

**La réforme pénale de 1984 au Brésil :**  
**Pourquoi est-il si difficile de réduire le recours à**  
**l’incarcération?**

Mariana Mendonça Raupp

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

## RÉSUMÉ

Cette thèse s'interroge sur les possibilités et les difficultés de reconstruire le droit criminel moderne et a comme point d'observation empirique les travaux d'une Commission brésilienne de juristes qui élaborera une proposition législative restée connue comme étant « la réforme pénale de 1984 ». Cette Commission, active entre 1980 et 1983, avait comme but d'étudier et de proposer des changements à la législation criminelle brésilienne en visant surtout la réduction du recours à la prison et la création de peines non carcérales. La thèse montre comment cette réforme, conçue par une Commission de juristes libéraux et progressistes, ne réussit pas à transformer une critique de la prison en changements législatifs innovateurs. À partir de la problématique de la (non) évolution du droit criminel moderne, formulée par la théorie de la rationalité pénale moderne d'Alvaro Pires, cette étude privilégie l'observation des propositions législatives de ladite réforme concernant la détermination de la peine et les normes de sanctions ainsi que les discours sous-jacents. Nous démontrons dans notre recherche comment ces derniers ne jouèrent pas seulement le rôle de discours légitimant des propositions, mais ils devinrent des « ressources cognitives » pour la mise en forme de ces propositions. Autrement dit, sans référence à ces discours, les propositions auraient pu être conçues autrement. Ainsi, la thèse identifie les obstacles cognitifs qui empêchèrent la réforme d'accomplir ses deux objectifs principaux. Le matériel empirique est composé majoritairement de documents et de quelques entretiens. Les documents comprennent les textes de réflexion sur les propositions de réforme élaborées par la Commission et les textes de propositions législatives. Nous avons également interviewé les juristes membres de la Commission de la réforme de 1984, lorsque c'était encore possible, de même que certains juristes qui suivaient à l'époque les travaux de la Commission et qui nous ont servi de personnes-ressources pour la composition de notre matériel empirique. L'analyse de ce matériel fait ressortir que les peines et les mesures non carcérales proposées pour réduire le recours à la prison furent construites à partir des théories de la peine du noyau dur de la rationalité pénale moderne (la rétribution, la dissuasion et la dénonciation), ce qui réduisit la portée des propositions quant aux objectifs de la Commission. Nous mettons également en relief l'énorme poids du rétributivisme dans la culture pénaliste brésilienne. De plus, cette étude éclaire la configuration que la théorie de la réhabilitation prit dans la législation criminelle brésilienne en montrant le rôle mineur qu'elle joua dans la réforme de 1984. Accueillie surtout par la voie des mesures de sûreté, du concept de dangerosité, de la discussion sur le déterminisme social ou biologique, de l'image du transgresseur comme anormal et du rôle de l'expertise dans le droit criminel, la réhabilitation ne fut pas vue par les réformateurs comme étant liée à une pratique dans la détermination de la peine pour réduire le recours à la prison; ils ne la virent pas non plus comme une affaire du droit criminel. La réhabilitation fut ainsi déplacée dans l'espace (du tribunal vers la prison) et dans le temps (de l'avant à l'après de la détermination de la peine), ce qui augmenta les chances de la prison de continuer à occuper la même place centrale et hégémonique dans la législation criminelle brésilienne.

# TABLE DES MATIÈRES

|  |             |
|--|-------------|
| <b>RÉSUMÉ.....</b>   | <b>ii</b>   |
| <b>LISTE DES TABLEAUX.....</b>   | <b>vii</b>  |
| <b>LISTE DES FIGURES .....</b>   | <b>vii</b>  |
| <b>REMERCIEMENTS .....</b>   | <b>viii</b> |
| <b>INTRODUCTION.....</b>   | <b>1</b>    |
| <b>CHAPITRE 1</b>  |             |
| <b>Les enjeux cognitifs de l'évolution du droit criminel moderne: la théorie de la rationalité pénale moderne.....</b> | <b>11</b>   |
| 1. La théorie de la rationalité pénale moderne : sa problématique, sa portée et ses limites..                          | 15          |
| 2. Le champ nucléaire pour l'évolution du droit criminel.....  | 20          |
| 3. Les théories de la peine .....  | 28          |
| 3.1. La théorie de la rétribution.....   | 36          |
| 3.2. La théorie de la dissuasion .....   | 43          |
| 3.3. La théorie de la dénonciation .....   | 47          |
| 3.4. La théorie de la réhabilitation .....   | 50          |
| 3.4.1. Le médium réhabilitation et ses formes.....   | 52          |
| 3.4.2. La théorie de la réhabilitation « prémoderne » .....  | 57          |
| 3.4.3. La théorie de la réhabilitation de la première modernité ou la réhabilitation carcérale .....                   | 58          |
| 3.4.3.1. La réhabilitation carcérale avant l'École positive italienne .....  | 61          |
| 3.4.3.2. L'École positive italienne et la théorie de la réhabilitation carcérale .....                                 | 68          |
| 3.4.4. La théorie de la deuxième modernité ou la réhabilitation relationnelle.....                                     | 71          |
| 4. Un système d'idées formé par les théories modernes de la peine : la rationalité pénale moderne.....                 | 78          |

|   |    |
|---|----|
| 5. L'affirmation de l'identité et la construction de la différence : la frontière substantialisée du droit criminel moderne ..... | 83 |
| 6. Remarques conclusives .....  | 85 |

## **CHAPITRE 2**

|  |           |
|--|-----------|
| <b>La méthodologie de la recherche .....</b> | <b>91</b> |
| 1. Prémisses épistémologiques .....          | 91        |
| 2. Constitution du corpus empirique .....    | 97        |
| 2.1. Les documents .....                     | 98        |
| 2.2. Les entrevues .....                     | 106       |
| 3. Analyse du corpus empirique.....          | 111       |

## **CHAPITRE 3**

|  |            |
|--|------------|
| <b>La Commission de juristes de 1980 : son contexte et ses caractéristiques .....</b>  | <b>119</b> |
| 1. Les commissions de réforme et la possibilité du renouveau : la Commission de juristes de 1980 au Brésil .....                               | 119        |
| 2. Les particularités du modèle brésilien des commissions de réforme .....   | 122        |
| 3. Le contexte historico-cognitif de la Commission de 1980 : l'historicité des débats précédents.....  | 129        |
| 3.1. Le débat entre les « écoles » dans les années 1960.....   | 130        |
| 3.2. Le débat dans les années 1970: le « système pénitentiaire » en question et les problèmes de la « criminalité » et de la « violence »..... | 139        |
| 4. Les problèmes de réforme identifiés par la Commission de juristes de 1980.....  | 144        |

## **CHAPITRE 4**

|  |            |
|--|------------|
| <b>Les propositions de réforme et leurs fondements.....</b>  | <b>148</b> |
| 1. Portrait du Code criminel brésilien au début des travaux de la Commission de 1980....                                       | 151        |
| 2. Les propositions de réforme de la Commission de 1980 .....  | 160        |
| 2.1. La création des peines non carcérales et du mécanisme de substitution à la prison   | 162        |
| 2.1.1. Le maintien de la conception de la détermination de la peine comme un calcul et du juge comme un « mathématicien »..... | 166        |

|   |     |
|---|-----|
| 2.1.2. Les conditions pour remplacer la peine de prison par une peine restrictive de droits : la portée réduite des peines non carcérales dans la réforme ..... | 169 |
| 2.1.3. La conception de la peine adoptée et valorisée par les réformateurs.....   | 172 |
| 2.1.3.1. Sur la distinction réclusion/détention .....   | 173 |
| 2.1.3.2. Les justifications pour appuyer les peines restrictives de droits .  | 175 |
| 2.1.4. La réception des peines non carcérales par l'environnement juridique de la Commission .....  | 184 |
| 2.1.5. Sur le concept dominant de punition en Occident .....  | 188 |
| 2.2. Les obstacles à un usage plus large de l'amende dans la réforme .....  | 198 |
| 2.2.1. Le cas de l'amende de réparation .....   | 210 |
| 2.2.2. La réparation comme norme de réduction de la peine .....   | 213 |
| 2.3. La place du sursis dans la réforme .....   | 216 |
| 3. La manière de penser la récidive dans la réforme de 1984 .....   | 223 |
| 4. L'hypothèse impensable de la réforme : l'abolition de la peine minimale .....  | 227 |

## **CHAPITRE 5**

### **Le destin de la théorie de la réhabilitation dans la réforme pénale de 1984.....236**

|  |     |
|--|-----|
| 1. La place et la forme de la réhabilitation dans les tentatives de réforme du Code pénal de 1940.....   | 240 |
| 1.1. L'exclusion de la théorie de la réhabilitation de la pratique judiciaire .....                      | 256 |
| 2. La représentation du projet de réhabilitation chez les réformateurs de 1984 .....                     | 262 |
| 2.1. La réhabilitation et la manipulation des consciences.....   | 265 |
| 2.2. La réhabilitation et le totalitarisme .....   | 268 |
| 2.3. La réhabilitation et la dangerosité.....  | 269 |
| 2.4. La réhabilitation et les « peines indéterminées » .....   | 272 |
| 2.4.1. Le médium « peine indéterminée ».....   | 273 |
| 2.4.2. Les pratiques des peines indéterminées et de «flexibilisation» du temps de prison au Brésil ..... | 279 |
| 3. La place de la théorie de la réhabilitation dans les propositions de réforme de 1984.....             | 282 |
| 3.1. Le juge d'exécution de la peine : les limites de son pouvoir décisionnel.....                       | 286 |
| 3.1.1. La libération conditionnelle .....  | 287 |

|  |            |
|--|------------|
| 3.1.2. La progression du régime de prison..... | 289        |
| <b>CONCLUSION.....</b>                         | <b>297</b> |
| <b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>                      | <b>309</b> |
| <b>ANNEXE 1.....</b>                           | <b>329</b> |
| <b>ANNEXE 2.....</b>                           | <b>331</b> |
| <b>ANNEXE 3.....</b>                           | <b>335</b> |

## LISTE DES TABLEAUX

|   |     |
|---|-----|
| Tableau 3.1. Le profil des membres de la Commission de 1980 .....                                       | 124 |
| Tableau 3.2. Les caractéristiques des commissions de réforme du droit criminel .....                    | 129 |
| Tableau 4.1. Les peines prévues dans le Code criminel .....   | 153 |
| Tableau 4.2. Les peines minimales dans le Code criminel .....   | 155 |
| Tableau 4.3. Les conditions d'application des peines restrictives de droits .....                       | 170 |
| Tableau 4.4. Le regret postérieur dans la réforme .....   | 214 |
| Tableau 4.5. Les peines et mesures substitutives pour éviter la prison dans la réforme<br>de 1984 ..... | 221 |
| Tableau 5.1. La réhabilitation dans l'exécution de la peine avant la réforme de 1984 ...                | 258 |
| Tableau 5.2. «Moyens» x «Buts» et leur temporalité .....  | 263 |
| Tableau 5.3. Représentations du droit criminel .....  | 271 |
| Tableau 5.4. Usages de l'expression «peines indéterminées» .....  | 278 |
| Tableau 5.5. La peine indéterminée et la mesure de sûreté au Brésil avant la réforme<br>de 1984 .....   | 281 |
| Tableau 5.6. Types et conditions d'application des régimes initiaux de prison .....                     | 291 |

## LISTE DES FIGURES

|  |     |
|--|-----|
| Figure 1.1. Cartographie de la structure des normes du droit criminel et de ses champs .                           | 24  |
| Figure 1.2. Structure des énoncés d'une théorie de la peine .....  | 35  |
| Figure 1.3. La théorie rétributiviste de la peine .....  | 43  |
| Figure 1.4. La théorie de la dissuasion .....  | 47  |
| Figure 1.5. La théorie de la dénonciation .....  | 50  |
| Figure 1.6. La théorie de la réhabilitation carcérale .....  | 70  |
| Figure 1.7. La théorie virtuelle de la réhabilitation relationnelle (ou de la deuxième<br>modernité) .....         | 78  |
| Figure 3.1. La « double voie » .....   | 135 |
| Figure 3.2. Mesure de sûreté pour les individus pénalement responsables .....                                      | 137 |
| Figure 4.1. Les transformations dans la représentation de la sévérité et dans la<br>hiérarchie des sanctions ..... | 181 |

## REMERCIEMENTS

À la Fondation CAPES (Ministère de l'Éducation, Brésil), à l'Université d'Ottawa et à la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale pour le soutien financier sans lequel la réalisation de cette thèse n'aurait pas été possible. À mes directeurs de thèse, les professeurs Alvaro Pires et Richard Dubé, pour leur soutien intellectuel, leur enseignement, leur partage, leur générosité et leur disponibilité. À Gérard Pelletier pour l'orientation relative au traitement des documents, pour la révision linguistique de la thèse et pour son énorme générosité. Au Département de Criminologie de l'Université d'Ottawa pour l'accueil et pour l'environnement stimulant. Aux professeurs Daniel dos Santos et André Cellard pour la lecture, les suggestions et les discussions du projet de recherche et des premiers brouillons d'analyse. Au professeur Fernando Acosta pour son aide dans le traitement de mon matériel empirique. À la professeure Maíra Machado (École de droit, FGV/SP, Brésil) pour toute son aide dans le travail de terrain et pour les discussions et les suggestions de lecture lors de la rédaction du projet de thèse et de l'analyse. À M. Miguel Reale Junior, M. Renê Ariel Dotti, M. Jair Leonardo Lopes, M. Ibrahim Abi-Ackel, M. Nilo Batista, M. Juarez Tavares et M. João Mestieri pour leur générosité, leur temps et pour avoir partagé leur expertise et leurs archives lors de nos entretiens. Un remerciement spécial à M. Miguel Reale Junior pour m'avoir gentiment ouvert les portes de *l'Instituto de Estudos Culturalistas* à Canela (Rio Grande do Sul, Brésil) pour la consultation de ses archives sur la commission de réforme de 1984. À toutes et tous mes collègues et ami(e)s du Laboratoire de recherche de la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale, *le labo*, pour tous les moments de partage, de discussion, de réflexion collective et pour l'appui moral. À toutes et tous mes ami(e)s qui ont contribué à cette thèse à travers les discussions et les lectures de certaines parties du travail. À toutes et tous mes ami(e)s et à toute ma famille, d'ici et du Brésil, pour votre affection qui m'a encouragée à persévérer. À Frédéric, *mon amour*, qui a donné un autre sens à cette aventure de faire une thèse ici, pour les lectures de plusieurs parties de la thèse, pour son encouragement constant et sa complicité.

*Je veux dire que, dans cette grande inquiétude autour de la manière de gouverner et dans la recherche sur les manières de gouverner, on repère une perpétuelle question qui serait : « comment ne pas être gouverné comme cela, par cela, au nom de ces principes-ci, en vue de tels objectifs et par le moyen de tels procédés, pas comme ça, pas pour ça, pas par eux » (Michel Foucault, Qu'est-ce que la critique?)*

## Introduction

En 1980, alors que le Brésil se préparait à sortir d'une période de dictature militaire et à s'engager sur la route de la démocratie, le ministre de la Justice confia à une Commission de juristes renommés et progressistes la mission d'étudier et de proposer des changements dans la législation criminelle brésilienne. Deux objectifs étaient alors visés : la réduction du recours à l'emprisonnement et la création de peines non carcérales. À la fin de son mandat, la Commission envoya au Parlement brésilien sa proposition de réforme, qui fut approuvée en 1984. En observant cette dernière grande réforme du Code criminel brésilien trente ans plus tard, nous constatons que sa mission, au moins par rapport à ses deux objectifs principaux, ne fut pas remplie. Les peines minimales de prison sont encore prévues pour la presque totalité des crimes et les peines non carcérales, comme les travaux communautaires, sont soumises à des conditions d'application très restrictives. Comment pouvons-nous comprendre cette opportunité ratée, malgré les bonnes intentions des réformateurs?

À partir de l'étude de la Commission de juristes responsable de la réforme pénale de 1984 au Brésil, nous réfléchissons dans cette thèse sur les possibilités et les difficultés de reconstruire le droit criminel d'une manière générale en Occident, et de façon plus spécifique, dans le cadre de la doctrine juridique brésilienne qui ajoute, nous le verrons, des obstacles additionnels. Le droit criminel est, depuis sa formation, un « mécanisme d'exclusion sociale », comme l'a toujours dit Louk Hulsman (Hulsman et de Celis, 1982, p. 98). Son intervention, c'est-à-dire la sanction criminelle, est conçue et construite, d'abord et avant tout, comme l'imposition d'une souffrance au coupable et ne tient généralement pas compte des liens sociaux dans lesquels il s'inscrit. Une telle représentation de la peine dont le but est supposé de produire un « bien » pour la société finit davantage par causer un « mal » concret aux individus concernés. Le droit criminel étant conçu de cette manière, il n'est pas difficile de constater que la conciliation entre le droit criminel et les droits de la personne devient un fait hautement improbable (Cartuyvels et al., 2007; Garcia, 2010). Les critiques du droit criminel sont nombreuses et redondantes. Et pourtant, lorsqu'il s'agit de le réformer, les réformes – et nous pensons ici aux réformes qui ne veulent pas reproduire ce

« mécanisme d'exclusion » – semblent ne pas réussir à transformer substantiellement cette critique en changements législatifs innovateurs concernant le droit de punir et les normes de sanction. Certes, certaines réformes allèrent plus loin que d'autres. Que se passa-t-il dans le cadre de cette réforme de 1984 du droit criminel brésilien ? Comment devons-nous comprendre ce phénomène? Comment augmenter les chances de réformer le droit criminel dans le sens de reconstruire la qualité de son intervention d'une façon qu'elle corresponde concrètement aux propres valeurs positives que le droit criminel protège? Comment réformer le droit criminel de façon qu'il soit plus adapté aux droits de la personne ou moins en contradiction avec eux ? Quels sont les obstacles d'ordre cognitif à la réduction du recours à l'emprisonnement?

Toutes ces questions nous amènent à en formuler une autre d'ordre théorique et méthodologique : comment observer les propositions de réformes du droit criminel de façon à rendre compte de ces enjeux?

Normalement, la réforme du droit criminel est pensée par les sciences sociales sans considérer le droit criminel lui-même parce que leur prémisse est que la meilleure réforme pour le droit criminel doit être recherchée ailleurs que dans le droit criminel lui-même. Pires identifie au moins quatre postures des sciences sociales à l'égard de la réforme du droit criminel : « a) le mouvement 'au-delà du droit' (*beyond law*) ou d'évitement du droit criminel (*déjudiciarisation*); b) le mouvement 'au-delà de la société capitaliste' (en espérant que la structure de ce droit criminel ne lui survive pas ; c) le mouvement d'abolition du droit criminel; et d) le mouvement d'usage alternatif du droit criminel (*alternative uses of law*) » (Pires, 2007, p. 12).

Toutefois, quand le droit criminel est pris en considération, nous pouvons aussi observer une tendance à observer les réformes du droit criminel à partir du « modèle de la conjoncture historique ou des acteurs sociaux ». Celui-ci privilégie une sorte de causalité linéaire où l'explication est construite autour des acteurs sociaux, de la conjoncture historique et culturelle, de la réception de la réforme et de son évaluation (Pires, Cellard et Pelletier, 2001, p. 205). Ce modèle fait des contributions remarquables mais n'explore pas le

rôle du système d'idées « savant » et institutionnalisé (la structure cognitive) du droit criminel lui-même qui reste sous-jacent aux réformes.

Notre recherche – sans nier ou contredire le rôle des auteurs sociaux et du contexte « sociohistorique » qui font l'entourage du droit criminel (Cellard et Pelletier, 1998) – va porter son attention sur le système d'idées valorisé par le système de droit criminel et sur les particularités sélectives de la doctrine juridique brésilienne à l'intérieur de ce système d'idées. Nous n'aborderons donc pas le problème des réformes du droit criminel à partir de l'extérieur de celui-ci – comme l'a fait par exemple Garland (2001) qui avait un autre problème de recherche – mais nous essaierons plutôt de voir comment le droit criminel « se pense lui-même et pense sa propre réforme ». Nous voulons visualiser le rôle actif que le droit criminel a dans le processus de réception des *stimuli* extérieurs. Habituellement, ce rôle actif joué par le droit criminel en tant que système producteur de sens et constructeur de sa réalité est traité d'une manière minimale par les sciences sociales. La contribution de notre recherche sera celle de prendre en considération les structures cognitive et normative du droit criminel. Et pour cela, les théories modernes de la peine se présentent comme des objets d'attention privilégiés. En effet, objectiver ces théories aide : à comprendre la manière par laquelle le droit criminel est conçu, à relativiser et à dénaturer la grammaire dominante essentiellement punitive du droit criminel, à récupérer son historicité, à mettre en place ses « voix dissonantes », ses idées alternatives et marginalisées. Notre défi en étudiant le droit criminel, pour reprendre les mots de Watzlawick, est de « se sortir de la bouteille à mouches d'une 'réalité' apparemment évidente, et à montrer que son 'objectivité' tient au seul fait qu'on ne l'a jamais remise en question [un ensemble particulier d'idées], qu'on l'a aveuglement acceptée comme vraie et évidente. » (1987, p. 274).

Apportons tout de suite une précision sur l'objet de cette thèse et sur ses hypothèses et résultats qui seront exposés par la suite. Rappelons d'abord que notre « objet » est un *événement* - la Commission de réforme de 1980-1984 au Brésil - *observé sous la forme d'une énigme* : Comment pouvons-nous comprendre qu'une commission de juristes libéraux et progressistes voulant réduire la place accordée à l'exclusion sociale au nom du

nouvel esprit démocratique prévalant alors au Brésil, ait raté substantiellement cette opportunité et ses propres objectifs de départ ?

Pour observer empiriquement cet événement et cette énigme, nous partons ici, à titre de boîte à outils théoriques, de la théorie de Pires portant sur les difficultés d'évolution du système de droit criminel. Cette théorie nous permet au moins de lancer l'hypothèse que les moments de codification et de réforme du droit ont un potentiel innovateur. Cela est particulièrement vrai quand la réforme se présente elle-même comme ayant l'intention de proposer quelque chose de « différent », de modifier la trajectoire des choses. La proposition d'une nouvelle codification dans ce cas ne vient pas directement des députés ou du gouvernement, mais c'est le gouvernement qui invite un groupe de juristes compétents et progressistes à faire une proposition. Ces juristes peuvent aussi être qualifiés d'humanistes. Ce sont justement ces caractéristiques positives qui nous permettent d'observer cette réforme comme une énigme. Une fois choisi ce cas (la réforme de 1980-1984), nous avons constaté pendant notre travail de terrain et au fil de l'analyse de nos données, que la présence marquante et forte d'*obstacles cognitifs* (ou « épistémologiques » au sens de Bachelard) empêcha les réformateurs d'aller beaucoup plus loin dans la réalisation des objectifs fixés par la réforme. Quels furent ces obstacles ?

Notre hypothèse de départ a été construite dans le cadre d'une démarche « inductive » par la théorie de Pires : la proposition de réforme de la Commission de 1980 ne réalisa pas ses propres objectifs parce qu'elle était encore trop ancrée dans le système d'idées de la rationalité pénale moderne. Nous le décrirons plus loin. Mais il y avait une donnée importante de plus : nous avons pu observer que *la culture pénaliste brésilienne* était fortement arrimée sur le « noyau dur » de ce système d'idées et, à l'intérieur même de ce noyau, strictement attachée au rétributivisme dans sa version la plus classique. La Commission de réforme s'attacha aux communications précédentes de (tentatives de) réforme depuis 1963. Cependant, ce *n'est pas* par souci de cohérence avec le passé que cette réforme ne réussit pas à se démarquer davantage des précédentes. C'est plutôt parce que *l'ensemble* de ces réformes et tentatives de réforme ne réussirent pas à prendre leur distance du rétributivisme classique. Cela est un des principaux résultats de cette recherche, bien qu'il

soit présenté ici de façon très condensée dans le seul but de faciliter la lecture de ce travail. Nous allons donc non seulement présenter et discuter la réforme de 1980 comme telle, mais aussi la situer dans le cadre des *idées* qui furent sélectionnées par la doctrine juridique brésilienne. Nous allons ainsi remonter jusqu'au tout début des années 1960, avant même le coup d'État militaire introduisant la dictature au Brésil entre 1964 et 1985. C'est à ce moment que furent déployés les premiers efforts pour réformer le Code pénal de 1940.

L'*Exposé des motifs*<sup>1</sup> du gouvernement présentant la réforme de 1984 remontait lui-même à 1963 et faisait un court historique, plutôt de nature politique, de la liaison entre cette réforme et les tentatives précédentes. Cet exposé des motifs laissait entendre qu'il fallait revenir à la première tentative de réforme du Code pénal de 1940 pour bien comprendre la réforme de 1984. Mais pour quelles raisons au juste? Quoi qu'il en soit, ce renvoi au passé récent nous a intriguée dès le départ et nous a stimulée à « aller voir ». Le résultat de cette incursion se trouve dans les pages qui suivent.

À la fin de notre parcours, nous croyons avoir mieux compris pour quelles raisons la réforme de 1984 ne réussit pas à réaliser davantage ses propres objectifs; nous pensons d'ailleurs pouvoir le démontrer de façon empirique. Les réformateurs s'étaient mis en situation de « dialogue » avec le Code pénal de 1940. Ils voulaient s'en distinguer. Mais sur quels points et de quelle manière? Ils trouvèrent ce Code de 1940 comme étant excessivement « positiviste » et donnant trop de place à la notion de dangerosité. Ce n'était pas tout à fait le cas, mais par rapport à la réforme de 1984, il accordait en effet plus de place à la notion de « dangerosité ». La tentative de réforme de 1969 y accordait elle aussi plus de place. Dans son combat contre la notion de dangerosité, les réformateurs réaffirmèrent le « droit pénal de la culpabilité » qui est fortement associé au rétributivisme. Ne nous trompons pas : le Code de 1940 était aussi, globalement parlant, rétributiviste, mais il l'était moins que la réforme de 1984. Or, en s'engageant plus fortement dans la direction du rétributivisme pour contrecarrer la notion de dangerosité, la réforme de 1984 ne réussit pas à

---

<sup>1</sup> On appelle « exposé des motifs » un texte gouvernemental, signé usuellement par le ministre de la Justice, qui introduit le projet de réforme législative.

valoriser les sanctions non carcérales ni à réduire l'échelle des peines de prison dans sa proposition.

Comme on peut le voir, en suivant ces pistes, nous nous éloignons ainsi, dans une certaine mesure, de l'étude célèbre sur l'histoire du Code criminel français menée par Lascousmes, Pocela et Lenoel (1989). En faisant une sociologie politique du Code, cette étude privilégiait plutôt l'observation de la construction des normes de comportement, guidée par différentes rationalités (politique, morale naturelle, morale civique et économique), leurs peines respectives et leur hiérarchisation. Cette grille d'analyse leur a permis d'observer les enjeux politiques de la société française de l'époque et leur traduction dans les débats autour de la codification criminelle. Notre étude privilégie d'abord les enjeux d'ordre cognitif, de connaissance, c'est-à-dire les idées qui fondent les propositions de réforme de notre commission et les idées qui sont rejetées et marginalisées.

Cette thèse a ainsi deux points de départ, tous les deux très importants. D'une part, nous partons de la théorie de la rationalité pénale moderne formulée et développée par Alvaro Pires au sein de sa Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale. Cette théorie porte sur les conditions de l'évolution (et de la non évolution) du droit criminel. Son hypothèse est que les théories modernes de la peine – la rétribution, la dissuasion, la dénonciation et la réhabilitation carcérale – forment un système d'idées qui empêche le droit criminel d'évoluer en ce qui a trait aux normes de sanction et à la question identitaire. Le droit criminel éprouve alors une grande difficulté à construire autrement sa vision identitaire. Nous empruntons ainsi à cette théorie la problématique de la non évolution du droit criminel moderne. De cette théorie, nous prenons tout l'appareillage conceptuel utilisé dans cette recherche. Cette théorie fournit aussi une description du droit criminel que nous adoptons dans ce travail, comme nous l'expliquerons bientôt. D'autre part, nous partons aussi d'observations empiriques faites à partir de notre cas de réforme au Brésil en 1980-84. La réforme de 1984 fut la dernière grande réforme à être entérinée dans le Code criminel brésilien. Elle ne créa pas de nouveau Code pénal, mais plutôt une nouvelle partie générale du Code, celle destinée aux dispositions de principes et de règles qui encadrent l'application du Code. La réforme créa également la première loi fédérale en matière

d'exécution de la peine. Cette réforme fut reçue par la communauté pénaliste brésilienne comme une réforme progressiste. Et pourtant, malgré des apports dans certains domaines, nous avons la sensation qu'elle n'était pas vraiment synonyme de progrès en matière de reconstruction du droit criminel. Les peines minimales de prison étaient encore prévues pour la presque totalité des crimes. Les sanctions non carcérales étaient assujetties à des conditions d'application très restrictives.

Ces deux points de départ démontrent déjà l'ampleur du défi que représente la présente thèse. Ce défi est illustré par nos objectifs. D'abord, nous testons l'hypothèse de la théorie de la rationalité pénale moderne sur la dénationalisation des idées pénales et des obstacles à l'évolution du droit criminel. Selon ladite théorie, les problèmes liés à l'évolution du droit criminel ne sont pas une particularité d'une région du monde. En explorant notre matériel empirique provenant du cas de la réforme brésilienne et en le comparant aux autres résultats de recherches empiriques menées à la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale, nous voulons contribuer à montrer que le problème de la non évolution du droit criminel est d'ordre culturel plus général : un problème de la culture pénaliste occidentale. Au sens très large, cela a été une hypothèse de départ et, par après, un des résultats de la recherche.

Nous nous donnons également comme objectif de décrire les propositions de réforme et de décortiquer les éléments de réflexion de la Commission de juristes que nous étudions à partir de la grille analytique donnée par la théorie de la rationalité pénale moderne. Cette grille privilégie l'observation des structures internes du droit criminel, tant sur le plan des normes de sanction que sur celui des idées qui les fondent. Nous espérons ainsi contribuer à développer un modèle d'analyse des changements dans la législation criminelle qui permette d'identifier les obstacles à la reconstruction du droit criminel et les conditions d'émergence d'innovations en matière de sanction criminelle. Ce modèle nous permet de comprendre comment une commission de réforme peut avoir voulu *diversifier les sanctions*, être ensuite sortie de ce processus avec la conviction d'avoir atteint une diversification suffisante, sans pourtant avoir effectivement réalisé son projet. En effet, nos réformateurs ne furent pas conscients – ou ne prirent pas la mesure – de leur « insuccès » par

rapport à l'un de leurs principaux objectifs : la réduction (significative) de la valeur accordée à la prison dans la législation criminelle brésilienne.

En utilisant la théorie de la rationalité pénale moderne comme cadre théorique, nous voulons non seulement tester sa pertinence, mais aussi aider à son développement. Dans ce sens, notre thèse prétend faire avancer au moins un aspect de la théorie de la rationalité pénale moderne. D'abord, nous avons voulu éclaircir l'énigme de la dévalorisation du discours de la réhabilitation dans les communications juridiques et voir les implications de celle-ci pour l'évolution du droit criminel. La théorie de la réhabilitation est une théorie de la peine qui est complexe et qui peut, à certains égards, échapper aux dogmes de la rationalité pénale moderne. Cependant, depuis les années 1970, nous assistons un peu partout dans le monde occidental à une critique, voire à l'affaiblissement de cette théorie. Le Brésil n'est pas différent. La manière dont les réformateurs des années 1980 reçurent la théorie de la réhabilitation joua sans doute un rôle important dans la construction de leur réforme pénale. De sa naissance avec le projet pénitentiaire à la fin du 18<sup>e</sup> siècle et au début du 19<sup>e</sup> siècle (Foucault, 1975) à l'énoncé du « *nothing works* » (Martinson, 1974) et au constat du « déclin de l'idéal réhabilitatif » (Allen, 1981), la théorie de la réhabilitation fut la seule théorie de la peine à subir des transformations significatives, et ce au point que nous pouvons parler d'au moins deux théories modernes de la réhabilitation. Cela eut des conséquences, nous le montrerons dans cette thèse, en ce qui a trait aux enjeux évolutifs du droit criminel. De plus, même si nous pouvons tracer les lignes générales du parcours de la théorie de la réhabilitation, la réception de cette théorie ne fut pas uniforme partout dans le monde juridique occidental. Notre cas empirique servira ainsi de lieu de démonstration d'une forme de réception de la théorie de la réhabilitation et de son rapport avec les autres théories de la peine qui intègrent la rationalité pénale moderne. Nous observerons, à partir de notre cas, la forme variable de la réception de la théorie de la réhabilitation en Occident. Ce faisant, nous espérons contribuer à la théorie de la rationalité pénale moderne en montrant que ce système d'idées a pris des configurations régionales sans pour autant perdre sa validité dans sa dimension globale et systémique. Le cas brésilien illustre concrètement une des mises en œuvre de ce système d'idées.

Notre matériel empirique est composé majoritairement de documents et de quelques entretiens. Les documents comprennent grosso modo les textes de réflexion sur les propositions de réforme du droit criminel élaborés par la Commission de juristes responsable de la réforme de 1984, les textes de propositions législatives et les débats parlementaires de la réforme de 1984. Nous avons recueilli aussi un matériel empirique relatif aux tentatives de réforme du droit criminel antérieures à la réforme de 1984. Le critère de sélection ici est le fait que la Commission fit elle-même référence à ce matériel. Nous avons également interviewé les juristes membres de la Commission de la réforme de 1984 qui étaient encore vivants lors de notre travail de terrain de même que certains juristes qui suivaient à l'époque les travaux de la Commission et qui nous ont servi de personnes-ressources pour la composition de notre matériel empirique. Le type d'entretien que nous avons utilisé est l'entretien semi-directif réflexif et il visait à susciter et à stimuler activement une réflexion entre l'interviewé et l'intervieweur de façon à explorer les idées mises en œuvre pour soutenir les propositions législatives.

Notre thèse comprend cinq chapitres. Dans le premier, nous présenterons notre cadre théorique et notre problématique. Nous expliciterons l'outillage conceptuel mobilisé dans notre étude. Nous détaillerons sa portée et ses limites. Nous expliciterons ce que nous entendons par évolution du droit criminel et nous caractériserons les théories conventionnelles de la peine et le système d'idées qu'elles forment, soit celui de la rationalité pénale moderne. Ensuite, nous démontrerons comment le droit criminel, à l'aide de ce cadre de référence, construit son identité répressive, négative et productrice d'exclusion sociale. Nous terminerons le chapitre en examinant les pistes que donne la théorie de la rationalité pénale moderne pour une reconstruction du droit criminel.

Le deuxième chapitre est d'ordre méthodologique. Nous expliciterons nos prémisses épistémologiques et justifierons nos choix méthodologiques. Nous décrirons également la démarche pour la constitution de notre corpus empirique et pour son analyse.

Les troisième, quatrième et cinquième chapitres sont les chapitres analytiques de la thèse. Le troisième chapitre (« La Commission de juristes de 1980 : son contexte et ses

caractéristiques ») présente les caractéristiques de la Commission que nous étudions et décrit les tentatives de réformes antérieures du Code criminel.

Le quatrième chapitre (« Les propositions de réforme et leurs fondements») est le résultat de l'analyse des propositions de réforme visant à réduire le recours à la prison et il se propose pour sa part de « prendre au sérieux » l'objectif que s'était donné ladite Commission. Nous verrons comment la Commission chercha à atteindre ce but et quels furent les obstacles (d'ordre cognitif) qu'elle put rencontrer ou elle-même créer. Avant de nous pencher sur les propositions de la Commission, nous présenterons d'abord un portrait du Code criminel brésilien au début de ses travaux pour essayer de mesurer la taille du défi qu'allait tenter de surmonter cette Commission de réforme.

Dans le cinquième et dernier chapitre (« Le destin de la théorie de la réhabilitation dans la réforme pénale de 1984 »), nous observerons comment les réformateurs de 1980 reçurent la théorie de la réhabilitation et dans quelle mesure le destin réservé à cette théorie dans leur réforme peut nous aider à expliquer les limites propres à cette réforme. Nous verrons comment les réformateurs purent exploiter le potentiel innovateur de la théorie de la réhabilitation, la seule théorie de la peine ne valorisant pas en soi la souffrance.

En conclusion, nous reprendrons les idées fortes de la thèse et en ferons ressortir les apports.

## Chapitre 1

### Les enjeux cognitifs de l'évolution du droit criminel moderne: la théorie de la rationalité pénale moderne

À partir des années 1960, et un peu partout dans le monde occidental, nous assistons en matière criminelle à un mouvement d'effervescence créative et à la formulation de critiques à l'égard du système criminel en général (Cohen, 1985; Garland, 2001; Pires, 2002; Dubé et Cauchie, 2007, entre autres). Nous savons bien sûr qu'il s'agit d'une période beaucoup plus complexe, qui n'est pas marquée que par l'effervescence et la critique; nous pouvons en effet y identifier des tendances parfois contradictoires et souvent ambivalentes; ainsi la répression est-elle tantôt critiquée, tantôt réaffirmée (Garland, 2001). Cependant, il n'en demeure pas moins que s'impose la prépondérance du diagnostic selon lequel cette période reste fortement marquée par un processus de critique et même d'autocritique du système criminel. Cohen parle d'un « destructuring impulse » (1985, p. 31).

Nous pouvons identifier aussi, à l'intérieur des frontières communicationnelles du système lui-même, des remises en question du droit criminel, c'est-à-dire des tentatives d'«autoreformulation» privilégiant une conception plus humaine du droit criminel et créant des alternatives à la prison (Pires, 2007). C'est en effet un peu partout une période de création de commissions de réforme du droit criminel.

Cependant, malgré ce mouvement de réforme, de remise en question et d'«autoréflexion» qui bouleverse le système criminel, nous avons la nette impression que le système de droit criminel éprouve une grande difficulté à s'«autopréserver» d'une autre manière. Dans un grand nombre de cas, les réformes proposées semblent être « more of the same » (Watzlawick, 1983). La prison est encore là et elle continue à se présenter et à se penser comme la peine par excellence du droit criminel; l'intervention pénale reste dans ces cas caractérisée par son approche négative, punitive et génératrice d'exclusion sociale. Dans d'autres cas, des propositions innovatrices émergent et un autre regard sur la prison semble vouloir faire surface. Cependant, même ici, les réformateurs semblent faire face à une difficulté de légitimation des sanctions non carcérales (Pires, 1991).

L'élément permanent qui semble caractériser le droit criminel et ses sanctions est mis en lumière d'une façon éloquente par Foucault en 1975 lorsqu'il constate la prépondérance de la peine de prison, malgré les innombrables critiques et mouvements de réforme qui l'entouraient depuis la fin du 18<sup>e</sup> siècle. Il faut préciser que Foucault traite de deux problèmes<sup>2</sup> dans *Surveiller et Punir* : la naissance (et la généralisation) de la prison et la permanence de la peine carcérale. Sur le premier problème, il développe la thèse de l'émergence, au 18<sup>e</sup> siècle, d'un nouveau régime de pouvoir qui traversait tout le tissu social, le pouvoir disciplinaire. Sur le problème de la pérennité, il lance la thèse de la nécessité de gérer d'une façon différentielle les illégalités en raison de ce changement de pouvoir plus profond dans le tissu social. Sur cette question, Foucault établit un rapport entre un double mouvement : le changement dans la nature des crimes (le passage des illégalités de droit vers les illégalités touchant les biens et la nécessité de reconfigurer un autre régime de pouvoir) et le changement dans la punition, « la nécessité de définir une stratégie et des techniques de punition » (1975, p. 104). Ainsi, la prison et les solutions préconisées à son égard depuis sa naissance ne représenteraient pas un échec, mais une réussite dans la gestion différentielle des illégalités. Par conséquent, pour expliquer le problème de la permanence de la prison, Foucault l'attribue à des facteurs externes au droit criminel.

Garland, quant à lui, met l'accent sur un autre objet dès 1985, dans *Punishment and Welfare*. Il se désintéresse des questions portant sur la naissance et la pérennité de la prison et observe plutôt les transformations dans la punition en matière criminelle. Dans *The Culture of Control*, il identifie quelques changements dans la pénalité contemporaine tels que « the decline of the rehabilitative ideal », « the re-emergence of punitive sanctions and expressive justice », « changes in the emotional tone of crime policy », « the return of the victim, politicization and the new populism », « the reinvention of the prison », « the transformation of criminological thought », « the expanding infrastructure of crime prevention and community safety », « civil society and the commercialization of crime control », « new management styles and working practices », and « a perpetual sense of

---

<sup>2</sup> Pour une discussion en profondeur sur les thèses de Foucault dans *Surveiller et punir*, voir Dubé (2014). Nous y reviendrons plus loin dans ce chapitre.

crisis » (2001). Le thème de la “pérennité” n’apparaît que sous la forme discrète de la « réinvention de la prison » sans aucun focus en particulier. Pour expliquer ces changements, Garland insiste sur la thèse selon laquelle ils seraient le résultat de transformations dans les structures sociales, transformations produites dans le cadre plus général d’une modernité tardive et d’une sensibilité culturelle accrue face à l’expérience du crime. Ces deux causes seraient ensemble responsables d’une nouvelle culture visant le contrôle du crime. En utilisant le concept de champ de contrôle du crime, Garland ne met pas le focus sur le système de droit criminel proprement dit, mais il fournit par contre, en termes généraux, un grand portrait de ce qui se passerait dans un contexte sociétair plus large. Toutefois, il attribue davantage d’importance aux facteurs contextuels pour expliquer le virage (ou le durcissement) vers ce qu’il appelle la « réinvention de la prison » ou le « virage punitif » des années 1980 et 1990.

Malgré leurs différences, nous pouvons relever au moins une similitude entre Foucault (au moins par rapport au problème de la pérennité de la prison) et Garland : les deux auteurs attribuent le diagnostic de la pérennité ou du changement de l’intervention pénale à des facteurs externes au droit criminel. L’explication reste attachée davantage à la conjoncture sociopolitique.

Notre recherche vise plutôt à comprendre pourquoi le droit criminel semble avoir une telle difficulté à se renouveler. Quels sont les mécanismes internes du droit criminel qui l’empêchent de se reconstruire lui-même autrement? Pour répondre à cette question, il ne faut pas négliger à notre avis les enjeux cognitifs du droit criminel pour mieux comprendre le maintien de ce *statu quo* pénal. Notre hypothèse, empruntée à Pires (1998), est que certaines idées pénales fonctionnent comme des obstacles cognitifs à la reconstruction du droit criminel.

Ainsi, notre recherche s’insère dans le cadre de la théorie de la rationalité pénale moderne formulée par Alvaro Pires à partir des années 1990. Cette théorie a été construite à l’aide, au début, de diverses contributions de Michel Foucault et, à partir des années 2000, de la théorie des systèmes sociaux du sociologue allemand Niklas Luhmann. Les possibilités

de réforme du droit criminel – l'intérêt initial qui guide la présente recherche – seront étudiées à partir de ce cadre théorique de référence. S'y ajouteront nos réflexions à partir du cas empirique de la réforme pénale brésilienne de 1984. Dans le présent chapitre, nous présenterons les outils conceptuels qui ont guidé notre recherche et nos réflexions.

Avant cette présentation, il faut souligner que, de la même manière que le fait la théorie de la rationalité pénale moderne, nous traiterons le droit criminel comme un sous-système du système juridique. À chaque fois que nous mentionnons «droit criminel», nous faisons référence au système de droit criminel. Nous nous référons ici à la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann dont Pires s'est inspiré pour observer le droit criminel comme un sous-système du droit. En tant que sous-système social, nous comprenons le droit criminel comme un système qui se reproduit à partir de ses propres éléments et qui crée sa propre réalité comme système observateur qu'il est (Luhmann, 2004; Teubner, 1989). Ainsi, nonobstant les stimuli qu'il reçoit de son environnement et l'importance même de ce contexte, nous mettons l'accent dans notre analyse sur son rôle actif joué dans le processus de sa transformation interne.

Nous verrons plus loin que le contexte joua un rôle important dans la production de sens, surtout dans le cas de la réforme au Brésil dans les années 1984, mais nous qualifierons ce rôle. Le but n'est pas d'utiliser la notion de contexte (par opposition à « système de droit criminel ») comme la clé explicative, mais plutôt comme une clé importante pour aider à comprendre certaines sélections qui vont s'opérer dans le système lui-même.

Une autre remarque paraît nécessaire. La théorie de la rationalité pénale moderne est une théorie sociologique. Comme nous le verrons, le concept même de rationalité pénale moderne est un concept construit sociologiquement pour décrire un système d'idées particulier qui est dominant dans le droit criminel. Il ne s'agit pas d'un concept juridique, mais d'un concept externe qui veut saisir certaines idées reconnues comme légitimes et « appropriées » à l'intérieur du système de droit criminel (et aussi à l'intérieur du système politique en matière pénale au moment de créer des lois criminelles).

Notre chapitre ici est structuré de la manière suivante : dans un premier temps, nous expliciterons la problématique dont traite la théorie en question, théorie qui guide cette recherche. En explicitant sa problématique, nous voulons indiquer sa portée et ses limites pour préciser dès maintenant quelles questions nous intéressent et quels apports nous pouvons apporter au débat. Ensuite, nous allons mettre en place les outils conceptuels proposés par ladite théorie et qui orienteront la présente thèse.

## **1. La théorie de la rationalité pénale moderne : sa problématique, sa portée et ses limites**

La théorie de la rationalité pénale moderne se présente comme une théorie de l'évolution<sup>3</sup> du système de droit criminel moderne. Plus précisément, elle porte sur les difficultés cognitives d'évolution. En effet, sa problématique peut être formulée sous la forme d'une énigme par la négative : qu'est-ce qui empêche ou fait obstacle à l'évolution du droit criminel? Elle tente d'expliquer et de comprendre pourquoi, depuis le début du 19<sup>e</sup> siècle, il est si difficile d'accomplir des réformes de fond autant dans la législation criminelle que dans l'orientation de la doctrine juridique et dans les décisions jurisprudentielles, réformes qui iraient dans le sens de réduire l'échelle des peines et le recours global à l'incarcération en Occident. Pour répondre à cette question, la théorie présente une partie descriptive et une partie explicative.

Pour la partie descriptive, la théorie propose une nouvelle façon de décrire le droit criminel à partir des outils conceptuels de la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann. Le droit criminel est ainsi compris comme un sous-système social du système juridique. En tant que théorie systémique, elle accorde aussi une place centrale au concept de communication, ce que nous approfondirons dans le chapitre méthodologique. La théorie présente ainsi une cartographie des structures de normes et d'idées qui composent le droit criminel moderne en Occident. Nous y reviendrons.

---

<sup>3</sup> Quant au concept d'évolution, nous le définirons dans la section 6 de ce chapitre.

Pour la partie explicative, elle construit et propose un type d'explication bien particulier : les « explications négatives » telles que les conçoit Gregory Bateson (1977). Bateson différencie deux sortes d'explications : de type causal et de type cybernétique. Le type causal, selon lui, apporte une explication positive. L'exemple donné par Bateson est le suivant : « la boule de billard B s'est déplacée dans telle ou telle direction parce que la boule de billard A l'a heurtée sous tel ou tel angle » (1977, p. 155). Le type cybernétique, par contre, apporte une explication négative. Comme le soutient Bateson :

Nous examinons d'abord quels sont les événements qui auraient eu le plus de chances de se produire, pour nous demander ensuite pourquoi un grand nombre d'entre eux ne se sont pas réalisés, montrant ainsi que l'événement particulier étudié était l'un des rares à pouvoir se produire effectivement (1977, p. 155).

Bateson parle des restrictions qui déterminent une sorte d'« inégalité des probabilités » lors d'un événement. L'explication négative cherche ainsi à analyser ces restrictions et se demande « pourquoi les choses arrivent de la manière qui a le plus de chances de se réaliser » (Bateson, 1977, p. 29).

