel est vu comme destinataire des demandes sociales de « justice », de « punition » ou de « protection » de certaines catégories sociales insécurisées. En tant que cible de toutes ces attentes et en tant que cible des protestations, comment le système de droit criminel réagit-il? Quels sont les opérations, les arguments (pour ou contre) et les manières de représenter ces stimuli à l'intérieur du système de droit criminel? Autrement dit, comment le SDC observe et réagit-il aux pressions de son environnement? En ajoutant une couche de complexité au problème, nous nous demandons comment se produisent cette observation et cette réaction, compte tenu d'un système de pensée dominant dans le SDC qui conditionne sa réponse aux faits qui lui sont présentés dans le sens d'une valorisation de l'imposition d'une peine afflictive.

Ces questions nous amènent à certaines hypothèses. Nous faisons, d'abord, l'hypothèse que le poids que les stimuli de l'opinion publique (ainsi que du public [infra 4.2.2]) ont sur les décisions en matière criminelle est beaucoup plus important qu'un discours de surface du système – qui annonce une « indépendance » totale du système par rapport à ce type de stimuli de son environnement – ne pourrait nous laisser croire. Nous faisons, par ailleurs, l'hypothèse que le système de droit criminel, étant sous l'emprise d'une rationalité dominante qui l'oblige à traiter les conflits pénaux sous l'obligation d'infliger une souffrance, est beaucoup moins capable de prendre en considération des stimuli qui se heurtent à cette rationalité. Autrement dit, les demandes externes de punition seraient beaucoup plus faciles à « écouter » et « digérer » que des demandes de solutions non afflictives.

Face à ce problème et à ces hypothèses, nous établissons certains objectifs :

- 1) Décrire le rapport entre le SDC et les stimuli externes identifiés jusqu'ici comme public et opinion publique (concepts qui nous venons de préciser – supra 4.2);
- 2) Décrire ce système de pensée – la RPM – et la façon par laquelle il se constitue comme un obstacle à des solutions de conflit alternatives dans le SDC;
- 3) Montrer empiriquement l'émergence de catégories juridiques qui permettent au SDC d'accommoder la pression de son environnement, c'est-à-dire montrer comment et par où les demandes de l'opinion publique peuvent entrer dans le système;
- 4) Montrer empiriquement la présence de ce système d'idée (la RPM) et nuancer, à partir de l'empirie, les différents éléments qui soutiennent une obligation de punir stricto sensu dans le système;
- 5) Articuler théoriquement ces constatations empiriques, en montrant que la gestion des stimuli externes par le SDC se fait elle aussi sous l'emprise de la RPM.

Pour arriver à établir un problème de recherche et ces différents objectifs, tout un chemin a été fait. Mais comment sommes-nous arrivés à ce problème de recherche? Comment sommes-nous arrivés à nous intéresser, et à délimiter, ce problème de la gestion par le SDC des stimuli externes de l'opinion publique et du public?

La délimitation de ce problème commence par une perception floue d'un malaise des acteurs pénaux face à l'explosion de la médiatisation des affaires criminelles, et ce depuis une trentaine d'années¹¹⁷. Nous songeons non seulement à l'explosion de la médiatisation, mais aussi à la médiatisation en termes très punitifs, qui semble se présenter comme une demande de « réponses » de la part du SDC¹¹⁸. Néanmoins, pour intéressante que cette question puisse paraître, elle ne constitue pas encore un problème de recherche, décrite de cette façon. On a là en effet des thèmes larges (la punitivité des médias, la pression sur le SDC, l'intérêt pour les affaires pénales), qui nous donnent

¹¹⁷ Voir supra 2.1.

¹¹⁸ Dit autrement, avec les termes théoriques de cette thèse, il s'agirait de l'acceptation et de l'utilisation de la RPM par le système des médias de masse pour revendiquer, auprès du SDC, plus de RPM.

certaines limites, mais qui ne peuvent pas être explorés dans les termes d'une recherche scientifique. Ce sont encore des thèmes flous, imprécis.

La recherche commence à se préciser quand on définit ce que nous voulons chercher à étudier c'est bien l'interaction entre ces acteurs pénaux et cette médiatisation. On commence à préciser le thème quand on se dit que ce n'est pas la médiation des affaires pénales en soi qui nous intéresse, mais plutôt comment cette médiatisation affecte le déroulement de ce qui se passe dans la justice pénale. On peut donc dire que notre problématique se trouve dans la relation entre ce qui est dit des affaires pénales et la réaction de la justice pénale à ce qui est dit.

Notons biens que dans cette étape nous ne proposons aucun développement théorique dans la délimitation du problème. L'incorporation de la théorie va se faire progressivement au fur et à mesure que ce thème se transformera en un vrai problème de recherche. Premièrement, nous allons incorporer une conception particulière du droit à notre problème pour pouvoir délimiter davantage le thème qui nous intéresse. Ainsi, la question ne sera plus celles du problème que la médiatisation cause dans la justice pénale, mais plutôt celle de la manière de réagir du système de droit criminel face à certaines communications de son environnement. La transformation ici est très importante : dans cette étape, nous avons incorporé la conception du droit comme un système de fonction (avec toutes les conséquences que cela implique, comme nous avons vu dans le chapitre précédant) en concentrant notre attention sur ce système. Nous passons donc de quelque chose de très flou (la justice pénale et la médiatisation des affaires pénales) à quelque chose de beaucoup plus ciblé (le SDC et sa réaction à la médiatisation de ses affaires).

Toutefois, même si nous nous trouvons devant quelque chose de plus spécifique qu'au début, nous ne sommes pas en face d'une question qui est « opérationnalisable » dans le cadre d'une recherche scientifique. Si la détermination d'un point de vue (systémique) sur le droit a aidé à préciser comment nous allons travailler la question de l'impact de cette « médiatisation », celle-ci est encore trop peu spécifiée. Nous avons aussi, dès le début, une autre expression qui demeurait vague, toujours associé à cette question : celle d' « opinion publique ». L'une comme l'autre sont absolument insuffisants dans la détermination du problème de recherche. Encore une fois, nous

faisons appel au cadre théorique de la théorie des systèmes pour avancer dans la précision des concepts : nous gardons le terme opinion publique, mais avec une définition cette fois fort spécifique (et en même temps fortement non substantialisée – voir supra 4.2). Avec le cadre de la théorie des systèmes, nous sommes en mesure de préciser davantage que nous sommes intéressés à des communications de l’environnement du SDC, qui vont prendre la forme de l’opinion publique par rapport à des affaires criminelles. Et on ajoute aussi que d’autres éléments de l’environnement du système vont être non négligeables, comme le public (qui inclut les victimes), les mouvements de protestation et le système des médias de masse (supra 4.2). Ainsi ce qui était « le flou de la médiatisation » dévient un ensemble d’éléments spécifiques et précis, chacun avec un sens bien défini. Nous parlons, dès lors, de « stimuli externes » au SDC pour définir ce nouveau volet de la problématique investie par le cadre de la théorie des systèmes. Ainsi, nous voulons savoir comment ces « stimuli externes », émanant du public et de l’opinion publique sont gérés par ce sous-système du droit qu’on traite ici comme système de droit criminel.

À ce moment, nous intégrons donc un autre cadre théorique dans la délimitation du problème. Au début de la recherche, une de nos préoccupations était celle de la « médiatisation punitive », c’est-à-dire la perception selon laquelle l’expansion de la couverture médiatique de ce qui se passe dans le domaine pénal se fait surtout en termes des demandes de « plus de punition ». Par ailleurs, notre préoccupation était celle de savoir de quelle manière ce type de traitement médiatique pouvait entraîner des réponses punitives à l’intérieur du système. Pour encadrer ce type de questionnement, nous avons intégré théoriquement l’idée de rationalité pénale moderne et nous avons ainsi posé le problème de façon inverse. À partir de la perspective offerte par ce cadre théorique, nous concevons un système qui est formaté d’une telle façon qu’il perçoit beaucoup plus les demandes qui sont motivées par son système de pensée et qui viennent confirmer sa façon de se comporter. Ainsi, les demandes non punitives apparaissent comme moins importantes que celles qui demandent au système de faire ce qu’il fait depuis toujours. Encore une fois, une plus grande attention est accordée à ce qui se passe dans le système lui-même (son « biais punitif »), et non dans son environnement.

Après ces différents développements, nous nous trouvons avec un problème de recherche plus spécifique et mieux encadré théoriquement. Les rapports entre le SDC, largement saisi par une rationalité punitive, et les stimuli externes (du public et de l'opinion publique) deviennent ainsi notre problème de recherche; il s'agit d'un problème qui va d'ailleurs avoir sa pertinence ratifiée par l'inventaire que nous avons pu faire de la littérature sur les thèmes (assez larges) « opinion publique » et « justice pénale ». Comme nous avons pu le constater (infra 2), l'éclairage sur le système de droit criminel est rarement proposé par les études dans ce domaine. Il est souvent question de ce que le public trouve de la justice pénale, de la distorsion promue par les médias ou du sentiment de punitivité au sein de la population. Le regard est difficilement dirigé sur le SDC pour y saisir les transformations qu'il subit en présence des communications de son environnement. Cette constatation n'est pas essentielle à la construction d'un problème de recherche cohérent, mais elle nous aide à voir la pertinence de la démarche que nous proposons et la lacune que nous cherchons à combler.

Finalement, la construction de notre problème de recherche a pu se faire non seulement par la confrontation avec les cadres théoriques choisis et avec la littérature recensée, mais aussi et essentiellement en établissant un dialogue avec l'observation empirique. La configuration du problème ne prend forme définitive qu'en fin de recherche. En effet, un problème de recherche peut être cohérent théoriquement, sans néanmoins chercher à avoir un soutien empirique. Dans notre cas, c'est à partir des découvertes empiriques (autant dans le cas des questions par rapport à l'obligation de punir du système [infra 6.2] que dans le cas des réactions à l'opinion publique [infra 7]) qu'on consolide la pertinence de la recherche et qu'on donne du sens au problème investigué. La confrontation avec l'empirie va permettre de changer la configuration du problème dans le sens de le préciser davantage (dans, par exemple, l'identification des différentes possibilités de communications externes [voir supra 4.2]) et de l'ajuster.

5.3. Une recherche qualitative

Il nous paraît assez évident à ce stade, que nous sommes en train de parler d'une recherche qualitative. Sans trop entrer dans la question du choix entre le qualitatif et le quantitatif, nous pouvons dire simplement que le caractère qualitatif de cette recherche est donné à la fois par le type de problème que nous avons et par le type d'analyse qui est mise en place¹¹⁹. Un problème tel que les rapports du système de droit criminel avec les stimuli de l'opinion publique demande une analyse qui peut difficilement être exprimée par la quantification. Il s'agit de découvrir les transformations dudit système en réaction aux stimuli mentionnés. Ce sont des transformations censées se produire dans les catégories du droit, dans les structures de communication qui émergent pour faire état des stimuli mentionnés, qui ne sont visibles qu'à partir d'une analyse qualitative en profondeur qui puisse les identifier. La recherche de la quantification face à un tel problème ne nous apporterai pas grande chose : on ne saurait même pas dire quoi quantifier, puisque les réactions ou les transformations du SDC ne sont pas connues d'emblée.

La difficulté de quantification persiste quand on se tourne vers un autre volet de notre recherche, celui de l'obstacle que la RPM constitue pour penser autrement la punition criminelle. Ici, il est alors question d'observer les communications du système dans leurs justifications des prises de décision criminelles. De telles justifications se font par la construction de raisonnements en profondeur qui sont plus intéressants par leur force argumentative que par leur fréquence dans notre échantillon. Encore une fois, il serait difficile de concevoir comment quantifier un tel problème.

Pour conclure cette question de la recherche qualitative, nous devons ajouter, que si le besoin d'une démarche qualitative n'apparaît qu'avec le problème de recherche, c'est dans l'analyse des données que le travail prend vraiment un caractère qualitatif. En d'autres mots, c'est le type d'analyse produite qui permet de qualifier cette recherche de qualitative. Ce ne sont pas nos données – le matériel collecté à partir d'entrevues semi-directives réflexives – qui déterminent le statut qualitatif de cette recherche (même si elles sont clairement plus appropriées à une recherche qualitative), mais plutôt le traitement de celles-ci, par notre analyse, qui leur confie ce statut.

¹¹⁹ Voir à cet égard Pires, 1987.

5.4. La cueillette des données et l'analyse du matériel

Ayant proposé une explication sur la démarche de la recherche par rapport au développement du problème, nous devons maintenant expliquer comment nous passons du problème aux résultats de l'observation. La question est alors de savoir comment opérationnaliser ce problème, c'est-à-dire quelle démarche devons-nous entreprendre pour pouvoir trouver des éléments permettant de comprendre ce rapport entre le système de droit criminel et le public/opinion publique, ainsi que pour pouvoir vérifier l'action du système de pensée du premier dans cette relation.

Pour répondre à cette question, nous mettons en place une analyse qualitative, à partir de données empiriques originaires d'entrevues auprès de juges et procureurs, tenues au Brésil. Tous ces choix doivent être expliqués.

5.4.1. La raison des entrevues et les résultats entendus comme communications du SDC

Comme nous l'avons déjà dit, nous prétendons arriver à nos résultats à partir de l'analyse de données d'entrevues. Nous prétendons que les juges et les procureurs, nos informateurs dans le cadre de cette recherche, puissent nous fournir les éléments (empiriques) de réflexion nécessaires pour aboutir à nos conclusions. Toutefois, une difficulté méthodologique de base doit être surmontée. Nous ne cherchons pas le point de vue d'acteurs individualisés, mais plutôt le point de vue d'un système de fonction de la société.

À cet égard, nous croyons qu'il est possible de faire émerger le point de vue du système lui-même à partir des manifestations individuelles de ses opérateurs. Mais la question qui se pose alors est la suivante : comment peut-on avoir accès à un système de pensée à partir des données d'une entrevue?

Pour répondre à cette question, voici l'hypothèse à laquelle nous adhérons :

« En effet, quoi dire si l'individu était, dans un bon nombre de cas, plutôt une courroie de transmission de l'observation et de la connaissance des systèmes? Et si l'individu *observait pour un système*, c'est-à-dire avec les schémas et les distinctions proposées par ce système? Et s'il *connaissait pour un système*, en nous communiquant ses théories, sa façon de penser les problèmes et son autoportrait identitaire (...) » (Pires, 2004a)

Dans cette thèse, on assume que les personnes qui nous parlent le font en tant que *porte-paroles d'un système* plutôt que comme simples informateurs de leurs propres expériences. On considère que, plus qu'une vision personnelle du SDC, ces individus partagent toute une formation, voire une socialisation, dans une culture juridique qui est imprégnée de certaines idées communes. Ces idées communes constituent un point de vue qui dépasse le point de vue individuel de chaque acteur. On adopte ici la perspective que *le système social a un point de vue*, et qu'on peut avoir accès à ce point de vue en interrogeant les opérateurs de ce système.

Évidemment, une question qui se pose tout naturellement concerne la préférence de l'accès aux raisonnements du système par le biais des entrevues et non par l'étude de la jurisprudence. La première idée qui pourrait venir à l'esprit pour avoir accès aux communications du système, c'est d'aller chercher ses communications « officielles ». Comment justifie-t-on le fait d'avoir travaillé avec des données d'entrevues et non pas avec de la jurisprudence? Cette question n'est pas aisée, ni sans difficultés, mais nous avons certaines bonnes raisons théoriques et circonstancielles pour justifier notre décision.

Premièrement, ce choix s'explique – pour les raisons circonstancielles – par des difficultés présentées par la jurisprudence au Brésil, juridiction choisie comme terrain empirique. En effet, nos premières consultations exploratoires aux bases de données des tribunaux nous révélaient peu de choses sur notre problème. Il y avait au début de notre

recherche¹²⁰ une difficulté opérationnelle; les bases de données qui se montraient en effet difficilement exploitables par la recherche sur base de mots-clés. Il manquait aussi, à notre connaissance, une base de données centralisée regroupant la jurisprudence de toutes les cours d'appel et de la cour suprême. Qui plus est, nous n'avions connaissance d'aucune base de données qui comprenait de décisions des juges des procès. Par ailleurs, l'avis de ces juges des tribunaux de première instance nous paraissait très important compte tenu du fait que ce sont surtout eux, les premiers acteurs à émettre une décision par rapport à une peine dans des cas de répercussion médiatique, qui sont les plus exposés aux demandes externes au SDC. Il nous semble qu'après des années de déroulement du procès dans des tribunaux, la majorité des affaires pénales médiatisées deviennent plus « froides » quand elles arrivent aux cours d'appel ou même à la cour suprême. C'est le juge du procès qui a le plus souvent la « patate la plus chaude » à traiter. La troisième raison circonstancielle pour ne pas utiliser la jurisprudence dans cette recherche est donnée par la pauvreté des raisonnements sur les peines dans les sentences. Fort souvent, les juges brésiliens livrent des décisions pénales qui ne font que remplir les exigences prévues par le Code criminel, sans se donner le travail d'utiliser des justifications pour soutenir leurs décisions sur les peines. Dans un cadre d'une thèse qui essaie d'appréhender de constructions juridiques qui font état autant de la RPM que de l'opinion publique, ce manque d'argumentation des juges se présente comme un inconvénient, fort décevant d'ailleurs.

Mais il y a aussi des raisons théorico-méthodologiques qui nous font soutenir que les entrevues soient notre point d'ancrage empirique. Indépendamment des circonstances de la jurisprudence brésilienne, une entrevue est toujours susceptible d'être une méthode plus favorable pour faire émerger les données qui intéressent le chercheur et pour approfondir la réflexion. Dans la dynamique d'une entrevue il est possible de conduire l'interviewé à explorer des sujets auxquels il ne se référerait jamais par écrit et qui sont pourtant très importants dans sa décision. Nous pouvons « faire parler » notre source comme difficilement nous pourrions « faire parler » un document. Étant donné que ce qui compte pour nous c'est l'argumentaire juridique, l'entrevue s'avère un outil indispensable.

¹²⁰ Certes, avec le temps, les bases de données se sont probablement améliorées. Toutefois, même à la fin de l'écriture de cette thèse, une recherche sur le base de données de la Cour Suprême brésilienne avec les mots-clés "opinion publique" et "peine" n'a produit que trois résultats; et seulement un des trois qui était relativement pertinent pour nos propos.

Nous devons préciser de quoi on parle lorsque nous évoquons l'entrevue, puisque les possibilités ouvertes par cette technique de recherche sont très variées. Nous avons mis en place une entrevue semi-directive; c'est le type d'entrevue qui est censée nous permettre de donner de la liberté à l'interviewé, pour qu'il aille en profondeur dans son discours, tout en maintenant un fil conducteur lié aux thèmes de la recherche. Nous nous trouvons dans une recherche avec un côté théorique assez important; il ne s'agit donc pas simplement de laisser l'interviewé parler sans direction. Différemment d'une entrevue non directive (du type, par exemple, « histoire de vie », où le discours libre est essentiel), nous avons de thèmes spécifiques, issus d'une série d'hypothèses qu'il fallait aborder. Notons qu'il s'agit néanmoins de thèmes assez flous (voir annexe 1), permettant une large gamme de chemins de réponses. La réflexion des interviewés et les catégories juridiques auxquelles ils faisaient appel ne pouvait (et ne devrait pas) être prévues dès le départ, et ces réflexions constituaient justement un des piliers de l'analyse qui a été entamée dans cette thèse.

La stratégie de la recherche était donc de faire en sorte que l'interviewé réfléchisse dans un cadre préétabli. Pour ce faire, nous avons des thèmes larges, une consigne de départ assez vague (voir annexe 1) et une attitude non directive¹²¹. La posture de l'intervieweur était de mener l'entrevue sur base des thèmes sélectionnés à partir de techniques de relance des réponses de l'interviewé. La façon d'approfondir le sujet était de reprendre les mots de l'interlocuteur qui nous intéressaient et laisser de l'espace pour faire émerger des nouvelles constructions sur le thème évoqué. Mais cette attitude de non directivité du chercheur a une limite dans une recherche semi-directive comme la notre. Avec une certaine fréquence, nous avons dû non seulement introduire les thèmes (coupant ainsi parfois la ligne de raisonnement de l'interviewé), mais nous avons aussi voulu, à certains moments, proposer une réflexion partagée. Cette attitude – qui échappe au principe général de non directivité – s'inspirait d'un nouveau modèle d'entretien en expérimentation dans la CRC en Traditions juridiques et rationalité pénale. Il s'agit d'utiliser le bagage théorique de l'intervieweur pour essayer d'amener l'interviewé à des réflexions plus sophistiquées. Le principe c'est de faire une réflexion partagée, avec des

¹²¹ Le fait qu'on ait adopté une attitude générale de non directivité ne veut pas dire qu'il n'y a pas eu tout au long de nos entrevues plusieurs moments où la directivité du chercheur a été évidente. Un lecteur attentif constatera cela dans certains des extraits que nous avons utilisé dans nos deux chapitres empiriques (infra 6 et 7).

échanges de connaissance, en espérant que cela puisse permettre d'approfondir la réflexion de l'interviewé.

Le résultat a été la constitution d'une énorme base de données d'entrevues en profondeur sur notre problème de recherche. Avec 42 entrevues d'une heure et quart en moyenne, nous avons une quantité gigantesque de données à explorer, des données qui étaient très riches en termes de réflexion mais aussi très difficile à opérationnaliser pour la recherche. Nous reviendrons sur ce problème quand nous traiterons de l'analyse (infra 5.5).

5.4.2. Le choix du champ empirique, l'échantillonnage et l'accès au terrain

Nous avons choisi le Brésil comme champ empirique de notre recherche. Certaines questions pragmatiques et théoriques justifiaient notre choix. D'abord, comme pays d'origine du chercheur, il y avait déjà une certaine familiarité avec les spécificités du droit dans ce pays. En plus, la connaissance de certains juges et procureurs a facilité les contacts pour trouver des interviewés. Mais il y a aussi, d'un point de vue théorique, le fait qu'il s'agit d'un pays de tradition juridique romano-germanique. Ayant déjà travaillé avec le problème de l'opinion publique dans un pays de la tradition du *Common Law* (Xavier, 2005), il est important pour nous de tisser l'argument selon lequel il s'agit d'un problème de recherche qui non seulement dépasse les frontières nationales, mais aussi d'identifier un problème commun aux deux traditions juridiques prédominantes en Occident.

Ceci dit, il reste clair que nous traitons la configuration spécifique du droit au Brésil simplement comme une étude de cas qui va nous permettre de faire une généralisation théorique. Il s'agit, comme nous l'avons dit, d'un problème qui est pertinent à la fois à la tradition du *Common Law* et à la tradition du droit romano-germanique. Nous sommes intéressés par une question de sociologie du droit, une question fort théorique, portant sur la manière de mener la punition face au problème de la rationalité pénale moderne et des stimuli de l'opinion publique. Malgré le fait qu'il y ait certaines

particularités empiriques du droit brésilien, notre point est que dans tous les pays le SDC est confronté à ce problème et doit développer des stratégies internes pour le gérer. Bref, l'étude du cas du Brésil constitue notre emprise empirique d'un phénomène (les difficultés face à l'opinion publique et compte tenu de la RPM) que nous croyons fort répandus en Occident¹²².

Une fois choisi notre champ empirique, nous avons besoin de former un échantillon d'interviewés. Nos critères étaient raisonnablement flexibles pour rendre compte de la diversité des postes et des fonctions, de juge et de procureur, mais il y avait aussi la préoccupation visant à ce que la diversité de l'échantillon puisse favoriser l'apparition d'une plus grande variété de discours et de constructions théoriques. Néanmoins, il n'y a jamais eu une préoccupation d'un échantillon quantitativement représentatif de la population de juges et procureurs. Compte tenu de notre problème de recherche et de notre type d'analyse, il est autant non pertinent qu'impossible de proposer un tel cheminement.

Le critère pour valider la recherche ne résidait pas dans la représentativité probabiliste de l'échantillon, mais plutôt dans ce que Pires appelle le principe de la saturation empirique. Celle-ci « désigne alors le phénomène par lequel le chercheur juge que les derniers documents, entrevues ou observations n'apportent plus d'informations suffisamment nouvelles ou différentes pour justifier une augmentation du matériel empirique. » (Pires, 1997b: 157) La validité de notre échantillon est donc liée au phénomène de la saturation des données – la répétition de discours et d'idées, le manque e nouvelles catégories dans les entrevues – et non à la représentativité mathématique de l'échantillon.

Quant à la constitution de l'échantillon à proprement parler, le principe de la saturation dans le groupe guidait notre démarche. Les critères mobilisés pour la sélection d'interviewés pour cet échantillon (qualitativement) représentatif étaient, donc, principalement, la diversité régionale, la diversité de postes, la diversité d'âge et de sexe. On considérait, compte tenu de notre problème, que le fait d'avoir travaillé avec des cas

¹²² Par la littérature recensée (infra 3) et les travaux mentionnés dans notre chapitre sur le contexte dans laquelle cette thèse a émergé (infra 2), on saisit clairement une nouvelle préoccupation avec l'opinion publique. Notre travail sur l'Angleterre (Xavier, 2005) montre, comme nous l'avons dit, ce même genre de préoccupation de gestion interne par le SDC du problème de l'opinion publique.

fort médiatisés était un atout pour l'entrevue, sans constituer une condition *sine qua non*. Cela s'explique par le fait que, pour notre propos, la réflexion des interviewés primait sur leur vécu.

Notre échantillon final se constitue de 42 interviewés, avec la configuration suivante¹²³:

- des juges et des procureurs de 7 états différents au Brésil;
- 13 travaillant au niveau fédéral et 29 au niveau des états¹²⁴;
- 30 hommes et 12 femmes;
- 36 issus de tribunaux locaux et 6 travaillant à la cours d'appel.

Pour parvenir à contacter tous ces interviewés, nous avons dû compter sur la technique « boule de neige ». Nous avons certains contacts au sein de la communauté juridique au Brésil qui ont pu nous indiquer certaines personnes à interviewer, qui à leur tour, nous ont indiqué d'autres potentiels interviewés. Dans certains états du Brésil, où nous n'avions aucune connaissance, la prise de contact initial a été faite simplement par courriel (l'adresse courriel de nos interviewés étant disponibles publiquement), et à partir de ces contacts nous avançons par le système « boule de neige ».

Finalement, pour conclure cette section, nous devons mentionner que toutes les entrevues ont été enregistrées. Pour ce faire, nous avons eu l'autorisation explicite (étayée par un formulaire de consentement) de chacun de nos interviewés. Qui plus est, l'anonymat a été garanti à chaque interviewé. Pour cette raison, tous les noms ont été substitués par des numéros, certains noms de villes ont été cachés et certaines situations décrites ont été éditées de manière à éviter l'identification de l'interviewé.

5.5. L'analyse des données

¹²³ Voire aussi annexe 4.

¹²⁴ Au Brésil la fédération se divise par états, non pas par provinces.

Comme nous l'avons déjà dit, nous devons analyser un corpus analytique considérable: quarante-deux entrevues ayant en moyenne une heure et quart, ce qui nous laisse avec environ 1200 pages de texte à analyser. Une tâche imposante. Même avec l'aide d'un logiciel de traitement de données qualitatives¹²⁵, l'analyse des données des entrevues s'est révélée l'étape la plus longue de la thèse. Pour réaliser cette analyse, nous avons dû utiliser une technique classique de décomposition des entrevues en codes suivie d'une reconstruction par catégories de sens qui puissent être pertinentes pour la recherche. C'est l'opération classique de la théorisation ancrée (même si ce que nous avons fait dans certains moments n'était pas du tout une théorisation ancrée). Voyons cela un peu plus en détail.

La première étape de l'analyse des données était constituée par le codage des données des entrevues. Codifier, dans le jargon de la recherche, est l'opération d'attribuer un code (un mot, une courte phrase) à un extrait d'entrevue, de telle façon que ce code puisse rendre compte du contenu du passage choisi. Il s'agit *grosso modo* de la décomposition des discours appréhendés en petits extraits de signification, marqués par des codes, pour que l'on puisse mettre en relation tous les passages similaires des différentes entrevues. On a déjà ici un début d'analyse transversale, para l'association de tous les extraits similaires par l'attribution d'un même code. Par la suite, nous avons rassemblé des codes similaires dans des catégories : tous les codes qui représentant des idées qui se rapprochent sont mis ensemble dans une catégorie analytique plus abstraite. Donc, ce qu'on fait c'est simplement un découpage de chaque entrevue selon les codes attribués pour ensuite mettre ensemble les extraits de différentes entrevues selon leur ressemblance et selon leur pertinence pour la recherche, créant ainsi plusieurs « catégories de codes » qui vont constituer la base pour d'ultérieurs efforts d'interprétation.

Cette opération de codage et reconstruction par catégories est centrale pour l'analyse. Même s'il y a une limite à ce qu'on peut faire dire à un extrait textuel. Le rôle du chercheur ici est fondamental dans l'attribution de sens, autant dans l'étape d'attribution d'un code à un extrait que dans celui du rassemblement des codes dans des catégories de

¹²⁵ Notre processus de codage des entrevues a été intégralement réalisé avec l'aide d'un des logiciels le plus connus d'analyse qualitative de données, l'Atlas.ti.

sens plus larges. La création de chaque code relatif à un extrait est un acte d'interprétation, de même que la création de ces catégories. Même s'il s'agit d'une activité « très ancrée », c'est-à-dire très collée au texte, on est déjà en pleine analyse quand on fait le codage du texte et la reconstruction subséquente des catégories. Et pour toute analyse, il faut qu'on ait un objectif préétabli. Il s'agit cependant de faire attention à une différence importante : quand on dit objectif nous voulons pas dire un « point d'arrivée » établi à l'avance par le chercheur. L'objectif peut être simplement faire émerger des nouvelles catégories à partir de l'empirie sans aucun point de repère théorique, mais il peut aussi être la quête pour des éléments empiriques qui soutiennent des éléments de la théorie.

Cette remarque est importante parce que le but de l'analyse conditionne ce codage et cette catégorisation. Nous avons donc dû l'avoir à l'esprit constamment puisque nous avons justement deux moments d'analyse qui avaient chacun son but. Il y a dans cette thèse deux chapitres empiriques, et même si l'opération d'attribution de codes dans les deux est apparemment la même, les buts distincts ont entraîné des démarches différentes. Ainsi, dans notre deuxième chapitre empirique (qui traite de la question de l'opinion publique et du public), nous avons une démarche d'analyse qui est fondamentalement inductive, différemment de ce qui s'est produit dans le premier chapitre d'analyse (sur la RPM). Dans ce cas-ci, même ayant un côté inductif dans certains moments, l'opération de codage du texte est fortement orientée par ce cadre théorique de la RPM (et donc déductif). Essayons d'être un peu plus clair dans l'explication.

Une partie de notre analyse visait à identifier les éléments de la rationalité pénale moderne présents dans les discours du système de droit criminel. Dans ce cas, la codification est liée à un cadre théorique sous-jacent assez compréhensif qui oriente le regard qu'on porte sur les données. Notre but dans cette étape était alors fortement orienté par la vérification empirique de l'occurrence des indices de cette rationalité pénale ainsi que par le repérage des formes précises qu'elle pouvait prendre dans la pratique. Dit autrement, nous avons déjà une idée de ce que nous cherchions – les éléments de cette RPM tel que décrits par la théorie (supra 4.3), laissant ainsi moins d'ouverture pour l'observation des données. Donc, dans ce cas, notre cadre théorique *guide* le codage des données de telle façon que l'exploration empirique reste limitée à la « découverte » dans

les limites de la théorie adoptée. Ayant dès le départ choisi une « pair de lunettes » (la théorie sur la RPM) bien spécifique, nous savions bien ce que nous voulions chercher (et par conséquent ce qu'on ne voulait pas observer). Ainsi, la tâche de codification devient moins « ancrée » : les codes pour décrire les extraits des entrevues sont plus « abstraits », avec une charge théorique plus lourde; ils vont moins dans le sens de « décrire » les extraits que dans celui de tisser un lien plus rapide entre les passages empiriques et les concepts théoriques (de la rationalité pénale moderne, dans le cas-ci). Toutefois, même si l'orientation de vérifier la présence de la RPM dans les données est prédominante dans cette partie, il y a toujours une possibilité de découverte à partir de l'observation de l'empirie. Loin de chercher uniquement une confirmation de ce que nous cherchions, il y a aussi dans cette partie la découverte de certaines *formes* d'expression ou de manifestation liées à la rationalité pénale moderne, des formes qui vont contribuer à l'enrichissement de la théorie. Cette idée deviendra plus claire quand nous verrons plus loin dans cette thèse des catégories empiriques, ayant trait au cadre de la RPM, telles que *l'ultima ratio* ou le *droit indisponible de punir* (infra 6.2.1 et 6.2.4). Ce sont des catégories qui nous ont permis d'aller beaucoup plus loin qu'une simple mise à l'épreuve empirique.

Mais il y avait un deuxième moment dans l'analyse qui s'occupait, non pas de la RPM, mais de la question du public et de l'opinion publique. Dans ce volet le but de l'analyse (et non seulement le thème) changeait; dans ce cas-ci, nous n'avions pas, des points de repère théoriques. Les catégories théoriques portant sur cette partie ont été construites par l'interaction entre l'empirie et notre cadre plus large de la théorie des systèmes. Au moment où nous avons commencé l'analyse de cette partie il n'y avait donc aucun cadre théorique pour cette observation, sauf ce thème très large et flou des « stimuli externes » qui sont perçus à l'intérieur du système. Évidemment, pour avoir des telles notions (« stimuli externes » et « SDC ») il faut avoir une certaine élaboration théorique (et la présence de la théorie des systèmes dans cette construction est indéniable). Mais ce ne sont pas ces notions qui peuvent *guider* l'observation. L'encadrement théorique ici est beaucoup plus flou en ce sens que nous n'avons pas de catégories connues à chercher. La construction des catégories est éminemment le fruit de l'abstraction à partir de l'empirie, avec des points de repère plutôt flous qui naissent plutôt de l'existence d'un problème de recherche que d'une théorie qui guide l'analyse. Les

développements théoriques sont alors grandement tributaires de ce qu'on apprend des données. Bref, cette partie de l'analyse a été un grand voyage dans l'univers de l'induction.

5.6. Remarques finales

Dans ce court chapitre méthodologique, nous avons pu exposer la démarche de la recherche et certains présupposés épistémologiques, mais nous sommes loin d'être entré dans le détail de tous les problèmes qui nous sont apparus au long de notre recherche.

Certaines difficultés pratiques d'une recherche consomment beaucoup plus de temps que le lecteur puisse imaginer et, malgré tout, on n'en parle que très peu dans la description de la recherche. C'est notre cas, en songeant ici à toute la préparation théorique et même logistique nécessaire pour pouvoir mener les entrevues que nous avons réalisé. Il y a aussi d'autres difficultés au niveau des traitements des données, des difficultés un peu plus théoriques, qui consomment également beaucoup plus de temps que celui que le texte peu laisser entendre. C'est le cas, par exemple, lorsque nous devons aborder les difficultés qui ont trait à la difficile coïncidence entre les catégories des interviewés et les nôtres. La conceptualisation de termes comme « opinion publique » et « public » est à un moment donné très difficile face au caractère équivoque de ces termes dans le discours des interviewés, d'une part, et notre besoin de préciser ces concepts dans l'opérationnalisation de la recherche, d'autre part.

Mais il existe des difficultés, dans la recherche, qui relèvent d'un autre ordre. Ce sont les difficultés, ou plutôt le défi, de faire de la recherche sociologique avec le droit. Paterson et Teubner énoncent le problème que nous avons toujours eu à l'esprit :

« Today, the field is still suffering from this deep hiatus, which renders theory rather empty and empiricism rather blind. Or to put it more mildly, empirical research in law and society has developed a highly sophisticated methodology which is, however, based on poor and rather ad hoc theorizing, while theorizing about law and society has become

more and more philosophical and speculative, relying, however, on poor and rather ad hoc empirical support. » (Paterson et Teubner, 1998: 452)

Voilà le problème et le défi que nous nous posons dans cette recherche : échapper à la fois à l'empirie aveugle et à la théorisation vide. Le défi que nous avons à l'esprit est celui d'être capable de mettre en place une recherche empirique qui est par ailleurs lourdement chargée de théorie, où l'empirie soit en effet essentielle pour la réflexion théorique et où la réflexion théorique soit en effet ouverte à l'observation empirique. Avec Bateson (1972), nous croyons aussi que les « observations cannot be denied, and the fundamentals must be fitted. » Cette thèse constitue donc une tentative de relever ce défi.

6. La rationalité pénale moderne dans les opérations du système de droit criminel

Notre but dans ce chapitre est d'identifier empiriquement les paramètres de cette rationalité pénale moderne qui prédomine dans la façon de penser les sanctions du système de droit criminel. En les identifiant, nous prétendons illustrer et renforcer l'argument théorique sur la difficulté de penser en dehors de ce cadre théorico-normatif qui a été graduellement construit et qui est constamment actualisé par ledit système de pensée. En faisant ce travail qui consiste à décrire théoriquement et à identifier empiriquement cette rationalité dominante du système de droit criminel, nous établissons les bases pour pouvoir penser de façon critique le problème du public et de l'opinion publique dans le chapitre qui suivra (infra 7). Pour anticiper un peu la question, nous pouvons dire que les stimuli externes sont problématiques (et ici du point de vue de l'observateur externe et non de ce système lui-même) non pas nécessairement parce qu'ils sont des éléments inhabituels dans la prise de décision, mais parce qu'un système colonisé par une telle rationalité pénale est beaucoup plus ouvert à capter des messages qui renforcent sa propre rationalité, c'est-à-dire des messages qui demandent plus de punition, que des stimuli qui prônent une direction différente.

Mais avant d'y arriver, il faut alors « voir » ce système de pensée contraignant empiriquement. La question qui nous intéresse maintenant est donc de voir, à travers les communications juridiques émises par ceux qui prennent des décisions au sein du système de droit criminel, comment la rationalité pénale moderne devient un cadre décisionnel contraignant qui limite les possibilités de penser autrement l'intervention du SDC. La possibilité de penser en dehors de ce système de pensée est toujours possible, mais nous essaierons de démontrer ici combien cela peut être difficile. En effet, une argumentation qui adhère à la rationalité pénale moderne semble assez souvent pour nos interviewés quelque chose qui « va de soi », qui n'a pas besoin de beaucoup de raisonnement, qui est devenu du sens commun juridique. À l'inverse, un acteur du système de droit criminel qui produit une communication qui se heurte à cette rationalité va avoir beaucoup plus de travail à faire pour la justifier.

Nous avons précédemment dit, en faisant une interprétation personnelle des travaux de Pires, que la RPM est un système de pensée formé par les théories modernes de la peine criminelle. Ces théories, malgré leur apparente opposition, peuvent être placées sous un regard qui va au-delà de leurs divergences pour trouver des consignes qui

s'harmonisent, des convergences qui soutiennent la prise de décision concernant la peine criminelle.

La première convergence importante serait la conception du droit de punir. Ce « droit », colonisé par les théories de la peine, n'est pas conçu comme une autorisation de réagir face à un crime, mais il est plutôt construit comme une obligation de réagir. Selon ces théories de la peine, l'autorité n'a pas l'option de disposer de ce droit à son gré : rien faire, accepter une autre façon de résoudre le conflit ou pardonner ne sont pas des options autorisées par ce système de pensée. En deuxième lieu, cette obligation de réagir n'est pas simplement une obligation de réagir tout court, mais une obligation d'infliger une souffrance. Comme nous l'avons déjà souligné, la peine criminelle dans le cadre de la RPM est conçue comme devant infliger intentionnellement une souffrance. En troisième lieu, il y a cette idée partagée par les théories de la peine selon laquelle le mal actuel et tangible de la peine est nécessaire parce qu'il entraînera un bien immatériel dans le futur (ou du moins, entraînera un bien immatériel dans le présent, comme dans le cas de la rétribution). Et ici on parle déjà d'une quatrième caractéristique partagée par les théories utilitaristes de la peine : cette idée de protection de la société traduite par la peine. La peine criminelle est conçue comme un élément de défense de la société, ce qui fait que l'infracteur soit vu comme un ennemi du groupe, comme un élément qui pose problème. Finalement, nous pouvons dire aussi que d'autres idées propres à chaque théorie finissent par ce système de pensée et contribuent à le fortifier : nous pensons ici spécifiquement à la proportionnalité et à la responsabilisation. La première, conçue différemment par les rétributivistes et les utilitaristes, semble devenir – quand associée aux autres caractéristiques de la RPM – moins une question de quantum de peine spécifiquement qu'une question de limite minimum de punition, d'un seuil minimal au-dessous duquel on ne peut pas tomber, qui vient renforcer l'obligation d'infliger une souffrance. De même, l'idée de responsabilisation, parmi toutes les interprétations que peut prendre un terme si équivoque, semble prendre celle d'une responsabilisation-punition : responsabiliser n'est pas simplement attribuer un blâme à quelqu'un, mais attribuer une *peine afflictive* à l'auteur du fait¹²⁶.

¹²⁶ Spécifiquement sur l'idée de responsabilisation dans le cadre de la RPM, voir Pires (2006).

Voilà donc, brièvement esquissé, un résumé de l'interprétation que nous avons faite dans notre chapitre théorique sur l'idée de RPM introduite par les travaux de Pires. Dorénavant, dans les lignes qui suivent, nous reprendrons certaines communications juridiques extraites de notre corpus empirique et essaierons de décortiquer les arguments qui révèlent la présence de cette rationalité pénale moderne. L'intention n'est pas seulement de montrer sa présence dans ses communications, mais aussi de révéler les mécanismes, les arguments juridiques, par lesquels cette rationalité arrive à contraindre le SDC à décider dans son cadre.

6.1. Les théories de la peine comme fondement empirique de la punition

Trouver dans les communications du SDC des passages qui invoquent les théories de la peine criminelle ne semblait pas d'emblée être une tâche très difficile. En effet, connaissant le caractère inductif de la théorie de la RPM, connaissant d'autres recherches¹²⁷ qui ont vérifié empiriquement la présence de telles communications et même par notre propre expérience et connaissance du SDC, nous nous attendions à trouver plusieurs passages dans notre matériel empirique qui faisaient appel aux théories de la peine pour justifier la punition criminelle. Si l'idée de la RPM selon laquelle une décision en matière d'imposition de peine criminelle doit se faire dans le cadre des théories classiques de la peine pour ne pas être perçue dans le SDC comme « déviante » ou « erronée », nous devrions alors être capables de les voir en profusion dans les communications fournies par nos juges et procureurs.

En effet, ce résultat s'est produit tel qu'il était attendu. En parlant des objectifs des peines, les procureurs et les juges interviewés vont faire souvent appel à la rétribution et à la dissuasion (spécifique et générale), et d'une façon moins fréquente à la dénonciation, à la neutralisation et à la réhabilitation. Ce qui nous paraît intéressant de constater pourtant, c'est qu'assez souvent on ne considère pas seulement un seul objectif de la peine (associé à une théorie); le même juge ou procureur va invoquer différents

¹²⁷ Voir à cet égard, Garcia (2009) et Possas (2009).

objectifs pour soutenir son idée de peine. Parfois cette défense de différentes « raisons pour punir » se fait à des moments distincts de l'entrevue, mais il peut aussi arriver que pour répondre à un exemple, ou même en parlant théoriquement de la peine, l'interviewé va mobiliser à la fois plus d'une seule de ces théories pour justifier son point de vue. C'est la présence même du système de pensée.

6.1.1. Les justifications rétributivistes de la peine

Tout d'abord, regardons ces juges qui ont une vue clairement rétributiviste. Il s'agit ici de concevoir simplement la peine comme un mal à être imposé au délinquant comme conséquence d'un crime, sans l'idée que cette peine doive « servir » à quelque chose de spécifique. La peine doit exister parce qu'elle représente la justice, elle la rend tout simplement, sans d'autres préoccupations quant à son résultat.

Le juge 3, par exemple, évoque de façon générale la fonction d'une peine dans ces termes :

C'est une fonction punitive simplement, de sanctionner. C'est simplement payer le mal pour le mal. Je n'ai pas d'illusion quant à cela.
(juge 3)

En soutenant qu'il n'a pas d'illusion, il se réfère à une possible « fonction positive » (dans le sens d'un bien futur comme le proposent les utilitaristes) de la peine, ou que la peine puisse « servir » à quoi que ce soit. Pour lui, il s'agit simplement de causer un mal en raison d'un mal qui a été commis. Certain de l'inutilité des autres effets de la peine, punir devient une simple question de ne pas laisser le mal qui a été fait sans réponse : punir c'est simplement infliger une souffrance de rétribution pour faire justice. Il n'est pas le seul à avoir cette vision rétributiviste de la peine :

La peine n'existe que si elle a un caractère négatif de rétribution. Sans cette caractéristique, ce n'est pas une peine. Je crois qu'elle a un caractère rétributif, une fonction rétributive, et une finalité préventive. Donc, cela veut dire que la prévention est quelque chose qu'elle cherche, mais elle n'a pas besoin de l'atteindre. Il s'agit d'un devoir être, elle cherche à atteindre une finalité préventive qui n'a pas nécessairement besoin d'être atteinte. (...) La fonction est un but en elle-même; [la peine] existe pour cela. Ainsi, la fonction d'une table est de rester à une certaine hauteur et de supporter des choses : plats, livres, ou quoi que ce soit. Cela est sa fonction proprement dite, elle est en elle-même. [Mais] elle peut avoir plusieurs finalités outre celle-là. Alors, la fonction d'une peine est de rétribuer un mal ; si elle n'est pas un mal, elle n'est pas une peine ; si elle ne rétribue pas la personne qui a commis un mal, elle n'est pas une peine. Alors cela est sa fonction parce que c'est son essence même. La finalité est quelque chose qu'elle va chercher à atteindre, qui est externe à elle. (...) Si elle est rétributive, elle est peine, si elle n'a pas une finalité de prévention, elle continue à l'être. (juge 2)

Dans cet extrait, il y a une forte substantialisation de la notion de peine en tant qu'elle exige l'intention d'infliger une souffrance. Selon ce juge, même si d'autres objectifs existent pour la peine, sa « raison d'être » est l'infliction d'un mal. Il fait une distinction entre finalité et fonction de la peine qui nous permet de le caractériser comme rétributiviste. D'autres finalités peuvent être poursuivies, on est ouvert à ce que la peine ait d'autres effets, qu'elle puisse dissuader le coupable, prévenir d'autres crimes etc., mais elle doit – pour être une vraie peine – avoir essentiellement l'objectif que le coupable subisse un mal comme paiement du mal qu'il a causé.

Mais les exemples rétributivistes qui sont apparus sont nombreux, quelques-uns accompagnés de très peu de réflexion comme les deux suivants :

Je ne sais pas évaluer comment elle, la peine, a un autre caractère qui ne soit pas rétributif. Je ne réussis pas à observer dans notre système jusqu'à quel point ça c'est réel. Qu'elle doit avoir ce caractère rétributif, ça oui. Elle existe comme ça, on ne peut pas dire qu'elle ne fonctionne

pas comme ça, parce que ça c'est une donnée de la réalité pour moi.
(juge 5)

(...) je trouve qu'indépendamment des autres finalités de la peine, je ne réussis pas à écarter la peine de l'idée de rétribution (...). Je sais qu'il s'agit d'une position dépassée dans la doctrine, (...) mais je ne suis pas capable d'écarter cet aspect de la punition. En plus, quand je vois un crime d'extrême violence, (...) je crois que cet aspect est plus prononcé. Je crois que la peine doit être plus dure. (...)

(Intervieweur) Alors l'idée de rétribution pour vous est présente dans toutes les peines?

Pour moi, dans toutes les peines. (...) Je ne réussis pas à trouver une peine, dans le sens pénal proprement dit – pas une [qui est du] du droit civil ou une réparation – , une peine vraiment [comme conséquence] de la procédure pénale, qui n'ait pas cet aspect rétributif. (juge 17)

On voit dans le premier extrait une substantialisation très importante du concept de peine : pour le juge, le caractère rétributif de la peine est incontestable empiriquement, c'est une « donnée de la réalité ». Dans le deuxième, malgré les restrictions qu'il puisse voir par rapport à sa conception, il est impossible pour lui de ne pas voir la peine comme rétributive. Dans de tels extraits, nous pouvons constater la force de cette théorie de la peine : la rétribution se présente pour certains opérateurs du droit comme incontournable, comme étant finalement le principal objectif à atteindre pour faire justice.

On peut trouver aussi des rétributivistes « par exclusion », c'est-à-dire des gens qui ne croient pas qu'une finalité quelconque de la peine autre que la rétribution puisse fonctionner. Ainsi, faute d'un autre résultat, on garde la rétribution comme le seul objectif capable d'être réalisé :

Je vais être très sincère, je n'ai aucun espoir qu'avec une peine on transforme l'individu en citoyen honnête, respectueux de la [loi]... (...) Est-ce que la réhabilitation est possible? Oui, s'il y a un effort individuel. Je ne crois pas à aucun de ces programmes qui existent pour

réhabiliter le détenu. Et moi, quand j'applique une peine, [en ce qui a trait] au but, je ne crois pas qu'il va retourner à la vie sociale. Quand j'applique une peine, je la vois en effet comme une forme de punition. (juge 11)

On peut trouver finalement des juges qui vont identifier la peine comme rétributive non pas parce qu'elle est nécessairement la meilleure option, mais plutôt en raison des spécificités des justiciables qu'ils rencontrent et qui, dans ce cas, ne viennent pas de milieux défavorisés.

(...) vous pourriez me demander si je suis rétributiviste ou utilitariste. Moi, parce que je travaille dans la justice fédérale, je suis plus rétributiviste qu'utilitariste. Je crois que, d'habitude, la réhabilitation des accusés dans les cas où je travaille n'est pas pertinente. Assez souvent ils sont déjà pleinement socialisés. Je ne suis pas en train de parler, dans la majorité des cas [sur lesquels je travaille] au moins, de quelqu'un qui a grandi dans une communauté défavorisée, qui n'a pas eu accès à l'éducation, qui avait des structures de famille appauvries... et pour toutes ces raisons – plus l'écart de revenus qui existe au Brésil – a été amené à la criminalité patrimoniale violente ou avec ruse. Je parle de la personne qui a entrevu une opportunité de faire un peu plus d'argent, mais qui a déjà un revenu... (...) [Et aussi] l'ordre juridique va parfois criminaliser [certaines] activités d'entrepreneuriat non réussies... Alors c'est de ces gens-là [que dont je parle]... (...) Si on pense aux objectifs de l'utilitarisme – *deterrence, incapacitation and rehabilitation* – (...), on peut penser dans le meilleur des cas à un certain degré de *deterrence*, mais pas beaucoup parce que les peines ont une divulgation trop restreinte. Et il y a [en plus] une perception diffuse dans la société que la peine appliquée ne va pas, d'une certaine façon, être purgée (...). Je suis donc essentiellement rétributiviste. Je crois que la peine est une punition. (...) Sauf dans certains cas, (...) je démarre une procédure pénale pour punir, pour transmettre l'idée que [le crime] n'a pas valu la peine, pour que la personne reçoive un coup capable de lui faire comprendre que ça n'a pas valu la peine... et avec ça renforcer la validité du système pénal. C'est une question un peu morale. (procureur 11)

Dans cet extrait nous pouvons facilement identifier, à côté d'une dévalorisation du temps en prison, l'idée que la rétribution doit se traduire dans une peine sévère pour être « vraiment » une rétribution. Qui plus est, il y a un choix de la rétribution comme seule alternative face à la construction de la peine comme une question morale et face à la non croyance de la pertinence d'un choix utilitariste.