La théorie de la rationalité pénale moderne ne se préoccupe pas de tous les types de difficultés d'évolution. Sa portée est bien circonscrite aux difficultés d'ordre cognitif, c'est-à-dire aux idées qui font obstacle à l'évolution du droit criminel. La théorie soutient la thèse que ce sont surtout dans les idées que résident les obstacles à une *évolution de palier*<sup>4</sup> du droit criminel moderne. Ainsi, la théorie se présente, nous l'avons déjà mentionné, comme une théorie systémique et aussi comme une théorie cognitive. Cognitive parce qu'elle attribue un rôle central aux idées et à un système d'idées en particulier pour comprendre la problématique de la non évolution du droit criminel.

Pour reprendre les mots de Bateson, nous pouvons dire que la théorie de la rationalité pénale moderne se demanderait ce qui suit : « comment les idées agissent-elles les unes sur les autres? » (Bateson, 1977, p. 11). La théorie aborde le rôle des idées en tant que fondements de certaines pratiques liées à la sanction criminelle dans les enjeux évolutifs du

---

<sup>4</sup> Nous définirons ce concept dans la section 6 de ce chapitre.

droit criminel. Les idées ont ainsi une place centrale en tant qu'objet de la théorie. La théorie, nous le verrons, soutient la thèse selon laquelle certaines idées défendues par les théories modernes de la peine qui forment un système d'idées particulier ainsi que ce système d'idées dans son ensemble, jouent un rôle d'obstacle cognitif à l'évolution du droit criminel. La théorie a qualifié ce système d'idées en particulier de « rationalité pénale moderne ». Le plus important ici n'est pas l'idée même de « rationalité », mais plutôt l'idée de *système*. Le droit criminel a construit son identité en se référant à ce système d'idées. En s'appuyant sur cette dimension cognitive, la théorie perçoit le problème de l'évolution en tant que problème cognitif et problème de communication, un problème de sens, de réception de sens et de compréhension ou de non compréhension de sens.

La construction de ce problème de recherche par la théorie part de la constatation de certaines difficultés sur le plan des idées dans différents lieux d'observation. La théorie observe ces difficultés d'ordre cognitif non seulement dans les communications savantes, soit celles qui sont purement réflexives et discursives et que produisent la doctrine juridique, la philosophie pénale et les sciences sociales, mais aussi dans les communications institutionnelles de réforme du Code criminel, sur le plan des réformes pratiques et dans la jurisprudence elle-même. Ces difficultés sont formulées par la théorie sous la forme de deux énigmes. Ces deux énigmes ont en commun le fait qu'elles font référence à un problème d'évolution de longue durée du droit criminel.

La première énigme se ramène au constat, dressé par Michel Foucault dans *Surveiller et punir* (1975), de la résistance de la pénalité au changement. Il s'agit de l'énigme de la critique répétitive de la prison et de la monotonie des sanctions criminelles. Dans le cadre du droit criminel, les critiques de la prison n'ont pas amené à concevoir différemment la punition. Les critiques sont restées centrées sur l'organisation de la prison et elles tournent en rond. La prison continue à être conçue comme la peine par excellence en matière de droit criminel.

Il est intéressant de noter que Foucault construit ce problème comme un problème d'ordre discursif. Il s'agit, pour lui, de « découvrir le système de pensée, la forme

de rationalité qui, depuis la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, était sous-jacente à l'idée que la prison est, en somme, le meilleur moyen, l'un des plus efficaces et des plus rationnels pour punir les infractions dans une société » (Foucault, 2001, p. 1455-1456). Cependant, lorsqu'il explique ce problème, Foucault, comme nous l'avons déjà mentionné au début de ce chapitre, se concentre plutôt sur la fonctionnalité de la prison en tant qu'organisation et instrument politique dans la société en général. Dans son analyse explicative du problème formulé auparavant comme étant d'ordre cognitif, il met l'accent sur les enjeux de pouvoir liés à l'émergence de la société disciplinaire. Les idées ou plutôt le système d'idées qui fondent cette pratique ne sont pas associés à l'explication du maintien de la prison à travers le temps. Le maintien de la prison s'expliquerait, selon le modèle proposé par Foucault, par les enjeux de pouvoir, c'est-à-dire par la fonctionnalité que la prison a dans la gestion différentielle des illégalismes et par son inscription dans une société disciplinaire.

Ce glissement entre la formulation d'un problème en tant qu'enjeux cognitifs et son explication en tant qu'enjeux de pouvoir a été observé par Dubé à travers la formulation de l'hypothèse qu'

en première partie de *Surveiller et punir*, lorsque Foucault désingularisait la prison, ou plus précisément lorsqu'il désingularisait *les idées qui sont sous-jacentes à sa naissance et à sa généralisation*, il se privait du même coup de la possibilité de problématiser singulièrement, de manière spécifique, *celles qui sont propres au système pénal, qui interagissent les unes avec les autres pour maintenir en vie, dans un acharnement théorique qui dépasse parfois l'entendement, cet idéal que représente malgré tout la prison* (Dubé, 2014, § 27).

La théorie de la rationalité pénale moderne reprend l'énigme formulée par Foucault du maintien de la prison, mais elle la formule en tant que signe d'un problème d'évolution du droit criminel. Ainsi, elle valorise davantage les enjeux de connaissance (ou cognitifs). Comme le remarque Dubé, la théorie de la rationalité pénale moderne re-singularise ce que Foucault avait désingularisé (Dubé, 2014).

Les questions posées par ladite théorie consistent à savoir quelles sont les idées sous-jacentes à la monotonie de cette pratique punitive. Qu'est-ce qui nous amène à continuer de valoriser et de légitimer les longues peines d'incarcération et la présence

systématique de peines de prison dans la législation? Pourquoi éprouvons-nous tant de difficultés à innover en matière de normes de sanction en droit criminel? Pourquoi les propositions visant à réduire le recours à l’incarcération ont-elles moins de chances de réussir et de se stabiliser que les propositions ou les pratiques allant en sens contraire?

Pour répondre à ces questions, différemment de l’explication donnée par Foucault de l’émergence de la société disciplinaire, la théorie de la rationalité pénale moderne émet comme hypothèse que cette résistance à l’évolution est un problème relevant des idées sur la peine sélectionnées et stabilisées par le droit criminel pour construire son identité et sa manière de concevoir la punition en général.

Une autre difficulté cognitive sur laquelle la théorie de la rationalité pénale moderne construit sa problématique de la non évolution du droit criminel est formulée à travers une deuxième énigme. Cette énigme est développée par Pires à partir des observations empiriques des tentatives de réforme du droit criminel au Canada (initiées par des commissions de réforme ou même par des réformes plus circonscrites) qui eurent lieu à partir de la deuxième moitié du 20<sup>e</sup> siècle. C’est l’énigme des réformes du droit criminel. Dans une recherche sur les demandes de modifications législatives au Code criminel canadien, Pires, Cellard et Pelletier (2001) observent une difficulté à légitimer dans le droit criminel les peines qui ne cherchent pas directement ou intentionnellement l’«infliction» de la souffrance, surtout dans le cas de crimes considérés comme graves. La théorie observe cette difficulté comme un problème de réception et de légitimation lié aux enjeux cognitifs à l’intérieur de la trame discursive politique en matière criminelle. L’énigme de la réforme du droit criminel présente également une autre face qui ne met pas en relief les obstacles cognitifs de la réforme, mais plutôt l’émergence des idées et des pratiques innovatrices. Elle s’interroge sur les conditions de possibilité de cette émergence ainsi que sur les conditions de sa reproduction, de sa généralisation et de sa stabilisation (Dubé, 2008). Cet axe se préoccupe ainsi d’identifier les idées alternatives à la rationalité pénale moderne et de voir comment ces idées interagissent les unes avec les autres.

En comprenant la problématique dans laquelle la théorie de la rationalité pénale moderne est encadrée, nous pouvons saisir davantage sa portée et ses limites.

D'abord, en tant que théorie cognitive, la problématique de la non évolution du droit criminel observe un problème qui n'est pas relié à une seule des deux grandes traditions juridiques occidentales (*common law* et droit romano-germanique), ni circonscrit aux frontières nationales ou juridictionnelles. Il s'agit d'un problème que l'on peut attribuer à la culture juridico-pénale occidentale.

Finalement, en tant que théorie systémique, elle établit tout d'abord une distinction entre représentation sociale des acteurs et représentation sociale d'un cadre de référence institutionnel. Il ne s'agit pas d'une théorie qui vise à expliquer le comportement des acteurs, mais à comprendre pourquoi le droit criminel n'évolue pas à l'égard des normes de sanction. La théorie veut observer le point de vue officiel et institutionnalisé de ce système dans toute sa positivité. La théorie établit un lien entre certaines idées et certaines pratiques législatives et juridiques en matière de sanction criminelle et localise le problème de l'évolution du droit criminel dans cette imbrication entre pratiques et idées qui fondent les pratiques.

## **2. Le champ nucléaire pour l'évolution du droit criminel**

Nous l'avons déjà souligné, la théorie de la rationalité pénale moderne donne une place centrale aux idées pour la compréhension du problème de la non évolution du droit criminel. Dans le glossaire conceptuel utilisé par la théorie<sup>5</sup>, la notion de « champ nucléaire » est employée dans deux contextes différents mais liés entre eux. Cette expression a d'abord été utilisée à l'intérieur d'une cartographie des normes législatives pour souligner le *groupe de normes* le plus important du point de vue de l'évolution dans les structures du droit criminel : par exemple, les normes de sanction par opposition aux normes de comportement. Il s'agit du lieu central pour l'évolution ou la non évolution de palier du droit

---

<sup>5</sup> Il s'agit ici d'un document de travail qui présente de façon condensée les principaux concepts de la théorie et les termes susceptibles de produire des malentendus. Nous reprenons ici la description du glossaire.

criminel. Dans ce sens, la notion de champ nucléaire renvoie au champ nucléaire *des normes de sanction* parce que la théorie considère qu'une transformation majeure dans ce champ des normes est une condition *sine qua non* pour l'évolution de palier du système.

Cependant, l'expression champ nucléaire – ou une autre assez voisine : « *matrice nucléaire* » – a été employée aussi dans le cadre d'une description du système d'idées formé par quatre théories de la peine : la rétribution, la dissuasion, la dénonciation et la réhabilitation. Dans ce deuxième sens, la notion de champ nucléaire renvoie au champ nucléaire *des théories de la peine* qui forment ce système d'idées. Dans ce cas-ci, le champ nucléaire est formé par les théories dites « indifférentes à l'inclusion sociale » des personnes, soit la rétribution, la dissuasion et la dénonciation. Avec le temps, la théorie a réservé la notion de *champ* nucléaire pour la structure des normes et la notion de *matrice* nucléaire pour les théories de la peine totalement indifférentes ou aveugles à l'inclusion sociale des personnes condamnées.

La théorie de la rationalité pénale moderne soutient la thèse que les théories modernes de la peine (la rétribution, la dissuasion, la dénonciation et la réhabilitation carcérale) fonctionnent comme des obstacles cognitifs à l'évolution du droit criminel. En observant ces théories de la peine et leur usage dans le droit criminel, la théorie de la rationalité pénale moderne identifie ainsi les théories qui fondent les normes (de sanction) les plus indifférentes à l'inclusion sociale des personnes condamnées (la peine de mort, la peine perpétuelle, les peines minimales de prison, les restrictions minimales automatiques à une demande de libération conditionnelle, etc.). Elle tente également de localiser assez précisément le type de norme législative qui, en général, est capital pour l'évolution de palier ou de régime du système de droit criminel.

De cette manière, la théorie de la rationalité pénale moderne propose une nouvelle façon de cartographier les normes du droit criminel tout en gardant en tête la problématique des difficultés d'évolution du droit criminel. Cette cartographie vise à identifier ce champ de normes plus sensible et essentiel au problème d'évolution. Ce champ de normes qui est au centre de la problématique de l'évolution du droit criminel, la théorie

l'appelle le « champ nucléaire ». La cartographie proposée par la théorie nous montre l'association de certaines idées à ce champ nucléaire de normes et l'effet de blocage qu'elles ont sur l'évolution du droit criminel. En montrant ces obstacles, la théorie ne met pas seulement en évidence ce blocage, elle permet aussi de voir plus précisément le champ névralgique (de normes et d'idées) jouant un rôle fondamental dans l'évolution du droit criminel. Le mouvement est ainsi double : en même temps que la théorie identifie les obstacles, elle met l'accent sur la possibilité de les surmonter et de sortir de ce blocage.

La cartographie mettra à notre disposition une grille analytique fondamentale pour observer empiriquement les enjeux évolutifs du droit criminel lors d'une réforme du Code criminel ou même lors de la création d'une loi criminelle (Possas, 2009; Machado et al., 2010). C'est cette grille que nous avons utilisée pour décrypter la réforme pénale de 1984 au Brésil et problématiser ses enjeux sur le plan de l'évolution du droit criminel. Nous avons ainsi soulevé les questions suivantes : comment les théories de la peine et les normes de sanction furent-elles abordées dans le cadre de cette réforme? quels modèles de normes de sanction furent alors les plus valorisés? quelles théories de la peine furent mobilisées pour appuyer ces modèles de normes de sanction? Nous verrons que ces idées et ces normes de sanction jouèrent un rôle fondamental dans les enjeux cognitifs d'évolution. Voyons la cartographie de la structure de normes du droit criminel proposée par la théorie de la rationalité pénale moderne.

Pour construire cette cartographie, la théorie s'inspire de la contribution de certains juristes, surtout celle de H. L. A. Hart (1961), tout en tenant compte des commentaires critiques de G. Gavazzi (1967). L'idée centrale que nous trouvons dans la classification des normes juridiques faite par la doctrine juridique est celle de distinguer d'abord deux niveaux de normes : 1) celles qui créent des droits et des obligations; 2) celles qui rendent effectives les normes de premier niveau. La théorie de la rationalité pénale moderne garde cette distinction faite par la doctrine juridique. Les normes de premier niveau « sont celles qui prescrivent aux êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains actes » et les normes de deuxième niveau sont celles qui « disent quoi, quand et comment faire, si les règles du premier [niveau] ne sont pas respectées ou si elles sont contestées »

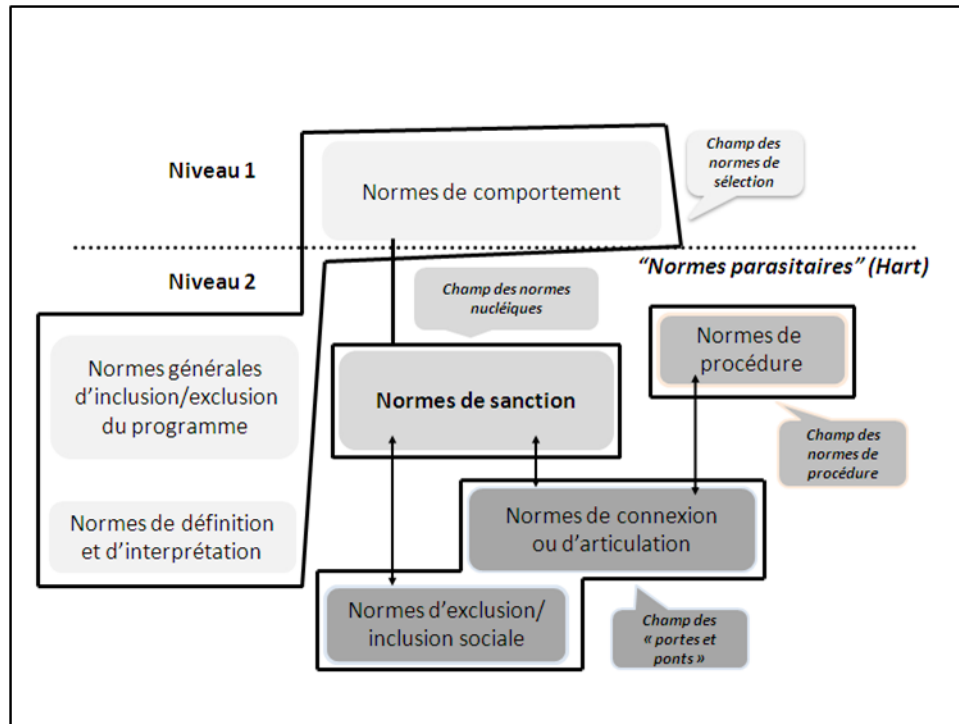
(Garcia, 2002, p. 9). Ainsi, dans le droit criminel, les normes de premier niveau sont les normes de comportement tandis que les normes de deuxième niveau sont toutes des normes portant sur des normes de comportement. Par exemple, prenons l'énoncé normatif « quiconque fait X doit être puni par Y ». « Quiconque fait X » est une norme de comportement, une norme de premier niveau, et « doit être puni par Y » est une norme de deuxième niveau. Comme nous le verrons plus en détail plus loin, il existe différents types de normes de deuxième niveau.

Afin d'indiquer le champ nucléaire pour l'évolution du droit criminel, Pires (2011) regroupe les normes en quatre champs en tenant compte de la fonction attribuée à chaque champ. Il considère d'abord 1) *le champ des normes de sélection de situations-problèmes*. Ce champ inclut a) les normes de comportement, b) les normes d'inclusion/exclusion du programme et c) les normes de définition et d'interprétation. Il considère ensuite 2) *le champ des « portes et ponts »*, comprenant a) les normes de connexion ou d'articulation avec d'autres systèmes normatifs (qu'ils fassent ou non partie du système de droit, comme le droit civil, les comités disciplinaires, etc.) et b) les normes d'exclusion/inclusion sociale (par exemple, celles qui interdisent ou autorisent les condamnés à voter, à pratiquer ou non certains emplois, etc.). Il considère en outre 3) *le champ des normes de procédure* et finalement, 4) *le champ des normes nucléiques auquel correspondent les normes de sanction*.

La cartographie de la structure de normes du droit criminel est représentée par la figure ci-dessous :

**FIGURE 1.1**

**Cartographie de la structure des normes du droit criminel et de ses champs (Pires, 2011)**



Dans la théorie de l'évolution de la rationalité pénale moderne, *le champ des normes nucléiques* est défini autour des normes de sanction. Cela signifie que c'est ce champ de normes qui représente le point d'ancrage des enjeux relatifs à l'évolution (et par conséquent à la non évolution) de palier du système. Cependant, dans le champ de normes nucléiques, nous trouvons non seulement *les normes de sanction*, mais aussi *les idées* – les théories de la peine adoptées par le droit criminel et le système politique en matière criminelle – qui fondent certaines d'entre elles. Les normes de sanction font référence, elles, à tout ce qui est lié à la détermination de la peine, aux étapes de décision entourant la sanction criminelle, au choix du type de sanction, de son quantum et de la façon de l'accomplir et de l'administrer, aux modifications apportées à la peine, à leurs justifications, etc. Voici des exemples de ces normes : « la peine maximale est de 10 ans », « si le coupable prête secours à sa victime, la peine peut être réduite ou suspendue », « le premier tiers d'une peine d'incarcération doit être fait selon le régime X ».

Sur ce champ nucléaire, la théorie de la rationalité pénale moderne démontre que certains modèles de normes de sanction mis en place dans les traditions juridiques du monde occidental à l'aide de certaines théories de la peine furent solidement cristallisés dans la structure des normes du droit criminel au point même d'empêcher d'envisager d'autres possibilités de normes de sanction capables, à leur tour, de sortir des idées soutenues par les théories conventionnelles de la peine. C'est le cas du modèle des longues peines d'incarcération et, particulièrement dans certaines régions du monde occidental comme le Brésil, du modèle des peines minimales appuyé surtout par les théories de la rétribution, de la dissuasion et de la dénonciation. La législation pénale brésilienne valorise intensivement, nous le verrons, un type de peine minimale représenté par la prescription d'une peine de prison variant entre un *quantum* minimal et un *quantum* maximal fixés *a priori* dans la loi. Le juge est ainsi contraint à se situer entre ces balises pour « décider » du *quantum* de la peine de prison. Les choix du type de sanction ainsi que de la quantité minimale de la peine sont déjà imposés à l'avance au juge, ce qui réduit donc son champ de pouvoir décisionnel. Cette pratique est conçue par la théorie de la rationalité pénale moderne comme une « intervention politique dans la sentence du droit » (Machado et Pires, 2010).

Dans *le champ des normes de sélection*, nous trouvons les normes dont la fonction est de contribuer à la sélection des situations-problèmes qui sont susceptibles d'être « traitées » par le droit criminel. Ce champ englobe *les normes de comportement* que nous avons déjà définies et que nous pouvons illustrer par la norme « il est interdit de tuer ». Il englobe également *les normes d'inclusion/exclusion du programme*, par exemple : « les mineurs de moins de 18 ans ne peuvent pas être poursuivis devant la justice des adultes », ou « la légitime défense exclut la condamnation », ou « une personne considérée sans capacité de jugement moral ne peut pas être condamnée pour un crime », ou encore « les médecins sont autorisés à pratiquer l'avortement dans les conditions déterminées par la loi » (Pires, 2011). Ce même champ englobe aussi *les normes de définition et d'interprétation* : à titre d'exemples, « dans ce Code, on entend par animal ... » ou « en cas de doute, l'interprétation doit favoriser l'accusé ».

*Le champ des normes de procédure* englobe toutes les normes de la procédure criminelle, comme celles qui définissent « les règles sur la preuve, sur les formes que peuvent prendre les procès, sur les pouvoirs du personnel de la justice, etc. » (Garcia, 2002, p. 10). À titre illustratif, nous pouvons considérer les normes suivantes : « la perquisition d'un lieu d'habitation exige une autorisation du tribunal », « le tribunal peut/ne peut pas autoriser une conciliation entre les parties pendant le procès », « seules les preuves présentées au procès peuvent être considérées » (et non ce que le juge a appris par les journaux).

Dans *le champ des « portes et ponts »*, nous classons les normes qui contribuent à établir ou à obstruer des ponts et à ouvrir ou à fermer des portes entre le droit criminel et les autres systèmes normatifs ou dispositifs organisés de contrôle de comportements. Ce champ comprend *les normes d'inclusion/exclusion sociale*, les normes qui traitent des effets de l'intervention pénale (« sauf disposition contraire dans la sentence, le condamné reçoit un pardon judiciaire automatique deux ans après la fin de la peine », « qui est condamné à une peine de prison ne peut pas voter », « qui a un casier judiciaire ne peut pas être membre de la fonction publique », etc.). Ce champ comprend aussi *les normes de connexion ou d'articulation*, soit les normes qui lient le droit criminel à d'autres systèmes normatifs (deux exemples : « la condamnation criminelle vaut devant un tribunal civil »; « 15 ans après la commission du délit, il ne peut plus y avoir poursuite au criminel, mais le ministère public peut présenter le cas devant un tribunal civil »).

Étant donné la nature des normes de connexion en particulier, la cartographie proposée par la théorie de la rationalité pénale moderne différencie les normes qui ont un statut univoque et celles qui ont un statut biunivoque ou « pluri-univoque ». Les normes qui ont un statut univoque sont celles qui, dans la typologie, ne peuvent pas être classées dans plus d'une catégorie à la fois. Par contre, les normes avec un statut biunivoque ou « pluri-univoque » peuvent être classées dans deux ou plusieurs catégories. Au stade actuel du développement de la théorie de la rationalité pénale moderne et en attendant un cas négatif qui le contredise, les normes de connexions sont classées comme ayant un statut biunivoque ou « pluri-univoque ». Les exemples cités ci-dessus pour les normes de connexion

démontrent bien ce statut. La norme « la condamnation criminelle vaut devant un tribunal civil » est en même temps une norme de connexion et une norme de procédure, ainsi que la norme « 15 ans après la commission du délit, il ne peut plus y avoir poursuite au criminel, mais le ministère public peut présenter le cas devant un tribunal civil » est en même temps une norme de connexion, de procédure et d'exclusion du programme.

Pour conclure cette section, il est important de retenir que la cartographie de la structure des normes du droit criminel, telle que présentée par la théorie de la rationalité pénale moderne, nous donne le point d'observation empirique privilégié et fondamental pour comprendre et analyser la problématique de l'évolution du droit criminel. La cartographie met l'accent sur le rôle central joué par le champ des normes nucléiques dans l'*évolution de palier* du droit criminel. Les enjeux évolutifs passent nécessairement par ce champ de normes et donc, plus spécifiquement, par les normes de sanction et les théories de la peine qui y sont associées.

L'observation des normes de sanction et des idées qui y sont associées ne vise donc pas à mettre l'accent sur leurs implications dans la vie des individus ni à problématiser ce qu'elles représentent pour leurs droits fondamentaux. Notre regard sur les normes de sanction est plutôt cadré dans la problématique de l'évolution du droit criminel telle qu'elle est proposée par la théorie de la rationalité pénale moderne. Nous nous intéressons en effet, il faut le rappeler, aux enjeux évolutifs d'ordre cognitif et non à d'autres types d'enjeu. Privilégiant ainsi des enjeux relatifs à la connaissance, nous avons pu observer comment les théories de la peine mises en place pour fonder les projets de réforme sont venues cognitivement teinter la manière de penser la réforme des normes de sanction.

Dans la prochaine section, nous expliciterons ce que la théorie de la rationalité pénale moderne entend par théorie de la peine. Ensuite, nous décortiquerons chaque théorie de la peine en mettant en lumière, pour chacune, ses principaux énoncés.

### 3. Les théories de la peine

Commençons par une première approximation : les théories de la peine sont un type de discours dense et sophistiqué sur la « punition » et qui, sous une forme philosophique ou théorique, offrent des conseils à l'autorité (au gouvernement, au législateur, au juge) quant à la manière de déterminer, de justifier et d'administrer la sanction criminelle. Ce « corpus d'enseignements » propose en effet certaines finalités pour la sanction criminelle et d'autres types de « prémisses pré-décisionnelles », des motivations et des critères pour prendre des décisions concernant les peines. Ces discours proposent des réponses à des questions comme : « qu'est-ce que 'punir' et qu'est-ce que 'ne pas punir'? »; « quand devons-nous punir et sous quelles conditions? »; « quelle finalité l'autorité doit-elle sélectionner ou focaliser lorsqu'elle punit? »; « quels doivent être les types de sanction et la quantité de ces sanctions?; combien de temps doivent-elles durer? »; « la peine doit-elle être proportionnelle au crime?; que signifie 'proportionnalité'? »; « les autorités peuvent-elles pardonner ou accepter le pardon des victimes? »; « les autorités peuvent-elles punir exclusivement avec une sanction pécuniaire au bénéfice des victimes ou d'une tierce partie? »; « les autorités doivent-elles penser au principe d'égalité au moment de punir?; que doit signifier ce principe? », etc. Nous pouvons trouver ces discours dans trois circuits communicationnels privilégiés faisant référence à la sanction criminelle : 1) le circuit des réflexions « savantes » ou « théoriques » (par exemple : la philosophie, la doctrine juridique, la théorie du droit, les commissions de réforme du droit; 2) le circuit des décisions (par exemple : les décisions de création des lois, les décisions de détermination et de gestion de la peine; 3) le circuit de diffusion, de revendications et de protestations (par exemple : les médias et les mouvements sociaux).

Les théories de la peine sont des discours institutionnalisés et reconnus par le droit criminel. Elles intègrent ainsi une certaine réalité de ce système et sont utilisées pour appuyer certaines de ses opérations. L'ensemble de ces théories qui composent la rationalité pénale moderne n'a pas été examiné en profondeur par les recherches en sciences sociales comme faisant obstacle à l'évolution du système de droit criminel. Et même les études qui

attirent l'attention sur ces théories de la peine en tant que telles sont souvent classifiées d'emblée par les critiques, à tort ou à raison, comme une sorte de « technicist penology » ou « administrative or mainstream criminology » (Hudson, 2003, p. 10). C'est que l'étude en soi de ces théories impliquerait, d'après certains critiques, d'accepter – naïvement, ajoutent-ils – le reflet de ce qui se passe dans la pratique; cela signifie, pour eux, d'accepter les justifications qu'elles proposent de la punition et leurs prescriptions. Quoi qu'il en soit, cette critique n'a rien à voir avec la manière par laquelle la théorie de la rationalité pénale moderne traite les théories de la peine. Répétons que la théorie observe ces théories comme des *obstacles cognitifs à l'évolution* du système de droit criminel *justement parce qu'elles légitiment* certaines pratiques répressives fortes et disqualifient d'autres alternatives dans la manière de sanctionner.

La théorie de la rationalité pénale moderne prend donc au sérieux les théories de la peine – en tant que discours savants – et rejette le point de vue suggérant qu'elles ne puissent contribuer à la compréhension de certains problèmes du droit criminel. Ces discours savants sont mobilisés par le tribunal, le Parlement et l'administration correctionnelle comme la grammaire officielle qui donne le fondement à leurs pratiques. Ces discours donnent des « conseils », des « recettes » aux autorités politiques, juridiques et administratives sur les critères qu'elles doivent adopter pour prendre des décisions concernant les sanctions criminelles.

Bref, la théorie de la rationalité pénale moderne propose d'objectiver les théories de la peine. Objectiver dans le sens employé par Bourdieu qui signifie « rendre visible l'invisible » (2000, p. 124). Bourdieu parle aussi de garder une posture de distance des descriptions de l'objet objectivé, dans notre cas, les théories de la peine.

Pires utilise trois concepts sociologiques pour décrire les théories de la peine : 1) le concept de « théories de la réflexion » qu'il emprunte à Luhmann ; 2) le concept de « théories pratiques » de Durkheim ; et 3) le concept de « vocabulaire de motifs » de Wright

Mills<sup>6</sup>. Chacun de ces concepts permet de catégoriser une dimension des théories de la peine dans leurs enjeux relatifs à la problématique de l'évolution du droit criminel. Selon Pires, les théories de la peine ont un double statut. D'un côté, elles ont été sélectionnées par le système de droit criminel pour construire son identité, son autoportrait, et, de cette manière, elles sont utilisées pour marquer sa distinction par rapport à d'autres systèmes normatifs. Autrement dit, le droit criminel a construit à partir de lui-même sa différence en privilégiant les idées fournies par certaines théories de la peine parmi d'autres idées possibles, comme nous l'approfondirons plus tard. Ce premier statut se ramène à l'usage de ces théories pour la réflexion du droit criminel. D'un autre côté, les théories de la peine ont un autre statut lié à un autre usage communicationnel qui est fait de ses idées. Les théories de la peine sont utilisées pour orienter, fonder et motiver les décisions sur la sanction criminelle dans le système de droit criminel et dans le système politique lors de la création d'une loi en matière de sanction criminelle. Elles créent ainsi des « *patterns* » de communication et d'action.

Pour comprendre la première dimension des théories de la peine, celle qui est relative à sa mobilisation pour la réflexion et la construction de l'identité du droit criminel, le concept de « théorie de la réflexion » présenté par Niklas Luhmann a une valeur heuristique remarquable. Par « théorie de la réflexion », Luhmann entend les théories internes d'un système social de fonction (droit, politique, santé, économie, etc.) dont il se sert comme formule unitaire pour son « autodescription ». Ce sont les « ressources cognitives » (Garcia, 2010, p. 126) dont dispose un système social de fonction pour construire et renforcer son identité.

Pour Luhmann, les systèmes sociaux de fonction sont des systèmes autoréférentiels « composed of elements which they produce by an arrangement of their elements » (Luhmann, 1984, p. 65). À travers ses propres opérations, un système social de fonction marque sa différence par rapport à l'environnement et actualise ainsi sa frontière communicationnelle. Les « autodescriptions » sont parmi les opérations qui marquent la différence système/environnement. Dans la théorie du sociologue allemand, elles

---

<sup>6</sup> Il fait référence aussi au concept de « cadres analytiques » (« *frame analysis* » ou « cadres de l'expérience ») de Goffman, mais sans l'approfondir.

correspondent à un type spécial de performance sémantique. Elles aident en effet à la construction de l'identité et de l'unité systémiques. Luhmann explique que « self-description means selection of distinctions and indications, of differences and identities » (Luhmann, 1984, p. 66)<sup>7</sup>. Les théories de la réflexion, en tant que théories internes du système, contribuent à cette opération et fournissent ainsi des «autodescriptions» identitaires pour que le système puisse construire et se référer à son identité.

Ce concept aide à caractériser cet aspect des théories de la peine en tant que théories jouant un rôle central dans la construction d'une certaine identité essentiellement punitive du droit criminel. Ces théories fournissent des idées que le droit criminel utilise pour construire ses propres «autodescriptions», son identité et sa « réalité ». Bien sûr, le système peut venir à employer d'autres idées pour construire éventuellement une autre identité.

Pour comprendre la deuxième dimension qu'ont les théories de la peine, celle qui oriente, fonde et motive les décisions sur la sanction criminelle, nous employons deux concepts sociologiques : le concept de « théories pratiques » de Durkheim et celui de « vocabulaire de motifs » de Wright Mills.

Durkheim distingue les « théories pratiques » des théories scientifiques puisque la science, dit-il, appuyée sur une certaine épistémologie, « étudie les faits pour les connaître et seulement pour les connaître, d'une manière absolument désintéressée » (1966, p. 61). Les théories pratiques, souligne-t-il :

[...] sont des spéculations d'une tout autre sorte. En effet, ni elles ne poursuivent le même but, ni elles n'emploient les mêmes méthodes. 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*. (...) Telles sont les théories médicales, politiques, stratégiques, etc. Pour exprimer le caractère mixte

---

<sup>7</sup> Il faut souligner que les autodescriptions se différencient des descriptions externes et ne sont pas « a true picture of their object », car, comme le dit Luhmann, « their selectivity [is] part of their performance » (Luhmann, 1984, p. 66).

de ces sortes de spéculations, nous proposons de les appeler des *théories pratiques* (1966, p. 67 et 69). (Nous soulignons)

Dans ce cadre, Durkheim distingue ainsi la pédagogie de l'éducation. La pédagogie, dit-il, ressemble un peu à des théories qui « sont des manières de concevoir l'éducation, non des manières de la pratiquer. Parfois, elles se distinguent des pratiques en usage au point de s'y opposer. La pédagogie de Rabelais, celle de Rousseau ou de Petalozzi, est en opposition avec l'éducation de leur temps » (1966, p. 59). Ainsi, pour Durkheim, les théories pratiques ne sont ni des théories scientifiques, car elles ne sont pas des descriptions de la pratique, ni des pratiques en tant que telles, car elles disent comment les pratiques doivent être, entretenant ainsi, dans certains cas, une relation conflictuelle avec certaines pratiques. Les théories pratiques, comme les théories de la peine, nous le verrons, valorisent certaines pratiques et en dévalorisent d'autres.

Une autre caractéristique importante de ce concept durkheimien de théories pratiques dans la caractérisation des théories de la peine se ramène au fait que nous ne nous référons pas aux théories pratiques tout le temps ou de manière continue. Les théories pratiques sont en effet intermittentes tandis que la pratique est continue. Comme Durkheim le souligne, « on ne réfléchit pas toujours, mais seulement quand il est nécessaire de réfléchir et les conditions de la réflexion ne sont pas toujours et partout données » (1966, p. 60).

En s'appuyant sur ce concept de Durkheim, Pires soutient que les théories de la peine sont des théories pratiques *sui generis* ou d'un type particulier. Elles ne se confondent pas avec les théories pratiques des intervenants sociaux, elles ne disent pas comment les autorités doivent s'adresser aux individus, mais seulement comment (à l'aide de quels critères) elles doivent décider à propos des peines dans la législation, au moment de la sentence et dans l'exécution de la sentence.

Le concept de « vocabulaire de motifs » de Wright Mills aide à comprendre une autre dimension des théories de la peine en tant que guide de décision dans les opérations régulières du système de droit criminel. Cette autre dimension émerge de la distinction que fait Wright Mills entre motifs et vocabulaire de motifs (1940). Selon Wright Mills, les motifs

d'une action sociale donnée ne font pas référence aux convictions personnelles des individus. Les motifs sont, d'un point de vue sociologique, les vocabulaires attendus et consacrés dans une situation sociale donnée. Ce sont les termes à travers lesquels les acteurs sociaux interprètent leur conduite (1940, p. 904). Il ne s'agit pas de connaître les raisons personnelles des agents. La question est de savoir pourquoi certains motifs sont verbalisés et d'autres, non (1940, p. 905). L'auteur donne en exemple le vocabulaire de motifs fourni par un diplomate dans une situation donnée. Ce vocabulaire n'est pas un mensonge relevant d'une intentionnalité. L'usage du vocabulaire indique plutôt que celui-ci a été choisi parce que c'est le vocabulaire « accepté » ou « institutionnalisé » dans cette situation particulière. Le vocabulaire de motifs respecte ainsi les convenances dans une situation donnée. Il est investi d'un potentiel de légitimation. Les théories de la peine sont devenues une sorte de vocabulaire de motifs des décisions concernant la sanction criminelle. Leur vocabulaire, *sur le plan des motifs*, est systématiquement « pré-approuvé ». Ce n'est pas le cas, par exemple, des motifs subjectifs d'un juge lors de la détermination de la peine.

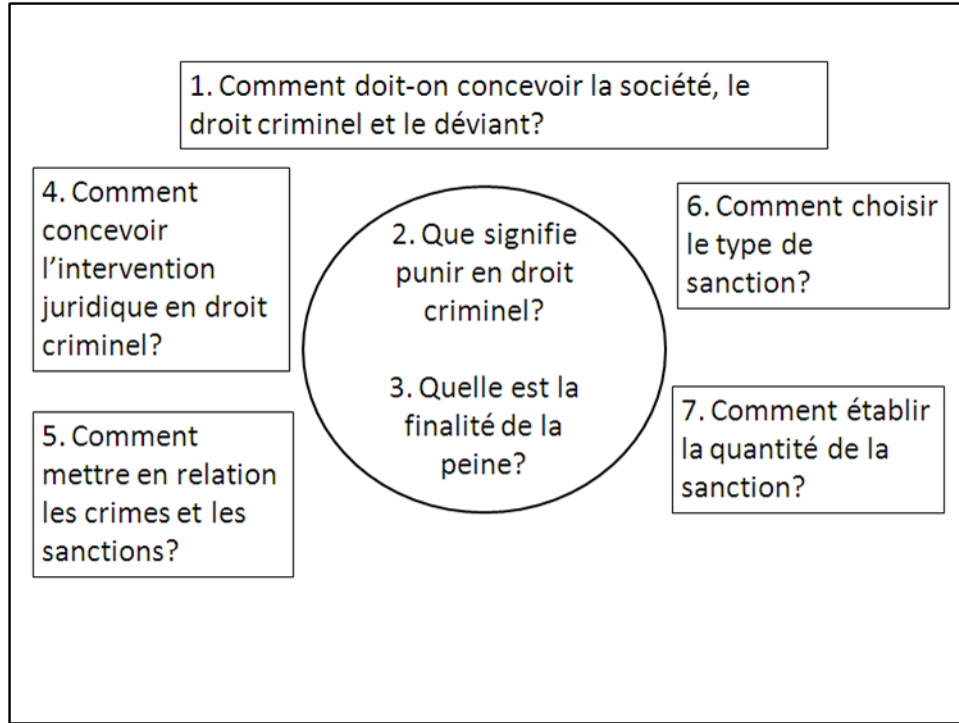
Pour caractériser les théories de la peine qui vont jouer un rôle fondamental dans les enjeux cognitifs de l'évolution du droit criminel, la théorie de la rationalité pénale moderne distingue entre les théories de la peine qui sont institutionnalisées et celles qui ne le sont pas. Par « théories institutionnalisées », on entend les théories de la peine qui ont été sélectionnées par le système politique (le Parlement lors de la création d'une loi en matière de sanction criminelle, etc.) et/ou par le système de droit criminel (les tribunaux, la doctrine, etc.), tandis que par « théories de la peine non institutionnalisées », on vise les théories en dehors ou en marge des opérations législatives ou judiciaires (Lachambre, 2011).

Les principales théories de la peine qui ont été institutionnalisées par le système politique et par le système de droit criminel, identifiées empiriquement et conceptuellement par la théorie de la rationalité pénale moderne, sont la théorie de la rétribution, la théorie de la dissuasion, la théorie de la dénonciation, la théorie de la réhabilitation carcérale, et la théorie de la neutralisation qui, nous le verrons, se mérite un statut particulier. Nous présenterons d'abord successivement chaque théorie moderne de la peine pour ensuite mettre en évidence les similitudes autour desquelles se forme, sur la question de la punition,

un système d'idées – la rationalité pénale moderne – faisant cognitivement obstacle à l'évolution du droit criminel moderne. Pires décrit les théories de la peine de manière à mettre en relief les questions que ces théories ont sélectionnées et les réponses qu'elles y ont apportées, ce qui constitue ainsi un corpus discursif de recommandations aux autorités. Chaque théorie donne des réponses aux questions suivantes : « 1) comment doit-on représenter le transgresseur? 2) quel doit être le but des autorités (ou de la peine)? 3) quel est le fondement (éthique, politique et juridique) de ce but? 4) qu'est-ce que la punition ou la peine et qui est autorisé à punir? 5) l'autorité est-elle obligée de punir? comment doit-on envisager le pardon (de la victime ou des autorités politiques et/ou juridiques)? 6) comment décider quant à la qualité (type) et la quantité (dosage) des sanctions? 7) comment concevoir l'individualisation de la sentence et de la sanction? comment concevoir l'égalité des normes de sanction? comment concevoir la modération des sanctions? ». Les questions les plus visibles pour les observateurs externes sont les questions n° 2 et n° 3, car ces théories sont vues comme étant précisément associées à la « finalité de la peine ». Nous le verrons plus loin, les moyens qu'elles valorisent pour aboutir à ces buts sont ainsi moins visibles et par conséquent moins remis en question. Pires (2010) nous fournit le tableau ci-dessous pour observer la structure discursive de ces théories de la peine :

**FIGURE 1.2**

**Structure des énoncés d'une théorie de la peine (Pires, 2010)**



En présentant les théories de la peine, nous voulons attirer l'attention tout à la fois sur la contingence des sélections opérées par ces théories dans la construction du sens de certains concepts et principes, sur la manière que ces concepts et principes seront définis et cristallisés par ces théories et, ainsi, par le droit criminel lui-même, et sur la possibilité de donner d'autres sens et de construire d'une autre façon ces mêmes concepts et principes.

Dans le cadre de notre recherche, deux théories de la peine nous paraissent avoir joué un rôle important pour l'évolution du droit criminel dans les communications de réforme au Brésil, soit la théorie de la rétribution et la théorie de la réhabilitation. Pour cette raison, nous présenterons ces deux théories modernes de la peine d'une façon plus détaillée que nous le ferons pour les théories de la dissuasion et de la dénonciation. Soulignons par rapport à cette dernière que Pires, suite aux travaux de Lachambre (2011), a commencé à

l'observer comme une théorie cognitivement indépendante<sup>8</sup> des théories de la rétribution et de la dissuasion.

Il est important aussi de faire une dernière remarque par rapport à notre description des théories modernes de la peine. Nous excluons de notre présentation l'idée ou la « théorie » de la neutralisation, même si cette idée, surtout dans certaines régions, a eu des configurations particulières et a joué un rôle important dans les discours pénaux (Feeley et Simon, 1992; Zimring et Hawkins, 1995; Garland, 2001, entre autres). En suivant Pires, nous argumentons que la neutralisation se présente davantage comme une théorie parasitaire ou circonscrite à des situations particulières que comme une théorie de la peine comme les autres mentionnées ci-dessus. Pour la classer, Pires suggère certaines possibilités : on peut la concevoir comme une théorie de la peine complémentaire ou de portée réduite, ou alors comme un simple objectif de contrôle de certains individus considérés comme étant à risques, ou encore comme la simple reconnaissance d'une situation-problème particulière et difficile à gérer. Dans le cas spécifique du Brésil, nous verrons comment l'idée de neutralisation apparut attachée à la théorie de la réhabilitation et quelles furent les implications de ce lien pour la réforme proposée du Code criminel.

### **3.1. La théorie de la rétribution**

L'origine de la théorie de la rétribution remonte à une théorie de la justice de Dieu de Saint Alselme (*Cur Deus Homo*, 1100) (Pires, 1998). Dans sa version moderne et laïque, on se réfère souvent à Kant (1797) et à Hegel (1820) (Pires, 1998).

Cette théorie accorde également une place centrale à la notion d'égalité dans la détermination de la peine et dans le droit de punir. En fait, comme le fait remarquer Pires, elle construit deux thèses sur l'égalité. La première soutient que la peine doit être proportionnelle au crime, elle doit plus précisément être égale au crime. La deuxième thèse sur l'égalité soutient que l'autorité, pour « être juste et égale » à l'égard des individus

---

<sup>8</sup> Par théorie de la peine cognitivement indépendante nous comprenons un corpus d'énoncés qui répond aux sept questions de la Figure 1.2 – Structure des énoncés d'une théorie de la peine (p. 35) et qui a un nom désigné (par exemple, « dénonciation », « rétribution », etc).

respectueux des lois, doit punir tous les transgresseurs connus. La valeur « égalité » prend ainsi une place prioritaire par rapport à d'autres valeurs possibles, telles que la valeur « liberté », la valeur « paix » ou « pacification », la valeur « bienfaisance », la valeur « prendre soin », etc. Pour présenter cette théorie en détail, nous suivrons le schéma de Pires illustré dans la figure 1.3. L'auteur de référence ici, pour nous, est Kant.

La théorie de la rétribution évoque une représentation sociale du transgresseur comme étant en guerre contre l'autorité, contre l'ordre moral ou contre la société. Comment cette image est-elle construite?

Cette représentation se construit à partir d'une conception de l'être humain en tant qu'être libre et rationnel. La liberté humaine est conçue comme le pouvoir d'agir indépendamment des contraintes naturelles et sociales. L'être humain, sur le plan de ses actions, est conçu comme étant capable de freiner une sorte de causalité matérielle (naturelle et sociale) et de s'orienter par une causalité plutôt spirituelle, provenant de sa conscience morale (Pires, 1998, p. 171).

Cette représentation de l'être humain comme libre et rationnel joue un rôle important dans la façon dont la théorie conçoit la punition et dicte ses recommandations à l'autorité quant à la sanction criminelle. Par exemple, comme notre matériel empirique va le montrer, la peine sera justifiée en fonction de la notion de culpabilité.

Quant à la question « quel doit être le but des autorités (ou de la peine)? », il faut souligner que malgré le fait que Kant ne parle pas explicitement du « but de la peine », car pour lui la punition ne doit servir à aucun but utilitaire, que ce soit la correction ou la dissuasion, sa théorie de la peine recommande à l'autorité une certaine « intention », une certaine « finalité ». La théorie de la rétribution est catégorique : en cas de transgression de certaines lois criminelles, l'autorité doit « punir ». Le « but » de la punition est la punition elle-même (Pires, 1998, p.168). En plus, l'autorité, selon cette théorie, doit punir pour « faire justice ». À « faire justice », la théorie de la rétribution attribue un sens bien particulier : il

s'agit de rétablir l'ordre social et moral en faisant payer le mal par le mal. Le « but » est ainsi conçu comme celui de « rétribuer le mal par le mal pour faire justice ».

La théorie raisonne de la façon suivante. D'abord, elle présente une distinction entre la finalité de punir (ou rétribuer) et celle de promouvoir le bien. Le but est plutôt autosuffisant. L'autorité ne doit pas chercher à promouvoir autre chose que la rétribution (la punition) elle-même. En plus d'être autosuffisant, le « but » rétributif de la peine est très difficilement contestable par des recherches empiriques. Car si la peine exprime ou paraît exprimer une souffrance proportionnelle au crime, le but de la théorie a été accompli. Cette caractéristique est importante parce qu'elle a beaucoup à dire sur la façon dont la théorie de la rétribution sera évaluée et valorisée dans les communications juridiques et politiques par rapport aux autres théories de la peine, surtout la théorie de la réhabilitation, comme nous le verrons dans notre analyse empirique à partir du cas de la réforme pénale brésilienne. Comme son « but » ne se situe pas dans l'avenir (dissuader, réhabiliter) mais se réalise plutôt par l'«infliction» de la souffrance à travers, par exemple, une peine de prison, son « efficacité » ne sera jamais mise en question. En fait, elle est vue comme la seule théorie de la peine qui fait ce qu'elle prétend faire : infliger une souffrance (proportionnelle) au coupable. Cela peut nous aider à comprendre, par exemple, le rôle central que cette théorie joua au Brésil, surtout dans l'opposition qui se construisit entre la théorie de la rétribution et la théorie de la réhabilitation. À l'abri de tout soupçon et de la critique quant à son « efficacité », la théorie de la rétribution y prit une place centrale et dominante dans ce scénario communicationnel de réforme.

Le concept de justice est donc construit dans cette théorie de façon exclusivement négative. La punition est l'infliction d'une souffrance : « il faut punir pour punir ou, si l'on préfère, payer le mal par le mal, c'est-à-dire rétablir la moralité et la justice par la souffrance du coupable. » (Pires, 1998, p. 167). La fonction de la peine et le rôle de l'autorité sont de compenser (par le mal de la peine) la transgression du droit (le mal que représente la faute qui a porté atteinte à la Justice ou à la Moralité). En faisant cela, l'autorité contredit le crime qui avait lui-même contredit la norme.

Cela nous amène à la troisième question de notre schéma « quel est le fondement de cet objectif de rétribuer le mal par le mal? ». La théorie de la rétribution soutient que le fondement est la « loi morale ». C'est la « loi morale » qui oblige les autorités à punir tous les transgresseurs connus et condamnés par un tribunal. Le fondement du droit de punir est ainsi l'obligation morale de faire payer le mal du crime par le mal de la peine.

Ce fondement fut construit par Kant à partir de l'idée que le crime, plus que l'agression d'une victime concrète, était une agression contre la valeur de la loi. De cette façon, pour Kant, « [il] n'y a rien que l'individu fautif puisse offrir à sa victime qui aurait assez de valeur pour réaffirmer la valeur de la loi transgressée. La seule façon de rétablir l'ordre troublé est de *punir* le coupable. » (Pires, 1998, p. 165).

Pires attire notre attention sur deux implications relatives à cette manière de concevoir le fondement de punir. D'abord, il s'agit d'une idée qui, en consacrant une possibilité bien répressive, restreint les diverses possibilités de sens que l'on pourrait autrement conférer à l'expression « faire justice » ou à celle de « rétablir la justice ». La punition – et la punition en tant que souffrance infligée au coupable – est la seule et unique façon de faire justice (1998, p 165). Nous verrons plus loin que cela contribua à donner peu d'espace aux sanctions non carcérales, surtout dans les cas de délits plus graves ou de récidive. Deuxièmement, cette idée d'obligation morale comme fondement de l'objectif de punir établit une association entre « rétablir la justice » et la peine en tant que sanction du droit criminel. Comme le souligne Pires, « tout le reste relève de la notion d'impunité » (1998, p. 165) :

« Cette notion [impunité] prend alors une acception très large ; elle ne signifie pas que rien n'a été fait, mais tout simplement que la justice pénale n'est pas intervenue. L'idée d'« impunité » persiste même si un comité disciplinaire quelconque a donné une pénalité et même si la justice civile a exigé un dédommagement avec intérêts punitifs. Par exemple, un policier congédié pour usage abusif de la force physique par un comité administratif chargé de veiller sur la conduite professionnelle de ses membres sera vu comme un cas d'« impunité » si cette affaire tombe aussi sous le coup de la loi pénale et que la justice criminelle ne s'en mêle pas » (Pires, 1998, p. 165).

Ce discours, comme nous le verrons, apparut avec force au Brésil dans les communications de réforme du Code criminel. Les réformateurs dirent que la peine rétributive était la seule peine légitime du droit criminel. Le problème ici est exactement l'association du contenu afflictif à l'idée même de rétribution. Dire qu'une peine est toujours rétributive au sens où la peine est toujours la conséquence à d'une action antérieure jugée criminellement illégale, est une chose; dire que la peine est toujours rétributive parce qu'elle doit toujours communiquer l'intention de faire souffrir le coupable, en est une autre. La théorie de la rétribution donne un sens particulier à la « peine rétributive » en disant que la peine est celle qui doit causer une souffrance au coupable. Ce sens est chargé d'un contenu répressif et négatif qui ne promeut pas le bien, mais plutôt le mal. Nous reviendrons sur cela dans nos chapitres empiriques.

Quatrième question de notre schéma sur les théories de la peine : « qu'est-ce que la punition ou la peine et qui est autorisé à punir? ». Regardons comment y répond la théorie de la rétribution.

Comme nous pouvons nous y attendre, compte tenu de tout ce qui a été exposé jusqu'à maintenant, la théorie de la rétribution définit « punir » comme le fait d'infliger de manière intentionnelle et directe une souffrance (*laesio*) à un individu pour lui faire payer le crime qu'il a fait. Ainsi, la punition doit au premier plan infliger intentionnellement la souffrance. Quant à la question de savoir qui est autorisé à punir, la théorie de la rétribution considère que seule l'autorité peut punir. Par autorité, la théorie fait référence à l'autorité politique à travers l'autorité juridique. La théorie va pourtant plus loin et ajoute que seul le droit criminel peut punir au nom de la société. Ici, encore une fois, la théorie de la rétribution clôt les possibilités de penser à d'autres solutions qui sortent du droit criminel et à d'autres manières de punir aussi à l'intérieur même du droit criminel. Cette théorie dévalorise, par exemple, la réparation pénale, une mesure judiciaire proposant une activité d'aide ou de réparation à l'égard de la victime, car en dépit du fait que la réparation puisse être suffisante pour racheter le tort fait à la victime, elle est insuffisante pour payer ce qui représente le tort causé à la loi. Le droit criminel a ainsi une obligation de punir, ce qui nous amène à la

cinquième question : « l'autorité est-elle obligée de punir? Comment doit-on envisager le pardon (de la victime ou des autorités politiques et/ou juridiques?) ».

La théorie de la rétribution répond à cette question en soutenant que la punition est un impératif catégorique, « un devoir incontournable de l'autorité » (Pires, 1998, p. 179). Cela veut dire que la théorie recommande que tous les cas connus soient judiciairisés, que tous les cas condamnés reçoivent une peine et que la peine due soit appliquée intégralement. En suivant l'idée de la punition comme un impératif catégorique, les pratiques visant la déjudiciarisation de cas criminels ou même la modération des peines sont davantage dévalorisées par la théorie de la rétribution. Le pardon en remplacement de la peine est une pratique inacceptable pour la théorie, sauf dans des circonstances exceptionnelles. Cette théorie considère le pardon de la victime comme une mesure extérieure à la peine et qui ne doit ni la remplacer ni l'atténuer. Le pardon des autorités politiques ou juridiques est conçu par cette théorie comme une mesure à caractère exceptionnel.

Kant donne un exemple significatif pour démontrer l'obligation normative de punir. Il s'agit de l'exemple de l'île (Pires, 1998, p. 179-180). Dans ce passage, ce qu'il faut retenir pour notre argument est, d'abord, que la théorie de la rétribution soutient que la seule manière de « faire justice » est de punir (de rétribuer le mal par le mal), et, deuxièmement, que la peine est autosuffisante et que, par conséquent, elle doit être appliquée dans toutes les situations, même si elle est inutile, comme dans le cas de l'île isolée :

Mais si le criminel a commis un meurtre, il doit mourir. Il n'existe aucune commutation de peine qui puisse satisfaire la justice ... Même si la société civile devait se dissoudre avec le consentement de tous ses membres (si par exemple, un peuple habitant une île décidait de se séparer et de se disperser dans le monde tout entier) le dernier meurtrier se trouvant en prison devrait préalablement être exécuté, afin que chacun éprouve la valeur de ses actes, et que le sang versé ne retombe point sur le peuple qui n'aurait point voulu ce châtement, car il pourrait alors être considéré comme complice de cette violation de la justice publique (Kant, 1797a, 2P, 1S, E : 216) (cité dans Pires, 1998, p. 179-180).

Par rapport à la question de « comment décider quant au type de sanction et à son dosage? », la théorie de la rétribution recommande aux autorités que la qualité de la sanction ou le type choisi le soit parmi les sanctions qui indiquent clairement l'intention première

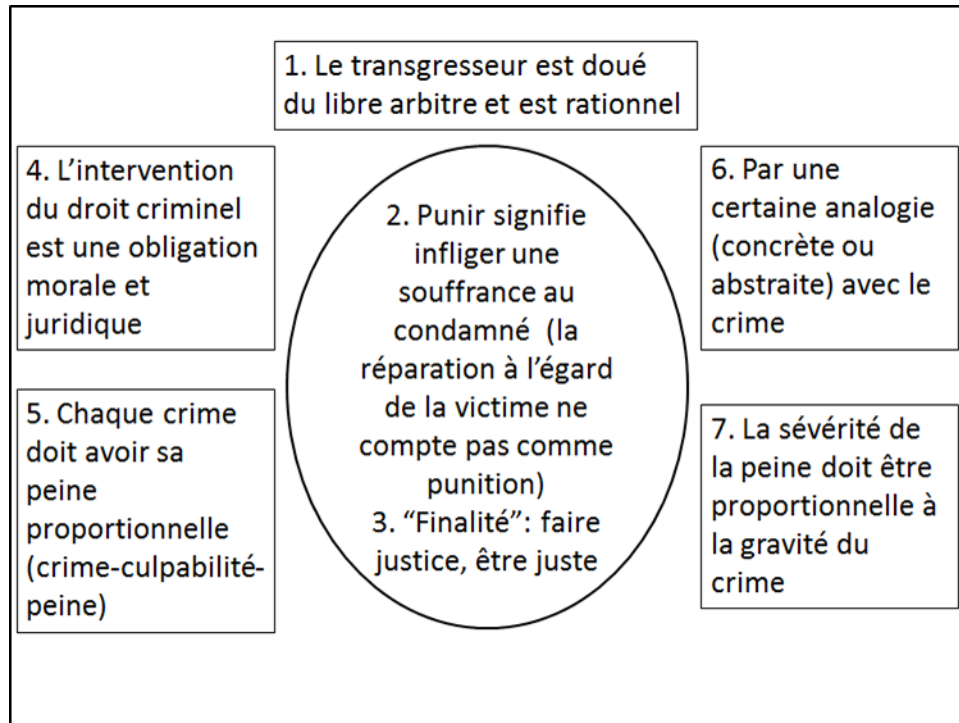
d'infliger une souffrance. La théorie de la rétribution, en consacrant une façon particulière de comprendre le principe d'égalité, soutient comme critère, pour choisir le type de sanction, qu'il doit y avoir entre la peine et le crime une identité mimétique. Parce que le crime est un mal, la peine doit représenter un mal. Ainsi, la théorie de la rétribution exclut du droit criminel toute réparation à l'égard de la victime et tout autre type de sanction dont le but premier n'est pas d'infliger intentionnellement une souffrance. Toute sanction visant au premier plan à éduquer ou à traiter le transgresseur est exclue du droit criminel par cette théorie et dévalorisée comme sanction alternative. Cette théorie n'appuiera jamais les sanctions qui ne visent pas intentionnellement à causer de la souffrance.

Nos dernières questions sont celles de savoir « comment concevoir l'individualisation de la sanction? Comment concevoir l'égalité des normes de sanction? Comment concevoir la modération des sanctions? ». Pour la théorie de la rétribution, tout ce qui se passe après le crime fait figure de considérations qui n'ont pas à être prises en compte dans la détermination de la peine. Elle se tourne vers le passé, mais un passé proche : la commission du délit. Ainsi, l'individualisation de la peine, selon cette théorie, se fait exclusivement par le juge du procès et seulement au moment de la détermination de la peine par le tribunal.

Pour conclure notre présentation de la théorie de la rétribution, nous résumons dans la figure ci-dessous ses principales recommandations à l'égard de la sanction criminelle:

**FIGURE 1.3**

**La théorie rétributiviste de la peine (Pires, 2010)**



**3.2. La théorie de la dissuasion**

On peut maintenant considérer une autre théorie importante de la pénalité moderne, soit la théorie de la dissuasion. Dans sa version moderne, la théorie est surtout représentée par les travaux de Cesare de Beccaria (1738-1794) et ceux de Jeremy Bentham (1748-1832). La théorie de la dissuasion a une particularité par rapport aux autres théories de la peine qui se ramène au fait qu'elle a un statut ambigu, car elle a en effet, du moins en apparence, deux faces : l'une normative et une autre en apparence descriptive. Sa face descriptive part du principe que les individus, en agissant selon une logique de calcul coûts/bénéfices, pensent à la peine avant de décider de passer à l'acte. De là, un questionnement sur la rationalité de l'action humaine valorisée par la théorie apparaît dans le débat : l'individu agit-il de la façon que la théorie le prétend? Y a-t-il une seule rationalité, celle de coûts/bénéfices, pour expliquer l'agir humain? Des recherches s'interrogent en effet

sur cette affirmation (notamment Dubé, 2012b et Labonté, 2013). Sa face normative, par contre, ne provoque pas ce questionnement. Elle lance aux autorités la recommandation selon laquelle « la peine prévue dans la législation et donnée par le tribunal doit représenter une souffrance qui serait suffisante pour enlever l'audace de commettre un certain type de crime ou, en cas d'insuccès, enlever l'audace (ou la capacité) du condamné à récidiver » (Pires, 2010, p. 6). Comme la théorie de la rétribution, la théorie de la dissuasion conçoit la punition en tant que souffrance imposée au coupable par l'autorité en raison d'une désobéissance à la loi. Toutefois, elle justifie la peine d'une autre manière. La peine doit être utile et son utilité vient du fait qu'elle doit effectivement dissuader. La peine a ainsi, selon cette théorie, la finalité d'intimider le coupable pour l'empêcher de récidiver et empêcher aussi les coupables potentiels de commettre leur crime (dissuasion spécifique et dissuasion générale sont ici respectivement représentées). Pour le dire comme Beccaria :

[L]e but des châtimens ne peut être dès lors que d'empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages à ses concitoyens et de dissuader les autres d'en commettre de semblables. Il faut choisir des peines et une manière de les infliger qui, toute proportion gardée, fassent l'impression la plus efficace et la plus durable possible sur l'esprit des hommes et la moins cruelle sur le corps du coupable (Beccaria, 1764, p. 24).

La peine a un critère d'efficacité mesuré par sa capacité de dissuasion. Ainsi, la réparation à l'égard de la victime (ou la compensation) comme sanction est exclue du droit criminel, car la théorie la voit comme insuffisante pour accomplir les objectifs de la dissuasion. De la même manière, le pardon de la victime ou sa réconciliation avec le coupable sont aussi exclus des modes de résolution de conflits du droit criminel, car ces éventualités ne permettent pas d'éliminer l'obligation de la peine, notamment parce qu'elles ne sont pas considérées en soi comme suffisantes pour donner l'exemple et dissuader. La théorie admet que le pardon puisse être accordé, mais elle est catégorique quant au fait que le pardon n'exclut pas la nécessité de la certitude de la peine pour pouvoir créer ses effets d'intimidation. La mesure du pardon judiciaire ou de celui de l'autorité gouvernementale n'est pas non plus appuyée par la théorie.

L'intervention juridique du droit criminel est ainsi conçue par la théorie de la dissuasion comme une nécessité pragmatique : pour dissuader, la peine doit être certaine. La

théorie exige des autorités qu'elles punissent tous les coupables, car autrement la peine devient incertaine et son pouvoir d'intimidation s'en trouve affaibli. Par conséquent, même les crimes légers doivent être punis. La dissuasion est garantie par la certitude d'une peine dont la sévérité représente un coût suffisant pour tout juste surpasser les bénéfices associés au crime.

Si défendre la certitude de la peine par opposition à sa sévérité donne l'impression d'une prise de distance par rapport à la punition, il faut se défaire de cette impression. Comme l'argumente Pires :

On s'en souvient, l'un des leitmotifs de l'œuvre est que c'est la *certitude* de la peine, et non sa *sévérité*, qui est importante. Tel que formulé par Beccaria et par les utilitaristes classiques, ce discours est trompeur : il prend l'allure d'un discours critique à l'égard de la sévérité (de l'ancien système), ce qu'il est dans une certaine mesure, mais il est également porteur d'un autre principe répressif : celui de l'obligation de punir *par une peine criminelle* et conformément aux buts de la théorie de la dissuasion (1998, p. 131).

Quant à la question de savoir comment choisir le type de peine pour atteindre le but de dissuasion, la théorie de la dissuasion au 18<sup>e</sup> siècle recommande également encore aux autorités de choisir des peines à partir d'une certaine similitude avec le crime. Bentham parle du principe de l'analogie entre le crime et la peine. Ce principe préconise qu'il doit y avoir une identité de fond entre le crime et la peine. Tant Bentham que Beccaria valorisent ce principe, mais ils ne le considèrent pas comme un critère absolu pour choisir la peine. Par exemple, les deux prennent position contre la peine de mort dans le cas d'homicide. Il faut se rappeler que ce principe de l'analogie perd toute son importance avec l'avènement de la prison au 19<sup>e</sup> siècle (Foucault, 1975).

De plus, pour cette théorie, la peine doit représenter un coût plus important que les bénéfices associés au crime et ce, de manière à décourager les individus de commettre des crimes. Nous pouvons mieux comprendre, à partir de ce critère, pourquoi la théorie de la dissuasion considère la réparation des torts causés à la victime comme étant en soi insuffisante. Pour Beccaria, « [p]our que le châtement soit suffisant, il faut seulement que le

mal qui en résulte surpasse le crime » (1764, p. 82). Comment déterminer alors le *quantum* de la peine?

Pour déterminer la juste sévérité de la peine, la théorie de la dissuasion mobilise à son tour, comme la rétribution, le principe de proportionnalité. Mais la proportionnalité est ici comprise d'une manière différente. Ce principe prend une autre forme que celle consacrée par la théorie rétributiviste. En effet, pour la théorie de la dissuasion, la proportionnalité n'est pas conçue comme une proportionnalité miroir ou horizontale entre le crime et la peine; elle est centrée sur l'idée d'une échelle globale de la gravité des crimes. Il s'agit d'une proportionnalité-échelle ou verticale (Pires, 1998). Le législateur est invité à établir une échelle de gravité entre les différents types de crime et une échelle correspondante de peines. Ainsi, plus le crime est grave, plus la peine doit être sévère. Dans le cas des crimes moins graves, même si les peines sont moins sévères, ils doivent toujours être punis d'une peine susceptible d'exprimer le surplus capable de surpasser les avantages du crime.

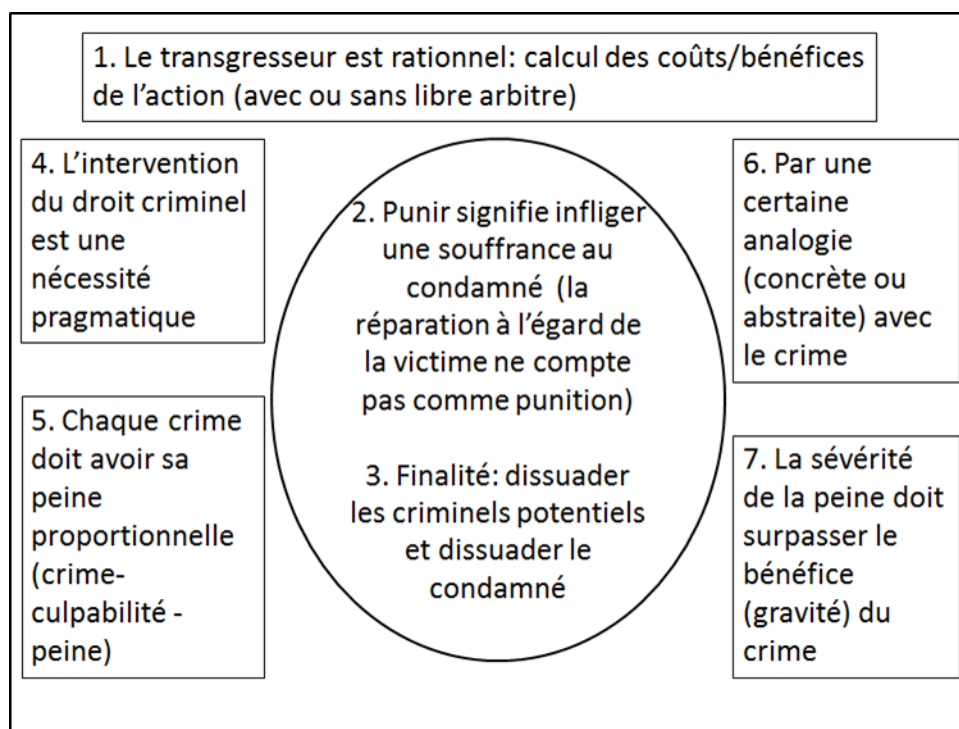
De plus, une dernière remarque doit être faite quant à la théorie de la dissuasion. Il s'agit de l'usage bien particulier de la sémantique de la « protection de la société » qui est, comme nous le verrons, très répandue dans nos données empiriques. Cette théorie attribue un sens particulier à cette expression qui sera souvent repris dans les communications du droit criminel. Nous avons observé son usage lors de la réforme pénale au Brésil. La théorie de la dissuasion consacre l'idée que la protection de la société est faite par la dissuasion du transgresseur virtuel et du transgresseur effectif à travers la souffrance du coupable. L'«infliction» de la souffrance au coupable est vue comme un moyen de protéger la société. Ainsi, la protection de la société est pensée sans tenir compte du transgresseur; au contraire, c'est grâce au tort infligé au coupable que nous protégeons la société. Il s'agit d'une manière de concevoir la protection de la société par l'adversité (Dubé, 2012a). La société est contre le transgresseur, comme si le transgresseur ne faisait pas partie de la société. La représentation consacrée ainsi est que la *partie* – le transgresseur – est négligeable par rapport au *tout*. Le transgresseur, en ayant commis un crime, ne fait plus partie de la société. La société se protège contre le transgresseur en lui causant une souffrance ou en l'excluant socialement,

notamment par la prison ou, encore aujourd'hui dans certaines juridictions occidentales, par la peine de mort.

Nous pouvons résumer les recommandations données par la théorie de la dissuasion par les énoncés ci-dessous :

**FIGURE 1.4**

**La théorie de la dissuasion (Pires, 2010)**



### 3.3. La théorie de la dénonciation

La théorie de la dénonciation ou de la réprobation sociale est celle qui soutient, grosso modo, que « la peine doit communiquer le dégoût du public pour le crime pour reconduire les valeurs fondamentales qui lui sont chères » (Lachambre, 2011). Elle émerge à la fin du 19<sup>e</sup> siècle et au début du 20<sup>e</sup>, associée à la théorie de la dissuasion et à la théorie de la rétribution, et à partir des années 1950, Lachambre (2011) l'a bien montré, elle commence

à s'institutionnaliser et à apparaître dans les commissions de réforme du droit, les codes criminels, la doctrine juridique et dans les décisions des tribunaux. Son auteur de référence est le juriste anglais James Fitzjames Stephen. Certains analystes attribuent aussi la paternité de la dénonciation à Émile Durkheim et à Gabriel Tarde. Nous n'entrerons pas dans ce débat. Pour les fins de la présente recherche, nous nous contenterons de décrire les recommandations que la théorie de la dénonciation fait aux autorités sur la question de la sanction criminelle. De plus, cette théorie n'apparaît pas être centrale dans les communications de réforme dans notre cas empirique.

Pour présenter ladite théorie, nous suivons aussi notre schéma qui met l'accent sur les recommandations qu'elle émet aux autorités.

De la même manière que pour la dissuasion et la rétribution, la dénonciation garde l'idée que les individus sont responsables de leurs actions, mais le fait sans entrer dans le débat sur la question du libre arbitre ou du déterminisme.

La dénonciation, comme la rétribution et la dissuasion, entend par « punition » l'« infliction » d'une souffrance au coupable. Cette souffrance se justifie parce qu'elle exprime l'aversion du crime chez les honnêtes citoyens et oriente le public en général. Elle exprime aussi le degré de réprobation de la société par rapport à la gravité du crime et le point de vue du public à son égard. L'autorité doit ainsi communiquer par cette peine afflictive « la haine du crime ». En sélectionnant cette représentation de la peine, la dénonciation ne recommande pas aux autorités le dédommagement comme peine, car selon ladite théorie, cette sanction n'exprime pas suffisamment la désapprobation du crime. Cette théorie dévalorise aussi le pardon de la victime qui ne peut remplacer la peine.

L'intervention punitive du droit criminel est de cette façon conçue comme obligatoire envers le public. Il s'agit d'une obligation pédagogique de punir pour dénoncer le dégoût du public pour le crime (Lachambre, 2011). De la même manière que la théorie de la dissuasion peut le faire à travers la sémantique de la « protection de la société », la dénonciation n'inclut pas le transgresseur comme partie de ce public ou de cette relation

entre le droit criminel et le public. La distinction tout/partie est aussi mobilisée pour exclure le transgresseur du tout lorsqu'à travers son crime, celui-ci est venu heurter une valeur fondamentale de la société. La manière de dénoncer le crime est alors de heurter en retour le transgresseur. Ainsi, la dénonciation consacre aussi l'idée que le mal de la peine causé au coupable apporte des effets positifs à la société.

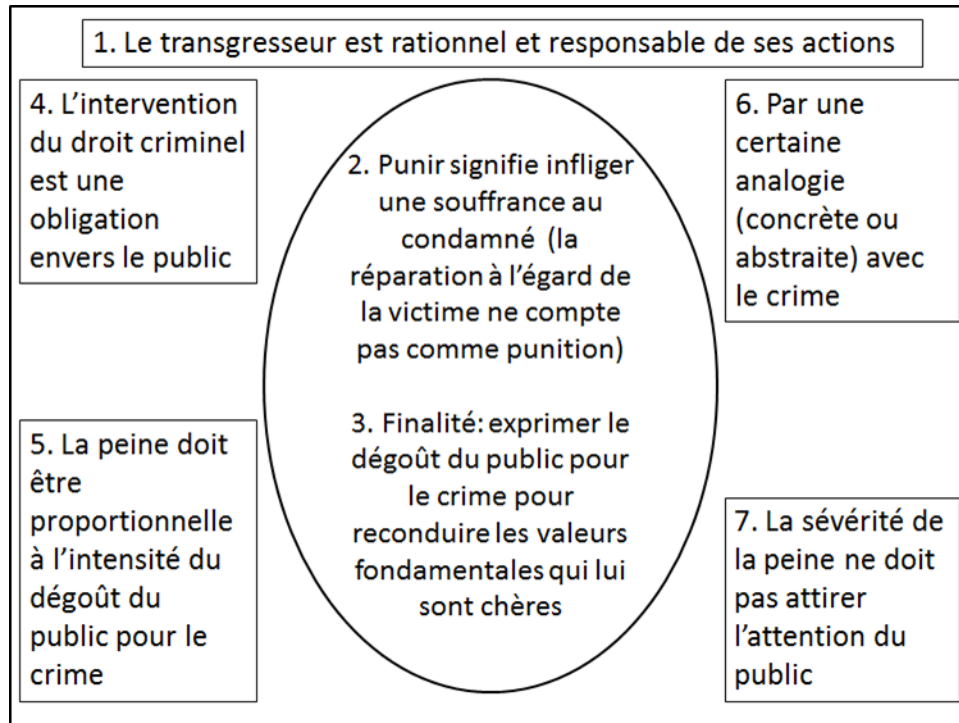
Quant au type de peine à choisir, la théorie valorise l'idée d'une certaine analogie entre le crime et la peine, comme le font aussi les théories de la rétribution et de la dissuasion. La peine doit ainsi exprimer la gravité du crime par l'« infliction » d'une souffrance équivalente. Elle recommande aux autorités de s'assurer que la peine puisse exprimer le bon degré de réprobation du public. Le critère implicite de la théorie pour le choix des diverses peines reste cependant clairement négatif : si la peine n'attire pas l'attention du public par la quantité de souffrance qu'elle communique, elle n'est pas suffisante pour dénoncer le crime et exprimer la réprobation du public (Lachambre, 2011).

La théorie valorise également le critère de proportionnalité pour établir le *quantum* de la peine, mais en en modifiant le sens et le point de référence. Il ne s'agit plus d'une peine proportionnelle à la gravité abstraite du crime, mais d'une peine proportionnelle à la réprobation que le public manifeste à l'égard du crime. L'autorité doit alors toujours se tourner vers le public. Bien sûr, aucune peine individuellement attribuée ne peut dépasser la limite maximale indiquée par la législation.

Nous pouvons résumer ces recommandations par la figure ci-dessous :

**FIGURE 1.5**

**La théorie de la dénonciation**



Adapté de Pires (2010) et de Lachambre (2011)

**3.4. La théorie de la réhabilitation**

Passons finalement à la théorie de la réhabilitation. Sans aucun doute, la théorie de la réhabilitation est la théorie de la peine la plus difficile à décrire puisque, contrairement aux autres, il n'existe pas de texte de référence particulier qui fasse la synthèse de cette philosophie pénale pour tout l'Occident, un texte équivalent à celui de Kant pour la théorie de la rétribution, de Beccaria pour la théorie de la dissuasion ou de Stephen pour la dénonciation. C'est peut-être là une des raisons pour lesquelles elle est, sur le thème de la sanction criminelle, une source permanente d'incompréhension dans les communications juridiques, politiques et même scientifiques. Cette difficulté à bien saisir cette théorie de la peine en particulier relève d'au moins deux caractéristiques de la réhabilitation.

La première difficulté vient du fait que le sens donné au terme « réhabilitation » est particulièrement équivoque parce qu'il renvoie – ou semble renvoyer – directement aux sciences humaines. Dans ce cadre, les communications du droit criminel observent et attribuent parfois un sens au médium « réhabilitation » qui est très proche de la santé, de la psychologie, de l'éducation, etc. La doctrine juridique peut alors observer la « réhabilitation » comme quelque chose qui ne relève pas tout à fait – ou seulement tangentiellement – du droit criminel. Nous verrons plus loin que cela fut le cas de la doctrine juridique brésilienne. Pour elle, la « réhabilitation » a peu de choses à voir avec le droit criminel; c'est davantage une question d'administration ou de politique pénitentiaire et de sciences humaines.

Pour résoudre ce quiproquo, nous présenterons d'abord un outil méthodologique – la distinction médium/forme – qui est une manière d'observer la réhabilitation et, ensuite, une manière d'observer la réhabilitation en tant que théorie moderne de la peine, au même titre que la rétribution, la dissuasion et la dénonciation. Habituellement, dans les communications juridiques et même scientifiques, la réhabilitation est vue à la fois comme une finalité de la peine et comme une finalité accessoire laissée pour le système correctionnel ou le juge de la gestion de la peine. En tant que finalité accessoire de la peine, elle peut se réaliser avec succès ou non, dépendamment notamment de sa mise en œuvre à travers des programmes, des conditions matérielles et bien sûr de la disposition de chaque individu. Cette façon de l'observer ne permet pas encore de la concevoir comme une théorie de la peine fournissant des recommandations aux autorités de la même manière que le font la rétribution, la dissuasion et la dénonciation.

La deuxième caractéristique de la théorie de la réhabilitation qui préserve ce malentendu se ramène au fait qu'elle est la seule théorie moderne de la peine à avoir subi de sérieuses transformations pendant sa trajectoire cognitive. Son historicité est marquée par un processus continu de complexification qui, comme nous le verrons, aboutit même, à partir du milieu du 20<sup>e</sup> siècle, à une nouvelle théorie de la réhabilitation. Avant de présenter la (ou mieux, les) théorie(s) de la réhabilitation, nous préciserons le sens que nous donnons à la

réhabilitation à partir d'un outil analytique emprunté à Niklas Luhmann, soit celui de la distinction médium/forme.

### 3.4.1. Le médium réhabilitation et ses formes

Dans cette thèse, la réhabilitation sera ainsi conceptualisée comme un *médium* qui peut prendre plusieurs *formes* (plusieurs sens spécifiques) selon l'observateur qui utilise et actualise ce terme.

Niklas Luhmann propose la distinction médium/forme pour remplacer d'autres distinctions qui, selon lui, sont chargées de contenu en ce sens que ce sont des « distinctions ontologiques » telles que « *substance/accident* » et « *object/properties* » (Luhmann, 2000, p. 102). Comme l'explique Luhmann :

The distinction between medium and form suggests another primary distinction designed to replace and render obsolete the object-oriented ontological concept of matter. In traditional notions of matter, one thinks of the wax mass that suffers the engraving and erasure of inscriptions. From a systems-theoretical standpoint, by contrast, both medium and form are constructed by the system and therefore always presuppose a specific system reference. They are not given 'as such' (2000, p. 103).

En employant la distinction médium/forme, Luhmann veut ainsi mettre l'accent sur le fait qu'autant les médiums que leurs formes sont des constructions internes propres à chaque système observateur et ne présupposent pas une essence ou une nature physique. Médiums et formes sont construits et distingués par un système observateur. Il est par conséquent important d'indiquer le système de référence auquel se rapportent les médiums et leurs formes. Le « médium » est défini par Luhmann comme « an open-ended multiplicity of possible connections that are still compatible with the unity of an element – such as the number of meaningful sentences that can be built from a single semantically identical word » (Luhmann, 2000, p. 104). Le médium fonctionne ainsi comme le cadre d'un tableau qui donne les limites et l'espace des sens possibles pour l'œuvre picturale tandis que la forme est le sens sélectionné et spécifiquement attribué parmi une multiplicité de possibilités. Chaque

forme est ainsi contingente et aucune n'exprime l'« essence » du médium (Luhmann, 2000, p. 104).

Cette distinction est un outil analytique fondamentalement stratégique pour une démarche visant à « désubstantialiser » ou « désontologiser » certains concepts. Elle permet d'observer comment ces concepts sont construits. Notre recherche ainsi que la théorie de la rationalité pénale moderne de Pires ont pour objectif, en dernière instance, de « désontologiser » le droit criminel moderne. Nous voulons observer les théories de la peine en tant que théories de réflexion qui jouent un rôle central dans l'« autoconstruction » – toujours contingente – de l'identité du droit criminel, car nous sommes convaincue que cette approche aide à comprendre comment le droit criminel s'est constitué, et ainsi elle peut nous aider à relativiser et à désubstantialiser la grammaire punitive dominante du droit criminel. La distinction médium/forme est stratégiquement fondamentale pour la réalisation de cette tâche et nous l'utiliserons non seulement pour comprendre les malentendus existants autour de la réhabilitation, mais tout au long de cette thèse.

En considérant la « réhabilitation » en tant que médium, nous avons empiriquement observé au moins<sup>9</sup> les formes suivantes : (1) une **pratique** du système correctionnel; (2) une **théorie pratique de la peine présente dans les tribunaux**; (3) une **théorie pratique de la peine présente dans le système correctionnel**; (4) une **théorie pratique de l'intervention thérapeutique**; et (5) une forme **indifférenciée**, lorsque l'observateur traite le thème d'une façon indéterminée.

Nous utilisons les distinctions « pratique/théorie pratique » et « théorie pratique de la peine/théorie pratique de l'intervention thérapeutique » pour observer le médium réhabilitation. Tel qu'il a été indiqué précédemment, la distinction pratique/théorie pratique est employée par Durkheim (1966) pour caractériser les théories de la peine. Durkheim distingue les théories pratiques des pratiques en considérant que les théories pratiques gardent une relation virtuellement conflictuelle avec les pratiques. Elles peuvent être en faveur de certaines pratiques et contre d'autres pratiques. Les théories pratiques ne sont pas

---

<sup>9</sup> Il s'agit toujours d'une question empirique et conceptuelle.

des « actions », elles sont des théories sur les actions, c'est-à-dire qu'elles proposent des manières de concevoir les actions, des manières de les pratiquer. Dans ce contexte, nous entendons par théorie pratique de la peine (ou simplement, théorie de la peine)<sup>10</sup> tout ce qui fait référence à la prise de décision soit de l'autorité politique soit de l'autorité judiciaire, soit encore de l'autorité administrative par rapport à la sanction criminelle. La théorie de la réhabilitation, en tant que théorie pratique de la peine, peut être localisée dans au moins trois espaces organisationnels : le Parlement, le tribunal et le système correctionnel. Le tribunal, y compris ses instances d'appel, est l'organisation du système de droit criminel responsable de la prise de décision quant au procès et à la détermination de la peine. Le système correctionnel est l'organisation du système politique responsable de la prise de décision sur la gestion et le réajustement des sanctions criminelles, comme les décisions concernant la libération conditionnelle. Autrement dit, cette organisation est responsable de tout ce qui se passe après la condamnation et la détermination de la peine par le tribunal. Dans certains pays comme le Brésil, deux organisations sont chargées de la gestion de la peine, l'organisation des services pénitentiaires (l'équivalent du système correctionnel) et le tribunal d'exécution de la peine<sup>11</sup>. Au Brésil, les décisions sur le réajustement des sanctions criminelles, comme les décisions sur la libération conditionnelle ou la progression ou la régression entre les types de régime de prison (du régime fermé au régime semi-ouvert et au régime ouvert)<sup>12</sup> sont prises par un juge du tribunal d'exécution des peines<sup>13</sup>. Ainsi, nous voulons attirer l'attention sur le fait que, indépendamment de l'organisation qui prend la décision, l'important pour caractériser la réhabilitation en tant que théorie de la peine est de savoir à quoi et à quel critère fait référence la décision. S'il s'agit d'une décision portant sur la sanction criminelle (et non, par exemple, sur le type de traitement clinique ou éducatif à

---

<sup>10</sup> Dans le cadre de notre recherche, les expressions « théories pratiques de la peine » et « théories de la peine » sont traitées comme synonymes. Ici, nous parlons de théories pratiques de la peine pour renforcer notre conceptualisation des théories de la peine comme des théories pratiques au sens employé par Durkheim. Nous voulons en outre distinguer la réhabilitation comme théorie de la peine de la réhabilitation comme théorie de l'intervention thérapeutique. Leur point commun est qu'elles sont toutes les deux des théories pratiques.

<sup>11</sup> Le tribunal d'exécution des peines et la figure du juge d'exécution des peines ont été créés par la Loi n. 7210/84, une des lois de la réforme pénale de 1984 sur laquelle se penche notre étude.

<sup>12</sup> Ce mécanisme a été créé également par la Loi n. 7210/84.

<sup>13</sup> Au Brésil, ce passage d'une organisation politique à une organisation juridique fut observé par les juristes comme une « judiciarisation » de l'exécution pénale. Cela ne veut pas dire que la communication juridique sur la sanction criminelle n'était pas présente dans l'organisation politique, mais plutôt que l'organisation juridique n'était pas présente. La « judiciarisation » signifie le changement de l'organisation qui prend en charge la communication juridique sur la peine.

donner), nous pourrions alors considérer que nous sommes en présence de la théorie de la réhabilitation en tant que théorie de la peine.

Dans un autre sens, en tant que théorie pratique de l'intervention thérapeutique<sup>14</sup>, la réhabilitation fait référence à tout ce qui concerne la relation entre le traitant et le traité, aux décisions prises sur le choix du traitement ou de la thérapie. Ce qui distingue *la théorie de la réhabilitation en tant que théorie de la peine* de *la théorie de la réhabilitation en tant que théorie de l'intervention thérapeutique* est moins l'espace organisationnel auquel elles renvoient que le type de décision qu'elles orientent : *décisions sur la sanction criminelle* ou, au contraire, *décisions sur le traitement*<sup>15</sup>.

Dans notre thèse, nous faisons référence à la réhabilitation en tant que théorie de la peine et nous voulons marquer la distinction entre cette manière de concevoir le terme « réhabilitation » et celle qui la voit comme renvoyant aux types d'intervention psychosociale. En effet, si le juge peut s'en servir comme un « vocabulaire de motifs » pour justifier sa décision par rapport à la détermination de la peine, le terme « réhabilitation » est actualisé dans le cadre d'une théorie de la peine du système de droit. Cet usage du terme *réhabilitation* est différent de celui que fait le travailleur social ou le psychologue pour sélectionner sa forme d'intervention thérapeutique dans le milieu correctionnel. Le juge utilise le terme réhabilitation dans le cadre d'une théorie de la peine, alors que le psychologue et l'éducateur social le font dans le cadre d'une intervention thérapeutique.

Cela peut paraître évident, mais l'analyse de notre matériel empirique nous a fait voir que les opérateurs juridiques éprouvèrent une grande difficulté cognitive à reconnaître l'usage du terme réhabilitation comme un « vocabulaire de motifs » du juge de la détermination de la peine. Au Canada, il nous semble que ce problème n'existe pas, car lors de la réforme législative sur la détermination de la peine (Roberts, 2001), la réhabilitation a

---

<sup>14</sup> Il faut mentionner que nous sommes consciente de la contingence du choix de ce terme. En effet, il s'agit d'un médium auquel chaque auteur peut attribuer un sens particulier.

<sup>15</sup> La réhabilitation en tant que théorie pratique de l'intervention thérapeutique a plusieurs formes ou modèles. Ward et Maruna (2007) parlent de « *theories of correctional intervention* », « *new systemic theories of intervention* », « *working theory of rehabilitation* », mais ces appellations font toujours référence à une théorie de l'intervention thérapeutique.

été codifiée parmi d'autres objectifs comme la rétribution, la dissuasion et d'autres finalités de la peine. Dans la réforme brésilienne, il ressort de certaines communications que nous avons analysées que la réhabilitation ne fut même pas perçue comme une tâche ou un objectif relevant de la détermination de la peine du droit criminel. Cette difficulté peut être notamment attribuée, entre autres choses, à l'emprise des théories classiques de la peine dans la doctrine juridique brésilienne.

Nous allons maintenant présenter la théorie de la réhabilitation en tant que théorie de la peine. Nous verrons que cela nous amènera à parler non pas d'une seule théorie de la réhabilitation, mais plutôt de *trois*.

En s'appuyant sur les communications scientifiques, juridiques et politiques, c'est-à-dire des textes de philosophie, de sciences sociales, de réformateurs du droit criminel, de commissions de réforme du droit criminel, de la doctrine juridique, etc., Pires (2008) propose une « re-description » de la théorie de la réhabilitation de façon à mettre en évidence sa « mutation progressive » et suggère l'hypothèse de l'émergence progressive d'une nouvelle théorie de la réhabilitation depuis les années 1960 en Occident. Le critère temporel est donc utilisé pour distinguer trois théories de la réhabilitation : 1) la théorie de la réhabilitation « prémoderne » ou théorie « négative » de la réhabilitation (observable avant la fin du 18<sup>e</sup> siècle); 2) la théorie de la première modernité ou réhabilitation carcérale (observable à partir de la deuxième moitié du 18<sup>e</sup> siècle); et 3) la théorie de la réhabilitation de la deuxième modernité ou réhabilitation relationnelle (observable à partir des années 1960).

Il faut souligner que dans ce processus de « mutation progressive », l'apparition d'une nouvelle théorie de la réhabilitation n'implique pas nécessairement la disparition des autres ni l'occupation automatique d'une place hégémonique dans le droit criminel.

Nous présenterons les trois théories de la réhabilitation en reprenant notre schéma questions-réponses pour saisir les recommandations faites par cette théorie aux

autorités sur la sanction criminelle et pour ultimement soulever certains enjeux que cette grammaire représente dans l'évolution du droit criminel.

### **3.4.2. La théorie de la réhabilitation « prémoderne »**

L'idée d'une « transformation morale » du transgresseur, « the root of modern rehabilitative policies », apparaît dans l'Antiquité (Rotman, 1990, p. 28). Selon Pires, l'action de punir (au sens d'infliger une souffrance) est vue, déjà chez Platon, comme comportant à la fois une dimension dissuasive et une dimension correctrice (2008). La dimension dissuasive veut décourager les autres d'imiter le transgresseur et son action délictueuse. La dimension correctrice met, elle, l'accent sur l'aspect de la souffrance infligée qui peut servir de stimulus pour amener le transgresseur à modifier lui-même sa façon de faire et de voir. Le changement moral éventuel du transgresseur est alors conçu de manière strictement « négative » : c'est la souffrance de la punition qui est susceptible de « réhabiliter ». Ainsi, cette théorie de la réhabilitation se présente strictement attachée à la théorie de la dissuasion. La réhabilitation « prémoderne » est l'une des faces de la punition qui inflige une souffrance, la face qui est dirigée vers le transgresseur, tandis que la dissuasion générale est l'autre face, la face dirigée vers les autres.

Il faut noter qu'à l'époque, la différence entre la dissuasion spécifique et la réhabilitation n'est pas encore marquée. Ce fait est dû probablement à l'absence de l'idée d'un « programme positif » de réhabilitation et de l'idée d'une dimension temporelle de la punition, idées qui apparaissent uniquement avec la naissance du projet pénitentiaire au 19<sup>e</sup> siècle (Foucault, 1975).

Cette théorie « prémoderne », contrairement à la théorie de la réhabilitation carcérale qui apparaît plus tard, ne distingue pas entre un « acte de correction » et un « programme de correction ». Cette idée de programme de correction prend vie à partir de la fin du 18<sup>e</sup> siècle avec l'émergence et la généralisation de la prison en tant que peine et avec la formation d'une administration pénitentiaire. Il n'y a donc pas, à l'époque, de référence à un programme éducatif ou thérapeutique pour réhabiliter. On ne trouve pas trace de cette

idée selon laquelle la peine contient un programme positif pour l'individu par opposition à un programme strictement négatif comme le conçoit la théorie de la dissuasion ou de la rétribution. C'est l'émergence de la prison comme peine dans la modernité qui ajoute à la conception de la peine l'idée d'un « programme positif tourné vers l'individu ». La réhabilitation moderne fut même qualifiée de « science de la prison » et elle confère aussi une dimension temporelle à la conception de la punition. La réhabilitation « prémoderne » est encore conçue dans le temps court. Par exemple, recevoir quelques coups de fouet est vu comme une peine correctrice.

Malgré ces différences que l'on observe entre la théorie « prémoderne » et celle de la réhabilitation carcérale, il existe déjà à cette époque une distinction que répandra plus tard la réhabilitation carcérale, soit celle entre individu corrigible/incorrigible; notons que l'individu incorrigible est exclu du champ d'application de la théorie. Le critère permettant d'observer un individu comme incorrigible est la récidive. L'incorrigible est alors l'individu qui commet deux, trois ou davantage de crimes (selon le critère) après avoir déjà été puni antérieurement. Autrement dit, le récidivisme, ou une notion très similaire, est déjà employé pour définir un individu comme étant éligible à une peine « non définitive » (comme la mort, l'expulsion perpétuelle du groupe, etc.).

La théorie se transforma peu à peu avec le temps, notamment sous l'influence du christianisme, de la notion de *poena medicinalis* et de la vie en monastère (Rotman, 1990). Elle se transforma aussi notamment avec l'émergence du projet pénitentiaire et d'une administration pour la gestion des peines. La version moderne de la théorie de la réhabilitation que nous analyserons maintenant s'inscrit dans ce contexte.

### **3.4.3. La théorie de la réhabilitation de la première modernité ou la réhabilitation carcérale**

L'émergence d'un nouveau discours sur la peine, qui se distingue autant du discours de l'Ancien Régime - centré sur les supplices - que de celui des réformateurs du droit criminel du 18<sup>e</sup> siècle - comme celui de Beccaria - est identifié et retracé par Foucault

dans *Surveiller et Punir* (1975). Foucault y parle de l'émergence, entre la deuxième moitié du 18<sup>e</sup> siècle et le début du 19<sup>e</sup>, d'une nouvelle justification au pouvoir de punir qui fait valoir, entre autres, l'autonomie de l'exécution de la peine et le but de « corriger, redresser et guérir » l'individu (p. 17). Cette nouvelle justification de la peine s'inscrivait dans le projet de l'institution carcérale. La version moderne de la théorie de la réhabilitation naît ainsi liée au pénitencier et à l'idée qu'une modification de la manière de penser (état de la conscience) ou du comportement, à travers un programme d'intervention « positif » organisé en milieu fermé, est possible. Selon Pires (2008), ce discours n'a aucun texte de référence fort qui pourrait fonctionner comme un équivalent des écrits de Beccaria sur la théorie de la dissuasion ou de ceux de Kant sur la théorie de la rétribution. En ce sens, nous pouvons observer ce nouveau discours comme une sorte de mosaïque à partir de morceaux discursifs éparpillés, mais surtout concentrés dans les écrits des réformateurs de la prison à la fin du 18<sup>e</sup> et au cours du 19<sup>e</sup> siècle, tels que *The state of the prisons in England and Wales* (1777) de John Howard, *Leçons sur les prisons* (1831) de N.H. Julius, *De la réforme des prisons* (1836) de Charles Lucas, la Déclaration de Principes du *National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline* (NCPRD)<sup>16</sup> de 1871, ainsi que dans les idées de l'École positive italienne (Ferri et Garofalo).