Mais si le rétributivisme se présente, chez certains opérateurs, comme choix de « dernier refuge » en matière de justification d'une peine, nos interviewés vont le voir aussi comme pouvant être combiné avec d'autres théories de la peine pour justifier une punition criminelle. Comme nous l'avons déjà développé, dans le cadre des théories acceptées par le SDC, la préférence d'une théorie spécifique, ou l'usage de plus d'une ou encore le recours à différentes théories à des moments différents (comme pour justifier le choix du législateur, le choix du juge et la façon de faire purger la peine) sont des options qui n'ont rien d'innovatrices en tant que telles.

Dans les extraits qui suivent, nous voyons cette combinaison du rétributivisme avec différentes formes d'utilitarisme pénal; parfois on note la préoccupation de théoriser sur cette apparente incohérence. C'est le cas par exemple des communications du juge 4 et du procureur 29 :

La fonction de la condamnation (...) c'est pour que la personne ait une rétribution du mal causé et pour éviter [une répétition de] ce comportement dans d'autres cas. Grosso modo ce sont ces deux éléments que je prends en considération. Si tu me parles de réhabilitation, (...) je ne vois aucune utilité de la peine dans ce sens, sauf dans le cas de la prestation de services à la communauté qui peut parfois... et si on a beaucoup de chance, amener à ça (juge 4)

Le droit pénal a une fonction répressive ou rétributive et une fonction préventive qui, selon moi, est même plus importante. Si les gens commencent à trouver qu'ils peuvent commettre des crimes et que rien n'arrive, et parfois il n'arrive vraiment rien, ça c'est un stimulus pour qu'ils commettent plus de crimes (...). (procureur 29)

Voilà un extrait très simple qui montre l'acceptation de deux théories différentes de la peine mais qui sont mises ensemble sans trop de réflexions sur leurs éventuelles incompatibilités. Ces deux théories qui s'opposent fortement dans les débats de la philosophie pénale vont être mobilisées de façon cumulative par les opérateurs qui souvent ne vont pas voir de problèmes pour les mobiliser ensemble pour justifier leurs pratiques¹²⁸.

La même chose se produit dans les extraits suivants, où la réhabilitation en prison vient se joindre à la rétribution.

C'est quoi la finalité de la peine? C'est la réhabilitation, n'est-ce pas? C'est évident qu'il y aussi la finalité de la peine qui est la rétribution – le citoyen a fait un mal et il va payer avec la privation de sa liberté. Mais, enfin, l'objectif c'est la réhabilitation, qu'il soit réintégré à la vie sociale (juge 21)

Quand j'applique une peine, je suis en train de penser à la réhabilitation et aussi à la rétribution. On doit récupérer cette personne qui a commis un délit, mais elle doit aussi recevoir une rétribution en fonction de l'acte qu'elle a commis. (...) Maintenant, dans ma façon de voir, il y a certains cas où ce n'est pas possible de réhabiliter... selon moi, il y a des personnes qui sont non réhabilitables malheureusement. (...) Quand on analyse cas par cas, on peut voir si la personne aurait ou non la possibilité d'être réhabilitée. J'essaie de considérer ça pour la peine, pour le quantum de peine, pour le type de peine, pour le régime d'exécution de peine. (juge 22)

Maintenant, il faut que je dise, en tant que personne qui est au Ministère public depuis 13 ans, (...) dire que le système brésilien privilégie la réhabilitation n'est pas vrai. Il privilégie beaucoup plus la rétribution, le caractère rétributif que le caractère réhabilitatif. Mon idée par contre serait exactement de pouvoir travailler avec cette duplicité de fonctions. (procureur 8)

¹²⁸ Certains philosophes vont faire des efforts d'harmonisation entre ces théories (voir Pires et Acosta, 1991).

Pourquoi on applique la peine? La peine a deux aspects principaux : si, le premier a effectivement un aspect punitif, rétributif; puis après, il y a un deuxième aspect qui est l'aspect (...) réhabilitatif. Alors il y a la punition et après il y a la réhabilitation. La peine devrait être théoriquement suffisante pour accomplir les deux. (procureur 5)

Les diverses théories de la peine peuvent parfois être situées, par les opérateurs du système, à différents moments dans le temps ou par rapport à différents crimes ou situations. Dans le premier cas, on trouve le type d'argument qui peut séparer le moment de la création de la loi pénale par le législateur, de celui de la détermination de la peine par le juge et de celui de la gestion de la peine : pour chaque moment, on peut attribuer un objectif différent de la peine. Mais il est possible aussi de trouver, c'est le deuxième cas, un genre d'argumentation qui va faire appel à des théories différentes de la peine pour des crimes différents. Voilà différentes manières de concilier des objectifs différents. Regardons l'extrait de notre juge 16 pour clarifier ces deux arguments :

D'abord, je crois que dans notre législation, la fonction rétributive est une des fonctions établies pour la peine. Peut-être on pourrait même questionner si en effet la peine criminelle devrait ou non avoir une fonction rétributive, si elle devrait avoir seulement une fonction préventive, générale ou spécifique... mais, moi, je crois que dans notre législation, il n'y a pas d'échappatoire. Toutefois, il me semble que la mise en place de ces fonctions, de ces objectifs de l'application de la loi pénale, doit sûrement garder à l'esprit le cas concret. Il y a des peines qui sont plus rétributives, il y a des peines qui sont davantage préventives, (...) il y a des peines qui visent plutôt à exclure le délinquant de la vie sociale, il y a des peines qui visent d'abord à l'exclure et ensuite à le réintégrer à cette vie sociale... Je crois que, malgré le fait que ça soit une question controversée, il y a des peines qui n'ont pas de fonction de réhabilitation parce que l'agent n'est pas « réhabilitable », il n'y a pas de façon de le réintégrer dans la vie sociale (...). Bref, tout va dépendre du cas particulier, évidemment dans le cadre que la législation établit. Et il faut voir aussi le moment de l'exécution de la peine, c'est-à-dire que ça dépasse le moment de l'application de la peine. Je crois que le juge au moment de justifier une

peine (..) [il] peut ou non être influencé par la question rétributive, par la question de la prévention générale, de la prévention spécifique; mais peut-être c'est chez le juge de l'exécution de la peine¹²⁹ que cette question [de la prévention spécifique] est la plus présente dans la façon de purger la peine. (juge 16)

On peut voir à partir de cet extrait une conception empirique des deux arguments que nous venons de mentionner pour utiliser plus d'une théorie de la peine : les théories de la peine peuvent être distinguées comme justification pour des crimes différents et comme justification pour des moments différents de la conception de la peine. L'essentiel pour ce juge nous semble être le fait que la justification de la peine doit être faite au cas par cas : les théories de la peine ne sont qu'un éventail de possibilités, des motivations abstraites qui ne prendraient du sens que lorsqu'elles seraient confrontées au cas empirique. Notons bien que nous ne parlons pas du quantum de la peine, quelque chose qu'on s'attend qui varie selon le crime, mais de l'objectif de la peine : c'est comme si un objectif était insuffisant pour justifier toutes les situations devant eux.

6.1.2. Les justifications utilitaristes de la peine

Bien entendu, si le rétributivisme était bien visible dans nos données empiriques, il n'est pas surprenant non plus de constater aussi un vaste recours aux différentes justifications utilitaristes dans le discours des juges et procureurs. Encore une fois, si l'argument fondamental de la théorie de la RPM – qui soutient que la punition criminelle ne peut pas « normalement » sortir du cadre des théories classiques de la peine (c'est-à-dire que la possibilité de sortir est toujours présente, mais quand elle arrive il y a un certain étonnement du système, une certaine perception dont il s'agit d'une décision « mal formulée » ou « erronée ») – est valide, nous devrions être capable de trouver plusieurs

¹²⁹ Dans la configuration judiciaire du Brésil, le juge d'exécution de la peine est un juge chargé exclusivement de la mise en place des peines criminelles. Toute la période d'accomplissement de la peine ainsi que le moment de la sortie de prison est sous la responsabilité de ce juge.

passages dans nos entrevues où il y a un raisonnement utilitariste pour justifier l'infliction de la souffrance en tant que peine criminelle.

Par opposition à une justification rétributiviste qui prétend simplement infliger un mal, les justifications utilitaristes sont celles qui donnent une raison d'être à la peine à partir d'une conséquence positive qu'elle entraînerait. On a dans cette catégorie de justifications utilitaristes de la peine autant celles qui sont très connues comme la théorie de la dissuasion et la théorie de la réhabilitation en prison, deux grands et anciens piliers du système de droit criminel, que des théories plus récentes, comme la théorie de la dénonciation ou des théories moins claires dans ses contours comme celle de la neutralisation. Quoi qu'il en soit, il s'agit ici de voir empiriquement comment ces théories utilitaristes sont apparues à nos interviewés.

Tout d'abord, nous pouvons affirmer que la justification utilitariste de la peine la plus présente dans notre matériel empirique a été celle de la dissuasion. Rappelons qu'il s'agit ici simplement de l'idée de convaincre de potentiels infracteurs à ne pas transgresser la norme en les intimidant avec la menace d'une peine. Les individus sont représentés par la théorie comme dotés d'un seul type de rationalité qui consisterait essentiellement dans la capacité à prendre des décisions par un calcul coût/bénéfice qui prend nécessairement en compte le bénéfice du crime opposé au coût de la peine du droit.

Nous trouvons dans notre matériel empirique plusieurs extraits qui peuvent être associés) à une vision dissuasive de la peine:

C'est justement ça la peine, c'est atteindre cette personne qui a commis un illicite pénal d'une façon que ça serve d'exemple, de prévention générale, comprenez-vous? Alors, d'habitude on applique la peine en essayant de punir, punition qui sert à imposer proportionnellement un châtement – cette histoire de la peine qui n'est pas un châtement, c'est une illusion pour moi – et qui sert aussi d'exemple pour que d'autres personnes ne commettent pas un délit. Je trouve que c'est ça le rôle principal de la peine. (juge 6)

Une fonction serait la fonction préventive, serait une fonction préventive parce que (...), et je reprends un exemple que j'ai donné, si l'État permet à quelqu'un de consentir qu'autrui lui enlève la vie et que la juridiction pénale lui [le « meurtrier »] accorde l'immunité, il me semble que d'autres personnes seraient tentées de faire la même chose. (procureur 12)

(Intervieweur) Mais croyez-vous vraiment qu'une peine criminelle a ce pouvoir de prévention générale?

À mon avis, oui. Prenons par exemple un homicide, que je pense que n'importe qui peut commettre. Alors, même si pour une raison morale ou sociale d'importance, (...) moi je penserais une deuxième fois [avant de passer à l'acte] (...). Je ne sais pas si ça fonctionne comme ça pour tout le monde, mais comme moi je penserais une deuxième fois, je crois alors que oui, ça fonctionne. (...) Dans un moment de forte émotion... dans ce moment, je ne crois pas qu'on pense beaucoup si l'autre personne... on peut être perturbé... tout et toutes nos valeurs... par une perturbation momentanée on n'est pas capable de les voir... Il y a beaucoup de monde qui peut commettre un homicide dans ces circonstances. Moi je penserais à la prison. Je m'en souviendrais. [Je penserais au fait que] je créerais une situation horrible pour moi et pour ma famille... Alors j'y penserais une deuxième fois... Je crois alors que ça marche [la dissuasion]. (procureur 14)

Bref, dans tous ces extraits, l'idée ressort fortement que les opérateurs adoptent les motivations offertes par les théories de la peine. Apparaît également l'idée, qui découle de la première, que cette peine est alors fondamentale pour garder l'ordre dans la société. Leur raisonnement est que si nous n'avions pas cette manière précise de punir, la tentation de passer à l'acte serait beaucoup plus forte et conséquemment on aurait une société plus violente, plus anarchique, plus imprévisible.

Toutefois, à d'autres moments on va critiquer la dissuasion, mais c'est une critique « molle », restreinte à quelques situations plus évidentes, qui ne va pas la remettre fondamentalement en question. On ne la voit pas comme étant fondamentalement problématique, comme posant des difficultés dans son argument du

calcul coût/bénéfice, mais simplement comme étant mal appliquée, comme donnant lieu à une mise en pratique qui est loin d'être l'idéale :

La question c'est que la peine n'est pas effectivement appliquée, au moins ici au Brésil. Ces gens-là restent un certain temps en prison et après ils retournent pour diverses raisons à la vie sociale. Je crois donc qu'ils arrivent même à se moquer de la question de la prévention. Parce que pour eux, rester deux ans en prison peut peut-être même devenir un avantage, comprends-tu? Profiter, disons, pendant 10 ans d'une vie facile, pour ainsi dire, avec les ressources pour tous ceux qu'ils veulent... Peut-être ça vaut la peine. Une personne qui n'a d'autres valeurs que les [préoccupations] économiques... la possibilité de profiter de la vie, d'obtenir du plaisir, de pouvoir bien vivre... peut-être ça [la peine] ne va vraiment pas dissuader. Maintenant, à partir du moment où la personne est arrêtée (...) et qu'elle reste 20 ans en prison, je crois que (...) les gens qui vivent en société et qui ont l'intention de pratiquer des crimes vont repenser à ça, vont y penser une deuxième fois (juge 6)

Ce discours – que le juge applique au Brésil mais qui pourrait bien être trouvé dans différents pays en Occident – attribue les « échecs » de la théorie à son application qui ne peut jamais être comme elle le voudrait. Une telle façon de voir fait que la théorie reste toujours « bonne », puisque la cause de son échec est ailleurs, chez les opérateurs du système. Qui plus est, il est intéressant de voir comment ce discours d'échec dans l'application de la théorie vient accompagné d'une banalisation de la souffrance qui est infligée et d'une demande de plus de sévérité. « 10 ans d'une vie facile » en prison, selon ce juge, seraient insuffisants. La solution : « qu'elle reste 20 ans ». La théorie en soi n'est jamais remise en question : on préfère banaliser la souffrance actuelle et faire l'apologie de plus de sévérité.

À d'autres moments, on croit à la dissuasion, mais non pas comme une théorie générale, mais seulement comme une théorie qui s'applique aux peines attribuées à certains types de criminels/délits :

Moi je vois que ce sont des situations différentes dépendamment du type de criminel, du degré d'information, des motivations de chacun de ces criminels. Donc, par exemple, la question du vol [avec violence] : il est rare que les gens vont se renseigner à propos de la condamnation (...). Et [quant aux] motivations, ce sont des crimes qui ont une composante économique-sociale très forte, dont la nouvelle de condamnations précédentes ne va pas nécessairement dissuader un criminel de se livrer à cette activité. Maintenant, dans la justice fédérale, par exemple, dans certains cas de criminalité en col blanc la divulgation peut en effet avoir cet effet, parce que c'est un criminel plus informé, il va être au courant des condamnations précédentes. Il est aussi un délinquant qui a beaucoup à perdre (...), il a une condition économique qui fait que le crime correspond assez souvent simplement à une option de vie, à l'idée de faire plus d'argent (...), mais c'est quelque chose à laquelle il peut renoncer, il peut abandonner... c'est un chemin qu'il peut ne pas prendre. Tandis que quand on parle de crimes où il y a une cause plutôt sociale, comme celle qui existe, je crois, dans les crimes contre le patrimoine, ça c'est plus difficile. (procureur 15)

Le raisonnement de ce juge, qu'il soit correct ou non, remet à la difficulté de la dissuasion d'atteindre toute cette gamme de motivations différentes. Se percevant dans un environnement social de forte inégalité économique, ce juge observe que certains criminels vont être difficilement dissuadés par la sévérité de la peine. Pour ceux-ci, le risque de la peine compense compte tenu de leur situation très défavorisée. Par contre, pour d'autres criminels, comme ceux du col blanc, qui ont de moyens de bien vivre et qui ne manquent pas en éducation et en information sur la loi et ses peines, la dissuasion marcherait : la menace de la peine pourrait ôter l'audace et l'avidité, puisque ce genre de criminel n'agit pas par besoin mais par un calcul du risque.

Finalement, pour conclure cette section sur la dissuasion, il est intéressant de noter comment cette théorie devient une expectative normative à l'intérieur du SDC (supra 4.1.2). Si nous prenons les trois blocs d'arguments sur la dissuasion qui ont été exposés ici, nous voyons ceci : 1) d'abord un volet où il y a une croyance dans la dissuasion sans restriction; 2) un deuxième volet où on croit à la théorie de la dissuasion, mais où on critique sa mise en pratique en déplorant qu'elle ne soit pas assez stricte et suffisamment sévère; et 3) une croyance dans la dissuasion seulement pour certains

délits/criminels. À l'exception de ce dernier cas, où il y a une relativisation de l'expectative normative de la théorie à l'égard de certains crimes/criminels, la règle générale est une croyance en cette théorie de la peine qui est imperméable à une confrontation empirique. Pour ceux qui croient à la dissuasion, le fait qu'elle n'ait pas fonctionné peut être dû à divers facteurs (peines pas assez lourdes, problèmes dans son application ou publicisation, etc.), sauf à un problème dans la théorie elle-même. En tant qu'expectative normative, elle n'est pas remise en question. Pour faire ici un parallèle avec le système scientifique, la dissuasion fonctionne, en tant qu'expectative normative, comme une hypothèse non falsifiable : n'importe quel résultat que l'empirie nous donne, nous sommes capables de confirmer notre hypothèse. Dans le cas de la croyance du SDC dans la dissuasion, que celle-ci fonctionne ou non dans la pratique n'est pas une question fondamentale. Les raisons pour son non fonctionnement peuvent être trouvées ailleurs et elle continue d'être invoquée comme une solide raison pour justifier la punition criminelle.

Regardons maintenant d'autres formes d'utilitarisme pénal assez présentes. C'est le cas de la réhabilitation carcérale, qui apparaît avec une certaine fréquence. Nous avons vu dans la section précédente sa présence simultanée avec la rétribution; dans l'extrait ci-dessous, nous la voyons être invoquée attachée à la dissuasion :

La fonction de la peine... (...) pas comme vengeance... mais elle a la fonction de réhabiliter l'auteur du fait (...) Mais la peine a aussi une autre fonction, celle d'éviter que d'autres actes soient commis, pas uniquement par celui qui est accusé mais par n'importe quel autre individu dans la société. (...) Je crois que la fonction de la peine n'est pas que de réhabiliter, mais elle a aussi une fonction d'inhibition. La société a besoin de croire que quiconque a commis un crime sera touché par la sanction. (procureur 17)

On voit dans cet extrait l'association entre les théories de la réhabilitation et de la dissuasion. La punition, dans cette communication, est vue comme produisant un double effet : dissuader de potentiels infracteurs et aussi transformer l'individu coupable pour qu'il puisse être réintégré dans la société. La réhabilitation n'apparaît pas ici comme une

possibilité indépendante, mais associée à la dissuasion. En effet, dans notre matériel empirique, la réhabilitation n'apparaît pas comme une possibilité indépendante, comme une possibilité en soi de justifier une peine, sans l'association avec une autre théorie de la peine. Dans cet extrait, elle vient collée à la dissuasion, ainsi qu'elle peut venir collée à la rétribution (comme nous l'avons montré dans la section précédente).

Nous avons l'impression que la réhabilitation n'est pas perçue comme une théorie appropriée pour les tribunaux et qu'elle semble être attachée régulièrement à la peine de prison. Le tribunal envoie à la prison pour dissuader (ou rétribuer) et, une fois en prison, on peut penser éventuellement à la réhabilitation. Nous pouvons ainsi spéculer que la réhabilitation est perçue moins comme une théorie pour orienter le choix d'une peine que pour orienter la pratique du système pénitentiaire, c'est-à-dire qu'elle serait moins une source de justification d'une peine pour le juge qu'une source de justification pour les ajustements de la peine (par le système qui s'occupe de l'exécution de la peine).

Par ailleurs, il est intéressant de noter dans notre matériel empirique que la réhabilitation apparaît surtout comme la constatation d'un échec. Regardons à cet égard les extraits suivants :

Je ne présume aucunement qu'ils vont se prendre en mains, qu'ils vont être rééduqués, qu'ils vont être réhabilités; d'autant plus que la prison ne sert pas à ça. Vous ne pouvez pas enseigner à qui que ce soit à vivre en société en l'enlevant de la société. Il y a un pénaliste argentin, Zaffaroni, qui a (...) une métaphore intéressante : « on ne peut enseigner à personne à jouer au soccer dans un ascenseur ». C'est exactement ça: si vous voulez enseigner à une personne à vivre en société, ça ne sera pas en l'enlevant de la société. La prison n'est pas là pour ça. (procureur 1)

(...) moi je crois à la réhabilitation dans un système idéal. Mais un système idéal n'existe pas. Et je ne crois pas qu'on va le [le système qui existe] changer. Donc quand je fais une mise en accusation, je dois travailler avec ce que je vois, avec le système pénal avec lequel je travaille... ce système pénal jusqu'à la fin de l'exécution de la peine. Et ça ne me donne aucun espoir de réhabilitation. Aucun! Zéro, comme je

t'ai dit. Ceci dit, comme opérateur du droit, comme citoyen, je dois croire qu'un jour on va avoir un éclair de génie et se rendre compte : « ça c'est un baril de poudre et on doit changer ça radicalement ». Et quand ça arrivera, mon accusation va changer de perspective, je dirai à ce moment : « je crois qu'en le punissant il va sortir [de la prison] meilleur que quand il est entré, c'est-à-dire sortir ayant la possibilité d'essayer d'avoir un boulot, un emploi... enfin, d'être un citoyen. » (procureur 2)

L'idéal c'est... l'idéal proposé par la loi, c'était que le citoyen retourne à la vie sociale [après l'emprisonnement] adapté, c'est-à-dire restructuré, en mesure d'entamer de meilleures relations sociales. Mais pourquoi ça n'arrive pas dans la pratique? Parce qu'en réalité dans la prison, il n'a pas l'opportunité de faire de nouveaux contacts, de faire de nouvelles connaissances, d'avoir de nouvelles expériences, d'acquérir de nouvelles cultures... Tout au contraire, il est jeté dans une culture plus raffinée de criminalité, avec des gens qui vont le tirer davantage vers le fond du trou de la criminalité, et il va retourner à la vie sociale dans certains cas encore pire que quand il est entré dans le système pénitentiaire. (procureur 17)

Pour résumer le propos de ces extraits, la prison est l'endroit le moins approprié pour entamer un projet réhabilitatif (procureur 1); on ne peut pas travailler avec l'idée de réhabilitation parce que même si elle est très positive, elle est utopique et ne peut pas marcher dans le système que nous avons (procureur 2); la prison, notre moyen pour mettre en place la réhabilitation, sabote l'idéal réhabilitatif puisqu'elle n'est qu'une école du crime (procureur 17). Bref, ces extraits sont la constatation empirique d'une perception selon laquelle la réhabilitation est, du point de vue du SDC, une idée intéressante et qui doit être présente, mais qui dans la mise en pratique de la peine devient inatteignable. Il est curieux de noter que les critiques sur les effets négatifs de la prison n'amènent pas les opérateurs à mettre en cause ni les longues peines ni les peines minimales de prison. Ils abandonnent la théorie de la réhabilitation, mais non pas la prison ni la sévérité des peines.

Qui plus est, ce qui est intéressant de noter c'est que toutes ces critiques bien intentionnées de la réhabilitation ont certains effets pervers. Il est intéressant de noter, par

exemple, que la croyance en la réhabilitation « dans un système idéal », comme le dit le procureur 2, est un élément de renforcement d'une « solution carcérale » aux problèmes criminels. Dans son système idéal, il n'est pas question de changer les théories qui soutiennent l'infliction intentionnelle de la souffrance. L'utopie ici nous paraît assez peu exigeante en termes de transformation : non pas un système différent, qui pense à la question des solutions pénales en dehors du cadre de la RPM, mais seulement une prison qui « marche », c'est-à-dire qui « réhabilite » avec les peines et les théories de la peine qu'on a (la place de la peine de prison et sa durée ne sont pas remises en question).

Quoi qu'il en soit, nous croyons être en présence ici d'une théorie de la peine affaiblie, surtout quand il s'agit de crimes graves ou de cas de récidive. La réhabilitation garde son statut de théorie pratique, mais les praticiens ne semblent pas être convaincus qu'elle toute seule puisse orienter la prise de décision au sein du SDC.

Changeons maintenant un peu de direction pour nous concentrer sur la théorie de la dénonciation. Tel que nous l'avons dit (supra 4.3.4.4), d'après cette théorie le but d'une peine est simplement de communiquer la non acceptabilité du comportement criminel et ainsi valider la norme pénale. Comment une telle théorie s'est-elle présentée empiriquement pour nous? Regardons cet extrait du juge 16 :

Je crois que, malgré le fait que ça soit une question controversée, le travail de la justice criminelle (...) a une fonction de renforcement du message pour la société, [message] selon lequel ces normes-là doivent être observées. C'est-à-dire que, malgré que la validité de la norme ne soit pas dépendante (...) de son efficacité sociale, du fait d'être effective, du fait d'être respectée (...), je crois que la non observation [de ces normes] sans une réponse va délégitimer non pas l'activité judiciaire, mais l'existence de la norme. (...) Si la société elle-même conçoit que cette norme a perdu de l'importance, elle est en train de délégitimer son application. (...) Mais je crois premièrement que la répercussion sociale, [ou plutôt] ce renforcement dans l'imaginaire de la société de la validité de cette norme et de la nécessité de l'observer, ça peut être exercé dans divers degrés et dépendamment du bien

juridique¹³⁰ qui est protégé par les normes pénales... (...) Cette peine peut être très légère à la condition qu'elle soit appliquée rapidement. À mon avis, plus on applique la loi rapidement, moins une peine trop rigide devient nécessaire, parce que le renforcement de la sensation sociale d'observation de la norme est plus effectif. Je crois que psychologiquement, la conséquence individuelle et sociale est plus tangible. (juge 16)

Dans cet extrait qui nous paraît difficile à comprendre, il y a un élément qui nous semble fondamental : *le renforcement du message pour la société* qui dit que le comportement criminalisé est inacceptable. La peine existe pour communiquer à la société que certaines prohibitions existent et doivent être respectées. Si par hasard la justice pénale ne fait pas son travail de poursuite de ceux qui transgressent la norme (et à la limite ne leur impose pas une peine), c'est-à-dire la non observation *sans réponse*, on laisse la norme pénale tomber dans une situation de «délégitimation». La peine sert donc à communiquer l'interdiction et, par conséquent, la validité et la légitimité de la norme pénale.

À partir de ce point, il nous semble que nous avons deux chemins d'interprétation possible. Il nous semble, d'un côté, que nous pouvons interpréter cet extrait comme ne substantialisant pas la peine. Si une peine criminelle doit simplement valider la norme en communiquant la non acceptabilité du comportement qui la transgresse, cette peine n'a pas besoin de le faire avec l'infliction obligatoire d'une souffrance. En effet, le juge va dire que « une peine rigide » est moins nécessaire face à une réponse rapide. Il est difficile de dire exactement ce qu'il a en tête comme peine, mais nous pouvons faire l'hypothèse qu'il ne s'agirait pas nécessairement de l'infliction intentionnelle d'une souffrance. Dans un tel cas, cet extrait présenterait simplement l'idée de dénonciation sans être nécessairement associée à la théorie de la dénonciation (qui demande une peine afflictive) et à la RPM. Par ailleurs, compte tenu de l'imprécision de l'extrait (dont l'idée essentielle est la nécessité de la peine pour la validité et la légitimité de la norme), nous

¹³⁰ Le concept de « bien juridique » est quelque chose d'important et qui va apparaître dans plusieurs de nos entretiens. Nous reviendrons à cette question plus loin dans ce chapitre (infra 6.2.1).

pouvons aussi dire qu'il est possible de l'interpréter comme étant associé à la RPM. Le cas échéant, la peine serait l'infliction d'une souffrance.¹³¹

Le procureur 6 aborde aussi la question de la dénonciation. À un moment donné de l'entrevue, il nous dit ceci : « Je crois que la fonction la plus importante [de la peine] est la fonction de prévention, d'affirmation des valeurs sociales, je crois. Je trouve moi que c'est la fonction la plus importante. » Ensuite il développe davantage sa façon de concevoir cette question de dénonciation :

Notez bien, ce n'est pas que je pense à ça, mais c'est sous-jacent. C'est une réponse pour la société, je ne sais pas... Le mec a porté atteinte contre des valeurs qui sont chères à la société, qui – non pas par hasard – il s'agit de crimes, n'est-ce pas? Je crois que c'est ça, le message qu'on doit passer c'est : « regardez, la société ne va pas admettre ce genre d'agression ». Donc tu vas avoir une réponse quelconque: ça se peut que le mec soit envoyé en prison, ça se peut qu'il soit obligé à faire des travaux communautaires, ça se peut qu'il soit obligé de payer une amende... Mais il faut qu'il y ait une réponse quelconque, au moins dans ma conception. Sinon on encourage en réalité que les gens continuent à porter atteinte à ces valeurs. (procureur 6)

Encore une fois, la question du message pour la société, d'une réponse à la société, est l'idée principale qui émerge ici. La conception essentielle de cet extrait est qu'on doit *communiquer la non acceptabilité du comportement*. De la même façon que dans l'extrait précédent, il ne semble pas y avoir une substantialisation du concept de peine. La préoccupation du procureur est d'avoir « une réponse quelconque », ce qui permet de garder un vaste éventail de possibilités de réponse (voir même de sortir du cadre de la RPM, si cette réponse n'est pas l'infliction d'une souffrance). L'idée de dénonciation repose justement sur cette conception que le but fondamental de la peine criminelle est de communiquer la réprobation sociale et ainsi valider la norme. Si cela

¹³¹ Nous avons déjà mentionné dans notre chapitre théorique (supra 4.3.4.4) la critique que Hart (1963) a faite de cette substantialisation de la dénonciation. Selon lui, pour dénoncer on n'a pas besoin de l'infliction d'un mal: la société peut communiquer la réprobation à l'acte de différentes façons.

entraîne de la dissuasion, de la neutralisation ou de la réhabilitation, tant mieux; mais ces conséquences ne sont pas nécessaires pour justifier la sanction pénale.

Finalement, la dernière théorie de la peine qui apparaît dans nos extraits est la théorie de la neutralisation. Comme nous l'avons déjà vu (supra 4.3.4.5), le statut même de « théorie de la peine » est quelque chose qui pose problème quand nous parlons de la neutralisation. Elle n'est pas une théorie autonome dans ce premier moment de formation de la rationalité pénale moderne au XVIII^e siècle. Peut-être peut-on la voir associée à la théorie de la réhabilitation (quand neutraliser constitue une première étape de la réhabilitation) ou même à certains moments à l'école positive italienne (comme « solution » au problème du « criminel-né »), mais elle nous semble devenir une théorie indépendante à partir du déclin de la réhabilitation à partir de la fin des années 1970.

Quel que soit son statut théorique, il est certain que la neutralisation est une communication assez fréquente au SDC. Nous l'avons trouvé dans plusieurs passages de nos entrevues. Regardons, par exemple, le cas du juge 9 qui dit que, dans *certaines cas*, la neutralisation est une réponse pragmatique nécessaire :

Regardez, moi j'hésite à penser dans ces termes, mais en tout cas, dans mon quotidien, dans ma journée de juge donnant des peines, on ne peut pas éviter de se laisser aller à un raisonnement que, dans un cas précis, on ne prévient absolument rien, que dans ce cas précis ce qu'il faut vraiment (...) c'est de retirer de la circulation cet individu qui a commis ce genre de crime pendant une certaine période de temps... Mais ce n'est pas le même raisonnement pour tous les types de crimes. (juge 9)

Alors, par exemple, un père qui a commis une violence sexuelle contre sa fille... (...) dans un tel cas, je n'ai pas de doute que quand je le condamne à une peine de prison, je suis en train de faire exactement ça, je suis en train de ségréguer, je suis en train de retirer cet individu de cet environnement-là... où il y a une grande commotion et qui pourrait... Ce n'est pas simplement un cas de prévention générale, [mais] c'est le sentiment du juge qu'à ce moment-là quand il pense (...) [que] cette personne ne mérite pas d'être dans cet environnement avec sa propre famille, son épouse, ses enfants. (juge 9)

Voilà un raisonnement très pragmatique suivi d'un exemple pour illustrer le problème : face à certains crimes, la présence du criminel dans son environnement est une menace pour son entourage, alors il faut le priver de sa liberté pour la sécurité des autres individus. La neutralisation semble opérer dans un tel cas moins comme une théorie de la peine en soi que comme un principe objectif et pragmatique auquel le juge fait appel dans un cas où il ne voit pas d'autres solutions pour régler un problème à court terme.

Une autre conception de la neutralisation se trouve dans les deux passages suivants. Ici on peut voir la neutralisation comme une mise à l'écart généralisée :

Je vous dis (...) c'est quoi la fonction de la peine. Après 21 ans dans le Ministère public, aujourd'hui je ne construis plus de mythes. Bien que je crois, par conviction religieuse, que toute personne est susceptible d'être réhabilitée, (...) ce n'est sûrement pas le système pénal qui va réhabiliter qui que ce soit. Quand on attrape un voleur et qu'on lui donne 6 ans et 4 mois de prison pour un vol à main armée doublement qualifié, cette peine n'a qu'une finalité : l'enlever de la vie sociale pour qu'il ne vole plus. C'est juste ça. (procureur 1)

Je vais vous dire ce qui se passe dans la pratique au Brésil. Quiconque dit que la peine c'est une question d'éducation, de réhabilitation etc. est en train de plaisanter. Au Brésil elle n'a pas cette fonction. Les prisons au Brésil ne le font aucunement. Donc on doit penser à la peine (...) comme une tentative d'écarter l'individu qui représente clairement une dangerosité dans la vie sociale. C'est ça qu'on doit penser... si cet individu peut vivre en société, s'il est un bandit, le type d'action qu'il a fait... (procureur 3)

Dans ces deux cas, on arrive à la neutralisation par une sorte de déception à l'égard de la réhabilitation en prison : si cette réhabilitation ne marche pas, on garde quand même la prison comme instrument de la neutralisation.

Ce pessimisme, cette perception de manque d'options, allié à une conception fort négative de l'infracteur, est amplifié dans le discours du procureur 4, quand il parle de certains cas qu'il considère comme plus graves :

L'agent [infracteur] démontre qu'il vit comme ça [de la perpétration de crimes], donc moi je trouve qu'en tant que procureur, (...) j'ai le devoir de protéger la société contre certains individus qui commettent des crimes de façon réitérée. Ou même si un individu n'est pas officiellement un récidiviste, c'est-à-dire qu'on n'est pas capable de prouver qu'il a un casier judiciaire, on peut y arriver par son comportement. (...) Donc je trouve que nous avons un peu le devoir de garder la société protégée contre certains types de personnes.

(Intervieweur) Mais comment est-ce qu'on fait ça avec la peine?

Malheureusement, c'est en gardant la personne en prison. (procureur 4)

Entre en ligne de compte ici, de façon explicite, l'argument qu'on a besoin de la peine criminelle avec un but de neutralisation en prison compte tenu de l'existence de « certains types de personnes » face auxquels la société doit se protéger. On est loin ici aussi de penser par exemple à la dissuasion : l'attention n'est pas sur les criminels potentiels, mais sur cette personne, ou sur cette catégorie d'individus qui posent problème. Lorsqu'on pense au cas concret, c'est la neutralisation qui devient la justification. La rétribution nous paraît distante aussi : on ne punit pas ces individus pour faire justice, pour leur donner ce qui est mérité, mais pour nous protéger d'eux. C'est une logique très populaire depuis les dernières années, essentielle pour l'émergence d'une justice de gestion du risque, qui semble enlever l'accent mis sur la responsabilité individuelle pour se concentrer sur une punition axée sur la « protection de la société ».

Toutefois, à d'autres moments, la neutralisation apparaît très proche de l'idée de rétribution. Nous pouvons voir dans l'extrait suivant comment il est parfois difficile de séparer l'une de l'autre :

[Parlant d'un cas de violence sexuelle d'un père envers sa fille] Il y a les deux aspects. D'abord, la punition/rétribution : c'est une façon de lui faire répondre de ses actes auprès d'elle et de la société. [Ensuite] moi personnellement, je trouve qu'un tel individu doit rester emprisonné parce qu'il va récidiver. Je crois que le crime sexuel devrait être traité d'une façon différente parce que ce n'est pas une personne qui vole parce qu'elle veut de l'argent... Il [le criminel sexuel] a une déviance et il va passer à l'acte une autre fois. Alors je trouve que la peine que nous avons aujourd'hui au Brésil qui dans la pratique va être 6, 9 ans... finit par être insuffisante. Parce que dans un tel cas je ne sais pas s'il y a un traitement ou une aide quelconque ou s'il faut vraiment le retirer de la vie sociale... Donc moi, je cherche la peine la plus élevée pour qu'il reste écarté le plus de temps possible. (procureur 19)

Dans ce cas-ci, le procureur semble accorder plus de poids à la théorie de la rétribution : la peine est clairement la manière de se faire justice « auprès de la victime et de la société ». Toutefois, la neutralisation va l'accompagner à titre d'objectif pragmatique. Dans de tels cas, la peine de prison deviendrait nécessaire pour protéger la société contre la menace que représentent ces individus; elle se justifierait parce que nous, la société, avons besoin d'exclure physiquement cette personne de la vie en société.

Finalement, pour conclure la section sur la neutralisation, nous pouvons dire que nous l'observons dans notre matériel empirique comme étant, en général, seulement associée à certains cas, ceux qui sont perçus comme plus graves et posant un risque élevé de récidive. Les juges et procureurs interviewés vont faire appel à cette idée de neutralisation comme justification de la peine assez souvent, mais ils vont aussi la garder pour justifier les cas qu'ils considèrent comme plus problématiques. C'est d'ailleurs justement cela le problème théorique de conceptualiser la neutralisation en tant que théorie : une théorie de la peine, en principe, devrait être capable de servir à justifier tout le spectre des crimes possibles.

6.1.3. Deux remarques sur les théories de la peine dans notre matériel empirique

Après avoir fait tout cet exposé sur la présence des théories de la peine dans notre matériel empirique, il nous semble important de souligner qu'il y a deux arguments qui émergent et qui sont très importants pour la suite de notre thèse.

Premièrement, le constat de la présence de toutes ces théories dans notre matériel empirique dénote leur importance, voire leur caractère incontournable, quand il s'agit de justifier une punition en matière criminelle. Reprenant ce que nous avons développé dans notre chapitre théorique (supra 4.3.2 et 4.3.3), le SDC s'est bâti un autoportrait de protecteur de la société qui est fortement ancré dans la majorité de ces théories. Punir en modernité, c'est mettre en place un système de pensée qui exige une souffrance de l'infacteur au nom d'un bien pour la société (la justice ou sa protection ou encore l'affirmation de ses normes). Et cette rationalité pénale, la RPM, c'est le résultat d'une contingence historique : l'émergence même de ces théories qui monopolisent le domaine des communications « acceptables » en ce qui a trait à la motivation d'une peine criminelle. Bref, ce qui a été vu empiriquement ici est le reflet de la RPM, une rationalité qui donne un autoportrait punitif au SDC et qui est ancrée fortement dans ces constructions historiques connues comme les théories de la peine criminelle.

Deuxièmement, toutes ces justifications font partie d'un même système d'idées punitif du SDC qui soutiennent également une obligation de réagir avec un mal. Donc, même si sur le plan théorique les objectifs sont différents, il n'y a rien d'étonnant qu'ils apparaissent ensemble. Au fond, ils sont interchangeables ou complémentaires à maints égards et ces théories peuvent toutes exercer les mêmes fonctions d'actualisation de cet autoportrait punitif, d'obligation de faire un mal et d'exclusion du criminel. En fait, elles sont non seulement interchangeables, mais elles sont aussi juxtaposables : souvent la juxtaposition n'est pas vue comme une source d'incohérence mais comme un renforcement de l'argument. Voilà pourquoi plusieurs de nos interviewés vont faire appel à plus d'un objectif. Et ils ne sont pas seuls dans cette entreprise : le législateur fait appel à la même stratégie¹³², peu préoccupé par les incohérences que cette juxtaposition peut susciter.

¹³² Nous avons en tête ici le législateur autant brésilien que canadien. Quant au premier, l'article 59 du Code Criminel brésilien détermine que la peine à être appliquée par le juge doit être « nécessaire et suffisante pour la *réprobation* et la *prévention* du crime », tandis que la loi sur l'exécution de la peine (Loi

6.2. Des raisonnements pour construire une obligation d'infliger une souffrance en tant que peine criminelle

Dans notre matériel empirique apparaissent souvent des arguments juridiques qui viennent renforcer les divers énoncés des théories de la peine qui soutiennent le principe de l'obligation de punir du système de droit criminel. Et ces arguments ne font pas toujours une référence explicite aux théories de la peine, mais en les développant un peu nous pouvons clairement voir une *obligation d'infliger une souffrance* qui ne pourrait se justifier autrement que par une des théories classiques de la peine. Autrement dit, certaines idées présentées dans les communications ci-dessous pour justifier une obligation d'infliger une souffrance vont apparaître d'une façon plus ou moins « détachée », mais quand on analyse ces extraits, il est difficile de voir comment ils peuvent échapper à ces théories.

Les arguments que nous allons présenter par la suite semblent tous contribuer à limiter l'éventail de possibilités du système de droit criminel en ce qui concerne sa réponse à un crime. Ce qui est intéressant, c'est que ces arguments semblent avoir une vie qui leur est propre, c'est-à-dire qu'ils soutiennent une obligation de punir même si le lien avec les théories de la peine n'est pas évident (et pour plusieurs de nos interlocuteurs, il ne l'était vraiment pas).

7210/84, article 1) parle de « proportionner des conditions pour l'*intégration sociale* harmonieuse du condamné ». Dans le cas du Canada, le Code criminel de ce pays est encore plus prolifique en ce qui a trait à la juxtaposition de théories de la peine. L'article 718 du Code pénal canadien établit que le prononcé d'une peine criminelle doit viser « un ou plusieurs des objectifs suivants : a) dénoncer le comportement illégal; b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions; c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société; favoriser la réinsertion sociale des délinquants; (...) ». Encore dans le même Code criminel, quand on parle de libération conditionnelle (743[2]) on y trouve ce passage : « Il demeure entendu que les principes suprêmes qui doivent guider le tribunal dans l'application du présent article sont la réprobation de la société et l'effet dissuasif, la réadaptation du délinquant étant, dans tous les cas, subordonnée à ces principes suprêmes. »

6.2.1. L'obligation de punir come un droit « indisponible¹³³ » de l'État

Comme nous le verrons (infra 6.3), pour certains juges, le problème de sortir de la monotonie de la peine de prison relève simplement du fait que des options pour le faire ne sont pas disponibles au Brésil. Ils se conforment à l'encadrement d'une disposition législative qui détermine une peine minimale et maximale, ce qui enlève non seulement beaucoup du pouvoir discrétionnaire du tribunal, mais empêche aussi une réflexion plus approfondie des acteurs pénaux sur la peine appliquée. Dans de tels cas, il y a très peu de réflexion sur l'« obligation » de punir en tant que telle : on ne voit qu'un simple automatisme, une vision très peu réflexive, encadrée par la dogmatique pénale.

Cependant, on voit parfois apparaître des raisonnements plus élaborés pour soutenir le principe de l'obligation de punir. Celui-ci trouve ainsi de nouveaux arguments inattendus pour s'opposer à ceux qui veulent une approche plus créatrice en matière de peines criminelles. C'est le cas de l'argument du *droit indisponible* et des *biens indisponibles*.

Regardons comment ces concepts apparaissent empiriquement. Nous commençons par un extrait où on traitait du rôle de la victime, comment cette distinction disponible/indisponible apparaît pour parler de l'appropriation du conflit par l'État¹³⁴ :

(Intervieweur) Dans les crimes contre la vie, croyez-vous à la possibilité de participation de la victime [dans la solution pénale]?

(Procureur) [...] Je trouve cela un peu difficile. Je trouve que dans les crimes contre la propriété oui, c'est possible, parce que là on n'est pas en train de parler de quelque chose que la personne peut laisser passer, qui est un bien disponible, qui est un patrimoine. La vie, non, la vie n'est pas seulement qu'à elle, n'est-ce pas? La vie est à nous tous. Et de la même façon qu'il t'a agressé aujourd'hui et que tu lui as pardonné, demain il peut le faire contre ton semblable, ton voisin, ta famille. Donc

¹³³ Nous précisons davantage ce terme au long de cette section, mais il faut juste dire d'entrée de jeu que l'expression « droit indisponible » est un terme juridique. Par là, on entend un droit dont on ne peut pas « disposer » dans le sens qu'on ne peut ni l'aliéner ni ne pas l'exercer.

¹³⁴ Nous reviendrons sur la question de la victime dans notre prochain chapitre (infra 7.2.5).

je crois qu'avec la vie, c'est plus compliqué; mais le patrimoine... c'est un bien disponible. (procureur 1)

Parmi plusieurs éléments qu'on peut tirer de cet extrait (notamment une référence à la dissuasion spécifique), la référence à la distinction *disponible/indisponible* apparaît à la fin pour justifier un point de vue selon lequel on ne devrait pas trop se préoccuper de la nécessité de punir des crimes qui n'affectent que le patrimoine d'un autre individu. Dans ce cas, la communication fait appel à la distinction en question pour soutenir un point de vue bien intéressant : la possibilité de régler le problème d'une façon différente que le recours à la peine, et cela avec la participation de la victime. Ainsi, quand il s'agit de « biens disponibles », on est quand même ouvert à penser à la solution du problème en utilisant d'autres moyens de résolution de conflit hors du SDC.

Toutefois, en ouvrant cette possibilité pour ces « crimes contre le patrimoine », la communication renforce ici, avec l'aide de la distinction *disponible/indisponible*, l'obligation de punir pour tous les crimes qui portent atteinte à la vie (elle renforce, en plus, l'exclusion de la victime du conflit). Autrement dit, pour une telle distinction, apparemment progressiste pour ce qu'elle exclut du pénal (les comportements qui portent atteinte aux biens « disponibles »), on arrive à bâtir un solide argument pour soutenir l'obligation de punir dans les crimes contre la personne. Ceux-ci portent atteinte à des « biens indisponibles », ils entraînent un droit de punir « indisponible » de l'État.

Bref, cette distinction disponible/indisponible débouche – dans les cas des crimes contre la personne – sur l'impossibilité pour la victime de disposer (dans le sens juridique d'opter pour l'exercer ou non) de la sanction criminelle. D'une certaine façon, le droit construit avec cette distinction une « auto-limitation » (en matière de biens « disponibles ») et une « auto-appropriation » (en matière de biens « indisponibles ») : dans ce dernier cas, on exclut la victime et on souligne l'obligation d'une réponse afflictive.

Toutefois, la distinction disponible/indisponible semble vraiment puissante quand elle est associée au droit de punir. Si la protection de « biens indisponibles » était déjà un fort élément de soutien de l'obligation de punir, celle-ci gagne une force redoublée quand

on parle de « droit indisponible » de punir. Regardons empiriquement comment la question se présente :

(...) [S]i le citoyen a été condamné par le droit pénal, il s'agit d'un droit *indisponible* du juge, de la société... Le juge, le Ministère public représentant la société... ils doivent faire purger cette peine à l'individu. Toutefois, si c'est dans le droit civil, (...) s'il s'agit d'un titre exécutoire juridique de *droit disponible* entre citoyens... là, si je veux renoncer à l'exécution je le fais. Mais, quant à l'État, ce n'est pas possible de renoncer. (juge 21)

Cette distinction entre droit disponible et indisponible nous paraît un curieux argument pour soutenir l'obligation de punir. Notons bien que caractériser un droit comme *indisponible* – un droit dont on ne peut se « débarrasser », qui ne nous laisse aucune alternative que de l'exercer – peut être considéré comme un argument fort pour passer d'une *autorisation* de punir à une *obligation* de punir. La peine criminelle, en opposition à des créances du droit civil, serait un droit *indisponible* : le titre exécutoire issu d'une condamnation criminelle *doit inévitablement* être exécuté. Si dans le droit civil une condamnation donne au créancier un droit, dans le sens d'une autorisation d'exiger sa compensation, dans le droit criminel cette même condamnation donne un droit/obligation à l'État de punir.

Cette construction – l'opposition entre droit disponible et indisponible – nous semble être à la fois une conséquence et un point de constante actualisation d'une importante et forte distinction présente dans l'autoportrait du SDC : sa distinction radicale par rapport aux sanctions du droit civil. Pour reprendre un peu la discussion de notre chapitre théorique (supra 4.1.2), nous pouvons dire que le système de droit criminel, pour avoir une identité propre, doit produire sa différence par rapport à d'autres branches du droit criminel. Il doit produire ses propres catégories pour dire ce qui lui appartient de ce qui fait partie du droit civil, du droit du travail, du droit administratif, etc. Produire ses propres catégories signifie produire non seulement ses éléments pour ses propres opérations internes, mais aussi des éléments pour reproduire son identité. Nous

avons déjà dit (supra 4.3) qu'un des autoportraits du SDC est celui de la protection contre le crime¹³⁵. Selon cet autoportrait, la fonction du SDC est de protéger « la société, la victime et la morale contre le criminel » (Pires, 2001b : 73; notre traduction). Pour répondre à cette « auto-image », le SDC doit se donner des éléments pour agir conformément à sa perception de lui-même, il doit produire des éléments pour répondre à cette conception de « protecteur de la société ». La construction du droit de punir comme un droit indisponible peut être comprise dans ce contexte. On contribue ici, en outre, au renforcement et à la reproduction du droit de punir en tant que *droit-obligation* et non pas *droit-autorisation*.

Il y a, en plus, une autre considération – celle que nous paraît la plus importante dans cette section – à être faite sur cette distinction droit disponible et indisponible. Une telle construction nous semble poser des problèmes en ce qui concerne l'autonomie du système juridique. Ce dernier accepte un instrument juridique sur lequel il n'a aucune marge de manœuvre, qui ne permet aucune interprétation. Comment le SDC peut-il être autonome du système politique si le droit qu'il applique est, en tant que droit, indisponible ? La décision de mettre en place et exercer ce droit est déjà dictée par le système politique et le SDC ne fait qu'accepter cette décision. Il nous semble qu'avec cette distinction, le SDC se construit un paradoxe en ce qui a trait à son autonomie et à son rôle de dire le droit. Il crée une auto-limitation de son pouvoir discrétionnaire de dire le droit, il utilise son pouvoir même d'interprétation du droit pour réduire son pouvoir d'action, sa marge de manœuvre pour régler des conflits juridiques. Autrement dit, avec une telle conception du droit indisponible, le SDC conçoit qu'un plus grand espace d'interprétations se heurte à ce qui serait « faire justice ». Ainsi, pour « faire justice », il cède un peu de son autonomie.

Finalement, un autre extrait du juge 21 qui mentionne l'idée d'indisponibilité vaut la peine d'être commenté. Ici l'idée de droit indisponible, liée à l'obligation de punir avec une peine afflictive, apparaît très clairement dans un commentaire qu'il fait à propos du cas d'une famille d'une victime qui avait pardonné un homicide :

¹³⁵ Voir à cet égard Pires (2001b).

[I]l a commis un crime très grave et il s'agit d'un bien indisponible qui est la vie de son semblable. Il doit être puni, il doit subir une conséquence pour cette raison. Parce que moi, (...) quand je vois mes collègues quand ils appliquent une peine – et moi j'ai toujours été un juge plutôt sévère – parfois je dis: « mais vous êtes en train de donner des peines légères ! ». (...) C'est comme si on allait faire preuve de courtoisie, [de gentillesse], avec la vie des autres ! Comment est-ce que je peux être gentil [mou] au détriment de la vie d'autrui? Parce que la famille a pardonné (...) ? Mais, quand il s'agit d'un crime intentionnel, dire que « non, ça va... tout est réglé, on a déjà compris et accepté les circonstances qui l'ont amené à commettre le crime »... C'est-à-dire que je serais en train d'être bienfaisant au détriment de la vie d'une autre personne... peut-être pour bien paraître devant le Créateur... Mais personne n'a demandé à la victime si elle donnerait à l'infracteur ce pardon. (juge 21)

En essayant d'interpréter son propos, nous pouvons dire qu'il distingue radicalement une justice punitive stricte d'une justice centrée sur la pacification sociale et sur l'intégration sociale du coupable. Cette dernière conception de la justice est vue par lui comme un humanisme déplacé, comme une charité dangereuse parce que finalement on ne peut pas transiger avec ce droit « indisponible » de punir (sévèrement). Les juges cléments seraient en train de faire de la charité – et non de faire justice – avec ce qui ne leur appartient pas, avec ce sur quoi ils n'ont pas « le droit » de transiger, puisque c'est un droit dont l'État ne peut pas disposer (dans le sens juridique, c'est-à-dire faire autrement que de l'exécuter). Laissant encore une fois la question de la victime de côté pour l'instant, nous voyons ici de nouveau la force de cette conception de la peine criminelle comme un droit indisponible de l'État. Ne pas punir pourrait être une preuve de clémence, mais d'une clémence qui serait à la limite malsaine : l'État, en tant que titulaire d'un droit indisponible de punir, n'a pas le choix que d'exercer ce droit.

En essayant de mettre ensemble les trois extraits de cette section, nous pouvons dire que si on accepte les raisonnements exprimés dans ces extraits, on arrive à la conclusion que l'État n'est pas seulement obligé de punir un crime compte tenu du fait qu'il est titulaire du droit indisponible de punir, mais qu'il est aussi obligé de le faire en fonction de l'existence de « biens juridiques indisponibles ». Il semble y avoir un double

renforcement de l'obligation de punir de l'État – à cause de son droit indisponible de punir et à cause de l'existence de biens juridiques indisponibles.

Soulignons que nous n'avons pu trouver l'origine de cette distinction entre droits disponibles/indisponibles. Nous l'avons vu être utilisée dans des domaines différents du droit, pour des situations fort différentes, mais sans référence à une possible origine du concept¹³⁶. Un détail intéressant à remarquer ici, c'est que cette distinction nous paraît être particulière à la tradition du *Droit Civil* (en opposition au Common Law). Nous n'avons en tout cas trouvé aucune référence à un concept équivalent dans la tradition du Common Law.

Finalement, on peut voir que cette utilisation de la distinction n'est qu'un ajout aux théories de la peine lorsqu'on observe les textes de la philosophie pénale. Remarquons ce que va dire un commentateur de Hegel (Cattaneo, 2006). Bien sûr, Hegel lui-même ne va pas utiliser l'expression « droit indisponible » ni parler d'un droit de l'État de punir comme droit indisponible. Cependant, Cattaneo va introduire cette idée en l'attachant à la position de Hegel pour la fortifier davantage. Selon Hegel, la peine est un *droit du criminel*. Elle est le résultat de son action même et elle « honore » le criminel puisque c'est le résultat choisi pour lui en tant qu'être raisonnable. Pour Hegel, ce n'est donc pas que la peine est due au criminel, mais plutôt qu'elle est son droit¹³⁷. Pour répondre aux critiques qui ont été dirigées contre ce « droit de se faire punir », Cattaneo (2006 : 78 et ss.) va dire qu'on pourrait bien classer ce droit comme un « droit indisponible, un droit qui est soustrait à la disposition de son titulaire »¹³⁸. De toute évidence, cette réponse de Cattaneo (rappelons-le, une conception moderne d'un texte classique de la philosophie pénale, pas l'expression de l'auteur lui-même) ne se penche

¹³⁶ Nous avons trouvé la référence, par exemple, dans le droit international privé français (le juge doit susciter d'office le conflit de normes quand il s'agit de « droits indisponibles ») et dans le droit de la famille (le droit de la mère de déterminer la filiation de son enfant, le droit de l'enfant à l'aliment, l'autorité parentale).

¹³⁷ « La lésion qui atteint le criminel n'est pas seulement juste en soi, - en tant que juste, elle est en même temps sa volonté qui est en *soi*, une existence de sa liberté, *son* droit; mais elle est aussi un *droit* pour le *criminel* même, c'est-à-dire qu'elle est *placée* dans sa volonté existante, dans son action... Le fait qu'en cela la punition soit considérée comme contenant *son* droit propre, *honore* le criminel en tant qu'être raisonnable. » (Hegel, apud Cattaneo, 2006 : 78).

¹³⁸ Cattaneo lui-même va trouver par la suite un problème avec cette défense de Hegel, puisque celui-ci admet la peine de mort et donc il ne regarde pas comme indisponible le droit à la vie, « qui est pourtant le droit indisponible par excellence ». (Cattaneo, 2006 : 79).

ni ne résout les problèmes du renforcement de l'obligation de punir et de la perte d'autonomie du SDC que nous avons montrée dans cette section.

Bref, même si nous n'avons pas trouvé l'origine de l'expression, il est frappant de constater le degré de compatibilité de cette distinction avec des textes classiques qui soutiennent l'obligation de punir. Pensons, par exemple, au discours de Beccaria :

« Quelquefois on s'abstient de punir un délit peu important, lorsque l'offensé le pardonne. C'est un acte de bienfaisance, mais un acte contraire au bien public. Un particulier peut bien ne pas exiger la réparation du tort qu'on lui a fait; mais le pardon qu'il accorde ne peut détruire la nécessité de l'exemple. » (Beccaria, 1764 [2002] : 69)

On ne parle pas, de toute évidence, d'un droit indisponible de punir, mais on révèle ici, avec cette critique du pardon, une vision de l'obligation de punir – associée à la dissuasion – qui est fort répandue dans notre façon de construire la punition moderne. Beccaria oppose ici la bienfaisance à la justice comme le juge 21 a opposé la « courtoisie avec la vie d'autrui » à la justice. En d'autres mots, dans les deux cas, il y a une opposition entre justice et humanisme. Les tentatives de modération, de penser la punition autrement, de disposer de la peine librement, etc., sont perçues comme un humanisme qui nuit à la justice. La question du droit indisponible semble être à la fois un dédoublement empirico-dogmatique et un élément de renforcement de l'obligation de punir et, par conséquent, de la distinction qui oppose « justice » à « humanisme ».

6.2.2. L'obligation de punir en fonction de l'improbabilité de la composition et pour garantir la pacification de la société

Un autre argument avancé dans les communications du SDC pour soutenir l'obligation de punir est celui qui défend la peine pour éviter la violence qui surgirait en son absence : la peine est conçue ici comme pouvant venir à remplacer définitivement

une situation de « justice privée » – soit par la vengeance des victimes, soit par l'émeute soulevée par un public outragé par le crime – qui sûrement (selon ce point de vue) prévaudrait sans ladite peine. En d'autres mots, l'obligation de punir trouve aussi un point d'appui important dans l'idée que son absence déboucherait sur une situation de violence sociale.

L'idée que l'État remplace la vengeance privée est fortement enracinée chez les théoriciens du droit pénal. Carrara, dans un long extrait, résume bien cette idée du droit pénal comme une « conquête de la civilisation », comme un signe de progrès. Dans ce texte qui date du XIX^e siècle, Carrara voit encore la vengeance comme un « sentiment inné » :

« Le sentiment inné de la *vengeance privée* a été, dans les sociétés primitives, de sa nature de passion élevé à la hauteur d'un droit : droit exigible, droit héréditaire, droit rachetable au gré de l'offensé, droit que pendant des siècles on a regardé comme *exclusivement propre à l'offensé* et aux siens. Telle est l'origine *historique* de la pénalité. Nous la voyons dans les livres de Moïse, dans Homère, et les voyageurs l'ont retrouvée en Asie, en Afrique, et chez les peuples du Nouveau-Monde. (...) Puis, la civilisation se développant sous l'influence de la religion, celle-ci prit la direction de tous les sentiments de l'homme, et l'on pensa que les prêtres devaient être les *appréciateurs* de la vengeance privée. Une fois l'idée religieuse entrée dans la pénalité, et les jugements arrivés à la forme théocratique ou semi-théocratique, la conception de la *vengeance divine* vint se substituer à celle de la *vengeance privée*. Vue très-utile et très civilisatrice à l'origine : en effet, ces hommes grossiers dans leur férocité, qui regardaient la vengeance comme leur droit propre, n'auraient pas consenti à résigner ce prétendu droit entre les mains d'autres semblables à eux. Au contraire, il fut aisé de leur persuader d'abandonner ce sentiment, en leur disant que son exercice était un droit exclusif de la divinité. (...) Mais le progrès de la civilisation fit acquérir aux peuples l'idée de l'*État*, et la société civile étant ainsi personnifiée, on fonda sur cette nouvelle idée l'organisation du gouvernement, la débarrassant peu à peu de tout alliage théocratique. Alors à cette nouvelle idée on adapta le vieux principe de la *vengeance* dans les peines. On ne vit plus dans le *délit* une offense envers le *particulier* ou envers la *divinité*, mais une

offense envers la *société tout entière*. On ne vit plus dans la peine une vengeance *privée*, ou une vengeance *divine*, mais une vengeance de la *société offensée*. » (Carrara, 1876 [1890] : 301, 302; notre souligné)

On voit ici clairement, chez Francesco Carrara, un des théoriciens du droit pénal le plus important du XIX^e siècle, comment la peine du droit criminel moderne est conçue comme un signe du progrès de la civilisation. D'abord par la voie de la religion et ensuite par celle de l'État, on aurait « domestiqué » d'abord la vengeance sauvage et, ensuite, le droit de punir privé pour qu'il devienne cette forme plus évoluée de punir de l'État. Cette idée d'un « signe de l'avancement de la société » nous paraît encore aujourd'hui assez présente dans la conception de la punition étatique. En plus, cette image idéalisée de la peine nous semble constituer un obstacle à une observation critique de la punition du droit criminel moderne.

Notons pourtant que cette description historique ne précise pas ce qu'est la vengeance. En d'autres mots, la réponse à l'acte criminel, qui passe de l'individu à la société offensée, est représentée ici comme un simple transfert de l'exercice de la sanction de la victime à la société. Toutefois, ce que nous allons voir à partir de notre empirie, c'est que cette idée du transfert de la peine va s'attacher à un concept substantialisé de la peine comme étant une réponse afflictive et, en plus, obligatoire.

À partir d'un raisonnement qui rappelle celui de Carrara, un des juges interviewés va arriver à la conclusion que la peine du SDC, ce signe du progrès et du développement de la civilisation, ne pourrait pas être trop lâche, sinon elle perdrait sa connexion, pour ainsi dire, avec son rôle historique et sa fonction de remplacer la vengeance privée. Regardons l'extrait suivant dans lequel ce juge parle d'un crime qui venait d'arriver au Brésil¹³⁹ :

¹³⁹ Il s'agit du double meurtre d'un jeune couple qui faisait de la marche en montagne. Ils ont été abordés par un individu avec une arme à feu. Celui-ci a tiré sur le gars et l'a tué. Il a ensuite kidnappé la fille et l'a violée, pour enfin tirer sur elle avant de quitter les lieux. Elle a été trouvée vivante la journée suivante. Le crime avait eu lieu la semaine avant l'entrevue.

Alors, ce type de comportement [il parle d'un crime violent] produit dans la société une répercussion, je crois, dans le sens d'exiger une punition accrue, d'un durcissement de l'application de la loi pénale en tant que réponse, en tant qu'un genre de sentiment collectif de justice. Et justice dans ce cas comme un reproche rétributif, une rétribution du mal, une rétribution avec un autre mal qui serait l'application de la loi pénale (...). Et cette fonction de satisfaction de cette expectative de rétribution pour actes illicites, surtout de nature criminelle, elle est une fonction qui se lie surtout avec la légitimité aussi, c'est-à-dire avec la perception de la légitimité de l'activité du pouvoir judiciaire dans le domaine criminel. C'est-à-dire un pouvoir judiciaire qui se placerait complètement loin de cette expectative de justice que certains actes plus graves entraînent dans la société... il serait un pouvoir judiciaire qui perdrait de sa légitimité s'il ne prenait pas en considération d'une façon quelconque cette répercussion sociale accrue. Et là, il nuirait ou réduirait peut-être son importance sociale d'action substitutive de l'État par rapport à cette application de la rétribution. Je trouve qu'un des grands éléments de démonstration de civilité d'une société est la facilité avec laquelle nous attribuons à nos institutions la réalisation d'actes que nous voudrions parfois pratiquer nous-mêmes. Et dans ce domaine de l'activité criminelle, surtout violente, les personnes indirectement touchées et celles plus directement touchées – la parenté de la victime – ont tendance, pour une question culturelle, à vouloir rétribuer, à faire justice eux-mêmes. Alors, au fur et à mesure que le pouvoir judiciaire se distancie de ce besoin de donner une réponse plus dure à certains faits, il stimule la tendance de la société à perdre confiance dans cette activité substitutive et à vouloir faire justice par elle-même. (juge 16)

Laissant de côté pour l'instant la question de la réception de l'opinion publique et de la confiance dans la justice (voir infra 7.2.3.5), il est intéressant de constater ici le sens donné au terme « civilité ». La peine qui produit un mal serait importante en tant que démonstration de civilité par le simple fait qu'elle remplace la réponse violente du groupe à cet acte criminel : nous « canalisons » la violence latente du groupe offensé (victime, parenté, société) à travers cette réponse « réfléchie » et « neutre » qui, pour ces raisons est un symbole de la civilité de la société.

À partir d'un tel point de vue, il devient difficile de ne pas voir la peine sévère comme étant utile et nécessaire. Sous ce point de vue, il est plus difficile de développer

une autre conception de la peine, puisqu'on assume que son absence dans sa forme plus violente causerait d'autres violences encore plus grandes : l'augmentation de la justice privée ou de lynchages. En conséquence, la peine serait, dans sa forme actuelle, un signe « de civilité de la société », un outil indispensable de la vie sociale, une composante sans laquelle nous retournerions à une vie « prémoderne ». Donc, faire du mal en recourant à la peine doit être perçu comme un bien pour la société, ou au moins un mal nécessaire sans lequel on risque une plus grande violence. Voilà une autre raison importante, dans le SDC, pour soutenir une obligation de punir.

Regardons un autre extrait qui apporte le même argument :

« C'est quoi ma vision du droit pénal? C'est une vision qu'il est nécessaire; il n'est pas totalement suffisant, [...] ni consolidé, mais il est nécessaire. [...] Je ne peux pas être hypocrite et défendre théoriquement une chose que dans la pratique je ne vais pas faire. Je ne peux pas dire : « À bas la peine par l'État ! ». Elle est oppressive, je n'en doute pas, mais je me demande jusqu'à quel point elle est plus oppressive que la peine appliquée dans la *favela*¹⁴⁰, qui est aussi appliquée, qui est un système parallèle. Donc, je trouve que, souvent, quand on critique l'État comme la figure de l'opresseur qui s'est légitimé par la violence réelle et symbolique à travers la peine, on ne pense pas que si je démontais ce système – si jamais c'était un jour possible – qu'est-ce qui en résulterait? Ce système aboutirait à une justice féodale, il retournerait au Moyen Âge, il s'en irait vers les fiefs, évidemment avec une autre conception du Moyen Âge, mais c'est ça, c'est une justice féodale. Qui va prendre en charge ce processus? Parce que la peine va toujours exister [...], à un moment ou l'autre elle va avoir lieu... À moins qu'on parte d'un présupposé qu'il est possible que les individus promeuvent des auto-compositions... [...] Si je pars de ce présupposé, la peine arrête d'avoir du sens; mais je pars du présupposé qu'il est improbable que cela se produise complètement, alors la peine garde sa place. Et elle garde sa place comment? Inévitablement, comme une manière de vengeance. Même si les gens ne le disent pas, c'est une vengeance. Médiatisée par les structures, mais c'est une vengeance. » (juge 13)

¹⁴⁰ La référence ici est aux bidonvilles brésiliens, des lieux perçus dans l'imaginaire brésilien à la fois comme dépourvus de la présence de l'État et soumis à l'influence de groupes criminels qui réglaient leurs problèmes et maintiennent l'ordre dans ces lieux à partir de la peur que leurs punitions sévères entraînent.

Notre informateur a raison de dire que la peine (dans le sens d'une sanction criminelle quelconque) est nécessaire pour le système de droit criminel. Il est difficile de concevoir un système de droit sans aucune sanction. Cependant, dans cet extrait, on voit se reproduire encore une fois l'idée que la peine existe pour éviter un « éclatement » de la justice en plusieurs justices privées et, sous cette perspective, il est très difficile de ne pas substantialiser le concept de peine comme l'infliction obligatoire d'une souffrance. Ce juge compare la peine du droit criminel à d'autres systèmes sociaux normatifs (la « peine » des « favelas ») pour conclure que la peine de l'État est relativement beaucoup plus modérée dans la canalisation des sentiments de vengeance que ces autres pratiques sociales parallèles. Avec une telle comparaison, on ne peut pas concevoir la réponse pénale comme pouvant être différente de ce qu'elle est : si elle n'était pas une réponse obligatoire et afflictive, elle ne permettrait pas de canaliser le sentiment collectif de vengeance face à un crime. Et face à toute cette animosité présente dans la société en vertu d'un crime, le mal de la peine ne peut être vu que comme le moindre des maux.

Il faut reconnaître, à notre avis, que l'absence complète d'une sanction criminelle par le SDC pourrait éventuellement susciter des problèmes graves dans la société moderne. Toutefois, ce constat ne nous autorise pas à idéaliser la structure punitive actuelle du SDC. On ne peut pas non plus présupposer que la vengeance privée et le lynchage seraient une conséquence du fait que le SDC ne ferait pas suffisamment souffrir les coupables.

6.2.3. L'obligation de punir en vertu de l'intérêt de la société

Par-delà ce présupposé de la prévention de la violence privée (dont nous venons de parler), l'idée de l'obligation de punir est renforcée par une autre construction très similaire. L'idée est la suivante : le crime est une offense à la société et donc la punition est dans son intérêt autant ou même plus que dans celui des parties impliquées. Il s'agit

d'une idée qui est une composante du concept de peine (Pires, 1998 : 32 et ss.)¹⁴¹. Cette interposition dans le conflit d'une tierce partie est même une idée fondatrice du droit pénal moderne. Elle est originaire des XI^e et XII^e siècles et elle traverse les siècles comme l'expression du pouvoir du souverain qui va par la suite être remplacé par la société qui s'arroge le statut de victime et le droit d'exiger une réparation¹⁴².

Le crime, pour le droit criminel moderne, est surtout une offense contre la société, et la peine, par conséquent, est une réponse de cette victime immatérielle mise en place par le système politique et le SDC. La RPM trouve dans l'idée d'un intermédiaire du conflit pénal – qui est devenue fort naturelle pour tous les opérateurs du SDC – un puissant mécanisme pour bloquer des tentatives d'apporter des changements à notre façon de concevoir la punition. Voyons maintenant comment cette idée de l'intérêt de la société pour la peine renforce l'obligation de vouloir d'infliger.

Tout d'abord, un procureur nous explique pourquoi une simple entente entre agresseur et victime ne suffit pas comme solution au conflit :

(Intervieweur) S'il s'agit de reconstruire l'ordre juridique, pourquoi l'infracteur ne peut-il pas faire une transaction directe avec la victime?

Parce qu'il y a l'intérêt de l'État. Le crime n'intéresse pas que la victime, il intéresse aussi l'État. (...) Quand monsieur X commet un crime contre monsieur Y, la victime (Y) est la personne qui a un intérêt à être dédommée, etc., mais l'État a l'intérêt qui prime sur ce de la victime de vouloir ne pas voir cette conduite se reproduire. (procureur 5)

Fort d'un d'un raisonnement issu de la théorie de la dissuasion (l'intérêt de l'État de ne pas voir cette conduite se reproduire), ce procureur exprime clairement ici l'idée que l'intérêt de l'État prime sur celui des parties impliquées. L'intérêt, dans ce cas

¹⁴¹ Elle est bien visible, par exemple, dans l'extrait même de Carrara (1876 [1890]) que nous avons utilisé dans la section précédente pour parler de l'idée de la peine comme élément de pacification de la société.

¹⁴² L'idée d'un intermédiaire dans un conflit qui au début était privé a une très longue histoire que nous ne pouvons pas rappeler ici. Pour une généalogie de l'idée de l'intérêt de la société (ainsi que pour la généalogie du concept d'infraction qui y est intimement lié), voir Foucault, 1973 [1994] et 1975.

spécifique, relève du but de dissuader d'autres individus (ou le criminel lui-même). Quoi qu'il en soit, l'essentiel ici est cette idée que le conflit « appartient » à l'État¹⁴³.

Mais il est toujours possible de concevoir – si l'on se place à l'extérieur des théories de la peine – que l'intérêt de la société pourrait aussi être très bien servi par une transaction entre les parties impliquées. Ou par un pardon. Ne peut-on considérer que l'intérêt de la société pourrait être seulement la pacification d'un conflit? La question qui nous interpelle est la façon par laquelle l'idée de l'intérêt de la société est associée ici à un raisonnement (issu de la théorie de la dissuasion) qui renforce une obligation de punir.

Dans l'extrait suivant, on voit que la pacification entre les parties est associée à une privatisation de la justice. Par conséquent, on va à nouveau valoriser la punition telle qu'elle est conçue par les théories de la peine. Regardons-le pour ensuite en discuter :

Je crois que la punition va être nécessaire [on parle d'un cas où la famille de la victime d'homicide avait pardonné à l'agresseur], mais on peut prendre en considération [l'opinion de la famille de la victime]. Mais je crois que transférer ça aux victimes, c'est un peu compliqué, parce que sinon on retourne à la question de (...) la privatisation de la justice.

(Intervieweur) Mais pourquoi cela est-il un problème? Vous ne pouvez pas concevoir la justice comme un instrument de résolution de conflits?

Je crois que jusqu'à un certain point... (...) Parce que là, on entre dans la question de la politisation, de la négociation, et là j'ai des doutes si la question de se limiter à solutionner des conflits serait le rôle de la justice... ou s'il y a aussi un volet de faire ce qui est droit, ce qui est juste... [de respecter] certains valeurs qui gardent la société ou qui sont par elle acceptées.

(Intervieweur) Alors dans ce cas, ce qui est droit serait donner une peine...

Une peine...

(Intervieweur) Afflictive?

¹⁴³ Voir à cet égard, Christie (1977).

Afflictive, à mon avis. (juge 6)

L'affirmation que le rôle de la « justice » (en tant que système) est de mettre en avant certaines valeurs de la société nous paraît bien pertinente. Mais le problème se situe dans le glissement qui vient par la suite : faire ce qui est « droit », c'est donner une peine afflictive. On doit se demander si « les valeurs de la société » (ce qui me paraît dans ce cas-ci être un équivalent fonctionnel de « l'intérêt de la société ») sont en effet mieux protégées par la mise en place d'une peine afflictive dans un cas, par exemple, où la victime ne demande pas de punition.

6.2.4. L'obligation de punir : les deux faces de l'*ultima ratio*

Dans cette section, nous allons faire état de la manière par laquelle certains opérateurs du système de droit criminel ont fait usage du principe juridique de l'*ultima ratio*. Compte tenu de l'utilisation particulière du principe qui semble avoir été faite par certaines des personnes interviewées, nous devons le placer dans un contexte plus large pour être capable de développer un argument sur une contradiction qui émerge avec l'interprétation et l'application de ce principe par le SDC.

Commençons par rappeler que ce principe est un *médium* qui peut prendre plusieurs formes. Nous allons faire état dans cette section de deux formes opposées : l'une qui semble renforcer une idée de modération de l'intervention pénale; l'autre qui semble renforcer l'obligation d'infliger une souffrance en tant que peine criminelle. Faisons toutefois d'abord un bref exposé de la question pour ensuite être mieux en mesure de faire ressortir le problème que posent ces deux formes opposées.

Ce principe (ou ce médium) juridique fait référence à l'idée que le droit pénal doit être l'*ultima ratio*, c'est-à-dire que le droit pénal est la dernière instance de solution de conflits que la société doit utiliser. La peine criminelle, selon ce principe, serait le « dernier argument ou recours de l'État » pour imposer l'ordre ou défendre la société. La

peine (sévère, visant à infliger une souffrance) serait l'instrument ultime de préservation du lien social, et comme tel, il ne devrait être utilisé que dans les moments où on constate un événement criminel qui est vraiment grave pour cette société.

Mais d'où vient cette idée d'*ultima ratio*? Ce principe a été importé dans le droit pénal à partir d'une doctrine bien connue en droit international : le *jus ad bellum* et le *jus in bello*. C'est la doctrine qui traite du droit d'entrer en guerre (*jus ad bellum*) et du droit au cours de la guerre (*jus in bello*). On parle ici d'un ensemble de principes qui rendraient la déclaration de guerre juste, les conditions nécessaires pour qu'un souverain puisse faire appel à la force de son armée d'une « façon légale », ainsi que de l'ensemble de règles pour que les actions pendant la guerre soient justes. Ayant une longue tradition dans la philosophie du droit (qui passe par des classiques de la philosophie au cours des siècles, comme Platon, Aristote, Saint Augustine, Saint Thomas et Hugo Grotius)¹⁴⁴, cette discussion sort un peu du cadre de notre thèse. Nous voulons simplement reprendre, dans leurs grandes lignes, les principes généraux de cette doctrine pour montrer une certaine ambiguïté du de l'héritage de ce principe dans le droit criminel moderne.

La doctrine de la guerre juste détermine que la guerre n'est possible qu'en dernier recours, quand des négociations ne sont plus possibles. Elle détermine aussi qu'elle doit être déclarée par l'autorité compétente, que l'ennemi doit être informé de la guerre et qu'elle doit avoir la paix comme objectif.¹⁴⁵ Saint Thomas d'Aquin (qui considérait que la guerre pouvait servir à punir une injustice) ajoutait que la guerre était nécessaire seulement quand il n'y avait pas un autre moyen de corriger cette injustice. Qui plus est, il précisait que pour que la guerre demeure juste, la violence utilisée ne devait pas être plus grande que celle qui était nécessaire pour contrer une attaque, et le dommage causé ne devait pas non plus être plus grand que celui de l'injustice qui avait causé la guerre¹⁴⁶. Ainsi, on peut constater, dans ce principe de l'*ultima ratio*, autant une limitation de l'usage de la guerre qu'un principe de proportionnalité. En plus, non seulement la guerre est le dernier recours, mais on peut aussi l'abandonner à tout moment pour reprendre des négociations. La guerre est conçue comme quelque chose de négatif, comme une

¹⁴⁴ Sur l'histoire de la doctrine de la guerre juste ainsi que sur l'origine de l'idée du concept d'*ultima ratio*, voir Isakovic (1998), Christopher (1994), Mattox (2006), Husak (2004) et Minkinen (2006).

¹⁴⁵ Ce sont les grandes lignes déjà présentes dans Cicéron. Voir Isakovic (1998) et Mattox (2006).

¹⁴⁶ Sur Saint Thomas d'Aquin et la guerre juste, voir Isankovic (1998).

nécessité en face d'un mal plus grand, comme le dernier recours pour se protéger ou punir l'agresseur.

Bref, dans son origine, le principe de l'*ultima ratio* avait un volet modérateur. Le *jus ad bellum* (droit d'entrer en guerre) limite le plus possible le recours à la guerre et le *jus in bello* (droit dans la guerre) intègre un principe de proportionnalité pour déterminer qu'on a « le droit d'utiliser la force minimale suffisante » (Mellon, 1995 : 1703).

Par ailleurs, si le principe était à l'origine un principe pour déterminer que la guerre était un moyen extrême, il était aussi suffisamment ambigu pour laisser de la marge pour recourir à des usages répressifs : ce principe peut se présenter aussi comme une expression équivalente à « *extrema ratio* » ou encore « *ultima ration regum* » (Tosi, 1991, n.1212). Comme remarque Pires (2012), l'ambiguïté va être clairement visible dans un fait historique : en 1650, « Louis XIV demande d'écrire *ultima ratio regum* ("le dernier argument des rois) dans les canons qui étaient fabriqués » (Tosi, 1991 : 550; cité par Pires, 2012). On voit bien que, dans ce cas, le médium *ultima ratio* ne prend pas le sens d'un principe de modération : « une fois dans la guerre, il ne s'agit plus d'utiliser le moins possible le canon et d'arrêter de tirer le plus tôt possible, mais simplement de marquer le plus agressivement et clairement possible sa présence et sa supériorité face à son adversaire » (Pires, 2012).

Or, ces deux sens, le modérateur et le non modérateur vont se trouver dans les communications du droit criminel. Essayons maintenant de montrer comment l'ambiguïté du concept est encore présente à partir d'exemples empiriques. Pour illustrer notre propos, nous faisons appel non seulement à notre matériel empirique mais aussi à un exemple canadien.

Commençons d'abord par le principe de l'*ultima ratio* comme un principe de modération. La Commission de réforme du droit du Canada va accorder une grande place au principe de l'*ultima ratio* au sens modérateur. Selon la Commission, ce principe doit être appliqué non seulement par le législateur mais également par les tribunaux. D'une manière générale, et cela vaut autant pour le législateur que pour les tribunaux et pour la gestion des peines, « il vaut mieux faire trop peu que trop » (C.R.D.C., 1976 : 18). La Commission insiste sur l'idée que « ce qui compte n'est pas le nombre d'affaires qui sont

traitées par le système, mais la nature même du système ». En effet, « c'est une question de qualité, et non de quantité ». En ce qui concerne le législateur, il faut avoir moins de lois pénales et créer des mécanismes pour mieux sélectionner les conflits qui doivent être soumis aux tribunaux (y compris à travers le pouvoir discrétionnaire de la poursuite). Pour ce qui est du tribunal et de la gestion des peines, il faut recourir le moins possible à la peine de prison et y infliger les peines les moins longues possibles.

Une communication de nos interviewés va aussi construire une forme modératrice dans le médium *ultima ratio*. Dans l'extrait suivant, le procureur 12 plaide pour la réduction de la taille du filet pénal et pour l'ouverture à des mesures alternatives à la peine de prison, et il le fait à l'aide du concept de l'*ultima ratio* :

Moi... je ne (...) crois vraiment pas au pouvoir de dissuasion du droit pénal. Mon cher, si j'y croyais, je ne pourrais pas croire au droit pénal minimum, au droit pénal comme *ultima ratio*, comme j'y crois. Et je suis [aussi] favorable à décriminaliser d'innombrables comportements, et quand on ne décriminalise pas, je suis favorable à rendre plus difficile la poursuite par le Ministère public (...). Donc je ne peux pas affirmer que je crois que le système pénal (...)_promeuve la dissuasion, qu'il ait cette fonction... Je ne crois pas par exemple qu'il y ait qui que ce soit qui arrête de faire des vols de banque parce que c'est un crime très grave et qu'on peut subir une peine à perpétuité. (...) Mais je suis aussi obligé de dire la chose suivante : que si on admet, dans n'importe quelle hypothèse d'atteinte à un bien juridique, que la victime ou sa famille ait la possibilité d'exclure le système pénal de la solution de ce conflit... là, je trouve que ça... [faisant signe que non]. Dit autrement, je ne prends ni un extrême ni l'autre, je reste à mi-chemin, sans être utilitariste. Moi je ne me vois pas comme étant utilitariste, comprends-tu? Je crois que l'État pénal doit en effet agir par rapport à certains délits, doit agir avec proportionnalité, avec rationalité, avec des peines appropriées (...), avec des mesures « dépénalisatrices », avec des peines alternatives à la peine de prison... pas juste avec cette peine pour toutes sortes de crimes, avec la possibilité de remplacer la peine de prison par des peines qui limitent les droits [du condamné], avec la possibilité de dépénalisation – ce qui s'est déjà produit avec des crimes moins graves et qui pourrait s'appliquer à d'autres, avec une transaction pénale, avec une composition civile (du dédommagement)... (procureur 12)

Nous voyons dans cet extrait la possibilité de penser à d'autres solutions par-delà une peine afflictive. Le principe de l'*ultima ratio* y est présent en association à un « droit pénal minimum » : on ne nie pas la nécessité du recours à la force de la peine afflictive, mais elle doit être considérée après l'évaluation de la nécessité de la poursuite criminelle, de la possibilité des « mesures dépenalisatrices » ou même des peines de limitation de droits (autres que la prison). Bref, il nous semble que les propos de cet extrait, auxquels s'ajoute une non croyance à la dissuasion en matière pénale, valorisent le droit pénal comme *ultima ratio* dans ce sens modérateur.

Après avoir critiqué la dissuasion, ce procureur affirme, à l'aide d'un discours bien colonisé par la RPM, qu'il arrive qu'on ne puisse exclure le pénal, qu'une composition entre victime et agresseur est inacceptable dans certains cas de « lésions à des biens juridiques ». Il soutient néanmoins que l'État doit quand même utiliser des peines alternatives à la prison, des mesures « non pénales » comme la composition entre les acteurs impliqués dans le conflit, avec une transaction pénale. L'ouverture à un horizon hors de la RPM apparaît dans une telle conception, mais on doit reconnaître qu'elle reste très limitée. On est ouvert à des solutions alternatives, mais en autant que ce soit pour des questions moins importantes pour le SDC.

Toutefois, cette manière de comprendre le principe de l'*ultima ratio* va diverger d'une autre construction du même principe que nous trouvons dans plusieurs passages de nos entrevues. Et c'est cette forme dudit principe que nous trouvons particulièrement problématique. La sélection de sens serait la suivante : la peine afflictive est en effet observée comme un instrument de dernier recours pour le SDC; par contre, compte tenu qu'elle est le dernier recours, *cette peine doit être très forte, avec beaucoup d'intensité*. Le principe de l'intervention en dernier recours devient une simple directive (faible) pour le législateur (et elle est souvent ignorée par lui), mais dès qu'un comportement rentre dans la sphère du pénal, les précautions contre l'utilisation de la *guerre* (c'est-à-dire, l'intervention la plus violente) sont déjà surmontées, le principe est neutralisé et on n'a plus d'arguments pour soutenir la modération. Tout se passe comme si l'aspect de la doctrine qui conseille une modération après l'entrée en guerre (les éléments qui soutiennent que l'objectif de la guerre est la paix, que la guerre doit être la moins

dévastatrice possible et qu'on peut à tout moment l'abandonner si des négociations sont possibles) ne semblait pas avoir été incorporé par cette compréhension restrictive du médium *ultima ratio*. Ainsi, ce type de communication intègre le principe de façon telle que dès qu'on *entre en guerre* (qu'on appelle le droit pénal), la modération n'aurait plus de sens. Ainsi, l'*ultima ratio* demeure un discours (faible et apologétique) de modération dans le pénal qui concerne exclusivement le législateur.

Regardons de plus près comment tout cela est apparu dans notre empirie. Tout d'abord il faut reconnaître que le discours selon lequel nous ne pouvons pas utiliser le droit criminel pour n'importe quel comportement problématique est toujours présent. Certaines infractions ne constituent pas une « juste cause », ou plutôt semblent être susceptibles d'être réglées par d'autres branches du droit avant qu'on leur fasse la « guerre ». Regardons par exemple ce que dit un de nos interviewés :

Puis, je trouve qu'il est nécessaire que l'État agisse pour éviter le piratage [informatique/électronique], mais pas au niveau criminel. Le niveau criminel, c'est le dernier. C'est cette histoire du principe de l'*ultima ratio*... C'est [en faisant une métaphore avec le soccer] le défenseur qui reste en arrière et qui n'entre en jeu qu'après que tous les autres aient été battus et que l'attaquant soit devant notre but... C'est soit lui soit le but de l'autre équipe. C'est à ce moment qu'entre en scène la justice criminelle. Alors ce n'est pas la première à sortir pour arrêter l'individu. (...) Il y a la voie administrative, la mairie qui appréhende sa marchandise, qui lui donne une amende ou quoi que ce soit d'équivalent, lui enlève sa licence de fonctionnement. Dans le domaine administratif, aucun problème. Mais arrêter l'individu?!? Lui donner un casier pour qu'il ne puisse plus se trouver une job parce qu'il est considéré comme un criminel... ça je trouve abominable. (procureur 11)

On voit bien comment la communication sur le principe de l'*ultima ratio* se présente ici : c'est une sélection qui revient au législateur. Face à un comportement qu'il ne considère pas trop menaçant pour la société, le législateur ne devrait pas utiliser le droit criminel. Celui-ci est une solution draconienne, qui entraîne des conséquences

graves pour l'individu (le casier et la stigmatisation qui en découle), et donc ne devrait être mis en pratique que quand il existe vraiment une menace pour la société. Conçu ainsi, le principe fonctionne comme un « diviseur d'eaux » entre ce qui compte vraiment (les crimes les plus graves) et ce qui est perçu comme ne devant pas être un crime. Toutefois, dès qu'on trouve que c'est un crime, la modération possible apportée par l'*ultima ratio* disparaît ou presque.

Voyons la suite de ce raisonnement :

De toute façon, ce critère de l'*ultima ratio* doit être présent dans le travail de tout opérateur du droit criminel. Surtout celui des juges et des procureurs. On ne peut pas banaliser l'activité du droit criminel d'une telle façon qu'elle perde son importance en tant que dernier [ressort]... et en tant que le plus puissant instrument de contrôle social. Il n'y a rien après lui. (...) On arrive à l'absurdité... regardez cette dernière loi sur les drogues par exemple... [le crime] d'avoir de la drogue pour consommation personnelle. (...) [Le législateur] n'a pas eu le courage de décriminaliser. (...) On a trouvé une solution : une peine d'avertissement. Mais regardez bien, on est arrivé à un tel degré de manque de logique qu'un crime, supposément la dernière instance du contrôle social, a une peine plus légère que celle de l'instance administrative, qui est le premier [niveau] du contrôle étatique. Il y a les contrôles extra-étatiques, la famille, la religion, etc., mais parmi ceux de l'État, c'est le premier... et là on a une peine d'amende. Et là on ajoute pour le crime une peine d'avertissement. Ça c'est une absurdité, c'est absolument illogique. (procureur 11)

On voit clairement ici comment, dans cette utilisation du principe de l'*ultima ratio*, le droit criminel *ne peut pas avoir* des peines modérées, seulement des « canons » très puissants; tout le reste c'est observé comme étant une « incohérence ». C'est une représentation militaire et guerrière du droit criminel, mais sans la doctrine du *jus in bello* (de modération *dans* la guerre).

La question qui se pose pour l'instant est la suivante : quelle relation voyons-nous entre le principe de l'*ultima ratio* et l'obligation de punir (le thème de cette section)? Comme nous l'avons déjà dit, le principe de l'*ultima ratio* est un médium (référence faite

à la pensée de Luhmann que nous avons déjà exposée – infra 4.1.1 et 4.1.2). En tant que médium, il nous permet de faire une certaine délimitation de sens, mais il est ouvert à différentes « formes ». Mais dans la forme qu'il prend ici, il produit le résultat inverse de son sens modérateur : il prend une forme qui renforce l'obligation de punir. En résumé, sous cette forme, le principe de *l'ultima ratio* permet de naturaliser la réponse dure et afflictive du droit criminel. Il se présente alors, paradoxalement, comme un obstacle à un nouveau droit criminel, plus complexe et modérateur.

Cette forme ressort de façon claire aussi dans le discours du juge 8. Suite à un questionnement sur une ouverture possible de l'éventail de peines au SDC, toute une construction théorique est mise en place pour soutenir le caractère incontournable d'une obligation de punir, et d'une obligation de punir avec des peines afflictives, ayant le principe de *l'ultima ratio* comme un des arguments fondamentaux :

Ça [l'ouverture de l'éventail de possibilités de peine du droit pénal] c'est un problème en raison de la structure philosophique même (...) du droit pénal. Le droit pénal (...) est un droit d'exception, est un droit qui arrive à un moment critique de la réglementation sociale. Dans le [droit] civil, on a toute la liberté du droit alternatif parce que là, la règle c'est la créativité, donc là je peux avoir la liberté de forme (...). Dans le [droit] criminel, on n'a pas cette liberté. Bien au contraire, le droit criminel travaille de façon restrictive. Et il travaille de façon restrictive parce qu'il est le dernier rempart pour qu'il y ait possibilité de vie en société. (...) Le filet le plus fin de défense de la société, c'est le droit pénal. Alors, le droit pénal n'a une raison d'être que quand on regarde des situations qui entraîneraient une désagrégation du groupe. (...) [L]e droit pénal se limite à examiner cela : il entre comme élément de défense du tissu social au moment où l'absence d'une réponse (...) à un comportement collectivement délétère (...) met la société en péril. Il entre pour protéger cette dimension finale. Pour cette raison, on peut justifier (...) qu'il adopte une restriction ou une punition plus intense que les autres [branches du droit] ; c'est parce qu'il est le dernier rempart de défense de la société. Si on ne défend pas ces intérêts-là, si on ne défend pas ces biens-là, la société se désintègre. Donc, s'il est (...) la dernière défense de la société, il est alors nécessaire qu'il y ait une différenciation de traitement compatible avec la gravité de l'objet

sur lequel il se penche. Et pour cette raison, cette sanction doit bien sûr être fondamentalement restrictive de liberté. (juge 8)

On voit bien dans ce passage la mobilisation de l'argument du droit pénal comme *ultima ratio* pour justifier non seulement l'obligation de punir, mais aussi de le faire avec une peine d'emprisonnement. Le juge reprend l'idée que le droit criminel et sa peine sont les éléments ultimes de défense de la société et comme tels on ne doit y recourir que quand il y a un comportement qui met en danger la société, mais il met l'accent ici sur le fait que, en tant que défense ultime, elle doit être une *défense forte, plus intense*. Encore une fois, le sens modérateur du principe est neutralisé.

Si nous portons attention à ces observations empiriques, nous devons conclure que même le principe de l'*ultima ratio* peut être employé à l'intérieur du système de pensée de la rationalité pénale moderne pour servir d'obstacle cognitif à l'évolution du droit criminel et pour stimuler l'obligation de punir avec des peines sévères.

6.3. Les limites de l'arbitre du juge : la contrainte des dispositifs légaux

Dans certaines occasions, l'obligation de punir est perçue moins comme une conséquence du système de pensée du SDC que comme une simple conséquence des limites imposées par la législation. En effet, pour certains juges, les limites légales des peines (la disposition législative d'un minimum et d'un maximum de peine) mettent un terme à la discussion sur les possibilités de régler le conflit criminel autrement, de trouver des peines différentes ou moins sévères. Dans cette conception, le manque de créativité dans le répertoire des normes de sanction n'est pas attribué au SDC mais au législateur (système politique). Effectivement, on doit reconnaître qu'au Brésil le législateur n'a pas contribué au développement du champ d'autonomie des tribunaux en matière de normes de sanction. Examinons une communication (et son ton critique) relative à cette manière de représenter le problème :

(Intervieweur) Mais alors le principal problème pour vous dans cette question de détermination de la peine, c'est le manque d'arbitre du juge?

Manque de liberté, manque d'une vraie décision? Probablement. D'autant plus que tout le système est contaminé, il est « punitiviste » et sélectif, à commencer par le choix des « biens juridiques », c'est-à-dire que la propriété privée a beaucoup d'importance dans le Code Pénal. Cela est très conservateur. (...) Quels sont ces « biens juridiques » qui ont été choisis? Pourquoi ils sont plus valorisés que d'autres? (...) En plus, le juge, surtout le juge criminel, il a trop peu de liberté, il est complètement limité dans sa prise de décisions. Dans plusieurs hypothèses, il ne fait que sanctionner ce qui a été défini par le législateur. Je trouve qu'il y a une ingérence indue du législateur dans la compétence juridictionnelle, par manque de confiance d'un pouvoir envers l'autre. C'est toute cette histoire de l'excès législatif (...), de la timidité du judiciaire, et même de notre formation très conservatrice, très positiviste... la force de la loi est trop contraignante et on ne peut pas y échapper... On assimile tout ça et, dans la justice criminelle, il est très difficile de briser ce paradigme. (juge 3)

Voilà un regard critique sur ce qui est perçu comme le manque de liberté des juges dans la prise de décision. Le choix des peines se faisant ailleurs (c'est-à-dire la « fourchette » de punition dans laquelle le juge doit travailler), ce qui reste au juge – une décision dans l'intervalle préétabli par le système politique – est certainement une limitation pour la créativité judiciaire.

Le même problème apparaît dans une autre communication :

Alors, nous avons la punition et puis la réhabilitation. La peine devrait théoriquement être suffisante pour atteindre les deux. Si elle est ou non suffisante pour atteindre les deux, si elle a ou non le caractère punitif ou le caractère « réhabilitatif » qu'elle devrait avoir, on n'a pas une marge de manœuvre là-dessus. Je peux aller jusqu'à la marge de manœuvre que la loi me permet, ni au-delà de cette limite ni en-deçà de la possibilité légale. On reste alors emprisonné dans une structure... (...) Dans notre législation, on n'a pas (...) une marge discrétionnaire

importante en ce qui a trait à la peine. On ne peut augmenter la peine que par des critères très spécifiques, et aussi on ne peut la baisser que par des critères très spécifiques. Donc on est pris dans cette structure, Il faut suivre ce modèle. (procureur 5)

Il s'agit d'un problème, il nous semble, qui peut varier d'intensité selon différentes juridictions. Dans certains pays, les juges ont plus de liberté dans la résolution des conflits que dans d'autres, et ce problème nous paraît particulièrement accentué dans le pays où nous avons fait nos observations (le Brésil¹⁴⁷). L'opportunité d'apparition d'innovations, c'est-à-dire des constructions juridiques qui échappent au cadre de la RPM, nous paraît bien limité dans un contexte de contrainte législative stricte. Et ce n'est pas nécessairement une question de mettre le blâme sur les juges pour la « non inventivité » en matière pénale. Il s'agit à notre avis d'un problème plus large, au niveau de l'autonomie du SDC. Ce système voit apparaître des contraintes à son fonctionnement à partir de la législation (le point de « couplage structurel » avec le politique, pour reprendre les termes de la théorie des systèmes), des contraintes qui vont réduire la liberté de décision des juges par le système politique.¹⁴⁸

6.4. Les pistes pour une ouverture : des possibilités pour penser la punition autrement

Nous croyons avoir montré jusqu'ici la présence massive de la RPM dans les communications du SDC. Nous voulons nous concentrer maintenant sur quelques communications qui prennent de plus en plus de distance du système, qui échappent à la norme, qui essaient d'entrevoir d'autres chemins pour traiter la réponse pénale. Malgré la présence dominante de la RPM dans les communications du SDC, l'existence d'autres rationalités, d'autres discours savants, d'autres possibilités sur la forme que la punition

¹⁴⁷ Sur la question de la peine minimale au Brésil (avec des comparaisons avec le Canada et la France) et la restriction du pouvoir du juge, voir Machado et al. (2009).

¹⁴⁸ Nous avons déjà traité de ce thème dans notre chapitre 2, quand nous parlions de la généralisation des contraintes aux juges dans l'imposition des peines, avec l'imposition, dans différentes juridictions, de peines minimales.

moderne doit prendre, n'est pas complètement exclue. Il s'agit de discours périphériques, qui n'arrivent pas à être stabilisés et généralisés dans le système, mais qui sont tout de même là. Ou, pour reprendre les termes que nous avons utilisés dans notre chapitre théorique (supra 4.3), nous regardons la RPM comme une « résultante de forces » au plan des idées : parmi une panoplie de discours qui circulent dans le SDC, il y en a quelques-uns qui nous permettent de remettre en question l'obligation de punir, la peine comme l'infliction obligatoire d'une souffrance et la conception du délinquant comme ennemi de la société. Donc, ce qui nous intéresse dans cette section, ce sont ces raisonnements périphériques et virtuellement innovateurs qui vont dans une direction différente de celle harmonisée par les théories classiques de la peine.

Tout d'abord, voici par exemple la formulation d'un juge qui croit à d'autres possibilités d'affirmation de la norme :

Oui, oui, je crois que (...) même les réponses non punitives peuvent réaffirmer la validité de la norme. Même dans ces situations où il y a un acquittement (...) pour une raison accessoire de la procédure pénale – une prescription ou quelque chose du genre – la procédure [pénale] est un élément d'affirmation de la validité de la norme. C'est-à-dire que ce n'est pas juste la peine qui affirme. (...) Alors, je trouve qu'il y a une affirmation même dans la procédure juridique et même l'acquittement peut et doit avoir de la part de la justice pénale une fonction d'affirmation de la norme, de renforcement de la conscience sociale par rapport à cela. (juge 16)

Voilà un exemple de la présence d'idées minoritaires et non stabilisées, mais qui font toujours partie des possibilités du SDC. Pour ceux qui craignent que l'absence d'une peine criminelle puisse signifier « ne rien faire », un mépris du conflit ou du tort causé à la victime, ce juge nous rappelle qu'on n'a pas besoin d'une peine criminelle pour affirmer la validité d'une norme. Il y a d'autres possibilités non seulement pour affirmer la validité d'une norme juridique, mais aussi pour communiquer le souci par rapport à un « bien juridique » (termes utilisés par les interviewés), de « donner satisfaction » à la victime, pour établir le caractère non acceptable d'un comportement tenu comme crime.

Ainsi, nous rappelle le juge, l'existence même d'une procédure juridique est un signe que la norme est valide et que le comportement est inacceptable. À son avis, la simple existence d'une procédure juridique pour poursuivre une supposée infraction à la norme suffit pour que cette dernière soit affirmée. Le fait de trouver quelqu'un coupable d'un crime est contingent (si c'est la bonne personne, s'il y a assez d'éléments pour le prouver, etc.), mais le simple fait de mettre en branle une procédure criminelle comme réponse au comportement qui contrarie la norme est un message non équivoque de la société qu'il s'agit d'un comportement non acceptable.