Dans l'introduction de son livre de 1831, Julius explique que ses leçons portent « sur l'amélioration des prisons, la régénération morale des prisonniers, celle des criminels libérés, ou d'un âge encore tendre, des enfants de criminels, etc.; en un mot, sur une *science des prisons*, qui reste encore à fonder, et dont je sais bien que je n'ai construit que le piédestal » (p. 4). Cette « science des prisons » concerne les « prisons en elles-mêmes et les criminels qu'elles renferment » (Julius, 1831, p. 4). Lucas, quant à lui, parle d'une théorie de l'emprisonnement pénitentiaire (1836, iv).

La théorie de la réhabilitation, née comme une science des prisons, se singularise en concevant la réponse criminelle comme l'imposition d'un programme à la fois centré sur l'exclusion et l'inclusion sociale et visant à agir sur la conscience du condamné, par la discipline, dans un milieu fermé. Différemment des théories de la rétribution et de la

---

<sup>16</sup> À laquelle Rothman (2002) fait allusion.

dissuasion qui soutiennent la punition en tant qu'« acte strictement négatif », la théorie de la réhabilitation carcérale la conçoit de façon ambivalente : exclusion dans un milieu fermé mais doté d'un « programme positif ». Ce programme, centré dans un premier moment sur la discipline, l'éducation et le travail, vise à enlever à l'individu le désir de commettre un crime. Bentham, dans *Théorie des peines et des récompenses* de 1829, explique bien ce but de « réformation » en le différenciant des buts de la dissuasion spécifique (l'intimidation) et de la neutralisation (ou « incapacitation »):

Par rapport à un délinquant donné, on peut prévenir la récidive du délit de trois manières. 1. En lui ôtant le pouvoir physique de le commettre; 2. En lui en faisant perdre le désir; 3. En lui en ôtant l'audace. Dans le premier cas, l'homme ne *peut* plus commettre le délit; dans le second, il ne le *veut* plus; dans le troisième, il peut le vouloir encore, mais il ne l'*ose* plus. Dans le premier cas, il y a incapacité physique; dans le second, réformation morale; dans le troisième, intimidation ou terreur de la loi (Bentham, 1818, p. 15).

L'idée centrale de la réhabilitation carcérale est ainsi de changer les mœurs et les mauvaises habitudes des criminels. Dans un premier temps, le modèle de la réhabilitation carcérale est basé sur l'idée de la « régénération morale en prison » à travers les interventions religieuses et pédagogiques. C'est la théorie du pénitencier qui ressort, entre autres, des discours sur la réforme des prisons de Howard, de Julius et de Lucas, cités plus haut. L'idée centrale est à l'effet que l'isolement (partiel ou total), le travail forcé et l'éducation religieuse peuvent enlever au coupable l'envie de commettre des crimes. À cette époque, l'idée de « traitement » au sens médical ou clinique n'est pas encore présente (Rotman, 1990; Pires, 2008). L'idée des interventions médicales, psychologiques et psychiatriques apparaît avec l'École positive italienne à partir de la fin du 19<sup>e</sup> siècle (Rotman, 1990). C'est pour cette raison que Pires présente la théorie de la réhabilitation carcérale comme ayant deux modèles qui correspondent à ses deux étapes internes d'évolution : avant l'École positive italienne (à partir de la deuxième moitié du 18<sup>e</sup> siècle) et avec l'apparition de l'École positive italienne (à partir de la fin du 19<sup>e</sup> siècle).

Nous présenterons la réhabilitation carcérale en adoptant ce schéma proposé par Pires selon lequel la réhabilitation carcérale aurait deux modèles, l'un antérieur à l'École positive italienne et l'autre, postérieur. L'École positive italienne complexifia la théorie de la

réhabilitation carcérale en instituant un modèle plus médical (Rotman, 1990). Nous verrons aussi que la notion de dangerosité, habituellement rattachée à l'école positive italienne, apparut même avant cette école (Foucault, 1978).

Ainsi, il est important de faire la distinction entre la théorie de la réhabilitation carcérale « non positiviste » et la théorie de la réhabilitation carcérale selon le modèle de l'École positive italienne. Comme nous le verrons, les communications de réforme au Brésil observèrent seulement le modèle de l'École positive italienne. La réhabilitation fut ainsi étroitement associée aux notions de déterminisme et de dangerosité comme fondement de la peine. Pour combattre ces notions, les réformateurs exclurent la théorie de la réhabilitation et toute idée qui y renvoyait en réduisant les formes de la réhabilitation à celle, unique, construite à partir de l'École positive italienne. Les réformateurs furent pris dans ce modèle de l'École positive italienne et restèrent collés à cette représentation de la réhabilitation.

#### **3.4.3.1. La réhabilitation carcérale avant l'École positive italienne**

Nous l'avons souligné, la théorie de la réhabilitation carcérale naît avec le pénitencier. Pour la présenter, nous avons choisi un texte qui représente le discours des réformateurs de la prison aux États-Unis à la fin du 19<sup>e</sup> siècle, soit celui tiré du *National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline* (NCPRD) tenu en 1871 (Rothman, 1980)<sup>17</sup>. Les grandes lignes qui caractérisent la théorie de la réhabilitation carcérale avant l'École positive italienne sont exposées dans ce document de référence.

Tout d'abord, cette théorie se concentre sur le coupable. C'est le coupable que l'on doit « réhabiliter », « réformer », « régénérer moralement » à travers la peine : « But

---

<sup>17</sup> Rothman décrivit ce Congrès de la manière suivante: “A keen optimism about the penitentiary’s ability to rehabilitate the criminal continued to dominate the thinking of the prison reformers in the post-Civil War period. By 1870, Enoch Wines, Franklin Sanborn, and Zebulon Brockway, among others, were meeting in a National Congress of Penitentiary and Reformatory Discipline, and the resolutions they enacted became the chief planks in the reform agenda for the next several decades. Facing glaring institutional abuses, the group did not attempt to revive and purify the original Jacksonian arrangements. Rather, they came up with a new design. The goal remained “moral regeneration” through the penitentiary, but now in a different type of penitentiary (Rothman, 1980, p. 31)”.

since such treatment is directed to the criminal rather than to the crime, its great object should be his moral regeneration » (NCPRD, 1871, p. 52).

Pour arriver à ce but, la théorie de la réhabilitation carcérale conçoit la peine d'une façon un peu différente des théories de la rétribution, de la dissuasion et de la dénonciation.

D'abord, comme nous l'avons vu, la peine n'est pas conçue exclusivement comme un « acte négatif », elle est plutôt insérée dans un « programme positif » de réhabilitation. Le contenu de ce programme est donné par la religion<sup>18</sup>, l'éducation<sup>19</sup> et le travail<sup>20</sup> (Pires, 2008).

Ensuite, la théorie différencie aussi la réhabilitation de la punition qui ne se fait pas accompagner d'un programme positif d'intervention comme c'est le cas dans les théories de la rétribution, de la dissuasion et de la dénonciation. « Réhabilitation » et « punition » strictement afflictive ne sont pas traitées comme des synonymes. Cependant, nous l'avons déjà dit, cette théorie de la peine est aussi une théorie du pénitencier. Cette nouvelle notion de réhabilitation en tant que programme ayant une dimension positive reste attachée à l'incarcération. L'exclusion sociale dans le pénitencier donne alors le cadre général pour la mise en œuvre du programme de réhabilitation. Autrement dit, le programme de réhabilitation s'inscrit dans l'incarcération et dans une logique d'exclusion sociale. Ainsi, la théorie ne s'oppose pas à l'exclusion dans le pénitencier même si elle marque une différence par rapport à la manière de le concevoir. Dans ce cas, le pénitencier exprime la « punition » et, en même temps, la condition pour appliquer un programme de réhabilitation. Observons comment la relation entre réhabilitation et punition s'opère.

---

<sup>18</sup> “Of all reformatory, religion is first in importance, because most potent in its action upon the human heart” (NCPRD, 1871, p. 52-53).

<sup>19</sup> “Education is a vital force in the reformation of fallen men and women. Its tendency is to quicken the intellect, inspire self-respect, excite to higher aims, and afford a healthful substitute for low and vicious amusements. Education is, therefore, a matter of primary importance in prisons, and should be carried to the utmost extent consistent with the other purposes of such institutions (NCPRD, 1871, p. 53)”.

<sup>20</sup> Work is no less an auxiliary to virtue, than it is a means of support. Steady, active, honorable labor is the basis of all reformatory discipline. It not only aids reformation, but it is essential to it. It was a maxim with Howard, ‘make men diligent, and they will be honest’ – a maxim which this congress regards as eminently sound and practical (NCPRD, 1871, p. 53).

Rappelons d'abord que nous faisons référence ici à la réhabilitation en tant que théorie de la peine institutionnalisée dans le droit criminel et non pas à la conception qu'a l'intervenant de la forme du traitement ou de l'intervention. Cette remarque est importante puisque la réhabilitation en tant que théorie de la peine est pensée et encadrée par le pénitencier dans la mesure où il donne le contexte où le programme de réhabilitation va se réaliser. La théorie de la réhabilitation valorise alors son projet de régénérer les condamnés dans un contexte d'enfermement. La valorisation (explicite et implicite) de ce contexte la rapproche des théories de la dissuasion, de rétribution et de la dénonciation, tandis que sa façon de concevoir la fonction de ce contexte la différencie de ces théories et, en partie, de leur concept de punition qui se construit exclusivement autour de l'idée d'infliction d'une souffrance.

Dans la Déclaration de principes du NCPRD de 1871, le concept de punition est présenté de la manière suivante : « Punishment is suffering inflicted on the criminal for the wrong done by him with a special view to secure his reformation ». Cet énoncé reprend le concept de punition des théories de la rétribution, de la dissuasion et de la dénonciation (« punishment is suffering inflicted on the criminal for the wrong done by him ») ainsi que le concept de punition de la théorie de la réhabilitation « prémoderne ». Cependant, la théorie fait aussi de ce concept la condition de la mise en œuvre d'un programme de réhabilitation (« with a special view to secure his reformation »). La « souffrance pour le mal fait » s'actualise ici sous la forme de l'enfermement et de l'exclusion sociale, mais cette souffrance doit être essentiellement la condition d'exécution de programmes de réhabilitation et, au plus, un stimulus externe pour « ouvrir les consciences » à ces programmes. Ceci modifie la façon de concevoir le pénitencier *et aussi le moment de libération du condamné* : un condamné « réhabilité » ne doit pas rester en prison « seulement pour payer son crime ». Si un observateur soutient ce point de vue, c'est parce qu'il a assujéti la théorie de la réhabilitation aux théories strictement négatives : rétribution, dissuasion ou dénonciation. Cette théorie de la réhabilitation accepte la contrainte de l'exclusion et de l'enfermement pour à la fois favoriser et créer les conditions pour amender l'individu, voire pour « forcer » cet « amendement ». Mais elle ne valorise pas strictement la production de l'affliction, sauf

quand elle voit cela comme un « instrument » pour prédisposer favorablement les consciences à la réception d'une manière d'agir non délinquante. Son accent est mis sur la réforme de l'individu à travers un programme positif de réhabilitation en milieu fermé. Cette idée est encore reprise par un autre énoncé de la Déclaration de principes (NCPRD, 1871, p. 52) qui va dans le même sens : « Hence the supreme aim of prison discipline is the reformation of criminals, not the infliction of vindictive suffering ».

C'est par rapport à ce qui se passera à l'intérieur du pénitencier et aux critères de libération des condamnés que cette théorie se distingue des autres théories du noyau central de la rationalité pénale moderne. En effet, cette théorie veut marquer une différence entre « trained to virtue and not merely sentenced to suffering » (NCPRD, 1871, p. 53). Par rapport aux critères de libération des condamnés à la fin du 19<sup>e</sup> siècle et au début du 20<sup>e</sup>, c'est la théorie de la réhabilitation qui fournit un vocabulaire de motifs pour appuyer la probation, la libération conditionnelle et les « peines indéterminées »<sup>21</sup> (Rothman, 1980). C'est la théorie de la réhabilitation aussi qui joua un rôle cognitif fondamental dans la création de la justice pour les jeunes (Trépanier et Tulkens, 1995; Rothman, 1980; Pires, 2006). Autant la probation que la libération conditionnelle, les peines indéterminées et la justice pour les jeunes apparaissent étroitement liées à l'idée de « reform through incarceration » (Rothman, 1980, p. 33)<sup>22</sup>.

Les théories de la rétribution et de la dissuasion ne sont pas capables de fonder cognitivement la probation, la libération conditionnelle, la pertinence de libérer les condamnés s'ils sont réhabilités ainsi que les « peines indéterminées ». Pour la rétribution et la dissuasion, la peine est une mesure strictement négative visant à infliger une souffrance et sa « quantité » n'a aucun rapport avec l'évolution de la situation personnelle du coupable. Or, pour la réhabilitation, les peines (probation, prison) et la durée des peines à adopter (la libération conditionnelle et les peines indéterminées) sont pensées à l'intérieur d'une conception de la peine comme un programme positif dont la réalisation est conditionnée à

---

<sup>21</sup> Sur les peines indéterminées, nous y reviendrons dans le chapitre 5 pour montrer l'inconsistance de ce terme pour désigner un type de pratique législative et judiciaire.

<sup>22</sup> Cet auteur dresse le portrait de ces mesures aux États-Unis, mais la même idée est décrite par Garland par rapport au cas britannique dans *Punishment and Welfare* (1985).

l'évolution que l'on va observer chez chaque individu. La rétribution et la dissuasion sont capables, par exemple, de limiter la libération conditionnelle (voire de vouloir l'éliminer) en exigeant un tarif minimal avant lequel le condamné ne peut bénéficier de ladite mesure. Elles limitent aussi les cas qui sont assujettis à la probation en disant que pour les crimes plus graves ou pour les récidivistes, celle-ci n'est pas une peine suffisante.

Ainsi, même si la théorie de la réhabilitation carcérale valorise le pénitencier, elle finit par vouloir assouplir l'endurcissement de l'intervention pénale et par favoriser la libération immédiate des individus observés comme étant « réhabilités ».

Cette théorie appuie l'exclusion sociale pour ultimement mieux favoriser l'inclusion sociale des condamnés. Comme le dit Foucault, « [i]l s'agit donc d'une inclusion par exclusion » (2001, p. 1482). Ce souci envers le coupable représente sans aucun doute une voix dissonante dans les discours sur les objectifs de la peine centrés sur l'« infliction » de la souffrance. L'analyse empirique nous permettra de voir que dans le cas de la réforme brésilienne, la réhabilitation fut associée intégralement à la théorie de la réhabilitation carcérale et fut largement écartée et conditionnée par les théories strictement négatives de la peine. Par conséquent, les apports positifs de cette théorie ne furent pas suffisamment mis à contribution. Cela dit, force est de constater que les « bonnes intentions » de la théorie de la réhabilitation ne sont pas pour autant dépourvues d'effets néfastes dans la vie des coupables. Cette théorie, nous l'avons déjà souligné, valorise les peines carcérales et surtout celles qui sont longues<sup>23</sup>. La durée de l'intervention pénale doit être mesurée en fonction de la

---

<sup>23</sup> Ce n'est pas par hasard que la critique de la réhabilitation carcérale à partir des années 1970 (« nothing works ») attaque exactement, entre autres, les abus commis au nom de la réhabilitation (Allen, 1981; Cohen, 1985; Rotman, 1990; Garland, 2001, etc.). Nous verrons bientôt comment l'autre théorie de la réhabilitation, celle de la deuxième modernité, critique la réhabilitation carcérale en attaquant l'idée selon laquelle « tout peut être fait au nom de la réhabilitation de l'individu ». Cette nouvelle théorie pense aux droits fondamentaux des individus coupables et consacre le principe de la moindre souffrance ou de la moindre intervention possible (Rotman, 1990). L'intervention du droit criminel sera ainsi limitée dans le temps – elle se positionne contre les longues peines de prison, par exemple – et dans les manières de faire – l'intervention même doit réduire les souffrances et les effets négatifs de l'intervention sur l'individu. Rotman affirme ce qui suit: « In the past, rehabilitation strengthened the power of the state, either as a form of oppressive paternalism or by increasing the discretion of judicial or administrative sentencing authorities. The new approach, in contrast, implies an affirmation of the individual against the state, without denying the social interest in rehabilitation. Under the rights model of rehabilitation is no longer a matter of the state's largess, subject to the vicissitudes of policy change. Instead, rehabilitation is the culmination of a continuum of the offenders' rights, guaranteeing the dignity of human beings confronted with criminal pursuit and conviction (1990, p. 70-71) ».

réhabilitation du coupable : « sentences limited only by satisfactory proof of reformation should be substituted for those measured by mere lapse of time » (NCPRD, 1871, p. 52). La réhabilitation du coupable est la seule limite en ce qui a trait au choix et à la durée d'une peine. La théorie valorise ainsi plus particulièrement les longues peines d'incarcération, car la réhabilitation demande du temps : « reformation is a work of time » (NCPRD, 1871, p. 54). Cette théorie de la réhabilitation défend le besoin d'un temps long pour pouvoir traiter ou libérer les prisonniers : « a benevolent regard to the good of the criminal himself, as well as to the protection of society, requires that his sentence be long enough for reformatory processes to take effect » (NCPRD, 1871, p. 54). Les peines de courte durée sont alors dévalorisées : « repeated short sentences for minor criminals are worse than useless » (NCPRD, 1871, p. 54). De cette manière, en valorisant non seulement les peines carcérales, mais les peines de longue durée, la réhabilitation finit par soutenir le même type de peine que les autres théories : la prison. Remarquons au passage que cette théorie de la réhabilitation est aussi une théorie qui valorise et fonde cognitivement les peines indéterminées : « peremptory sentences ought to be replaced by those of indeterminate length » (NCPRD, 1871, p. 52). Ce faisant, et contrairement aux théories de la rétribution, de la dissuasion et de la dénonciation, elle ne valorise pas le principe de la proportionnalité abstraite entre le crime et la peine. La peine est évaluée par d'autres critères tels que le résultat de l'intervention, les indicateurs d'insertion sociale, l'aveu, les remords démontrés et la personnalité du délinquant en général. Aux yeux de ceux qui doivent prendre une décision sur la peine, ces critères fonctionnent comme des indicateurs de la réhabilitation du condamné.

Si ces idées donnent l'impression d'un caractère arbitraire, il est important de souligner que du point de vue de la théorie, les peines doivent être prévues dans la législation et les mêmes conditions et critères s'appliquent à l'égard de tous les condamnés. La théorie exige, par exemple, des lois autorisant les traitements, la rétention des condamnés pour plus de temps (notamment les délinquants dits dangereux) et la mise en liberté.

En valorisant les peines carcérales de longue durée avec un programme d'intervention positive pour atteindre ce but de réhabiliter le coupable, la théorie de la réhabilitation carcérale exclut le dédommagement comme sanction et le pardon de la victime

comme critère de décision sur la peine. Sur ce point, la théorie de la réhabilitation se rapproche (aussi) des théories de la rétribution, de la dissuasion et de la dénonciation. Qui plus est, elle utilise la distinction corrigible/incorrigible pour observer les transgresseurs et délimiter son espace de fonctionnement (Rotman, 1990). Elle s'applique seulement aux individus considérés comme corrigibles. Ceux considérés comme incorrigibles ne font l'objet d'aucun programme de réhabilitation. La peine carcérale dans ce cas vise davantage la neutralisation de ces individus que leur réhabilitation.

Il est également important de mentionner que la réhabilitation carcérale, avant qu'elle ne soit revue par le modèle de l'École positive italienne, ne valorisait pas la dangerosité comme fondement de la peine. En ce sens, les idées de déterminisme et de dangerosité ne sont pas en soi associées à la réhabilitation carcérale, mais plutôt à un modèle spécifique de réhabilitation carcérale, soit celui de l'École positive italienne. En fait, comme le remarque Pires (2008), il s'agit d'une confusion qui se produit dans les communications juridiques en raison surtout de la pensée de Garofalo pour qui tout criminel est « potentiellement dangereux ». Les thèses du déterminisme et de l'anormalité sont des modifications qui, nous le verrons, furent apportées à la théorie de la réhabilitation carcérale par l'École positive italienne. Avant cette dernière, le transgresseur est vu comme un individu normal et doué de libre arbitre mais qui a besoin d'aide. Le transgresseur a aussi besoin d'influences positives dans un milieu détaché de la société et ordonné. On le perçoit alors comme un être rationnel doté de libre arbitre, mais ayant été influencé par un milieu qui a favorisé son « état d'hostilité ». L'intervention du droit criminel est ainsi considérée comme une obligation sociale et morale : l'individu a besoin d'un autre milieu (qui ne soit pas insalubre, immoral ou nuisible) pour se défaire des mauvaises influences de son environnement et des mauvaises habitudes qu'il en a contractées.

Le discours sur l'influence du milieu sur le transgresseur était bien répandu par la théorie de la réhabilitation carcérale tant avant qu'après l'intervention de l'École positive italienne. Ce discours révèle une face de la théorie qui s'associe étroitement aux discours sur les « causes du crime » : « rehabilitation model takes the stance that crime is the best prevented by addressing directly the factors – economic, social, or personal – believed to be

the cause of crime » (Hollin, 2001, p. 242). D'où son rapprochement avec les discours portant sur la prévention du crime. Rothman avance que les réformateurs américains de la prison à la fin du 19<sup>e</sup> siècle avaient adopté deux stratégies de réforme : « one designed to treat the broader causes of crime, the other to rehabilitate the deviant himself » (1980, p. 53). Dans ces deux stratégies, le but était de « remove or 'undo' the causes of offending » (Garland, 1985). Le problème de ce discours, comme nous pourrions le voir à partir du cas brésilien que nous allons traiter dans les chapitres d'analyse, est qu'il ne remet pas en question un grand nombre d'aspects de l'intervention pénale globalement considérée. Sa dimension la plus critique est tournée vers les politiques publiques et sociales. Ainsi, les réformateurs américains de 1871 mirent en relief l'importance de la prévention sociale des causes du crime, mais restèrent silencieux sur les limites de la durée de l'incarcération, voire sur le choix même de la peine de prison :

It is our conviction that one of the most effective agencies in the repression of crime would be the enactment of laws by which the education of all the children of the state should be made obligatory. Better to force education upon the people than to force them into prison to suffer for crimes, of which the neglect of education and consequent ignorance have been the occasion, if not the cause (NCPRD, 1871, p. 56-57).

Passons maintenant à la description du modèle proposé par l'École positive italienne et aux ajouts alors apportés à la théorie de la réhabilitation carcérale.

### **3.4.3.2. L'École positive italienne et la théorie de la réhabilitation carcérale**

Nous prenons l'École positive italienne comme une référence symbolique de l'émergence d'un nouveau modèle de réhabilitation carcérale, un modèle qui réorienta et complexifia davantage cette théorie de la peine. Tout d'abord, rappelons que nous parlons encore de la même théorie de la peine : la théorie de la réhabilitation carcérale. Pourtant, l'École positive italienne propose certaines idées qui se distinguaient nettement de la version « non positiviste » précédente. Ce sont essentiellement les idées associées au positivisme et l'adoption forte d'un modèle médical qui font la différence. En effet, les idées centrales de la réhabilitation carcérale restent présentes : (1) l'idée de la peine comme un programme positif; (2) l'idée d'exclure le coupable pour mieux l'inclure; (3) la distinction

corrigible/incorrigible; (4) l'idée de la nécessité d'une peine longue ou indéterminée pour mieux accomplir l'objectif de réhabiliter (non proportionnalité); (5) l'idée que le dédommagement et le pardon de la victime ne remplacent pas le programme de réhabilitation. Quels sont les ajouts apportés alors par l'École positive italienne?

La réhabilitation carcérale, avant l'École positive italienne, était centrée sur l'idée de la régénération morale de l'individu en prison, pensée d'abord et avant tout en termes d'interventions religieuses et pédagogiques. Avec l'École positive italienne, la réhabilitation carcérale est plutôt pensée en termes d'interventions médicales, psychologiques et psychiatriques. C'est l'idée d'un traitement clinique qui prend forme. C'est le moment où les savoirs scientifiques, médicaux et psychosociaux entrent en scène dans l'univers juridique. Ils sont utilisés pour aider les tribunaux et l'administration correctionnelle à prendre des décisions sur les peines (Foucault, 1978). Parallèlement, Foucault indique que nous assistons, à partir du début du 19<sup>e</sup> siècle, à un processus d'émergence et d'incorporation de la notion de dangerosité dans le droit criminel :

In large part, the evolution, if not of the penal systems, at least of the day to day penal practice in many countries, is determined by the gradual emergence in the course of the 19th century of this additional character. At first a pale phantom, used to adjust the penalty determined by the judge for the crime, this character becomes gradually more substantial, more solid and more real, until finally it is the crime which seems nothing but a shadow hovering about the criminal, a shadow which must be drawn aside in order to reveal the only thing which is now of importance, the criminal (Foucault, 1978, p. 2).

Foucault argumente que la notion de dangerosité dans le droit criminel a été introduite d'un côté par la psychiatrie, et de l'autre par le droit civil et sa notion de responsabilité objective, une responsabilité qui est indépendante de la faute. C'est l'appropriation par le droit criminel de la notion de risque, de la notion d'accident et de la notion d'assurance. L'École positive italienne représente l'aboutissement de ce processus. Elle sélectionna la notion de dangerosité et la stabilisa à partir de la parution des ouvrages suivants : *L'homme criminel* (1876) de Cesare Lombroso, *Le nouveau horizon du droit et de la procédure pénale* (1880) d'Enrico Ferri et *Criminologie* (1885) de Raffaele Garofalo.

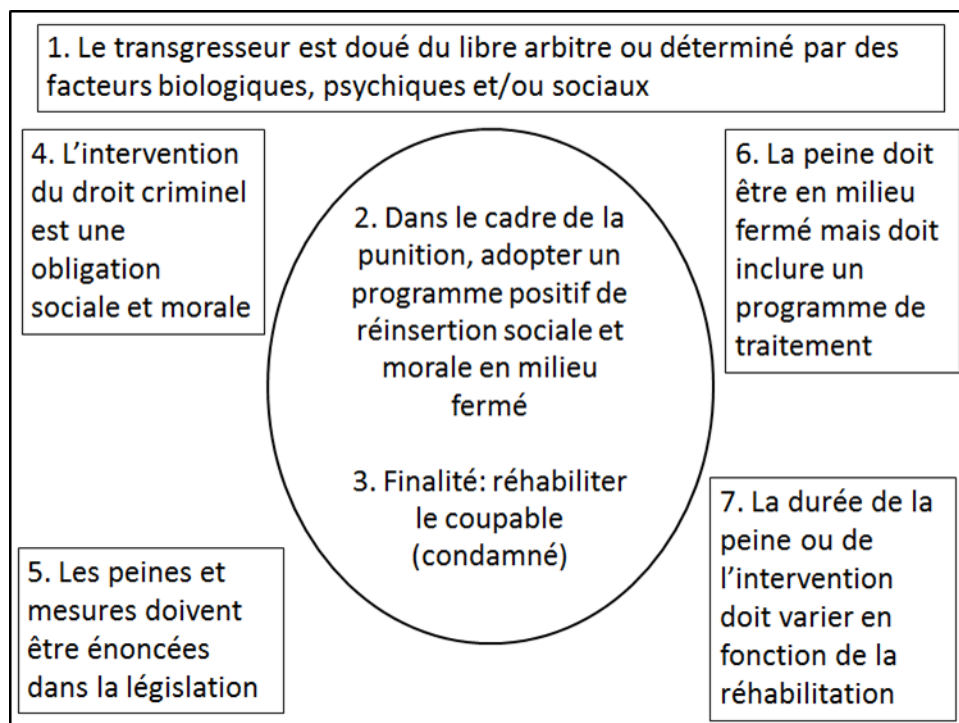
Contrairement à la version antérieure de la réhabilitation carcérale qui acceptait le principe de la liberté de choix des individus, l'École positive italienne consacre la thèse du déterminisme selon laquelle l'individu est déterminé par des facteurs biologiques, psychologiques et sociaux. Elle consacre aussi la thèse de l'anormalité du criminel selon laquelle les criminels sont anormaux à différents degrés et se distinguent des non criminels. Les idées positivistes véhiculent une représentation clinique du criminel comme individu anormal.

\*\*\*\*\*

En terminant, nous voulons reprendre les énoncés principaux de la théorie de la réhabilitation carcérale et les résumer dans notre schéma des théories de la peine. Voici les recommandations données par la réhabilitation carcérale aux autorités pour décider de la sanction criminelle à infliger :

**FIGURE 1.6**

**La théorie de la réhabilitation carcérale (Pires, 2010)**



### 3.4.4. La théorie de la deuxième modernité ou la réhabilitation relationnelle

En Occident, la théorie de la réhabilitation carcérale fut critiquée à droite et à gauche surtout à partir des années 1960<sup>24</sup>. Allen (1981) et Garland (2001) décrivent ce mouvement comme un signe du déclin de l'idéal réhabilitatif. Si, d'un côté, ce mouvement, en critiquant la réhabilitation carcérale et son programme positif de réhabilitation, semblait céder la place aux théories de la peine qui privilégiaient les moyens strictement « négatifs » de punition (la rétribution, la dissuasion et la dénonciation) (Cullen et Gilbert, 1982)<sup>25</sup>, de l'autre, il s'inscrivait dans un cadre plus large, celui d'un renouveau des savoirs en sciences humaines dans les années 1960 et de l'émergence d'une nouvelle théorie de la réhabilitation. Cette nouvelle théorie de la réhabilitation affirme qu'un traitement en liberté, en dehors de la prison, est préférable à un traitement en milieu carcéral. Il se positionne en si forte opposition à la réhabilitation carcérale que nous osons parler de la naissance<sup>26</sup> d'une autre théorie de la peine : la théorie de la réhabilitation de la deuxième modernité ou la réhabilitation

---

<sup>24</sup> Ce diagnostic est généralisé en Occident, mais chaque région a sa propre particularité quant à la réception et à la critique de la réhabilitation carcérale. Dans notre chapitre 5, nous nous concentrerons sur la forme que ce discours a prise au Brésil à partir de la réforme pénale de 1984.

<sup>25</sup> En effet, Cullen et Gilbert ont indiqué cette tendance: “[B]y discrediting rehabilitation and endorsing the punitive principle of just deserts (or retributive justice) as the preferred goal of criminal sanctioning, liberals have provided a new and potent legitimacy for the philosophy of punishment. In doing so, they have inadvertently and dangerously created optimal conditions for a conservative campaign to establish ‘law and order’. For once they have agreed that inflicting pain – and not treatment – is the only justifiable purpose of sanctioning offenders, liberals are no longer able to debate if punishing is a wise or humane policy but only how much punishment should be meted out” (Cullen et Gilbert, 1982, p. xxviii-xxix).

<sup>26</sup> Lachambre présente une distinction importante qui nous aide à comprendre le statut d'une théorie de la peine. Il distingue deux moments fondamentaux pour une théorie de la peine : sa naissance (ou sa formation) et son institutionnalisation : « Dans le cas de la naissance, on cherche à savoir comment les idées prennent la forme d'une théorie de la peine distincte et comment cette théorie de la peine interagit avec d'autres théories de la peine. Dans le cas de l'institutionnalisation, on cherche à savoir comment le SDC [le système de droit criminel] (et le système politique) intègre cette théorie de la peine dans ses opérations, dans son vocabulaire des motifs (2011, p. 71). Toujours sur l'institutionnalisation, il a distingué trois niveaux : niveau faible, niveau intermédiaire et niveau fort. Il les différencie de la manière suivante : « Une ‘*institutionnalisation faible*’ correspondra pour nous à des situations où il est seulement possible d'observer des traces d'institutionnalisation. Nous pourrions dire qu'à ce titre, l'élément à l'étude existe empiriquement du point de vue des discours juridiques. Mais, en même temps, l'élément pourrait ne jamais (res)servir dans les opérations du SDC ou s'il sert, être très peu utilisé. [...] Le niveau de *semi-institutionnalisation* nous servira à marquer cette période (ou un état institutionnel) où la légitimité de l'élément en cours d'institutionnalisation est questionnée sans pour autant le faire disparaître. [...] Une ‘*institutionnalisation forte*’ sera, pour nous, cette période à partir de laquelle (et durant laquelle) un ou quelques médiums seulement servent à construire des formes précises et connues, où ces médiums et ces formes sont reconnus comme légitimes et où il n'est plus nécessaire d'en faire une longue présentation puisqu'ils sont généralement ‘tenus pour acquis’ (2011, p. 69-70) ».

relationnelle<sup>27</sup> (Hudson, 1987; Lewis, 2005; Pires, 2008)<sup>28</sup>. Comme cette nouvelle théorie n'abandonne pas entièrement l'environnement carcéral, ce fait peut bien sûr entraîner un problème de compréhension quant à sa réception. Un observateur peut facilement ne pas voir la différence énorme qui existe entre les deux théories et ainsi projeter les objections anciennes sur la nouvelle théorie. Cela peut nous aider à comprendre la difficulté de réception de cette nouvelle théorie de la peine en droit criminel et dans le système politique en matière de peine criminelle<sup>29</sup>.

Nous allons présenter cette théorie en suivant le modèle adopté pour les précédentes. Cependant, il faut souligner que nous ne pouvons pas la mettre sur le même pied que les autres théories de la peine. Il faut se rappeler tout d'abord que celle-ci ne fait pas partie du système d'idées qui forme la rationalité pénale moderne. Elle se présente plutôt comme une alternative (encore virtuelle) à ce système d'idées. Deuxièmement, contrairement aux autres théories de la peine (la rétribution, la dissuasion, la dénonciation et la réhabilitation carcérale) qui sont fortement institutionnalisées et stabilisées à l'intérieur du droit criminel et du système politique<sup>30</sup>, elle se trouve encore faiblement institutionnalisée<sup>31</sup>.

Pour décrire la forme de cette théorie, nous nous inspirons de la présentation qu'en fait Pires (2008) et de l'ouvrage *Beyond Punishment* (1990) d'Edgardo Rotman<sup>32</sup>. Le

---

<sup>27</sup> À défaut d'une meilleure appellation.

<sup>28</sup> Hudson a aussi observé cette nouvelle théorie de la réhabilitation: « adopting the 'least restrictive alternative' in sentencing, and where this still indicates prison, a prison with a humane regime, with present destructive practices avoided, and with something like Cullen and Gilbert's state-obligated rehabilitation, is the programme of the new rehabilitationism » (1987, p. 175).

<sup>29</sup> Sur cette question, Robinson écrit : « These various reformulations [Cullen and Gilbert, 1982; Hudson, 1987; McWilliams and Pease, 1990; Rotman, 1990] shared a vision of rehabilitation *as a right of the offender*, and a responsibility on the part of the State in lieu of its role in reducing legitimate social opportunities, or in further disadvantaging offenders through the imposition of 'stigmatizing' punishments. However, these attempts to reformulate rehabilitation made little impact because, as astute commentators observed at the time, by the 1990s the political context was such that the placing of offenders' needs and interests above those of existing and potential victims was no longer an acceptable position to adopt (...). Their lack of appeal to policy makers can thus be readily explained with reference to a reliance on an outmoded, welfarist rationale and their failure to reposition rehabilitation in the context of a new focus on (actual and potential) victims' rights to protection » (2008, p. 431).

<sup>30</sup> Toutes les recherches empiriques de la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale, dirigée par le professeur Alvaro Pires, démontrent ce fort niveau d'institutionnalisation de ces théories de la peine (Dubé, 2008; Possas, 2009; Garcia, 2010; Lachambre, 2011; Xavier, 2012; Pinero, 2013).

<sup>31</sup> Voir Dubé et Cauchie (2007), Dubé (2008) et Cauchie (2011).

<sup>32</sup> Edgardo Rotman est juriste et professeur de droit criminel à l'École de droit de l'Université de Miami aux États-Unis.

choix de prendre ce livre comme référence se justifie par le fait que cet auteur déclara expressément que son propos était de redéfinir le concept de réhabilitation et de reconstruire un « nouveau modèle » de la réhabilitation qui vise surtout à s'éloigner de la conception traditionnellement attachée, selon l'auteur, à l'idée d'une réaction punitive liée à un emprisonnement à la fois autoritaire et irrespectueux des droits individuels de l'accusé. Nous pensons que ce livre représente bien la nouvelle forme de la théorie de la réhabilitation de la deuxième modernité. En effet, Rotman argumente que :

The identification of rehabilitation with imprisonment as punishment was never greater than in these first modern rehabilitative experiments. By revealing the harmful effects of prisons and total institutions, modern sociology helps to detach rehabilitation from imprisonment and allows one to see the former as a force counteracting the desocializing effects of the latter (Rotman, 1990, p. 38).

Selon lui, les défauts de la prison et de la peine indéterminée furent attribués par la littérature à la théorie de la réhabilitation. Évidemment, cette association est erronée (les théories de la rétribution ou de la dissuasion ne rendent pas la prison meilleure ni plus efficace), mais son projet est de dissocier conceptuellement et théoriquement la réhabilitation de la peine carcérale et de la pratique de la « peine indéterminée » en général. L'enrichissement de la notion de justice (par opposition à la notion de justice rétributive), la compréhension de la prison comme sanction de dernier ressort, le détachement de la réhabilitation relativement à la prison et, surtout, la compréhension de la réhabilitation comme un droit constitutionnel de l'accusé sont quelques exemples des arguments exposés par l'auteur dans son entreprise.

Bien qu'il reconnaisse les erreurs du passé, Rotman met l'accent sur le fait que tous les modèles réhabilitatifs ayant existé dans l'histoire cherchèrent une autre réponse au crime, une réponse qui ne fût pas purement répressive et punitive. Comme le dit l'auteur : « Although the various expressions of the rehabilitative ideal were shaped by the particular anthropological conceptions prevailing at the time, they all proclaimed the common goal of transforming a purely vindictive penal reaction into a constructive venture » (Rotman, 1990, p. 21). Et cela parce que la réhabilitation « offers a constructive way to improve the criminal justice system. Its concern for offenders as whole human beings enriches the state's reaction

to crime with a higher notion of justice and leads to a better law» (1990, p. 183). Nous avons vu cependant que cette remarque de Rotman ne s'applique pas à la théorie de la réhabilitation prémoderne qui était centrée sur la simple « infliction » de la souffrance. Il faut donc comprendre cette observation de Rotman comme faisant exclusivement référence aux projets de réhabilitation (qu'ils soient prémodernes ou modernes) dans lesquels un programme positif est attaché à la forme que prendra l'intervention pénale.

Rotman trace un parcours temporel de la réhabilitation carcérale à partir de son émergence avec le modèle du pénitencier, en passant par le modèle thérapeutique, le modèle de la socialisation et, finalement, celui de la réhabilitation basé sur la notion de droits, modèle qu'il décrit et qu'il propose en même temps. D'abord, il argumente qu'il ne s'agit plus d'une réhabilitation qui cherche la transformation morale de l'accusé, son objectif étant plutôt de favoriser une peine qui offre de nouvelles possibilités et qui respecte les droits du condamné. L'auteur veut mettre de l'avant un modèle qui adopte une représentation qui soit compatible avec celle d'une société démocratique et pluraliste. Ce modèle doit alors être basé sur la notion de droits individuels et s'opposer aux interventions intrusives ou paternalistes.

La réhabilitation est centrée au premier plan sur l'inclusion sociale du coupable. Il ne s'agit pas d'exclure pour inclure, comme le suggérait la réhabilitation carcérale, mais d'éviter d'exclure pour inclure. Rotman défend le principe de la « *least restrictive intrusion* », de la « *least restrictive sanction* » et de la « *least restrictive sentence* ». Dans les termes de l'auteur: « according to the rights model of rehabilitation, the sentencing authority has an obligation, derived from the basic right to freedom, of choosing the least-restrictive sanction applicable » (1990, p. 15)<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Dans ce même sens, Cullen et Gilbert nous semblent essayer aussi de sortir la réhabilitation d'une grammaire punitive caractéristique de la justice criminelle : “[i]t is difficult to imagine that reform efforts will be more humanizing if liberals willingly accept the premise that the state has no responsibility to do good, only to inflict pain.” (1982, p. 249). Pour ces deux auteurs, la nouvelle réhabilitation offre un nouveau vocabulaire (« *valuable vocabulary* ») aux réformateurs pour justifier « changes in policy and practice aimed at mitigating the harshness of criminal sanctions » (1982, p. 260).

Pour Pires, en adoptant le principe de l'intervention et de la sanction la moins restrictive, cette théorie modifie la conception d'une « peine juste » : « la peine juste est un processus qui doit être 'gardé à jour' du point de vue de la réduction de l'exclusion et des dommages potentiels à l'égard de l'inclusion sociale » (Pires, 2008, s/p). La prison est ainsi une sanction de dernier ressort. Rotman reprend ici l'idée qu'il vaut mieux réhabiliter en dehors qu'en dedans : « rehabilitate opportunity flowers much better outside of than within the prison walls » (1990, p. 147).

Cependant, selon Rotman, une fois appliquée comme dernier recours, la prison doit mieux s'harmoniser avec le but de réhabiliter le coupable. Dans ce cas, la réhabilitation vise donc aussi à réduire les effets négatifs de la prison. Il écrit :

The aim of a progressive correctional system is to build on its basic penal function to preserve human life in every respect consistent with the required deprivation of freedom. This means in the first place the creation of a rehabilitative atmosphere, which presupposes a series of positive duties that have their correlate in the rights of prisoners. A minimally decent environment, security, medical assistance, recreation, and fair treatment are not only prerequisites for whatever programs a correctional institution may offer, but are part of the rehabilitative offering itself (1990, p. 145-146).

Rotman cherche alors également (et de cette façon) à dissocier la réhabilitation de la peine indéterminée et des peines longues de prison, car selon lui, « longer sentences mean less chance of rehabilitation » (1990, p. 148). Ainsi, bien que la prison soit exceptionnelle dans cette manière de définir la réhabilitation, une fois qu'elle est appliquée, la préférence doit aller aux peines courtes de prison, argumente-t-il. De toute façon, le principe de la sentence moins restrictive qui découle de la réhabilitation comme un droit exige moins de souffrance et un quantum de peine moins élevé. Ce principe s'oppose aussi aux peines minimales d'incarcération.

Une autre conséquence de ce modèle des droits, indique Rotman, fait référence à la distinction corrigible/incorrigible utilisée dans les autres modèles de la réhabilitation. Dans la conception de Rotman, la distinction corrigible/incorrigible ne s'applique pas. La réhabilitation étant un droit de l'accusé, en fait, un droit pour tous, c'est-à-dire universel, le

«type» d'accusé n'est donc pas important. En plus, ajoute-t-il, la réhabilitation peut même être demandée pour les deux types de délinquants qu'on pourrait considérer, au premier abord, comme inadmissibles à la réhabilitation – ceux qui « fonctionnent bien dans la société » et les « incorrigibles ». Ainsi, la réhabilitation peut s'appliquer autant aux criminels à cols blancs, aux criminels politiques, économiques et environnementaux qu'aux récidivistes et criminels « dangereux ». Pour les « socially well-adapted offenders », Rotman affirme : « if rehabilitation is conceived as a counteractive force against unwanted side effects of imprisonment, it may also be necessary for originally well-socialized inmates who in the long run would dissocialize without some compensatory intervention » (1990, p. 13). Par rapport à ceux considérés comme “incorrigibles”, Rotman défend la réhabilitation également parce qu'elle n'est pas conditionnée à son efficacité :

Indeed, when rehabilitation is recognized as a right, independent from its effectiveness, apparent incorrigibility can be no obstacle to the offering of renewed rehabilitative chances. Even when law prescribes very prolonged confinement, the maintenance of dignity and of the potentialities inherent in being human demand counteractive action and various forms of assistance (1990, p. 14).

En résumé, Rotman définit sa réhabilitation de la manière suivante :

Rehabilitation, according to modern standards, can be defined tentatively and broadly as a right to an opportunity to return to (or remain in) society with an improved chance of being a useful citizen and staying out of prison; the term may also be used to denote the actions of the state or private institutions in extending this opportunity. The definition thus embraces both the offender's rights and the government's policies. Rehabilitation in prisons comprises educational opportunities; vocational training; justly remunerated work; medical, psychological, and psychiatric treatment in an adequate environment; maintenance of family and community links; a safe, faire, and healthy prison environment; post release support; elimination of hindrances to reinstatement in the community; and the various services directed to meeting the imprisoned offender's physical, intellectual, social, and spiritual needs, as compatible with incarceration. As this list suggests, a broad concept of rehabilitation is not limited to specific programs but includes an adequate prison environment. Alternatively rehabilitation may take place in non institutional settings, allowing the offender to remain in society. In fact, rehabilitation is most fully realized in the community (1990, p. 3).

Ainsi, pour résumer les traits principaux de cette réhabilitation basée sur les droits et les protégeant, nous pouvons d'abord retenir la valorisation des sanctions non carcérales et de la prison à titre de peine appliquée en dernier ressort. Comme le soutient Edgardo Rotman, « A renewed concept of rehabilitation, according to the humanistic model, no longer relies on imprisonment to attain its goals » (p. 144). On le voit, cette théorie s'oppose par conséquent aux peines minimales et aux peines obligatoirement infligées ou incompressibles, car elle s'élève contre toute valorisation de la sévérité des peines et valorise la révision périodique de toute sentence d'incarcération pour réduire sa portée.

Dans le cas exceptionnel de l'application de la prison, la théorie défend aussi la présence du but réhabilitatif à l'intérieur de la prison comme un contrepoids pour ne pas écraser la personne condamnée : « humanistic rehabilitation coexists with imprisonment and institutional discipline, while counteracting its harmful effects » (Rotman, 1990, p. 155).

La réhabilitation devrait être, selon lui, un droit constitutionnel de l'individu, ce qui limiterait sous certaines conditions, l'intervention à ce qu'il y a de moins restrictif : « the recognition of a right to rehabilitation implies the use of the least restrictive setting, minimal intrusion, and the least drastic methods by which legislative aims can be achieved. » (Rotman, 1990, p. 155). De cette façon, la réhabilitation n'est pas présentée comme autorisant une forme illimitée d'intervention, mais, au contraire, comme une forme « autolimitée » d'intervention.

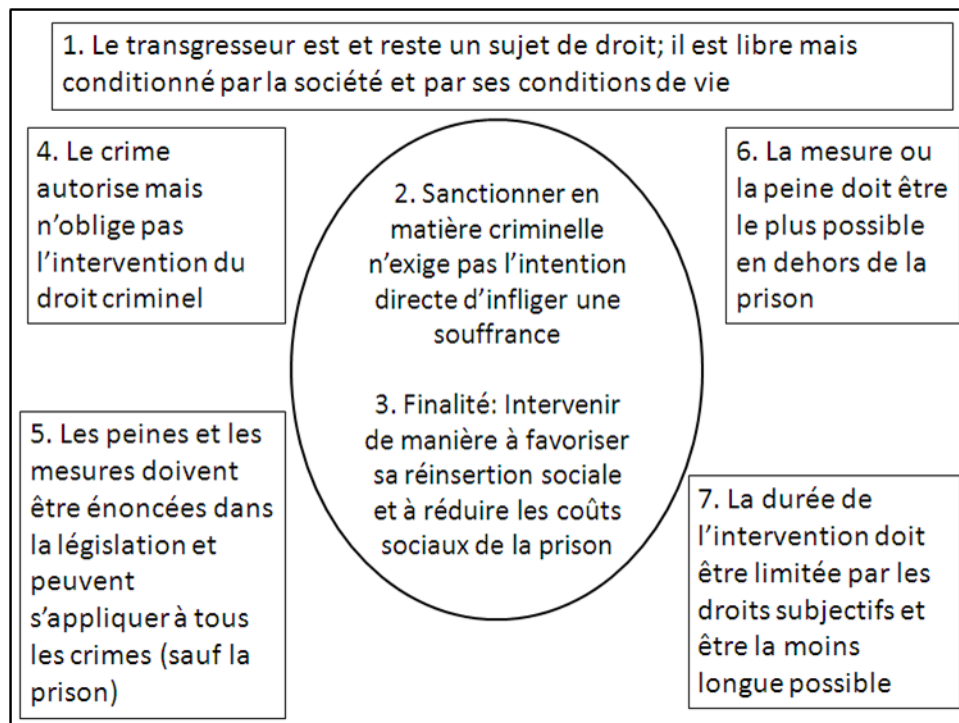
Un autre point qui la caractérise se ramène à la distinction corrigible/non corrigible encore très généralisée dans le système de droit et surtout dans le système politique : cette distinction est abandonnée par cette théorie. Ainsi, cette théorie s'« autodécrit » différemment de sa version de la première modernité en la critiquant directement.