Et cet argument s'applique également dans le cas où il y a une condamnation pénale mais où on ne se sert pas de la peine criminelle comme réponse. C'est le cas du concept de « pardon judiciaire » présent dans la législation brésilienne. Cette figure juridique, qui existe dans certaines juridictions occidentales¹⁴⁹, donne au juge la possibilité de condamner une personne jugée coupable d'un crime, mais sans pourtant imposer une peine qu'autrement il serait obligé de déterminer. Pour que le juge puisse ne pas infliger cette peine même après une condamnation, le coupable doit avoir commis un crime qui tombe dans une catégorie très spécifique : il doit s'agir d'un crime involontaire (et pas n'importe quel crime dans sa modalité involontaire, mais seulement ceux pour lesquels la prévision de la possibilité de pardon est présente dans le code¹⁵⁰) et l'impact du crime doit être tel sur l'infracteur que la peine serait une souffrance redondante¹⁵¹. L'exemple classique est celui d'un père qui, conduisant sa voiture, est impliqué dans un accident automobile qui cause la mort de son fils qui était avec la lui dans le véhicule. Dans de tels cas, la législation brésilienne accepte le « pardon » du juge, c'est-à-dire qu'elle prévoit que l'on puisse condamner sans imposer une peine, compte tenu du fait

¹⁴⁹ Aguiar (2004 : 17) trouve le même concept de pardon dans les systèmes juridiques italien et français. À notre connaissance, ce type de pardon judiciaire n'existe pas comme tel au Canada. Il y a plusieurs possibilités quand on pense au « pardon » relatif à un acte criminel, provenant parfois du politique, parfois du SDC lui-même. Dumont nous donne quelques exemples (2000 : 301). Le plus connu, au Canada, nous semble être le pardon qui a été intégré dans la législation (Loi sur le casier judiciaire) comme réhabilitation (« pardon » a été gardé dans la graphie anglaise). Ce n'est pas de ce pardon que nous traitons ici. Par ailleurs, les tribunaux au Canada disposent de mécanismes encore plus étendus et susceptibles de jouer un rôle équivalent (arrêter une procédure, accorder une absolution inconditionnelle ou conditionnelle, etc.).

¹⁵⁰ Pour la liste de ces crimes qui incluent l'homicide et les lésions involontaires, voir Aguiar, 2004.

¹⁵¹ Depuis l'apparition d'une loi de 1999 (Loi 9807/99), la portée du pardon judiciaire a changé dans le droit brésilien. *Grosso modo*, cette loi autorise le pardon à l'accusé de n'importe quel crime quand le délinquant n'est pas récidiviste et qu'il collabore avec l'investigation et la procédure criminelle. Compte tenu de la non-existence du plaidoyer de culpabilité (qui en soi peut être vu comme une forme de pardon) dans le droit brésilien, c'est une façon d'encourager la collaboration des accusés dans l'élucidation de crimes.

qu'on trouve que cette dernière n'apporterait rien de positif à la société et que le coupable a déjà eu une souffrance beaucoup plus importante.

Cet exemple du « pardon judiciaire » comme une possibilité pour sortir du cadre de la RPM est bien représenté dans l'extrait suivant :

Le juge pourrait-il donner un pardon judiciaire dans certains cas? Je crois que oui, pourquoi pas? Même s'il y a un danger là, (...) celui des limites [de ce pouvoir] pour le juge. Mais personnellement, je crois que oui. Pourtant notre loi ne permet le pardon judiciaire que dans les cas où la victime est apparentée... est un enfant de l'accusé et [le comportement a donc] affecté cette personne... Ça ne marcherait pas dans un cas d'homicide intentionnel... Dans un homicide non intentionnel, où la victime était ta fille, par exemple... Dans un tel cas, le pardon judiciaire est possible. Mais dans d'autres cas, ce n'est pas possible, la loi ne permet pas ça. (...) Toutefois, hypothétiquement je crois que oui, que cette analogie pourrait être faite, parce qu'il y a certains cas où on voit vraiment que cette personne a déjà souffert. Il existe un dicton que je trouve pertinent qui dit qu'assez souvent, la procédure, le fait de répondre à une accusation criminelle, est beaucoup plus stressant, apporte beaucoup plus de souffrance que la peine elle-même que la personne peut subir... Et ça arrive vraiment. Dans plusieurs cas, on voit que la personne, du simple fait de se faire accuser, du simple fait de devoir comparaître à une audience, du simple fait d'avoir une expectative de condamnation ou d'acquiescement, on voit qu'elle a déjà regretté. Dans certains cas, ça c'est déjà suffisant. (juge 22)

Pour résumer l'argument, la procédure juridique, même si elle n'aboutit pas à une condamnation et à une peine, elle réaffirme néanmoins la norme. De même, la condamnation criminelle réaffirme aussi la norme même si elle n'est pas associée immédiatement à une peine criminelle. Pour reprendre une critique qui a déjà été faite à Hart (1963), pour communiquer quelque chose, on peut toujours faire appel à différents moyens. La peine criminelle est un moyen pour communiquer la réprobation sociale, mais elle n'est absolument pas le seul à pouvoir le faire. On communique la réprobation – ou on dénonce le crime, on réaffirme la norme pénale – avec une simple condamnation

(sans peine), avec une simple procédure non suivie d'une condamnation (pour des raisons diverses) et avec le pardon. Leur simple existence rend compte – c'est-à-dire, communique – le caractère non acceptable de quelque chose qui s'est passé. En plus, la peine n'a pas besoin d'être sévère ni de viser l'infliction de la souffrance pour affirmer la norme de comportement.

Mais il y a d'autres possibilités d'ouverture du SDC vers un modèle moins punitif. La communication suivante rend compte d'une possible appropriation de mécanismes extra juridiques de résolution de conflits par le SDC :

Mais ça pourrait être par contre l'État représentant ses groupes, une représentation médiatisée (...). Je ne sais pas jusqu'à quel point ça serait bien une justice communautaire, ça c'est l'objet de longs débats en criminologie... (...) Moi je viens de la campagne de xxxx [un petit État moins développé au Brésil] et je connais très bien [le scénario où] quelqu'un insulte une autre personne en s'attaquant à son honneur et là un monsieur [représentant] de la communauté appelle les deux [en sa présence pour une composition]... Je crois que ça a sa place... Mais enlever la possibilité de faire appel au judiciaire n'est pas et ne serait pas raisonnable. Pourquoi? Parce qu'on ne peut pas me garantir que le conseil communautaire serait moins susceptible d'interférences, moins susceptible d'autoritarisme, moins susceptible à l'impossibilité de [se faire] justice. On ne peut guère me garantir ça. Je ne peux pas partir du présupposé que l'État est l'opresseur et que la communauté, le quartier, la favela, le conseil communautaire seraient des instances plus démocratiques. Pas nécessairement. Mais je crois aussi que le judiciaire doit médier ces instruments, parce qu'au bout du compte peut-être que ce que la victime et l'agresseur veulent, ce n'est pas seulement qu'un conseil communautaire rende cette justice, mais que le judiciaire donne la même réponse que celle du conseil communautaire. C'est-à-dire, avec d'autres instruments que la peine, l'emprisonnement, etc. Je crois que c'est ça le chemin (juge 13).

Si nous résumons le propos de cette communication, le juge admet ici que d'autres modalités de résolution de conflits, en matière criminelle, existent en dehors du système juridique et que ces modalités doivent avoir leur espace dans la société. Après

avoir constaté que ces modalités ont leur espace, il affirme qu'elles ne peuvent pas pourtant se mettre à la place du SDC ni prétendre le remplacer. Le scénario idéal, à son avis, serait que le SDC s'approprie ces formes de justice présentes dans la communauté, s'approprie certains moyens de résolution de conflits qui passent plus par une entente ou d'autres sanctions que l'emprisonnement. Nous voyons dans un tel discours une certaine ouverture à d'autres formes de solution de conflits non axés sur la prison.

Dans l'extrait suivant, on change un peu de direction. La communication du droit déplore ici le fait que le SDC se préoccupe très peu de l'impact qu'il a sur les personnes qui sont impliquées dans l'affaire, ce qui ouvre la porte à une défense de la justice réparatrice :

Je crois que la justice pénale devrait être plus personnelle, plus humaine... C'est un bras tellement fort de l'État, c'est une action tellement violente sur l'individu qu'on doit arrêter pour penser. (...) Je suis favorable à la justice réparatrice, je trouve que cette expérience (...) est productive et je crois que ça serait possible d'appliquer la justice réparatrice dans les cas criminels et j'ai envie de le faire ici, pour les accusés qui avouent. (...) En tout cas, [j'aimerais] faire ce cercle réparateur, une approximation avec la victime... peut-être se rend-il compte que ça ne vaut pas la peine de continuer dans cette vie [déviante]... peut-être avec ce cercle je serais capable de faire venir ici une mère ou un père... je ne sais pas... quelque chose qui soit plus humain, qui amène l'individu à réfléchir. [Alors], un cercle réparateur pourrait être une solution intéressante dans certains cas...

(Intervieweur) Dans certains cas?

Dans certains cas... même pour la victime, pour briser un peu la réponse violente

(Intervieweur) Quelles sortes de cas?

Des vols [qualifiés¹⁵²], par exemple, la loi ne permettrait pas... mais dans ces vols la victime elle-même a parfois une image préconçue du

¹⁵² Une petite précision linguistique se fait nécessaire en ce moment. Le mot « vol » en français correspond à deux termes différents en portugais : « roubo » et « furto ». Le premier, celui qui a été utilisé par le juge, veut dire un vol où il y a de la violence (ou de la menace, dans les termes de la législation brésilienne),

voleur et quand elle le voit ici, menotté, elle dit – « mon Dieu, il paraît différent, il a l'air plus petit, je pensais qu'il était plus grand ». Même pour la victime ça, c'est des fois plus sain... voir [l'agresseur] une autre fois et [ainsi] effacer cette image de violence, de traumatisme. Cette approximation de la justice réparatrice avec cet accompagnement psychologique de l'individu... ça je trouve intéressant (...). Pour moi, le problème de la justice pénale c'est qu'on ne dialogue pas, on travaille avec de la force, on impose, on n'a aucun niveau de dialogue avec l'individu qui est accusé. Le système n'est pas ouvert à ça [au dialogue]. Et je trouve que ça brutalise, et n'est pas une solution. La façon dont la procédure est menée, la façon dont le législateur choisi [les peines], la forme sociale de la sanction... [tout ça] nous amène nulle part, ça ne fait que distancier [l'accusé de la société]. Donc ça ne fait que mener à la récidive, à plus de violence. (juge 3)

Ce qui est intéressant dans ce passage, c'est le constat du juge de la possibilité d'autres types de réponse et de sanctions même pour certains crimes plus graves et le constat que le SDC pourrait chercher des solutions qui ne valorisent pas l'exclusion sociale. Bref, il y a dans ce passage une conception du SDC qui laisse de côté un *ethos* belliqueux au profit d'une conception conciliatrice.

D'autres juges ont aussi manifesté un point de vue ouvert à des solutions conciliatrices, bien qu'appliquées à des cas beaucoup plus simples. Dans l'extrait ci-dessous, le juge 13 nous raconte l'histoire d'un cas criminel qui lui a été présenté et pour lequel il trouvait qu'une solution plus « créative » était nécessaire. Il s'agissait d'un simple cas d'insulte faite par un conseiller de la ville à un policier; la sentence était en attente compte tenu du fait que l'on n'avait pas réussi à parvenir à une entente (une possibilité dans la législation brésilienne pour certains crimes moins graves) pendant la procédure. Avec un nouveau procureur dans la procédure, le juge fait une nouvelle proposition d'entente avant de décider : il propose à l'accusé qu'il paye une petite amende et surtout qu'il présente ses excuses aux policiers. Regardons comment il décrit la situation et l'analyse :

tandis que le deuxième terme signifie simplement soustraire un bien de quelqu'un sans aucune violence. Dans ce passage, le juge fait mention au premier type (« roubo »).

J'ai proposé ce qui suit : « vous payez une amende x et je vous propose de présenter au policier vos excuses ici pendant l'audience (...). Est-ce que vous acceptez ? » « J'accepte. » – il me répond. J'ai fait entrer les victimes et (...) elles se sont montrées beaucoup plus satisfaites avec des excuses solennelles. L'accusé disait que lui, en réalité, n'avait jamais eu l'intention d'insulter les policiers, que son propre père avait été policier, donc il ne manquerait jamais de respect envers un policier. Alors, est-ce que c'était une solution hétérodoxe? Oui, mais je suis sûr que le policier ne souhaite pas l'imposition d'une peine; [ce qu'il veut] c'est de voir restaurée son autorité de policier, ce qui avait en effet été accompli [avec les excuses solennelles] publiquement pendant l'audience (...) Ça, dans certaines situations, ne devrait pas arriver au judiciaire, mais si ça arrive, je crois qu'il y a de la place [pour des solutions créatives]... [Changeant ensuite d'exemple :] regardons la femme qui se fait insulter. Assez souvent, la femme insultée veut beaucoup plus entendre quelqu'un dire qu'elle s'est fait insulter, qu'elle a raison, qu'elle a été vilipendée par, disons, son mari... (...) Elle veut beaucoup plus voir rétablie son honorabilité que de voir son mari subir une peine. Ça c'est un défi que nous avons... d'autant plus que sans une liberté législative le juge craigne promouvoir ça [des solutions « créatives »]. » (juge 13)

Encore une fois, on voit de la place ici pour des solutions qui sortent du cadre de la RPM. L'essentiel dans les deux exemples présentés dans cette communication, c'est le souhait de « voir son honorabilité restaurée » beaucoup plus que celui de punir l'infacteur. Si l'on fait l'exercice de penser que la décision du juge n'a pas besoin d'être nécessairement inscrite dans le cadre des théories traditionnelles de la peine, on voit apparaître une décision hautement satisfaisante pour les parties impliquées dans le conflit ainsi que pour la société. Avec une telle réponse, on affirme la norme pénale, on satisfait la victime et on s'abstient d'infliger une souffrance au coupable. Évidemment, on ne peut envisager une telle solution si l'on est pris dans le piège de vouloir rétribuer le crime ou dissuader qui que ce soit.

Dans la communication suivante, on fait un autre type de critique au SDC. Selon ce juge, diminuer le renvoi des conflits au SDC pourrait porter des fruits plus intéressants.

En effet, on a trop de comportements criminalisés de nos jours au Brésil. Je crois qu'on a besoin de réduire ça, de limiter le droit pénal. (...) Alors, si on mettait ensemble la diminution des comportements criminalisés avec la création de toutes ces instances de médiation, je crois qu'on aurait un droit pénal beaucoup plus réduit, (...) et je crois aussi que si le juge avait plus de possibilités, plus de possibilités d'échapper au minimum et au maximum [des peines], et s'il y avait des mécanismes dans le système pénal et dans le système carcéral, dans le système punitif de l'État... s'il avait plus d'alternatives pour appliquer des peines alternatives, je crois que ça serait une possibilité. (juge 9)

Il faut dire que réduire la quantité de comportements criminalisés, comme ce juge le soutient au début, n'est pas nécessairement sortir du cadre de la RPM. Malgré le fait qu'on peut faire valoir l'argument (avec lequel nous serions d'accord) que le SDC s'occupe de beaucoup plus de comportements qu'il ne serait souhaitable, cet argument va souvent tomber dans le piège de défendre un système tel qu'il est aujourd'hui (ou même encore plus punitif) pour les crimes qu'on garderait dans la sphère du pénal. Ce type de critique, malgré sa préoccupation humaniste relative à l'étendue de la judiciarisation des conflits, reste une critique assez limitée. Il n'y a pas de quête d'innovations, de solutions différentes, qui mobilisent des justifications autres que celles données par les théories de la peine. Bref, c'est la défense d'un SDC plus petit, mais qui resterait essentiellement le même.

Finalement, pour conclure cette section, nous avons vu jusqu'ici une ouverture à certaines formes juridiques qui échappent à différents degrés au cadre de la RPM. Certains discours vont plus loin que d'autres, mais ils présentent tous une possibilité de penser à des solutions pénales en dehors du cadre de l'imposition obligatoire d'une souffrance. Ce sont des *variations* intéressantes, mais qui n'arrivent pas à se généraliser dans le SDC.

6.5. Remarques finales

Pour conclure ce chapitre, nous voulons simplement ajouter que les possibilités alternatives – pour penser la punition autrement, pour penser au rôle du SDC en tant qu’instance de résolution de conflits plutôt qu’épée de la société et pour considérer des solutions qui humanisent le délinquant et prennent en considération l’avis des personnes atteintes par le crime – sont toujours là. Les communications qui peuvent permettre l’émergence de structures alternatives apparaissent toujours, soit dans la pratique des juges, comme dans les cas de nouveautés que nous avons vus ici, soit dans la sphère des théorisations de la philosophie et de la doctrine pénale. Nous pouvons trouver, par exemple, des constructions d’importants théoriciens du droit pénal, comme Del Vecchio, qui se heurtent à la naturalisation du droit de punir :

« Toute action accomplie à l’égard d’autrui (par conséquent, également une action délictueuse) implique, dans un ordre purement abstrait (...) l’autorisation de la réciproque, c’est-à-dire rend celle-ci juridiquement *possible* (...). Elle ne la rend cependant pas *nécessaire* (un devoir), puisqu’il n’existe aucune *obligation* de se prévaloir, jusqu’à sa limite, de pareille autorisation : et, rentrent aussi dans la faculté dont dispose le sujet, qui a souffert un tort, d’autres possibilités également juridiques, comme celle de se satisfaire ou de se contenter d’une réaction atténuée ou symbolique, ou bien encore de pardonner le tort suivant le conseil sublime de la Morale chrétienne, spécialement lorsque l’auteur dudit tort s’en montre repentant et le répare, pour autant que cela lui est possible. La renonciation à un droit, comme la remise d’une dette (il faut, ici, garder présentes à l’esprit certaines vérités élémentaires), ne nie pas le droit lui-même : au contraire, elle le présuppose et, implicitement, l’affirme. » (Del Vecchio, 1955 : 138).

Si nous pouvons nous appuyer sur Del Vecchio pour déconstruire le droit de punir en tant qu’*obligation* de punir, nous pouvons aussi trouver certains auteurs qui vont promouvoir

la désontologisation de la peine en tant que souffrance. Montesquieu le faisait déjà au XVIII^e siècle¹⁵³; des auteurs contemporains comme Poncelat¹⁵⁴ s'y employèrent aussi.

Bref, il faut toujours avoir en tête le caractère contingent des choix pénaux qui ont été faits par le SDC dans deux derniers siècles. La RPM et son obligation d'infliger un mal, de concevoir le délinquant comme ennemi de la société, de ne pas se préoccuper des conséquences sociales des peines, sont des constructions historiques qui, dans notre conception, ne servent plus à des sociétés démocratiques du XXI^e siècle. Le SDC reste piégé par cette structure cognitive originaire du XVIII^e et du XIX^e siècle et qui a évolué très peu depuis.

Pour conclure, il faut aussi dire que la déconstruction de la peine qui a été faite ici ne se confond pas avec un projet abolitionniste du droit pénal. Nous croyons toujours que le droit pénal exerce une fonction pertinente dans la société, de la même façon que nous continuons à croire que l'infliction de la souffrance en tant que peine criminelle peut aussi avoir une place indispensable dans la société. Le problème n'est pas l'existence de l'infliction de la souffrance comme recours du droit pénal, mais son caractère primordial, incontournable, accablant et généralisé. Des cas problématiques qui demandent une réponse « musclée », qui demandent du SDC la protection de la société, vont toujours être présents. Mais leur existence ne peut justifier le fait qu'on reste pris avec une seule rationalité punitive (qui fait toujours valoir les mêmes théories de la peine et la même solution) pour régler toute la gamme possible des conflits sociaux qui aboutissent à la porte du SDC. De toutes les raisons que nous avons trouvées empiriquement pour soutenir l'obligation de punir, il n'y en a aucune qui soit capable d'avancer un argument convaincant pour justifier toutes les interventions du pénal que nous mettons en place de nos jours. Bref, nous continuons à croire que le SDC exerce toujours un rôle fondamental de stabilisation des attentes normatives dans la société (comme nous l'avons défini plus tôt – supra 4.1.2), mais il serait beaucoup mieux adapté aux attentes d'une justice « humaine » et « démocratique » s'il était capable de se débarrasser de ces structures cognitives anciennes qui l'obligent invariablement à faire du mal.

¹⁵³ « ...dans les gouvernements modérés, tout, pour un bon législateur, peut servir à former des peines. (...) En un mot, tout ce que la loi appelle une peine est effectivement une peine. » (Montesquieu, 1748 [1838] : 231, 232)

¹⁵⁴ « Par peine (...) il faut entendre toute sanction liée à une incrimination et prononcée par une juridiction pénale. » (Poncelat, 2001 : 39)

7. Le système de droit criminel (SDC) face au public et à l'opinion publique

Comment observer la réception de l'opinion publique, des mouvements de protestation ou du public dans le SDC? Comment « influencent-ils » ledit système? Comment concevoir la relation de ce dernier avec ces stimuli externes, ces « pressions » ou « influences » – qui en théorie se heurtent à la conception d'une « justice indépendante » guidée par des principes juridiques et non pas par la clameur populaire? Quel est, donc, l'impact sur le système de cette « effervescence » dans son environnement et comment le système détermine-t-il son propre intérêt à partir de ce qui se passe dans son environnement? Comment se comporte-t-il face à des communications étrangères qui veulent influencer son travail? Quelles sont les difficultés expérimentées et les solutions (nouveau) mises en place quand il a devant lui un cas extrêmement médiatisé et une pression pour donner des « réponses », des « satisfactions »? Qui plus est, il est pertinent aussi de se demander si une peine criminelle doit être déterminée en fonction du public ou de ce que le tribunal construit comme étant de l'opinion publique. Quel est l'impact de ce genre de stimuli externes sur la construction de la « justice criminelle », prenant en compte que nous sommes dans le domaine du juridique et non du politique? Quel but le SDC va-t-il attribuer à la peine et comment va-t-il se situer face aux demandes de modération/sévérité qu'il croit observer dans son environnement? Finalement, est-ce que la légitimité de la peine ou du système dépend de l'opinion publique (ou du public) d'une façon quelconque?

Ces questions, fort actuelles, touchent des problèmes difficiles à aborder. Nous n'avons pas la prétention d'apporter des réponses définitives, mais plutôt de complexifier les questions et de montrer un scénario qui va bien au-delà d'une prise en compte aveugle des stimuli externes ou de leur rejet total. Nous croyons pouvoir contribuer à éclairer ce terrain difficile à partir des descriptions, distinctions et théorisations que nous faisons au long de ce chapitre.

7.1. Un éclaircissement théorique préliminaire : sur les concepts d' « irritation » et de « bruit »

Pour décrire ces relations, il faut à la fois reprendre (et compléter) des considérations théoriques qui ont déjà été faites (supra 4) et faire appel à notre matériel empirique. Toutefois, il ne faut pas voir cette démarche comme un simple remplissage des catégories théoriques : les données de l'empirie ne font pas simplement rentrer dans les catégories préétablies du cadre théorique, mais elles amènent aussi le cadre théorique à s'ajuster à cette empirie. Bref, il y a un va-et-vient d'ajustements réciproques.

Commençons pour rappeler que ce qui identifie un système c'est sa constante production de la différence de son « existence » par rapport à son environnement. Ainsi, le SDC doit être identifié non pas par des propriétés de ses structures internes, mais par sa constante appropriation (ou exclusion) d'éléments qu'il définit comme lui appartenant (ou ne lui appartenant pas). C'est le perpétuel processus d'auto-distinction par rapport à l'environnement qui assure son existence en tant que système social. Rappelons ici aussi la distinction entre ouverture cognitive et fermeture opérationnelle. Nous avons dit (supra 4.1.2) que le système est imperméable à des interventions directes externes. Seulement lui peut décider (opérer) par lui-même (c'est la fermeture opérationnelle). Ce qui ne veut pas dire, par contre, que le système n'est pas ouvert pour chercher dans son environnement des éléments pour construire sa propre réalité. Le système peut percevoir ce qui se passe dans son environnement et peut se faire « irriter » par ces communications externes. Cette façon de poser le problème a pour but d'écarter une conception causale conventionnelle : les stimuli externes dont on traite (l'opinion publique, le public, les médias et les mouvements de protestation) ne seront pas observés comme pouvant déterminer directement ce qui se passe dans le SDC. Bien sur, ce système a une perception de son environnement et peut se laisser « irriter » par ce qu'il perçoit et sélectionne.

Teubner explique d'une façon très claire la logique de cette relation :

L'autoréférence semble livrer la clé du problème que pose la compréhension de la dépendance et de l'indépendance du système juridique par rapport à la société : le droit ne se modifie qu'en réagissant à ses propres impulsions. L'ordre juridique – normes, doctrine, institutions, organisations – se reproduit lui-même en ses éléments, mais il réagit alors aux intérêts de l'environnement. Les processus des

« contraintes » et des « réponses institutionnelles » ne se déroulent qu'entre les structures internes du système juridique, mais ce changement auto-programmé sensibilise le droit aux exigences externes de la société. *Si les développements externes ne sont pas ignorés, ils ne suivent pas pour autant le schéma stimulus-réponse pour se traduire en effets internes : les structures juridiques les filtrent d'après les critères d'une sélectivité spécifique et les adaptent à la logique interne de l'évolution normative.* Même les pressions sociales les plus puissantes ne sont perçues et traitées juridiquement que dans la mesure où elles apparaissent sur les « écrans » internes des constructions juridiques de la réalité. C'est en ce sens que les développements sociaux « modulent » l'évolution du droit, sans l'empêcher de suivre obstinément sa logique de développement (Teubner, 1994 : 10, 11; notre souligné).

Donc, ce que nous allons voir dans ce chapitre c'est la construction de ces « écrans » internes : des structures normatives et cognitives qui rendent compte de ce que le SDC perçoit de son environnement en ce qui concerne la relation entre ses décisions (surtout en matière de peines) et l'opinion publique et/ou le public (et, éventuellement, les mouvements de protestation et les médias). Bref, il est question, dans ce chapitre, de savoir quels sont les « filtres internes » que le SDC construit pour réagir à ces communications externes.

Précisons rapidement le concept d'« irritation » qui va nous être essentiel pour comprendre cette question de la construction des « filtres internes ». Le concept d'irritation pour la théorie des systèmes trouve sa raison d'être dans le fait que les systèmes, pour exister, doivent être couplés à leur environnement. On considère que cet environnement offre un éventail de possibilités inépuisables pour le système et celui-ci, à son tour, sélectionne les éléments de cet environnement qui vont transformer sa réalité interne, c'est-à-dire qui vont produire des modifications structurelles.

L'irritation est, alors, un état-du-système qui stimule la continuation des opérations autopoïétiques du système, même si, comme simple irritation, elle laisse ouvert dans un premier temps le fait que les structures doivent (ou non) se modifier. Autrement dit, si on doit introduire des processus d'apprentissage face à d'autres irritations, ou si le système croit que l'irritation va disparaître toute seule avec le temps,

vu qu'il s'agit d'un événement isolé. (Luhmann, 2006 : 626; notre traduction)

Un tel concept d'irritation nous est central : notre empirie (les communications des juges et procureurs du SDC) révèle souvent une perception des communications de l'environnement auxquelles il (le système) doit réagir. Mais cette perception de l'environnement dénote avant tout un état de sensibilité du système à certains stimuli. C'est dans ce sens alors qu'on parle d'irritation : un état de sensibilité à certaines communications externes qui peuvent ou non entraîner des transformations, mais qui ne passent pas sans être aperçues et « considérées » d'une façon quelconque.

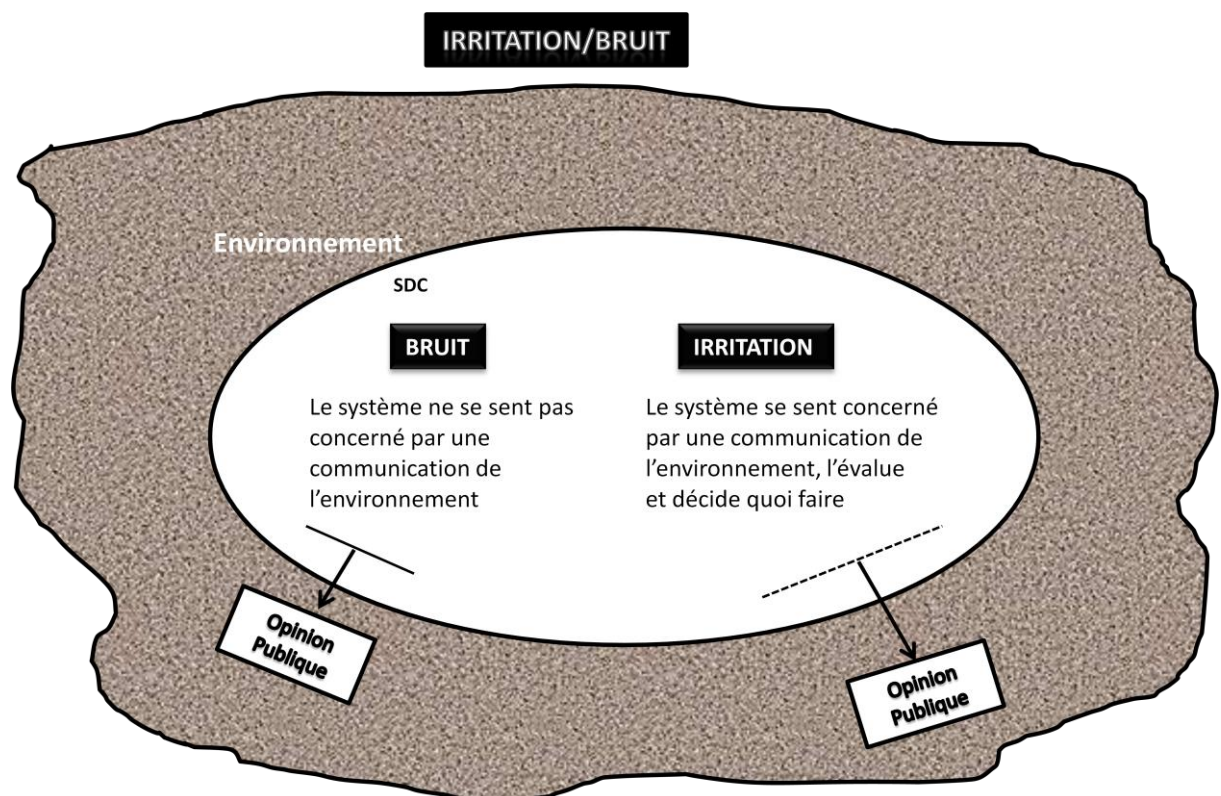
Pour éclaircir davantage le concept d'irritation, nous devons maintenant présenter un autre concept qui est son opposé. Nous nous référons au concept de « bruit ». Si, d'un côté, l'irritation est cette perception du stimulus externe capté par une « sensibilisation » et pouvant faire l'objet d'un « traitement » quelconque, d'un autre côté, le bruit est le stimulus externe qui n'est pas capté par la sensibilisation du système. Le système ne se sent pas concerné par le stimulus. Le bruit est simplement un « murmure » (ou parfois même des cris) dont l'existence est perçue par le système, mais qui n'est pas un message qui a de la pertinence pour lui (et conséquemment, ne doit pas être « traité » par lui).

Clarifions un peu le concept avec un exemple plus prosaïque. Imaginons un individu dans un restaurant dans un pays étranger dont la langue est incompréhensible pour son système psychique. Cet individu est entouré de personnes qui disent des mots qui lui sont incompréhensibles et auxquels il ne fait pas attention. Bien sûr, il entend ces conversations dans son environnement (il accuse donc l'existence d'un stimulus), il sait qu'elles existent, mais il les catégorise comme étant incompréhensibles et ne le concernant pas. C'est seulement du « bruit ». Toutefois, concentré sur son guide touristique, il entend tout d'un coup dans la conversation du couple à côté, parmi des sons non identifiables, le mot « café ». Et là, lui vient l'idée de prendre un café, ou il se souvient qu'il déteste le café, ou encore simplement il fait la réflexion que le mot « café » est le même dans sa langue. Quand ça se produit, parmi toutes les communications environnant son système psychique (et qui avaient été construites par lui comme étant du « bruit »), il y a une « communication irritante », c'est-à-dire un stimulus qui entraîne

quelque chose de plus que la réaction (d'indifférence) à un « bruit ». Une « irritation » (vouloir le café, se souvenir qu'il hait le café ou penser que c'est le même mot) est déclenchée dans ledit système.

Notons que l'« irritation » et le « bruit », dans une telle définition, sont des constructions internes au système. D'un côté (à l'extérieur du système), nous avons des stimuli externes (dans notre cas, l'opinion publique, etc.) et de l'autre (dans le système), nous avons une réaction qui peut être la construction d'un « bruit » ou d'une « irritation ». Si j'ignore le stimulus (dans le sens de savoir qu'il existe mais de trouver qu'il ne me concerne pas), je le construis dans mon système psychique comme étant un « bruit ». Si j'y réagis en fonction de lui, je le construis comme étant une « irritation ».

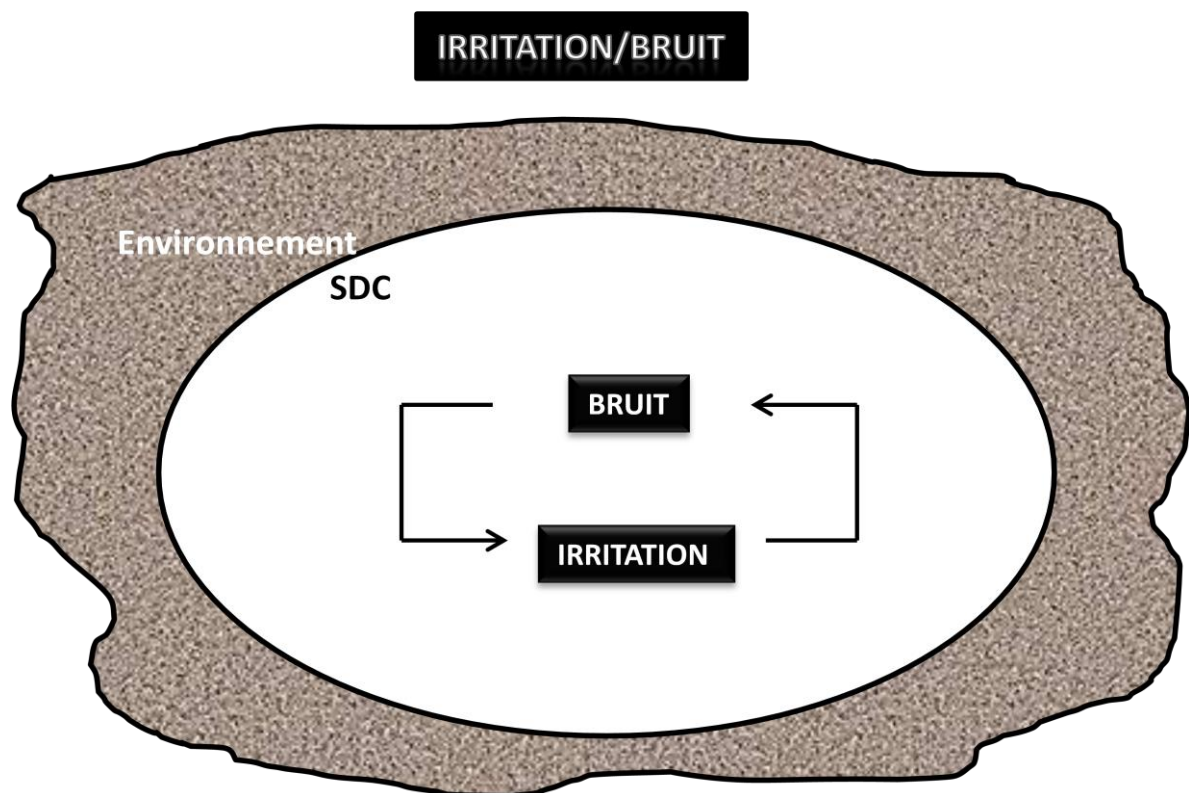
Regardons comment nous pouvons représenter le problème graphiquement :



Ce tableau donne le sens de la distinction : d'un côté, une opération d'indifférence à l'égard de l'opinion publique, de l'autre, une opération d'écoute et d'éventuel

traitement, de création de mécanismes pour « accepter » le stimulus externe, les deux étant des opérations du système lui-même.

Ce graphique ne révèle pas pourtant un autre élément qui va être très important dans l'analyse empirique. Nous pensons au rapport dynamique que l'un a avec l'autre. Cette distinction bruit/irritation est inscrite dans un processus dynamique du système de constante évaluation des stimuli qu'il perçoit. Ce qui est capté dans un premier temps comme bruit peut vite devenir, dans un deuxième temps, une irritation et vice-versa. Ainsi, le système évalue et réévalue en permanence sa propre distinction. Le graphique suivant illustre cet état de choses :



Toute cette conceptualisation des notions de « bruit » et d' « irritation » paraît un peu abstraite pour l'instant. Nous avons voulu la travailler davantage théoriquement en ce moment parce qu'elle va être importante (et va aussi se clarifier) avec l'analyse du matériel empirique qui suivra.

Finalement, une dernière précision théorique nous reste à faire. En tant qu'observateur externe, nous pouvons ou non observer certains stimuli externes comme une « pression ». Autrement dit, nous pouvons constater la présence de certaines communications qui concernent le SDC et qui exigent de lui une prise de position par rapport à un sujet quelconque. Ces communications externes dirigées vers le système et qui sont porteuses d'une demande pour qu'il fasse quelque chose, indépendamment de la réaction du système, vont être définies ici comme pression. Cette conceptualisation va être importante pour nous aider à traiter le type de stimuli auquel le SDC fait face.¹⁵⁵

7.2. L'observation et l'évaluation des stimuli externes par le SDC

Regardons dorénavant empiriquement comment vont se passer les rapports entre le SDC et les stimuli externes dont il est question ici. Nous commençons (infra 7.2.1) par exposer et analyser certains extraits empiriques pour bien marquer la distinction entre « bruit » et « irritation ». Ensuite (7.2.2), nous passons à l'analyse de la perception du SDC des stimuli externes, des mécanismes qu'il crée pour s'en distancier ou, au contraire, pour les rendre acceptables. Dans la section 7.2.3, nous allons traiter de ce que nous appelons « zones de possibilité » pour la réception des stimuli externes. Il s'agit de structures auxquelles le système fait appel pour rendre compte des stimuli externes et les traiter tout en préservant son autonomie et sa fermeture opérationnelle. Par la suite (7.2.4), nous commentons certaines transformations dans la procédure qui vont être pertinentes pour notre propos, mais qui n'arrivent pas à constituer des structures d'accueil pour les stimuli externes. Finalement (7.2.5), nous abordons de façon séparée les possibilités pour la réception dans le SDC d'un public particulier (le public des victimes).

7.2.1. Une dynamique permanente du système : du bruit à l'irritation, de l'irritation au bruit

¹⁵⁵ Debuyst, Digneffe et Pires (2008 : 26) utilisent un concept d' « influence » qui se rapproche de notre concept de « pression », mais qui présente certains éléments distincts.

7.2.1.1. Le bruit plus marqué

Commençons par dire que certains opérateurs du système vont nous décrire ce qui se passe dans leur environnement concernant le public ou l'opinion publique comme étant simplement du bruit. Dans le cas ci-dessous, l'opérateur se réfère à la détention provisoire qui est une question sensible dans les cas médiatisés. Il commente ainsi le jugement de l'accusé :

(...) moi je n'ai jamais travaillé avec un cas de figure qui est apparu dans les journaux, mais j'aurais simplement ignoré cette question. (...) [Sinon] je serais obligé de maintenir l'individu incarcéré sans une justification raisonnable. Il n'y a que l'opinion publique, et l'opinion publique n'est pas une raison pour emprisonner. [Comment pourrais-je] condamner indépendamment des preuves parce qu'on a dit aux nouvelles qu'il était coupable? C'est-à-dire que la presse a jugé avant l'analyse des preuves qui est faite par le juge. (...) Moi personnellement, j'ignore l'existence des reportages faits sur un procès dont j'ai la responsabilité. (juge 2)

L'attitude ici est claire : il faut écouter comme un « bruit » ce que les médias disent parce que ceux-ci portent un jugement sur l'affaire (plus souvent un jugement de culpabilité que le contraire) qui peut nuire à l'analyse des faits par le magistrat. Les communications externes ne sont alors qu'un bruit et doivent être rejetées.

Le juge 6 élabore davantage sur la protection contre les communications externes en évoquant l'écran formé par l'ordre normatif pour écarter l'opinion publique :

Je pense que nous avons la Constitution et elle c'est le paramètre qui doit être suivi. Il est clair que l'interprétation varie avec le temps, mais c'est quelque chose [la Constitution] de beaucoup plus solide que la fluidité de l'opinion publique sur certaines questions. Donc moi, je trouve que l'opinion publique, elle est diffuse, fluide, elle change (...) et c'est très facile de distordre des faits qui sont évidents. (...) Si le juge en

arrive à prendre ça en considération et pas d'autres éléments, il va finir par se perdre (juge 6).

En d'autres mots, le juge doit chercher dans la législation ou ailleurs des éléments (critères) pour décider, mais des éléments qui correspondent à des balises relativement stables qui ne sont pas des décisions faites selon l'impact passager que certains événements provoquent. L'opinion publique est « diffuse et fluide », en fait, elle n'est même pas un critère fixe mais plutôt « une décision déjà prise », ce qui ne permet pas de décider à proprement parler (justement parce que la décision est déjà prise ailleurs). Bref, le système de droit rappelle ici la stabilité et la sécurité de la loi face à des variations au gré de l'opinion publique. Au fond, il est en train de rappeler ici que le judiciaire existe et que c'est lui qui décide.

Le juge 14, même s'il considère que les juges sont « des êtres humains avec leurs faiblesses », va marquer clairement les stimuli externes de l'opinion publique comme un bruit, comme quelque chose qui doit être d'emblée rejetée. Regardons ce qu'il dit :

Tout à fait, je pense que ça pose problème. Je pense que ce genre de répercussion [des affaires criminelles] dans la presse cause beaucoup plus de préjudice qu'elle n'apporte de bénéfices. La critique parfois... et surtout l'éloge... l'éloge peut amener le juge à la vanité... la critique peut l'amener à être lâche, à devenir craintif. On doit toujours partir du principe que le juge est un être humain, une personne comme toutes les autres (...). Il y a là un être humain avec ses vertus, ses défauts, sa grandeur, ses faiblesses... une personne très normale, passible de subir toutes sortes d'influences. L'expérience de vie, le passage des années dans cette même fonction, ça apporte une certaine tranquillité (...), mais quand même, nous sommes des êtres humains. C'est pour ça que je trouve que cette influence est néfaste, parce que ça éloigne le juge du chemin unique et pur de la procédure, de ce qui est dans le dossier du procès. Notre loi dit que ce qui n'est pas dans le dossier du procès n'est pas dans le monde. Donc on doit juger avec ce qui est là (juge 14).

Ce juge reconnaît donc que l'influence peut se faire à travers les systèmes psychiques sans que cela soit visible ou exprimé dans les communications, une influence ou une pression qui peut amener certains d'entre eux à chercher d'autres éléments de

conviction, ou à choisir une autre possibilité sur le plan des décisions. Toutefois, la prise de décision doit être faite avec des éléments du procès. Son jugement à cet égard est très clair : la répercussion médiatique des affaires pénales peut être « néfaste » pour le bon fonctionnement de la justice compte tenu de l'impact qu'elle peut avoir sur les magistrats.

Et finalement notre juge 14 perçoit une opinion publique ou un discours médiatique punitifs (qu'il localise dans son environnement au Brésil). Cette perception d'une demande « punitive » en ce qui concerne la détention provisoire et le verdict de culpabilité est alors observée comme étant difficilement recevable par le SDC. On assume qu'elle est porteuse de jugements précipités d'un tel degré, d'un sentiment de vengeance si pointu, que la prendre en considération serait quasiment, pour le système de droit criminel, l'antithèse de l'idée de rendre justice du point de vue de ses règles de procédure. Regardons comment le juge 14 voit le problème :

Je pense qu'on ne doit pas prendre ça en considération. (...) Le public est ignorant... (...) La société brésilienne d'une façon générale considère comme nécessaire de voir les gens incarcérés, elle a un sentiment de vengeance très fort. Ce que je sens depuis que je suis juge, c'est le désir de vengeance que la société a. (...) [Dans] un cas de crime violent, d'un crime effrayant, qui choque trop, les gens veulent voir la personne punie, morte, incarcérée, ou quelque chose du genre. Alors cette clameur est très ignorante et elle part surtout du sentiment, à mon avis, de vengeance dans la société : à cause de la vie qu'on a, de l'impunité diffuse au pays, du sentiment d'impunité que la population a. Alors quand il arrive quelque chose qui attire notre attention, tout le monde veut se venger, veut qu'on envoie [le suspect] à la prison. (...) Et ce sentiment est un sentiment à mon avis qui ne doit pas être pris en considération... la population est ignorante, sa réaction est disproportionnée. (...) Si on laissait la décision à l'opinion publique, il n'y aurait pas assez de place dans les prisons, (...) personne n'en sortirait non plus (juge 14).

Il faut porter attention ici au fait que ce discours de l'opérateur parle de « punition » et de « vengeance », mais il ne se réfère pas en tant que telle à la peine; il se réfère exclusivement à la détention provisoire et au verdict de culpabilité. La sémantique

ici n'est pas claire. En tous cas, pour ce juge, les pressions externes sont et doivent continuer à être du bruit au moins à l'égard de ces deux aspects reliés à la procédure pénale.

Donc, qu'apprenons-nous avec les extraits qui ont été présentés dans cette section? Nous pouvons constater, dans un premier regard, ceci :

- 1) Le SDC peut observer son environnement comme étant très punitif et vouloir neutraliser ces stimuli par rapport à certains types de décision (dans ce cas-ci, la détention provisoire et le verdict de culpabilité);
- 2) Le SDC observe les médias comme sélectionnant des événements pour demander de « faire justice » et comme prenant certaines décisions expéditives à sa place (prison préventive et verdict de culpabilité).
- 3) L'autonomie, voire l'existence même du système dépend de cette capacité de ne pas être parfaitement perméable à son environnement.

Compte tenu de ces facteurs, l'attitude à avoir (au plan de la procédure) c'est de prendre de la distance à l'égard de cette opinion publique volatile et revendicatrice pour se réfugier dans la loi. On doit transformer ce stimulus en un bruit externe, pour que le système puisse fonctionner selon les dispositions de la loi.

Même s'il s'agit d'une représentation du SDC qui est fort présente et diffuse, elle ne décrit qu'une partie du problème. Nous voulons montrer un scénario plus complexe ici. Nous voulons montrer que la sécurité et la cohérence de la loi pour la prise de décision est moins évidente quand on creuse davantage le terrain, que les stimuli externes ne sont pas également problématiques et que les communications du SDC, même si elles sont toujours attachées à son autonomie dans la prise de décision, sont fort ambivalentes quant à l'acceptation de l'opinion publique.

Dans les deux prochains extraits, nous voyons un scénario déjà un peu plus complexe. Il s'agit encore du « bruit » – c'est-à-dire que le système entend les communications externes mais ne il pense pas qu'elles sont pertinentes – mais d'un bruit plus intense, sûrement plus inconfortable pour les opérateurs. Commençons avec le juge 17, qui nous parle des difficultés qu'il a face à une affaire pénale médiatisée :

Je trouve que c'est un problème sérieux quand les médias sont trop présents dans un cas quelconque. On reste un peu anxieux, on veut donner satisfaction à la société face à un cas grave... on finit par vouloir lui donner satisfaction, une réponse, et là on devient un peu justicier... une quête pour découvrir la vérité. (...) Je trouve que ça sort un peu du rôle du juge... j'ai des collègues qui soutiennent que le juge a effectivement une obligation de combattre le crime, une obligation de défendre l'ordre social, etc. En réalité, son rôle (...) est de ne pas usurper les fonctions de la police ou du Ministère public, n'est pas de se transformer en accusateur ou de juger sans preuve. Et – ça c'est l'impression que j'ai – quand les médias font trop de pression, (...) on a parfois l'intention de leur donner vite satisfaction... Et cela cause éventuellement certains problèmes (juge 17).

Il voit donc clairement une difficulté dans les cas d'affaires médiatisées. Outre la nécessité de « se dépêcher », on sent qu'il y a alors nécessité de montrer au public « qu'on travaille ». Le juge devient plus actif qu'il ne l'est d'habitude ou qu'il ne devrait l'être, voulant se donner des rôles qui ne lui incombent pas. Nous reviendrons à la question des transformations que ce sentiment de « vouloir montrer du travail » entraîne dans la procédure (infra 7.2.4), mais pour l'instant nous voulons simplement mettre en relief cette « pression » et cette « angoisse » que sentent les juges dans des cas qui ont une répercussion dans les médias. Son discours est que la pression externe *doit être* traitée comme du bruit, comme non pertinente pour les opérations du système, mais elle finit par poser problème pour l'opérateur dans sa prise de décision.

Dans ce même sens, le juge 4, agacé par la pression qu'il ressent des médias, révèle une attitude de distancement pour essayer de contrer une pression qu'il perçoit comme inévitable :

La première chose qu'il vaut la peine de souligner, c'est mon attitude face aux médias. Par rapport à n'importe quelle question de la procédure, moi je ne donne pas d'entrevues, je ne réponds pas aux journalistes. (...) C'est-à-dire que mon rapport direct avec les médias, il est pratiquement inexistant. (...) Je ne vais pas parler de mes procès ou de quoi que ce soit qui y est relié. Je n'ai pas à rendre des comptes à la société sur ça. Ce sont les avocats, les procureurs, les législateurs qui

doivent le faire. Je ne me sens pas obligé sur cette question de satisfaire les intérêts x ou y de l'opinion publique ou de quoi que ce soit de similaire. Par contre, est-ce que les médias influencent le travail du juge? C'est indéniable. Le juge va subir de la pression, il va se sentir offensé par des choses qui sont dites, comme il peut aussi se sentir flatté. Il est sujet à cela. Si c'est un cas (...) de répercussion [médiatique] qui intéresse les gens, c'est indéniable.

(Intervieweur) Donc, s'il s'agit d'un cas de répercussion [médiatique], ça vous pose un certain problème... vous subissez une certaine pression et vous devez la gérer, travailler avec elle...

Tout à fait. (...) Il y a de l'influence, c'est indéniable, l'individu ne vit pas dans un monde ailleurs, dans un dôme où les choses ne l'affectent pas. C'est justement pour ça que je pense que l'attitude à avoir est celle de ne pas avoir de rapports directs avec les médias. Parce que si j'ai un rapport direct avec les médias, cette pression va être beaucoup plus directe, beaucoup plus personnelle.

(Intervieweur) Mais ça influence comment? Comment cela vous pose-t-il problème? (...)

Le problème c'est que vous devez prendre là une décision selon vos convictions et les gens vont assez souvent ne pas aimer cette décision. Donc on reste préoccupé parce qu'on est une personne insérée dans la société qui vit avec ce qui existe. Alors on pense : « est-ce que ça va bouleverser les gens et créer un problème énorme? » Si ça arrive à influencer la décision, ça je ne sais pas te dire, mais ça amène sûrement à une réflexion plus approfondie (...) (juge 4).

Il y a ici clairement une attitude de défense à l'égard des médias, de ne pas se soumettre à leur pression pour pouvoir bien faire son travail. Ici le bruit est perçu comme plus intense, plus dérangeant, mais cela ne devrait pas devenir une irritation. On ne dit pas que ces pressions vont changer le contenu de la décision, mais on va développer des stratégies d'autodéfense.

7.2.1.2. L'irritation du système et l'ouverture aux stimuli externes

Nous allons observer maintenant comment le bruit et l'irritation peuvent se présenter à l'intérieur d'un même événement, mais à différents moments dans le temps et

par rapport à différentes questions de droit. Le témoignage ci-dessous apporte en quelque sorte un complément aux témoignages précédents. Comme les autres opérateurs, il traite comme « bruit » les influences en matière de procédure. Cependant, il reconnaît ici que ce qui était bruit devient irritation lorsqu'arrive le moment de la « quantification de la peine ». Regardons comment le juge 21 expose ses propos :

(intervieweur) (...) vous n'avez pas utilisé ce mot, mais d'après ce que j'ai compris, il est impossible d'ignorer l'impact, cette répercussion...

L'impact social...

(intervieweur)... que ce crime cause [on parlait d'un crime de grande répercussion médiatique]...

Comme je vous l'ai dit, le juge est un produit de son environnement. Moi, quand je sors du tribunal, je suis un citoyen comme les autres. Ici au tribunal je suis un agent de l'État, mais je lis le journal, je regarde la télé, je parle à mes enfants, je parle aux gens, je suis dans le milieu social, n'est-ce pas? Et ça c'est clair qu'au moment qu'on arrête pour juger une affaire, le juge prend en considération ce genre de choses. On ne peut pas dire : « non, ici je suis une personne et quand je sors j'en suis une autre ». (...) Donc il finit par prendre ça en considération. Ce qui est différent du juge qui se laisse mener... se laisse influencer par la pression du milieu social. C'est différent parce que le juge doit être neutre dans la direction de la procédure, dans la recherche de la vérité réelle, dans la liberté de produire des preuves autant du côté du Ministère public que de la défense. (...) Mais dès qu'il est prouvé que cet individu-là a effectivement commis le crime, c'est-à-dire qu'il existe des preuves de la matérialité [du crime] et la certitude que c'était lui, là oui... Au moment de quantifier la peine, d'exiger, pour ainsi dire, une réponse de l'État, (...) je ne suis pas capable de séparer le juge-citoyen du juge-État... On prend en considération, pour ainsi dire, (...) une certaine influence de la société au moment de la quantification de la peine. Et ici dans l'exécution de la peine, je ne vois pas non plus comment se dissocier de ça. Néanmoins, il faut qu'il reste clair que pendant la direction du procès, c'est différent, il y a la neutralité du magistrat. Mais quand on arrive à la conclusion qu'il est coupable, au moment de la quantification de la peine et de dire « vous avez commis une erreur et pour cela vous allez être puni », là on prend en considération ce milieu social (juge 21; notre souligné).

Avec une telle conception, on arrive à voir une claire acceptation de l'opinion publique comme étant un élément de la punition criminelle. On peut séparer deux moments importants dans cet extrait : d'abord, la réaction « bruit » aux pressions externes au moment de la procédure et de la détermination de la culpabilité; ensuite, une claire irritation au moment de la quantification de la peine. C'est le moment de la confusion entre « le juge-citoyen » et « le juge-état ». On est, à son avis, devant une pression qu'il est non seulement impossible d'ignorer comme tout à fait acceptable comme critère pour l'imposition de la peine (il spécifie : non pas pour la culpabilité, mais pour la sévérité de la peine). En termes plus théoriques, on voit clairement au plan de la peine non seulement l'irritation du système (son état de sensibilité qui réagit à l'environnement) dans un tel extrait, mais une réaction d'acceptation directe du stimulus externe. On voit ainsi que cette acceptation a une *direction* : il est question d'*augmenter* la sévérité. Nous ne savons pas si la direction inverse est également acceptable pour favoriser la modération.

Ce même juge va développer davantage sa perception dans le prochain extrait. Il suppose une grande réduction de la peine sur le plan de l'exécution, sans tenir compte de la plus ou moins grande sévérité des sentences initiales elles-mêmes, et il voit cette réduction exclusivement comme négative :

(intervieweur) (...) une question qui a une répercussion plus importante, qui cause un impact plus grand dans la société, est-ce que ça c'est aussi un élément important pour le juge?

Sûrement. Le juge est inséré dans le milieu social et il ne peut pas ignorer, disons, ces facteurs sociaux. De nos jours, il existe une atténuation trop grande [des peines] dans les cours d'exécution de la peine¹⁵⁶. (...) La société demande un durcissement, une rigidité plus grande de la part des juges, (...) on sent avec la société, en parlant aux gens, qu'il y a une insécurité qui est présente. Alors le juge ne peut pas être étranger à tout cela, il prend donc en considération ces facteurs même au moment de quantifier la peine criminelle. Spécifiquement par rapport à la cour d'exécution de la peine, [on prend en considération ces facteurs] au moment de déterminer la progression de régime ou de

¹⁵⁶ Au Brésil, l'exécution de la peine criminelle est sous le contrôle d'un juge d'exécution de peines, dans des cours d'exécution de peines qui ne traitent que des questions liées au déroulement de l'application de la peine, y inclus la libération du condamné et la concession des bénéfices.

n'importe quel bénéfice. Le juge est un produit de son environnement, on ne peut donc pas ignorer de façon totale l'opinion publique. (...) Ce n'est pas accepter la pression de la société, ce n'est pas ça. Mais c'est prendre en considération ce que la société pense (juge 21).

Il prolonge ainsi l'idée qu'il avait présentée en la clarifiant un peu : il y a une attente de la « société » ou de « l'opinion publique » ou du « milieu social » face à laquelle le juge « ne peut pas échapper ». Mais cette attente qui s'impose au juge est seulement celle qui se situe sur le plan de la quantification de la peine et de son exécution dans le sens de la rendre plus sévère. Or, pourquoi le tribunal est-il plus « vulnérable » en matière de peine que de procédure? Qu'est-ce qui le rend plus vulnérable là-bas et moins vulnérable ici?

Soulignons encore qu'il accepte cette répercussion comme un élément jouant un rôle non seulement dans la quantification de la peine, mais aussi dans la prise de décision concernant la libération du condamné. Notons finalement que sa perception de la société est celle d'une société punitive, qui fait des pressions dans le sens de peines plus dures, mais c'est le système qui sélectionne là où on va ou non prendre en considération cette demande de punitivité. Autrement dit, il choisit sur quoi et où il sera déterminé par son environnement. Il décide ainsi d'imposer des peines plus lourdes et de rendre plus difficile la sortie des condamnés.

Si nous rappelons maintenant certains développements théoriques faits auparavant (supra 4.2.2), nous avons défini l'opinion publique comme un « médium » (en plus d'être les communications elles-mêmes qui remplissent ce médium), comme un espace communicationnel qui est à la fois partie intégrante du système politique et du système des médias de masse, mais qui est aussi à la disposition de tout observateur (y inclus d'autres systèmes) pour être construit dans *n* formes différentes. Et voilà ce médium ici qui est construit par le système de droit criminel : nos interviewés voient une pression externe dans l'environnement qu'ils identifient comme opinion publique (construite ou non par les médias). À l'intérieur du système, on met en place une réaction qui peut être tantôt du bruit, tantôt de l'irritation; il est en effet très difficile de prévoir dans chaque cas quand le système va traiter le stimulus comme bruit ou comme irritation. Cependant, les communications que nous avons vues indiquent clairement une structure de probabilité :

dans le champ de la procédure (avec l'importante exception de la question de la prison préventive – nous y reviendrons [infra 7.2.3.1]) – et au moment du verdict de culpabilité, le système semble être moins prédisposé à s'irriter que dans le champ de la détermination et de la gestion des peines (ce que nous verrons à partir de la section 7.2.3.2 renforcera cet argument). Les communications que nous avons vues sont des exemples de la « sensibilité » différentielle du système, c'est-à-dire du fait qu'il montre avoir perçu des communications provenant de son environnement, qu'il les a identifiées comme appartenant à cette opinion publique (ou au public) et en fait qu'il s'est organisé pour les traiter de façon différentielle.

La question maintenant est d'examiner plus en détail cette construction que le système fait de ces communications externes qui posent problème (infra 7.2.2), ainsi que les opérations internes pour créer des « zones de possibilité », « des filtres », pour gérer ces stimuli (infra 7.2.3).

7.2.2. Sur la difficulté présentée par les stimuli externes et comment les rendre acceptables

7.2.2.1. Des mécanismes de prise de distance

Certaines considérations sont mises en place par le système pour traiter une réaction sous forme de « bruit » ou d'« irritation » par rapport aux stimuli externes. Ces considérations portent sur des « problèmes » avec les stimuli externes et/ou sur le rôle et les limites du système lui-même. Comment réagir dépend bien évidemment d'un jugement de pertinence/non-pertinence des stimuli externes ainsi que d'un jugement d'acceptabilité/non-acceptabilité de la part du système. Si nous nous concentrons maintenant sur cette pertinence/non-pertinence des stimuli externes, il y a un argument récurrent dans notre empirie pour soutenir une réaction sous la forme de « bruit ». C'est la question de la « mauvaise qualité » des stimuli externes de l'opinion publique compte tenu du fait qu'elle serait « manipulée » par les médias.

La prise en considération de l'opinion publique est perçue comme problématique par les opérateurs du système de droit criminel non seulement parce qu'elle interfère dans certaines zones fortement protégées du SDC (procédure et verdict de culpabilité), mais aussi parce qu'il y a souvent, de la part du système, une impression qu'il s'agit d'un stimulus qui n'est pas nécessairement représentatif de ce que la société veut. L'opinion publique perçue par le système est vue assez souvent comme « non authentique », comme ayant été « manipulée » et comme « ignorante » des enjeux de la procédure criminelle. Les réflexions sur la légitimité ou la légalité des stimuli semblent à un moment donné être laissées dans un deuxième plan face à cette critique de la qualité intrinsèque des stimuli externes.

Un premier facteur évident, selon nos interviewés, de cette « mauvaise qualité » passe par la sélection faites par les médias des affaires à médiatiser. Ne pouvant pas rendre compte de toute la réalité, les médias doivent faire une sélection, et cette sélection est non seulement notée par le SDC comme étant tendancieuse, mais aussi comme étant investie d'intérêts les plus divers. Une première distorsion évidente, qui semble particulièrement perçue au Brésil, c'est la sélection des affaires selon le statut social de la victime. Regardons comment le juge 3 perçoit le problème lorsqu'il s'agit d'une question de détention pendant le procès :

(intervieweur) croyez-vous que, dans une affaire de figure qui choque l'opinion publique, le juge sent ça, il doit prendre ça en considération ou y réfléchir?

Non, je ne crois pas que le juge doive y réfléchir. (...) Je trouve que ladite clameur publique... quand il existe une clameur publique pour ne pas laisser l'individu sortir [de prison], ça c'est un truc un peu draconien, un peu réactionnaire. Parce que là on justifie avec n'importe quoi, on ne regarde pas le fait de façon objective. On regarde plutôt la projection de ce fait-là, et là on fait une chose un peu de caste... Parce que comme on n'est pas là dans la favela, on ne connaît pas les faits qui y ont une projection. Tu habites ici [dans des quartiers plus favorisés], tu as de la projection [visibilité] pour moi... classe moyenne et bourgeoisie. Il y a des choses qui ont des milliers de projections... [et il y a en d'autres] qui sont horribles [mais] dont les médias ne parlent même pas, il n'y a pas de public ou les médias ne sont pas là pour voir. C'est exclu de la société, c'est une question à part. Alors, c'est quoi

cette projection, c'est quoi la clameur publique? Quel public? De classe moyenne, de la bourgeoisie ou de la classe des pauvres? Parce que quand Daniela Perez, l'actrice de la télé¹⁵⁷, est morte, il y a eu une gigantesque clameur publique (...) parce que c'était une actrice qui jouait dans le téléroman. Là il y a eu [de la clameur], mais combien de filles de la favela sont mortes de la même façon (...) [sans aucune répercussion]? La quantité de violence dont on ne prend pas connaissance et qui n'entraîne aucune clameur parce que c'est une clameur qui émane du ghetto... (juge 3).

L'idée est donc que la « clameur » n'apparaît que pour des faits qui ont de la « projection ». L'émergence de cette clameur serait fortement liée aux médias et aurait souvent plus à voir avec le statut social des personnes impliquées dans l'affaire qu'avec la gravité du fait. Le juge 15 développe un argument dans ce même sens d'une diffusion inégale des faits selon le statut social des personnes impliquées :

Il y a eu ici à XXX [nom de la ville], proportionnellement une des plus grandes villes au pays (...), une tentative de vol à main armée qui s'est soldée par la mort d'un médecin. Quelqu'un essayait de voler à main armée une voiture arrêtée au feu de circulation, et le médecin dans la voiture en arrière a klaxonné. Quand il a fait ça, le voleur s'est tourné vers lui, l'a tiré et l'a tué. (...) Alors aujourd'hui il y a une fondation, tout un mouvement [à la suite de la mort de ce médecin]. Mais pourquoi? À cause du niveau social de la victime. (...) Il y a eu un cas emblématique – qui est toujours devant les tribunaux – de deux jeunes femmes qui ont été tuées à la plage. Mais en même temps il y a eu une tuerie ici à côté, à XXX [nom de la ville à côté de la sienne], où des enfants et des adolescents ont été tués. La presse n'a ciblé que la mort des jeunes femmes parce qu'elles avaient un niveau social élevé. Alors, dis-moi, comment vais-je me conduire? Si la victime est pauvre, il n'y a pas de clameur, si la victime a une situation plus aisée, il y a de la clameur. Alors, comment est-ce que je vais décider? S'il n'y pas de clameur je ne décide pas, s'il y a de la clameur je décide? Comment pourrais-je vivre en paix avec ma conscience?

¹⁵⁷ Il fait référence ici au cas – que nous avons déjà mentionné (voir infra 2.1.3) – très médiatisé de l'actrice qui jouait dans un téléroman et qui a été assassinée.

Voilà donc une question dont les juges et procureurs sont très conscients : la clameur a beaucoup plus de chance d'émerger quand il s'agit d'un crime impliquant des personnes avec un statut social plus élevé. De leur point de vue, il y a une inégalité régulière dans cette sélection faite par les médias, dans la clameur qu'elle suscite. Ainsi, en termes théoriques, la perception (de la part du système) de l'inégalité de la sélection (faite par les médias) opère comme un mécanisme cognitif du système pour éviter que le stimulus ne se transforme en « irritation ».

Mais il y a d'autres mécanismes qui atténuent les stimuli externes et ainsi facilitent leur filtrage. Deux de ces mécanismes – l'ignorance des médias par rapport au fonctionnement du système de droit criminel et le besoin des médias d'avoir toujours des nouveautés pour mouvoir son propre processus – apparaissent dans un autre extrait de notre juge 4 :

Les médias ne comprennent pas le système pénal du point de vue que nous le comprenons. Ils le voient d'une façon complètement différente et sans aucun doute avec l'idée de vendre des magazines ou des journaux ou d'augmenter l'audience d'un programme de télé ou de radio. Ça c'est quelque chose qui est important : ils ont aussi leur finalité outre ce sacré droit à l'information que les citoyens ont. Donc, assez souvent l'exploitation d'un fait judiciaire, un fait du système criminel, il vient inséré dans un contexte du genre « on a besoin de donner la nouvelle qui intéresse le plus notre... c'est pas que je vais distordre la nouvelle, mais je vais prendre cette partie de la nouvelle qui intéresse le plus notre public et le public que nous voulons cibler ». Ça c'est bien ou mauvais? Je pense que ça n'est ni bien ni mauvais, c'est un fait de la vie avec lequel on doit vivre. Les médias, parce qu'ils ne voient pas la procédure de la même façon que nous la voyons, ont de la difficulté à comprendre comment les choses sont faites – « ah, mais l'individu x a été condamné et est encore en liberté, comment c'est possible? » Peut-être que moi je n'aimerais pas non plus que ça soit comme ça, mais si le système me dicte de le libérer, je vais le libérer et point final. C'est un peu ça (juge 4).

Notons que le problème se réfère ici encore à une décision procédurale et concerne la possibilité pour le condamné d'attendre ou non en liberté le résultat d'un appel de la décision de condamnation. Ce juge met en œuvre deux mécanismes de prise

de distance du SDC par rapport aux communications virtuellement irritantes qu'il attribue aux médias. Ces mécanismes identifient, par ailleurs, des différences qui existent effectivement entre les deux systèmes (médias et SDC), des différences qui peuvent être constatées par une observation externe faite par la science¹⁵⁸.

Mais il y a aussi la question de l'ignorance des médias de masse à propos du fonctionnement du SDC. Le juge y est très clair en disant que les médias ne comprennent pas le système pénal de la même façon « que nous le comprenons ». Non seulement les médias ont leur intérêt particulier à générer des nouvelles, mais ils ont aussi une difficulté réelle à saisir et à tenir compte de la réalité du SDC. Comment peuvent-ils, les médias, produire autant de distorsion et comprendre très peu ce qui se passe chez le SDC? – ça semble être la question qui passe par la tête de plusieurs de nos interviewés.¹⁵⁹

Les procureurs 4 et 13 déplorent aussi le manque d'impartialité des médias et la sélection de classe des affaires :

Non, je pense que les médias doivent participer, qu'ils ont ce devoir. Mais ce qui me dérange un peu c'est que je trouve qu'ils doivent être un peu plus objectifs et prudents. Parce qu'ils ne sont pas très objectifs, ils ne veulent pas assez souvent présenter les faits comme ils le sont, mais de la façon dont le public veut les recevoir. C'est beaucoup plus cool de mettre dans le journal un homicide perpétré par un procureur (...) qu'un homicide découlant de disputes dans le marché de la drogue. C'est plus fascinant, plus de monde va vouloir acheter le journal, plus de gens vont vouloir savoir qui était cette personne qui a commis cet homicide de cette façon-là... mais pas vraiment ce qui s'est véritablement passé. Donc je trouve ça un peu préoccupant (procureur 4).

¹⁵⁸ Le problème identifié ici par ce juge est le suivant : les médias ont toujours besoin de nouvelles, tantôt pour « vendre des journaux » ou « augmenter de l'audience », tantôt (d'une façon plus théorique) pour permettre sa propre existence en tant que système dont la fonction « consists in the constant generation and processing of irritation » (Luhmann, 2000 : 98).

¹⁵⁹ Nous préférons nous éloigner de ce type d'interprétation qui suggère qu'il y a une question d'intérêts non déclarés ou une mauvaise foi quelconque dans cette reconstruction de la réalité performée par les médias. Même si ce genre d'enjeu peut parfois être présent, la difficulté majeure nous semble être dans le fait, comme on a dit, que la reconstruction de la réalité d'un système, faite par un autre, ne peut qu'être une sélection précaire, et une sélection guidée par les intérêts du système qui fait cette reconstruction. Il nous semble que c'est moins une question de manipulations (qui peut évidemment jouer dans certains cas) qu'une impossibilité absolue de faire coïncider deux comptes-rendus d'une réalité à partir de deux points d'observation différents.

Prenons par exemple l'affaire Eloa¹⁶⁰, la fille qui a été prise dans un hold-up par son copain et a finalement été tuée. Ce même épisode se passe dans différents endroits, mais il n'y a pas de glamour, il n'y avait pas cette « chose » qui a été donnée par la Globo dans cette épisode spécifique. Ce que je trouve compliqué, c'est la sélection que les médias font de certains cas... « pour ce cas, oui, on doit pleurer et revendiquer, etc. », et pour les autres on fait semblant qu'ils n'arrivent pas. Ça je trouve compliqué, n'est-ce pas? Cette sélection qui est faite... c'est comme si la justice ne devrait fonctionner que pour les grands cas. Mais et les cas de tous les jours? (...) Ça ne « fait » pas les médias, ne donne pas de reportages. [C'est la question de] qu'est-ce qui est plus intéressant? L'homme qui mord le chien ou le chien qui mord l'homme? C'est ça la dynamique qui pousse les médias... c'est ce qui attire de l'audience. Et on ne peut pas travailler avec de l'audience, avec du marketing, avec de la vente, quand on traite des biens, de valeurs, de la liberté, de la vie. C'est un peu compliqué. C'est dans ce sens-là que je trouve que les médias sont violents (procureur 13).

Encore une fois, on voit en œuvre les mêmes mécanismes de prise de distance des stimuli externes. Nous pourrions dire que c'est le SDC qui est en train d'affirmer qu'il ne peut pas fonctionner de la même façon qu'un autre système. Le faire équivaldrait à interrompre son autopoïèse.

7.2.2.2. Construction d'une opinion publique acceptable

Jusqu'à présent [supra 7.2.2.1], nous avons vu des mécanismes de prise de distance. Mais comment le système va-t-il prendre en considération ces stimuli externes en dépit de cette prise de distance? Comment va-t-il se laisser irriter par les stimuli externes?

Le système va construire pour lui-même une représentation de l'opinion publique qui pose moins problème, qui doit être séparée des distorsions attribuées aux médias. Cette stratégie consiste à faire une distinction entre un stimulus « manipulé », « amplifié

¹⁶⁰ Eloa est une adolescente qui a été tuée par son ancien copain, lui aussi un adolescent, à la suite d'un hold-up qui a mal tourné après l'intervention de la police. La particularité de ce cas est qu'il a été transmis en direct par la Rede Globo, la chaîne de télévision la plus regardée au Brésil.

par les médias » ou mal construit par eux, et un stimulus « authentique », qui serait « légitime ». Le juge 21 va, en effet, mettre en place la distinction clameur légitime/clameur illégitime. La première est une irritation; la deuxième, un bruit. On voit aussi que les conséquences du stimulus authentique retombent dans le champ de la détermination de la peine :

(intervieweur) Si j'ai bien compris, vous faites une distinction entre une clameur publique légitime, une clameur, disons, spontanée, et une certaine clameur qui peut être le produit des médias qui veulent créer une commotion...

C'est exactement ça. Prenons ce cas de Caiubá¹⁶¹ [par exemple] : ça c'est de la clameur publique légitime, on n'a pas besoin des médias dans un tel cas. N'importe quel honnête citoyen ... la majorité des gens... 99,9% de la société va être choquée par un tel crime. Ça c'est de la clameur publique. Ceci dit, on a dans d'autres occasions certains cas où il n'y a pas une clameur... comment je peux dire... qui ne se heurte pas aux valeurs sociales, aux attentes sociales. Parfois il y a un intérêt de la presse à atteindre un adversaire politique, à répondre aux demandes de certains groupes ou quelque chose dans ce sens là. Vous avez donc mentionné la bonne distinction. La clameur légitime... c'est quoi la clameur légitime? Il me semble qu'un cas typique de clameur légitime, ce sont ces crimes contre les fonds publics. Des crimes de détournement de fonds de la santé publique. (...) Dans de tels cas on n'a pas besoin de demander au citoyen honnête s'il se sent insulté ou s'il se sent indigné, s'il aimerait qu'il y ait une réponse plus énergique de la part de la justice. Ça c'est inhérent aux gens, inhérent à notre culture. N'importe qui s'indigne (...) devant le vol d'une institution publique, le détournement de fonds destinés à l'éducation, à la santé publique... on voit des gens mourir dans les files d'attente des hôpitaux, et ça cause de l'indignation à tout le monde. La presse n'a pas besoin d'en parler. Il suffit qu'on en prenne connaissance, que ce fait soit rendu public. Que la presse en parle ou n'en parle pas, ça génère tout de même de l'indignation chez les gens.

Lorsqu'on observe attentivement ce message, on ne comprend pas immédiatement pourquoi l'opinion publique serait un stimulus plus légitime à l'égard

¹⁶¹ Il fait référence au cas, déjà mentionné (supra 6.2.2 – c'est le cas mentionné dans le deuxième extrait empirique de cette section), d'un jeune couple qui a été attaqué dans un bois. Le gars a été tué et la fille a été violée. Elle a aussi été atteinte de projectiles d'arme à feu et laissée pour morte toute seule dans le bois. Elle a survécu à l'agression et a pu reconnaître l'agresseur par la suite. C'est un cas qui a entraîné une très forte médiatisation.

d'un crime contre les fonds publics qu'à l'égard d'un meurtre ou d'un vol qualifié. À l'arrière-plan de cette sélection réside une grande préoccupation nationale à l'égard de la criminalité des élites politiques, économiques et judiciaires. Cette criminalité est observée comme échappant complètement à la justice criminelle et comme causant des dommages importants. Cependant, au-delà de l'application que cet opérateur fait de la distinction clameur publique légitime/illégitime, ce qui nous intéresse ici est l'existence même de ce mécanisme qui peut recevoir d'autres applications. Par exemple, on peut venir à considérer qu'une clameur publique à l'égard du meurtre d'un enfant est légitime. Cette distinction est utilisée pour créer des zones de sensibilité différentielles : des problèmes à l'égard desquels le système juge qu'il peut/ne peut pas prendre ses distances.

Le système devient alors plus sensible à certaines questions qu'à d'autres, mais il est aussi plus réceptif à recevoir l'opinion publique à certains moments qu'à d'autres (ou à l'égard de certains types de décision qu'à d'autres). Regardons la suite de cet extrait du juge 21, où nous pouvons observer que la sensibilité du système à l'irritation au moment de la quantification de la peine est très importante :

(intervieweur) Et cette indignation...

Ça c'est de la clameur légitime.

(intervieweur) Et cette clameur légitime... (..) est-il légitime pour le juge au moment de quantifier la peine de la prendre en considération? (...)

Écoutez, je peux quand même avoir tort, mais je crois que oui. Je crois que le juge est un produit de son milieu. Je regarde la question de la façon suivante : je suis un agent public, payé par des fonds publics, payé par la société. C'est qui donc mon patron? C'est la société. Qui maintient l'État de droit? C'est la société, n'est-ce pas? Alors, dès que certains comportements se heurtent à ces valeurs, à ces principes moraux, sociaux, ça exige une réponse plus grande parce que la société le veut et le juge est un produit du milieu (juge 21).

Nous voyons maintenant que cette communication opère non seulement une distinction entre une « clameur légitime » et une « clameur illégitime », mais qu'elle met en place aussi la clameur légitime dans le champ du choix et de la quantification de la

peine. Bref, à partir de cette communication nous pouvons constater non seulement une distinction entre clameur légitime et illégitime (qui vont être traitées respectivement comme irritation et bruit), mais aussi que l'irritation a un moment privilégié pour se manifester : lors de la décision du quantum de peine.

Le procureur 12 va aussi faire une distinction pour séparer ce qui peut devenir une irritation de ce qui doit rester un bruit. Il va mettre en relief la distinction opinion publique/trait culturel, qui nous paraît être un équivalent fonctionnel de la distinction avancée par le juge 21 (clameur légitime/illégitime).

(intervieweur) Vous faites une distinction entre opinion publique et trait culturel. Dites-moi en un peu plus.

(...) Pour moi, (...) opinion publique c'est quelque chose d'épisodique, c'est quelque chose de transitoire pour ainsi dire, c'est quelque chose qui va passer, qui va être oublié. Par exemple, si le couple Nardoni¹⁶² était libéré aujourd'hui, il n'y aurait pas le même malaise dans l'opinion publique, dans l'opinion des gens, que s'ils l'avaient été deux jours après l'événement. Alors l'opinion publique a cette possibilité de l'oubli, d'oublier un certain épisode qui à un moment donné a été important à un certain égard. Le trait culturel d'un pays, c'est quelque chose de différent parce que c'est beaucoup plus enraciné dans l'opinion publique, (...) c'est-à-dire que c'est intrinsèquement imprégné dans la personnalité de quelqu'un une certaine opinion sur une certaine chose ou sur un certain comportement. (...) C'est une chose de choquer la population à un moment donné, c'est autre chose de choquer l'opinion publique depuis toujours. C'est différent, n'est-ce pas? Quand je fais cette distinction entre opinion publique et trait culturel, ça veut dire que l'opinion publique, c'est quelque chose de transitoire. Ce comportement a causé une clameur publique, mais pour une circonstance spécifique quelconque, pas pour le comportement en soi. La preuve c'est que ce comportement qui a causé une clameur aujourd'hui, si s'il se reproduit demain, il ne causera pas la même clameur... C'est-à-dire que l'opinion publique est indifférente à ce même comportement, hier ou demain, pour des raisons différentes ... parce que, par exemple, la télé n'a pas fait un reportage là-dessus, parce que ça n'a pas apparue à une émission, ou parce que la victime n'était pas un politicien ou un grand homme d'affaires... Comprends-tu? Donc on peut dire que l'opinion publique a

¹⁶² Il s'agit d'un couple accusé d'avoir tué une fillette (la fille du mari et la belle-fille de l'épouse) en la poussant de la terrasse de leur appartement. Ce crime a lui aussi causé une médiatisation gigantesque au Brésil.

cette caractéristique, elle est beaucoup trop susceptible d'être manipulée par les médias et ça c'est dangereux (procureur 12).

Si, dans notre premier extrait, la distinction était entre une opinion publique « authentique » et une autre « fabriquée » par les médias, ici c'est une question de distinction entre « opinion publique » et « trait culturel ». La première est fruit des émotions, de l'impact du crime; elle est le résultat de la manipulation par les médias et va oublier l'événement. Par contre, le trait culturel paraît, lui, beaucoup plus stable et convenable : ce sont des « opinions enracinées », plus profondes, qui ne varient pas au gré des passions. Comme on peut le voir, l'opinion publique est ici l'irritation avec laquelle le système n'a pas besoin d'apprendre en fonction de ses prochaines décisions : il peut la transformer en bruit ou seulement décider de façon ad hoc.

Regardons finalement l'extrait du juge 2, qui se rapproche des deux premières citations de cette section, tout en ajoutant un nouvel élément important : l'ignorance du public par rapport à ce qui se passe dans les procès criminels. La distinction connaissance/ignorance du procès aide à trier ce qui est légitime/illégitime.

[C]omme je vous ai dit, on ne peut pas simplement considérer cette opinion publique, parce que l'opinion publique répond d'une façon sensationnaliste à ce qui a été transmis par la télé. Cette transmission était d'ailleurs déjà présentée d'une façon sensationnaliste. Et l'opinion publique n'a pas connaissance de toutes les pièces du procès; elle ne connaît que ce qui a intéressé le journaliste. Donc cette opinion n'est pas utile dans le cas spécifique. On essaie [par contre] de penser à ce que les gens qui auraient toutes les informations du procès penseraient du crime. [Il donne l'exemple d'un crime d'homicide très médiatisé où il y avait beaucoup de pression de l'opinion publique pour condamner l'agresseur qui était un procureur.] Alors, l'opinion publique (...) à l'époque du crime disait qu'il était un assassin, qu'il devait être arrêté et j'en passe. Ceci dit, il faut voir si l'opinion publique serait la même avec [la connaissance] des données qui se trouvaient dans le dossier du procès. (...) Cette opinion publique n'est pas en effet l'opinion publique rencontrée à l'occasion de la divulgation du crime; celle-ci n'est informée que de quelques éléments. (...) On essaie alors de se placer dans l'opinion générale - qu'est-ce que les gens attendent, que la société attend de cet individu? Comment la société va-t-elle réagir en sachant ce qui s'est réellement passé? Donc, après des critères juridiques

spécifiques, au moment d'appliquer une peine, on essaie plus ou moins de penser à l'opinion... pas à l'opinion telle qu'elle est divulguée, mais au sens public, au sens commun de justice (juge 2).

Encore une fois, on voit une distinction entre une opinion publique qui réagit à des médias « sensationnalistes » et une « opinion générale » ou un « sens commun de justice » qui serait légitime. Et ceci, encore une fois, est clairement une référence au moment d'appliquer une peine. Tout en reproduisant une distinction équivalente celles que nous avons vues dans les autres extraits de cette section, l'opérateur applique à l'opinion publique l'argument (pertinent) du manque de connaissance des actes du procès. En d'autres mots, la réaction de l'opinion publique est d'autant moins pertinente qu'elle est désinformée, ignorante de ce qui s'est vraiment passé. Pour neutraliser cette pression, l'opérateur imagine l'existence d'une opinion publique qui connaîtrait les informations disponibles dans le procès. Dans ce cas, elle n'agirait pas comme elle agit, mais comme le SDC va agir.

Quoi qu'il en soit, cette distinction entre une opinion publique problématique et éphémère et une autre plus stable et acceptable semble être capital pour le fonctionnement du SDC de droit criminel face à des irritations. Nous avons déjà trouvé cette distinction ailleurs¹⁶³ en exerçant la même fonction. Dans cette partie de notre recherche, l'élément clé qui ressort de notre analyse correspond à cette stratégie interne du SDC pour faire passer un stimulus externe et le localiser quelque part dans les opérations du système. Dans la prochaine section, il est moins question de la façon dont le système perçoit et construit les stimuli externes que de celle dont il construit des *structures internes* pour recevoir et filtrer ces stimuli qu'il juge acceptables.

¹⁶³ Dans un autre travail, nous avons commenté cette même stratégie de distinction utilisée par un juge anglais dans un cas fort médiatisé. Il s'agit du procès de l'assassinat de James Bulger, un enfant de deux ans, qui avait été commis par deux enfants de dix ans. Dans ce cas, le juge Goff of Chieveley va faire une distinction qui s'approche beaucoup de ce que nous avons trouvé au Brésil : « In so holding, I wish to draw a distinction in the present context between *public concern of a general nature* with regard to, for example, the prevalence of certain types of offence, and the need that those who commit such offences should be duly punished; and *public clamour* that a particular offender whose case is under consideration should be singled out for severe punishment. *It is legitimate for a sentencing authority to take the former concern into account, but not the latter.* » (apud Xavier, 2005: 127).

7.2.3. Les « zones de possibilité » d'une ouverture cognitive

Le SDC peut se faire indifférent, ne voir que du « bruit » dans certains moments et ainsi rejeter ce type de communication comme non pertinente; mais il va aussi assez souvent connaître des « irritations » associées aux pressions externes. Comme nous venons de le voir (supra 7.2.2.2), pour gérer celles-ci, le système va créer la distinction entre une « bonne » et une « mauvaise » opinion publique, entre une « plus stable », « plus solide », et une autre « manipulée par les médias », « éphémère » et « problématique ».

Toutefois, malgré le fait que cette construction interne rend certains stimuli externes acceptables pour le système, passibles d'être pris en considération, il faut en savoir encore plus sur l'acceptation de ces stimuli. Autrement dit, y a-t-il des structures stables et généralisées auxquelles le système fait appel pour les intégrer? Si, comme nous avons l'avons déjà dit, c'est au système de dire quel type de pression il accepte (une question essentielle pour préserver son autonomie), la tâche de décider *comment, à quel moment* et par quel canal (norme ou concept) il va le faire lui revient également. Dans les lignes qui suivent, nous montrons ces chemins d'entrée : il s'agit de structures d'accueil dans le système que nous appelons des *zones de possibilité* pour la prise en considération juridique des stimuli externes dont on traite ici.

Notons bien que l'identification de ces zones de possibilité montre seulement qu'une entrée par ces structures *est possible, mais non pas sûre*. Comme l'empirie nous le montrera bien, la dynamique entre l'acceptation des stimuli et sa rejection totale est toujours présente.

7.2.3.1. Opinion publique et la zone de possibilité « ordre public »

Malgré le fait que le système soit plus protégé sur le plan de la procédure, le moment de la décision concernant la prison préventive est, toutes proportions gardées,

particulièrement sensible et se prête bien aux pressions (médiatiques) externes. En effet, lors du déroulement de la procédure, la difficulté du système face aux stimuli de l'opinion publique est bien présente. Nos résultats empiriques nous indiquent des changements dans le comportement des acteurs et certains changements dans le cours normal de la procédure. En général, ce sont des changements dans la façon de conduire la procédure qui ne peuvent pas être traités comme des « structures d'accueil » du système pour les stimuli externes (mais qui par contre révèlent tout l'inconfort et la difficulté des acteurs face à des cas fort médiatisés – nous reviendrons plus en détail sur cette question [infra 7.2.4]). Toutefois, dans le cas spécifique du moment de déterminer la détention préventive, nous avons trouvé plus que de simples changements dans la façon de mener la procédure : parmi les raisons pour justifier une détention préventive, il y a une vraie structure d'accueil pour les stimuli externes. C'est la zone de possibilité « ordre public ».

Pour comprendre comment cette zone de possibilité pour la réception de l'opinion publique apparaît lors du moment de la prison préventive, il faut tout d'abord connaître l'existence d'un article du Code de procédure pénale brésilien qui traite de la prison préventive. L'article 312 dudit code se lit comme suit :

« La prison préventive peut être déterminée comme *garantie de l'ordre public*, de l'ordre économique, pour la convenance de l'instruction criminelle, ou pour assurer l'application de la loi pénale, quand il y a preuve de l'existence du crime et suffisamment d'indices d'identification d'un responsable. » (Notre souligné)

La question se joue dans ce cas autour de la notion de « garantie de l'ordre public ». Sans d'autres précisions sur le contenu de cette expression, elle reste fort équivoque et ouverte à plusieurs interprétations. Une des interprétations possibles et qui est très pertinente pour nous, c'est l'utilisation de cette expression pour motiver la détention préventive dans les cas où il y a une répercussion médiatique du crime. En d'autres mots, la question qui se pose est la suivante : est-ce que l'idée de « garantir l'ordre public » peut être liée d'une façon quelconque à la réception-construction de l'opinion publique par le SDC?

Nous trouvons empiriquement un genre de réaction (qui va se reproduire dans les prochaines sections [infra 7.2.3.2 à 7.2.3.5]) caractéristique de ce que nous avons nommé une zone de possibilité : une structure d'accueil qui permet à la fois l'intégration de l'opinion publique et son rejet. Certains opérateurs vont construire l'« ordre public » en s'appuyant sur les stimuli externes, tandis que d'autres vont percevoir une telle construction comme erronée et inacceptable.

Regardons tout d'abord l'utilisation de ce médium qui accepte cette opinion publique à l'intérieur du système à partir de la prison préventive. Commençons par le juge 21, pour qui le magistrat « ne doit pas être insensible » à l'opinion publique. D'après lui, la prison préventive pour garantir l'ordre public doit en effet prendre en considération la répercussion que le crime a eue dans l'opinion publique, et cela même pour une question de protection de l'intégrité physique de l'accusé. Voici ce qu'il dit exactement :

(intervieweur) [A]u moment de déterminer un emprisonnement provisoire, comment voyez-vous la question de la clameur publique?

Écoutez, si je vous disais que ça n'a pas un peu d'influence, je ne serais pas sincère. Le juge ne peut évidemment pas se laisser mener par la pression sociale... il ne peut pas. Mais, comme je vous ai déjà dit, le juge est un produit du milieu. Le juge ne peut pas non plus être insensible et dire « non, je reste enfermé dans mon bureau ». L'opinion publique en dehors... la société qui crie que c'est un crime... enfin, [un crime] qui a choqué, qui est dégoûtant... et le juge reste étranger à tout ça... [signe de réprobation] On ne peut pas évidemment se laisser impressionner par ce que la presse dit, mais il y a, pour ainsi dire, une certaine dose de valorisation de ce que pense l'opinion publique, pour simplement répondre à la garantie de l'ordre public. Mais seulement s'il y a une clameur, une insécurité, une indignation très grande des gens... ce qui arrive même à mettre en danger l'intégrité physique de l'accusé au cas où il reste en liberté. (...) Regardez bien, ce n'est pas toujours que ce que quelqu'un dit à la radio ou au journal représente vraiment cette clameur qui vient effectivement du sein de la société. Ça se peut que ça soit seulement l'opinion d'un reporter ou d'un journaliste isolé. Ceci dit, une clameur publique, ça se sent... (...) On sent ça dans le regard des gens indignés de cette situation... qui exigent, disons, une réponse du judiciaire. (juge 21)

On voit bien que cet opérateur emploie le médium « ordre public » pour ouvrir les portes à une certaine forme de clameur publique. Il le fait quand il affirme que les considérations sur la garantie de l'ordre public doivent tenir compte d'« une certaine dose de ce que pense l'opinion publique ». Il prend la précaution de dire que le juge ne doit pas « se laisser mener par la pression sociale » – question d'affirmer l'autonomie du SDC dans sa prise de décision – mais il n'en reste pas moins que l'opinion publique est ici un facteur d'une importance considérable dans la construction du médium « garantie de l'ordre public ». Qui plus est, il y a ici aussi une distinction, telle que nous l'avons déjà vue, entre une « bonne » et une « mauvaise » (nos termes, pas ceux de l'interviewé) opinion publique. Celle-ci est non pertinente (l'opinion d'un reporter ou d'un journaliste isolé), mais la « bonne » opinion publique (la clameur publique qui « se sent ») ne peut pas être méprisée et doit être prise en compte dans les considérations sur la possibilité d'une prison préventive à partir de la question de l'ordre public.

Dans le cas du procureur 16 ci-dessous, la zone de possibilité « ordre public » est aussi clairement une voie ouverte à la réception-construction de l'opinion publique par le SDC. Dans ce cas-ci, le procureur va non seulement accepter l'entrée de l'opinion publique au moment de la prison préventive, mais il va aussi le faire au moment de la détermination de la peine. Voyons son raisonnement :

(intervieweur) Est-ce que la justice pénale doit prendre en compte le fait que ce crime a causé une certaine commotion publique, que c'est un crime qui aura répercussions [médiatiques]?

Je trouve que oui. (...) [P]ensant à cette commotion publique, je crois que oui. Je crois qu'elle est une justification autant pour la pondération de la peine que pour la prison préventive. Notre système de procédure pénale a comme l'un de ses fondements prévus par la loi (...) la garantie de l'ordre public. Je crois que certains crimes représentent en effet un risque à l'ordre public en vertu de ce qu'ils représentent pour une communauté. La perpétration d'un crime très grave et la liberté subséquente de celui qui l'a commis sont sans aucun doute un stimulus pour que d'autres pratiquent [le même acte]. Je n'en ai aucun doute. Et ça pour n'importe quel type de crime. (procureur 16)

Bref, non seulement il y a l'utilisation de la zone de possibilité « ordre public » au moment de la prison préventive, mais il y a aussi cet usage associé à une structure cognitive qui relève de la théorie de la dissuasion. Dans ce cas, donner satisfaction à l'opinion publique et donner l'exemple dissuasif de la peine. Bref, on a ici un extrait qui judiciarise l'opinion publique non seulement sur le plan de la procédure (pour la prison préventive), mais aussi pour la détermination de la sévérité de la peine.

Évidemment, cette idée d'accepter l'opinion publique au moment des décisions concernant la prison préventive suscite des oppositions dans le système, particulièrement parce que l'accusé n'est pas encore déclaré coupable. Répétons-le : en tant que zone de possibilité, l'« ordre public » peut être une structure utilisée ou non pour une réaction d'« irritation » (qui décide de donner un traitement quelconque au stimulus).

Dans l'extrait suivant, on voit le juge 9 aller dans la direction contraire des deux extraits précédents. Il dissocie clairement l'idée de commotion sociale du médium « ordre public », mais il semble confirmer que cette structure est encore employée pour sa réception, en dépit d'une décision de la Cour suprême dans le sens contraire. Il déclare :

On voit beaucoup ça [l'argument de la garantie de l'ordre public] dans les justifications du Ministère public dans les cas de prison préventive. La Cour suprême a déjà décidé que la commotion [sociale], les grandes répercussions [publiques], ne justifient pas la prison préventive, mais on voit beaucoup ça. Moi j'ai déjà fait ça et plusieurs le font. (...) Parce que dans notre cas de prison préventive, c'est la garantie de l'ordre public et économique. (...) Où l'idée de commotion intervient-elle? Nulle part. Mais j'ai déjà fait ça et je vois jusqu'à aujourd'hui que plusieurs juges justifient la prison préventive en faisant valoir l'idée d'une commotion [dans la société]. (juge 9)

Le procureur 12 voit la question d'une façon similaire. Il remarque que, fort souvent, des juges vont déclarer la prison préventive pour garantir l'ordre public en se basant sur « la gravité du crime et la clameur publique ». Il expose les raisons de son désaccord avec un tel raisonnement :

Moi je trouve que l'opinion publique, et je pourrais inclure les médias aussi, ne devraient pas du tout être pris en considération par le système pénal. Au Brésil, par exemple, il se passe quelque chose de très grave que je résume de la façon suivante. Une des raisons pour la détermination de la prison préventive, c'est ladite « garantie de l'ordre public » présente dans l'article 312 du Code de procédure pénale. Or, qu'est-ce que les juges font – et que la Cour suprême heureusement casse après? C'est très habituel (...) de déterminer la prison préventive de quelqu'un sous l'argument qu'on répond à ce critère de garantie de l'ordre public. Mais sur quoi on se base? La gravité du crime et la clameur publique. Notez bien donc que la clameur publique est devenue au Brésil un critère pour la prison préventive, qui est une prison instrumentale, provisoire, qui vise à garantir la sécurité de la procédure pénale et qui n'a rien à voir avec la clameur publique. [Il mentionne un cas de figure au Brésil où les parents ont été accusés d'avoir tué leur fillette. Les deux accusés ont été mis en prison préventive.] (...) Ce couple est allé en prison pour garantir l'ordre public, mais où est cet ordre public? C'est vrai qu'il est difficile d'avoir un concept fermé d'ordre public, mais comment la liberté de ce couple mettrait-il en danger l'ordre public? (...) Ce couple a été arrêté, parmi d'autres facteurs, principalement à cause de la clameur publique, à cause de l'opinion publique, à cause de la presse qui l'a démonisé... et ça a fait en sorte que le juge détermine une prison préventive, mais il [le Code de procédure criminelle] ne parle pas de clameur publique, il parle d'ordre public. Une chose n'a rien à voir avec l'autre. (procureur 12)

Dans cet extrait, la conception du procureur est claire : l'« ordre public » dont nous parle le code se lie plutôt à la « sécurité de la procédure », au fait de pouvoir la mener sans sursauts. Il ajoute que « clameur publique » et « ordre public » sont des concepts distincts, tout en critiquant à partir d'un exemple le rôle que les médias peuvent jouer pour pousser indûment en faveur d'une prison préventive.

On voit donc, dans cette section, deux façons opposées de construire le médium « ordre public » à l'intérieur du système de droit criminel. Cette zone de possibilité peut tantôt permettre la réception de l'opinion publique comme fondement de la prison préventive, tantôt bloquer cette réception. L'idée fondamentale à retenir est donc que nous avons ici une structure d'accueil qui peut être mise en place pour recevoir les stimuli externes (malgré le fait que la structure puisse souvent ne pas avoir été conçue pour cet usage).

7.2.3.2. Opinion publique et la zone de possibilité « culpabilité¹⁶⁴ »

Nous montrons dans cette section une *zone de possibilité* pour la réception des stimuli externes au moment de la détermination de la peine. Néanmoins, avant de le faire, il faut qu'on fournisse une brève information sur le Code criminel brésilien pour que la compréhension de cette section et de la suivante soit possible. Ce Code criminel a un article qui établit de façon générale les éléments que le juge doit prendre en considération au moment de « déterminer¹⁶⁵ » une peine. L'article 59 du Code criminel brésilien dit :

« Le juge, ayant en compte la *culpabilité*, les antécédents, le comportement social, la personnalité de l'agent, les motifs, les circonstances et *les conséquences du crime*, ainsi que le comportement de la victime, établira, en tant que nécessaire et suffisant pour la réprobation et la prévention du crime :

I – les peines applicables parmi celles prévues;

II – la quantité de peine applicable, dans les limites prévues; (...) »
(notre souligné) (notre traduction)

Cet article nous intéresse particulièrement en ce qui concerne la question de la *culpabilité* et la question des *conséquences du crime*. Nous laisserons cette dernière pour la section suivante (infra 7.2.3.3) pour nous pencher maintenant sur la question de la culpabilité. Soulignons aussi que les mots « réprobation du crime » à la fin du premier

¹⁶⁴ Comme nous espérons le démontrer clairement au long de cette section, l'idée de culpabilité n'est pas seulement celle qui dit qu'un individu a commis ou non un crime (le verdict de culpabilité). La doctrine pénale discute longuement sur les éléments qui composent ce concept de coupable, notamment sur ceux qui peuvent graduer cette culpabilité. Ces discussions ne sont pas pertinentes pour nous. Le but de cette note est simplement d'écarter la possibilité d'une association directe, par le lecteur, de la zone de possibilité que nous décrivons dans cette section et de la simple décision « coupable/non coupable ».

¹⁶⁵ Nous employons le mot « déterminer » mais ce terme est un peu trop généreux parce que le tribunal, au Brésil, au moment de décider de la peine, a les mains plutôt bien attachées par le système politique. Si le condamné est un récidiviste et si le crime est considéré comme moyennement grave, la tâche du juge ne va pas au-delà de « quantifier » une peine de prison dans les limites données par une peine minimale et une peine maximale.

paragraphe font référence à deux théories de la peine : la théorie rétributiviste et la théorie de la réprobation sociale (dénonciation).

Le concept de culpabilité est un thème qui a fait l'objet de longues discussions dans la philosophie du droit relativement à son sens précis. Quand on parle de culpabilité, ce n'est pas simplement une question de déterminer si l'individu est coupable ou non coupable. Cette idée d'être « coupable » recouvre un ensemble de concepts qui sont des conditions de possibilité pour arriver à une décision de culpabilité. Nous n'allons pas discuter ici le sens que ce concept prend dans la philosophie du droit criminel ou dans la doctrine.

Qu'il suffise d'indiquer que dans la doctrine juridique brésilienne¹⁶⁶, l'idée de « culpabilité » est divisée en trois parties : la *capacité de l'agent*, la *connaissance de la norme* et le *degré de réprobation sociale* du comportement. C'est cette dernière qui nous intéresse. Le « degré de réprobation sociale » du comportement est un concept qui semble donner lieu à plusieurs constructions de sens différentes. Dans les termes de la théorie des systèmes, nous avons un médium qui se prête à plusieurs formes. Compte tenu du fait que le terme « réprobation » est aussi présent dans cet article pour augmenter (ou non) la sévérité des peines selon le cas, notre question a été la suivante : est-ce que le médium « culpabilité » peut devenir une structure d'accueil pour la réception de l'opinion publique?

Le résultat illustre bien ce que nous avons défini comme une « zone de possibilité » : une voie virtuelle à la réception-construction de l'opinion publique par le SDC. Tel que nous l'avons mentionné, on rencontre dans le filtre « culpabilité » cette alternative entre deux visions opposées : l'une qui va construire ce concept prenant en compte les répercussions du crime dans l'opinion publique, et l'autre qui exclut ces répercussions de l'idée de culpabilité en ce qui concerne la détermination de la peine. Regardons empiriquement comment le problème se présente.

¹⁶⁶ Voir, par exemple, Nucci (2009). Nous tenons à remercier la professeure Marta Machado pour avoir partagé avec nous ses réflexions sur le concept de culpabilité. Nous tenons aussi à remercier les étudiants du groupe de recherche de la professeure Maíra Machado pour nous avoir référé aux concepts de « culpabilité » et de « conséquences du crime » comme piste de recherche.