En prenant en compte ces caractéristiques, nous observons que cette théorie de la réhabilitation, celle de la deuxième modernité, se situe carrément à l'extérieur de ce système d'idées de la rationalité pénale moderne. Pour résumer ces énoncés et ces recommandations

virtuelles aux autorités, voici notre schéma pour la théorie de la réhabilitation de la deuxième modernité ou relationnelle :

**FIGURE 1.7**

**La théorie virtuelle de la réhabilitation relationnelle  
(ou de la deuxième modernité) (Pires, 2010)**



**4. Un système d'idées formé par les théories modernes de la peine : la rationalité pénale moderne**

Comme nous l'avons déjà introduit au départ, la théorie de la rationalité pénale moderne porte sur la description d'un système d'idées *sui generis* formé par les théories modernes de la peine. Commençons par définir la notion de système d'idées.

Le concept de système d'idées est proposé par Pires en s'inspirant, premièrement, du concept de *système de pensée* chez Foucault qui fait référence aux *discours savants* et, deuxièmement, de l'appareillage conceptuel de la théorie des systèmes sociaux

« autoréflexifs » de Luhmann. Pires définit le concept de système d'idées comme une formation discursive savante et institutionnalisée qui, fournissant des « récits identitaires », permet à un système social de construire son autoportrait (ou ses autoportraits), c'est-à-dire sa façon de s' « auto-observer », de s' « auto-décrire » et ainsi de « concevoir son identité » (Pires, 2004). Les systèmes d'idées intègrent la structure cognitive des systèmes sociaux « autoréflexifs » et ainsi ils sont liés directement à la façon dont les systèmes sociaux vont produire leurs autoportraits identitaires. Comme le dit Luhmann, les « autodescriptions » sont responsables de la création d'une « meta-unification, an overestimation of coherence in observing the system, and in this respect they can mislead external observers » (1995, p. 456). Les autoportraits créent ainsi la « réalité » opérationnelle d'un système de fonction donné. Il s'agit bien sûr d'une approximation que fait le système lui-même dans sa description de son propre fonctionnement. Les autoportraits, par exemple, peuvent être différents d'une description faite par un observateur externe, comme lorsque la sociologie ou la criminologie observe le droit criminel. Ces descriptions des observateurs externes du droit criminel cherchent à rendre compte de la complexité de la réalité du droit criminel tandis que les autoportraits du droit criminel visent à créer, par et pour le système lui-même, une cohérence et une généralisation de la réalité du droit criminel.

En fournissant un substrat cognitif à un système de fonction donné, un système d'idées guide la cohérence interne de ce système de fonction tout en participant à la construction de son identité. Le système d'idées formé par les théories de la peine contribue ainsi à la construction identitaire du droit criminel.

À l'intérieur d'un système social de fonction, dans sa « réserve de connaissances disponibles » (Schutz, 1987), nous pouvons trouver des systèmes d'idées dominants, plus centraux, de même que des systèmes d'idées alternatifs et périphériques. Foucault, par exemple, attire l'attention sur les systèmes de pensées dominants, mais il ne nie pas l'existence de systèmes d'idées alternatifs (Dreyfus et Rabinow, 1984).

En décrivant le droit criminel, Pires observe la formation et la stabilisation d'un système d'idées dominant *sui generis*, constitué par les théories modernes de la peine, lequel

système d'idées joue un rôle important dans la construction de l'identité du droit criminel (1998). Pires qualifie ce système d'idées de « rationalité pénale moderne »<sup>34</sup>. Nous l'avons vu précédemment, les théories modernes de la peine se présentent en mettant l'accent sur leurs différences. Toutefois, la théorie de la rationalité pénale moderne les observe de façon à les rassembler autour d'idées qu'elles partagent. Pires (2008) nous explique que l'on peut observer les communications sur les peines criminelles à partir de trois niveaux d'observation distincts. Au premier niveau (plan microscopique), nous observons les idées, les concepts, les principes et les finalités que nous avons théoriquement considérés comme des médiums qui prennent certaines formes lors de leur usage. Ici, ces concepts et ces principes fonctionnent comme des électrons libres, complètement indépendants par rapport à une théorie qui les rassemble et leur confère un sens particulier. Au deuxième niveau (plan intermédiaire), nous trouvons les théories de la peine. Chaque théorie met en forme les idées, les concepts isolés, les principes, etc., en leur attribuant une forme d'organisation propre. Ainsi, la théorie moderne de la rétribution, par exemple, met ensemble quelques énoncés sur le fondement du droit de punir, sélectionne un concept de punition et se construit en tant que corpus d'idées et de propositions (ayant même certaines divergences internes selon les différents interprètes). Sur ce plan, nous observons ces théories de la peine s'« auto-présentant » en conflit les unes par rapport aux autres (ou entre les diverses versions) : ainsi la théorie de la dissuasion se présente en conflit avec celle de la rétribution, et vice-versa. Au troisième niveau (plan macroscopique), nous observons le système d'idées formé par l'union de certaines théories (différentes entre elles). Cette « union » ou cette formation plus abstraite est visible à travers les « points d'accord » existants entre ces théories. Ici, l'observateur observe les énoncés et les idées que partagent ces théories. C'est à ce niveau seulement que nous pouvons observer la rationalité pénale moderne en tant que système d'idées. En tant que tel, sa frontière est bel et bien définie et permet à un observateur de voir,

---

<sup>34</sup> Il faut attirer l'attention encore une fois sur le fait que ce concept (la rationalité pénale moderne) est une construction sociologique faite par Pires à partir de l'observation du droit criminel. La rationalité pénale moderne en tant que concept sociologique (système d'idées) n'est pas une « autodescription » du droit criminel. Autrement dit, ce n'est pas un concept formulé et reconnu par le droit criminel, même si les théories de la peine – le contenu de ce système d'idées – sont reconnues comme telles par le droit criminel. Un juge, par exemple, reconnaît la théorie de la rétribution comme faisant partie de la réalité juridique, mais il ne reconnaît pas le système d'idées formé par la rétribution, la dissuasion, la dénonciation et la réhabilitation carcérale comme une catégorie juridique.

par exemple, que la théorie de la réhabilitation de la deuxième modernité se trouve à l'extérieur de ce système.

La notion de « rationalité pénale moderne » fait sociologiquement référence ainsi à un système d'idées sur la peine criminelle, constitué entre les 18<sup>e</sup> et 19<sup>e</sup> siècles autour des théories modernes de la peine criminelle (la rétribution, la dissuasion et la réhabilitation carcérale), qui réclament l'exclusion sociale du coupable, se présentent à l'intérieur du système de droit criminel et du système politique et sont plus spécifiquement responsables de l'autoportrait punitif du droit criminel (Pires, Cellard et Pelletier, 2001; Pires, 2008).

Pour observer ce système d'idées, il faut tout d'abord observer et classer autrement les théories modernes de la peine.

Pour observer la convergence entre les théories modernes de la peine, la théorie de la rationalité pénale moderne emploie la distinction exclusion sociale/inclusion sociale. En utilisant cette distinction, nous percevons les points d'accord plutôt que les divergences entre ces théories. La distinction exclusion sociale/inclusion sociale est employée en tenant compte de la sémantique constituée par ces théories, de ce que ces théories recommandent aux autorités de faire, en tant que théories pratiques. La distinction met en relief, dans l'une de ses faces, la primauté accordée à l'exclusion et, dans l'autre face, la primauté accordée à un « souci positif et proactif » envers l'accusé dans le processus décisionnel par rapport à la peine criminelle (Pires, 2008).

On peut voir alors que le système d'idées de la rationalité pénale moderne est formé par les théories qui valorisent, au premier plan, l'exclusion sociale du coupable : la rétribution, la dissuasion, la dénonciation et la réhabilitation carcérale. Cependant et nous l'avons remarqué, la réhabilitation carcérale valorise, dans un deuxième temps, l'inclusion sociale du condamné. C'est en cela qu'elle se distingue particulièrement des autres.

En employant encore une fois la distinction exclusion sociale/inclusion sociale à l'intérieur de ce système d'idées (RPM), nous observons, d'un côté, trois théories qui restent

indifférentes à l'inclusion sociale du coupable (la rétribution, la dissuasion et la dénonciation) et, de l'autre, une théorie qui recommande aux autorités d'en tenir compte (la réhabilitation carcérale). Si les trois premières valorisent une logique de moyens strictement « négatifs » de punition, la dernière (réhabilitation carcérale) valorise une logique hybride entre les moyens négatifs (l'enfermement) et les moyens ou programmes positifs de réhabilitation.

Nous constatons ainsi la complexité interne de ce système d'idées qui a un « noyau dur » formé par les théories de la rétribution, de la dissuasion et de la dénonciation. Ces théories du « noyau dur » conçoivent ainsi l'intervention pénale de façon :

Hostile, parce qu'on représente le déviant ('celui qui cause la déception') comme un ennemi du groupe tout entier. Abstraite, parce que le mal (concret) causé par la peine est perçu comme *devant causer* un bien moral immatériel ou un bien pratique invisible et futur. Négative, puisque ces théories *excluent toute alternative* visant à réaffirmer le droit par une action positive du déviant (le dédommagement, par exemple) et stipulent que *seul le mal* concret et immédiat causé au déviant (et à son entourage) peut produire un bien-être pour le groupe ou réaffirmer la valeur de la norme. Et, enfin, atomiste, parce que la peine – dans la meilleure des hypothèses – n'a à se préoccuper des liens sociaux concrets entre les personnes (comme si elles ne faisaient pas partie du 'même groupe') que d'une façon tout à fait secondaire et accessoire (Pires, Cellard et Pelletier, 2001, p. 198).

Nous assistons aussi dans la deuxième moitié du 20<sup>e</sup> siècle à l'émergence de théories de la peine alternatives à la rationalité pénale moderne, autrement dit de théories qui se placent à l'extérieur de ce système d'idées dominant. C'est le cas de la nouvelle théorie de la réhabilitation (la réhabilitation relationnelle ou de la deuxième modernité). Le mouvement pour la justice réparatrice peut aussi être vu comme porteur d'idées qui échappent à la rationalité pénale moderne.

Nous observons ainsi la rationalité pénale moderne comme un système d'idées complexe et qui n'est pas le seul à véhiculer des idées sur la sanction criminelle. L'hégémonie de ce système est mise à l'épreuve chaque fois qu'une théorie alternative de la sanction pénale apparaît sur scène (à l'extérieur de ce système d'idées). Observer comment le droit criminel, par exemple, expérimente ce nouveau scénario qui s'oppose à son système

d'idées dominant est toujours une question empirique. Par exemple, prenons le cas de la création de tribunaux pour les crimes moins graves au Brésil où les peines appliquées sont les travaux communautaires ou la réparation du dommage. Fullin (2012) indique que le droit criminel expérimente ce nouvel arrangement plutôt comme une forme de coexistence avec la rationalité pénale moderne et crée même des mécanismes de cohérence en permettant un partage consensuel de territoires ou de juridictions selon le type de crimes et selon certaines conditions (la non récidive). Cette forme de réception limite ainsi le potentiel innovateur que représentent certaines théories et idées alternatives à la rationalité pénale moderne.

## **5. L'affirmation de l'identité et la construction de la différence : la frontière substantialisée du droit criminel moderne**

Nous avons vu que la rationalité pénale moderne fournit au droit criminel des « récits identitaires » qui lui permettent de construire son autoportrait, son identité. La rationalité pénale moderne joue ce rôle pour le droit criminel, car c'est à partir des idées de ce système que le droit criminel dit ce qu'il est et ce qu'il n'est pas. C'est à partir de cette vision identitaire, nous le verrons, que le droit criminel construit sa différence par rapport au droit civil.

Le problème sur lequel nous voulons attirer l'attention ne se ramène pas à la question de la création d'une identité, car cela consiste à dire simplement « je ne suis pas cela » et « je suis ceci ». Autrement dit, l'affirmation d'une identité est neutre. La question est de savoir comment la vision identitaire est construite sur le plan des représentations du système lui-même. C'est ce processus que nous voulons traiter dans la présente section.

Nous l'avons vu, le système d'idées formé par les théories modernes de la peine soutient que le droit criminel a une nature propre, centrée surtout sur la « peine afflictive » et/ou l'exclusion sociale (l'enfermement). Ce contenu (afflictif et/ou générateur d'exclusion sociale) joue un rôle tellement important dans la construction de l'identité du droit criminel que si une sanction ne le véhicule pas, le droit criminel ne la reconnaît pas comme une sanction « apte » à exercer sa fonction de « peine ». Tel est le cas de la sanction de

dédommagement qu'il perçoit comme une sanction propre au droit civil. Le message envoyé par le droit criminel au droit civil est « contrairement à toi, je dois chercher à faire souffrir et/ou à promouvoir l'exclusion sociale pour protéger les intérêts de la société et non ceux d'un particulier ». La sémantique de la rétribution et celle de la protection de la société sont mobilisées dans le cadre de la rationalité pénale moderne et valorisent une hostilité dirigée contre le coupable pour définir l'identité par excellence du droit criminel (Dubé, 2012a).

Pourtant, d'un point de vue sociologique, la différence entre le droit criminel et le droit civil peut être construite à partir du fait qu'il s'agit de deux sous-systèmes du droit (avec une législation différente). Il n'existe pas de « nature » ou d'« essence » propre au droit criminel<sup>35</sup>.

Dans un essai sur « *La psychologie de la société punitive* », Mead (1918) observe que le droit criminel construit une attitude d'hostilité face au justiciable, vu comme l'ennemi de la société. Dans le cadre de cette représentation, le coupable « should suffer in proportion to the evil that he has done » et « suffer so much and in such a manner that his penalty will serve to deter him and others from committing the like offense in the future » (p. 582). Mead observe ensuite que la manière par laquelle le droit criminel dit défendre les valeurs qu'il doit lui-même protéger et réaffirmer est surtout négative, car « it does not present the positive social function of the goods that the hostile procedure protects » (p. 588). Mead distingue alors entre « valeurs-sacrifices » et « valeurs d'usage ». Les « valeurs-sacrifices » sont des valeurs qui sont affirmées surtout par la négative et présentées d'une manière abstraite à travers une attitude d'hostilité qui sacrifie les valeurs positives que l'on veut défendre. Ainsi, pour protéger la vie, nous condamnons une personne à la mort ou à la perpétuité (« mort sociale » de l'individu). Ces valeurs-sacrifices sont différentes des « valeurs d'usage » qui doivent être présentes dans la manière même de punir. Les valeurs « vie », « liberté », etc., ne sont pas positivement exprimées par et dans la peine de mort ou perpétuelle. Comme le souligne Mead, les valeurs-sacrifices « are regarded as valuable

---

<sup>35</sup> Dubé démontre la possibilité de concevoir autrement et d'une manière plus neutre la fonction du droit criminel qui échappe à celle de la protection de la société et qui n'actualise pas la rationalité pénale moderne et ses théories de la peine (Dubé, 2012a, p. 677). Cette possibilité demeure pourtant virtuelle.

because we are willing to fight and even die for them in certain exigencies, but their intrinsic value is neither affirmed nor considered in the legal proceeding » (p. 588). L'attitude d'hostilité du droit criminel, catalysée par la sémantique des théories de la peine, soulève un paradoxe que Pires a appelé, à partir de l'observation de Mead, le paradoxe du sacrifice : il renvoie au fait que « nous en sommes venus à valoriser l'exclusion sociale radicale et effective de certaines personnes par le droit criminel comme une manière de montrer la valeur que nous attribuons à l'être humain » (2012, p. 25).

Le droit criminel se caractérise ainsi par une attitude d'hostilité envers le coupable, une attitude que Mead n'observe pas dans le droit civil. Le droit civil ne s'« auto-observe » pas comme ayant une attitude d'hostilité envers le coupable. Mead note que dans le droit civil,

The parties to the civil proceedings belong to the same group and continue to belong to this group, whatever decision is rendered. No stigma attaches to the one who loses. Our emotional attitude toward this body of law is that of interest, of condemnation and approval as it fails or succeeds in its social function. It is not an institution that must be respected even in its disastrous failures. On the contrary it must be changed. It is hedged about in our feelings by no majesty. It is efficient or inefficient and as such awakens satisfaction or dissatisfaction and an interest in its reform which is in proportion to the social values concerned (Mead, 1918, p. 586)

Le droit criminel se construit ainsi sur la base d'un autoportrait identitaire qui valorise des valeurs comme l'hostilité, l'affliction et/ou l'exclusion sociale. Ainsi, comme nous le rappelle Mead, un travailleur social dans un tribunal criminel est toujours vu comme un « sentimentaliste » (1918, p. 594), car le droit criminel doit être, suivant la rationalité pénale moderne, plutôt afflictif et/ou générateur d'exclusion sociale. L'attitude plus reconstructrice est dévalorisée dans le scénario du droit criminel.

## **6. Remarques conclusives**

Si la théorie de la rationalité pénale moderne s'attarde à décrire les obstacles cognitifs à l'évolution du droit criminel, c'est parce qu'elle s'attarde également à indiquer les conditions pour la sélection et la stabilisation des innovations possibles sur le plan des

normes de sanction en matière criminelle. La théorie est composée ainsi de deux axes complémentaires : l'un qui identifie les obstacles cognitifs internes à l'évolution du droit criminel et l'autre qui identifie les conditions de transformation et d'innovation en matière de sanction criminelle. La théorie prévoit donc les outillages conceptuels et méthodologiques permettant d'observer les alternatives à ce système d'idées dominant. Selon la théorie, la reconstruction du droit criminel implique une reconstruction de l'autoportrait identitaire du droit criminel. La théorie de la rationalité pénale moderne accepte cependant la possibilité que le droit criminel vienne à trouver un autre système d'idées dominant sur les peines et marquer ainsi une *évolution de palier*.

Pour comprendre ce concept d'*évolution de palier*, nous devons revenir à l'idée même d'évolution. À cette fin, nous prenons d'abord le concept d'évolution chez Luhmann. Précisons que le mot évolution pour Luhmann ne signifie pas « évolutionnisme », « darwinisme social » ou une théorie du « développement social » qui, suivant une linéarité et après plusieurs phases, arriverait ultimement au progrès, c'est-à-dire à un état « meilleur » qu'avant. Comme le dit Luhmann, la théorie de l'évolution « does not focus on a process, nor does it attempt to explain in a historical or causal manner why things happen the way they do » (2000, p. 214). Distincte d'une approche historique, la théorie de l'évolution proposée par Luhmann s'insère dans le cadre d'une approche systémique. Rappelons qu'il s'agit ici d'une théorie des systèmes sociaux « autopoïétiques ».

Tenant compte de ces référentiels systémiques, la question serait la suivante : comment est-il possible que des systèmes sociaux autopoïétiques en viennent à accomplir une évolution de palier ?

Pour répondre à cette question, nous pouvons emprunter ici la distinction que Luhmann fait entre variation, sélection et stabilisation, l'ensemble définissant un processus éventuel. L'accent est mis sur le dynamisme de ce « processus » marqué par la circularité entre variation, sélection et stabilisation, niant ainsi l'existence d'une origine. La stabilisation, étant une condition de la variation, est le début et la fin de l'évolution. Bref, Luhmann voit l'évolution comme un processus d'apprentissage dans lequel le système

produit une variation à partir d'un état établi; cette variation est éventuellement sélectionnée par les opérations de ce système et elle est (aussi éventuellement) généralisée, stabilisée, fortement institutionnalisée par des opérations subséquentes. Ce qui était une variété devient une nouvelle normalité du système.

Vu de cette façon, le concept d'évolution n'apparaît plus comme un processus naturel et inévitable, mais comme une contingence possible. En effet, comme le soutient Dubé (2008, p. 16), il faut distinguer alors entre changement et évolution :

[une] théorie sociologique de l'évolution devrait pouvoir distinguer entre changement et évolution, sans quoi, à travers elle, nous serions amenés à tout concevoir comme une forme d'évolution et nous serions par le fait même incapables d'observer l'autre face de la distinction, c'est-à-dire la 'régression' ou la 'non-évolution'. En d'autres termes, sans cet investissement conceptuel, la notion d'évolution serait une notion sans distinction et donc inutile à l'observation (2008, p. 16).

Sur ce point, la théorie de la rationalité pénale moderne nous aide à observer l'évolution ou la non évolution de palier du système de droit criminel. D'abord, le concept même de rationalité pénale moderne offre un « point de départ » (Cauchie et Kaminski, 2007) à partir duquel nous pouvons observer et décrire la stabilité de départ et l'évolution ou la « non évolution » du droit criminel, plus spécifiquement de ses structures cognitives et normatives concernant les peines. La théorie de la rationalité pénale moderne observe et décrit la formation d'un système d'idées sur les peines appelé « rationalité pénale moderne » et qui devient dominant.

La théorie nous offre ainsi certains critères pour guider l'observation des variations : les normes de sanction et leurs justifications doivent se situer en dehors du cadre construit par les théories modernes de la peine. La théorie distingue aussi entre régression, reproduction normale et innovation (pouvant amener à une évolution de palier). La « régression » fait référence aux idées et aux normes de sanction qui « rétrocedent » sur le plan cognitif par rapport à la rationalité pénale moderne. La réintroduction du fouet comme peine « pour rétribuer, dissuader, dénoncer ou réhabiliter » serait un exemple de régression.

La théorie offre également le concept d'innovation. L'innovation est un événement qui perturbe la matrice de référence (Pires et Cauchie, 2007) soit, dans notre cas, le système d'idées de la rationalité pénale moderne. La théorie distingue deux sortes de changements : les changements qui s'observent sur le plan des idées en ce qui a trait à la peine et ceux qui s'observent sur le plan des normes de sanction. À partir de ce que nous avons vu dans ce chapitre, les changements sur le plan des idées sont les plus fondamentaux pour les enjeux évolutifs du droit criminel, en ce sens qu'un changement en matière de normes doit être accompagné par un changement sur le plan des idées pour avoir plus de possibilités de changer la direction évolutive présente. L'innovation est un type de changement qui renvoie toujours au plan des idées. Comme le soulignent Pires et Cauchie, c'est un changement qui suscite « une réflexion théorique *interne au système* qui, à son tour, soit aussi innovatrice (défaire les obstacles épistémologiques et reconstruire les concepts et les théories) » (2007, p. 9).

Cependant, et nous devons insister sur ce fait, l'innovation même sur le plan des idées n'implique pas nécessairement une évolution de palier. Dans le schéma luhmannien où l'évolution est conçue en trois temps, la variation, la sélection et la stabilisation, l'innovation est « l'état initial » de ce processus (Pires et Cauchie, 2007). Ainsi, l'innovation est un concept moins exigeant que le concept d'évolution de palier (Cauchie, 2005; Cauchie et Kaminski, 2007; Pires et Cauchie, 2007).

Pour mieux comprendre la problématique de l'évolution du droit criminel, la théorie de la rationalité pénale moderne ajoute un dernier concept emprunté à la philosophie des objets techniques : le concept d'*évolution de palier* (Simondon, 1958) que nous avons employé jusqu'ici sans l'approfondir. En parlant de l'invention dans le domaine des objets techniques, Simondon fait une distinction entre une évolution par continuités et une évolution par discontinuités. L'idée est que l'évolution implique des continuités, des perfectionnements mineurs, l'ajout d'une nouvelle caractéristique, mais il y a des moments qui ne produisent pas simplement un perfectionnement mineur dans un modèle déjà là, mais plutôt des perfectionnements majeurs. Ces moments impliquent un saut de palier d'évolution, une discontinuité, un bond, « une modification de la répartition interne des fonctions, un

réarrangement de leur système » (Simondon, 1958, p. 28). Comme exemple d'une évolution par continuités, Simondon évoque le moteur à essence qui évolua d'une façon continue à l'aide de perfectionnements mineurs (des moteurs moins polluants ou consommant moins d'essence, ou plus performants). Il s'agit d'une évolution dans le même palier. Un exemple d'évolution qui saute de palier, une évolution par discontinuités serait le passage du moteur d'avion à hélice au turboréacteur (turbines). Nous pouvons penser aussi, plus près de nous (Simondon écrivit en 1958), aux cas de l'ordinateur personnel ou du téléphone intelligent (le premier « iPhone », par exemple). L'idée que Pires retient de cette distinction de Simondon sur l'évolution des objets techniques est qu'une *évolution de palier* exige que le changement se produise d'une *certaine façon* et dans une *certaine place* (Pires, 2010).

Il y a des situations empiriques concrètes qui soulèvent des doutes. Par exemple, comment caractériser une réforme qui introduit des peines alternatives à la prison, comme les travaux communautaires, en les valorisant à partir d'une grammaire afflictive ? Dans ces cas, nous sommes devant une réforme ambivalente ou hybride. D'une part, la sanction concrète est porteuse d'un potentiel innovateur et indique un déplacement par rapport à la prison. Mais, d'autre part, l'idée qui fait valoir cette sanction (et qui oriente la forme concrète qu'elle peut prendre) s'inscrit à l'intérieur du même système d'idée et relève d'une reproduction normale. Il y a continuité et discontinuité sur des plans différents (idées/normes de sanction). Ce changement reste « souhaitable » et « intéressant », mais il est aussi ambivalent car, sans une innovation sur le plan des idées, l'évolution (de palier) du droit criminel ne peut vraiment réussir.

En résumé, dans le cadre de notre recherche, les conditions sociologiques qui qualifient un événement comme innovateur sont les suivantes :

- (1) l'événement doit abandonner l'idée que le mal est nécessaire pour produire un bien et doit participer à une vision identitaire du droit pénal [non] hostile, [non] abstraite, [non] négative et/ou [non] atomiste de la protection de la société ou de l'affirmation des normes;
- (2) il doit présenter des caractéristiques irréductibles, non prédictibles et non déductibles au regard de la rationalité pénale moderne;
- (3) il doit être sélectionné sinon stabilisé par une structure pénale réceptrice quelconque (théories de la peine, jurisprudence, doctrine, lois);

(4) il doit revêtir un statut d'indicateur cognitif (même faible) de l'évolution identitaire du système de droit pénal (Cauchie et Kaminski, 2007, p. 6).

## **Chapitre 2**

### **La méthodologie de la recherche**

#### **1. Prémisses épistémologiques**

Avant de décrire la procédure et les choix méthodologiques de notre recherche, nous voulons préciser ses prémisses épistémologiques, car nous croyons que cet exercice aidera à la compréhension globale des choix méthodologiques pris au long de la démarche empirique. Ces prémisses épistémologiques découlent bien sûr de notre assise théorique donnée par la théorie de la rationalité pénale moderne de Pires. Dans le chapitre précédent, nous avons décrit cette théorie en explicitant son objet, sa portée et ses limites. Comme nous l'avons alors mentionné, cette théorie s'inspire de plusieurs contributions dans le domaine des sciences sociales et humaines, notamment celles de Foucault, de Luhmann, de Bateson, etc. Notre assise théorique s'appuie sur un contour épistémologique bien net qu'il importe maintenant de préciser, car il implique une rupture avec certains postulats épistémologiques traditionnels. Le fait de définir le courant épistémologique dans lequel notre recherche s'inscrit permettra de mieux saisir sa portée et ses limites.

Si nous acceptons d'employer la distinction constructivisme/réalisme, notre recherche s'inscrit dans le constructivisme, mais elle adopte toutefois un sens bien particulier du terme « constructivisme ». Nous suivons ici la perspective épistémologique de Luhmann selon laquelle la distinction sujet/objet de l'épistémologie classique est remplacée par la distinction opération/observation. Pourquoi Luhmann propose-t-il cette distinction? En dissociant le sujet (être humain) du phénomène de la cognition en général, la distinction opération/observation crée la possibilité d'observer d'autres systèmes qui peuvent eux-mêmes observer. Non seulement les individus (les systèmes psychiques) peuvent-ils observer, mais les systèmes sociaux (le droit, l'économie, l'art, la science, etc.) le peuvent également. La biologie contemporaine considère aussi que l'organisme peut observer (Maturana et Varela, 1980). Du constructivisme conventionnel, cette perspective retient l'idée que la réalité doit toujours être conçue comme une construction, mais une construction (ou mieux, une opération) réalisable par tous les systèmes observateurs et non pas seulement

par ceux dotés d'une conscience. Se prévalant de cette approche épistémologique, Luhmann veut d'abord mettre l'accent sur le caractère indissociable du « sujet » (le système observateur) et de l'« objet » (l'observation) et, deuxièmement, sur la pluralité des « sujets » de l'observation, c'est-à-dire des systèmes observateurs producteurs de sens et constructeurs de réalités, de *leurs* réalités.

Dire que l'observation et le système-observateur sont indissociables signifie comprendre la cognition en tant qu'acte particulier qui produit une réalité également particulière. La réalité apparaît ainsi plus complexe et plurale (Moeller, 2006). Notre capacité de connaître est « manufactured by operations of observing » (Luhmann, 1988, p. 245). Pour connaître, il faut observer et, pour observer, il faut distinguer. La marche à suivre est empruntée au mathématicien Spencer-Brown : pour observer, tracez une distinction et indiquez une de ses deux faces. Tout ce que nous observons et considérons comme réalité est le résultat d'une distinction et, donc, d'une opération et d'une sélection. Cela ne veut évidemment pas dire que la « réalité » observée n'existe pas, mais seulement que cette réalité ne peut pas être observée sans une opération d'observation (distinction) d'un système observateur. D'où le nom donné par Luhmann à cette perspective de « constructivisme opérationnel » (2002, p. 54). Sans distinguer, autrement dit, sans marquer une différence, le « monde » reste inobservable, car indistinct. Toute observation est ainsi partielle et ne peut pas tout voir.

Une des conséquences de cette manière de concevoir la cognition est qu'il n'existe ni observateur privilégié ni réalité distordue; ce qui existe, c'est une multiplicité de points de départ (Luhmann, 2002). Toutefois, chaque système social de fonction ou d'organisation possède ses propres mécanismes de contrôle de la cognition. En ce qui concerne la science, nous pouvons, par exemple, mettre en cause la distinction qu'un observateur a employée pour observer en nous appuyant sur une évaluation de sa capacité descriptive, sur la qualité de la méthode employée, etc. Le droit, quant à lui, dira qu'une preuve est irrecevable parce qu'elle a été obtenue illégalement.

Une autre implication importante de ce « constructivisme opérationnel » luhmannien pour la compréhension de notre thèse est qu'il renvoie à la reconnaissance de la pluralité des systèmes observateurs. Cette perspective épistémologique qui converge avec celle d'autres auteurs, comme Foucault (1969), veut attirer l'attention sur l'hypervalorisation des acteurs sociaux dans les théories et les recherches en sciences sociales. Ainsi, cette perspective affirme que l'acteur social ou le sujet n'est pas le seul système capable de produire du sens, loin s'en faut; les systèmes sociaux aussi, nous l'avons dit, produisent du sens. La perspective que nous privilégions dans cette thèse veut donc décentrer le sujet et reconnaître ainsi aux systèmes sociaux, comme les systèmes juridique et politique, cette capacité réflexive de produire du sens et de construire leur propre réalité (Teubner, 1989).

Nous privilégions également dans notre étude les communications et nous établissons une hiérarchie conceptuelle entre les communications et les actions sociales.

Le concept de communication a une place centrale dans la théorie des systèmes sociaux de Luhmann. Ceci a pour effet de décentrer le sujet dans nos observations. La communication est comprise comme un concept qui n'est pas relatif à un seul individu, à une seule conscience. Elle ne peut pas être réduite à un seul individu, car la communication présuppose au moins un émetteur et un récepteur et ainsi elle est toujours sociale. En ce sens, « communication is the type of operation that society consists of » (Moeller, 2006, p. 217). Ici, les exemples donnés par Moeller sont particulièrement éclairants :

« As opposed to the traditional Old European attempt to describe society on the basis of its *members* (that is : a group of people or a community), system theory tries to describe society on the basis of its events : it looks at what actually happens. When someone buys a chocolate bar or stock, this is understood as economic communication; when someone watches TV, this is understood as mass media communication; and when a vote is cast and counted, this is understood as political communication » (Moeller, 2006, p. 6).

Toutefois, même si la communication est nécessairement un événement qui se produit avec la participation d'au moins deux acteurs, elle est « indépendante » par rapport à ces deux acteurs. Autrement dit, elle reste « en dehors » d'eux. Pour Luhmann, « only

communication can communicate » (Moeller, 2006, p. 8). Elle ne se réduit pas à ces deux acteurs, elle a sa propre frontière. Cela met en forme une nouvelle équation quant à la relation acteur et communication pour les théories sociales de même que pour la recherche empirique. L'approche luhmannienne ne nie pas l'importance des acteurs dans la communication. En fait, acteur et communication sont interdépendants.

Pour bien comprendre cette approche, il faut préciser davantage le concept de communication chez Luhmann. Ce dernier veut s'éloigner d'une tradition qui comprend la communication à partir d'un modèle appelé « émetteur-information-récepteur ». Moeller explique: « communication does not consist of a substantial 'transfer' of information from sender to receiver. The sender does not hand anything over to the receiver » (2006, p. 217). Le modèle traditionnel, selon Luhmann, substantialise le concept de communication, car la communication est conçue comme dépendante d'une « compréhension adéquate » du message par le récepteur, selon les intentions de l'émetteur (Seidl, 2005, p. 29). Or, la compréhension « adéquate » d'un sens « voulu » est hautement improbable, explique Luhmann. La communication est comprise ici comme un événement de constitution de sens. Le sens est une opération d'observation et de sélection et, par conséquent, une opération contingente. Luhmann distingue entre les sens possibles et les sens actualisés, autrement dit, entre la production-envoi d'un sens et sa réception-compréhension dans les communications. Il met l'accent sur le caractère sélectif de la communication. La communication est ainsi une unité constituée par trois opérations de sélection: la sélection d'une information, celle de donner (ou de ne pas donner) à connaître cette information (« announcement » ou « utterance ») d'une certaine manière plutôt que d'une autre, et la sélection d'une manière de comprendre (parmi d'autres manières possibles). La manière dont le récepteur comprend le message, en fonction de sa contingence et de sa sélection, devient un élément important qui ne dépend plus de l'intention de l'émetteur. En fait, l'intention n'est même pas visible. Il ne s'agit pas d'une « réception adéquate », mais d'une réception donnée parmi un univers de possibilités.

Cette perspective implique qu'en observant les communications, nous privilégions le processus de constitution de sens et sa contingence. L'accent est surtout mis

sur la constitution du sens en tant que tel. Les questions qui sont alors soulevées par l'observateur de la communication sociale visent à comprendre ce processus et à identifier les sens possibles et les sens actualisés. La sélection est ainsi comprise « as information about states of the world » (Stichweh, 2000, p. 9). Il ne s'agit pas de nier l'importance des acteurs et de leur expérience, mais de choisir l'ordre prioritaire dans la hiérarchie conceptuelle pour analyser un type de problème particulier lié à la compréhension.

La présente recherche, préoccupée par des problèmes de réception, de compréhension, de confusion sémantique, etc., observe le matériau discursif qui constitue son corpus empirique en tant que communications. À l'exception de certains discours issus des débats parlementaires, nous travaillons, règle générale, avec les communications du droit criminel. Précisons que ce sont des communications de réflexion du droit criminel provenant en grande partie de la doctrine et des travaux d'une Commission de réforme formée de juristes. Le fait qu'un juriste soit la personne X ou la personne Y est-il important pour notre analyse ? Oui, sans aucun doute, mais seulement comme élément de contextualisation et d'attribution éventuel d'un message (au premier plan) dans un processus de communication. Nous tenons compte des communications en tant qu'informations sur le droit criminel et non en tant qu'action constituée par un acteur particulier. Rappelons que ce qui nous intéresse surtout, ce sont les idées présentes dans les communications et non la subjectivité des individus qui les mobilisent.

Pour terminer notre repérage épistémologique, il faut préciser que notre recherche se caractérise comme étant un modèle ni totalement déductif ni totalement inductif. Pour reprendre les termes de Bateson (1977) et son image du travail scientifique comme un manœuvre en forme de pince, nous avons deux points de départ dans notre recherche : d'un côté, les données d'observation venant de notre recherche empirique et, de l'autre, le cadre théorique déjà élaboré par la théorie de la rationalité pénale moderne avec ses propres observations empiriques. Dans son texte, Bateson (1977, p. xxviii) appelle cet autre point de départ « les fondamentaux » qui est ce qui nous permet de réfléchir sur nos données empiriques et de les interroger. En réalisant cette opération en forme de pince, notre recherche a valorisé autant les données d'observation que les connaissances théoriques.

D'une part, nous avons réexaminé et condensé davantage certaines hypothèses de la théorie de la rationalité pénale moderne déjà empiriquement fondées d'une certaine façon par d'autres recherches, tout en les validant dans un autre contexte, soit celui de la réforme du droit criminel dans une autre région de l'Occident (le Brésil). D'autre part, ce faisant, nous contribuons aussi à l'approfondissement du problème de recherche et à l'amélioration de la qualité et de l'appareillage de ladite théorie.

Notre démarche est ainsi caractérisée par un mouvement de va-et-vient entre ces deux « branches » de la pince. Cette recherche va contribuer à la compréhension des problèmes posés par ce système d'idées de la rationalité pénale moderne à l'évolution du droit criminel. Elle le fera en observant le rôle joué par ce système d'idées dans des contextes pourtant propices à la production d'idées innovatrices: les changements attendus n'auront toutefois pas lieu en raison précisément de l'emprise de ce système sur les réformateurs. Pour observer le travail de réflexion de la réforme étudiée et identifier les idées valorisées et dévalorisées dans ce scénario, la théorie développée par Pires a orienté le focus de notre attention et nous a fourni un appareillage conceptuel préalable pour observer empiriquement la réforme au Brésil. Par exemple, nous savions que les idées capables de soutenir une « alternative à la prison » (un des objectifs de la Commission de réforme) devaient fort probablement « faire face » aux idées soutenues par les théories de la peine qui fonctionnent comme des obstacles cognitifs à l'évolution. Mais il était impossible de prévoir comment cela allait se faire et avec quelle intensité. En outre, il fallait voir si des idées alternatives avaient ou non été considérées et si oui, jusqu'à quel point. Car, comme le souligne Pires, « avec l'aide du temps et selon les décisions internes du système, le discours alternatif peut venir à gagner une place plus significative et à modifier ce rapport inégalitaire, mais ceci n'est pas une tâche facile » (Pires, 2004, p. 185).

Ainsi, notre problème de recherche impliquait une question d'ordre empirique. Il fallait en effet aller sur le terrain. Au début, nous nous interrogeons sur les possibilités de réforme et sur le rôle joué dans ce contexte particulier par le système d'idées dominant. Après avoir complété la collecte et l'analyse des données, nous sommes revenue à la théorie de la rationalité pénale moderne pour contribuer à son développement.

De cette manière, en nous appuyant sur Bateson (1977), nous espérons avoir également contribué au débat, à savoir si les recherches sont inductives ou déductives, ou si elles sont du type vérification ou construction de théorie. Notre recherche rejoint les tentatives d'abandonner ces distinctions souvent utilisées dans les débats épistémologiques et méthodologiques qui dévalorisent l'une des deux branches de la pince représentant le travail de recherche.

## **2. Constitution du corpus empirique**

À partir de notre problème de recherche, quel corpus d'observations empiriques devons-nous constituer pour décrire le travail de cette Commission de réforme au Brésil? Nous avons d'emblée choisi une approche qualitative pour construire l'assise empirique de notre recherche. Nous voulions décrire en profondeur un type d'expérience vécue qui n'est pas habituellement étudiée : « l'expérience-savoir » (Pires, 2004), celle qui est liée aux idées savantes et institutionnalisées.

Notre recherche adopte un échantillon par cas unique, du type événementiel (Pires, 1997). Par événement, nous faisons référence à un « *fait institutionnel (ou culturel) singulier, voire unique*, qui se produit avec le concours des institutions ou de la culture et qui, pour cette raison, nous permet de saisir ces dernières en action (Pires, 1997, p. 137). De cette façon, notre cas apparaît pertinent par rapport à notre problème de recherche au sens large – les difficultés cognitives d'évolution du système de droit criminel en Occident – justement parce qu'il porte directement sur une Commission qui se donne pour objectif la réforme de ce système dans une région de l'Occident. Il nous permet d'aborder la possibilité d'un changement et d'observer les obstacles cognitifs qui peuvent émerger. Edgard Morin, en soutenant une sociologie plutôt événementielle, fait une allusion métaphorique à la biologie pour dire que l'événement « est le stress, la perturbation, qui déclenche des processus de rééquilibration dans un organisme, soit par refoulement ou annihilation, soit par intégration, évolution, c'est-à-dire modification et changement » (1970, p. 225).

Notre matériau de recherche se compose de documents et d'entrevues. Tout d'abord, il faut préciser que le choix d'utiliser ces deux méthodes de collecte de données n'a pas été fait dans le but de compléter et de valider les données recueillies par une méthode sur l'autre. L'utilisation de ces deux méthodes nous a paru stratégiquement plus adéquate pour rendre compte de la complexité de notre problématique et de notre objet. D'un côté, les documents, c'est-à-dire les communications écrites, sont la source la plus pertinente en lien avec cet objet, car les documents écrits rendent compte de la stabilité et de la permanence des idées. Ils reflètent aussi la solidification d'un travail de réflexion et, de cette façon, ils ont « une plus grande valeur stratégique pour retracer [le] discours identitaire [du système de droit criminel] » (Pires, 2004, p. 187). D'un autre côté et malgré leurs limites, les entrevues – en particulier, comme nous l'expliquerons ensuite, le type d'entrevues utilisé dans notre recherche – peuvent, à leur tour, aider à comprendre plus en profondeur la réception particulière de certains concepts, de certaines idées, de certaines représentations institutionnalisées et, ainsi, contribuer à l'avancement de la connaissance. C'est donc pour leur complémentarité que nous utilisons les documents et les entrevues.

## **2.1. Les documents**

Au départ, nous avions l'intention de nous concentrer sur les documents produits par la Commission de juristes créée en 1980 et qui mena son travail de réflexion entre 1980 et 1983. Nous pensions alors trouver le fonds d'archives de cette Commission au ministère de la Justice du Brésil où nous aurions pu trouver non seulement les projets de proposition des nouvelles lois, mais aussi les documents de réflexion produits par cette Commission. Nous avons malheureusement constaté, une fois sur place, que ces archives n'existaient pas : en effet, les documents de travail de chaque commission de juristes sont habituellement confiés à leur coordinateur respectif. Dans notre cas, nous le verrons plus loin, le coordinateur était décédé et nous n'avons trouvé aucun fonds d'archives contenant des mémos, des procès-verbaux de discussions, etc. Le ministère conserva uniquement le produit final de la Commission, soit dans ce cas-ci, trois documents de propositions législatives (un projet de la partie générale du Code Criminel, un projet de loi de l'exécution pénale et un projet de Code de procédure pénale) ainsi que le suivi de ce que le ministère présenta comme

projet de loi au Parlement brésilien, c'est-à-dire le projet de loi visant à altérer la partie générale du Code criminel et le projet de loi de l'exécution pénale. Malgré l'absence d'archives centralisant les documents produits par les commissions de réforme du droit, nous nous sommes aperçue que les commissions de réforme au Brésil avaient une autre dynamique pour rendre leurs réflexions publiques. Il faut remarquer que cette dynamique des commissions de juristes n'est pas réglementée par une procédure formalisée et standardisée. La description que nous fournissons ci-dessous se rapporte à notre cas particulier, c'est-à-dire au fonctionnement de la Commission de la réforme pénale de 1984.

Premièrement, le ministère de la Justice du Brésil avait l'habitude de publier, à travers la maison d'édition du gouvernement fédéral, les travaux de la Commission en format de livre. Les projets de propositions législatives élaborés par la Commission furent ainsi l'objet de publication. Deuxièmement, les membres de la Commission – tous des juristes – avaient l'habitude à l'époque d'écrire des articles dans les revues juridiques ou de publier des ouvrages collectifs pour exprimer les réflexions de la Commission. Les articles pouvaient être signés individuellement ou collectivement par un ou plusieurs membres de la Commission. D'ailleurs, nous nous sommes rendue compte que les revues juridiques et les livres contenaient une quantité significative de discussions et de réflexions sur la réforme en question. En fait, ils contenaient les réflexions non seulement des membres de la Commission, mais aussi d'autres juristes pénalistes de l'époque. Nous avons compris que les juristes externes à la Commission utilisaient ce moyen pour faire des suggestions et des critiques concernant les projets qu'elle présentait. Troisièmement et enfin, les projets législatifs élaborés par cette Commission furent discutés dans le cadre de plusieurs congrès, certains étant organisés par le ministère lui-même. Les réflexions issues de ces congrès furent publiées en format de livre soit par le gouvernement, soit par les revues juridiques ou d'autres maisons d'édition de livres juridiques. Dans ces publications, nous trouvons des interventions des membres de la Commission de réforme et d'autres juristes sur les propositions de ladite Commission.

De cette manière, nous sommes arrivée à certaines conclusions pour définir notre stratégie de repérage des documents. D'abord, nous devons collecter les *projets législatifs*

présentés par cette Commission. La Commission avait produit deux versions de chaque projet législatif de réforme. La première version du projet de réforme fut présentée en 1981 et la dernière, la version finale, fut remise au ministère de la Justice en 1983. Ces documents nous ont permis d'*observer les propositions législatives* de la Commission et de nous interroger sur la structure des normes de sanction qu'elle privilégia.

Pour *observer les idées* qui accompagnaient les normes de sanction, nous devions ensuite retracer les *documents de réflexion* de la Commission. Ces documents pouvaient être trouvés dans les livres et les articles publiés par les *membres de la Commission* pendant la période d'activité de la Commission (1980-1983) ou la période du processus législatif au Parlement (1984), ou encore la période après la publication des nouvelles lois (1984-1990), car certains juristes membres de la Commission publièrent des ouvrages et des articles visant à expliquer la réforme après sa transformation en loi. Les documents de réflexion de la Commission ont également été recueillis dans les actes de congrès sur la réforme lorsque les juristes membres y firent des interventions.

Enfin, nous devions recueillir aussi les textes de propositions législatives et de réflexion sur la réforme de 1984 produits par des juristes externes à la Commission, mais ayant tout de même, par cette voie, participé au circuit de communication de la réforme. Nous avons intégré ce dernier type de matériel, car nous nous sommes aperçue que la Commission jouait un rôle important de centralisation et de canalisation de tout un mouvement de réflexion sur la réforme du droit criminel, lequel dépassait les limites de ses « quatre murs ». Ses travaux déclenchèrent ainsi une réflexion sur la réforme du droit criminel. Autour de la Commission se poursuivait en effet une réflexion importante qui méritait d'être prise en considération pour la compréhension de ce mouvement de réforme et les enjeux évolutifs du droit criminel. Pour retracer ces documents, nous avons adopté le même principe que pour les documents de la Commission, c'est-à-dire que nous avons retracé les articles et les ouvrages publiés par les juristes *non membres de la Commission* sur ladite réforme entre 1980 et 1990. Nous avons pu également retracer ces *réflexions* dans les actes de congrès publiés par la Commission lorsque ces juristes intervenaient. Nous avons retracé aussi certaines *propositions législatives alternatives* formulées par les juristes

externes à la Commission. Cela nous a paru intéressant non seulement pour les comparer avec les propositions de la Commission, mais aussi pour observer les propositions de réforme du droit criminel qui circulaient dans l'univers pénaliste brésilien à cette époque.

Après une première lecture de ce matériel, nous avons remarqué que pour affirmer sa position, la Commission de réforme de 1984 fit référence à des communications de réforme antérieures. Cela nous a obligée à revenir dans le temps et à observer d'autres communications de réforme qui furent importantes pour celle de 1984. Il s'agit d'un aspect systémique en ce qui a trait aux communications de réforme : les communications renvoient les unes aux autres pour pouvoir s'orienter vers l'innovation ou encore vers la redondance, selon le cas.

La Commission de 1984 identifia, comme point de départ à l'historicité de sa réflexion, le projet de réforme, en 1963, du juriste Nelson Hungria. Elle s'inspira aussi du mouvement de réforme du Code criminel qui traversa les années 1960 et 1970. Avant même la création de la Commission en 1980, certains juristes de la Commission étaient d'ailleurs impliqués dans d'autres projets de réforme. Nous avons ainsi décidé d'inclure dans nos observations *les communications de réforme de 1960 à 1980* auxquelles la Commission de juristes de 1980 fit référence.

La Commission de 1980 fit aussi référence aux travaux réalisés de 1975 à 1976 par une Commission parlementaire d'enquête sur le système pénitentiaire. Le coordinateur de cette commission, alors député fédéral, était le ministre de la Justice qui créa la Commission de 1980. Les audiences avec les experts de la question criminelle - dont fit partie un juriste membre de la Commission de 1980 - et le rapport final contenant les recommandations de cette commission parlementaire furent publiés par le ministère de la Justice. La Commission de juristes de 1980 fit également référence à un groupe de travail de juristes et de scientifiques sociaux créé par le ministère de la Justice en 1979 pour réfléchir sur le système pénal. Le rapport final de ce groupe de réflexion et ses recommandations furent publiés par le ministère de la Justice. Tous ces documents de référence de la

Commission de juristes de 1980 furent incorporés dans notre corpus empirique afin de nous aider à mettre en contexte la proposition de réforme de ladite Commission.

Ces communications de réforme de 1960 à 1980 auxquelles la Commission de juristes de 1980 fit écho comprennent aussi des *propositions législatives*, c'est-à-dire des projets de réforme du Code criminel présentés pour être alors débattus, et les *documents de réflexion* qui les accompagnaient. Pour repérer ces documents, nous avons suivi, comme une boule de neige en formation, la référence donnée par la Commission à travers l'exposé des motifs de son projet final de réforme ainsi que les autres documents déjà récoltés auprès des juristes membres de la Commission, tels que des livres et des articles. Parfois certains juristes qui participèrent à la Commission de 1980 avaient déjà pris part à d'autres projets de réforme du Code criminel et ainsi, nous avons aussi recueilli des textes écrits antérieurement par les juristes de la Commission de 1980 dont le sujet était le thème de la réforme du Code criminel brésilien.

Malgré leur intérêt tout à fait périphérique par rapport à notre objet (le travail de la Commission de réforme), nous avons aussi recueilli les *débats parlementaires* liés au processus législatif des deux projets de loi présentés par le ministère de la Justice au Parlement brésilien comme le produit des travaux de la Commission de 1980. Comme nous l'avons mentionné plus haut, la Commission de juristes présenta, comme produit final de son travail en 1983, trois documents : un projet d'une nouvelle partie générale du Code pénal, un projet d'un Code de procédure pénale et un projet de loi d'exécution pénale. Le ministère de la Justice, après certaines modifications aux projets de la Commission, présenta le premier et le troisième au Parlement comme deux projets de loi. En ajoutant ces documents à notre matériau de recherche, notre but n'était pas d'approfondir le processus de la création des lois criminelles. Ils ont été recueillis pour aider également à la mise en contexte de notre commission. D'ailleurs, ils n'apparaissent pas dans nos chapitres d'analyse. Cependant, ils nous ont aidée dans la compréhension globale du processus de réforme et de la Commission de réforme du Code criminel au Brésil. Ainsi, nous avons rassemblé les textes de propositions législatives et les débats parlementaires liés à ce processus. Nous avons aussi recueilli les débats parlementaires et les propositions législatives antérieures à 1984 que

mentionnait la Commission de réforme de 1980. À nouveau, le critère retenu a été celui de la référence faite par la Commission de 1980.

Comme cette dernière fit aussi référence à deux autres projets de loi antérieurs à la réforme de 1984 (en 1973 et en 1977), nous avons décidé de repérer également les débats parlementaires relatifs à ces deux processus législatifs.

Pour résumer, l'assise documentaire de notre corpus empirique est constituée de deux trames discursives principales et d'une trame complémentaire :

**1. Doctrine de réforme** (textes de réflexion sur les propositions de réforme) (1980-1990):

a) sur la réforme de 1984 :

i) élaborée par les membres de la Commission de juristes;

ii) élaborée par les juristes non membres de la Commission.

b) sur les réformes antérieures à 1984 mentionnées par la réforme de 1984 (1963-1980):

i) élaborée par les membres de la Commission de juristes;

ii) élaborée par les juristes non membres de la Commission.

**2. Textes de propositions législatives :**

a) sur la proposition de réforme de la Commission de 1980 (avant la proposition de loi par le ministère de la Justice) (1980-1983):

i) élaborés par la Commission de juristes;

ii) élaborés par les juristes non membres de la Commission.

b) sur la réforme pénale de 1984 (le processus législatif);

c) sur les réformes du Code, antérieures à 1984 et mentionnées par la Commission de 1980 (1963-1980).

**3. Débats parlementaires :**

a) sur la réforme pénale de 1984;

b) sur les réformes antérieures à 1984 et mentionnées par la Commission de 1980 (1963-1980).

Après avoir identifié ainsi les types de documents auxquels nous nous intéressions, la prochaine étape était de faire l'analyse proprement dite. Le critère principal de notre recherche documentaire a été la pertinence des documents par rapport à notre problématique de l'évolution du droit criminel. À l'intérieur des documents portant sur le projet de réforme du Code élaboré par la Commission de 1980 et des documents auxquels elle faisait référence, nous cherchions les discours identitaires et réflexifs du droit criminel et les propositions de normes de sanction. Nous ne cherchions pas l'exhaustivité. Nous avons suivi la démarche suivante. Au fur et à mesure que nous trouvions des documents de nos trames discursives (notre cible détaillée plus haut), nous repérions les documents auxquels ces premiers documents recueillis faisaient référence. C'est le système « boule de neige » : « les premiers ouvrages consultés renverront à d'autres » (Saint-Georges, 1995, p. 21). Dans un premier temps, nous avons repéré les ouvrages, les textes et les articles les plus souvent cités par les réformateurs, puis nous avons suivi les références et analysé leur pertinence par rapport à notre problème de recherche.

Une autre stratégie adoptée pour repérer les documents a été la consultation des écrits des juristes – membres de la Commission – que nous avons interviewés. Cela nous a permis de repérer certains documents qui avaient échappé à notre premier tri. Cette stratégie nous a aidée non seulement à compléter notre cueillette qualitative, mais aussi à valider le repérage qui avait déjà été fait en confirmant la sélection réalisée par la stratégie « boule de neige » et les documents les plus souvent cités par les réformateurs.

Il est important de souligner à nouveau que nous prenons en considération ces documents comme des observations, c'est-à-dire comme une manière particulière d'observer qui a été actualisée au détriment d'autres observations possibles. Nous ne voulions pas reconstruire ou établir les faits à partir de ces documents. Ce que nous observons est la manière par laquelle l'observation contenue dans ces documents a été construite par rapport à notre problématique de l'évolution du droit criminel. Quelques exemples : comment les

réformateurs construisirent-ils chaque proposition législative qui touchait le champ des normes de sanction? quelles idées appuyèrent ces propositions législatives? quelle image eut le droit criminel dans leur projet de réforme? Nous n'interrogeons pas ces documents afin de déterminer ce qui relève de la « réalité » ou de l'« illusion ». Pour cette raison, la technique traditionnelle de « critique des sources » dans la recherche documentaire doit être comprise ici d'une autre façon. Tenant compte de notre objet de recherche, l'évaluation de nos documents recueillis porte sur leur pertinence par rapport à notre problématique. Ils sont pertinents s'ils révèlent bien les difficultés cognitives que cette Commission de réforme a rencontrées pour réaliser un de ses objectifs majeurs : la réduction du recours à l'incarcération. Une fois cette fonction remplie, nous acceptons les documents comme des données.

En terminant, un mot sur les catalogues que nous avons utilisés pour réaliser notre recherche documentaire. Il fallait déterminer les endroits où nous allions pouvoir trouver nos documents. Pour ce faire, nous avons utilisé, premièrement, le fonds d'archives et la bibliothèque privée du juriste Miguel Reale Junior, membre de la Commission de 1980. Sa bibliothèque est située à Canela (une ville au sud du pays), au siège de l'Institut des études culturalistes dont le professeur Miguel Reale Junior est le fondateur et le président. Il nous a gentiment donné accès à ce riche matériel et nous avons ainsi pu recueillir les brouillons des projets législatifs élaborés par la Commission de 1980, les publications du gouvernement fédéral sur les travaux de la Commission ainsi que les livres écrits par les membres de la Commission sur la réforme de 1984. Nous avons trouvé également certains ouvrages que la Commission de 1980 a cités – les ouvrages de référence de ladite Commission – et certains ouvrages sur la réforme de 1984 écrits par les juristes non membres de la Commission.

Nous avons complété notre matériel en repérant aussi des documents dans le catalogue de la bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université de São Paulo et dans le catalogue du réseau virtuel des bibliothèques du Parlement brésilien (RVBI), qui contient le catalogue de 14 bibliothèques de la fonction publique fédérale et du gouvernement provincial du District Fédéral; ces 14 bibliothèques sont toutes situées à Brasília, la capitale nationale.

Les bibliothèques qui font partie de ce réseau appartiennent aux institutions telles que l'« Advocacia Geral da União » (l'équivalent du Conseil juridique de la Couronne), la « Câmara dos Deputados » (l'équivalent de la Chambre des communes), le Sénat fédéral, le ministère de la Justice, le ministère du Travail et de l'Emploi, la « Procuradoria Geral da República » (l'équivalent du Procureur général pour le Canada), le « Superior tribunal de Justiça » (l'équivalent de la Cour d'appel), le « Supremo tribunal federal » (l'équivalent de la cour suprême), etc. Ce réseau nous a paru pertinent parce qu'il comprenait les bibliothèques des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire et son catalogue juridique est abondant.

## **2.2. Les entrevues**

L'autre partie de notre assise empirique a été constituée par la réalisation d'entrevues auprès des juristes membres de la Commission de 1980. En réalisant ces entrevues, nous voulions approfondir et explorer certains thèmes apparus lors des premières lectures des documents recueillis.

Notre objectif était d'interviewer les juristes qui avaient été membres de la Commission de 1980. Cependant, pour les localiser et prendre contact avec eux, nous avons rencontré certaines personnes-ressources qui sont des juristes et des professeurs de droit pénal au Brésil et qui avaient suivi et commenté les débats de la réforme de 1984. Le critère pour choisir nos personnes-ressources fut un critère pragmatique, car nous étions déjà au préalable entrée en relation avec eux par l'intermédiaire de notre directeur de recherche, Alvaro Pires. Néanmoins, il s'agissait de juristes qui avaient fait partie de l'entourage de ladite Commission et qui avaient participé à des congrès et à des conférences réalisés afin de débattre la proposition de réforme de cette Commission. Les entrevues auprès des personnes-ressources visaient à obtenir des renseignements sur la réforme (les personnes qui y participèrent et les articles et les livres écrits sur la question) et sur l'identification de d'autres personnes-ressources ainsi que de l'aide pour entrer en communication avec des juristes ayant été membres de la Commission de réforme.

Nous avons interviewé trois personnes-ressources (Dr. Nilo Batista, Dr. Juarez Tavares et Dr. João Mestieri). Nous avons commencé par le juriste Nilo Batista, suivant en cela le conseil de notre directeur de thèse. À partir de cet entretien, M. Batista nous a fourni une liste contenant les noms des juristes qu'il estimait en mesure de nous aider. De cette liste de quatre noms, nous en avons interviewé deux et nous nous sommes entretenue par téléphone avec un autre qui nous a indiqué les textes et les ouvrages qu'il avait lui-même produits sur la réforme de 1984 et qui, selon lui, suffisaient à faire connaître son opinion sur la question. Nous n'avons donc pas insisté pour réaliser l'entrevue, car nous avons en effet considéré ces documents comme suffisants pour la réalisation de nos objectifs.

Avec l'aide de nos personnes-ressources, nous avons localisé trois juristes membres de la Commission de 1980 (Dr. Miguel Reale Junior, Dr. Rene Ariel Dotti et Dr. Jair Leonardo Lopes) ainsi que le ministre de la Justice de l'époque, Dr. Ibrahim Abi-Ackel, qui créa la Commission en 1980. La Commission responsable de l'étude et de l'élaboration de la partie générale du Code pénal, créée le 27 novembre 1980, était composée des juristes suivants : Francisco de Assis Toledo (coordinateur), Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Junior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci, René Ariel Dotti. Le 25 juin 1981, le ministre de la Justice créa ensuite la Commission de révision pour présenter le projet final : en faisaient partie Francisco de Assis Toledo, Dinio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes et Miguel Reale Junior. Pour l'élaboration du projet de loi d'exécution pénale, la commission se composa des juristes Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Benjamin Moraes Filho, Miguel Reale Junior, Rogério Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sergio Marcos de Moraes Pitombo, Negi Calixto. De ce groupe de douze juristes formellement impliqués dans les commissions de réforme responsables de l'élaboration de la réforme de 1984, six étaient décédés avant le début de cette recherche (le coordinateur Francisco de Assis Toledo, Francisco de Assis Serrano Neves, Dínio de Santis Garcia, Benjamin Moraes Filho, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo et Negi Calixto). Un autre juriste, Rogério Lauria Tucci, récemment hospitalisé dû à son âge avancé, n'était pas disponible pour l'entretien. Il nous fut aussi impossible d'interviewer le juriste Ricardo Antunes Andreucci : le juriste Miguel Reale Junior nous informa en effet qu'il s'était éloigné de la scène publique et de l'université depuis déjà plusieurs années et qu'il serait impossible

de le joindre. Quant au membre Helio Fonseca, nous n'avons pas réussi à le localiser. Nous avons demandé aux personnes-ressources et aux juristes membres interviewés, mais personne n'avait ses coordonnées. Notre interviewé Miguel Reale Junior nous a dit qu'il était fonctionnaire à l'époque au ministère de la Justice et qu'il avait eu un rôle plutôt administratif dans le déroulement de la Commission. Par conséquent, nous nous sommes concentrée sur le ministre de la Justice de l'époque et sur les trois juristes membres qu'il nous a été possible d'interviewer.

Nous avons eu recours à un type d'entretien rarement utilisé en sciences sociales, l'entretien de type réflexif (Pires, 2004). L'entretien réflexif a la même structure que l'entretien semi-directif, car il adopte le principe d'une grille de questions ouvertes présentées dans un certain ordre ainsi que le principe de la non-directivité pour les questions traitées. Il veut ainsi favoriser l'« auto-exploration » de la part de l'interviewé et se centrer aussi sur son expérience, mais, comme nous le verrons, une expérience d'ordre cognitif et professionnel. Il utilise les mêmes outils que l'entretien semi-directif : (i) une grille de questions, (ii) une attitude « non directive » basée sur l'écoute active, l'empathie et la reformulation, et (iii) une consigne de départ qui invite l'interviewé à parler.

La particularité de l'entretien réflexif réside dans le but qu'il poursuit en ce sens qu'il veut susciter et stimuler activement une réflexion entre l'interviewé et l'intervieweur. Cela signifie que les interventions de l'intervieweur doivent promouvoir un échange d'idées, ce qui donne à l'intervieweur un autre statut. Il est sur un pied d'égalité avec l'interviewé et celui-ci doit pouvoir reconnaître ce statut à l'intervieweur. L'entretien réflexif demande une symétrie entre l'intervieweur et l'interviewé et en cela réside sa difficulté. Tant l'intervieweur que l'interviewé sont libres, et doivent se sentir libres, par rapport à leurs propres idées, de manière à ce que chacun puisse changer sa manière de voir au fur et à mesure que le débat – l'entretien – se développe.

Ce type d'entretien est le plus adaptable lorsque la recherche veut « interroger un système social » (Pires, 2004). De plus, nous voulions interroger le droit criminel pour observer comment son système d'idées dominant en matière de sanction criminelle se

comporte à l'intérieur d'un de ses circuits communicationnels, soit celui d'une commission de réforme. Nous voulions observer comment le droit criminel s' « auto-observe » et s' « auto-réfléchit » lors d'un moment particulier de réforme. Les idées ressorties de l'entretien sont ensuite prises en considération pour elles-mêmes et non plus associées à l'interviewé comme acteur individuel. Nous n'étions pas intéressée dans le cadre de ces entretiens à savoir pourquoi le juriste X avait proposé telle norme de sanction ou pourquoi le juriste Y avait pensé de telle façon à partir de son itinéraire personnel ou de sa formation. Il faut encore souligner que nous ne sommes pas intéressée à offrir une explication directe des comportements des acteurs individualisés. Nous avons tenté d'identifier à l'aide de ces entrevues les idées qui agissent pendant très longtemps sur le droit criminel et qui freinent son évolution. Nous avons également voulu cerner les idées qui contredisent ces idées-obstacles et créent pour le droit criminel la possibilité de se concevoir autrement. Nous avons voulu savoir, quant aux normes de sanction, quelles idées et propositions législatives furent discutées et valorisées lors de ce moment de réforme en particulier.

Comme nous l'avons mentionné dans nos prémisses épistémologiques, notre point d'ancrage empirique n'est pas la conscience des individus, mais les communications. Bien sûr qu'en réalisant l'entretien avec un juriste en particulier, nous pouvions observer jusqu'à un certain point comment les représentations « institutionnelles » étaient intégrées ou non par cet opérateur du système de droit criminel. Mais nous ne portions pas notre attention sur ce fait. Nous avons plutôt décidé de distinguer entre la représentation « institutionnalisée » et la représentation d'un acteur individualisé en focalisant notre analyse sur les idées et les communications du système.

L'entretien réflexif s'adapte bien à ce type de problématique et d'objet, car il permet d'approfondir la compréhension des idées qui ont, par exemple, fondé une proposition législative qui n'était pas complètement accessible dans les documents recueillis antérieurement. Il permet aussi de mieux comprendre certaines associations d'idées déjà remarquées par le chercheur lors de la lecture et de l'analyse des documents. En ce qui concerne l'interviewé, cette forme d'entretien vise non seulement à le « faire parler », mais

aussi à le « faire réfléchir ». Ce faisant, l'entretien permet de faire avancer nos connaissances sur notre problématique et notre objet.

Néanmoins, nous avons dû adopter quelques stratégies pour surmonter deux obstacles que suscitait notre situation particulière en lien avec ce type d'entretien. Le premier obstacle se ramène au fait que l'entretien réflexif présuppose, comme nous l'avons mentionné, la symétrie entre l'intervieweur et l'interviewé, ce qui n'existait pas *a priori* dans notre cas, car les interviewés sont des juristes et des professeurs de droit pénal renommés au Brésil, qui ont une large expérience professionnelle comme avocats reconnus ou anciens ministres de la Justice. Ainsi, l'entretien courait le risque de prendre un ton magistral et professoral et non un ton de réflexion et de dialogue ouvert. Pour échapper à cela, nous avons compté sur la notoriété et les contacts de notre directeur de thèse parmi la communauté de juristes pénalistes au Brésil. Il fait partie de cette génération de juristes et dialogue avec eux, comme l'illustrent le grand nombre de conférences et de cours magistraux qu'il a donnés et continue de donner au Brésil. Ainsi, nous avons pu nous présenter avec une « bonne carte de visite ». De plus, au moment de la réalisation des entretiens, dans le cadre d'une recherche coordonnée par Alvaro Pires et subventionnée par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada sur la pratique des peines minimales, Pires avait lui-même réalisé des entretiens de type réflexif avec certains juristes dont l'un était notre première personne-ressource. Par exemple, nous avons utilisé prioritairement, lors de l'entrevue, la technique de reformulation en suivant l'orientation de ce type d'entretien, mais nous avons utilisé également un type de relance dévalorisée dans la plupart des manuels de recherche qualitative : la provocation. La provocation est dévalorisée, car elle indique une intervention directe de l'intervieweur dans le déroulement de l'entretien, ce qui contredit le principe de la non-directivité. Cependant, dans notre cas, ce type de relance est apparu approprié pour créer le climat de réflexion recherché. Ainsi, lorsque l'entrevue semblait vouloir prendre un ton professoral, nous lançons une provocation pour reprendre la réflexion. Voici un exemple de provocation utilisée : « mais, si je vous ai bien compris, vous voulez réduire le recours à la prison, mais comment fait-on cela en gardant le principe de la proportionnalité qui marche bien pour les crimes moins graves, mais pas pour les crimes graves... ». Par ailleurs, le fait que dès le début de l'entretien, nous démontrions notre connaissance de la réforme, des

changements apportés au Code et des propositions qui avaient été laissées pour compte par les réformateurs lors de la proposition finale, a sans doute contribué à créer cette impression chez nos interviewés que nous connaissions bien le sujet de l'entretien.

Le second obstacle que nous avons dû surmonter lors de ces entretiens se ramène au fait que les entrevues devaient être rétrospectives, car nous nous intéressions à une réforme qui eut lieu dans les années 1980, il y a donc plus de trente ans. Toutefois, depuis cette époque, nos interviewés avaient participé à d'autres commissions de réforme du Code pénal et publié d'autres ouvrages. Autrement dit, ils étaient restés présents sur la scène de la réflexion du droit criminel. Cela dit, ils auraient pu, entretemps, abandonner certaines idées et propositions soutenues à l'époque. Leur pensée aurait pu changer – et elle a probablement changé – entre la période de la réforme de 1984 et le moment de notre entrevue. La stratégie adoptée dans ce cas a été de distinguer, dès le début, la position de l'interviewé dans les années 1980 de celle d'aujourd'hui ou d'autres moments postérieurs à la réforme. La dimension rétrospective était explicitée dans le formulaire d'invitation et dans notre guide d'entretien. Pendant l'entretien, si nous nous apercevions que la dimension rétrospective était perdue de vue par l'interviewé, nous lui faisons remarquer ce glissement entre les périodes et lui demandions de préciser si sa pensée reflétait son opinion à l'époque des travaux entourant la réforme de 1984 ou si elle ne reflétait pas plutôt une opinion plus contemporaine.

Les entretiens ont duré deux heures en moyenne et certains ont été complétés en deux séances, dû à la disponibilité des interviewés. Quant à l'anonymat, aucun interviewé n'a demandé à ce que l'entretien demeure confidentiel et ils nous ont tous autorisée à rendre publics leurs noms. En annexe, nous avons joint notre guide d'entretien ainsi que le texte de recrutement et le modèle du formulaire de consentement.

### **3. Analyse du corpus empirique**

Nous avons traité nos données d'observation de manière qualitative. Comme le décrit Cellard, « le chercheur déconstruit son matériel, triture son matériel à son gré, puis

procède à une reconstruction en vue de répondre à son questionnement » (1997, p. 260). De cette manière, nous décrivons les étapes de notre analyse en explicitant notre processus de réduction, d'organisation et d'interprétation de nos données et les différentes procédures que nous avons suivies à chaque étape de ce processus. Ce faisant, nous espérons être en mesure de démontrer la rigueur et la réflexivité de la démarche suivie

Pour analyser notre corpus empirique, nous avons besoin tout d'abord de constituer un ensemble d'énoncés pertinents à partir de nos documents et de nos entretiens. Pour y arriver, il a fallu prendre une série de décisions pour réduire et réorganiser notre matériel empirique.

Premièrement, nous avons repéré les documents pertinents à partir des critères établis par notre problématique de recherche, telle qu'elle est détaillée dans ce chapitre. Il y avait au départ un critère thématique, c'est-à-dire que nous cherchions les documents liés à la réforme pénale de 1984 et ceux auxquels la réforme faisait référence. Nous avons privilégié les documents potentiellement capables de nous donner accès aux discours identitaires du droit criminel et portant sur le champ des peines qui est considéré comme central par la théorie de la rationalité pénale moderne pour l'évolution du système de droit criminel. Rappelons que ce champ est aussi central *pour les réformateurs eux-mêmes*, puisqu'un des objectifs centraux de la réforme portait justement sur la réduction du recours à la prison (et non sur la décriminalisation des comportements ou sur les règles de procédure). Ce critère de sélection nous a orientée tant pour la collecte des documents de réflexion (la doctrine de réforme) que pour les propositions législatives et les débats parlementaires. Le même processus sélectif a été fait pour la constitution de l'assise d'entretiens de notre corpus empirique. Pour choisir les interviewés et construire notre guide d'entretien, nous étions guidée par notre problématique. La constitution de notre corpus empirique fait ainsi partie du processus d'analyse des données.

Dans un deuxième temps, nous nous sommes penchée sur la réorganisation des documents et des verbatim des entretiens. Notre but était de condenser les documents

pertinents et les entretiens en extraits pertinents. Au fil des lectures, nous avons sélectionné les passages qui ont retenu notre attention en suivant la grille ci-dessous :

*I – sur la Commission de juristes de 1980:*

- Comment les réformateurs perçurent-ils les raisons de la création de la Commission et l'importance de son rôle?;
- Comment les réformateurs observèrent-ils l'état du droit criminel brésilien à l'époque et les problèmes de réforme identifiés?;

*II – sur les propositions de réforme :*

- Identifier séparément les propositions sur ces trois types de normes : les incriminations, les normes de procédure et les normes de sanction;
- Observer les propositions sur les normes de sanction : les propositions liées à la sanction criminelle (la détermination de la peine, les types de peine, le rôle du juge dans la détermination de la peine, etc.), leur conception et leurs justifications;
- Comment les peines non carcérales furent-elles présentées et justifiées : par une théorie de la peine, par la négative (p.ex. « la prison ne marche pas »), par le principe de la modération ou du dernier ressort, etc.?
- Quelle place la peine d'amende prit-elle dans la proposition et dans les réflexions de la Commission?
- Quelles furent les théories de la peine valorisées ou dévalorisées par la Commission?
- Quelle fut la place des théories de la peine (la rétribution, la dissuasion, la dénonciation, la réhabilitation carcérale et d'autres) dans la réforme?
- La théorie de la réhabilitation carcérale fut-elle présente dans la réflexion de la Commission et de quelle façon ou par rapport à quoi?

Le matériel était à ce moment organisé par trames discursives (doctrine de réforme et textes de propositions législatives) et à l'intérieur de chaque trame discursive, les extraits pertinents étaient organisés selon un critère temporel (années 1960, années 1970 et

années 1980) et un critère de statut (membre de la Commission de juristes de 1980 et non membre de la commission). Nous avons ainsi élaboré des fiches de lectures pour chaque trame discursive de notre matériel en transcrivant les extraits pertinents dans un fichier format « word » pour en faciliter le traitement.

La troisième étape a consisté à condenser davantage les extraits pertinents pour les réorganiser dans une nouvelle structure d'une façon plus interprétative, c'est-à-dire plus analytique qu'à l'étape antérieure. Il fallait partir des *extraits pertinents* pour arriver aux *énoncés pertinents*. Pour atteindre cet objectif, nous avons utilisé la méthode de la « thématization », première étape d'une analyse thématique (Paillé et Mucchielli, 2003). Cette « thématization » consiste, pour reprendre les termes de Paillé et Mucchielli, à « créer des thèmes représentatifs du contenu analysé et en rapport avec les objectifs de la recherche » (p.124). Ces auteurs définissent le thème comme « un ensemble de mots permettant de cerner ce qui est abordé dans l'extrait du corpus correspondant tout en fournissant des indications sur la teneur des propos » (p.133). De cette manière, les thèmes se distinguent des catégories dans la mesure où ils ont un niveau d'inférence faible, car ils restent plus proches du texte, comme l'ont remarqué Paillé et Mucchielli (p.132). Tenant compte de cette caractéristique, ce type de méthode analytique nous a paru être le meilleur moyen de maximiser le temps de notre analyse lorsque nos données étaient encore assez nombreuses. Ainsi, nous avons utilisé la « thématization » pour condenser notre matériel en vue de notre prochaine étape d'analyse. Ce processus de condensation des données en thèmes nous a permis d'avoir un portrait d'ensemble de notre matériel empirique.

En thématisant les verbatim de nos entretiens et les extraits pertinents de nos documents, nous avons sélectionné les énoncés pertinents sous forme de citations. À partir desdits énoncés, nous avons réorganisé notre matériel empirique. Nous avons classé les énoncés suivant trois blocs thématiques. Le premier a trait à la construction du problème de réforme et comprend, entre autres, les énoncés sur : la perception globale de la réforme; l'état du droit criminel brésilien; les projets antérieurs de réforme du Code; le problème de la prison; le diagnostic sur la crise de la prison; la perception des difficultés de réforme. Le deuxième bloc porte sur les propositions législatives ayant trait aux normes de sanction et

englobe, entre autres, tous les énoncés sur : les justifications pour appuyer les peines non carcérales; les critiques des peines non carcérales; la force intimidatrice de la prison pour les peines non carcérales; les justifications de l'amende de réparation et les critiques afférentes; la revalorisation de l'amende; la distinction droit civil/droit criminel; les peines minimales; les propositions sur le regret postérieur; les atténuantes et les aggravantes; et enfin, la perception de la récidive. Le troisième bloc, finalement, traite de la réception de la théorie de la réhabilitation par la Commission de juristes de 1980 et il comprend, entre autres, les énoncés sur : les représentations de la réhabilitation; l'association entre réhabilitation et exécution de la peine; l'association entre réhabilitation et dangerosité; l'association entre réhabilitation et peine indéterminée; la réaffirmation du rétributivisme; la création de la fonction de juge d'exécution pénale; les règles pour la libération conditionnelle; et la progression du régime de prison et son rapport à la réhabilitation.

À la fin de cette étape, nous avons déjà un matériel – citations – prêt à être soumis à une analyse de discours plus en profondeur.

La prochaine et dernière étape a ainsi consisté à analyser les citations. Nous avons alors entrepris une « analyse de discours » au sens large. Comme nous l'avons expliqué dans nos prémisses épistémologiques, nous avons conceptualisé nos données discursives (les documents et les entretiens) en tant que communications.

L'objectif de cette analyse du discours ne consiste pas à « faire une synthèse des éléments accumulés » (Cellard, 1997, p. 260) ni à se demander « qu'est-ce qui se disait donc dans ce qui était dit ? » (Foucault, 1969, p. 40). L'analyse cherche plutôt à comprendre le discours comme une production de sens parmi un univers de sens possibles. Luhmann n'est pas très loin de cette approche. Comme nous l'avons vu, la compréhension est chez lui un processus sélectif.

La méthode d'analyse que nous avons utilisée pour étudier l'ensemble de notre matériel empirique s'inspire de cette orientation donnée par Foucault et d'une méthode d'analyse des citations développée par Pires à partir de la théorie de l'observation de

Luhmann. Nous avons utilisé la théorie de l'observation à partir d'un de ses questionnements, à savoir comment un système-observateur observe certaines choses et n'observe pas d'autres choses? Ainsi, nous avons profité de l'appareillage qu'elle met en scène pour décortiquer l'opération d'observation qui est sous-jacente à nos citations. Il s'agissait alors de voir comment les observateurs mirent en place des distinctions pour observer ceci ou cela. Nous avons cherché aussi à identifier les points aveugles pertinents pour eux-mêmes, ainsi que leurs implications par rapport à l'objectif de réduire le recours à l'incarcération.

D'abord, il faut préciser qu'observer signifie ici surtout : observer le sens produit et attribué aux événements par le message. Luhmann définit l'observation comme « an operation that uses distinctions in order to designate something » (2002, p. 134). Les deux outils-clés pour notre analyse sont les concepts de distinction et d'indication. Nous (ainsi que tous les systèmes sociaux de communication) établissons à tout moment des distinctions lorsque nous observons. Parfois nous effectuons des distinctions très nettes, comme celles qui prennent la forme d'un code binaire (vrai/faux, légal/illégal, etc.) ou comportent un terme et un «contre-terme» (subjectivisme/objectivisme, rétributivisme/utilitarisme, etc.). Parfois, nous faisons des distinctions sans nous en rendre compte, du type ceci/tout le reste. Par exemple, si nous disons « prenez le concept *x* », nous désignons ce concept comme notre *marked space* et nous le distinguons de tous les autres concepts possibles, c'est-à-dire de l'*unmarked space* (Luhmann, 2000, p. 54). Ainsi, les distinctions « *mark something as distinct from something else* » (Luhmann, 2000, p. 54).

Dans notre analyse, nous avons cherché à observer comment fut faite l'observation, c'est-à-dire quelles distinctions furent mobilisées pour observer. C'est ce que la théorie de l'observation de Luhmann appelle observation du deuxième ordre. Ce type d'observation cherche à identifier les distinctions utilisées dans notre corpus et, à partir de cette identification, à comprendre ce que ces distinctions permettaient ou ne permettaient pas de voir. En observant le caractère contingent de l'observation de premier ordre, notre analyse chercha à « *comprehend more extended realms of selectivity and identify contingencies*

*where the first-order observer believes he is following a necessary path or is acting entirely naturally* » (Luhmann, 2000, p. 62).

Il faut rappeler que toute observation a un point aveugle, incluant la nôtre. Nous ne pouvons pas, par conséquent, dire qu'une observation observe tout et qu'elle n'a pas de point aveugle, ni qu'une observation est meilleure qu'une autre du fait des caractéristiques de l'observateur (être objectif, être critique, etc.). Cependant, un observateur peut affirmer que, sur un sujet ou un thème de recherche donné, tel schéma d'observation permet d'obtenir de meilleurs résultats d'observation et de description que tel autre. Ceci reste évidemment ouvert à son tour à d'autres observations du deuxième ordre et à une discussion.

Ce type d'analyse nous a ainsi paru utile pour traiter des questions d'ordre communicationnel et liées sur le plan des idées, comme les problèmes cognitifs du droit criminel quant à sa réforme et aux difficultés observées en matière d'innovations. Il nous a paru utile pour éclairer certaines énigmes dans les communications de réforme, comme l'énigme du maintien de la place centrale réservée à la prison par la réforme en dépit de la critique élaborée par les réformateurs et leur intention de réduire le recours à l'emprisonnement. Comment les réformateurs construisirent-ils leurs problèmes de réformes? Quelles distinctions employèrent-ils pour aboutir à ce résultat énigmatique? Ce type d'analyse nous a été utile également pour analyser les problèmes de réception de certaines idées pénales au Brésil, comme la réception de la théorie de la réhabilitation par la réforme de 1984. Elle nous a aussi permis de comprendre la construction de certaines représentations sociales contenues dans les communications de réforme, dans les propositions législatives, dans la doctrine de réforme, comme la représentation du criminel et de la punition. Bref, nous voulions décortiquer l'observation de premier ordre opérée dans nos extraits pertinents.

Pour ce faire, nous avons élaboré une grille d'analyse à être appliquée aux énoncés pertinents de chaque bloc thématique. Nous avons construit cette grille à partir des questions suivantes: 1) Quelles sont les distinctions utilisées pour observer? 2) Quelles sont les deux faces de la distinction employée par l'observateur? 3) Quelle est la face dans

laquelle il se situe pour observer ou la face qu'il valorise et celle qu'il dévalorise? 4) Pouvons-nous comprendre ce qui l'amène à valoriser/dévaloriser telle ou telle chose? 5) Quelles sont les implications (négatives et positives) de ce schéma d'observation? Son message peut-il avoir un quelconque effet pervers sur le plan de la compréhension? Si oui, lequel? 6) L'observateur peut-il avoir raison sur un point ou dans un sens quelconque? Si oui, sur quel point? 7) Pouvons-nous imaginer ou remplacer cette distinction par une autre pour montrer comment nous pouvons voir différemment et éventuellement « mieux » (c'est-à-dire, sans les mêmes implications négatives, avec plus de précision dans la description, avec moins de conditions favorables à l'émergence de malentendus dans les échanges communicationnels, etc.) ? 8) Qu'est-ce que nous voyons et qu'est-ce que nous ne voyons pas?

Les résultats de cette analyse ont été organisés et présentés essentiellement dans trois chapitres analytiques. Le premier, beaucoup plus court, prépare la lecture des deux autres. Il présente les caractéristiques d'une commission de réforme au Brésil et il décrit les « antécédents » de la Commission en termes de réforme du droit criminel. Le deuxième se concentre sur les propositions législatives de la Commission pour réduire le recours à la prison. Finalement, le troisième se penche sur la place et les implications de la théorie de la peine de la réhabilitation dans le projet de réforme à l'étude.

## Chapitre 3

### La Commission de juristes de 1980 : son contexte et ses caractéristiques

#### 1. Les commissions de réforme et la possibilité du renouveau : la Commission de juristes de 1980 au Brésil

Les moments de réforme d'un Code criminel et de création des commissions de réforme pour l'étude et l'élaboration de diagnostic et de propositions de réformes ont une potentialité de production de *variétés* (Dubé, 2008). Les commissions sont *a priori* un lieu de réflexion et occupent dans le droit criminel une place périphérique, à la différence des tribunaux qui en sont les organisations centrales et ont la tâche spécifique d'observer et de traiter des dossiers spécifiques successifs et ne peuvent pas s'arrêter pour réfléchir aux structures globales du système où ils opèrent. En tant qu'organisations périphériques, les commissions de réforme « ne sont pas sujettes aux mêmes impératifs de 'cohérence interne' que les organisations centrales » et « leur rapport à la connaissance se veut moins normatif et plus ouvert aux possibilités d'autocorrection, plus propice à l'apprentissage et au développement des alternatives » (Dubé et Cauchie, 2007, p. 466). Par conséquent, étudier une commission de réforme du droit nous a paru pertinent théoriquement par rapport à notre problématique de recherche.

Le 27 novembre 1980, le ministre de la Justice du Brésil instaura une Commission formée *exclusivement de juristes* avec l'objectif, dit-il alors, « d'étudier la législation pénale et d'élaborer les réformes nécessaires » (Exposé des motifs). Selon la justification du ministre, la réforme ambitionnait, en général, d'imposer des limites à la peine de prison en cherchant d'autres solutions<sup>36</sup> juridiques au crime. Comme résultats de ces travaux, la Commission élaborait trois documents :

- un nouveau projet de loi de la partie générale du Code pénal,
- un Code de procédure pénale,

---

<sup>36</sup> Le mot « solution » peut avoir plusieurs sens; citons-en deux : solutions sociales au crime, comme prévention sociale sans modifier les structures juridiques, et aussi solutions juridiques, incluant d'autres sanctions et une autre manière de les utiliser, qui modifient les structures du droit criminel.

- et la Loi d'exécution pénale.

Ces trois documents furent les seuls que produisit la Commission. On constate en effet que l'on ne rédigea aucun « rapport d'activités » présentant et justifiant les recommandations, citant la littérature pertinente consultée, etc. Ceci est pourtant une pratique usuelle dans les commissions de réforme du droit au Brésil, voire en Amérique latine.

Le projet de la partie générale du Code pénal et le projet de loi sur l'exécution pénale furent présentés au Parlement brésilien par le ministre de la Justice en 1983. Après la période de discussion et de votation au Parlement, deux lois en matière criminelle, la loi n. 7209/84 et la loi n. 7210/84, furent créées en juillet 1984 et connues par la suite sous le nom de « réformes pénales de 1984 ».

La première loi introduisit une nouvelle partie générale qui comprenait les articles relatifs aux principes de détermination de la peine et surtout aux types de peines, mais elle ne toucha pas évidemment aux peines minimales et maximales fixées pour chaque crime dans la partie spéciale du Code. Le Code pénal de 1940 alors en vigueur prévoyait pour presque tous les crimes une peine minimale et maximale *de prison*, à laquelle pouvait s'ajouter une peine minimale et maximale d'amende.

Quant à la seconde loi, elle porta exclusivement sur la gestion de la peine, c'est-à-dire sur tout ce qui se passe après la condamnation et la fixation de la peine par les tribunaux. Il faut savoir qu'il y a au Brésil un tribunal de la gestion de la peine qui s'appelle « tribunal d'exécution de peines », et que c'est un juge de ce tribunal qui décide, par exemple, de la libération conditionnelle du condamné. Il n'existe pas de commission de libération conditionnelle composée de membres sans formation en droit.

Deux éléments rendent cette commission et ces deux lois particulièrement intéressantes. D'abord, il s'agit de la dernière *grande* réforme apportée au Code pénal de

1940<sup>37</sup> au Brésil. Ainsi, il ne s'agissait pas d'un projet de réforme ponctuelle. Ladite réforme apporta d'un seul coup un changement significatif au Code criminel brésilien. Nous disons un changement significatif parce qu'une partie complète du Code fut modifiée, la partie générale du Code. Dans ce segment du Code, nous trouvons aussi des normes de sanction, c'est-à-dire des normes appartenant au champ nucléaire pour l'évolution du droit criminel. Ces normes portent, par exemple, sur les aggravantes et les atténuantes et sur la procédure que le juge doit adopter pour prononcer une peine. En plus, nous parlons d'un mouvement de réforme qui mobilisa non seulement les juristes qui étaient membres de la Commission créée, mais aussi les criminalistes à travers le débat public. Ce processus d'élaboration des lois fut caractérisé par un mouvement de réflexion critique du droit criminel marqué par une série de congrès, de conférences et de débats dans des revues juridiques auxquelles participèrent plusieurs juristes et professionnels du droit. De plus, la réforme fut perçue par les juristes qui l'appuyaient comme une réforme *progressiste*, surtout en raison de son but de *réduire le recours à la prison*.

Bien entendu, notre familiarité avec la législation brésilienne et le monde juridico-pénal brésilien, en raison de notre formation, a contribué à notre choix du cas de la réforme de 1984 au Brésil. Pourtant, la raison première qui nous a poussée à choisir un cas brésilien de réforme tient davantage au fait que nous voulions observer empiriquement une autre région du monde juridique occidental, de tradition romano-germanique, pour exactement mettre empiriquement à l'épreuve l'hypothèse selon laquelle le problème cognitif d'évolution du droit criminel n'est pas localisé dans un pays en particulier, mais qu'il se situe plutôt à l'échelle de la société globale. Il s'agissait aussi de trouver un point d'appui empirique pour observer la diversité et les spécificités régionales des activités de réforme du droit. De cette façon, nous pouvions comparer nos données avec celles déjà existantes de recherches empiriques réalisées dans le cadre de la problématique – que nous avons adoptée – de la non évolution du droit criminel; l'étude menée par Dubé (2008) est l'une d'entre elles.

---

<sup>37</sup> Le Code pénal de 1940 est le troisième Code brésilien en matière criminelle. Les Codes précédents sont : le Code criminel de l'Empire de 1830 et le Code pénal de 1890 (le premier code républicain). Aujourd'hui, le Code pénal de 1940 est encore valide dans sa partie spéciale (la liste des crimes et des peines) parce que sa partie générale a été réformée en 1984.

Ce cas nous offre une réflexion empiriquement approfondie sur les difficultés cognitives inhérentes au travail de réforme. Le fait que le motif principal de la Commission de juristes était la réduction du recours à la peine de prison démontre une volonté de changement vers une vision plus humaniste et moins répressive du droit criminel. Il y avait une intention de changer la qualité de l'intervention pénale. Ainsi, nous pouvons apprendre de ce cas dans la mesure où nous verrons comment cette bonne foi et cette forte intentionnalité ne se traduisirent pas nécessairement par la reconstruction – par une évolution de palier – du droit criminel.

## **2. Les particularités du modèle brésilien des commissions de réforme**

Nous voulons brièvement attirer l'attention sur certaines particularités des commissions de réforme au Brésil. Pour visualiser ces particularités, nous comparerons la Commission de réforme étudiée dans notre thèse avec la Commission Ouimet, étudiée par Dubé, et avec la Commission de réforme du droit du Canada qui œuvra entre 1971 et 1989. La comparaison à partir de ces deux cas de figure ne vise pas à donner une description de toutes les possibilités de commissions de réforme au Canada et au Brésil, mais à visualiser simplement les différences entre les pratiques de réforme plus importantes adoptées dans ces deux juridictions. Cette comparaison a au moins deux utilités. D'abord, elle a une utilité d'ordre méthodologique : elle aidera à comprendre davantage les difficultés que nous avons éprouvées sur le terrain brésilien pour la reconstruction de la trame discursive de la Commission de réforme au Brésil. Deuxièmement, elle aidera à comprendre pourquoi les résultats attendus d'une commission de réforme brésilienne sont différents de ceux escomptés d'une commission de réforme canadienne.

Nous comparerons ainsi deux modèles de commissions de réforme et nous les appellerons, pour simplifier, le « modèle canadien » et le « modèle brésilien ». Cela ne veut pas dire que seuls existent ces deux modèles, mais nous considérons qu'ils font partie, en tant qu'idéaux types, des différentes manières de concevoir les pratiques usuelles des commissions de réforme.

Avant de caractériser chacun de ces modèles, il faut préciser ce que nous entendons par commission de réforme. Au Canada, ce terme est consacré pour distinguer les commissions ayant une *finalité de consultation* de celles ayant une *finalité d'enquête* au sens propre. La Commission de réforme du droit du Canada éclaircit bien cette distinction :

À un niveau très général, on peut distinguer deux genres de commissions d'enquête. Certaines ont une fonction consultative. Elles examinent une grande question de politique et recueillent des éléments d'information relatifs à cette question. D'autres font enquête, au sens propre. Elles s'intéressent principalement aux données de fait d'un problème particulier, généralement relié au fonctionnement de l'État. Dans bien des cas une même commission conseille et enquête à la fois. L'examen d'un écart de conduite de la part d'un agent public conduit naturellement à l'étude des décisions politiques susceptibles d'éviter le renouvellement d'écarts semblables. Inversement, l'étude d'une grande question politique peut conduire à l'examen des abus ou des erreurs que permettent les règles de conduite actuelles ou l'absence de règles. Toutefois, la plupart des commissions ont un but premier qui est soit de conseiller, soit d'enquêter (1977, p. 13).

Les commissions de réforme du droit criminel sont ainsi un « lieu de réflexion » et de proposition à l'égard du droit criminel (Dubé, 2008). Créées par le gouvernement, mais échappant à la routine qui s'installe habituellement tant dans l'appareil gouvernemental qu'au sein des organisations centrales du droit criminel, telles que les tribunaux (Dubé, 2008), les commissions ont généralement comme but d'approfondir une question particulière qui demande une temporalité moins contraignante et une expertise d'un autre type que le travail quotidien d'un tribunal ou d'un Parlement, par exemple. Elles peuvent être créées en raison d'un événement déclencheur, comme une émeute dans un pénitencier (ce qui est plus courant dans les commissions d'enquête), ou en raison de demandes spécifiques adressées au système politique ou produites par ce système même. Pour caractériser les deux modèles qui aideront à limiter notre cas d'étude, nous nous concentrerons sur certaines caractéristiques qui marquent bien la différence entre le modèle typique canadien et le modèle typique brésilien. Ces caractéristiques résident dans : la composition des membres de la commission, l'objectif pour lequel elles sont mandatées, la durée de leur travail, l'existence ou non d'un budget pour la réalisation des recherches et la création d'un fonds d'archives unique, et le *type* de produit final des travaux de la commission.