Commençons tout d'abord par notre juge 13. Il semble reconnaître le fait que ce critère de « culpabilité », tel qu'il est formulé dans cet article, peut effectivement être utilisé pour tenir compte d'un stimulus externe associé au public ou à l'opinion publique telle qu'elle a été façonnée préalablement par les journaux :

(Intervieweur) Une autre question que j'avais et que vous avez déjà mentionné est celle de la culpabilité, c'est-à-dire la question du degré de réprobation sociale du comportement...

Oui, je le sais.

(Intervieweur) Alors, l'hypothèse que je faisais, c'est que peut-être dans un cas d'une grande clameur...

Tout à fait. Quand on commence à établir la peine, on va trouver que la culpabilité a été intense. Mais comment ça? Intense? C'est-à-dire, pourquoi est-ce que je dis dans cette justification d'une peine que l'accusé a été intensément criminel et non pas dans une autre? Mais l'intention n'est pas dans la classification même du crime? (...) Pourquoi la culpabilité, quand on vise l'établissement d'une peine, a-t-elle été plus intense chez l'un et pas chez l'autre? Je dirais de façon décisive qu'il y a une interférence externe dans l'interprétation de ce fait. Je n'ai aucun doute là-dessus. C'est-à-dire, ce sont des éléments du type d'un journal qui rapporterait qu'un enfant a été molesté, etc... Cela reste sans doute dans la tête du juge (juge 13).

On voit bien ici la reconnaissance de la voie ouverte aux stimuli externes à partir de la notion d'une « culpabilité intense ». Au moment de décider une peine criminelle, la structure « culpabilité » se prête bien à l'acceptation de l'opinion publique par une modulation de son intensité. Plus le crime a causé de répercussions médiatiques, plus on peut trouver un degré de réprobation sociale élevé et, par conséquent, plus la culpabilité apparaît « intense ». Bref, il nous apparaît clairement dans cet extrait que la voie de la culpabilité est une zone de possibilité qui permet d'introduire l'opinion publique : on identifie le degré de réprobation sociale dans les pressions et les manifestations externes (perçues par le système) qui montrent une « indignation » à l'égard du crime.

L'extrait suivant montre que le degré de culpabilité peut être évalué en fonction de la perception de l'intensité de la « réprobation sociale ». Cependant, comme l'extrait le

laisse voir, les opérateurs vont construire différemment la manière d'estimer cette « réprobation sociale » qui a rapport avec la sévérité de la peine. L'opérateur ci-dessous va accorder plus d'importance à la « réprobation sociale locale » par opposition à la réprobation sociale nationale, qu'il considère comme plus fortuite et comme conduisant à des peines disproportionnées au crime.

(intervieweur) Quand il y a un crime qui cause une commotion, peut-on penser que le degré de réprobation sociale est plus grand et, donc, que la culpabilité est plus grande?

Pas nécessairement. Parce que sinon le degré de réprobation des crimes violents ou de ceux impliquant des enfants serait toujours plus élevé. Je ne dis pas que ça ne joue pas; c'est clair que ça joue. Mais la réprobation sociale, c'est la réprobation, à mon avis, dans cette communauté qui est la plus affectée par le crime. Il faut donc considérer cela dans une dimension pas aussi macro, mais dans une dimension plus localisée. Sinon on entrerait dans un subjectivisme, et je crois qu'on doit essayer de rendre objectif l'établissement de la peine. (...) Dans un tel cas¹⁶⁷, c'est évident qu'il y a une commotion généralisée. Mais qui sont les personnes les plus affectées? Quelle est la réprobation sociale la plus intéressante en ce qui a trait à la peine? C'est celle des gens de la communauté qui est la plus proche. Parce que si vous allez considérer que la culpabilité, c'est le degré de réprobation sociale et il y a eu une réprobation sociale immense partout dans le pays, vous allez considérer que sa culpabilité est immense. Je trouve donc qu'il faut filtrer un peu ça et se concentrer davantage sur un aspect pas aussi macro, mais plus localisé. J'essaie, au moment d'établir une peine, de voir [la question] de cette façon-là dans les cas qui puissent provoquer des répercussions [sociales] (juge 19).

Voulant échapper au « subjectivisme », il introduit la distinction macro/micro : il rejette la répercussion à un niveau macro – la répercussion sur l'opinion publique en termes plus généralisés, qui va au-delà de la réalité de la communauté où s'est produit le crime – et l'accepte à un niveau micro, celui de la communauté « affectée », de ces gens plus « touchés » par le crime.

¹⁶⁷ C'est le même cas du viol et tentative de meurtre d'une fille et du meurtre de son copain que nous avons déjà mentionné (supra 6.2.2).

La zone de possibilité « culpabilité » semble pourtant être fermée dans d'autres occasions. Si dans les extraits précédents nous voyons une réception des stimuli externes à partir du degré de réprobation sociale, dans les deux prochains nous voyons une démarche tout à fait opposée. Le premier opérateur perçoit un grand risque de commettre une injustice et d'augmenter, par simple contingence, la sévérité de la peine d'une personne condamnée :

(intervieweur) Mais est-ce que la culpabilité peut être liée à la commotion qu'il [le crime] cause dans la société?

Je trouve ça dangereux. (...) Dire – « regardez, il a commis une atrocité, mais en compensation il va souffrir une réprimande plus grande qu'il n'aurait normalement encourue » – je trouve que ça serait... [signe de désapprobation]. Je n'ai jamais eu des cas qui ont généré une énorme commotion au moment de l'application de la peine, (...) mais je trouve que ça serait quelque chose qui me préoccuperait beaucoup parce que c'est en effet tentant. Et d'une certaine façon, c'est même justifiable qu'on ait envie de donner une peine plus grande à cette personne qu'à une autre qui aurait commis un crime similaire mais sans avoir entraîné une commotion sociale. Mais je trouve que ça c'est compliqué parce qu'on peut commettre des injustices, on peut commettre une injustice à donner une peine plus élevée à quelqu'un qui a commis le même crime avec la justification qu'un crime est devenu connu et non pas l'autre. (procureur 7)

Quant au procureur 12, il dissocie radicalement l'estimation de la culpabilité (telle qu'elle est formulée dans cet article) de l'opinion publique. Il emploie la distinction « réprobation sociale permanente/épisodique » pour neutraliser l'impact de l'opinion publique. Alors, la culpabilité ici semble être estimée en fonction de la gravité générale attribuée au crime dans la législation et non aux variables plus circonstanciées. Voici comment il formule son raisonnement :

Je crois que le degré de réprobation sociale qui soutient la culpabilité n'a rien à voir avec l'opinion publique. Le degré de réprobation sociale dans ce sens de partie intégrante de la culpabilité doit être vu comme quelque chose de beaucoup plus, comment puis-je dire?, comme

quelque chose de beaucoup plus permanent. Ce n'est pas quelque chose d'épisodique, ce n'est pas quelque chose qui vient de la clameur publique, de la victime, de la qualité de la victime ou de la qualité de l'auteur [du crime]. Vous avez mentionné, par exemple, l'homicide passionnel, le cas Pimenta Neves¹⁶⁸. Bien, combien d'homicides similaires sont commis chaque jour au Brésil? Beaucoup plus que dix homicides par jour, d'un homme qui tue une femme par jalousie (...). Cela veut dire que le degré de réprobation sociale du comportement de Pimenta Neves et de celui de monsieur-tout-le-monde qui a tué madame-tout-le-monde est exactement le même. Mais pourquoi l'opinion publique se présente-t-elle de façon différente? Parce que c'était un grand journaliste, un individu qui avait de l'influence dans les médias au Brésil, directeur d'un grand journal, le cas a été présenté au téléjournal, etc. Ici, dans la périphérie de xxxx [nom de la ville de l'interviewé], des mères ou des couples tuent des enfants, parfois des crimes cruels de mères envers leurs enfants, et ça n'a pas la répercussion que [le crime de Pimenta Neves] a eue. Comprends-tu? (...) Donc, la réprobation sociale inhérente à la culpabilité n'a rien à voir avec l'opinion publique (procureur 12).

La distinction faite dans ces deux extraits est claire : la « culpabilité » ne dépend pas de l'expression de l'opinion publique. On ferme clairement la porte à l'opinion publique au moyen de la culpabilité et par conséquent au degré de réprobation sociale. Ce sont ici deux choses inconciliables.

Bref, on voit que le médium culpabilité ouvre la voie à deux possibilités opposées : introduire/ne pas introduire une construction en fonction de l'opinion publique. Soit on l'identifie avec des stimuli externes à partir de l'idée de degré de réprobation sociale, soit on rejette carrément une telle construction. La culpabilité reste néanmoins comme une parfaite zone de possibilité (qui ne fait que *permettre* le passage, sans rien obliger) pour l'acceptation de l'opinion publique.

7.2.3.3. Opinion publique et la zone de possibilité « conséquences du crime »

¹⁶⁸ Le cas « Pimenta Neves » est l'un des meurtres les plus médiatisés au Brésil. Il s'agit d'un homicide passionnel où l'agresseur a tiré une balle dans le dos de la victime, son ancienne copine. Ce crime qui n'avait rien de spectaculaire en soi, n'est devenu très connu au Brésil qu'à cause du statut des personnages impliqués. Le meurtrier était le directeur de rédaction de l'un des journaux les plus importants au pays et la victime, une journaliste du même journal.

Tel qu'il a été exposé au début de la section précédente, l'article 59 du Code criminel brésilien détermine qu'un des éléments que le juge doit prendre en considération au moment d'établir une peine criminelle est *les conséquences du crime*. Comme plusieurs dispositifs du code, l'éventail de possibilités d'interprétation ici est assez large. Nous nous demandions à un moment donné ce que pourraient être exactement ces conséquences du crime et si la perception de la réaction de l'opinion publique pouvait jouer un rôle dans cette question.

Nos résultats ici sont semblables à ceux trouvés pour le médium « culpabilité ». Si pour certains de nos interviewés la conséquence du crime semble être un filtre tout à fait acceptable pour rendre compte de la répercussion du crime dans l'opinion publique, pour d'autres cette opération s'avère carrément erronée.

Regardons tout d'abord les communications qui vont dans le sens d'accepter l'opinion publique comme conséquence du crime. En se servant d'une distinction entre une « répercussion locale spontanée » et une « répercussion artificielle » encouragée par les médias (distinction d'ailleurs fort semblable à celle promue par le juge 19, dont nous avons parlé dans la section précédente [supra 7.2.3.2]), le procureur 16 nous dit que la première peut en effet être une « conséquence du crime » et, comme telle, doit être prise en considération dans la détermination de la peine :

(intervieweur) au moment de la peine, (...) l'impact que ça cause, l'indignation du public, ça peut être pris en considération comme conséquence du crime (...)?

Je crois que oui. Je crois que oui, mais avec beaucoup de prudence parce qu'on doit éviter que soit prise en considération la commotion publique créée artificiellement, créée par un journalisme qui ne veut que vendre [des journaux], une presse disqualifiée (...). Donc je trouve que oui, la répercussion publique d'un cas peut être considérée comme critère d'application de la peine, mais avec le souci de vérifier si cette répercussion n'a pas été quelque chose d'artificiel, n'a pas été un simple produit de la presse. On peut avoir des répercussions publiques dans un petit village de campagne de deux mille habitants... ça c'est pertinent. La mort d'un enfant dans cette communauté... disons, victime d'un viol par quelqu'un de la communauté (...). Ça c'est important. La

répercussion qui est causée dans cette communauté qui n'a pas de presse, c'est le bouche à oreille... Ça pour moi doit être considéré comme critère d'application de la peine (procureur 16).

Non seulement voit-on dans cet extrait la réception de cette « commotion publique » par le système à partir du filtre « conséquences du crime », mais on voit également bien se reproduire la distinction entre une « bonne » opinion publique (localisée) et une « mauvaise » opinion publique (artificiellement construite par les médias). Alors, c'est le SDC qui dira quelle opinion publique est acceptable et laquelle ne l'est pas.

D'autres opérateurs semblent avoir encore moins de doutes quant à la possibilité de tenir compte de l'opinion publique comme une « conséquence du crime » qui doit influencer sur la sévérité de la peine :

Alors, sur les conséquences du crime, (...) je considère si pour la société ça choque, ça cause une clameur publique ou non. Parce que notre préoccupation est aussi... Moi, comme agent public, ma fonction n'est pas seulement de répondre à la victime. Je ne suis pas un avocat de la victime. Je considère évidemment la conséquence du crime spécifique pour cette victime, mais je vois aussi la conséquence pour toute la société (procureur 4).

Voilà encore une fois présentée de façon claire la possibilité de considérer « la clameur publique » comme une conséquence juridiquement significative du crime. Son propos est clair : comme agent public, il doit tenir en considération cette « clameur » au moment d'évaluer ce que sont les conséquences du crime dont le Code criminel nous parle.

Toutefois, comme nous l'avons déjà dit, ce ne sont pas tous les opérateurs qui vont utiliser ce médium « conséquences du crime » pour recevoir l'opinion publique et augmenter la peine. L'opérateur suivant souligne qu'il faut observer exclusivement les conséquences directes et limitées de l'action, en excluant ainsi l'opinion publique de la forme et de l'intensité de la peine. Il adopte ainsi les critères conventionnels des théories

de la rétribution et de la dissuasion qui n'acceptent pas ce stimulus externe comme un critère devant être considéré pour la détermination peine :

(intervieweur) La dimension de la répercussion [sociale], le choc que le crime cause chez le public, la commotion sociale qu'il cause, est-ce que ça peut être considéré comme une conséquence du crime?

Je trouve que non. On doit considérer la question, disons, objectivement, au moins un peu plus objectivement, – vu qu'il n'y a pas une objectivité totale là-dessus – de la dimension du dommage spécifique. Normalement cette dimension va entraîner une réaction différente dans la société avec un degré de commotion sociale parfois plus grand, parfois moins, mais il peut arriver aussi que certains épisodes soient surdimensionnés par des facteurs indépendants du crime. Par exemple, par une surexposition spéciale aux médias. (...) Je trouve donc que c'est plus important d'essayer d'évaluer comme conséquence [du crime] le dommage objectif (juge 23).

Dans ce cas, on voit clairement une distinction entre les répercussions dans l'opinion publique et le « dommage objectif » du crime. La conséquence du crime est estimée par le tort causé par le crime, non pas en ce qui a trait à sa répercussion sociale. Le système ferme donc ici la porte à la réception du stimulus externe par la voie des conséquences du crime.

Ce juge n'est pas le seul à soutenir cette perspective. Le procureur 5 va aussi adopter les critères usuels des théories de la peine et bloquer des stimuli externes par la voie de la conséquence du crime présentée dans le Code criminel brésilien :

(intervieweur) Qu'est-ce qu'une conséquence?

Conséquence du crime, c'est le dommage que la victime a subi. (...) Je vais vous donner un exemple. Dans un cas de vol à main armée, l'individu arrive, fait part de son intention de voler et soustrait quelque chose à la victime; mais [il peut aussi] arriver, faire part de son intention de voler, enlever quelque chose à la victime et en plus frapper la victime. Dans ce cas, il y a une aggravante par rapport au premier. Conséquence du crime? La victime est devenue paraplégique, tétraplégique, a perdu la vision, a subi un tort, un préjudice, quelque chose... Ça ce sont des conséquences du crime. Que les médias en

parlent ou non, ça c'est insignifiant pour l'accusation ou pour la quantification de la peine. (...) D'autant plus qu'au moment où la personne va être jugée, à l'exception de certains cas de figure, certains homicides, il n'y a plus personne qui s'en souviendra. Mais la répercussion de ces homicides n'entre pas dans la quantification de la peine... Ça ne m'est jamais passé par la tête une telle chose... de demander une augmentation de la peine basée sur la conséquence. Parfois peut se produire la chose suivante : l'individu vole et frappe, et les médias diffusent « regardez, l'individu est dangereux parce qu'il a volé et frappé »... Alors dans un tel cas on va avoir une augmentation de la peine parce qu'il a frappé, non pas parce que les médias ont dit qu'il a frappé. On s'en fout du fait que les médias en ont parlé. D'ailleurs, j'ai ici une centaine d'investigations quoi... environ soixante, soixante-dix demandes de condamnation... et les médias n'ont pas intervenus plus qu'une fois.

(intervieweur) Le fait que le crime ait une grande répercussion [sociale] ne vous dit donc pas grand-chose...?

Par rapport à la peine? Rien! Ça ne me dit rien. Ce n'est pas un critère légal. Ça ne me dit absolument rien (procureur 5).

Ce qui doit entraîner une peine plus grave c'est la conséquence pour la victime, la portée du tort qu'elle a subi, indépendamment du fait que ce tort attire ou non l'attention des médias. La détermination de la peine est, dans une telle construction, absolument indépendante de la répercussion du crime dans l'opinion publique. Le filtre « conséquences du crime » est alors construit de manière à ne pas laisser le système s'irriter.

7.2.3.4. Opinion publique et les théories de la peine : dénonciation et l'effet pédagogique de la peine

Nous savions déjà, par d'autres observations et recherches (Pires, 2002, 197-199; Lachambre, 2003; 2011), que l'opinion publique était en train d'être reçue par le SDC à travers trois théories de la peine qui sont indifférentes à l'inclusion sociale condamnés : la théorie de la rétribution, de la dissuasion et, tout particulièrement, la théorie de la dénonciation (ou de la réprobation sociale). Ces trois théories de la peine en sont venues

à considérer, chacune à leur façon, que la sévérité de la peine était un élément important pour exprimer notre attachement à certaines normes de comportement du droit criminel. La théorie de la dénonciation va souligner tout particulièrement qu'il est important que le degré de sévérité de la peine puisse exprimer symboliquement et concrètement le degré de réprobation du crime présent dans le public ou dans la société à l'époque du crime. La théorie demande aux autorités une relation proportionnelle (non une équivalence) entre les attentes de sévérité du public (ou d'un certain public) et la sentence du tribunal. Parallèlement à cela, autant la théorie de la rétribution que la théorie de la dénonciation insistent aussi sur l'effet pédagogique du degré de sévérité de la peine (Lachambre, 2011). Cependant, Lachambre (2011) a montré aussi dans une recherche récente qu'il existe également, dans le SDC, une conception *alternative* et *innovatrice* de la théorie de la réprobation sociale et un usage alternatif du médium *dénonciation*. Cette conception alternative distingue entre *réprobation/répression*¹⁶⁹, *réprobation/punition* ou *condamnation/sévérité de la peine*. En plus, cette conception ne valorise absolument pas la sévérité des peines, y compris pour les crimes plus graves.

Notre matériel empirique (entrevues dans le contexte de la législation brésilienne qui réduit énormément le pouvoir discrétionnaire des juges dans le choix de la peine) ne va pas nous permettre d'explorer en profondeur cet aspect du problème, mais nous pouvons trouver dans ce matériel (dans cette section et dans la section suivante) des traces très claires de ce double discours : du discours dominant favorisant l'accueil de l'opinion publique à travers les théories de la dénonciation et de la rétribution et des traces d'un discours alternatif, ou presque, qui dévalorise la sévérité des peines. En plus, au Brésil, le fonctionnement global du système politique et des organisations du SDC en est venu à accorder une immunité extraordinaire aux élites. L'idée alors d'obtenir un « effet pédagogique » soit à travers les condamnations et/ou par la sévérité des peines est devenue très présente dans certains messages du système. Comme les tribunaux s'attendent à que les peines ne soient pas du tout appliquées à l'égard des élites compte tenu de l'inertie des organisations politiques (police, gouvernement, etc.), le fameux « effet symbolique » est devenu une sorte d'espoir du SDC de réussir quelque chose de différent. Dans ce contexte, du point de vue de l'observation externe, il est parfois très

¹⁶⁹ Cette distinction a fait l'objet d'un débat entre Durkheim et Tarde (voir Pires, 1995).

difficile d'interpréter le sens que les opérateurs donnent au mot « condamnation ». On ne sait pas dire, avec précision, s'ils pensent essentiellement au fait de condamner et de sanctionner minimalement les élites, ce qui est devenu effectivement important, ou s'ils pensent aux théories dominantes plus obsolètes valorisant la *sévérité* de la peine pour exprimer les valeurs (rétribution, dissuasion, dénonciation).

Dans l'extrait suivant, il est clair que le procureur 29 accorde une grande importance à cette idée de passer un message au public lorsqu'il s'agit d'un individu connu et faisant partie du groupe des « intouchables » par la justice criminelle. Mais nous ne pouvons pas savoir si ce procureur donne au médium « condamnation » un sens conventionnel valorisant la punition (théories de la rétribution, de la dissuasion ou de la dénonciation) ou si, au contraire, il distingue entre condamnation/peines sévères (sens alternatif). Selon lui, le fait de condamner quelqu'un qui a une certaine visibilité sociale est important parce que cela renforce une fonction pédagogique que la condamnation ou une peine (quelconque? sévère?) aurait. On verra d'ailleurs que ce procureur *ne semble pas du tout valoriser la sévérité des peines*, mais essentiellement la condamnation (dernière phrase de la citation ci-dessous). Si tel est le cas, *nous ne pouvons pas dire* qu'il accueille l'opinion publique dans le cadre de ses décisions. Certes, il *s'adresse* à l'opinion publique et il instrumentalise alors les événements qui sont médiatisés parce que, sans la médiatisation, il ne voit pas comment l'effet pédagogique peut être atteint. Les répercussions médiatiques qu'un crime a et qu'une condamnation pourrait avoir sont un rouage important dans ses considérations. Cependant, il ne devient pas plus punitif pour autant et l'opinion publique ne semble pas modifier le contenu ou l'orientation de ses décisions. Regardons comment il présente son raisonnement :

Ce sont des cas [ceux qui sont médiatisés] auxquels on fait plus attention, ça c'est indéniable. On va donner plus d'attention justement à cause d'une fonction pédagogique que ce cas peut avoir. Parce que je peux condamner quelqu'un pour un crime similaire, quelqu'un de totalement inconnu... je vais vouloir condamner, c'est évident, mais il n'y aura pas de répercussions [médiatiques]. Maintenant, si j'ai une personne très connue et j'obtiens cette condamnation, [le message que je transmets] : « voilà, même si c'est un politicien important, même si c'est un homme d'affaires millionnaire, il a toujours le risque de se faire attraper ». (...) Et ça, c'est important. Dans mon travail comme

procureur, c'est tout à fait un cas auquel on va faire plus attention, ça c'est indéniable. Mais ce n'est pas comme si j'allais demander une peine plus lourde pour cet individu parce qu'il est politicien et l'autre ne l'est pas. (procureur 29)

Cet extrait nous paraît alors, comme nous l'avons dit, complexe à analyser. Le SDC accepte ce stimulus externe (« opinion publique sur l'*inégalité politique et juridique* de la justice ») parce qu'il reconnaît lui-même l'existence de ce problème extrêmement marqué. Le SDC ressent alors non seulement le besoin de « donner satisfaction » au public (en corrigeant, si possible, la situation dans une certaine mesure), mais aussi celui de l'« éduquer », au sens de lui donner une nouvelle image de la justice criminelle (« même une personne très riche peut être condamnée »). La perception d'être sous le regard de l'opinion publique, la perception qu'il s'agit d'un cas de l'élite ayant une visibilité sociale, qui mobilise les médias, etc., tout cela est fondamental pour expliquer cette attitude plus appliquée, plus diligente. Au Brésil, cette réaction du SDC doit être clairement distinguée d'une attitude ou d'une orientation punitive plus conventionnelle. Ici, les effets de l'opinion publique sur le SDC sont plutôt « positifs », en ce sens qu'ils vont à l'encontre d'un modèle « prémoderne » de « justice de castes », où le SDC organisé ne traite pas tous les individus indépendamment de leur statut social.

L'extrait suivant (juge 16) est aussi difficile à comprendre parce qu'il semble combiner la situation précédente avec une façon plus conventionnelle de penser la peine qui est en train néanmoins d'être abandonnée (selon toute vraisemblance) par notre interlocuteur. La façon plus conventionnelle de concevoir la peine relève d'une association entre le degré de sévérité de la peine et la dimension temporelle : plus la peine est rapide, moins elle a besoin d'être sévère et vice-versa (théorie de la dissuasion). Ce juge met néanmoins l'accent sur la simple nécessité d'affirmer la norme de comportement d'une quelconque façon (soit par une simple condamnation soit éventuellement aussi par une sanction qui n'a pas besoin d'être sévère). Ici aussi, on voit apparaître ce souci de réagir contre une « abstention radicale » du SDC à l'égard de certains comportements de transgression qui restent « sans réponse » de la part du système. L'opinion publique ici est alors aussi *cette* opinion publique qui rejette l'inégalité juridique et politique du SDC dans son mode d'opération au Brésil. Il ne s'agit

pas, dans ce cas, de l'opinion publique qui veut punir plus sévèrement les « crimes de rue » (« *street crime* »). Le juge 16 ne substantialise pas non plus la notion de peine criminelle (la peine n'est pas nécessairement conçue comme l'obligation de l'imposition d'une souffrance). Ce que le juge va dire, c'est simplement qu'une réponse de la part de la justice criminelle organisée est fondamentale pour garder la légitimité de la norme de comportement sélectionnée par le SDC. Voici comment il construit son argument :

Je crois que malgré le fait que ça soit une question controversée, le travail de la justice criminelle (...) a une fonction de renforcement du message pour la société selon lequel ces normes-là doivent être observées. C'est-à-dire que, malgré que la validité de la norme ne soit pas dépendante (...) de son efficacité sociale, du fait d'être effectif, du fait d'être respectée (...), je crois que la non observation [de ces normes] sans une réponse va délégitimer non pas l'activité judiciaire, mais l'existence de la norme. (...) Si la société elle-même conçoit que cette norme a perdu de l'importance, elle est en train de délégitimer son application. (...) Mais je crois premièrement que la répercussion sociale, [ou plutôt] ce renforcement dans l'imaginaire de la société de la validité de cette norme et de la nécessité de l'observer, ça peut être exercé à divers degrés et dépendamment du bien juridique qui est protégé par les normes pénales... (...) Cette peine peut être très légère à la condition qu'elle soit appliquée rapidement. À mon avis, plus on applique la loi rapidement, moins une peine trop rigide devient nécessaire, parce que le renforcement de la sensation sociale d'observation de la norme est plus effectif. Je crois que psychologiquement, l'effet individuel et social est plus effectif. (juge 16)

Ce même extrait a été utilisé dans notre chapitre sur la rationalité pénale moderne (supra 6) pour parler du médium dénonciation, mais il s'agit ici d'un sens innovateur ou, du moins, non conventionnel de « dénonciation ». Il ne s'agit de la théorie de la dénonciation qui joue actuellement un rôle *dominant* dans les opérations du système. L'idée est qu'une réponse du SDC est en général nécessaire si l'on ne veut pas affaiblir de façon significative la norme de comportement de référence. La peine (sanction) a ainsi une fonction de dire que le SDC « appuie » la norme de comportement dont il est question et que ce système donne raison à celui qui s'attend à compter sur l'appui du SDC. La réponse pénale a alors l'effet de communiquer au public que le comportement est inacceptable et que la norme est valide. Il nous paraît légitime de pousser l'argument

pour dire que le besoin d'affirmer la validité de la norme peut devenir plus « pressant » face à l'irritation du système en face de certains cas qui sont médiatisés.

Dans la citation suivante, nous nous trouvons devant une situation différente qui est néanmoins voisine des problèmes précédents. Il s'agit ici du problème concernant la criminalisation/décriminalisation de certains comportements dont l'incrimination par la loi se trouve à être ouvertement contestée par au moins une partie du public. Cela arrive avec les incriminations concernant les drogues (mais aussi l'avortement, etc.). La situation est différente parce qu'elle ne relève ni d'une « justice de castes » ni d'une norme de comportement qui n'est pas directement contestée. Mais elle est voisine parce que le SDC ne veut pas « renforcer » chez le public l'idée d'un système qui simplement n'applique pas les lois ou qui veut agir « de son propre chef ». Cet exemple montre comment il est difficile pour le SDC de décriminaliser par lui-même un comportement, et ce particulièrement dans un contexte où ce système se voit perçu comme agissant dans le cadre d'une « société de castes ». Ainsi, d'après le procureur 7, la non poursuite et la non condamnation de certains comportements (il se réfère spécifiquement au trafic de drogues) serait problématique compte tenu du fait que cela serait un « signal négatif » pour la société. L'opinion publique et le public sont perçus ici comme une pression dans le sens de respecter les normes de comportement sélectionnées par la loi criminelle. Regardons ce qu'il nous dit :

Mais si vous me demandez dans ce cas [un cas de petit trafic de drogues] ce que moi, membre du Ministère public, je veux quand je demande une condamnation d'une telle personne ... (...) je pense que j'évite un signal négatif. Dans quel sens? C'est un signal négatif parce que si par hasard la société découvre à travers les médias... Supposons que je trouve – ce qui n'est pas le cas, mais on peut faire une supposition que je suis un procureur qui trouve que ce genre de cas ne mérite pas une pénalisation (...) – que c'est mieux de demander l'acquittement et que – on continue à supposer – le juge est d'accord avec moi... Je pense que la société m'en voudrait, que la presse me massacrerait (...)... « ce membre du Ministère public est absurde, ce juge-là... ils sont en train d'acquitter des trafiquants ». Je pense donc que je suis peut-être en train d'éviter ce signal négatif pour la société. Quel signal négatif? Que le trafiquant ne purge pas de peines. (procureur 7)

Il voit ici l'opinion publique comme étant intolérante envers un pouvoir judiciaire qui choisit tout seul les comportements qu'il doit ou non sanctionner d'une quelconque façon. Agir de façon entièrement libre, sans tenir compte de la législation, et ce particulièrement dans un contexte où ce SDC consacre l'immunité des élites, ce serait envoyer un « signal négatif » à son environnement.

Cette section nous permet donc de voir comment cette idée de « vouloir envoyer un message à la société » est complexe et peut prendre plusieurs sens et directions différents, voire opposés. Elle peut tantôt favoriser la logique punitive du système (orientation prédominante) tantôt indiquer des nouvelles façons par lesquelles le système peut venir à « entrer en relation » avec son environnement, avec son public et avec l'opinion publique.

7.2.3.5. Opinion publique et la zone de possibilité « crédibilité-légitimité »

Une autre zone de possibilité pour la réception de l'opinion publique est créée avec les réflexions sur les questions de la crédibilité et de la légitimité qui sont menées par le SDC lui-même. Il ne s'agit pas d'une zone de possibilité construite à l'aide de normes du droit criminel ou même d'idées reproduites par les théories de la peine ou stabilisées par certains points de vue de la doctrine juridique comme les trois premières (« ordre public », « conséquences du crime » et « culpabilité »). La structure d'accueil ici se situe au plan d'un autoportrait de crédibilité de l'organisation judiciaire elle-même, mais nous croyons quand même être capable de montrer son existence à partir des extraits cités dans cette section.

Il s'agit d'une zone de possibilité qui apparaît surtout quand il y a une plus grande réflexion construite par les organisations de la justice sur l'image et le rôle du SDC. Autrement dit, nous pouvons voir une certaine référence à des stimuli externes au moment où ces organisations s'interrogent sur leur propre légitimité ou s'inquiètent de la crédibilité de leur raison d'être et de leurs décisions internes auprès du public et de

l'opinion publique. Soulignons que dans notre matériel empirique, les deux termes apparaissent avec une signification tellement proche dans ces cas que nous n'étions pas capable d'observer une différence entre eux. Nous croyons même que pour certains de nos interviewés, ces médiums ont été employés de façon interchangeable.

Commençons d'abord par une citation qui met ensemble les stimuli externes et les théories de la peine criminelle. Dans ce cas, les théories de la peine qui sont indifférentes à l'inclusion sociale des condamnés vont servir de structure d'accueil pour l'opinion publique et vont valoriser la sévérité des peines si le crime est vu comme étant grave ou important socialement. Ici, les communications du SDC vont combiner deux structures d'accueil situées sur des plans différents : les théories de la peine *et* un souci de légitimité au plan des organisations. En punissant *selon* ces théories plus répressives, le SDC considère qu'il répond à la fois à des critères « neutres » internes et à son (éventuel) problème de « crise de légitimité ». Le système se sent autorisé à « punir plus », comme le veut l'opinion publique, *si et quand* les théories de la peine disent qu'un tel crime (norme de comportement) peut effectivement être puni plus sévèrement. Dans ce contexte, la « peine sévère » est observée comme étant doublement légitimée : à l'intérieur du système, par ses propres théories de la peine; et, à l'extérieur du système, par une demande « rétributiviste » du public. Le tribunal peut alors se voir comme agissant de façon « légitime » selon ses propres critères et comme projetant aussi une image qui aurait une certaine probabilité d'accroître sa légitimité auprès de son public (rétributiviste).

Le juge 16, en faisant appel à la théorie de la rétribution¹⁷⁰, soutient qu'une peine de style « rétributif » est nécessaire quand le crime est grave et « produit des répercussions dans la société » : les stimuli externes seraient non seulement acceptables mais il seraient aussi une raison additionnelle pour justifier une punition (plus) sévère. Regardons de plus près ses propos :

[Serait-il possible] que cette clameur sociale, la répercussion sociale du crime, entre dans la procédure? Oui, quand cette répercussion est en consonance avec ce que la norme pénale voulait protéger. (...) Alors, ce

¹⁷⁰ Cet extrait a d'ailleurs aussi été utilisé dans notre chapitre théorique pour parler de la rétribution.

type de comportement [il parle d'un crime violent] produit des répercussions dans la société, je crois, dans le sens d'exiger une punition accrue, d'un durcissement de l'application de la loi pénale en tant que réponse, en tant qu'un genre de sentiment collectif de justice. Et justice dans ce cas comme un reproche rétributif, une rétribution du mal, une rétribution avec un autre mal qui serait l'application de la loi pénale (...). (juge 16)

Comme on peut le constater, selon ce juge, quand la clameur publique s'harmonise avec la gravité du crime et avec l'importance de la valeur que la norme pénale veut protéger, il est parfaitement possible de l'intégrer dans « la sentence ». L'acceptation du stimulus externe est ici claire, mais la justification de cette acceptation n'est pas encore complète. C'est par la suite que le lien entre la théorie rétributiviste et cette zone de possibilité « crédibilité-légitimité » va devenir explicite. Il va considérer alors que l'*organisation judiciaire* court un grand risque de perdre sa légitimité si elle n'agit pas, comme son public le veut (et sa théorie l'autorise), de façon clairement rétributiviste :

Et cette fonction de satisfaction de cette expectative de rétribution face aux actes illicites, surtout de nature criminelle, elle est une fonction liée surtout avec la légitimité, c'est-à-dire avec la perception de la légitimité de l'activité du pouvoir judiciaire dans le domaine criminel. En d'autres mots, un pouvoir judiciaire qui se placerait complètement à l'écart de cette expectative de justice que certains actes plus graves entraînent dans la société, ce serait un pouvoir judiciaire qui perdrait de sa légitimité s'il ne prenait pas en considération d'une façon quelconque cette répercussion sociale accrue. Et là il nuirait à son importance sociale d'action substitutive de l'État par rapport à cette application de la rétribution ou peut-être la réduirait-il. Je trouve qu'un des grands éléments de démonstration de civilité d'une société est la facilité avec laquelle nous attribuons à nos institutions la réalisation d'actes que nous voudrions parfois pratiquer nous-mêmes. Et dans ce domaine de l'activité criminelle, surtout violente, les personnes indirectement touchées et celles plus directement touchées – la parenté de la victime – ont tendance, pour une question culturelle, à vouloir rétribuer, à faire justice elles-mêmes. Alors, au fur et à mesure que le pouvoir judiciaire se distancie de ce besoin de donner une réponse plus dure à certains faits, il stimule la tendance de la société à perdre confiance dans cette activité substitutive et à vouloir faire justice par elle-même. (juge 16)

Selon ce juge, un crime qui suscite une répercussion sociale – « quand cette répercussion est en consonance avec ce que la norme voulait protéger » – demande une réponse qui ne s'éloigne pas beaucoup de cette attente du public sous peine de perdre sa légitimité. Et cette perte de légitimité entraînerait des conséquences graves comme la perte de confiance (crédibilité) dans la capacité du système de régler certains conflits sociaux et par conséquent l'envie de « faire justice par soi-même ». On voit donc clairement, dans son raisonnement, un lien entre ce qu'il appelle « la répercussion sociale du crime » (qu'il n'identifie d'ailleurs que comme une répercussion en termes de demande de punition accrue) et la légitimité du SDC : ne pas réagir dans le sens de la demande punitive externe (quand, souligne-t-il, elle est « en consonance avec ce que la norme veut protéger ») implique une perte de légitimité. En s'appuyant sur sa conception rétributive de la peine, il bâtit une association (punitivité) entre ce type de rétributivisme, la « répercussion sociale » de certains crimes plus graves et la légitimité du système.

Qui plus est, dans son argumentation il y a clairement cette conception de la répercussion sociale en tant que demande *punitivité*. On peut se demander, à son avis, ce qu'il adviendrait de la légitimité du système quand il punit des comportements dont ladite « clameur » va dans le sens inverse (de la « non-punition »). Puisque son problème de légitimité apparaît en face d'un manque de punition (qui peut entraîner la prise en charge de cette tâche par les individus qui ne croient plus au système), comment penser la question de la légitimité de punir en face d'un « excès » de punition du système? Quoi qu'il en soit, malgré les problèmes qu'une telle conception soulève, notre but est simplement de montrer comment ce juge associe clairement la légitimité du système aux stimuli externes.

Un autre raisonnement qui nous permet de parler de cette zone de possibilité « crédibilité-légitimité » est le raisonnement développé par le juge 23. Pour ce juge, la question de la « crédibilité de la loi » est un enjeu fondamental dont doit se préoccuper le SDC. Ce n'est pas pour lui la crédibilité des institutions pénales, mais plutôt la crédibilité dans la validité et l'impartialité de la loi qui est fondamentale et qui peut être soulignée (avec une peine criminelle) dans des cas où il y a une grande répercussion sociale. Il est difficile de savoir si cet opérateur a ici à l'esprit un crime commis par un représentant des élites, ce qui justifierait l'allusion à l'impunité, ou s'il se réfère à tout crime ayant un tel

impact, même lorsque l'auteur fait partie de cette catégorie sociale plus pauvre qui ne jouit d'aucune immunité :

C'est une crédibilité par rapport à la finalité de confiance dans la validité de la loi par la société. Donc ce n'est pas une crédibilité du genre « c'est important que les gens regardent d'une façon positive la justice ». Ce n'est pas cette idée. C'est plutôt l'idée que la justice doit fonctionner pour qu'elle puisse [être crédible] par rapport à la finalité du respect de la loi. Qu'est-ce qui arrive quand la justice ne fonctionne pas? Ça diminue la confiance que les gens ont dans une application impartiale de la loi. (...) Il y a un grand sentiment d'impunité qui est présenté par les médias quotidiennement et ça entraîne un certain manque de confiance dans une application impartiale de la loi, y inclus de la loi pénale. Ceci dit, la réponse, disons, préférentielle aux crimes graves et souvent à ceux liés à la question de la commotion sociale peut entraîner (...) que les gens croient [davantage], un renforcement de la crédibilité du système de justice, mais surtout un renforcement de la crédibilité de l'impartialité de la loi. (...) (juge 23)

Ce qui attire notre attention dans cet extrait est cette idée d'une « réponse préférentielle » aux crimes « liés à la question de la commotion sociale ». Il nous paraît que, d'après ce raisonnement, la question de la confiance (dans l'impartialité de la loi, dans l'ordre juridique, plutôt que dans les institutions mêmes de la justice – il y reviendra par la suite) passe par une attention particulière aux crimes qui ont un impact dans le public. Ainsi, le stimulus externe est un élément important dans la réflexion du système sur sa propre crédibilité et conséquemment sur les réponses qu'il donne à de tels crimes. Il est difficile de préciser exactement ce qu'il entend par une « réponse préférentielle », peut-être fait-il référence aux élites comme nous l'avons déjà vu, mais quel que soit le sens, il est possible d'avancer l'argument que des crimes de répercussion médiatique demandent une attention particulière (plus de sévérité?) du SDC parce qu'ils remettent en question sa propre perception des fondements de sa légitimité-crédibilité.

Il poursuit son raisonnement pour préciser davantage la question de la confiance et de la « réponse préférentielle ». L'extrait qui suit renforce l'hypothèse d'un crime commis par un membre de la catégorie des « intouchables », car il insiste sur les notions d'égalité et d'impartialité. Ceci est un problème particulièrement aigu au Brésil. On voit

néanmoins aussi que cette répercussion ne doit pas amener le système à « condamner un innocent », une décision particulièrement « protégée » contre les pressions de l'opinion publique :

(intervieweur) Alors, si j'ai bien compris, vous faites une distinction qu'il ne s'agit pas d'une question de maintenir ou non la confiance dans la justice pénale. C'est plus que ça. Pour vous c'est une question de maintenir la confiance dans l'ordre juridique et dans l'État de droit...

Exactement. Non pas la crédibilité dans la justice comme un fin en soi, mais la crédibilité dans la justice parce qu'elle est une institution importante dans le sens d'opérer l'application impartiale et « égalitaire » de la loi dans l'État de droit..., etc. C'est dans ce sens là. Maintenant, le juge ne peut pas se laisser mener par les médias. (...) Il y a ce sentiment de vengeance, de rétribution, [mais] c'est le rôle du juge – et là c'est important que les gens fassent confiance aux juges – de traiter ces sujets avec la sérénité appropriée. On ne peut pas sacrifier un innocent sur la scène de la justice en fonction de l'idée qu'il est nécessaire de se trouver un coupable. D'ailleurs, à long terme la crédibilité de la justice et la confiance dans la loi dépendent d'une application correcte de la loi pénale. Par exemple, un acquittement basé sur un manque de preuves, ou parce que l'innocence de l'accusé a été prouvée, ou sur une accusation inconsistante, ou quelque chose d'équivalent... Tout cela peut avoir des répercussions négatives dans les médias, peut entraîner (...) une détérioration de la confiance, mais à long terme ça renforce la confiance des gens dans le système de justice. (juge 23)

Dans cet extrait, il souligne la question de la confiance qui ne serait pas dans la « justice comme institution », mais plutôt la confiance dans l'efficacité d'un système de lois « impartial et isonomique ». Il revient à la question d'une « réponse préférentielle » pour dire qu'on ne peut pas sacrifier la logique du système (« une application correcte de la loi ») en fonction de la répercussion sociale négative que cela peut avoir, vu que cette réponse rapide aux demandes externes pourrait effriter, à long terme, la confiance des gens dans le système de justice.

Par ailleurs, le juge 23 va aussi associer l'image de la justice à la « sérénité » des juges, au fait qu'on « ne peut pas sacrifier des innocents ». Ainsi, accepter la clameur serait au bout du compte une décision problématique puisque cela finirait par nuire à la crédibilité elle-même du système. Soulignons alors l'ambivalence présente ici. D'un côté,

ne pas ignorer la clameur et donner une « réponse préférentielle » aux crimes qui ont des répercussions sociales; de l'autre, ne pas se « laisser mener » par les pressions des médias. La solution d'une telle contradiction nous semble résider dans des constructions, déjà analysées (supra 7.2.2.2), qui vont essayer de distinguer une « bonne » et une « mauvaise » opinion publique. Qui plus est, il nous paraît clair que, si une ambivalence existe ici à l'égard de la réception des stimuli externes, cette ambivalence doit être associée au moment de la direction de la procédure et au moment de la quantification de la peine. Par rapport au verdict de culpabilité, la fermeture du système est absolue : la « réponse préférentielle » ne peut pas signifier « sacrifier des innocents ».

En plus, il est intéressant de noter dans cet extrait comment cette préoccupation rejoint celle exposée par tout un ensemble de recherches qui s'intéressent à la question de la confiance dans le système de droit criminel. Pour ces recherches (dont nous avons parlé dans notre chapitre 3), la confiance, de la part du public, dans la justice est associée à l'idée de punir de manière à satisfaire ce public. La littérature a probablement raison lorsqu'elle souligne que la confiance dans la justice est importante pour son fonctionnement, mais elle semble suggérer parfois que l'obtention de cette confiance dépend du fait de punir selon les attentes de sévérité du public. Notre interviewé (juge 23 ci-dessus) va plus loin : le manque de crédibilité du système affecte non seulement le SDC, mais aussi – ce qui est plus grave pour lui – la possibilité même d'un « État de droit ». Selon lui, si le système ne transmet pas une certaine crédibilité à la société [par le recours à une sévérité plus ou moins grande selon le cas], si l'environnement du système ne lui fait pas confiance, la vie dans « une société de règles », dans un « gouvernement de lois », et non dans un « gouvernement d'individus », reste improbable.

Si nous avons vu jusqu'ici une zone de possibilité où l'association entre la « crédibilité-légitimité » et les stimuli externes est possible, dans les prochains extraits nous voyons des constructions qui vont clairement fermer la porte à une telle association. Ces autres manières de construire la légitimité du système ne mettent pas l'accent sur le degré de sévérité de la punition, mais sur le rôle impartial du système. Le juge 15, par exemple, construit la légitimité du système à partir du respect pour les normes de procédure. Il est intéressant de noter que ce juge fait ici une référence explicite à un livre

de Niklas Luhmann qui a été traduit en portugais pour soutenir que la légitimité viendrait de la rationalité des étapes construites par le SDC pour régler le conflit :

(intervieweur) (...) D'où vient la légitimité du travail du juge? Qu'est-ce qui, pour vous, légitime la décision pénale?

Bien, légitimer c'est (...) cette rationalité, cette quête pour le droit, produire la preuve « droite » ... (...) Il revient au juge de garantir la parité des armes entre les deux parties, des armes égales pour l'accusation et la défense, la production de preuves légitimes... Le juge, comme agent de l'État, il est prêt à décider... mais non pas avec l'opinion des médias. (...) [En tout cas], ce processus est légitimé par la procédure. C'est donc cette procédure qui est formelle qui va légitimer la décision. Comme le dit Niklas Luhmann, la procédure légitime la décision. (juge 15)

Cette manière de concevoir la légitimité du système a le grand avantage de faire obstacle à une dérive punitive au moment de la détermination des peines, un point qui n'a pas été suffisamment souligné par la littérature en sciences sociales.

Dans l'extrait suivant, on insiste aussi sur cette autre manière de construire la légitimité-crédibilité du système : on met l'accent sur la procédure, sur l'impartialité et sur la *qualité* du jugement, par opposition à la recherche d'une équivalence entre le degré de punition attendu par le public et la sentence du tribunal. C'est dans le fait de donner une réponse réfléchie, susceptible d'être revue, que le rôle du juge se justifie et qu'une certaine légitimité peut se dégager :

Je pense que cette légitimation viendrait plutôt du travail même que le juge abat, des cas qu'il juge. Étant d'accord ou non avec l'opinion publique, il donne une réponse aux cas qui lui sont présentés, décision qui va être soumise à une instance supérieure pour une révision. C'est de là que vient la légitimation. C'est de « donner une réponse », pas de « donner la réponse qu'on voudrait avoir ». D'autant plus que la réponse que le juge va donner provient particulièrement de la préparation qu'il a eue, de ses études et tout, de l'étude du cas en question... Et cette clameur publique, elle est démesurée, elle ne connaît pas les particularités des cas qui doivent être prises en considération. C'est pour ça qu'il existe un juge... sinon ça serait une justice collective, n'est-ce pas? Donc je trouve que c'est ça: la légitimité vient du fait de donner

une réponse, quelle qu'elle soit, et que cette réponse peut être soumise à une révision par une instance supérieure. (juge 19)

Encore une fois, la légitimité est ancrée dans les règles de procédure et dans le rôle d'impartialité du juge. La zone de possibilité « crédibilité-légitimité » est dans une telle construction fermée à la réception de l'opinion publique sous la forme d'un stimulus pour punir sévèrement. Par rapport à la peine, l'opinion publique est perçue comme « démesurée » et aussi comme périlleuse car elle se prononce sur la culpabilité et sur la peine en toute méconnaissance des particularités des affaires criminelles. Ainsi, comme telle, elle n'apparaît pas comme une source de légitimité au SDC. Celui-ci doit chercher cette légitimité ailleurs, dans ses propres critères de qualité interne du jugement.

Finalement, le juge 6 traite de la question de la crédibilité comme relevant d'un problème de « politisation » de l'activité juridique et il voit cela comme problématique. Ce juge semble vouloir attirer l'attention sur les risques créés par une sorte de « populisme punitif ». Accepter la clameur publique serait un exercice d'« activisme judiciaire », une prise de position politique qui échappe à la sobriété de l'activité judiciaire. Voici comment il élabore son argument :

(intervieweur) Pourquoi dans votre conception la politisation des décisions juridiques est-elle un problème? (...) Parlez-m'en davantage...

(...) À partir du moment où le juge commence à jouer avec certaines questions politiques, politico-idéologiques, on commence à perdre confiance dans la neutralité du judiciaire, comprends-tu? Le juge ne va pas voir les faits comme ils se sont réellement produits, mais comme il aurait aimé qu'ils aient été. (...) Le juge n'est pas ici pour faire de l'activisme, selon moi, de l'activisme judiciaire. Il doit combattre ce qui n'est pas correct sous l'éclairage de la législation et de la Constitution. Si on opte pour politiser notre fonction (...), ça c'est dangereux parce qu'il est toujours possible que nous ayons tort et qu'une partie de la société ne soit pas d'accord. Est-ce que ça [l'opinion publique] va influencer? C'est indéniable, parce qu'on est des être humains et tout le monde y est passible [d'être influencé]. Mais on doit séparer ça de la technique, (...) on doit chercher à s'éloigner du jeu politique, d'être le plus neutre possible. (juge 6)

Ce qui inquiète ce juge en ce qui a trait à l'opinion publique, c'est qu'il y ait une politisation des jugements rendus, ce qui équivaut à une perte de neutralité et, par conséquent, de légitimité-crédibilité. À son avis, dès que le juge se met « à faire de l'activisme », à vouloir répondre avec un peu plus d'enthousiasme aux demandes étrangères, il franchit la frontière entre « rendre justice » et « faire de la politique ». Il y a ici une claire préoccupation à l'égard de la question de la crédibilité, qui est bâtie en fermant la porte aux stimuli externes qui affectent négativement la fonction du juge : répondre aux demandes de l'opinion publique ou être plus actif dans le sens de vouloir « donner satisfaction » en termes de punir davantage peut être perçu comme inévitable et positif dans un premier temps, mais, à long terme, finit par nuire à la neutralité du SDC et par conséquent à sa crédibilité.

7.2.4. Opinion publique et les changements dans le déroulement de la procédure

Il y a un enjeu dont la présence était très forte dans notre matériel empirique : l'impact des stimuli externes sur le déroulement de la procédure criminelle. Il ne s'agit pas de changements substantiels dans la procédure, des changements qui vont influencer le principe d' « égalité d'armes » entre l'accusation et la défense ou qui vont supprimer des droits de l'accusé. Le système reste tout de même très soucieux de son autonomie au moment de mener la procédure criminelle. L'idée est plutôt que la pression externe déclenche une réaction d'ajustement en ce qui concerne la dynamique du procès. Ce sont « des effets collatéraux », qui ne constituent pas des *zones de possibilité* pour la réception de l'opinion publique, mais qui sont des effets bien tangibles. Autrement dit, face à la pression de l'opinion publique, certains agencements internes vont se produire. Ce sont des adaptations du système aux pressions externes qui peuvent changer le déroulement de la procédure, même si on ne touche pas à des questions substantielles du procès.