Dans le modèle canadien, les commissions de réforme du droit criminel sont composées de membres venus habituellement d'une variété de disciplines. Il y a des juges et d'autres professionnels du droit criminel, mais il peut aussi y avoir des criminologues, des sociologues et des historiens, entre autres. Les commissions peuvent par ailleurs bénéficier d'assistants de recherche et/ou de consultants qui vont produire des rapports sur certains thèmes intéressant le travail de la commission. Une équipe ainsi formée se caractérise par son interdisciplinarité. La présidence ou la coordination de la commission revient habituellement à un juge reconnu pour son ouverture d'esprit, mais cela n'est pas une règle formelle. Dans le cas du modèle typique brésilien, les commissions sont formées exclusivement par des juristes connaissant en profondeur la doctrine juridique et ayant écrit des livres en matière criminelle. Ce sont des professeurs de droit criminel dans les Facultés de droit les plus prestigieuses du Brésil, et parmi eux nous pouvons trouver des avocats, des juges et des procureurs.

Dans le cas que nous étudions, la Commission responsable de la réforme de 1984 était composée exclusivement de juristes. Le tableau suivant présente un bref profil des juristes membres de cette Commission. Dans ce tableau, nous considérons les membres de la Commission d'élaboration du premier avant-projet de loi (créée le 27 novembre 1980) aussi bien que les membres de la Commission de révision (créée le 25 juin 1981) tant pour le projet de la nouvelle partie générale du Code que pour le projet de loi d'exécution pénale.

**TABLEAU 3.1.**

**Le profil des membres de la Commission de 1980**

| Nom                                   | Certains traits biographiques à l'époque des travaux de la Commission | Faculté de droit où le diplôme fut obtenu |
|---------------------------------------|---|---|
| Francisco Assis Toledo (coordinateur) | Juriste, professeur de droit criminel, procureur de la République     | USP (São Paulo)                           |

|                                  |  |   |
|----------------------------------|--|---|
| Miguel Reale Junior              | Juriste, avocat criminaliste, professeur de droit criminel                   | USP (São Paulo)   |
| René Ariel Dotti                 | Juriste, avocat criminaliste, professeur de droit criminel                   | UFPR (Paraná)   |
| Ricardo Antunes Andreucci        | Juriste, avocat criminaliste, professeur de droit criminel                   | USP (São Paulo)   |
| Rogério Lauria Tucci             | Juriste, avocat criminaliste, professeur de droit de la procédure criminelle | USP (São Paulo)   |
| Jair Leonardo Lopes              | Juriste, avocat criminaliste, professeur de droit criminel                   | UFMG (Minas Gerais)                                     |
| Francisco de Assis Serrano Neves | Juriste, avocat criminaliste   | Universidade do Brasil (actuelle UFRJ) (Rio de Janeiro) |
| Dinio de Santis Garcia           | Juriste, juge, professeur de droit civil                                     | USP (São Paulo)   |
| Benjamin Moraes Filho            | Juriste, avocat criminaliste, professeur de droit criminel                   | Universidade do Brasil (actuelle UFRJ) (Rio de Janeiro) |
| Sergio Marcos de Moraes Pitombo  | Juriste, avocat criminaliste, professeur de droit de la procédure criminelle | USP (São Paulo)   |
| Negi Calixto                     | Juriste, juge, professeur de droit international public                      | UFPR (Paraná)   |
| Hélio Fonseca                    | Conseiller au ministère de la Justice à l'époque                             | -   |

Quant à la tâche demandée à ces commissions de réforme, les commissions au Canada sont mandatées afin de procéder à une étude sur une question liée au droit criminel et visant d'abord à faire un diagnostic de l'état actuel de la question et, par la suite, à formuler des recommandations de changements qui peuvent prendre ou non la forme d'un projet de loi. Au Brésil, les commissions de juristes ont une finalité plus spécifique : elles doivent

étudier la législation criminelle et, à la fin de leur mandat, présenter exclusivement un nouvel avant-projet de loi de réforme. Cet avant-projet de loi peut proposer un tout nouveau Code criminel ou encore des transformations plus ou moins importantes au Code en vigueur, ou enfin une nouvelle loi. En tant qu'avant-projet de loi, le texte de réforme est déjà rédigé sous une forme législative, sans justifications ou commentaires détaillés accompagnant chaque proposition. Si les deux modèles sont conçus pour assister le gouvernement en matière de politique criminelle, la finalité des commissions dans le modèle brésilien est plus spécifique et se réfère directement à la démarche législative au point de se confondre avec elle ou d'être simultanément la fin d'une activité (celle de la commission) et le début d'une autre (celle du législateur). Maintenant, nous allons souligner particulièrement l'une de ces différences : celle qui réside dans le type de produit final présenté par ces deux modèles de commissions.

Dans le modèle canadien, les commissions, à la fin de leur mandat, produisent un rapport officiel signé par tous les membres. Il s'agit d'un rapport officiel adressé au gouvernement qui peut ou non être accompagné par un avant-projet de loi, une proposition finalisée de texte législatif, comme un modèle de Code criminel. Ce rapport est un texte de réflexion qui exprime les idées de la commission, présente les références académiques utilisées, donne, au besoin, des informations statistiques et qualitatives sur la situation, etc. Ainsi, même si le gouvernement n'adopte pas les recommandations suggérées par la commission, le travail réflexif et les idées mises en œuvre par la commission restent et peuvent être mobilisés en d'autres occasions par le système politique, par le système de droit et par les sciences. Par exemple, un juge peut citer un rapport d'une commission officielle pour appuyer une décision dans le cadre d'un procès judiciaire, la sociologie peut citer les données d'observation de la commission, etc.

Le modèle brésilien de commissions de réforme a comme produit final, quant à lui, un texte de loi pur et simple, accompagné, au plus, d'un court exposé des motifs. Il n'a pas de texte signé par tous les membres de la commission, qui explicite les raisons des propositions législatives ou les idées directrices de la commission, et encore moins qui fait état de possibles divergences entre les membres. Les idées directrices apparaissent plutôt d'une manière implicite dans le texte de l'avant-projet de loi et doivent être dégagées par

l'observateur externe. Elles peuvent être plus facilement « perdues », notamment dans le cas où le gouvernement n'adopte pas la réforme proposée. Certes, même si l'avant-projet n'est pas adopté, il continue à exister et peut servir d'inspiration ou de référence à d'autres commissions futures, mais les idées centrales ne sont pas présentées sous la forme d'une réflexion académique ou d'une étude comportant des références à la littérature pertinente.

Cette particularité des commissions au Brésil a représenté pour nous un problème d'ordre méthodologique, car la Commission de 1984 ne créa pas non plus de source unifiée de documentation (mémoires, documents de travail, liste d'ouvrages consultés, enquêtes ou rapports d'experts, etc.). Les propositions législatives sont normalement publiées par le gouvernement, mais les textes de réflexion ou les débats internes de la commission « disparaissent ». Pour retracer la trame discursive de la Commission, nous avons récolté la production individuelle *publiée* par chaque membre de la Commission sur la réforme telle que les livres, les articles dans les revues juridiques et les textes disponibles des conférences. Il n'y a pas de « fonds d'archives » commun et officiel à consulter. Au plus, dans notre cas empirique en particulier, certains membres de la Commission publièrent ensemble un livre sur la réforme et les changements apportés au Code criminel. D'où la nécessité de faire, lorsque c'est encore possible, des entrevues avec les membres des commissions.

Dans le modèle canadien, le travail du chercheur est facilité non seulement par l'existence d'un rapport officiel usuellement substantiel, mais aussi par l'existence d'un fonds d'archives généralement très riche en renseignements additionnels. Ainsi, tous les documents produits soit par la commission, soit en raison d'une demande faite par elle, de même que les documents *envoyés* à ladite commission par d'autres groupes ou personnes intéressées exprimant des opinions et des suggestions, se trouvent dans un même endroit et dans un fonds d'archives public. Cette caractéristique n'est pas seulement importante pour les chercheurs, mais surtout pour la diffusion et l'institutionnalisation des réflexions faites par les commissions de réforme. Cela contribue à ce que la commission ait une influence potentiellement différée en matière de politiques criminelles et d'opérations internes du droit criminel. La commission peut produire des conséquences à long terme.

Une autre caractéristique de ces deux modèles de commissions de réforme se ramène à la durée de leurs travaux. En général, sur ce point, les deux modèles n'ont pas de règle fixe. Cependant, comme les mandats dans le modèle canadien sont plus ambitieux, les commissions de réforme sont constituées pour fonctionner dans un temps assez long pour développer toutes les activités nécessaires. La Commission Ouimet – étudiée par Dubé (2008) – œuvra pendant quatre ans de façon continue. La Commission de réforme du droit du Canada fut, quant à elle, active de 1971 à 1989; elle œuvra donc sous plusieurs gouvernements. La Commission que nous avons étudiée travailla pendant presque trois ans au total, mais pas de manière continue. Elle le fit en deux phases : une première phase pour élaborer le premier brouillon d'avant-projet de loi et une seconde pour réviser ce premier brouillon avant sa remise finale au gouvernement. La première phase dura quatre mois et la seconde, deux ans entre 1981 et 1983, période pendant laquelle la Commission organisa plusieurs congrès dans le pays entier pour discuter sa proposition et recueillir des suggestions. Cela nous amène à la dernière caractéristique que nous mettrons en relief dans notre comparaison : celle-ci a trait au budget des commissions de réforme.

Le budget des commissions, dans le modèle brésilien, est destiné en grande partie à l'organisation de rencontres internes des membres et des congrès pour divulguer l'avant-projet de loi suggéré par la commission et pour en discuter avec toute la communauté juridique nationale. Le budget des commissions dans le modèle canadien est plus ample et inclut, comme nous l'avons déjà mentionné, l'embauche d'un personnel (des adjoints de recherche, des secrétaires, etc.) et la subvention de recherches menées par d'autres organismes, comme les universités ou centres de recherche spécialisés. Ce modèle prévoit ainsi un budget pour la recherche visant à appuyer la réflexion de la commission.

Les caractéristiques et les différences entre le modèle canadien et le modèle brésilien de commissions de réforme du droit criminel sont résumées dans le tableau ci-dessous :

**TABLEAU 3.2.****Les caractéristiques des commissions de réforme du droit criminel**

|                                 | <b>Modèle canadien</b>   | <b>Modèle brésilien</b>  |
|---------------------------------|--|--|
| <b>Composition des membres</b>  | Les membres sont issus de divers domaines formant une équipe interdisciplinaire  | Les membres sont exclusivement juristes  |
| <b>Objectif</b>                 | Étudier et proposer des recommandations qui peuvent ou non prendre la forme d'un texte législatif  | Étudier et proposer un avant-projet de loi pour réformer la législation criminelle   |
| <b>Durée</b>                    | Pas de règle, mais en général la commission œuvre sur une période prolongée et continue  | Pas de règle, mais en général la commission œuvre sur des périodes plus courtes et/ou de façon discontinue                               |
| <b>Budget pour la recherche</b> | Oui  | Non  |
| <b>Fonds d'archives</b>         | Oui  | Non  |
| <b>Produit final</b>            | Un rapport officiel de style académique signé par tous les membres au nom de la commission et contenant un texte de réflexion avec des recommandations | Un avant-projet de loi qui est acheminé au ministère de la Justice en vue de le présenter au Parlement. Sans texte de réflexion officiel |

**3. Le contexte historico-cognitif de la Commission de 1980 : l'historicité des débats précédents**

Comme les commissions de réforme au Brésil se terminent par un projet en forme législative, elles ont l'habitude de retracer et de construire leur historicité à partir de projets de réforme précédents et non en fonction d'un problème à solutionner. La Commission de 1980 identifia ainsi un projet de réforme présenté par le juriste Nelson Hungria, en 1963, comme étant le point de départ de sa propre historicité. Ce projet s'était inscrit dans un grand mouvement de réforme du Code criminel durant les années 1960 et

1970 (presque une vingtaine d'années). Ce projet fut suivi par le projet de Code pénal de 1969 et par la création de deux lois criminelles (en 1973 et en 1977). La Commission fit également référence aux travaux d'une Commission parlementaire d'enquête (CPI) sur le système pénitentiaire qui avait œuvré de 1975 à 1976 ainsi qu'aux travaux de deux groupes de travail créés en 1979 par le gouvernement pour réfléchir sur les questions liées au crime et à la sécurité. Il est intéressant de remarquer que certains membres de la Commission de 1980 avaient à l'occasion participé au travail de réflexion sur la réforme du Code pénal entrepris avant la création de leur Commission. De plus, quant à la CPI sur le système pénitentiaire, le coordinateur de cette Commission avait d'abord été député fédéral avant de devenir par la suite ministre de la Justice, celui-là même qui créa la Commission de 1980.

Dans les lignes qui suivent, nous allons donc situer la Commission de 1980 dans cette histoire de projets de réforme qu'elle reconnaît comme étant la sienne. En effet, les communications de cette Commission se rattachent aux communications des commissions précédentes pour construire sa propre individualité et identité. Notre point de départ sera ainsi le projet d'Hungria de 1963.

### **3.1. Le débat entre les « écoles » dans les années 1960**

En 1963, le juriste Nelson Hungria soumit son projet de nouveau Code pénal pour qu'il fasse l'objet d'une ample discussion dans la doctrine juridico-pénale de réforme. Il y eut alors formulation de commentaires et de suggestions un peu partout, mais surtout dans le cadre de congrès organisés pour discuter ledit projet, comme le cycle de conférences tenues à São Paulo du 3 septembre 1963 au 24 février 1964. Ce projet de Hungria était alors au centre des débats de réforme du Code pénal au Brésil. Ensuite, une nouvelle Commission de juristes fut nommée afin de réviser le projet Hungria et de présenter la version finale d'un projet de nouveau Code pénal. Cette Commission se composa des juristes Benjamin Moraes Filho, Heleno Cláudio Fragoso et Ivo D'Aquino. La Commission fut toutefois dissoute avant de finir son travail de révision et de proposition d'un nouveau Code pénal en raison du coup d'État et de l'instauration de la dictature militaire au Brésil en avril 1964. Le juriste Heleno Cláudio Fragoso dit, par exemple, qu'il ne voulait plus être associé à un Code pénal élaboré

sous l'égide d'un gouvernement dictatorial. Soulignons à cet égard que plusieurs juristes qui participèrent aux débats à l'époque s'engagèrent ensuite, à partir de 1964, dans la défense des prisonniers politiques au Brésil pendant la période de la dictature.

Cependant, les travaux de réforme furent vite repris à partir du projet de Hungria et des résultats de discussions antérieures. La dictature resta, pour ainsi dire, « externe » à ce débat. Il s'agissait d'abord et avant tout de la poursuite d'une discussion juridique entreprise antérieurement. La dictature ne voyait pas non plus de problèmes politiques particuliers liés à ce projet. Ainsi, la dissolution de la Commission n'empêcha pas le gouvernement militaire de se réapproprier le projet non finalisé et de le transformer en Code pénal par décret (Décret-loi n. 1004 du 21 octobre 1969). Dans ce décret, il était prévu que le Code pénal allait entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1970. Or, après de nombreux reports, ce Code projeté resta lettre morte. Quoi qu'il en soit, il n'en demeure pas moins que ce Code fit tout de même partie des débats doctrinaux de réforme pendant cette période et contribua ainsi à orienter les réformateurs, y compris ceux de 1984 (après la fin de la dictature).

En retraçant les thèmes les plus récurrents dans le débat de réforme de cette période, nous constatons que le ton de ce débat suivait celui des débats antérieurs qui avaient caractérisé la codification pénale au Brésil dès la création du premier Code pénal républicain en 1890. Ce ton était marqué par la querelle entre les écoles classique et positive du droit pénal (voir notamment Alvarez, 2003; Fry, 1985; Fry et Carrara, 1986). Dans ce débat s'opposaient, d'un côté, les juristes adeptes de l'école classique (rétributivisme et dissuasion) et, de l'autre, les juristes adeptes de l'école positive italienne (« positivisme criminologique »). Entre ces deux groupes polarisés se trouvaient aussi les juristes qui préconisaient une conciliation entre ces deux « écoles » ou orientations de réforme. Ils soutenaient souvent une sorte de « théorie mixte » de la peine dans laquelle le rétributivisme et la dissuasion étaient associés aux idées de dangerosité, de peines indéterminées, de mesures de sécurité et dans laquelle encore la prison devait aussi contribuer à l'effort de réhabilitation des criminels.

Il faut souligner que cette distinction école classique/école positive était employée par les juristes eux-mêmes. Ils s'identifiaient dans le débat à partir de la mobilisation de cette distinction. L'école classique du droit renvoie aux idées de Beccaria, de Kant et de Bentham qui donnent la prépondérance à la peine pensée en relation avec la gravité du crime et le degré d'intentionnalité de l'agent, par opposition à la peine pensée surtout à partir d'une estimation du risque de récidive – la soi-disant « dangerosité » de l'agent. En ce qui concerne la référence à l'école positive, elle renvoie aux idées de l'école positive italienne représentée par Lombroso, Ferri et Garofalo. Ici, « déterminisme » (absence de libre arbitre) et « positivisme » (« ce qui compte sont les faits et la situation concrète ») vont ensemble. Ainsi, du côté de l'« école classique », nous trouvons potentiellement comme théories de la peine les théories de la dissuasion et de la rétribution. Du côté de l'« école positive », nous trouvons aussi la théorie de la dissuasion (chez Garofalo, elle est explicitement soutenue; chez Ferri, elle est acceptée), la théorie de la réhabilitation carcérale ainsi que la théorie de la neutralisation. Rappelons que cette théorie de la réhabilitation accepte la peine de mort par l'entremise de la distinction corrigible/incorrigible et que les autres théories l'acceptent aussi pour les crimes les plus graves. La peine perpétuelle ou les très longues peines d'incarcération sont aussi retenues par toutes ces théories. Enfin, il faut également noter, comme nous l'avons dit dans notre chapitre théorique, que la théorie de la réhabilitation carcérale n'était pas à l'origine un produit de l'école positive italienne. Elle existait déjà avant l'apparition de cette école. Il existait alors une autre théorie de la réhabilitation carcérale qui n'était ni déterministe ni positiviste au sens de l'école positive italienne<sup>38</sup>. Cependant, cette version de la théorie de la réhabilitation carcérale passa inaperçue dans ce débat entre les écoles : elle constitue une « tâche noire » ou un « angle mort » de ce débat (et aussi de la Commission de 1980).

Cette querelle fut effervescente, surtout lors de la création du Code pénal de 1890, comme l'a souligné Alvarez (2003). Ce Code, influencé par les postulats de l'école classique, fut la cible de critiques sévères de la part des juristes qui étaient sensibles à cette époque aux postulats de l'école positive italienne et du mouvement de défense sociale

---

<sup>38</sup> Nous reviendrons dans le chapitre 5 sur la réception de la théorie de la réhabilitation dans le droit criminel brésilien.

(Alvarez, 2003). La période entre le Code pénal de 1890 et celui de 1940 fut marquée par le débat entre ces deux écoles. Les idées de l'école positive italienne commencèrent à être reçues au Brésil à la fin du 19<sup>e</sup> siècle et marquèrent l'émergence d'une association entre les savoirs juridique et médical dans le droit criminel brésilien (Zavataro, 2009; Matsuda, 2009). Même si le Code de 1940 adopta essentiellement le modèle de l'école classique, il fut observé par les juristes comme ayant fait « trop » de concessions à l'école positive italienne. Son exposé des motifs confirme cette identification en affirmant que dans le Code, « les postulats de l'école classique se concilient avec les principes de l'école positive » (Exposé des motifs). Par conséquent, la réforme de 1984 fut, quant à elle, vue comme ayant rétabli un certain équilibre entre les deux écoles.

Le débat entre les écoles fut actualisé fondamentalement dans la réforme de 1980-84 par des discussions autour de deux des propositions de réforme : l'abolition du mécanisme du « double binaire » ou de la « double voie » créé par le Code de 1940, et l'inscription d'un article sur la finalité rééducative de la peine privative de liberté.

Selon les juristes brésiliens, le mécanisme du « double binaire » ou de la « double voie » fut créé dans le Code pénal de 1940 sous l'inspiration du Code italien de 1930 du ministre de la Justice Alfredo Rocco, texte qui fut élaboré et promulgué sous le gouvernement dictatorial de Mussolini. Le code resta connu sous le nom de Code Rocco et considéré comme un document conciliant les écoles classique et positive : en effet, il « maintient la peine comme sanction juridique ainsi que le principe fondamental de la responsabilité pénale, mais il organise la défense de l'État contre la criminalité à l'aide de nouveaux moyens préventifs (les mesures de sûreté), moyens où se reflètent les principes de l'école positiviste' (Cutore di Sa Carlo, 1930 : 1015) » (Digneffe, 1995b, p. 240). Le Code brésilien de 1940 introduisit dans la législation criminelle brésilienne les mesures de sûreté et la notion de « dangerosité » inspirée par les idées de l'école positive italienne. Toutefois, nous l'avons déjà dit, le Code gardait surtout et essentiellement les postulats de l'école classique tels que la notion de libre arbitre, de culpabilité et de responsabilité pénale ainsi que l'emprise dominante des théories du rétributivisme et de la dissuasion. Le mécanisme du

« double binaire » ou de la « double voie » est une combinaison de ces deux écoles que les réformateurs de 1980 considèrent comme « excessif » ou « à éliminer ».

Ce mécanisme consistait dans l'application successive d'une peine fixe et d'une mesure de sûreté pour le même fait (Fragoso, 1981, p. 7). Ainsi, la mesure de sûreté pouvait être appliquée, selon ce mécanisme, à un individu pénalement responsable, qui avait déjà reçu une peine, mais qui était considéré (encore) comme dangereux. Conformément à la doctrine de l'école classique (théories de la rétribution et de la dissuasion, théories du noyau dur de la rationalité pénale moderne), ce mécanisme permettait deux choses au juge: d'abord de décider, lorsqu'il appliquait une peine, du tarif à payer selon la gravité du crime; ensuite et conformément à l'école positive, de déterminer, d'une part, la mesure de sûreté à adopter pour neutraliser la dangerosité qui empêchait un individu d'être libéré et, d'autre part, le traitement à appliquer éventuellement. La mesure de sûreté pouvait être appliquée ainsi à un individu pénalement responsable *si celui-ci* était considéré, en plus, comme dangereux. Pour l'école classique du droit, la peine ne pouvait être modifiée en raison de la dangerosité de l'individu; elle était le « prix à payer » pour avoir commis un crime et ce prix n'était pas flexible en raison de la dangerosité ou de la réhabilitation du coupable. Un autre aspect de la « mesure de sûreté » était, en principe, le suivant. Cette mesure pouvait être conçue pour s'appliquer autant aux individus considérés comme criminellement responsables qu'à ceux qui étaient exclus de la procédure pénale parce qu'ils étaient irresponsables ou avaient agi sans connaissance de cause (les « fous »).

Le Code de 1940 prévoit deux catégories de mesures de sûreté : les mesures d'enfermement et celles de non enfermement. Ce qui différencie les différentes mesures d'enfermement, au moins du point de vue de la prévision légale, est leurs lieux d'application. Le Code créa différentes modalités d'asile. Pourtant, les différents établissements d'enfermement prévus par le Code de 1940 ne sortirent jamais du texte légal. Ainsi, lorsque le juge appliquait une peine et ensuite une mesure de sûreté, l'individu restait dans la plupart des cas dans le même établissement où il avait purgé sa peine de prison (Fragoso, 1981). Fragoso a critiqué le fait que dans la plupart des provinces brésiliennes, l'endroit d'exécution de la mesure de sûreté n'était jamais distinct de celui de l'exécution de la peine privative de

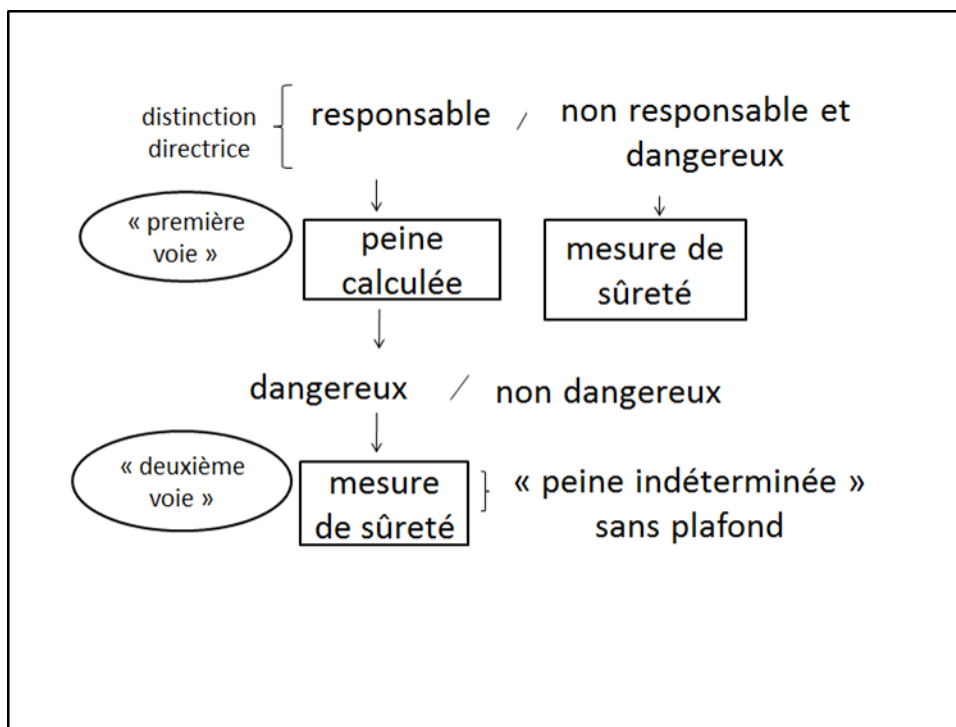
liberté et, qu'ainsi, la loi ne fut pas observée (1981, p. 12). Le fait que les gouvernements ne construisirent jamais les établissements prévus par le Code fut beaucoup souligné dans les débats de réforme des années 1960.

Une autre caractéristique des mesures de sûreté est que, contrairement à la peine de prison, l'enfermement était pour un temps indéterminé. Autrement dit, la mesure de sûreté n'avait pas de plafond maximal de temps. Le critère pour mettre un terme à la mesure de sûreté consistait dans l'attestation, par des experts et par la décision du juge, de la cessation de la dangerosité de l'individu (entendu comme la possibilité de récidiver). Il était donc possible qu'un individu qui avait reçu une peine suivie d'une mesure de sûreté, puisse rester enfermé « sans limites ».

Le mécanisme de la « double voie » ou du « double binaire » peut être représenté dans le schéma suivant :

**FIGURE 3.1.**

**La « double voie »**

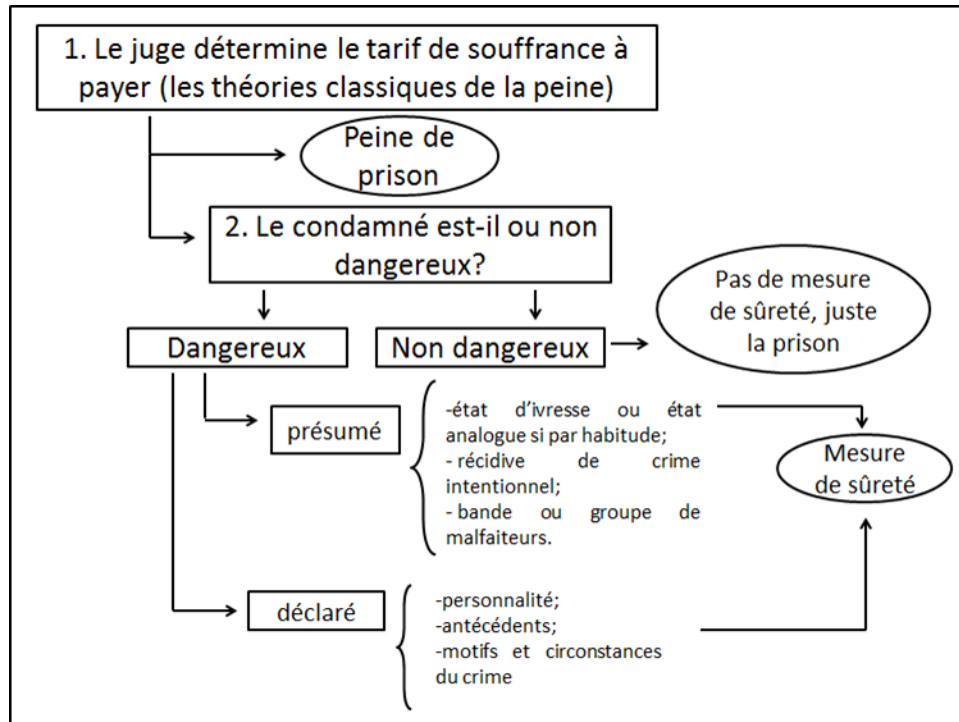


Le critère que le Code de 1940 consacra pour appliquer la « double voie » fut celui de la dangerosité de l'individu qui peut être *présumée par la loi* ou décidée par le juge. La dangerosité était présumée par la loi dans les cas suivants : les individus considérés comme pénalement non responsables, « les individus condamnés pour crime en état d'ivresse ou une substance d'effet analogue, s'il s'agit de consommation habituelle », « les individus récidivistes de crime intentionnel » et « les individus condamnés pour crime commis dans le cadre d'une association, bande ou groupe de malfaiteurs » (art. 78 du CP 1940). Le juge pouvait aussi déclarer la dangerosité de l'individu. L'article 77 du Code disait que « lorsque la dangerosité n'est pas établie par la loi, l'individu doit être reconnu dangereux, si sa personnalité et ses antécédents, ainsi que les motifs et circonstances du crime, permettent de supposer qu'il recommencera à commettre des délits ».

De cette manière, les individus pénalement responsables et qui étaient considérés par la loi ou par le juge comme dangereux recevaient, dans un premier temps, la peine de prison calculée par le juge de la sentence, et, après l'avoir purgée, se voyait infliger, dans un deuxième temps, la mesure de sûreté dont la durée maximale était indéterminée et sujette à l'évaluation de l'état dangereux de l'individu. Ces étapes sont illustrées dans la figure ci-dessous :

**FIGURE 3.2.**

**Mesure de sûreté pour les individus pénalement responsables**



C'est justement la légitimité de ce mécanisme du « double binaire » ou de la « double voie » qui fut remise en question dans les débats de réforme des années 1960. Même Hungria qui fut pourtant l'un des juristes ayant créé le Code de 1940 et ayant proposé lui-même le mécanisme, suggéra alors de l'abolir. Les critiques formulées lors des débats portèrent sur le fait que les établissements pour les mesures de sûreté n'avaient jamais été construits, ce qui impliquait une indifférenciation de l'endroit d'exécution de la peine de prison et de la mesure de sûreté. Il s'agissait d'un problème d'ordre organisationnel. Hungria se montra d'accord avec cette évaluation sans toutefois rejeter les idées qui fondaient ce mécanisme. En effet, les idées des écoles classique et positive sur lesquelles reposait ce mécanisme furent actualisées même si l'abolition dudit mécanisme était envisagée. Hungria continua à voir l'importance de ce mécanisme sur le plan des idées (et non sur celui de sa mise en application, vu que les établissements appropriés n'avaient pas été construits), car, selon lui, il permettait, entre autres choses, d'établir une différence entre la mesure de sûreté

et la peine. Il adopta ici une idée alors bien répandue parmi les pénalistes de l'époque selon laquelle la différence entre la peine et la mesure de sûreté se fondait sur le fait que la mesure de sûreté avait trait à la réhabilitation de l'individu et était centrée sur l'éducation et le traitement de l'individu, tandis que la peine, guidée par une fin rétributiviste, ne se préoccupait pas de cette question pédagogique. Hungria argumenta que le mécanisme de la « double voie » résolvait le débat pénal entre, d'un côté, les partisans de la peine réhabilitative et, de l'autre, ceux de la peine rétributive, d'où sa création en 1940. Pour laisser ouverte la fenêtre de la finalité rééducative de l'intervention pénale, Hungria proposa l'abolition du « double binaire » en retournant à la formule classique qui séparait bien ceux qui étaient pénalement responsables de ceux qui ne l'étaient pas, mais sans pour autant perdre de vue la préoccupation éducative de la peine.

C'est ainsi qu'il proposa de consacrer un article du Code à la finalité rééducative de la peine, fait sans précédent dans l'histoire de la codification criminelle au Brésil. Il l'inséra en spécifiant que la peine avait pour finalité « une action éducative individualisée qui cherche la récupération sociale progressive du coupable ». Plus spécifiquement, il attribua à la peine privative de la liberté cette finalité éducative qu'il associa aussitôt à la mesure de sûreté d'enfermement. Fait curieux, l'action éducative, même si elle produisait des effets, ne fut pas envisagée pour réduire la durée de la peine d'incarcération (en-deçà des limites étroites qui seront attribuées à la libération conditionnelle).

Compte tenu des débats autour du projet de Code de Hungria, le mécanisme du « double binaire » ou de la « double voie » et la place de la théorie de la réhabilitation dans le droit criminel brésilien nous apparaissent comme ayant été les principaux sujets de préoccupation des réformateurs pendant les années 1960. La question des mesures de sûreté préoccupa aussi les réformateurs quant au contenu rééducatif de l'intervention pénale.

Le débat autour des finalités de la peine, de la mesure de sûreté, etc., apparut aussi dans les discussions sur le Code pénal de 1969. Nous l'avons déjà noté, ce Code pénal n'entra jamais en vigueur et passa dans les mains de plusieurs grands juristes brésiliens de l'époque comme Nelson Hungria, Roberto Lyra, Heleno Cláudio Fragoso, Hélio Tornaghi,

Anibal Bruno<sup>39</sup>. En vigueur ou non, il faut remarquer que le Code de 1969 fut beaucoup débattu. L'article sur la finalité éducative de la peine de prison, proposé par Hungria, y fut maintenu et la querelle entre rétributivistes et partisans de la réhabilitation fut au cœur des discussions des juristes qui commentèrent le nouveau Code pénal. La polarité entre la rétribution et la réhabilitation carcérale, un débat interne à la rationalité pénale moderne et sans lien avec quelque réforme innovatrice, marqua encore les débats à cette époque.

Il faut souligner que les débats de réforme des années 1960 thématifèrent aussi la prison, mais la critique de la prison eut une place bien limitée. Nous observons à vrai dire la formulation de critiques portant sur l'inefficacité de la prison, sur ses effets pervers sur les condamnés, etc. Bien que timidement, nous observons également l'énonciation de demandes pour penser à d'autres solutions que la prison. Toutefois, la quête d'autres alternatives à la prison nous semble s'être diluée dans des débats doctrinaux axés prioritairement soit sur la défense de la rétribution ou de la réhabilitation carcérale, soit sur des attaques de l'une contre l'autre. Les critiques de la prison se transformaient donc en une critique de la théorie de la réhabilitation, ce qui a été observé par Pires en ce qui a trait aux commissions de réforme au Canada (Pires, 1985, p. 142).

### **3.2. Le débat dans les années 1970: le « système pénitentiaire » en question et les problèmes de la « criminalité » et de la « violence »**

À partir des années 1970, d'autres préoccupations émergèrent de façon plus visible dans les débats sur la réforme du droit criminel brésilien. Il s'agit de la perception d'une crise du « système pénitentiaire », d'une crise de la prison, et de la perception de la croissance d'une criminalité considérée comme violente dans les principaux centres urbains et que le droit criminel jugeait devoir contrer. Cela ne veut pas dire que les discussions autour du système du « double binaire » ou de la « double voie » perdaient du terrain dans les inquiétudes des réformateurs ni que ces « nouvelles » préoccupations n'existaient pas dans

---

<sup>39</sup> Malgré leur participation au processus d'élaboration du Code, aucun de ces juristes ne se déclara auteur de ce Code. La version finale fut élaborée au sein du ministère de la Justice du gouvernement militaire de l'époque. Les juristes dirent même que la version finale comprenait des erreurs, ce qui démontre la vitesse de son dépôt final par le gouvernement.

les années 1960. Cela veut tout simplement dire que les problèmes qui paraissaient déclencher des débats visant la réforme du droit criminel étaient d'un nouvel ordre. D'ailleurs, partout dans le monde occidental à partir de la fin des années 1960, la perception de la prison en tant que problème majeur monopolisait la plupart des discours destinés à appuyer une réforme quelconque dans la législation pénale (Foucault, 1975; Rothman, 1981, notamment).

Suivant en cela la tendance mondiale, nous assistons au Brésil, dans les années 1970, à plusieurs initiatives de remise en question du Code pénal à travers certaines propositions de réformes législatives et la création de commissions et groupes de travail pour réfléchir sur la question pénale et suggérer des réformes. Il s'agit d'une période d'effervescence réflexive en matière criminelle illustrée par les initiatives que nous analyserons ici. La commission de juristes de 1980 reconnut elle-même, dans l'exposé des motifs des lois approuvées, l'importance de ces tentatives de réforme et de ces groupes de travail et observa ces réflexions comme faisant partie de l'historicité ou du contexte de son projet de réforme.

Cette période fut marquée par : 1) la proposition de deux projets de loi présentant une réforme substantielle apportée au Code pénal, l'un en 1973 et l'autre en 1977; 2) la création d'une commission parlementaire d'enquête sur « le système pénitentiaire » de 1975 à 1976; et 3) la création au sein du ministère de la Justice de deux groupes de travail : un groupe de juristes (en juillet 1979) et un groupe de scientifiques sociaux (en août 1979).

Commençons par les débats autour de la loi n. 6016 du 31 décembre 1973. Cette loi avait comme référence le Code pénal de 1969 dont elle changea certaines dispositions. Cette loi représente bien le commencement de l'émergence du « problème de la prison » et de la forme qu'il allait prendre dans les débats de réforme au Brésil, même si nous observons également encore le débat sur la dangerosité et sur la réhabilitation en tant que théorie de la peine.

Il faut souligner qu'ici, nous nous intéressons moins aux modifications apportées au Code par ladite loi qu'au type de problème que nous voyons alors émerger dans la construction dudit Code. C'est autour du débat sur cette loi que commença à poindre l'inquiétude des réformateurs sur la prison et devant le constat de sa « crise ».

Le document qui représente bien ce discours est le texte signé par Franco Montoro, alors sénateur, dont le titre est bien suggestif : « Peine sans prison »<sup>40</sup>. Dans cet article, le sénateur défendait son projet d'amendement au projet de loi en discussion et proposait, pour éviter le recours abusif à la prison, la création d'autres peines telles que « l'interdiction de droits ».

Le discours du problème de la prison fut repris dans les travaux de la Commission parlementaire d'enquête instaurée en 1975. La remise en question de la prison fut au centre de cette enquête.

La Commission parlementaire d'enquête (CPI) sur le système pénitentiaire fut créée par le Parlement brésilien dans le but d'investiguer sur la situation des prisons dans le pays. Cette commission influença beaucoup la Commission de juristes de 1980 non seulement parce que cette dernière faisait expressément référence à ses travaux, mais aussi parce que le député qui présidait la CPI devint, quelques années plus tard, le ministre de la Justice qui créa la Commission de juristes de 1980 et achemina le projet de réforme élaboré par la Commission vers le Parlement. Il faut par ailleurs mentionner que pendant son mandat au sein du Parlement brésilien, la CPI entendit plusieurs témoins experts du droit criminel (professeurs de droit, avocats, juges, procureurs, etc.), et notamment le juriste René Ariel Dotti qui allait plus tard intégrer les rangs de la Commission de 1980.

La CPI, en faisant écho à des préoccupations précédentes, se pencha sur le problème des conditions de vie en prison et sur d'autres difficultés organisationnelles. La question de l'extension des peines (leur durée) ne fut pas évoquée. Comme l'objectif était vaste – l'enquête sur la situation des prisons dans le pays – la CPI aborda diverses questions

---

<sup>40</sup> Montoro, Franco (1973). « Pena sem prisão », Revista de Informação Legislativa, p. 27-42.

reliées à la prison. Elle enquêta sur les conditions de la vie carcérale en visitant plusieurs prisons à travers tout le territoire national; elle entendit les témoignages de professeurs de droit criminel pour enquêter sur le Code pénal et répertoria certaines suggestions de changement; elle écouta également les témoignages de directeurs de prisons et de responsables de la gestion des services correctionnels dans plusieurs provinces pour connaître l'état de la surpopulation carcérale, du classement des individus et de l'accès aux services de santé, d'éducation et de travail ainsi que de l'infrastructure. Son objectif était de savoir si la prison réalisait sa finalité de promouvoir une « action éducative individualisée visant sa [le coupable] récupération sociale », finalité consacrée par le Code pénal de 1969, suivant la proposition de Hungria émise en 1963. C'est l'énoncé qui ouvrait son rapport final présenté le 11 mars 1976 :

La CPI a étudié la situation pénitentiaire au pays à partir de deux perspectives. D'un côté, la CPI a entendu des témoins et a inspecté les bâtiments et les installations, le régime de prison, les garanties et les droits des détenus, le travail et l'alimentation, la pratique de sports, le traitement médical – enfin, tous les aspects de la vie en prison – de l'autre, elle s'est efforcée de vérifier les effets de la prison sur la personnalité du détenu en tenant compte du but de la peine privative de liberté qui est, dans les termes du nouveau Code pénal, d'exercer sur le condamné une « action éducative individualisée visant sa récupération sociale »<sup>41</sup>.

La CPI, à la fin de son mandat, fit un constat de la situation : surpeuplée, la prison n'accomplissait pas son objectif de réhabilitation. La CPI recommanda ainsi une série de mesures pour faire face au problème de la prison. Ces recommandations figurent dans son rapport final. Nous en résumons ici les principales :

- La création de peines non carcérales pour remplacer la prison;
- La restriction du recours à la prison pour les criminels responsables de délits graves et pour les délinquants dangereux;
- La construction de nouvelles prisons avec l'aménagement de cellules individuelles;
- La construction de prisons semi-ouvertes et ouvertes;

---

<sup>41</sup> Ministério da Justiça (1980b). Criminalidade e violência. Relatório e conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o sistema penitenciário, Brasília, p. 3.

- La passation d'un examen de la personnalité par le condamné pour évaluer l'exécution adéquate de la peine de prison;
- La création d'un corpus de spécialistes à l'intérieur de la prison : psychologues, psychiatres, criminologues, travailleurs sociaux, etc.;
- Le changement de la mentalité des juges et des procureurs lors de la détermination de la peine pour rendre compte de la réhabilitation des condamnés en créant dans la procédure pénale des mécanismes visant la passation d'un examen de la personnalité par le coupable;
- La création de programmes de formation pour les travailleurs du système pénitentiaire;
- La création d'une loi d'exécution de la peine pour garantir notamment les droits des détenus;
- La réglementation du travail des condamnés à l'intérieur de la prison;
- La mise en place de diverses structures d'aide pour appuyer l'individu après sa sortie de prison, etc.

Il est important de souligner qu'à cette époque, il n'y avait pas de loi fédérale réglementant l'exécution d'une peine de prison dans le pays. Chaque province avait ses lois propres, ce qui entraînait, comme le constata la CPI, une disparité entre les régions quant à l'exécution des peines carcérales.

Le rapport ne fit aucune recommandation pour réduire la durée de l'incarcération et le temps nécessaire à l'obtention d'une libération conditionnelle, mesures en lien direct avec le problème de la surpopulation carcérale.

Dans la foulée des débats de réformes des années 1970, les travaux de la CPI stimulèrent les discussions de réforme et incitèrent les réformateurs à suivre certaines de ses recommandations. C'est le cas non seulement de la création de la Commission de 1980 et de la réforme pénale de 1984, mais aussi de l'adoption de la loi 6416 du 24 mai 1977 et de la formation des groupes de travail du ministère de la Justice en 1979.

Quant à la loi 6416, elle répondit à une inquiétude qui semblait à l'époque gagner du terrain et qui réapparut dans les années 1980, soit celle reliée à la perception d'une augmentation de la criminalité dans les grands centres urbains, un phénomène auquel devait répondre le droit criminel. À cette perception s'ajoutait aussi l'idée d'une impunité représentée par la quantité significative de mandats d'arrestation sans qu'il y ait d'arrestations proprement dites. Selon ce discours, cela s'expliquait en raison du manque permanent de places disponibles dans le système pénitentiaire pour accueillir tous les condamnés. Quelles allaient être les implications de cette préoccupation : *jeter davantage de gens* en prison ou créer plutôt des mécanismes efficaces pour appliquer des sanctions non carcérales ? Tout allait dépendre de ce que la réforme de 1980-84 réussirait à faire.

Pour terminer, il nous reste à mentionner les deux groupes de travail créés en 1979 par le ministère de la Justice, le premier formé exclusivement de juristes et l'autre de scientifiques sociaux. Le mandat de ces deux groupes était aussi large que les problèmes de réforme identifiés. Le groupe de juristes fut mandaté pour présenter un plan d'action pouvant faire face à une série de problèmes observés par le ministère de la Justice. Ces problèmes étaient : la crise du système pénitentiaire, la violence représentée par l'augmentation de la criminalité dans les centres urbains du pays, l'exigence « d'améliorer » (qu'entendait-on par cela?) la législation criminelle et celle de réformer la police dans son travail de prévention et de répression de la violence et de la criminalité. Au groupe de scientifiques sociaux, le ministère de la Justice transmit la tâche de réaliser « une étude interdisciplinaire détaillée sur le crime et la violence au pays suivie par des suggestions qui pourraient servir de base aux actions du gouvernement en la matière »<sup>42</sup>.

#### **4. Les problèmes de réforme identifiés par la Commission de juristes de 1980**

La création de la Commission de 1980 poursuivait une démarche qui consistait à chercher des solutions au problème pénitentiaire au Brésil et prétendait également repenser le

---

<sup>42</sup> Ministério da Justiça (1980a). Criminalidade e violência: relatórios dos grupos de trabalho de juristas e cientistas sociais, Brasília, p. vii.

droit criminel brésilien. Il ressort de l'analyse de notre matériel que les réflexions de la Commission s'articulèrent autour de quatre axes principaux :

- Elle s'interrogea sur le recours abusif à la prison. La Commission était elle-même une conséquence du mouvement de réforme encouragé par la perception de la crise du système pénitentiaire dans les années 1970;
- Elle s'inquiéta aussi de la criminalité, une préoccupation bien présente dans les tentatives de réforme et dans les réflexions des années antérieures;
- Elle se questionna sur l'amplitude – qu'elle jugeait nuisible - donnée au concept de dangerosité dans le Code pénal de 1940 et elle l'associa aux expériences totalitaires. La Commission répétait souvent qu'elle visait à créer un droit criminel démocratique qui serait basé sur la culpabilité et non sur la dangerosité;
- Elle démontra une certaine lassitude à l'égard de la discussion « philosophique » - comme elle le disait elle-même -, entre les écoles pénales, discussion qui avait marqué les échanges doctrinaires en matière de réforme depuis la fin du 19<sup>e</sup> siècle. Elle voulait dépasser cette querelle.

Ainsi, la Commission caractérisa-t-elle sa proposition de réforme comme étant « réaliste et humaniste ». Être réaliste pour la Commission signifiait ne pas placer les débats entre les écoles classique et positive au centre de son attention et de sa réflexion. Dans un certain sens, la Commission avait bien raison de vouloir être réaliste, de vouloir se débarrasser des débats autour des théories conventionnelles de la peine. Cependant, ce sentiment d'épuisement et de lassitude sur cette question ne fut pas suffisant pour amener la Commission à sortir de chaque théorie de la peine (et du débat entre les théories) et pour remettre en question le système d'idées que ces théories constituaient. Cela était plus difficile et exigeait un outillage conceptuel que n'avaient pas à cette époque les réformateurs.

La distinction que la Commission utilisa et qui l'empêcha d'observer ce cadre de référence fut celle de formulations théoriques/pratiques. La Commission fixa son attention sur la face « pratique » en dévalorisant la face « théorique ». Est-ce qu'il y a des pratiques institutionnalisées qui soient récurrentes et généralisées « sans idées » pour les fonder ?