Éclaircissons davantage la question en la regardant empiriquement. Les procès des cas médiatisés seront traités de façon différente. Ces procès vont être la cible d'une

attention spéciale, qui commence avec un traitement à la fois plus rapide et plus soucieux sur le plan des expertises et des analyses des acteurs, comparativement à d'autres procès.

Regardons par exemple, comment le juge 13 nous explique cette question :

(intervieweur) Dans les cas où il y a une commotion, (...) est-ce que cela vous heurte d'une certaine façon?

Si le juge dit que non, il est sûrement en train de distordre [ce qui se passe]. Parce qu'il est possible qu'il y ait même un impact négatif, c'est-à-dire qu'il [le juge] veuille affronter un peu l'opinion publique. Autrement dit, je ne vais pas faire ce que l'opinion publique veut, mais il y a un impact. Qu'il le veuille ou non, ce procès va sortir de la moyenne, d'une supposée situation de régularité procédurale. Il va être vu comme différent, ça c'est inévitable. (...) Il y aura un impact dans la façon que la procédure va se dérouler.

(intervieweur) Parlez-moi davantage de cet impact sur le déroulement de la procédure. Comment ça vous affecte?

(...) Un procès qui a un certain écho dans l'opinion publique, on le regarde tout d'abord avec une plus grande rigueur en ce qui concerne la question des nullités. On regarde davantage les détails pour éviter des nullités. (...) On ne peut pas prendre le risque que le procès soit annulé et que cela entraîne plus tard une « crise de légitimité » ou une perception dans la société que les choses ne sont pas traitées au sérieux. La société ne va pas faire la différence entre une nullité, une chose simplement procédurale, et un manque d'effort ou une négligence du juge. Pour la société il y a eu une erreur (...) du [pouvoir] judiciaire. Donc ça c'est la première chose : on regarde ce procès avec plus d'attention que les autres, c'est inévitable. En deuxième lieu, on a sans doute tendance à lui faire suivre un cheminement un peu différent. (...) Dans ce procès où il y a un grand impact social, plus qu'un élan social, il y a un élan personnel, c'est-à-dire qu'il y a tendance à le faire se dérouler plus rapidement. [Par exemple], je n'ai de la disponibilité pour des audiences qu'à partir du 18 février [environ un mois après la date de l'entrevue], mais je dirais que s'il y a un impact social, cette audience pourrait être placée la semaine prochaine. (juge 13)

Voilà la célérité et un plus grand souci sur le plan technique comme étant des conséquences d'un procès médiatisé. Le travail plus soucieux, plus diligent et plus rapide, la perception qu'on ne peut pas faire d'erreurs dans de tels cas, l'expectative de ne pas décevoir la société, l'élan social et personnel du magistrat qui mène la

procédure..., voilà tous des éléments qui montrent l'impact que les stimuli externes vont avoir en termes d'adaptation concernant le déroulement de la procédure. Ce n'est pas un impact, répétons-le, sur le plan substantiel de la procédure (il n'est pas question de supprimer des garanties des accusés ou d'éliminer des rites procéduraux), mais plutôt sur celui de la gestion du déroulement du procès. Les stimuli externes sont clairement ici un moteur de diligence et de rapidité, mais non pas un enjeu pour la suppression des garanties juridiques de la procédure.

L'extrait suivant du procureur 13 va dans la même direction. Parlant de la surcharge de travail à laquelle les opérateurs juridiques font face, il affirme clairement que les cas « emblématiques » sont pourtant traités de façon prioritaire et qu'ils disposent de tous les recours qu'un cas ordinaire réussit difficilement à mobiliser :

Je suis obligé d'admettre qu'une large part de l'activité judiciaire s'exerce sous l'action de la pression. Une large part. Il est même difficile de trouver du temps pour une audience : personne n'est disponible, toutes les sections sont surchargées, (...) mais si c'est un cas emblématique, on réussit à l'inscrire au calendrier... Il y a des policiers disponibles pour accompagner l'accusé, il y a une voiture de police pour aller le chercher... Alors on ne peut pas ne pas admettre qu'il y a une influence, que ça c'est très présent dans l'esprit des professionnels de la justice. (procureur 13)

On voit bien que les « professionnels de la justice » attribuent une valeur différente à un cas de figure. Les stimuli externes sont clairement ressentis à l'intérieur du système et produisent des effets non seulement dans les démarches individuelles des acteurs mais aussi en matière de disponibilité de ressources matérielles qu'on ne trouve pas d'habitude.

Bref, pour résumer le contenu de cette section, nous pouvons dire que les stimuli externes ont un impact réel sur le déroulement de la procédure au moins à trois égards. Il y a d'abord un effet très positif d'accélération de la procédure : ses actes ont lieu avec une célérité qui est clairement hors norme. Il y a ensuite une diligence inusitée : le regard (ou la perception du regard) externe est un enjeu non négligeable dans le souci que les

opérateurs vont avoir dans les cas médiatisés. Finalement, il y a un effet de disponibilité de ressources matérielles qui est aussi incomparable par rapport aux cas ordinaires. Bien évidemment, nous ne sommes pas en train de dire quoi que ce soit sur les critères de décision : le système continue d'être très soucieux de son autonomie décisionnelle et du maintien des rites de la procédure. Toutefois, l'impact sur le déroulement de la procédure nous paraît fort évident.

7.2.5. Les victimes, un public particulier, et des possibilités pour sa réception dans le système

Reprenons maintenant rapidement un point sur lequel nous avons travaillé dans notre chapitre théorique (supra 4.2). Même si les stimuli qu'on identifie comme étant de l'« opinion publique » (les communications qui remplissent le médium « opinion publique ») semblent être majoritaires, nous avons aussi distingué théoriquement d'autres possibilités d'irritation pour le système. Ce sont les stimuli des mouvements de protestation, des médias et du public. Ce dernier nous intéresse particulièrement quand nous traitons des victimes. Nous avons déjà dit (supra 4.2.3) que, parmi les nombreuses catégories qui existent pour classer les victimes, celle de « public » permet de rendre compte d'une partie du phénomène. En tant que public, les victimes sont des acteurs qui ont une visibilité pour le SDC. Leurs communications-revendications sont non seulement perçues par le SDC, mais elles sont aussi susceptibles d'être retracées. En d'autres mots, le système voit non seulement une communication, mais il est aussi capable d'associer cette communication à un/des individu(s). À la différence de l'opinion publique, le public (et les victimes qui entrent dans cette catégorie) ne se ramène pas simplement à des communications, mais il fait plutôt référence à des individus spécifiques, identifiables (par le système), qui ont une demande quelconque par rapport au système. Dans cette section, nous nous intéressons aux irritations déclenchées par ce public de victimes et les mécanismes que le système de droit criminel a développés pour y réagir.

Dans notre chapitre théorique, nous disions que les victimes étaient un élément multidimensionnel pour le SDC, ce qui complexifie un peu l'analyse en ce moment.

Dépendamment des configurations qu'on trouve empiriquement, elles peuvent être, du point de vue du système, une partie intéressée à l'affaire, un simple informateur dans la procédure ou une partie avec pouvoir de décision. Toutes ces possibilités apparaissent dans le système à des moments différents. La difficulté qui émerge à un moment donné consiste à considérer les victimes comme un élément externe (puisque on traite ici de stimuli externes), vu que dans certaines configurations empiriques possibles elles sont présentes à l'intérieur du système.

Tout d'abord, regardons comment elles peuvent être vues comme un élément externe problématique qui ne doit pas toujours être pris en considération. Dans l'extrait suivant, le procureur 9 traite de la victime non punitive¹⁷¹ comme un stimulus externe problématique qui doit être classé comme du bruit. Regardons son argumentation, où il défend clairement, avec une certaine ironie, la non pertinence pour le SDC de l'avis d'une victime :

Je vais vous dire la chose suivante : moi, je me fiche de ce que la victime veut. Parce que le droit de la victime, le droit d'opinion de la victime, c'est une chose individuelle. Je me préoccupe du collectif. Vous pouvez pardonner à qui vous voulez, c'est votre droit. Selon les circonstances, je trouve même bien pour vous de pardonner. Vous allez grandir comme personne, vous allez atteindre le nirvana, vous allez n'importe quoi. (...) Moi, j'ai appris que si on ne réprovoque pas [des comportements non désirables], on ne se corrige pas. Je te tue dans un accident routier ; un accident où j'étais en faute. Je n'ai jamais voulu te tuer. J'allais vite, mais je n'ai jamais pensé à te tuer. Je suis une bonne personne, je suis un père de famille, j'élève mes enfants... Peut-être même tes parents vont me pardonner. (...) Mais j'ai commis un crime. Il est là, dans la loi qui dit que ça c'est un crime. Pourquoi je ne serais pas responsabilisé? (procureur 9)

Il reste ici évident que le pardon d'une victime (ou, dans un sens général, l'avis de la victime), indépendamment du jugement moral que l'on peut faire, reste étranger à des

¹⁷¹ Malheureusement, un problème dans notre cueillette de données a fait que nous terminons avec plusieurs passages sur la victime non punitive, mais très peu sur les victimes en général. Quoiqu'il en soit, nous croyons que les considérations que nous faisons à partir de ces extraits sur les victimes non punitives peuvent être appliquées aux victimes en général face au SDC.

considérations sur la peine. Le système de droit criminel organisé (tribunaux) ferme encore souvent la porte à l'avis de la victime. Cet extrait est d'autant plus intéressant qu'il montre comment le système identifie la *responsabilisation* à la peine du droit criminel Il identifie aussi la réprobation à la punition.

Le juge 8 construit aussi son argumentation dans le sens de considérer l'avis de la victime comme non pertinent pour le tribunal en ce qui concerne la peine. En opposant les intérêts de la victime aux intérêts de la société, il soutient que l'intérêt de cette dernière doit primer par rapport à la peine puisqu'en cas contraire on aurait un « droit pénal inefficace » :

Bien, moi je crois que, (...) par principe et par philosophie, la caractéristique du droit pénal c'est la défense sociale maximale, et pour cette raison le fait que la victime puisse intervenir dans le procès est et doit continuer à être minime. Alors, la mise en marche de la machine [pénale] et l'imposition de la peine sont des caractéristiques de l'État. Cela dépasse largement les intérêts personnels de la victime et de sa parenté. Alors, [le discours qui dit] « écoutez, pour moi ça va, c'est fini, c'était une tragédie, un malheur »... Je m'excuse, mais non! Ça continue à être une position non pertinente. La position ici [qui compte], c'est la position de la société. Si ça reste au gré [de la victime], cela crée des distorsions et des corruptions, et cela va rendre le droit pénal inefficace. (juge 8)

Certaines constructions théoriques semblent ressortir avec une certaine force de ces deux derniers extraits : i) le conflit n'appartient pas à l'agresseur et à la victime; ii) l'intérêt de l'État par rapport à la peine prime sur ceux des parties; iii) ce que la victime souhaite comme résultat du conflit est largement non pertinent si cela va à l'encontre de la logique punitive du système; et iv) entendre les victimes crée des « distorsions » et rend le droit pénal « inefficace ». Ces points sont clairement tributaires de la RPM (théories de la peine).

Autant par rapport aux victimes punitives (le cas qui semble être perçu plus fréquemment par le système) qu'à celles non punitives (dont on traite dans ces deux extraits), il y a une vision bien définie du SDC : leurs intérêts sont largement non

pertinents pour la solution du conflit pénal. La victime semble être une présence « dérangeante ». On la rejette et on essaie de l'ignorer, et pourtant, il est impossible de l'effacer complètement puisque c'est elle, au bout du compte, qui a subi directement le tort dont on traite dans la procédure.

Par contre, si l'*opinion* de la victime en matière de peines n'intéresse pas le SDC, il y a d'autres constructions à l'intérieur du système qui vont permettre à celui-ci de l'accueillir. Tout d'abord, bien que l'opinion de la victime soit ignorée par le système, les conséquences qu'elle subit ne le sont pas. Comme nous l'avons déjà vu (supra 7.2.3.3), un des éléments que le Code criminel brésilien impose au juge de prendre en considération est celui des « conséquences du crime ». Ainsi, les conséquences du crime spécifiquement pour la victime (comme le disent explicitement les procureurs 4 et 5, dans les extraits de la section 7.2.3.3) sont un enjeu qui entre dans cette catégorie générale « conséquences du crime » et qui va être un facteur d'importance au moment de la détermination de la peine.

Qui plus est – et nous en avons déjà fait état dans notre chapitre théorique (supra 4.2.3.2) – les victimes vont apparaître dans certaines constructions du système comme une donnée de ce dernier (et non simplement comme un stimulus externe). Autrement dit, certains rôles joués par la victime au sein du SDC sont institutionnalisés depuis un certain temps et ils ne sont donc plus perçus comme ayant une influence indue. Essayons de clarifier cette question.

Il y a, en effet, cette conception de la victime comme public externe dont on ne tient compte qu'à des moments très spécifiques et encadrés, quand elle devient un élément interne (la victime est, du moins, nécessaire comme « informateur » dans la procédure puisqu'il faut qu'elle raconte ce qui s'est passé). Mais ce rôle très limité va, à d'autres moments, être écarté pour la prise en considération d'une victime plus « active ». Il y a certaines figures de la victime dans le fonctionnement même du SDC qui sont déjà stabilisées, qui ne sont pas perçues comme originaires d'une pression externe. Essayons de rendre cette description moins abstraite avec quelques exemples empiriques tirés de la législation brésilienne.

À certains moments, la victime va avoir un rôle plus important en ce sens qu'il va lui être permis de donner son « avis » sur le déroulement de la procédure et le sort de l'accusé. C'est le cas, par exemple, de la figure de l'assistant de l'accusation dans le droit brésilien¹⁷². L'assistant de l'accusation est un avocat embauché par la victime qui, sans avoir aucun pouvoir pour remplacer le Ministère public, peut ajouter plusieurs demandes à la procédure (comme des réquisitions de preuves ou des questions aux témoins dans la session de jugement)¹⁷³. Le rôle de la victime est donc, dans ce cas, beaucoup plus important que celui d'un simple informateur : la victime, par l'intermédiaire de son avocat, a le pouvoir de faire des demandes liées à la procédure.

Outre la figure de l'assistant de l'accusation, la législation brésilienne fait une autre construction juridique qui consacre un rôle encore plus important à la victime. On pense au cas des dispositions relatives au droit d'entamer une procédure criminelle au Brésil. La législation de ce pays fait une distinction entre poursuite *criminelle* publique et privée. Grosso modo, la poursuite pénale est, règle générale, publique dans le sens que c'est le Ministère public qui en est en charge. Néanmoins, le Code criminel brésilien va permettre la possibilité que certains crimes fassent l'objet d'une poursuite criminelle privée¹⁷⁴. Toujours dans le domaine du droit criminel, le législateur ne voit pas, pour certains crimes, l'intérêt de l'État d'en poursuivre les responsables. Il va transférer le droit de poursuivre (et non pas le droit de punir) à la victime : c'est celle-ci qui, par l'intermédiaire de son avocat, va demander à l'État la punition de l'accusé. En tant que titulaire du droit de poursuite, la victime a bien la faculté de ne pas l'exercer ou même de

¹⁷² Ce n'est pas de toute évidence une exclusivité de l'ordre juridique brésilien. On peut mentionner comme exemple similaire le droit français, où les victimes peuvent se constituer partie civile et se manifester au long de la procédure et du jugement.

¹⁷³ Deux articles du Code de procédure criminelle sont importants pour la compréhension de ce rôle de l'assistant de l'accusation. L'article 268 dit : « Dans tous les actes de la poursuite publique, l'offensé ou son représentant légal (...) peut intervenir comme assistant du Ministère public. » Et l'article 271 déclare : « Il est permis à l'assistant de proposer des moyens de preuve, de faire des réquisitions de questions aux témoins, d'ajouter [ses arguments] aux manifestations écrites [du Ministère public], de participer aux débats oraux et de se manifester dans les appels du Ministère public (...). »

¹⁷⁴ L'article 100 du Code Criminel brésilien dit ce qui suit :

«La poursuite pénale est publique, sauf quand la loi la déclare exclusive de l'offensé.

§1° La poursuite pénale publique est promue par le Ministère public et elle peut dépendre, quand la loi l'exige, de la représentation de l'offensé ou de la requête du Ministre de la Justice (...);

§ 2° La poursuite d'initiative privée est promue à partir de la plainte de l'offensé ou de qui que ce soit qui ait la qualité pour le représenter. »

pardonne à l'accusé pendant la procédure (un pardon qui, dans ce cas, enlève à l'État le droit de punir¹⁷⁵).

Voilà donc des exceptions dont peut se prévaloir la victime dans le SDC. Cependant, en voyant cette ouverture comme étant « problématique », la législation brésilienne a limité cette possibilité à très peu de crimes qui sont considérés comme moins importants (les crimes contre l'honneur et certains autres comme le changement des limites d'une propriété). Mais il reste quand même une exception très éloquente : les crimes sexuels¹⁷⁶ entrent dans cette catégorie de poursuite criminelle privée.

Cette possibilité d'un rôle de protagoniste des victimes réapparaît dans une autre entrée dans le système. Cette distinction entre poursuite publique et privée n'est pas la seule qui permette aux victimes de jouer un rôle important. Quand on parle spécifiquement de la poursuite criminelle publique, le législateur va créer une distinction entre une poursuite criminelle publique tout court et une autre *conditionnée à la représentation de la victime*¹⁷⁷. Ce type de poursuite (différemment de la poursuite privée) est toujours mené par le Ministère public et la victime continue à n'avoir aucun droit par rapport à la punition (tout comme elle n'a pas le droit de se désister ou de pardonner¹⁷⁸, comme dans la procédure privée). Toutefois, dans ce cas-ci, la procédure ne peut avoir lieu que si la victime le demande¹⁷⁹.

Pour conclure, on peut dire que la question de la victime ajoute une couche de complexité par rapport aux autres possibilités de réception des stimuli externes développées dans les sections précédentes (supra 7.2.3). D'un côté, comme nous l'avons vu dans les deux extraits empiriques utilisés dans cette section, la victime est un public

¹⁷⁵ L'article 105 du Code Criminel brésilien est la source légale ici : « Art. 105 – Le pardon de l'offensé, dans les crimes où on ne poursuit qu'à partir d'une plainte, empêche le déroulement de la poursuite. »

¹⁷⁶ Sauf quelques-uns, comme le cas d'abus de mineurs par ceux qui en sont responsables.

¹⁷⁷ Le même article 100, §1, mentionné auparavant, est un des dispositifs de la loi qui soutient ce type de poursuite. Il y (en) a un autre dans le code de procédure pénale brésilien : « Art.24 – Dans les crimes de poursuite publique, celle-ci sera entamée par une dénonciation du Ministère public, mais elle dépendra, quand la loi l'exige, de la requête du ministre de la Justice, ou de la représentation de l'offensé ou de la personne qualifiée pour le représenter. »

¹⁷⁸ L'article 102 du Code Criminel brésilien spécifie que la victime, après qu'elle a fait sa représentation et que la dénonciation a été faite par le Ministère public, n'a pas la possibilité de faire marche arrière et de se désister de la poursuite.

¹⁷⁹ Les crimes qui entrent dans cette catégorie ne sont pas pourtant ceux qu'on considère d'une gravité plus importante. On parle, par exemple, du crime de transmission intentionnelle de maladies sexuellement transmissibles (art.130), du crime de menace (art.147), du crime de violation de courrier commercial (art.152) ou de divulgation de secrets commerciaux (art.153).

étranger au système de droit criminel, un stimulus externe qui pose problème et que l'on rejette (ce n'est que du « bruit »). Par ailleurs, comme l'ont illustré les exemples de la législation brésilienne¹⁸⁰, les victimes à certains égards sont aussi des éléments internes du SDC. Les cas de la poursuite privée et de l'assistant de l'accusation dont nous venons de parler sont des *structures* du système. Il s'agit d'éléments qui font partie de son autopoïèse, de sa reproduction *normale*, qui ne sont plus perçus comme des communications externes.

7.3. Remarques finales

Faisons quelques brèves remarques pour conclure ce chapitre :

a) Tout d'abord, nous croyons avoir démontré de façon suffisante qu'il y a, à différents moments, une acceptation de l'opinion publique dans les opérations du système, c'est-à-dire une réaction interne de traitement d'un stimulus externe perçu comme opinion publique. Cette réception des stimuli externes ne signifie pas pourtant que le système cède dans son pouvoir de prendre des décisions. Il continue à être très soucieux de son autonomie, même si le fait d'exercer son autonomie se traduit à certains moments dans la prise en considération des stimuli externes.

b) Nos données nous indiquent qu'une irritation a plus de chance d'avoir lieu à certains moments spécifiques. Si nous distinguons la prestation juridictionnelle à trois moments différents – la procédure, le jugement « coupable/non coupable » et la détermination de la peine –, nous pouvons à chaque étape observer une inégalité des probabilités d'acceptation des stimuli externes. Ainsi, le moment de la décision « coupable/non

¹⁸⁰ Nous aurions pu mentionner d'autres éléments de cette présence des victimes dans le SDC, comme le cas du *victim impact statement* dont nous avons déjà parlé dans notre chapitre théorique. C'est un exemple qui n'est pas présent dans la législation brésilienne, mais qui est très pertinent – là où il est présent – pour faire valoir l'argument de la réception et de la stabilisation d'un rôle pour la victime à l'intérieur du système.

coupable » est celui où la probabilité que le stimulus soit traité comme du « bruit » est la plus forte : le système n'accepte pas que l'opinion publique puisse avoir un poids quelconque dans la décision d'attribuer ou non le blâme pour un crime à un accusé. Par contre, la probabilité qu'une irritation ait lieu au moment de la procédure augmente considérablement. Il y a d'abord non seulement des petites transformations internes (la rapidité du traitement de l'affaire, la disponibilité de ressources et l'attention que les opérateurs y portent) qui dénotent que les cas médiatisés sont des cas « spéciaux », mais il y a aussi la zone de possibilité « ordre public » qui permet la réception de l'opinion publique lors de la décision à propos d'une détention préventive. Néanmoins, il n'est pas question ici non plus de sacrifier les rites de la procédure ou la parité d'armes en fonction d'une pression externe : le système continue d'être très soucieux de son autonomie dans les décisions procédurales. Finalement, au moment de la détermination de la peine, l'ouverture à la réception des stimuli externes paraît être plus significative. Les structures d'accueil pour l'opinion publique jouent un rôle surtout au moment de décider d'une peine plus ou moins lourde pour l'accusé. C'est à ce moment que les communications externes ont une plus grande chance d'être acceptées par le SDC.

c) Par les discours des opérateurs, on se rend compte que le SDC valorise beaucoup un autoportrait de « neutralité » (face à l'opinion publique). Il tient même un discours de « modération » face à une opinion publique qu'il représente comme étant très punitive ou, du moins, plus punitive que lui-même. Ce discours et ce souci de neutralité restent importants pour le système car ils vont effectivement lui permettre de prendre un certain recul des pressions externes directes pour les traiter à l'interne à partir de ses propres structures d'évaluation et de réception. Cependant, lorsqu'on investigate les opérations du système de plus près, on constate que ce « souci de neutralité » se trouve inégalement distribué dans les diverses étapes du système. Par exemple, le moment du jugement de culpabilité/non culpabilité n'ouvre aucune porte aux pressions externes et nous n'avons trouvé aucune structure de normes ou d'idées favorisant la prise en compte de l'opinion publique. Le moment de la décision de la détention préventive est déjà moins protégé à l'égard d'une opinion publique favorisant la punition. Les opérateurs sont plus ambivalents et nous avons trouvé une structure d'accueil sur le plan des normes

(l'« ordre public ») qui continue à être utilisée en dépit d'une décision de la Cour suprême essayant de la neutraliser. Par ailleurs, en ce qui concerne les peines, le système semble mal équipé pour protéger les condamnés contre leur sévérité et contre les pressions externes la favorisant. La décision reste une décision du système selon les critères du système. Cependant, comme le système valorise la punition, il trouve aisément des raisons propres pour « répondre positivement » (bien qu'à sa manière) à une logique qui valorise l'infliction de la souffrance, y compris à l'encontre de la victime elle-même lorsque celle-ci ne valorise pas le projet punitif.

d) La représentation de neutralité que le système construit pour lui-même au moment de la détermination de la peine n'est possible que parce que le système observe l'opinion publique comme étant très punitive (ou, exceptionnellement, très indulgente). Face à une demande effectivement outrancière – ou qui paraît outrancière – toute décision concernant une peine pourtant très sévère mais qui reste en-deçà de cette demande peut être observée comme étant « neutre ». Elle paraît neutre *aussi* parce que les critères amenant à la sévérité – et la motivant – sont *internes* : le système ne punit plus parce qu'on le lui a demandé, mais plutôt parce qu'il a ses propres raisons valables pour le faire. Le système voit mal la manière par laquelle il absorbe la demande de punition qu'il stimule par ailleurs dans ses propres messages sur la peine.

8. Conclusions

En guise de conclusion, nous voulons simplement souligner quelques aspects fondamentaux de la présente recherche.

8.1. Un système autonome n'est pas un système fermé à l'opinion publique

Tout d'abord, nous croyons avoir démontré dans le chapitre précédent la complexité de l'utilisation que le système de droit criminel fait de l'opinion publique. D'un côté le système se perçoit le plus souvent comme « indépendant », comme ne décidant qu'à partir de critères strictement juridiques, comme imperméable aux pressions de son environnement; mais par ailleurs, le système crée des zones de possibilité qui vont souvent permettre le passage de stimuli qu'il ne considère pas comme devant faire partie de cette prise de décision.

Il est clair pour nous en ce moment que le poids des stimuli externes de l'opinion publique et du public a une résonance dans les opérations internes du système. Mais cela se traduit d'une façon médiatisée par les structures elles-mêmes du système, par la création ou l'adaptation d'arguments et de procédures juridiques qui peuvent rendre compte du stimulus externe tout en gardant la clôture opérationnelle du SDC. Le cas des stimuli externes que nous avons traité ici semble être un formidable exemple empirique du mécanisme qu'un système autopoïétique met en place pour s'adapter à son environnement. Le SDC perçoit ce qui est dans son environnement (puisque doté, en termes luhmanniens, d'une ouverture cognitive) et va s' « ouvrir » à ces éléments. Mais s' « ouvrir », comme nous avons vu, veut dire simplement faire le mouvement interne d'aller chercher ce que le système trouve pertinent (et non une simple passivité d'accepter n'importe quelle pression). Celui-ci préserve sa « fermeture opérationnelle », puisque les stimuli externes ne peuvent pas déterminer ce qui se passe dans son intérieur, ils ne peuvent pas produire un résultat qu'ils aimeraient avoir d'avance. Ainsi, les zones de possibilité que nous avons vues sont des constructions du système de droit criminel lui-même, des constructions qui peuvent permettre le traitement interne de l'opinion publique. Ce sont des structures qui vont transformer ce qui était auparavant un « bruit » dans quelque chose de compréhensible et pertinent pour le système.

Ce modèle, pour décrire l'interaction entre le SDC et l'opinion publique, nous semble être le plus approprié pour rendre compte d'un phénomène très complexe. Le défi de la recherche résidait non seulement dans la difficulté à trouver des éléments empiriques qui démontraient qu'il y avait une relation importante entre l'opinion publique et la prise de décision dans le système, mais aussi dans la difficulté à créer un cadre théorique qui pouvait nous aider à expliquer le phénomène par-delà un simple rapport de causalité ou une simple idée d'inexistence de ces interactions.

8.2. Une opinion publique qui renforce la punitivité du système : la RPM comme facteur de « l'inégalité de probabilités » pour l'acceptation des stimuli externes

Notre intention au long de cette thèse était de faire une *description* du rapport du SDC avec son environnement, spécifiquement par rapport aux stimuli de l'opinion publique. Nous avons essayé d'éviter, le plus possible, d'apporter une charge axiologique à cette description : il s'agissait surtout de comprendre comment s'actualisait ce rapport plutôt que de le voir d'une façon positive ou négative.

Néanmoins, quand est venu le moment de décrire la RPM, il y avait non seulement une forte préoccupation descriptive, mais aussi une préoccupation qui a, à certains égards, un contenu axiologique : nous percevons le fait que le SDC soit largement colonisé par ladite rationalité comme quelque chose de problématique, car cela empêche l'émergence d'innovations et l'évolution du système. La simple description est empreinte d'une préoccupation à l'égard de ce rôle *négatif* joué par la RPM.

Ceci dit (et en mettant ensemble les développements des deux derniers chapitres), il serait difficile pour nous de ne pas voir (en ajoutant un contenu d'évaluation) la prise en considération de l'opinion publique par le SDC d'une façon problématique compte tenu de cette prédominance de la RPM. Nous nous expliquons.

À notre avis, la prise en considération de l'opinion publique et du public peut autant entraîner des résultats intéressants en ce qui a trait aux innovations qu'elle peut poser des problèmes. Nous pouvons en effet voir un côté positif dans une acceptation

plus importante de la part du système de certains éléments de son environnement. Prendre davantage en considération ces stimuli externes peut en effet signifier une augmentation de la confiance des citoyens dans le SDC. Cela peut aussi signifier autant une ouverture à l'égard de la participation des victimes qu'une contribution à la « ré-appropriation » de leur conflit, qu'elles soient plus satisfaites du résultat de la procédure pénale. Cela peut encore signifier une porte ouverte à la conciliation et au pardon dans le SDC, si tel est l'avis des personnes impliquées dans l'affaire et dans la communauté. Donc, à certains égards, s'ouvrir davantage (ou se laisser irriter, tel que nous l'avons conceptualisé ici) au public et à l'opinion publique peut s'avérer positif dans la mesure où la perception de la légitimité du système dans la société serait améliorée par le fait même qu'elle apporterait une solution plus satisfaisante aux personnes impliquées dans le conflit.

Néanmoins, dans le cadre d'un système de droit criminel fortement conditionné par la rationalité pénale moderne, la prise en considération de l'opinion publique et du public semble aller presque invariablement dans le sens d'aggraver une punition, dans le sens de durcir le système, de le rendre plus intolérant. La RPM fonctionne comme un dispositif qui permet plus facilement au système d'entendre et de traiter (c'est-à-dire « être irrité ») des stimuli dans un sens punitif. Autrement dit, ce qui pose problème, c'est que la RPM diminue les chances d'un public (ou opinion publique) non punitif – qui ne demande pas de punitions accrues et qui voit d'autres possibilités de solution que la peine pour résoudre des conflits criminels – d'être entendu et traité par ledit système (ou, dans les termes de la théorie des systèmes, de l'« irriter ») comparativement à un public (ou opinion publique) punitif.

Essayons d'être un peu plus clair sur cette question revenant un peu en arrière dans notre argumentation. Tout d'abord, du point de vue d'une observation à partir du SDC, il est difficile de percevoir une opinion publique dans un sens autre que celui d'une punition accrue. Le discours médiatique est, d'une façon accablante, un discours pour des peines plus longues, pour des solutions plus immédiates, pour moins de garanties juridiques. Comme nous l'avons déjà mentionné (supra 2), le discours des médias de masse, de par leur structure de fonctionnement, est intéressé à l'extraordinaire, à ce qui puisse être *newsworthy*. En termes pénaux, l'intérêt porte généralement sur ce qui est le

plus grave, sur ce qui entraîne le plus de réactions du public, sur ce qui permet l'émergence d'une opinion publique « indignée ». C'est celle-ci qui devient la plus visible. Certes, certains opérateurs du SDC auront occasionnellement un contact avec un public non punitif (et certains juges nous ont parlé à certaines reprises de leurs expériences avec des victimes ou des membres d'une communauté qui ne souhaitent pas une peine afflictive comme solution), mais compte tenu de la réalité commune construite par le système des médias de masse, il est très difficile pour un juge ou un procureur de ne pas percevoir l'opinion publique comme étant très punitive. Nous pouvons dire, à cet égard, que *les médias de masse vont rendre inégales les chances de visibilité d'un public punitif comparativement à un public non punitif*. Par le fonctionnement même du système des médias de masse, le premier a beaucoup plus de chances d'être visible pour le reste de la société, y compris pour le SDC.

Ceci dit, reprenons maintenant ce même argument et appliquons-le à l'intérieur du SDC. D'un côté, ledit système voit, comme tout le reste de la société, une opinion publique majoritairement punitive. Pour cette raison, celle-ci a déjà plus de chances d'être considérée qu'une opinion qui est non punitive; d'un autre côté – et voici ce qui est essentiel dans cette recherche – le SDC se présente pour la société (et s'auto-représente), sous l'emprise de la rationalité pénale moderne, comme étant celui qui est responsable de la distribution de la souffrance en réponse à certains comportements qu'il tient comme les plus menaçants pour la société. Le système lui-même dit à la société que c'est à lui – c'est son rôle, sa tâche – de s'occuper de ces comportements et de leur donner une « réponse appropriée » (qui va être presque invariablement substantialisée comme une peine afflictive). Un discours qui intègre les concepts de « solution de conflits », de « conciliation » des parties impliquées, voire de « pardon », fait très rarement partie de son « auto-représentation » et de sa façon de se présenter pour la société. Alors, compte tenu de cet autoportrait, quelles sont les chances que cette partie de l'opinion publique ou du public qui désire une solution non extrême – une solution qui s'éloigne de la monotonie de la peine de référence (la prison) – soit entendue par le SDC? Celui-ci est formaté, sous la RPM, pour punir de façon obligatoire et afflictive, ce qui rend une demande externe de pardon ou de conciliation un fait non seulement dérangeant mais pratiquement invisible.

Il faut aussi reconnaître que le système est mal à l'aise avec les « pressions » de son environnement en général. Les demandes externes de peines plus sévères sont aussi agaçantes, dérangeantes, problématiques. Ce genre de demandes va être vu comme une menace pour les décisions du système qui doivent être prises à partir de ses propres critères. Toutefois, les demandes dans un sens non punitif sont encore plus gênantes. En effet, elles remettent en question son propre système de pensée. Une demande de plus de punition est dérangeante (à l'égard de la mesure de la peine), mais au fond elle est un excédent redondant sur le plan qualitatif qui ne se heurte pas à l'autoportrait du système (qui considère qu'il doit infliger une souffrance pour dissuader, pour rétribuer, etc.). En revanche, une demande de solution ou de peine dans laquelle l'intention d'imposer une souffrance n'est pas présente va se heurter à l'autoportrait identitaire du système.

Ceci dit, il faut donc voir *la rationalité pénale moderne comme un système de pensée qui rend inégales, dans le SDC, les probabilités d'opérationnaliser une opinion publique non punitive comparativement à une opinion publique qui est punitive*. Non seulement le système reçoit (comme nous tous) des stimuli d'une opinion publique majoritairement punitive, mais il est aussi beaucoup mieux outillé pour gérer des demandes de punitions accrues que des demandes de solutions alternatives.

8.3. Qu'est-ce qui est « dû » à l'opinion publique?

Une analyse qui prétend examiner en détail les interactions entre le système de droit criminel et l'opinion publique a difficilement la chance d'arriver à une conclusion exempte de critiques. Au-delà des sursauts et des difficultés intrinsèques à toute recherche, nous avons toujours eu l'impression de marcher ici sur une ligne mince qui sépare deux points de vue à la fois défendables et critiquables.

D'un côté, il y a un point de vue qui considère le SDC comme hermétique, comme « déconnecté » de la société, comme enfermé sur lui-même, voire comme « anti-démocratique ». Il est souvent très difficile pour des observateurs extérieurs au monde juridique de comprendre certaines démarches des acteurs du SDC. Comment accepter,

par exemple, le fait que les juges puissent rester indifférents à certaines manifestations populaires de demande de « justice »? Face à certains crimes plus médiatisés qui choquent la population, les juges paraissent être les seuls à s'opposer à cette volonté de punir massive de l'opinion publique. Comment comprendre cette déconnexion, ce mépris, cette arrogance du SDC qui fait comme si de rien n'était, comme s'il ne devait pas répondre à la société? Selon un tel point de vue, ce qui se produit dans les tribunaux est souvent vu comme une boîte noire inexploitable pour le citoyen. Le système de droit criminel porterait lui-même atteinte à sa crédibilité auprès de la société avec cette prise de distance à l'égard de l'opinion publique et avec son absence de volonté à lui rendre des comptes.

D'un autre côté, il y a la considération que la tâche de rendre justice passerait par l'équilibre et la sérénité, des manifestations qui sont rares au sein de l'opinion publique. Le rôle du SDC serait de prendre en considération les circonstances de l'événement, de traiter ces informations par l'entremise d'une procédure réglementée par les règles du droit (où l'accusation et la défense ont une parité d'armes, où les droits de l'accusé sont garantis) et de décider d'une solution à l'affaire. Et quand cette solution se traduit par une sanction criminelle, pour qu'elle soit juste, le système devrait l'infliger en prenant un certain recul par rapport à l'affaire, tout en considérant les principes juridiques et le droit de défense garanti à l'accusé. Cette démarche serait ainsi intentionnellement incompatible avec l'élan punitif de l'opinion publique, une démarche qui semble chercher la justice par le recul et la réflexion et non pas par la réponse immédiate à la clameur. Sous cet angle, il serait (ici aussi) « anti-démocratique » de laisser au gré d'une opinion publique le destin d'un accusé d'un crime qui choque la population. Au bout du compte, l'existence même de l'État et de ses institutions se justifierait pour donner cette stabilité et ce recul dans certaines décisions.

Existe-t-il donc une possibilité de solution à mi-chemin? Voilà une question à laquelle il est difficile de répondre. Serait-il possible de concilier les *inputs* de l'opinion publique et du public dans le système de droit criminel sans que le système ne devienne entièrement perméable à l'opinion publique? Serait-il possible d'accepter ces *inputs* sans que le système ne sabote ses normes de procédure et ses garanties juridiques mises en place pour protéger les droits de l'accusé? Ou encore, le système peut-il s'ouvrir à

l'opinion publique et au public sans toujours aller dans le sens d'une solution chaque fois plus punitive?

Si nous sommes loin d'avoir de réponses à ces questions difficiles, nous croyons toutefois y avoir apporté quelques éléments importants qui sont nécessaires à la réflexion. Ajoutons seulement ici certains commentaires, afin de faire ressortir notre point de vue avec encore plus de clarté :

a) À notre avis, le système de droit criminel peut difficilement échapper à une certaine image « hermétique » et « anti-démocratique » auprès de l'opinion publique. Cela est inévitable dans les affaires pénales fort médiatisées où les demandes de jugements sommaires se heurtent à l'existence même d'un système de droit criminel qui doit donner une solution à l'affaire à partir de règles juridiques internes qui consacrent certains droits de l'accusé. Les jugements sommaires souvent demandés par l'opinion publique seraient, autant du point de vue du SDC que du nôtre (en tant qu'observateurs de deuxième ordre), du « non droit ». Agir d'une telle façon serait, pour le SDC, se placer dans une situation de « dédifférenciation » (Pires, 2004b) par rapport au système politique : il serait en train de laisser de côté sa fonction de système responsable pour la stabilisation des attentes normatives dans la société pour instaurer un système fort volatile qui perdrait son identité.

C'est ainsi que le système ne peut souvent pas échapper à cette perception, de la part de l'opinion publique, d'être « anti-démocratique ». Pour garantir son autonomie et sa distinction du politique, il est et doit continuer à être (et à se représenter comme tel) relativement imperméable à cette opinion publique (ce qui n'empêche pas, comme nous l'avons vu, sa prise en considération à différents égards, mais toujours à partir des critères internes du système lui-même). On ne peut pas imaginer, à partir de l'argument naïf qu'il s'agirait d'une démarche « démocratique », que le système s'ouvre à l'opinion publique momentanée (c'est-à-dire qu'il l'accepte sans aucune restriction ou filtrage). À notre avis, une certaine prise de distance d'une opinion publique plus immédiate est propre aux sociétés contemporaines différenciées par systèmes. Et cela dans plusieurs domaines. Certaines décisions des pouvoirs de l'État sont « contre-majoritaires ». Par

exemple, serait-il raisonnable de laisser au gré de l'opinion publique les décisions relatives à la répartition et à la collecte des impôts dans la société? Serait-il raisonnable de demander l'avis du public sur des questions telles que l'acceptation de prières ou de superstitions dans un système public de santé? À cet égard, nous sommes d'accord avec Bagaric et Edney (2004 : 129)¹⁸¹ :

« Seeking public views on sentencing is analogous to doctors basing treatment decisions on what the community thinks is appropriate or engineers building cars, not in accordance with the rules of physics, but on the basis of what lay members of the community 'reckon' seems about right. Sentencing is an intellectual social discipline. It should have underlying principles which govern the way it ought to be administered. These are ascertained through a process of inductive and deductive logic and analyzing the relevant empirical evidence to determine what objectives are and are not achievable through a system of state imposed punishment. Guidance on sentencing matters should be sought from experts in the field not the uninformed. »

Dans les très complexes sociétés démocratiques modernes, la gestion des problèmes qui émergent dans la société implique la mise en place de mécanismes qui ne font référence au public que comme une abstraction fonctionnelle. Même pour le système politique, certaines de ses décisions vont contrer une opinion publique momentanée. Cet argument est d'autant plus vrai pour le système juridique, en particulier pour le SDC. Il ne serait pas réaliste et faisable de vouloir tirer sa légitimité de ce qu'il perçoit comme étant la volonté de l'opinion publique à un moment déterminé.

b) Cette prise de distance de l'opinion publique pour garantir son existence propre en tant que système n'exclut pas la possibilité de certaines ouvertures à partir des démarches internes du système lui-même. Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, le système est doté d'une ouverture cognitive qui lui permet d'intégrer des éléments de son environnement dans sa prise de décision. Et souvent, il nous paraît qu'il soit en effet raisonnable d'accepter certains stimuli externes dans les démarches du système. Cela

¹⁸¹ Citation déjà utilisée dans notre chapitre 3.

nous paraît être plus valable dans le cas du public (les acteurs qui se font visibles pour le système) que dans celui de l'opinion publique. Nous pensons plus spécifiquement à l'importance d'un public de victimes, d'un public d'une communauté affectée par le crime, d'un public qui est, enfin, proche de l'événement criminel et qui a un intérêt direct dans la réponse apportée par le SDC. Dans certaines situations où les stimuli de ce type de public sont très présents pour ledit système, une plus grande présence de ces personnages dans la procédure et dans la solution de l'affaire peut déboucher sur une réponse criminelle capable de satisfaire ce public (avec un effet de pacification du conflit) sans passer par-dessus les droits de l'accusé ni aboutir à une punitivité accrue du système. Dans différentes juridictions, nous pouvons voir des exemples d'ouvertures importantes face au public : c'est le cas entre autres du *victim impact statement* ainsi que des modèles de justice réparatrice. Ce sont deux innovations récentes en matière de punition criminelle qui permettent une intégration d'acteurs externes au système sans une perte d'autonomie ni un dérapage punitif (quoique le premier puisse, selon le traitement qui lui est donné, entraîner dans la pratique un système plus punitif).

Qui plus est, quand nous pensons à une ouverture du système, nous pensons non seulement à une plus grande possibilité d'intégration des stimuli externes, mais aussi à une plus grande transparence du système. Plusieurs critiques de l'opinion publique dirigées vers le SDC ne constituent pas exactement des pressions pour une décision dans le sens *x* ou *y*. Pour plusieurs observateurs du SDC, sa « légitimité » ou plutôt sa « crédibilité » auprès de l'opinion publique serait bien améliorée si le système s'engageait davantage à rendre compte de ses activités. Bien sûr, il est souvent difficile d'expliquer des principes juridiques qui orientent une décision, ainsi que certains aspects techniques du droit (nous sommes, il faut l'avouer, un peu « sceptique » par rapport à ce genre de recherche qui croit possible « d'éduquer » le public). Toutefois, des informations simples – comme communiquer aux victimes le déroulement du procès, motiver plus longuement une décision ou simplement être capable d'expliquer au public qu'un procès juridique prend un certain temps – peuvent faire une grande différence pour ce qui est de la crédibilité. Comme l'un des juges interviewés nous l'a dit, le SDC n'a pas l'obligation, auprès de l'opinion publique, de donner *la* réponse qu'elle veut, mais il a sûrement l'obligation de donner une réponse aussi bien que de montrer que le système fonctionne et qu'il s'occupe des affaires criminelles qui préoccupent la société. La

difficulté des juges (et ici ça nous semble plutôt être un problème des juges que celui des procureurs) d'accepter de rendre compte de ces activités semble nuire à l'image du système. Et un changement à cet égard ne se traduirait par aucune perte d'autonomie lors d'une prise de décision pénale.

Quoi qu'il en soit, le SDC semble se retrouver sur une route cahoteuse depuis quelques décennies en vertu d'une surexposition médiatique alliée à une tradition de fermeture et de non habitude à rendre compte de ses activités. Les personnes interviewées semblaient partager une angoisse commune selon laquelle le SDC ne répondrait pas et n'était pas en mesure de répondre aux attentes de la société. À cet égard, le diagnostic de Salas nous semble très pertinent (précisons toutefois que la difficulté qu'il centre sur les juges est pour nous la difficulté du SDC lui-même) :

« Mais, à cette nouvelle place [d'une justice qui veut s'approcher du public], en quelque sorte face à l'opinion, le juge est à découvert. Il s'expose à une critique publique directe, parfois justifiée et souvent violente. Le regard de l'opinion met à nu les carences de fonctionnement, l'illisibilité de ses motivations, la fragilité de ses circuits décisionnels. Le public de la justice n'est plus celui d'une salle d'audience. Les moyens de communication actuels la placent à une toute autre échelle. Un malentendu permanent vient de l'hiatus entre la singularité d'une décision (conçue pour un justiciable) et sa perception par l'opinion (ouverte à un large public). Tantôt, les uns lui reprochent de favoriser l'impunité et la voici coupable d'indifférence. Tantôt, les autres dénoncent ses choix liberticides et les atteintes à la présomption d'innocence. La personne du juge, seule visible au milieu de ces dysfonctionnements, focalise les tempêtes médiatiques. Les malentendus et les critiques font ressortir les failles de son mode de communication. Sa crédibilité en est fortement entamée. » (Salas, 2005 : 233, 234)

Bref, le tribunal criminel est plus que jamais dans une position de visibilité. Une position qui le met dans une place préférentielle pour la critique de l'opinion publique, une critique d'autant plus intense que le système est incapable de rendre compte de ses activités à la société. En ce sens, répétons-le, être plus transparent, informer davantage le public et faire de la place aux personnes impliquées dans l'affaire criminelle ne se

confondent aucunement avec la reproduction d'une logique punitive de l'opinion publique. Cela nous semble un avenir souhaitable pour le système de droit criminel.

c) Nous devons considérer aussi le fait que le SDC se trouve dans une position misérable sur le plan des « relations publiques » : il s'agit d'un système qui ne peut pas livrer ce qu'il promet. D'un côté, la promesse de promouvoir une société plus sécuritaire, de combattre le crime, de dissuader d'éventuels criminels et d'en neutraliser d'autres, de réhabiliter et de réintégrer dans la société ceux qui sont passés par son filet, etc. D'un autre, des attentes du public que le système de droit criminel va faire tout cela et encore plus. Bref, un scénario d'un prometteur peu réaliste envers un public aux attentes démesurées.

Le rapport du SDC avec son public est une machine à produire des frustrations. Dans ce sens, un rapport moins problématique entre le SDC et son environnement passe sûrement par un ajustement des promesses et des attentes.

d) Il nous reste encore quelques mots à dire sur le titre de cette section, « qu'est-ce qui est dû à l'opinion publique? ». D'un côté, nous devons reconnaître que dans plusieurs « situations problèmes » la peine criminelle joue un important rôle *cathartique*¹⁸² du sentiment de vengeance collective. À cet égard, nous dirions que face à certaines « situations problèmes » perçues comme plus graves, une réponse (dans le sens le plus large possible) est due à la société (et non pas à l'opinion publique).

Nous ne pouvons pas et ne voulons pas nier la place de certaines réponses afflictives, comme la peine de prison, dans certains cas qui choquent la population et qui font émerger de façon très forte un sentiment de vengeance collective. Le droit criminel s'occupe de certains cas très graves et à certains moments une réponse plus dure, dont les conséquences seront plus lourdes pour l'individu, paraît inévitable. Toutefois, cette réponse plus dure n'est ni toujours nécessaire ni n'a besoin de se faire dans le cadre des théories traditionnelles de la peine criminelle. La réponse qui est due à la société, c'est le

¹⁸² Et ici nous sommes d'accord avec Ricoeur (1995 : 200).

rétablissement des attentes de la validité des normes. La simple prise en charge des conflits par le SDC montre déjà son souci relatif au fait qu'un acte criminel n'ébranle pas notre confiance dans l'existence d'un gouvernement de règles. Les possibilités qui s'offrent au SDC pour répondre aux attentes de la société sont nombreuses : pensons entre autres à l'acceptation d'une conciliation, à l'octroi d'un pardon, à la responsabilisation (avec ou sans peine) de l'individu jugé coupable.

Bref, face à un crime, quelque chose est due à la société. Une action est due à la société pour garder les attentes normatives (de la validité de l'ordre juridique) : cette action peut, dans certains cas, être le recours à (reconnaissons-le) une peine afflictive, mais elle peut aussi être souvent (sûrement beaucoup plus fréquemment que nous ne le faisons de nos jours) la mise en place d'autres mesures moins dégradantes.

8.4. Quelques mots finaux : la place de la critique

Pour conclure cette thèse, un dernier mot expéditif mais important sur le statut de la critique sociale dans le cadre de cette thèse. Travailler avec le cadre théorique de la théorie des systèmes peut souvent susciter des résistances de la part de ceux qui voient dans cette réflexion systémique un antihumanisme qui ne contribue pas à changer le statu quo. Appliquée au domaine du crime et de la peine, la critique de ces derniers dirait qu'une telle réflexion faite avec l'aide dudit cadre théorique serait conservatrice du seul fait qu'elle ne pointerait pas du doigt les inégalités flagrantes produites par tout le complexe punitif des sociétés contemporaines. Nous devons répondre à ces critiques pour éclaircir notre position éthique.

N'importe quel chercheur qui travaille dans le domaine du crime et de la peine ne peut passer à côté du fait que la punition contemporaine est non seulement une source de profondes injustices mais aussi un agent de désagrégation sociale. Dans n'importe quelle juridiction, la prison va invariablement présenter une surreprésentation des groupes minoritaires et marginalisés. Qui plus est, la peine est presque toujours une source de marginalisation accrue beaucoup plus qu'une tentative de réintégration des individus

dans la vie sociale. Bref, le complexe pénal d'une société est le mécanisme ultime du stigmate et de l'exclusion sociale. Ce fait-là mérite d'être constamment critiqué.

Ceci est notre position éthique par rapport à la punition contemporaine que nous croyons avoir critiquée dans cette thèse, même si nous l'avons fait d'une façon qui n'était pas nécessairement explicite. En remettant en question le système de pensée du système de droit criminel, nous croyons avoir pu contribuer à la tâche de déconstruction des réponses pénales qui sont là, tout en contribuant à l'ouverture de nouveaux horizons cognitifs en ce qui a trait à de nouvelles formes de réponse aux actes criminels qui soient moins portées à l'exclusion sociale.

L'usage de la théorie des systèmes dans cette tâche a été fondamental. D'abord, elle nous a fourni une puissante « boîte à outils » pour faire un « nettoyage du terrain » et ainsi nous permettre de nous livrer à une observation plus aiguisée du problème. Nous croyons qu'avant de passer à une critique quelconque, une recherche en sciences sociales doit être capable de bien décrire un problème. Sans les précisions théoriques permettant d'appréhender les contours du problème, la recherche risque de tomber dans une critique militante et de perdre son statut même de recherche scientifique.

En second lieu, et voici ce qui est plus important pour nous, l'usage de la théorie des systèmes a été d'une extrême utilité pour entreprendre une réflexion qui essaie de pousser le plus possible la *désontologisation* des concepts. La leçon que nous tirons de ce travail avec ce cadre théorique est celle de la *contingence* : les idées, les concepts, les structures ne *sont pas des données de la réalité*, mais plutôt le *résultat de divers processus de substantialisation* qui ont acquis une forme spécifique dans le présent mais qui aurait pu prendre une configuration différente. En travaillant avec le système de pensée du SDC, avec les idées qui soutiennent la peine et structurent la façon de pensée de générations de juristes-pénalistes, il est très difficile de sortir des concepts *naturalisés*. Et si rien d'autre ne ressort de cette thèse, nous espérons, du moins, avoir contribué à désontologiser les concepts utilisés par le système de droit criminel. La grande force de la critique, à notre avis, c'est celle de montrer que les structures et les concepts pourraient être différents.

BIBLIOGRAPHIE

- Acosta, Fernando (1988) « À propos des illégalismes privilégiés. Réflexions conceptuelles et mises en contexte. » *Criminologie* 21:7-34.
- Aguiar, Leonardo A.A. (2004). *Perdão Judicial*. Belo Horizonte: Biblioteca Digital Jurídica – STJ. Disponible sur: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/9960>
- Allen, Francis (1959 [2007]). « Legal Values and the Rehabilitative Ideal. » Dans M. Tonry (sous la dir.), *Why Punish? How Much?* Oxford: Oxford University Press, p.97-110
- Bachelard, Gaston (1975). *La formation de l'esprit scientifique*. Paris: Librairie philosophique J. Vrin.
- Bagaric, Mirko; Edney, Richard (2004). « The sentencing advisory commission and the hope of smarter sentencing. » *Current Issues in Criminal Justice*, vo.16, p. 125-139.
- Bateson, Gregory (1972). *Steps to an Ecology of Mind*. Northvale: Jason Aronson Inc.
- Bauman, Zygmunt (1998). *Le coût humain de la mondialisation*. Paris : Hachette.
- Beccaria, Cesare (1764 [1821]). *Des délits et des peines*. Paris : Dalibon Libraire.
- _____ (1764 [2002]). *Des délits et des peines*. Paris : Éditions du Boucher.
- Bentham, Jeremy (1802 [1838]). « Panopticon versus New South Wales. » Dans J. Bowring (sous la dir.), *The Works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait.
- Best, Joel (1997). « Victimization and the Victim Industry. » *Society*, vol.34, n.4, p.9-17.
- Boers, Klaus; Sessar, Klaus (1991). « Do People Really Want Punishment? On the Relationship between Acceptance of Restitution, Needs for Punishment, and Fear of Crime. » Dans K. Sessar et H.-J. Kerner (sous la dir.), *Developments in Crime and Crime Control Research*. New York: Springer-Verlag, p. 126-149.
- Bourdieu, Pierre (1973). « L'opinion publique n'existe pas. » *Les Temps Modernes*, n.318, p.1292-1309.
- Boydell, Craig L. et Grindstaff, Carl F. (1972). « Public Opinion and the Criminal Law. » Dans C. L. Boydell, C. F. Grindstaff et P. C. Whitehead (sous la dir.), *Deviant Behaviour and Societal Reaction*. Toronto/Montreal: Holt, Rinehart and Winston of Canada, p. 165-180.
- Burlamaqui, Jean-Jacques. (1763). *The Principles of Natural and Politic Law*, vol. II. London: J. Nourse.

- Campilongo, Celso F. (2002). *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad.
- Carrara, Francesco (1863[1876]). *Programme du cours de droit criminel*. Paris : Marescq Ainé libraire-éditeur.
- Cattaneo, Mario (2006). « La peine entre droit naturel moderne et idéalisme allemand. » Dans : J.-L. Vieillard-Baron et Y.C. Zarka, *Hegel et le droit naturel moderne*. Paris : Librairie Philosophique J. Vrin, p.71-80
- Cauchie, Jean-François (2009) *Peines de travail. Justice pénale et innovation*. Bruxelles: Larcier.
- Cauchie, Jean-François; Sauvageau, Jean (2010) « Le deuil des proches de victimes au service de la pénalité. Quand livrer de la douleur met un peu de baume au cœur. » Dans Y. Cartuyvels, C. Guillain, F. Tulkens (sous la dir.), *La peine dans tous ses états – hommage à Michel van de Kerchove*. Bruxelles, Larcier, p. 207-221.
- Christie, Nils (1981 [1985]) *Au bout de nos peines*. Bruxelles : Larcier.
- _____ (1971). « Conflicts as property. » *The British Journal of Criminology*, vol.17, n.1, p.1-15.
- Christopher, Paul (1994). *The Ethics of War and Peace*. New Jersey: Prentice Hall.
- Cohen, Stanley (1985). *Visions of Social Control*. Cambridge : Polity Press.
- _____ (1972 [2002]). *Folk Devils and Moral Panics. The Creation of the Mods and Rockers*. London: Routledge.
- Commission canadienne sur la détermination de la peine (1988). « La détermination de la peine: sondage d'opinion auprès des juges canadiens. » Ottawa: Direction des communications et affaires publiques, Ministère de la Justice.
- Cook, Beverly B. (1977). « Public opinion and federal judicial policy. » *American Journal of Political Science*, vol. 21, n.3, p.567-600.
- Dahrendorf, Ralf (1968). « Homo Sociologicus. » Dans R. Dahrendorf, *Essays in the Theory of Society*. Stanford: Stanford University Press, p.19-87.
- Debuyst, Christian; Digneffe, Françoise; Pires, Alvaro P. (2008). *Histoire des Savoirs sur le crime et la peine, vol.3. Expliquer et comprendre la délinquance*. Bruxelles: Larcier.
- Del Vecchio, Giorgio (1955). *La Justice – La Vérité. Essais de philosophie juridique et morale*. Paris : Dalloz.

- Delmanto, Celso; Delmanto, Roberto; Delmanto Jr., Roberto; Almeida Delmanto, Fabio M. (2002). *Código Penal Comentado*. São Paulo: Edição Renovar.
- Digneffe, Françoise (1998). « L'école positive italienne et le mouvement de la défense sociale. » Dans C. Debuyst, F. Digneffe et A. Pires (sous la dir.), *Histoire des Savoirs sur le Crime et la Peine*, vol.2. Bruxelles: De Boeck.
- Doble, John; Immerwahr, Stephen; Richardson, Amy (1991). *Punishing Criminals. The People of Delaware Consider the Options*. Philadelphia: The Public Agenda Foundation.
- Doob, Anthony N.; Sprott, Jane B.; Marinos, Voula; Varma, et Kimberly N. (1998). *An exploration of Ontario residents' views of crime and the criminal justice*. Toronto: Centre of Criminology, University of Toronto.
- Doob, Anthony; Cesaroni, Carla (2001). « The Political Attractiveness of Mandatory Minimum Sentences. » *Osgoode Hall Law Journal*, vol.39.
- Dubé, Richard (2008). « Système de pensée et réforme du droit criminel : les idées innovatrices du rapport Ouimet (1969). » *Thèse de Doctorat en Sociologie*. Montréal: Université du Québec à Montréal.
- Dumont, Hélène (2000). « Le pardon, une valeur de justice et d'espoir, un plaidoyer pour la tolérance et contre l'oubli. » *Revue Canadienne de Criminologie*, vol.42, n.3, p.299-322.
- Durant, Mary; Thomas, Margaret, Willcock, H.D. (1972). *Crime, Criminals and the Law. A Study of Public Attitudes and Knowledge, Carried out for the Home Office*. London: Office of population censuses and surveys, Social Survey Division.
- Durkheim, Émile (1922 [1966]) *Éducation et Sociologie*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Eliacheff, Caroline; Larivière, Daniel (2007). *Le Temps des Victimes*. Paris : Éditions Albin Michel.
- English, Kim, Crouch, Joan; Pullen, Suzanne (1989). *Attitudes Toward Crime : a Survey of Colorado Citizens and Criminal Justice Officials*. Denver: Colorado Department of Public Safety, Division of Criminal Justice.
- Environics Research Group (1989). « A Qualitative Investigation of Public Opinion on Sentencing, Corrections and Parole. » *Report prepared for the Solicitor General Canada*. Toronto: Environics Research Group.
- Erez, Edna (1990). « Victim participation in sentencing: rhetoric and reality. » *Journal of Criminal Justice*, vol. 18, p.19-31.

- Erner, Guillaume (2006) *La société des victimes*. Paris: La découverte.
- Feeley, Malcom M.; Simon, Johnatan (1992). « The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications. » *Criminology*, vol.30, n.4, p.449-474.
- Ferrarese, Estelle (2007). *Niklas Luhmann, une introduction*. Paris : La Découverte.
- Flanagan, Timothy J. (1996) « Public Opinion and Public Policy in Criminal Justice. » Dans T. J. Flanagan et D. R. Longmire (sous la dir.), *Americans View Crime and Justice. A National Public Opinion Survey*. Thousand Oaks: Sage Publications.
- Foucault, Michel (1973 [1994]). « La vérité et les formes juridiques. » Dans : *Dits et Écrits I, 1954-1975*. Paris, Gallimard, p.1406-1514.
- _____ (1975) *Surveiller et Punir*. Paris : Gallimard.
- _____ (1980) "La poussière et le nuage." Dans M. Perrot (sous la dir.), *L'impossible prison*, Paris: Seuil, p. 29-63.
- Garapon, Antoine (2001). « La Justice Reconstructive. » Dans A. Garapon, F. Gros et T. Pech (sous la dir.), *Et ce sera justice. Punir en démocratie*. Paris : Éditions Odile Jacob.
- Garapon, Antoine; Gros, Frédéric; Pech, Thierry (2001). *Et ce sera justice. Punir en démocratie*. Paris : Éditions Odile Jacob.
- Garcia, Margarida (2009) « Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel: les théories de la peine comme obstacles cognitifs à l'innovation. » *Thèse de Doctorat en Sociologie*. Montréal: Université du Québec à Montréal.
- Garland, David (2001). *The Culture of Control. Crime and Social Order in the Contemporary Society*. Chicago : University of Chicago Press.
- Gerber, Jurg; Engelhardt-Greer, Simone (1996). « Just and Painful. Attitudes Toward Sentencing Criminals. » Dans T. J. Flanagan et D. R. Longmire (sous la dir.), *Americans View Crime and Justice. A National Public Opinion Survey*. Thousand Oaks: Sage Publications.
- Gottfredson, Stephen, Warner, Barbara D.; Taylor, Ralph B.(1988). « Conflict and Consensus about Criminal Justice in Maryland. » Dans N. Walker et M. Hough, *Public Attitudes to Sentencing. Surveys from Five Countries*. Aldershot: Gower Publishing Company.
- Grotius, Hugo (1625[2001]). *On the Law of War and Peace*. Kitchener: Batoche Books.

- Groupe de recherche sur les attitudes envers la criminalité (1976). « Les attitudes du public canadien envers la politique criminelle. » Montreal: Centre Internationale de Criminologie Comparée - Université de Montréal.
- _____ (1984) « Attitudes of the Canadian Public Toward Crime Policies. Pilot Enquiry. » *Les Cahiers des Recherches Criminologiques*. Montreal: Centre International de Criminologie Comparée - Université de Montréal.
- Gruber, Aya (2007). « The Feminist War on Crime. » *Iowa Law Review*, n.92, p.741-833.
- Hart, Herbert L.A. (1963). *Law, Liberty and Morality*. New York: Vintage Books.
- _____ (1968 [2008]). *Punishment and Responsibility*. Essays in the Philosophy of Law. Oxford: Oxford University Press.
- Hough, Mike; Lewis, Helen; Walker, Nigel (1988). « Factors associated with 'punitiveness' in England and Wales. » Dans N. Walker et M. Hough (sous la dir.), *Public Attitudes to Sentencing. Surveys from Five Countries*. Aldershot: Gower Publishing Company.
- Hough, Mike; Moxon, David (1988). « Dealing with Offenders : popular opinion and the views of victims in England and Wales. » Dans N. Walker et M. Hough (sous la dir.), *Public Attitudes to Sentencing. Surveys from Five Countries*. Aldershot: Gower Publishing Company.
- Hough, Mike; Roberts, Julian V. (2002) « Public knowledge and public opinion of sentencing. » Dans C. Tata et N. Hutton (sous la dir.), *Sentencing and Society. International Perspectives*. Aldershot: Ashgate.
- _____ (2004) « Confidence in Justice: an International Review. » London: Home Office.
- Howitt, Dennis (1998). *Crime, the Media and the Law*. Baffins Lane: John Wiley & Sons.
- Husak, Douglas (2004). « The Criminal Law as Last Resort. » *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.24, n.2, p.207-235.
- Isakovic, Zlatko (1998). « *Ius ad Bellum* from Grotius to the United Nations. ». Paper presented at the International Conference 350th Anniversary of the Peace of Westphalia 1648 – 1998 *From Pragmatic Solution to Global Structure*, The University in Twente, Enschede, The Netherlands.
- Jewkes, Yvonne (2009). *Crime and Media. Theorizing Crime and Media*, vol.1 et 2. London: Sage.

- Kaiser, Günther ; Kury, Helmut ; Albrecht, Hans-Jöng (1991). *Victims and Criminal Justice. Legal Protection, Restitution and Support*. Freiburg: Max Planck Institute.
- Kant, Emmanuel (1785 [1837]) *Principes Métaphysiques du Droit*. Paris : Librairie de Ladrangé.
- Kerner, Hans-Jürgen; Marks, Erich; Schreckling, Jürgen (1991). « Implementation and Acceptance of Victim/Offender Mediation Programs in the Federal Republic of Germany: A Survey of Criminal Justice Institutions. » Dans G.Kaiser, H.Kury and H.-J. Albrecht (sous la dir.), *Victims and Criminal Justice. Legal Protection, Restitution and Support*. Freiburg : Max Planck Institute for Foreign and International Penal Law.
- King, Michael et Chris Thornhill (2005). *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*. New York: Palgrave MacMillan.
- Könz, Peider (1969) « Public participation in the criminal process. » *International Review of Criminal Policy*, n.27, p. 3-8.
- Kritzer, Herbert M. (2004) « Federal Judges and Their Political Environments: the Influence of Public Opinion. » *American Journal of Political Science*, vol. 23, n.1, p.194-207.
- Kuhn, André (1993). « Attitudes towards punishment. » Dans A. Alvazzi del Frate, U. Zvekic et J. J. M. van Dijk (sous la dir.), *Understanding Crime: Experiences of Crime and Crime Control*. Torino: UNICRI, p. 271-288
- Kuhn, André, Patrice Villettaz et Aline Jayet (2002). « Opinion publique et sévérité des juges. Comparaison entre les peines prononcées par les juges suisses et les sanctions désirées par le public. » *Crimiscope*, vol.19, p. 1-6.
- Kuklinski, James H.; Stanga, John E. (1979). « Political Participation and Government Responsiveness: the Behavior of California Superior Courts. » *The American Political Science Review*, vol. 73, n.4, p.1090-1099.
- Kury, Helmut; Ferdinand, Theodore (1999). « Public Opinion and Punitivity. » *International Journal of Law and Psychiatry*, vol.22, n.3, p.373-392.
- Kutchinsky, Berl (1968). « Knowledge and Attitudes Regarding Legal Phenomena in Denmark. » Dans N. Christie (sous la dir.), *Scandinavian Studies in Criminology 2*. London: Tavistock Publications, p.125-159
- Lachambre, Sébastien (2005). « La participation des mouvements sociaux dans le système pénal : l'affaire Latimer. » *Thèse de maîtrise*. Ottawa : Département de Criminologie de l'Université d'Ottawa.

- _____ (2008) « À propos de la théorie de la dénonciation. » *Travail non publié*.
Département de Criminologie. Université d'Ottawa.
- _____ (2011). « La théorie de la dénonciation : émergence et institutionnalisation en droit criminel. » *Thèse de Doctorat*. Ottawa : Département de Criminologie de l'Université d'Ottawa.
- Lascoumes, Pierre ; Moreau-Capdevielle, Ghislaine (1976). « Presse et justice pénale : un cas de diffusion idéologique. » *Revue Française de Science Politique*, vol.26, n.1, p.41-69.
- Laster, Richard E. (1970). « Criminal Restitution. A Survey of its Past History and an Analysis of its Present Usefulness. » *University of Richmond Law Review*, n.5, p.71-98.
- Lewins, Ann and Christina Silver. (2007). *Using Software in Qualitative Research*. Traduit par. London: SAGE Publications.
- Luhmann, Niklas.(1983) *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- _____ (1984 [1995]). *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press.
- _____ (1988). "Closure and Openness : on the Reality in the World of Law." Dans G. Teubner (sous la dir.), *Autopoietic Law : a New Approach to Law and Society*. New York, De Gruyter: 335-348.
- _____ (1989). *Ecological Communication*. Chicago: University of Chicago Press.
- _____ (1990a). *Political theory in the welfare state*. Berlin/New York: Walter de Gruyter.
- _____ (1990b). « The paradox of system differentiation and the evolution of society. » Dans: J.Alexander & P.Colomy (sous la dir.), *Differentiation theory and social change*. New York: Columbia University Press.
- _____ (1993). *Risk. A Sociological Theory*. New York: Aldine de Gruyter.
- _____ (1994). « An Interview with Niklas Luhmann. Interview by David Sciulli. » *Theory, Culture and Society*, n.11, p. 37-68.
- _____ (1995) *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press.
- _____ (1997 [2006]). *La Sociedad de la Sociedad*. Mexico: Editorial Herder.
- _____ (2000) *The reality of the mass media*. Stanford: Stanford University Press.
- _____ (2001) « L'opinion publique. » *Politix*, n.14, p. 25-59.

- _____ (2002). *Theories of Distinction. Redescribing the Descriptions of Modernity*. Stanford: Stanford University Press.
- _____ (2004) *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press.
- _____ (1998 [2007]) *La sociedad de la sociedad*. Mexico: Herder/Universidad Iberoamericana.
- Machado, Maíra R.; Pires, Alvaro P.; Ferreira, Carolina C.; Schaffa, Pedro M. (2009). « Pena Mínima. » *Série Pensando o Direito*, n.19. Brasília: Ministério da Justiça – Secretaria de Assuntos Legislativos.
- Madler, Kurt; Madler, Silma Marlice (1991). « The Past and Present State of Victim's Compensation in Brazilian Law and the Need for Reform. » Dans G.Kaiser, H.Kury and H.-J. Albrecht (sous la dir.), *Victims and Criminal Justice. Legal Protection, Restitution and Support*. Freiburg : Max Planck Institute for Foreign and International Penal Law.
- Mande, Mary J.; English, Kim (1989). *The effect of public opinion on correctional policy: a comparison of opinions and practice*. Denver: Colorado Department of Public Safety – Division of Criminal Justice.
- Marín, Antonio Lucas; Galera, Carmen García; San Roman, José Antonio R. (1999). *Sociología de la Comunicación*. Madrid: Editorial Trotta.
- Martinson, Robert (1974). « What Works? Questions and Answers about Prison Reform. » *The Public Interest*, vol.35, p.22-54.
- Mattox, John Mark (2006). *Saint Augustine and the Theory of Just War*. London: Continuum.
- Mauer, Marc (2006). *Race to Incarcerate*. New York: The New Press.
- Mellon, J. G. (1995). « Rediscovering the just-war tradition », dans B. Carlos Bazán, E. Andújar and L. G. Sbrocchi (sous la direction de), *Les philosophies morales et politiques au Moyen Âge - Moral and Political Philosophies in the Middle Ages*, vol. III, (p. 1698-1709). New York & Ottawa, Legas.
- Michaud, Pierre (1995). « L'administration de la justice et les tribunaux: quelques réflexions sur la perception du public. » Dans J. M. Brisson, D. Greschner (sous la dir.), *Public Perceptions of the Administration of Justice*. Montréal: Éditions Thémis.
- Miller, Dorothy; Rosenthal, Ann; Miller. Don; Ruzek, Sheryl (1971). « Public Knowledge of Criminal Penalties: A Research Report. » Dans S. E. Grupp (sous

- la dir.), *Theories of Punishment*. Bloomington/London: Indiana University Press, p. 205-226.
- Miller, Karen Lee (2007). « Étude sur la déclaration de la victime dans les affaires d'agression sexuelle en Nouvelle Écosse : aperçu des méthodes utilisées et observations préliminaires. » *Juste Recherche*, n.14, p.5-14.
- Ministère de la Justice du Canada (2009a). « Fiche d'information sur la justice réparatrice. » Ottawa : Centre de la politique concernant les victimes. Disponible à : <http://www.justice.gc.ca/fra/pi/cpcv-pcvi/rep-res.html> Accès au 11 août 2010.
- Ministère de la Justice du Canada (2009b). « Organisation de l'appareil judiciaire du Canada. » Ottawa : Ministère de la Justice. Disponible à : <http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/ajc-ccs/page3.html> Accès au 11 août 2010.
- Ministério da Justiça do Brasil (2010). « O Papel da Vítima no Processo Penal. » *Série Pensando o Direito*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos.
- Minkinen, Panu (2006). « 'If Taken in Earnest': Criminal Law Doctrine and the Last Resort. » *The Howard Journal*, vol. 45, n. 5, p.521-536.
- Moeller, Hans-Georg.(2006) *Luhmann explained: from souls to systems*. Chicago: Open Court.
- Montesquieu (1748[1838]). *De l'esprit des lois*. Paris: Chez Firmin Didot Frères.
- Morin, Edgar (1977) *La méthode. La nature de la nature*. Paris: Éditions du Seuil.
- Myers, Laura B. (1996). « Bringing the Offender to Heel. Views of the Criminal Courts. » Dans T. J. Flanagan et D. R. Longmire (sous la dir.), *Americans View Crime and Justice. A National Public Opinion Survey*. Thousand Oaks: Sage Publications.
- Nadanovsky, Paulo (2009). « O aumento no encarceramento e a redução nos homicídios em São Paulo, Brasil, entre 1996 e 2005. » *Cadernos de Saúde Pública*, n.25, vol.8, p.1859-1864.
- Nobles, Richard; Schiff, David (2004). « Introduction », dans N. Luhmann, *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press.
- _____ (2001) « Criminal Justice : Autopoietic Insights. » Dans J.Pribán et D.Nelken, *Law's New Boundaries. The Consequences of Legal Autopoiesis*. Cornwall : Dartmouth Publishing Company, p.197-217.
- Nucci, Guilherme de Souza (2009). *Individualização da Pena*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais.

- Oliveira, Ana Sofia de (1999). « A Vítima e o Direito Penal. Uma Abordagem do Movimento Criminológico e do seu Impacto no Direito Penal. » *Thèse de Maîtrise*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito.
- Page, Ben; Wake, Rhonda; Annes, Ashley (2004). « Findings. Public Confidence in the Criminal Justice System, vol.221. » London: Home Office.
- Palgrave, Francis (1837) *Truths and fictions of the Middle Ages: The merchant and the friar*. London: John W. Parker.
- Paterson, John; Teubner, Gunther (1998). « Changing Maps: Empirical Legal Autopoiesis. » *Social & Legal Studies*, vol.7, n.4, p.451-486.
- Philippopoulos-Mihalopoulos, Andreas (2010). *Niklas Luhmann Law, Justice, Society*. London: Routledge.
- Pires, Alvaro P. (1987). « Deux thèses erronées sur les lettres et les chiffres. » *Cahiers de recherche sociologique*, vol. 5, n.2, p. 85-105.
- _____ (1997a). « De quelques enjeux épistémologiques d'une méthodologie générale pour les sciences sociales. » Dans Poupart et al. (sous la dir.), *La recherche qualitative. Enjeux épistémologiques et méthodologiques*. Boucherville: Gaëtan Morin, p.3-54.
- _____ (1997b). « Échantillonnage et recherche qualitative : essai théorique et méthodologique. » Dans Poupart et al. (sous la dir.), *La recherche qualitative. Enjeux épistémologiques et méthodologiques*. Boucherville: Gaëtan Morin, p.113-169.
- _____ (1998). « La formation de la rationalité pénale moderne au XVIII^e siècle. » Dans C. Debuyst, F. Digneffe et A. Pires (sous la dir.), *Histoire des Savoirs sur le Crime et la Peine, vol.2*. Bruxelles: De Boeck Université.
- _____ (1999) « Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. » *Sociologias*, vol.1, n.1, p.64-95.
- _____ (2001a) « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique. » *Sociologie et Sociétés*, vol.33, n.1, p.179-204.
- _____ (2001b). « La ‘Línea Maginot’ en el Derecho Penal: la Protección contra el Crimen versus la Protección contra el Príncipe. » *Nueva Doctrina Penal, Separata*, p. 71-96.
- _____ (2002a) « La "ligne maginot" en droit criminel: la protection contre le crime versus la protection contre le prince. » Dans R. De Giorgi (sous la dir.) *Il diritto e*

la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta. Lecce: Edizioni Pensa Multimedia.

_____ (2002b). « Codifications et réformes pénales ». Dans L. Mucchielli et P. Robert (sous la dir.) *Crime et sécurité. L'état des savoirs.* Paris, Éditions la Découverte, p. 84-92.

_____ (2004a) « La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes sociaux? » dans D. Kaminski et M. Kokoreff (sous la dir.) *Sociologie pénale: système et expérience.* Ramonville Sainte-Agne: Éditions Érès.

_____ (2004b) « A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos na modernidade tardia. » *Novos Estudos CEBRAP*, n.68, p.39-60.

_____ (2005). « Direito Penal e Orientação Punitiva: um Problema Só Externo ao Direito? » Dans: M.L.Karam (sous la dir.), *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris.

_____ (2006) « Tomber dans un piège? Responsabilisation et justice des mineurs. » dans F. Digneffe et T. Moreau (sous la dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale.* Bruxelles: Larcier, p.217-241.

_____ (2007) « Une 'utopie juridique' et politique pour le droit criminel moderne? » *Criminologie*, vol.40, n.2, p.9-18.

_____ (2008a) « Introduction aux théories de la peine. » *Document de travail.* Ottawa: Chaire de Recherche du Canada en Traditions Juridiques et Rationalité Pénale.

_____ (2008b) « Programme de recherche de la Chaire de recherche du Canada en Traditions juridiques et rationalité pénale. » Ottawa: Chaire de Recherche du Canada en Traditions Juridiques et Rationalité Pénale.

_____ (2012) « Les peines radicales : Construction et « invisibilisation » d'un paradoxe » Introduction du livre de I.Mereu, *La mort comme peine. Essai sur la violence légale.* Bruxelles : Larcier, à paraître.

Pires, Alvaro P.; Acosta, Fernando (1994). « Les mouches et la bouteille à mouches: utilitarisme et rétributivisme classiques devant la question pénale. » *Carrefour*, vol.XVI, p.8-39.

Pires, Alvaro P.; Cauchie, Jean-François (2007). « Un cas d'innovation "accidentelle" en matière de peines: une loi brésilienne sur les drogues. » *Champ Pénal, Séminaire* mis en ligne le 28 septembre 2007. URL : <http://champpenal.revues.org/document1541.html>. Consulté le 3 août 2009.

Pires, Alvaro P.; Garcia, Margarida (2007) « Les relations entre les systèmes d'idées : droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort. » Dans

- Y.Cartuyvels, H.Dumont, F.Ost, M. van de Kerchove, S. Van Drooghenbroek (sous la dir.), *Les Droits de l'Homme, Bouclier ou Épée du Droit Pénal?* Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis.
- Poncelat, Pierrette (2001). *Droit de la Peine*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Possas, Mariana (2009) « Système d'idées et création de lois criminelles: le cas de la loi contre la torture au Brésil. » *Thèse de Doctorat*. Ottawa : Département de Criminologie de l'Université d'Ottawa.
- Pratt, John (2007). *Penal Populism*. New York: Routledge.
- _____ (2008). « Penal scandal in New Zealand. » Dans A. Freiberg et K. Gelb (sous la dir.), *Penal populism, sentencing councils and sentencing policy*. Annandale: Hawking Press, p. 31-44.
- Pratt, John; Clark, Marie (2005). « Penal Populism in New Zealand. » *Punishment and Society*, vol.7, n.3, p.303-322.
- Primoratz, Igor (1989). « Punishment as Language. » *Philosophy*, vol.64, p. 187-205.
- Ricoeur, Paul (1995). *Le Juste*. Paris : Éditions Esprit.
- Robert, Philippe; Faugeron, Claude (1978). *La justice et son public: les représentations sociales du système pénal*. Genève: Médecine et Hygiène.
- Quivy, Raymond; Van Campenhoudt, Luc (1995). *Manuel de recherche en sciences sociales*. Paris : Dunod.
- Roberts, Julian V. (1988a). « L'opinion publique et la détermination de la sentence: les sondages de la commission canadienne sur la détermination de la peine. » *Rapports de recherche de la Commission canadienne sur la détermination de la peine*. Ottawa.
- _____ (1988b). « La détermination de la peine dans les médias: une analyse du contenu des journaux de langue anglaise au Canada. » *Rapports de recherche de la Commission canadienne sur la détermination de la peine*. Ottawa.
- _____ (1988c). « La recherche sur la détermination de la peine. » *Rapports de recherche de la Commission canadienne sur la détermination de la peine*. Ottawa.
- _____ (1996). « Public Opinion, Criminal Record, and the Sentencing Process. » *American Behavioral Scientist*, vol. 39, n.4, p.488-499.
- _____ (1997). « American Attitudes about Punishment: Myth and Reality. » Dans M. Tonry et K. Hatlestad (sous la dir.), *Sentencing Reform in Overcrowded Times*. Oxford: Oxford University Press, p. 250-255.

- _____ (2002a). « Public opinion and sentencing policy. » Dans S. Rex et M. Tonry, *Reform and Punishment: The Future of Sentencing*. Portland: William Publishing.
- _____ (2002b). « Victim impact statements and the sentencing process: recent developments and research findings. » *Criminal Law Quarterly*, vol.47, p.365-396.
- _____ (2004). « Public Confidence in Criminal Justice: a Review of Recent Trends. » Ottawa: Public Safety and Emergency Preparedness Canada.
- _____ (2008a). *Punishing persistent offenders: exploring community and offender perspectives*. Oxford: Oxford University Press.
- _____ (2008b). « Sentencing policy and practice: the evolving role of public opinion. » Dans A. Freiberg et K. Gelb (sous la dir.), *Penal populism, sentencing councils and sentencing policy*. Annandale: Hawking Press, p.15-30.
- Roberts, Julian V.; Crutcher, Nicole; Verbrugge, Paul (2007). « Public attitudes to sentencing in Canada: exploring recent findings. » *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, vol. 49, n.1, p.75-107.
- Roberts, Julian V.; Doob, Anthony N. (1989). « Sentencing and public opinion: taking false shadows for true substances. » *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 27, p.491-516.
- Roberts, Julian V.; Doob, Anthony N.; Marinos, Voula (1999). « Judicial attitudes to conditional terms of imprisonment: results of a national survey. » *Report to the Department of Justice Canada*. Toronto: Department of Justice Canada.
- Roberts, Julian V.; Hough, Michael J. (2001). « Public opinion, sentencing and parole: international trends. » Dans R. Roesch, R. R. Corrado et R. Dempster (sous la dir.), *Psychology in the Courts*. London and New York: Routledge.
- Roberts, Julian V.; Stalans, Loretta J. (1998). « Crime, Criminal Justice, and Public Opinion. » Dans M. Tonry (sous la dir.), *The handbook of crime and punishment*. Oxford: Oxford University Press.
- Roberts, Julian V.; Stalans, Loretta J.; Indermaur, David; Hough, Mike (2003). *Penal populism and public opinion. Lessons from five countries*. Oxford: Oxford University Press.
- Roberts, Lynne D.; Indermaur, David. (2007). « Predicting punitive attitudes in Australia. » *Psychiatry, Psychology and Law*, vol. 14, n.1, p.56-65.
- Rossi, Pellegrino (1843). *Traité de Droit Pénal*. Bruxelles : Société Typographique Belge.

- Rossi, Peter H.; Berk, Richard A. (1997). *Just Punishments. Federal Guidelines and Public Views Compared*. New York: Aldine de Gruyter.
- Rossi, Peter H.; Berk, Richard A.; Campbell, Alec (1997). « Just Punishments: Guideline Sentences and Normative Consensus. » *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 13, n.3, p.267-290.
- Salas, Denis (2005). *La Volonté de Punir : Essai sur le Populisme Pénal*. Paris : Hachette.
- Savoie-Zajc, Lorraine (1996). « Triangulation (technique de validation par). » dans A. Mucchielli (sous la dir.), *Dictionnaire des méthodes qualitatives en sciences humaines et sociales*. Paris: Masson & Armand Colin. Pp. 261-262
- Schuch, Patrice (2008). « Tecnologias da não-violência e modernização da justiça no Brasil. O caso da justiça restaurativa. » *Civitas*, vol.8, n.3, p.498-520.
- Sebba, Leslie (1996). *Third Parties*. Columbus : Ohio University Press.
- Service Correctionnel du Canada (2004). « Comparaison des tendances en matière de criminalité et d'incarcération aux États-Unis, en Angleterre et au Canada de 1981 à 2001. » *Rapport de Recherche*. Ottawa : Service Correctionnel du Canada.
- Scheingold, Stuart A.(1991) *The Politics of Street Crime. Criminal Process and Cultural Obsession*. Philadelphia: Temple University Press.
- Smaus, Gerlinda (1983). « Les recherches KOL au service de la légitimation du droit pénal. » *Déviance et Société*, vol. 7, n.2, p.131-152.
- Sparks, Richard (1992). *Television and the Drama of Crime. Moral Tales and the Place of Crime in Public Life*. Buckingham: Open University Press.
- Surette, Ray (1998). *Media, Crime and Criminal Justice. Images and Realities*. Belmont: Wadsworth Publishing Company.
- Taylor, D. Garth; Scheppele, Kim Lane; Stinchcombe, Arthur L. (1979). « Saliency of Crime and Support for Harsher Criminal Sanctions. » *Social Problems*, vol. 26, n.4, p.413-424.
- Teubner, Gunther (1994). *Droit et Réflexivité : une perspective comparative sur des modèles d'évolution juridique*. Paris : LGDJ.
- Thomas, Charles W.; Cage, Robin J.; Foster, Samuel C. (1976). « Public Opinion on Criminal Law and Legal Sanctions: an Examination of Two Conceptual Models. » *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol.67, p.110-116.

- Tomaino, John.(1997) « Guess who's coming to dinner? A preliminary model for the satisfaction of public opinion as a legitimate aim in sentencing. » *Crime, Law and Social Change*, vol. 27, n.2, p.109-119.
- Tosi, Renzo (1991). *Dicionário de Sentenças Latinas e Gregas*. São Paulo: Martins Fontes.
- Tremblay, Pierre; Cordeau, Gilbert; Ouimet, Marc (1994). « Underpunishing offenders: towards a theory of legal tolerance. » *Canadian Journal of Criminology* October, vol. 36, p.407-434.
- Van De Kerchove, Michel (1981). « Culpabilité et dangerosité. Réflexions sur la clôture des théories relatives à la criminalité. » Dans C. Debuyst et F. Tulkens (sous la dir.), *Dangerosité et Justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*. Genève : Masson, Médecine et Hygiène, p. 291-309.
- Von Glasersfeld, Ernst (1995). *Radical Constructivism. A Way of Knowing and Learning*. London: Routledge.
- _____ (1991). « *The Construction of Knowledge* ». Version révisée de la présentation dans le International Interdisciplinary Encounter *New Paradigms, Culture, and Subjectivity*. Fundacion Interfas, Buenos Aires. Disponible à <http://www.vonglasersfeld.com/169.4>. Accès le 25 août 2011.
- _____ (1988). « Introduction à un constructivisme radical. » Dans P. Watzlawick (sous la dir.), *L'invention de la réalité. Contributions au constructivisme*. Paris : Éditions du Seuil.
- Velloso, Joao (2006). « Sobre o tratamento jurídico dado ao trabalho escravo: o movimento de descriminalização. » *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n.59 , p. 90-127.
- Verneuil, Danièle (1980). *L'image de la justice criminelle dans la société. Fonctions et processus du système pénal*. Paris: S.E.P.C.
- Von Hirsch, Andrew; Ashworth, Andrew; Roberts, Julian (2009). *Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy*. Oxford and Portland: Hart Publishing.
- Wacquant, Loïc (2001). *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- Walker, John; Mark, Collins; Wilson, Paul (1988a) « How the public sees sentencing : an Australian survey. » Dans N. Walker et M. Hough (sous la dir.), *Public Attitudes to Sentencing. Surveys from Five Countries*. Aldershot: Gower Publishing Company.

- Walker, Nigel; Hough, Mike; Lewis, Helen (1988b). « Tolerance of leniency and severity in England and Wales. » Dans N. Walker et M. Hough (sous la dir.), *Public Attitudes to Sentencing. Surveys from Five Countries*. Aldershot: Gower Publishing Company.
- Walker, Nigel; Marsh, Catherine (1988). « Does the severity of sentences affect public disapproval? An experiment in England. » Dans N. Walker et M. Hough (sous la dir.), *Public Attitudes to Sentencing. Surveys from Five Countries*. Aldershot: Gower Publishing Company.
- Walklate, Sandra (2007). *Imagining the Victim of Crime*. New York: Open University Press.
- Weitekamp, Elmar (1991). « Recent Developments on Restitution and Victim-Offender Reconciliation in the USA and Canada: An Assessment. » Dans G.Kaiser, H.Kury and H.-J. Albrecht (sous la dir.), *Victims and Criminal Justice. Legal Protection, Restitution and Support*. Freiburg : Max Planck Institute for Foreign and International Penal Law.
- Whichcote, Benjamin (1751). *The Works of Benjamin Whichcote, vol.IV*. Aberdeen: J.Chalmers.
- Wilkins, Leslie T. (1984). *Consumerist Criminology*. London: Barnes & Noble Books.
- Xavier, José Roberto (2005). « L'opinion publique au sein du système pénal: l'affaire James Bulger. » *Thèse de Maîtrise*. Ottawa : Département de Criminologie de l'Université d'Ottawa.
- _____ (2008) « Les rapports entre l'opinion publique et la détermination de la peine du point de vue de la science. » *Document non publié*. Ottawa: Université d'Ottawa.
- _____ (2010) « O sistema de direito criminal e a racionalidade penal moderna: ilustrações empíricas de dificuldades cognitivas em matéria de penas. » *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n.84, p.271 - 311.
- Young, Alan N. (2001). "The Role of the Victim in the Criminal Process: a Literature Review – 1989 – 1999." *Victims of Crime Research Series*. Ottawa: Department of Justice, Research and Statistics Division.
- Zimring, Franklin; Hawkins, Gordon (1995). *Incapacitation. Penal Confinement and the Restraint of Crime*. Oxford: Oxford University Press.
- Zimring, Franklin E.; Johnson, David T. (2006). « Public Opinion and the Governance of Punishment in Democratic Political Systems. » *Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, vol. 605, p.266-280.

ANNEXES

ANNEXE 1: GUIDE DE L'ENTREVUE

1. ENTREVUE AVEC LES JUGES

Consigne de départ :

J'aimerais bien que vous me parliez un peu des facteurs qui sont pris en considération dans une décision pénale. C'est-à-dire que j'aimerais savoir quels sont, au moment de la sentence, les critères, les considérations générales, les raisonnements qui sont pris en considération pour l'application d'une peine.

Thèmes:

- questions dogmatiques
 - o approfondir la conception du juge dans l'usage des critères « strictement techniques »
 - o investiguer l'importance des aggravantes et des atténuantes
 - o approfondir la question des limites de la peine (surtout les peines minimales)
 - o investiguer l'entrée du public à partir d'éventuelles constructions dogmatiques
 - o investiguer les traits des théories de la peine dans les constructions dogmatiques

- théories de la peine
 - o conceptions du juge des théories de la peine

- rôle de la dissuasion et de la rétribution dans l'application de la peine
 - rôle de la réhabilitation dans l'application ou dans l'exécution de la peine
 - est-ce qu'il connaît la dénonciation? A-t-elle un rôle quelconque?
 - question de la neutralisation de l'individu
 - d'autres justifications pour la peine
- droits de l'accusé
 - conception de l'accusé
 - rôle de l'accusé dans le système de droit criminel
 - obligation d'imposition d'une peine
 - contrainte de la peine minimale
- victimes
 - rôle des victimes dans le système de droit criminel
 - a-t-il changé dernièrement? Est-ce qu'il y a une présence ou une visibilité plus grande des victimes?
 - intégration des victimes non punitives
 - possibilité d'utilisation de mécanismes identifiés avec la justice réparatrice
- public, opinion publique et médias
 - conception du public et de l'opinion publique
 - rôle qu'ils peuvent jouer au sein du SDC (au-delà des rôles traditionnels)
 - implications pour le SDC d'une plus grande participation du public et de l'opinion publique : une justice « plus démocratique »? Plus « punitive »? Les deux?
 - conception du rôle des médias (autant par rapport à leur façon de diffuser les nouvelles pénales qu'à leur impact sur l'activité du SDC)
 - perception des demandes du public, de l'opinion publique et des médias? Toujours une demande de plus de sévérité?

- interroger à propos d'autres éléments pris en considération pour la détermination de la peine

2. ENTREVUE AVEC LES PROCUREURS

Consigne de départ :

Comment voyez-vous votre rôle dans la justice pénale en ce qui a trait à l'accusé, à la victime, aux institutions de la justice et à l'opinion publique?

Thèmes:

- l'accusé
 - o conception de l'accusé
 - o droits de l'accusé comme obstacle à la justice?
- victimes
 - o quel est le rôle des victimes dans le SDC?
 - o est-ce que ce rôle a subi des transformations dans les dernières années (plus grande présence)?
 - o intégration des victimes non punitives
 - o possibilité d'utilisation de mécanismes identifiés avec la justice réparatrice
- le SDC
 - o en ce moment, poser la question : dans certains pays, le Ministère public a le pouvoir de ne pas intenter une poursuite dans le cas où il considère que

la procédure pénale et la condamnation n'ont rien à apporter de positif à la société. Comment voyez-vous cette option des procureurs de ne pas intenter une poursuite pénale quand ils considèrent la procédure et la peine inutiles?

- explorer le thème de l'obligation de punir
 - explorer le besoin d'une peine minimale (et les possibilités de sortir de son cadre)
 - explorer le thème de la récidive et la vision de la peine comme nécessaire dans ce cas
 - questions dogmatiques qui sont prises en considération pour enclencher une poursuite pénale
- public, opinion publique et médias
- conception du public et de l'opinion publique
 - possible rôle du public et de l'opinion publique dans le SDC
 - conséquences pour le système d'une plus grande participation éventuelle du public et de l'opinion publique : une justice « plus démocratique »? Plus « punitive »? Les deux?
 - conception de la médiatisation des décisions juridiques et de l'activité du procureur
 - perception d'une possible « pression » externe de la part de l'opinion publique/public/médias
 - rôle du procureur à l'égard du public
 - usage des médias pour favoriser la persécution pénale
- théories de la peine
- conceptions du procureur des théories de la peine
 - rôle de la dissuasion et de la rétribution dans l'application de la peine
 - rôle de la réhabilitation dans l'application ou dans l'exécution de la peine
 - est-ce qu'il connaît la dénonciation? A-t-elle un rôle quelconque?
 - question de la neutralisation de l'individu
 - d'autres justifications pour la peine

- question de la perception du MP
 - comment le procureur se positionne-t-il par rapport au système politique et au système de droit criminel?

ANNEXE 2: TEXTE DE RECRUTEMENT DES INTERVIEWÉS

TEXTE DE RECRUTEMENT DES PARTICIPANTS

[par courriel ou par téléphone]

Projet de recherche : invitation à la participation

**Opinion publique et rationalité pénale à l'aube du XXI^e
siècle**

Chercheur (doctorant) :

[Redacted text]

Co-chercheur (directeur de thèse) :

[Redacted text]

Invitation. Compte tenu de vos connaissances en droit pénal, de votre intérêt pour la réflexion et de votre expérience professionnelle, nous aimerions vous inviter à participer à la recherche *Opinion publique et rationalité pénale à l'aube du XXI^e siècle*. Cette entrevue se développe dans le cadre d'une recherche qui vise à l'obtention d'un doctorat auprès du Département de Criminologie de l'Université d'Ottawa, et fait partie du

programme de recherche de la Chaire de recherche du Canada en Traditions juridiques et rationalité pénale. Elle est financée par la fondation CAPES (ministère de l'Éducation du Brésil) et par la Faculté d'Études Supérieures de l'Université d'Ottawa.

Objectif du projet de recherche. Cette recherche vise à comprendre le processus de détermination de la peine dans le système de droit criminel, en mettant l'accent sur des facteurs extra juridiques qui entrent en ligne de compte dans cette activité. On s'intéresse surtout au problème posé par l'opinion publique pour les opérateurs du système pénale lorsqu'elle veut se faire entendre dans ce processus décisionnel. Ce projet s'inscrit dans le cadre des recherches du Laboratoire de recherche sur la rationalité pénale et les traditions juridiques, qui dans son ensemble vise, entre autres choses, à stimuler une nouvelle manière de penser le droit criminel, cherchant surtout des pistes qui nous aident à sortir de la logique punitive de la rationalité pénale moderne.

Participation volontaire. Votre collaboration au projet consistera à nous accorder une entrevue d'un maximum de 2 heures (mais que habituellement prend environ 1h30) sur le thème de la détermination de la peine. Si vous acceptez, nous aimerions pouvoir enregistrer l'entrevue, car ceci facilitera énormément notre travail et augmentera sa précision. Bien entendu, vous pouvez demander en tout temps d'interrompre ou de suspendre l'enregistrement. Cependant, si vous voyez des inconvénients, nous acceptons aussi de faire l'entrevue sans enregistrement (seulement par prise de notes). Le plus important pour nous est de pouvoir compter sur votre participation à ce projet.

Confidentialité et anonymat. Le contenu des réflexions que vous partagerez avec nous restera strictement anonyme et confidentiel. L'anonymat est garanti car votre nom ou toute autre information permettant de vous identifier ne seront ni mentionnés oralement ni cités dans des publications ou rapports. Les données recueillies ne seront utilisées que pour fins de recherche ou d'enseignement universitaire, mais toujours dans le respect de la confidentialité et de l'anonymat. Seules les deux chercheurs travaillant directement dans ce projet de recherche auront accès aux noms des participants. Chaque entrevue se verra attribuer un nom fictif et les extraits d'entrevue cités ou mentionnés ne seront identifiés que par ce nom fictif et par la profession du participant (juge ou procureur). Bref, aucune citation ou mention pouvant conduire à l'identification du participant ne sera faite. Vos idées seules seront présentées et discutées.

Avantages. En participant à cette recherche, vous allez contribuer au développement des connaissances sur les enjeux autour de la détermination de la peine et sur les difficultés

auxquelles les opérateurs du système pénal font face quand ils se déparent à des demandes punitives externes. Vous contribuerez 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.

Risques. Aucun risque particulier n'est envisagé puisque les informations demandées portent sur le plan des idées professionnelles ou sur la description des problèmes posés par des différents enjeux sur la peine. En outre, comme vous le savez, vous pouvez vous désister en tout temps de la poursuite de l'entrevue et/ou nous demander de ne pas utiliser vos réflexions.

Autres informations. Pour tout renseignement additionnel concernant cette étude, vous pouvez communiquer avec [REDACTED].

ANNEXE 3: FORMULAIRE DE CONSENTEMENT

FORMULAIRE DE CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ

Responsables de la recherche :

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Ce projet de recherche traite de la problématique de la détermination de la peine criminelle et les facteurs juridiques et extra-juridiques qui y jouent un rôle pour les juges et procureurs. Notre but est de comprendre davantage comment des éléments externes au système juridique – et on pense au public comme un de ces éléments importants – peuvent agir au moment de l’infliction des peines, entrant en rapport avec la rationalité qui gouverne cette activité de la justice pénale.

Votre participation est volontaire et consiste à répondre à des questions sur votre expérience comme juge (ou procureur) et sur des idées au plan de la théorie et de la pratique du droit. Vous pouvez vous retirer ou refuser de participer à l’entrevue en tout temps. Vous pouvez refuser de répondre à n’importe quelle question pendant l’entrevue reliée à cette étude. De plus, si vous êtes contrarié durant l’entrevue, vous ou

l'intervieweur pourrez l'arrêter en tout temps. L'entrevue ne durera pas plus que 2 heures. Aucun risque n'est entraîné par la participation dans cette recherche.

Une copie de l'entrevue vous sera envoyée et si vous voulez, vous pourrez faire des corrections, des commentaires supplémentaires ou des suppressions dans les informations.

Pour ce qui est de l'utilisation des données de cette entrevue, soyez informé que :

- *les renseignements obtenus lors de cette enquête sont **confidentiels** et **anonymes**,*

- *qu'ils ne seront connus que des responsables ci-dessus indiqués,*

- *que votre nom sera remplacé par un nom fictif et que le contenu de cette entrevue ne sera pas utilisé séparément, mais en conjonction avec tout le corpus d'entrevues;*

- *que des éventuels extraits qui puissent être cités dans la thèse ou des éventuelles publications ne vont pas contenir des éléments qui puisse révéler votre identité.*

Pour de plus amples informations à propos des principes éthiques qui guident cette recherche ou pour des plaintes éventuelles, vous pouvez contacter le responsable de la déontologie en recherche de l'Université d'Ottawa.

Bureau d'éthique en recherche



Si vous décidez de participer à ce projet de recherche, une copie de ce document vous sera remise. En signant ci-dessous, vous déclarez être d'accord avec les termes de cette entrevue.

Signature du participant

Date

Signature de l'intervieweur

Date

Aimeriez-vous recevoir une copie de la thèse ou de toute autre publication de l'intervieweur qui résulte du corpus de données duquel votre entrevue fait partie?

oui

non

ANNEXE 4: PROFIL DES INTERVIEWÉS

procureurs	19
juges	23
cour de l'état	29
cour fédérale	13
hommes	30
femmes	12
première instance	36
cours d'appel	6
nombre d'années en fonction	De 2.5 à 33 ans; moyenne de 14 ans; médiane de 12 ans