Quoi qu'il en soit, la Commission perçut un écart entre les formulations théoriques et ce qui se passait dans la pratique. À son avis, la pratique ne correspondait pas aux formulations théoriques. Par conséquent, les problèmes décelés dans les pratiques du droit criminel, comme le recours abusif à la prison, n'avaient rien à voir avec les idées (théories de la peine) du droit criminel. Le problème pour le droit criminel se ramenait alors exclusivement à la non réalisation des formulations théoriques. C'est l'idée qui découle de l'extrait ci-dessous tiré d'un ouvrage collectif élaboré par certains juristes de la Commission:

Les affirmations généralisatrices telles que « le pénitencier est l'école du crime » ou « la prison ne guérit pas, elle corrompt », démontrent la contradiction du système global de droit pénal dans la mesure où les pratiques punitives s'opposent radicalement aux formulations théoriques et à leurs principes d'individualisation, de la personnalité et de la proportionnalité de la peine, ainsi qu'à celui de l'humanisation du processus d'exécution qui n'est pas en conflit avec les postulats du droit pénal de la faute<sup>43</sup>.

Le problème de cette manière de voir est qu'elle crée un mécanisme d'acception *a priori* des formulations théoriques. En effet, cette observation sort « la manière de penser du droit criminel moderne » du centre d'attention de la Commission. Cette dernière adopta ainsi une posture anti-autoréflexive paradoxale : elle se priva de réfléchir sur les idées et les mécanismes du droit criminel qui favorisaient le recours à l'incarcération et/ou qui privilégiaient les très longues peines d'incarcération.

Il s'ensuit que le système d'idées de la rationalité pénale moderne est immunisé. La distinction formulations théoriques/pratiques pose des problèmes dans les deux côtés de la distinction. Pour les pratiques punitives, leur complexité se réduit à un problème d'inapplication des formulations théoriques. La prémisse ici est qu'une fois les formulations théoriques bien appliquées, les pratiques punitives s'amélioreront. Pour les formulations théoriques, la distinction renforce l'idée que les formulations théoriques sont toujours à l'abri de toute déception. Il y a une telle confiance au cadre de référence du droit criminel que la responsabilisation des échecs, des résultats non voulus, des problèmes dans la pratique, est toujours liée à d'autres questions « politiques », jamais au cadre lui-même. C'est comme si le

---

<sup>43</sup> Reale Junior, Miguel *et al.* (1987). *Penas e medidas de segurança no novo código*, Rio de Janeiro: Forense, p. 12.

droit criminel s'auto-protégeait d'un questionnement sur sa façon de concevoir et de mettre en pratique le « droit de punir ». .

Cependant, malgré cette posture consistant à ne pas observer les théories de la peine, la Commission les utilisa pour appuyer sa réflexion, même si cette utilisation ne fut pas explicitement formulée. C'est un effet de la rationalité pénale moderne : les théories de la peine sont tenues pour acquises et fonctionnent comme une connaissance à portée de la main (Schutz, 1987). Dans le cadre de cette utilisation, la Commission valorisa certaines théories au détriment d'autres. Elle valorisa justement les théories du noyau dur de la rationalité pénale moderne, surtout celles de la rétribution et de la dissuasion, et dévalorisa la matrice correctionnelle ou « inclusive » de ce système d'idées, la théorie de la réhabilitation.

## Chapitre 4

### Les propositions de réforme et leurs fondements

Dans le présent chapitre, nous allons prendre au sérieux l'objectif des réformateurs de réduire le recours à la prison. Il ne s'agit pas de mettre en doute l'authenticité de cet objectif. Comme nous avons vu, les réformateurs de 1980 déclarèrent à plusieurs reprises, y compris dans nos entretiens, que la réforme avait cette préoccupation centrale et, selon toute vraisemblance, ils la prirent au sérieux. Nous n'allons donc pas adopter ici la distinction objectifs manifestes/cachés et présupposer que la diminution du recours à la prison n'était pas un « véritable objectif ». Au contraire, nous partons de la conviction qu'elle l'était, et ce même si les réformateurs ne réussirent pas, de toute évidence, à le réaliser de façon significative (il y eut bien sûr certains résultats notables). Dans ce chapitre, nous nous pencherons donc sur les propositions pensées par la Commission pour atteindre cet objectif spécifique et nous essayerons de visualiser les difficultés cognitives qu'ils rencontrèrent.

Notre démarche se concentrera surtout sur la description et l'analyse des propositions de réforme. Nous observerons tant les propositions initiales que les propositions présentées dans le document final que la Commission remit au ministre de la Justice. Nous signalerons les cas où la proposition finale des réformateurs fut changée lors du processus législatif qui la transforma en loi. Mais, en général, les propositions finales de la Commission furent adoptées telles quelles par le Parlement brésilien. Cela signifie que la Commission ne rencontra pas de difficultés politiques importantes pour faire approuver la réforme. Il est certain que les réformateurs anticipèrent parfois certaines difficultés et « adaptèrent » par conséquent certaines de leurs propositions à ces attentes, mais ce n'est pas de ce problème – somme toute négligeable dans notre cas – dont nous allons traiter ici. Notre attention va se focaliser sur les difficultés cognitives rencontrées par les réformateurs eux-mêmes, c'est-à-dire celles qui étaient inhérentes à la « culture pénale » (dans sa « *version brésilienne* »).

Les propositions analysées sont celles susceptibles d'affecter la pratique du recours de la peine de prison. Le critère adopté est simple : les mesures caractérisées par la distinction « *in/out* » ou, éventuellement, par la durée de la peine d'incarcération. Cependant, *dans ce chapitre*, nous n'allons pas traiter des mesures d'atténuation de la peine de prison, comme la libération conditionnelle, la progression de régime et les types de régime de prison. Ces questions seront examinées dans le chapitre suivant portant sur l'exécution (ou la gestion) de la peine d'emprisonnement. Ici, nous observerons les dispositifs présentés au juge du procès au moment de la détermination de la peine.

Comme nous le verrons, réduire le recours à la prison n'était pas une tâche facile à accomplir à l'intérieur d'un système d'idées qui valorisait l'« infliction » intentionnelle de la souffrance et qui fondait le recours à l'incarcération sur un ensemble complexe de théories de la peine. Pour observer ce qui se passa avec la Commission en ce qui concerne cet objectif, nous allons adopter la distinction entre *fondements* et *faits justificatifs* comme l'ont fait Machado et Pires (2010) lorsqu'ils ont traité du problème posé par les peines minimales d'incarcération.

Machado et Pires (2010) nous rappellent d'abord que nous trouvons aujourd'hui dans la littérature, dans les débats parlementaires et dans la jurisprudence une panoplie d'arguments pour justifier une position favorable ou défavorable à certains énoncés. Le problème méthodologique prend la forme suivante : comment distinguer les idées et les arguments qui fondent une pratique déterminée des arguments qui sont plus « en surface », « incomplets » ou relevant d'une conjoncture particulière ? Les auteurs partent ici de l'observation déjà faite par la sociologie phénoménologique (Schultz) selon laquelle les arguments existants dans les communications ne se situent pas tous sur le même plan. La distinction qu'ils adoptent (et que nous reprenons ici à notre tour) entre fondements et faits justificatifs se trouve disponible dans le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* de Lalande (2010) et est employée par eux pour résoudre ce problème de discrimination de niveaux des arguments.

Ainsi, l'idée de fondement est une « métaphore tirée de l'architecture : ce sur quoi repose un argument » (Machado et Pires, 2010, p. 106). Cette notion renvoie donc à celle d'autosuffisance (Machado et Pires, 2010, p. 106). Ils nous donnent les deux exemples suivants. Si nous disons « que 'la peine minimale protège la société' (théorie de la dissuasion), que cela soit vrai ou faux, nous donnons un fondement à cette pratique : rien d'autre n'a besoin d'être ajouté » (Machado et Pires, 2010, p. 106). En revanche, si par rapport à cette même pratique, nous disons que « la peine minimale est acceptée par le public ou par l'électorat », nous avançons plutôt un « fait justificatif » (Machado et Pires, 2010, p. 107). Cet argument est observé comme un fait justificatif parce qu'il reste insuffisant pour fonder une telle pratique. En effet, comme le disent ces auteurs :

« On est amené à poser d'autres questions telles que, entre autres : pour quelle raison le public accepte-t-il cette pratique ? Et pour quelle raison (politique ? juridique ?) devons-nous retenir l'avis du public pour décider comment punir ? Le public peut avoir intériorisé les idées de la théorie de la dissuasion et penser qu'il sera plus protégé par cette pratique. On a ici une indication que l'argument offre une justification, mais qu'il n'est pas autosuffisant et ne semble pas alors indiquer directement les fondements de la pratique » (Machado et Pires, 2010, p. 107).

En outre, ils soulignent ceci :

D'un point de vue sociologique, les faits justificatifs se caractérisent aussi par le fait de développer un problème, pour ainsi dire, « vers l'avant » ou « vers l'extérieur » de la pratique elle-même. Ils examinent certaines conséquences (souhaitables/déplorables) de la pratique sociale en question, ils construisent de nouveaux problèmes, etc. On peut dire, en empruntant une expression à Husserl (1893-1912 : 104), que les faits justificatifs tendent à dévier notre attention vers d'autres états-de-chose à connaître. Ils nous éloignent du « fondement ». Ainsi, l'avis du public nous amène à d'autres états-de-chose à connaître : est-ce que le public pense vraiment de la façon que l'on dit qu'il pense ? Modifie-t-il son opinion s'il reçoit des informations additionnelles sur les effets de cette pratique ? Ces questions, qui sont par ailleurs importantes, nous amènent à laisser derrière nous la recherche des fondements (Machado et Pires, 2010, p. 107).

Dans notre cas, par exemple, les arguments faisant ressortir qu' « il y a une surpopulation carcérale », que celle-ci « empire les conditions de vie en prison » ou que « les coûts économiques de la prison sont énormes » sont des faits justificatifs. Il s'agit

d'arguments factuels avancés pour soutenir qu'il faut réduire le recours à la peine de prison. En tant que tels, ils sont importants et peuvent effectivement stimuler une politique de diminution de l'incarcération s'ils sont considérés comme des faits crédibles par les autorités. Mais ces arguments poussent non seulement le débat vers la corroboration/falsification de l'argument lui-même, mais ils *peuvent* aussi faire dévier l'attention de l'observateur de l'ensemble des idées qui fondent cette pratique. Dans notre cas, comme nous l'avons vu dans notre chapitre théorique, il y a quatre théories de la peine fondant cette pratique : la théorie de la rétribution, la théorie de la dissuasion, la théorie de la dénonciation et la théorie de la réhabilitation par la prison. Reprenons : la Commission voulait réduire l'incarcération. Que fit-elle donc ? Repensa-t-elle les principaux dispositifs législatifs encourageant l'application de la peine carcérale ou tenta-t-elle plutôt exclusivement de résoudre certains effets « excessifs » de ces dispositifs sans les modifier fondamentalement et sans réexaminer les idées qui les fondent ?

Avant d'observer les propositions et leurs fondements, nous dresserons un bref portrait du Code criminel en vigueur par rapport à la structure des peines au moment où les réformateurs commencèrent leurs travaux. Cela nous aidera à prendre la mesure du défi auquel firent face les réformateurs.

## **1. Portrait du Code criminel brésilien au début des travaux de la Commission de 1980**

La Commission de juristes de 1980 reçut comme mandat d'étudier la législation pénale brésilienne et de proposer les modifications qu'elle jugerait importantes pour atteindre certains objectifs, entre autres celui de réduire le recours à l'incarcération. Quelle était alors la place de l'emprisonnement dans le Code criminel brésilien<sup>44</sup> au moment où la commission commença ses travaux?

---

<sup>44</sup> Il faut remarquer que, comme au Canada, les crimes dans la législation criminelle brésilienne ne sont pas prévus seulement dans le Code criminel. D'autres crimes sont prévus aussi dans d'autres lois, ce que la doctrine qualifie de législation spéciale. Pour donner une idée de la représentation de la distribution des crimes selon la localisation de sa législation criminelle, en 2009, 56% des crimes prévus dans le droit criminel brésilien l'étaient dans la législation spéciale, 40% dans le Code criminel et 4% dans la Loi de la contravention pénale (Machado, Machado et Andrade, 2009, p. 31).

Le Code criminel en vigueur datait de 1940, tant dans sa partie générale, celle qui traitait par exemple des règles sur la détermination de la peine et des principes pour orienter les opérateurs du système, que dans sa partie spéciale, celle qui prévoyait les crimes (les normes de comportement) et ses peines respectives. Certes, entre 1940 et 1980 des modifications législatives furent apportées au Code. Au Brésil, contrairement au Canada, les normes de procédure criminelle se trouvent dans un autre code. Nous présenterons ici un « portrait photographique » de ce Code dans sa version de 1980 en y inventoriant les peines prévues et en y quantifiant leur incidence dans les incriminations (délits) prévues dans la partie spéciale du Code. Ce portrait nous est donné à l'aide d'une base de données connue sous l'appellation suivante : « SISPENAS »<sup>45</sup>. Le SISPENAS considère comme crimes les « unités d'incrimination », c'est-à-dire un ensemble de comportements pour lesquels il y a une peine désignée. Si, par exemple, dans un seul article du Code, il y a une peine pour le vol simple et une autre peine pour le vol qualifié, le SISPENAS va alors compter deux crimes (deux « unités d'incrimination »). Notre inventaire du Code en 1980 indique que le Code pénal de 1940, au moment de la création de la Commission, totalisait 561 crimes (unités d'incrimination). En 2009, date de la dernière actualisation du SISPENAS, le Code comptait 674 crimes. Dans le tableau ci-dessous, nous pouvons observer la distribution des types de peines selon les crimes prévus dans le Code criminel ainsi que la fréquence de ces peines. Nous avons comparé un « portrait photographique » du Code tel qu'il était en 1980 avec un autre en 2009. Comme nous pouvons le remarquer, d'une époque à l'autre, il semble que rien n'a profondément changé, au moins quant à la manière de construire la partie spéciale du Code.

---

<sup>45</sup> Le SISPENAS est une base de données élaborée par l'équipe de chercheurs de l'École de droit de la Fondation Getúlio Vargas de São Paulo au Brésil avec l'appui du ministère de la Justice du Brésil et du Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD-Brésil). Il est disponible pour consultation à partir du site web du ministère de la Justice du Brésil. Le SISPENAS « systématise et organise les renseignements sur les crimes prévus dans la législation pénale, leurs peines respectives et les mesures alternatives à la prison qui peuvent être éventuellement appliquées à chaque crime ». Cependant, le SISPENAS nous dit toujours ce qui était valide en 2009, car c'est l'année de sa dernière mise à jour. Pour avoir le portrait du Code en 1980, nous avons dû calculer la distribution des incriminations et des peines manuellement en tenant compte de la version du Code du 27 novembre 1980, date de création de ladite Commission de juristes. Pour ce faire, nous avons adopté la même méthodologie utilisée par les chercheurs du SISPENAS. Pour plus de renseignement sur cette base de données, voir Machado, M. R. de Assis, & Machado, M. R. & Andrade, Fábio Knobloch de (2009). Sispensas : Sistema de consulta sobre crimes, penas e alternativas à prisão. Série Pensando o Direito - Penas Alternativas, n° 6/2009.

**TABLEAU 4.1**  
**Les peines prévues dans le Code criminel<sup>46</sup>**

|  | Peines                                      | Code criminel en 1980 |             | Code criminel en 2009 |             |
|--|---|-----------------------|-------------|-----------------------|-------------|
|  |   | Crimes                |             | Crimes                |             |
| <b>Sanctions carcérales</b>                | Prison (sans amende)                        | 197                   | 35%         | 239                   | 35%         |
|  | Prison <i>et</i> amende                     | 252                   | 45%         | 330                   | 49%         |
|  | Prison et/ou amende                         | 0                     | 0%          | 1                     | 0%          |
|  | Prison ou amende                            | 97                    | 17%         | 97                    | 14%         |
|  | <b>Sous-total</b>                           | <b>546</b>            | <b>97%</b>  | <b>667</b>            | <b>99%</b>  |
| <b>Sanctions et mesures non carcérales</b> | Seulement amende                            | 0                     | 0%          | 2                     | 0%          |
|  | Possibilité de pardon ou exclusion de peine | 15                    | 3%          | 5                     | 1%          |
|  | <b>Sous-total</b>                           | <b>15</b>             | <b>3%</b>   | <b>7</b>              | <b>1%</b>   |
| <b>TOTAL</b>                               |   | <b>561</b>            | <b>100%</b> | <b>674</b>            | <b>100%</b> |

Source : SISPENAS (MJ, PNUD, DireitoGV) et Code criminel de 1940 (version du 27 novembre 1980<sup>47</sup>)

Nous observons que le Code criminel de 1940 attribuait aux sanctions carcérales une position d'extrême importance. Nous pouvons même parler de la place centrale et d'hégémonie, vu que la prison était prévue pour 97% des crimes existants dans le Code et que 80% des crimes n'autorisaient aucune autre alternative dans la partie spéciale. La valorisation de la prison était énorme et la place de l'amende, toutes proportions gardées, négligeable. Le tableau indique aussi la permanence de ces caractéristiques dans le Code criminel au fil des années. La prison était prévue pour 99% des crimes existants dans la partie spéciale du Code criminel en 2009 et aucune substitution à l'emprisonnement n'était envisagée comme solution de remplacement pour 84% des crimes. Le lecteur doit cependant

<sup>46</sup> Ce tableau a été conçu à partir d'un tableau indiqué dans Machado, M. R. de Assis, & Machado, M. R. & Andrade, Fábio Knobloch de (2009). Sispenas : Sistema de consulta sobre crimes, penas e alternativas à prisão. Série Pensando o Direito - Penas Alternativas, n° 6/2009, pp. 38.

<sup>47</sup> Code criminel consulté : [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm).

savoir que le portrait formel du Code en 2009 cache les modifications proposées par la Commission de 1980, que nous verrons plus loin dans ce chapitre<sup>48</sup>.

Nous observons encore dans ce tableau que pour seulement 17% des crimes, le juge pouvait opter entre la prison et l'amende et que dans seulement 15 cas prévus par le Code, c'est-à-dire l'équivalent de 3% des crimes, la peine de prison n'était pas prescrite. Comme ils sont exceptionnels, nous pouvons en présenter quelques-uns. Mentionnons d'abord les cas d'avortements nécessaires ou thérapeutiques et ceux d'avortements résultant d'un viol, connus dans la doctrine brésilienne comme les avortements humanitaires ou éthiques. Autres cas : l'homicide et la lésion corporelle commis non intentionnellement après constatation par le juge que le crime a déjà causé des conséquences graves au transgresseur, comme le cas du père qui, par négligence, en est arrivé à tuer son fils. Dernier exemple : le crime d'injure lorsque ladite injure a été provoquée par la victime<sup>49</sup>. Nous constatons donc qu'en 1980, le Code ne comptait pas un seul crime pour lequel l'amende était la seule peine prévue. En plus, en cas de récidive, seule la peine de prison restait disponible pour le tribunal. Telle était donc la réalité à laquelle étaient confrontés les réformateurs : la prison occupait une place presque absolue dans la culture pénale brésilienne. Si nous pouvons comprendre leur volonté de réduire le recours à la prison, nous devons encore plus prendre la mesure des difficultés auxquelles ils eurent à faire face, y compris en raison des idées qu'ils partageaient à ce moment. Autrement dit: ils eurent à « lutter contre eux-mêmes ». Et cette Commission n'était composée que de juristes.

En outre, remarquons aussi la place des peines minimales *d'incarcération* dans le Code pénal. Les auteurs de presque tous les crimes (97% et 99%) pouvaient se voir infliger des peines minimales de prison tant en 1980 qu'en 2009. Voici d'ailleurs la durée prévue de ces peines minimales pour chacune de ces deux années :

---

<sup>48</sup> En plus, ces modifications ont subi un changement considérable en 1998 à travers la loi n. 9.714. Toutefois, ce portrait est encore utile, car il montre la configuration de la partie spéciale. Les modifications auxquelles nous faisons référence étaient dans la partie générale du Code.

<sup>49</sup> Les autres cas sont : les articles 143, 156 §2, 176 § unique, 180 §3, 181, 240 §4, 249 §2, 312 §3, 342 §3 et 348 §2 du Code de 1940 (version du 27 novembre 1980).

**TABLEAU 4.2.****Les peines minimales dans le Code criminel**

| <b>Peines minimales de prison</b> | <b>Code criminel en 1980</b> |             | <b>Code criminel en 2009</b> |             |
|-----------------------------------|------------------------------|-------------|------------------------------|-------------|
|                                   | <b>Crimes</b>                |             | <b>Crimes</b>                |             |
| Jusqu'à 1 an                      | 323                          | 58%         | 369                          | 55%         |
| Plus de 1 jusqu'à 2 ans           | 116                          | 21%         | 145                          | 22%         |
| Plus de 2 jusqu'à 3 ans           | 32                           | 6%          | 48                           | 7%          |
| Plus de 3 jusqu'à 4 ans           | 42                           | 7%          | 29                           | 4%          |
| Plus de 4 ans                     | 48                           | 9%          | 83                           | 12%         |
| <b>TOTAL de crimes</b>            | <b>561</b>                   | <b>100%</b> | <b>674</b>                   | <b>100%</b> |

Source : SISPENAS (MJ, PNUD, DireitoGV) et Code criminel de 1940 (version du 27 novembre 1980)

Les peines minimales de prison dans le Code pénal au Brésil correspondent toutes à ce que Machado et Pires (2010, p.101) ont qualifié de « peine minimale absolue » : c'est-à-dire qu'elles n'autorisent aucune forme d'exemption. Elles réduisent ainsi de façon draconienne les possibilités *qualitatives* de décision du juge lors de la détermination de la peine. Il se trouve dans une situation qui limite carrément le caractère décisionnel du jugement qu'il doit rendre. Ces peines minimales démontrent aussi la valorisation de la peine de prison au Brésil et la place centrale qu'elle y occupe. Nous observons qu'une telle situation au Brésil ne changea pas entre 1980 et 2009.

Rappelons encore que nous observons ici exclusivement la configuration de la partie spéciale du Code, car la Commission de 1980 ne travailla que sur la partie générale. Quoi qu'il en soit, ceci nous paraît suffisant pour démontrer que les réformateurs de 1980 avaient donc devant eux un Code criminel qui véhiculait une survalorisation de la peine de prison, voire une véritable « idolâtrie »<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> Présentement, les parlementaires brésiliens débattent un projet de loi qui veut remplacer la partie spéciale par une autre entièrement nouvelle. Pourtant, il s'agit encore d'un projet de loi en discussion. Et nous soupçonnons fortement, à juger par la culture juridico-pénale qui est enracinée au Brésil et que nous explorons dans cette thèse, que cette réalité législative ne changera pas beaucoup même si ce projet est approuvé.

Ajoutons que le Code de 1940 adoptait aussi une distinction qui favorisait la valorisation des peines carcérales. Il s'agit de la distinction entre *peines principales* et *peines accessoires*. Les peines principales étaient la prison et l'amende. Les peines accessoires, appliquées *ensemble* avec la peine principale selon le type de crime, étaient l'interdiction d'occuper un poste dans la fonction publique, la perte de droits (tels que l'incapacité d'exercer le pouvoir de *pater familias*, la suspension des droits politiques comme le droit de vote, etc.), et la publicité de la sentence. Ces peines étaient, on le voit, des conséquences immédiates de l'application des peines principales. Dans ce sens, nous pouvons dire que les peines accessoires étaient des peines politico-légales données automatiquement (le tribunal ne disposait d'aucun pouvoir discrétionnaire) comme conséquence immédiate de la condamnation pour certains crimes. C'était, par exemple, le cas d'un fonctionnaire public qui était condamné pour un crime contre l'administration publique; il perdait automatiquement son travail. C'était aussi le cas d'un médecin qui voyait son droit d'exercer sa profession automatiquement suspendu pour un temps déterminé. Les *peines accessoires* étaient des surplus de répression ; elles ne fonctionnaient donc jamais comme des alternatives à la prison. C'est le système politique qui dédoublait les opérations des tribunaux en ajoutant ses propres peines additionnelles et incontournables. On peut aussi dire qu'il s'agissait d'un mécanisme politique, appuyé par les juristes (doctrine), pour déjouer le pouvoir judiciaire dans la détermination de la peine. Le rôle du juge dans ce cas était simplement de « déclarer » dans la sentence, comme une horloge mécanique marque l'heure, l'incidence d'une ou de plusieurs peines accessoires. De cette façon, nous pouvons les qualifier de « sanctions politiques attribuées par la législation » sans tenir compte du cas d'espèce. Ce que le système de droit criminel pouvait faire dans ces situations était de les invalider ou d'essayer de les contourner de façon stratégique.

Il est important d'attirer l'attention aussi sur le fait que le Code faisait état, sans doute de façon mystificatrice, de *trois* peines principales et non de deux comme nous l'avons fait. C'est que le Code distinguait entre deux (supposés) types de peine de prison : la peine de réclusion et celle de détention. Nous retrouvons ici une distinction semblable à celle très ancienne entre deux « types » de peine de mort : elles tuent toutes les deux, mais de manière différente. En principe, il s'agit ici de deux formes d'emprisonnement régies par des

conditions différentes quant à l'isolement, au travail en commun, etc. Les conditions de la réclusion avaient été pensées pour infliger plus de souffrance que celles de la détention. Il faut néanmoins remarquer dès maintenant que la doctrine argumenta que cette distinction n'existait pas effectivement dans la pratique. Elle n'existerait que « sur papier » ou « en apparence », car le système pénitentiaire brésilien ne disposait pas des conditions matérielles pour transposer cette distinction dans la pratique. Mais elle ne fut pas invalidée pour autant. Même si la distinction n'était pas mise en pratique, un fait est certain : elle continuait à « communiquer » qu'une peine de réclusion de 2 ans était plus « souffrante » qu'une peine de détention de 2 ans et les juristes continuèrent à valoriser ce message « sans application effective ». Cette distinction communiquait la volonté d'être proportionnel (même si l'on ne pouvait pas l'être) et de faire souffrir davantage celui qui était plus coupable. Cette idée remonte au début du 19<sup>e</sup> siècle, lors de la naissance de la prison. Nous verrons plus loin comment la Commission de 1980 se positionna face à cette distinction.

Pour revenir au portrait du Code, soulignons que, comme la partie spéciale ne fit pas l'objet d'une réforme, les réformateurs durent trouver une manière d'insérer les mécanismes d'alternative à la prison dans la partie générale. Tel avait déjà été le cas du Code criminel de 1940 qui avait prévu, par exemple, le sursis (mécanisme qui suspend la peine de prison et qui permet au condamné de rester en liberté) dans la partie générale. Toutefois, le Code de 1940 imposait des conditions très restrictives pour la concession de ce sursis, ce qui en faisait un mécanisme inutile pour désengorger le système pénitentiaire. Même une petite réforme faite dans la partie générale en 1977 à travers la Loi n. 6.416 et qui essaya d'augmenter le champ d'incidence du sursis ne réussit pas non plus à produire des effets significatifs à ce niveau. Pour l'obtention du sursis, la peine appliquée devait être égale ou inférieure à 2 ans et le condamné ne pouvait pas être récidiviste. La récidive empêchait automatiquement la concession de la suspension de la peine. Quant à connaître le nombre de crimes pour lesquels un sursis pouvait être accordé à leurs auteurs, nous ne pouvons qu'en faire une estimation, car l'application dépendait de la peine appliquée en espèce. Si nous prenons le nombre de crimes qui ont abstraitement une peine minimale jusqu'à 2 ans de prison, cela représentait environ 79% des crimes dans le Code en 1980. Cependant, il s'agit

d'un univers d'incidences conçu de façon abstraite, car l'application du sursis dépendait de la peine appliquée et s'il s'agissait ou non d'un récidiviste.

Toujours dans le but de réduire le recours à la peine de prison, cette même loi de 1977 qui modifia les conditions du sursis créa aussi différents types de régime de prison dont les régimes « semi-ouvert » et « ouvert ». En créant ces régimes, la loi accorda aussi au juge du procès le pouvoir de décider si le condamné devait commencer sa peine de prison en régime ouvert ou semi-ouvert. Le régime ouvert impliquait une véritable mise en liberté du condamné et, selon le texte de loi, il était basé sur l'autodiscipline et le sens des responsabilités du condamné. Les critères pour l'appliquer étaient que la peine de prison soit égale ou inférieure à 4 ans et que le condamné soit considéré comme non dangereux.

Si nous prenons en compte tous les crimes qui avaient une peine minimale de prison égale ou inférieure à 4 ans, nous arrivons à la conclusion que pour environ 90% des crimes prévus au Code criminel en 1980 leurs auteurs étaient d'emblée admissibles au régime ouvert. Et pourtant, cette règle ne put être appliquée par les opérateurs du droit criminel, car cette loi conditionna ce mécanisme à une réglementation par des lois provinciales ou par des règlements du conseil de la magistrature. Or, ces réglementations ne furent jamais mises en place législativement à l'échelle nationale. Ainsi, ce mécanisme, tel que prévu par la loi n. 6.416 de 1977, devint « lettre morte » (Reale Junior *et all.*, 1987, p.21-22). Le système politique ne donna pas suite à sa propre législation et les conseils de la magistrature non plus.

D'autres mécanismes d'alternative à la prison furent pensés avant la Commission de 1980. Par exemple, le projet Hungria de 1963 avait prévu une amende substitutive dans les cas de peines de prison (du type détention) inférieures ou égales à 3 ans, si le transgresseur n'était pas récidiviste. Le Code criminel de 1969 *réduisit* néanmoins l'incidence de cette amende substitutive au cas de détention égale ou inférieure à 6 mois (et garda la récidive comme critère d'exclusion)<sup>51</sup>. En résumé, en 1980, les réformateurs étaient

---

<sup>51</sup> La loi n. 6.016 de 1973 qui modifia le Code criminel de 1969, celui encore en régime de *vacation legis*, garda ce mécanisme. Cependant, ces mécanismes ne furent pas transformés en loi et ils existaient en tant que proposition dans les débats de réforme du Code.

devant un Code criminel dont le seul mécanisme d'alternative à la prison était, comme nous l'avons déjà noté, le sursis (limité aux peines de prison égales ou inférieures à 2 ans et excluant la récidive). Ils étaient devant un Code dont la sanction carcérale occupait presque tout l'espace de la détermination de la peine. Le défi devant lequel ils se trouvaient était redoutable et cela ne doit pas être sous-estimé.

Disons un dernier mot sur la structure prévue pour déterminer la peine dans le Code criminel de 1940. Ce Code avait créé un mécanisme appelé « système en deux phases ». Cette procédure laissait voir clairement la place centrale occupée par la prison. Comment fonctionnait alors ce « système en deux phases »? Il s'agissait essentiellement d'une opération de calcul arithmétique.

Le juge, dans la première phase, prenait la peine de prison et fixait une quantité entre les limites minimales et maximales prévues en tenant compte des circonstances telles que « les antécédents, la personnalité de l'individu, l'intensité de son intentionnalité ou le degré de la faute, les motifs, les circonstances et les conséquences du crime » (art. 42) et, en même temps, les circonstances aggravantes et atténuantes prévues dans le Code. Par rapport à ces dernières, le juge devait faire un calcul pour savoir quelles étaient les circonstances prépondérantes. Par exemple, si le juge constatait la présence de deux aggravantes et d'une atténuante, il devait soustraire une atténuante de deux aggravantes ; le résultat lui donnait alors une aggravante (l'opération est  $2-1=1$ ). Aucun jugement qualitatif sur la nature ou le poids des aggravantes ou atténuantes. L'évaluation et la prise en considération des circonstances atténuantes et aggravantes étaient pensées quantitativement et non qualitativement.

Dans la deuxième phase, le juge devait appliquer à la quantité fixée dans la première phase les conditions prévues dans la loi qui augmentaient et diminuaient la peine pour le crime en question (art. 50). Par exemple, il pouvait augmenter (ou diminuer) la peine d'un ou de deux tiers selon le critère. Encore ici, le juge était censé faire un calcul entre le nombre de conditions qui augmentaient et/ou diminuaient la peine. Il pouvait alors arriver à un résultat bien précis, par exemple, 5 ans et 4 mois d'emprisonnement. La procédure était

conçue pour « annuler la présence » du juge, pour le faire agir comme un robot ou comme une calculatrice du système politique. Ce qui est surprenant, c'est que cette pratique était largement acceptée, autant par la doctrine juridique que par la magistrature elle-même. C'est la mise en structure de la vieille idée de Montesquieu (1748, p. 176) : « ... les juges de la nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »<sup>52</sup>.

Étant donné l'ampleur de ces obstacles, que réussit à accomplir la Commission de 1980? Pensa-t-elle à renverser cette manière comptable de fixer la peine et donner congé à cette vieille idée « autoritaire » de Montesquieu ? Quelle position adopta-elle face à la peine minimale et au critère de récidive qui neutralisait toutes les alternatives ? Créa-t-elle de nouvelles sanctions ? Si oui, quelle marge de liberté donna-t-elle aux juges pour les utiliser ? Quels mécanismes la Commission créa-t-elle pour atteindre son objectif de réduire le recours à la prison? Dans les prochaines sections, nous nous pencherons sur ces questions.

## **2. Les propositions de réforme de la Commission de 1980**

Dans cette section, nous allons décrire et analyser les propositions de réforme de la Commission de 1980 qui touchèrent aux normes de sanction du Code et qui visèrent à réduire le recours à la prison. Nous voulons démontrer, par étapes, les tentatives que fit la Commission pour atteindre cet objectif en particulier. Nous verrons aussi les difficultés que les réformateurs rencontrèrent pour diminuer le recours à l'incarcération et comment la rationalité pénale moderne joua un rôle fondamental d'obstacle épistémologique dans cette entreprise.

Avant de commencer, nous voulons attirer l'attention sur le point suivant. Dans nos documents sur les débats de réforme, nous avons noté la présence d'une explication très utilisée par la Commission et par son environnement pour rendre compte de leurs difficultés à modifier le Code criminel dans la direction souhaitée (réduction de l'incarcération). Ces difficultés étaient dues au manque de conditions externes favorables et à l'absence d'appui

---

<sup>52</sup> Ce thème a été traité plus longuement par Machado et Pires (2010) et Pires et Machado (2012).

de l'opinion publique. Si la référence à une opinion publique favorable/défavorable est facile à comprendre, le sens de l'expression « conditions externes favorables » reste imprécis et difficile à interpréter. En effet, ce terme *peut* signifier que les réformateurs déplorèrent l'absence de ressources financières et matérielles (de la part du système politique) pour mettre en place des alternatives à la prison. En effet, si le système politique n'offre pas ces ressources, le système juridique aura de la difficulté à mettre en place et à favoriser certains types de sanctions (par exemple, les travaux communautaires). Sans sous-estimer le poids de ce type d'obstacle « matériel » (par opposition à « obstacle cognitif »), nous voulons attirer l'attention ici sur deux questions.

La première est qu'un obstacle matériel est plus aisément identifiable que les obstacles cognitifs parce qu'il est « externe » à l'observateur. Ce dernier voit « ce qui manque *matériellement* » pour faire quelque chose. Lorsqu'il partage ou valorise une idée qui fait obstacle à la réalisation d'un objectif, il est beaucoup plus difficile d'identifier cette idée comme une « difficulté » ou comme un obstacle. Nous allons porter notre attention sur ces obstacles « plus redoutables » du point de vue de l'observation et de la cognition. Il faut noter aussi que les deux types de difficultés (matérielles/cognitives) ne se recoupent pas nécessairement ni entièrement. Un grand nombre de réformes pour réduire le recours à l'incarcération peuvent être proposées sans ressources matérielles. Par exemple, il est possible d'abolir les peines minimales (ou de réduire considérablement leur longueur) ou d'éliminer le critère de la récidive comme une exigence en faveur de l'incarcération, sans ajouter de ressources matérielles. De même, il est possible de créer plus d'espace pour recourir davantage à l'amende ou à la « composition » entre les parties, pour éliminer le principe du calcul de la peine (ayant la prison comme point de départ), pour réduire l'échelle de sévérité de la peine de prison, pour faciliter la libération conditionnelle, etc.

Le deuxième point est que l'observation portant sur le manque de conditions externes favorables est hautement « sélective ». En d'autres mots, cet argument n'est pas invoqué à l'égard, par exemple, des mauvaises conditions d'incarcération qui restent un problème permanent au Brésil. En effet, s'il n'y a pas de « conditions externes favorables » pour assurer de bonnes conditions d'incarcération, pour quelle raison devons-nous conserver

des peines minimales de prison ou des sentences très longues d’incarcération ? Ici, le « manque de conditions sociales favorables à des conditions d’emprisonnement acceptables » n’est pas observé sérieusement comme une raison (additionnelle) pour éliminer les peines minimales d’incarcération ni pour réduire la longueur des peines légales et des sentences (découlant du système de calcul des peines). Les idées qui valorisent *et fondent* la prison sont plus présentes et plus puissantes que les raisons (« faits justificatifs ») contre le recours à la prison. Cet argument du manque de conditions sociales favorables est donc surtout pensé et invoqué lorsqu’on discute des *peines alternatives* à la prison, ce qui amène souvent à réitérer la pratique carcérale. Dans les pages qui suivent, nous allons explorer la question des conditions internes et cognitives du droit criminel qui l’amenèrent à rester dans cette impasse. Il est entendu néanmoins que nous ne nions pas les obstacles suscités par les conditions matérielles qui restent externes aux idées soutenues par le droit. Nous ne nions pas non plus que la perception ou l’existence d’une opinion publique contraire aux alternatives puisse jouer un rôle d’obstacle sous la forme d’une pression additionnelle, même si la question ici soit bien plus complexe aussi (Xavier, 2012). Cependant, *ce n’est pas sur ce plan* que se trouvent à notre avis les obstacles les plus redoutables à une reconstruction du droit criminel (comme nous l’avons soutenu dans notre chapitre théorique).

## **2.1. La création des peines non carcérales et du mécanisme de substitution à la prison**

La principale proposition de réforme de la Commission concernant l’objectif de réduction du recours à la prison fut sans doute la création de nouvelles peines non carcérales dans le Code et celle du mécanisme permettant de substituer ces dernières à la peine de prison. Le Code désigna ce nouvel ensemble de sanctions par l’expression « peines restrictives de droits ». Les réformateurs voulurent, avec raison, diversifier les sanctions criminelles. Dans le cadre d’une de nos entrevues, le juriste et membre de la Commission, Miguel Reale Junior, déclara que la réforme visait à rompre avec le « caractère unisson du droit pénal ». Ce caractère se ramenait à la « constance de la prison comme réponse au crime ». Les réformateurs virent ainsi bien cet état des choses. C’est dans ce contexte qu’ils proposèrent la création de ces nouvelles peines non carcérales.

En entrevue, le commissaire Miguel Reale Junior nous confia que les réformateurs justifiaient ce projet d'augmenter les types de peines en faisant valoir l'idée de la nécessité d'avoir un « système de peines à la carte ». Tel que nous l'avons comprise, l'application de cette idée aurait signifié que l'on aurait donné au juge, lors de la détermination de la peine, une liste de possibilités de peines à choisir, sans aucune contrainte l'obligeant à opter pour la prison. Les réformateurs mentionnèrent d'ailleurs cette idée à plusieurs reprises, ce qui indique bien qu'ils la valorisèrent. Toutefois, comme nous le verrons plus loin, elle ne se concrétisa malheureusement pas dans les propositions de réforme. Elle apparut certes dans le discours qui accompagna les propositions de réforme, mais jamais dans les propositions elles-mêmes. Le juge continua à être « poussé » sur la voie de l'emprisonnement et eut peu d'espace pour dévier de cette trajectoire. Il ne put jamais vraiment choisir « à la carte ». Dans la législation criminelle brésilienne, cette idée devint réalité seulement en 1990 dans la législation pour les adolescents ayant commis des infractions (Loi n. 8.069/90).

Le Code de 1940 utilisait, nous l'avons vu, la distinction peines principales/peines accessoires et considérait comme peines principales la prison et l'amende. La réforme de 1984 abandonna cette vieille distinction et classifia les sanctions en (i) peines privatives de liberté, (ii) peines restrictives de droits et (iii) peines d'amende. Les peines restrictives de droits créées étaient (a) la prestation de services à la communauté, (b) l'interdiction temporaire de droits et (c) la limitation pendant le week-end. Cette dernière remplaçait une autre peine, l'apprentissage obligatoire, pensée par les réformateurs au début, dans la première version de leur projet. La limitation pendant le week-end se traduisait par l'obligation de rester, pendant la fin de semaine, 5 heures par jour dans un établissement où il y avait des activités éducatives, comme des conférences, des ateliers, etc. L'interdiction temporaire de droits comprenait les peines suivantes : défense d'exercer une fonction publique ou d'exécuter un mandat électif, défense d'exercer une profession dont la pratique exigeait une autorisation du gouvernement et suspension du permis de conduire. La réforme donna le même statut à toutes ces peines de sorte que les peines restrictives de droits ne furent plus présentées comme des peines formellement moins importantes que la peine de prison et l'amende. Cependant, cela n'empêcha pas qu'à l'intérieur de ces peines également

reconnues par le Code, les peines restrictives de droit furent beaucoup moins appliquées. En plus, la peine d'amende ne fut pas davantage valorisée par rapport à la prison. Ainsi, nous pouvons dire qu'il y eut une sorte de « *upgrade* » sémantique parce que les peines furent théoriquement placées sur un pied d'égalité formelle, mais les alternatives à la prison continuèrent en fait à être subordonnées. Comment cela se produisit-il et pourquoi?

Nous savons que la Commission ne toucha pas à la partie spéciale du Code. Celle-ci continua donc à prévoir des peines minimales de prison pour presque tous les crimes. Dans la partie spéciale, la prison demeura au cœur du Code et l'amende continua d'y occuper une place secondaire, voire marginale. Comment alors appliquer les nouvelles peines non carcérales si rien n'était changé dans la partie spéciale ? Les réformateurs proposèrent un mécanisme de substitution d'une peine restrictive de droits à la peine de prison. Ce mécanisme fut inséré dans la partie générale du Code (art. 44).

Comment fonctionnait ce mécanisme ? D'abord, la prison continua à être de fait la peine principale ou la peine de départ du juge. Le tribunal devait donc commencer par considérer la peine de prison et seulement après, dans un nombre par ailleurs très circonscrit de conditions, il pouvait regarder du côté des peines alternatives. Ces dernières restaient une sorte de « concession » faite à la peine principale de prison. Comme nous le verrons bientôt, le projet d'inclusion des peines restrictives de droits n'alla pas très loin dans la proposition. Compte tenu de l'état dans lequel se trouvait le Code, la création de ces peines représenta alors, bien sûr, *un pas très important* ; c'est seulement par rapport à l'objectif recherché (réduire de façon significative le recours à l'incarcération et moins valoriser la prison) que le résultat fut de toute évidence fort décevant. Rappelons qu'avant la réforme de 1980, le seul mécanisme offrant une alternative à la prison était le sursis.

Les peines restrictives de droits furent conçues ainsi comme des peines substitutives *sous certaines conditions*. L'idée d'avoir des peines restrictives de droits déjà directement prévues pour certains crimes n'eut pas de suite chez les réformateurs. Cette idée fut même en partant dévalorisée par le ministre de la Justice qui a créé la Commission de 1980 et présenta la proposition de réforme au Parlement, le juriste Dr. Ibrahim Abi-Ackel.

Lors de notre entretien avec lui, nous lui avons demandé de réagir à l'idée suivante : « pourquoi un juge ne pourrait-il pas appliquer directement une peine de travail communautaire sans avoir auparavant à donner une peine de prison pour la remplacer par la suite ? ». Comme nous allons le voir par sa réponse, ses inquiétudes étaient reliées à l'éventualité du non-respect de cette peine. Il se demandait ce qui arriverait si le coupable décidait simplement de ne pas obéir à l'ordre du tribunal. Il n'imagina pas un système de contrôle de l'administration des peines (par exemple, par le juge d'exécution des peines, par des agents de probation, etc.). Il ne pensa pas non plus au fait que le juge pouvait exiger que le condamné revienne devant le tribunal en cas de désobéissance à la sentence ou qu'il pouvait même ajouter immédiatement une période d'incarcération advenant le non-respect de la sanction, *sans avoir à commencer par la prison*. Dans ce cas, l'estimation de la durée de la peine serait faite en fonction de la valeur de la peine non carcérale ou des particularités du cas. Le tribunal pourrait même remplacer une peine non carcérale par une autre peine non carcérale (une amende, par exemple). Bref, le problème de l'application fut mal pensé, assurément par manque de consultation auprès d'experts et le résultat fut la reproduction de la peine de prison comme peine hégémonique. Voici comment il nous a expliqué son choix :

Elle doit être nécessairement substitutive. Pensez-y bien...plusieurs personnes ont défendu cela. La peine s'appelle peine alternative à la prison. Le juge applique x mois de prison [...] puis il transforme la peine de prison en peine alternative. [Si] l'individu n'accomplit pas la peine alternative, le juge cesse évidemment de l'appliquer et applique la prison. Si on applique simplement la peine alternative, le coupable arrive à la porte du tribunal et va dire : « monsieur le juge, à bientôt, allez déranger une autre personne, rentrez chez-vous », alors, le juge n'a appliqué aucune sanction... (Entrevue, Ibrahim Abi-Ackel).

En effet, ce problème aurait pu être réglé sans que le condamné ne soit puni directement dans le cadre de l'échelle de peines de prison avec un temps minimal. Cela aurait permis aussi de contourner le problème de la peine minimale posé dans la partie spéciale du Code. La prison, au lieu d'être pensée comme peine principale, aurait un autre statut, un statut d'appui à l'autre peine. Cependant, les réformateurs perdirent de vue cette possibilité. Or, au-delà d'une situation mal réfléchie, quels autres facteurs empêchèrent les réformateurs d'envisager une autre solution?

Nous mettrons en relief certains obstacles cognitifs « plus profonds » qui contribuèrent à réduire substantiellement la portée de la réforme par rapport à l'objectif qui nous intéresse ici (la réduction du recours à la prison).

### **2.1.1. Le maintien de la conception de la détermination de la peine comme un calcul et du juge comme un « mathématicien »**

Tout d'abord, il faut dire que les réformateurs ne changèrent pas la manière comptable de penser la détermination de la peine que le Code de 1940 avait adoptée. Leur proposition sur cette question valorisa davantage l'opération de détermination de la peine comme un calcul. En plus, pour éviter les questions soulevées par la doctrine autour du système « en deux phases », les réformateurs créèrent un article appelé « le calcul de la peine » pour décrire chaque étape de l'opération mathématique consistant à la fixer. Ils élaborèrent ainsi un système qualifié de « système à trois phases ». La différence entre ces deux systèmes, nous le verrons, ne fut pas substantielle.

Dans le Code de 1940, le point de départ était toujours la peine de prison, car des peines minimales de prison étaient prévues pour presque tous les crimes, et le dispositif du « système à deux phases » guidait la détermination de la peine. Comme les réformateurs ne changèrent pas la partie spéciale, le point de départ continua d'être la peine de prison avec une durée se situant quelque part entre une peine minimale et une peine maximale d'emprisonnement. Tenant compte de cette échelle, le juge devait fixer la durée de la peine de prison tout en évaluant les circonstances telles que les antécédents, les motifs du crime, etc., et les circonstances aggravantes et atténuantes. Quant au poids respectif de ces dernières, le Code prévoyait une opération arithmétique : 2 aggravantes – 1 atténuante = 1 aggravante. Nous l'avons déjà remarqué, l'aspect non quantitatif de ces circonstances n'était pas considéré. La phase suivante - qui était la dernière - consistait à faire une autre opération arithmétique entre les causes d'augmentation et de diminution de la peine. Encore une fois, il s'agissait d'une opération quantitative et non qualitative.

Que changèrent les réformateurs de 1980 par rapport à ce système? Ils le transformèrent en un « système à trois phases » et non plus « à deux phases ». Pour y arriver, ils divisèrent la première phase du Code de 1940 en deux. Dans la première phase, en ayant encore comme référence l'échelle minimale et maximale de la peine de prison prévue pour le crime, le juge devait fixer la durée de la « peine de base de prison » à partir des circonstances prévues dans le nouvel article 59 : la culpabilité, les antécédents, la conduite sociale et la personnalité de l'individu, les motifs, les circonstances et les conséquences du crime, le comportement de la victime. Ensuite, dans la deuxième phase, le juge ajoutait à cette durée le résultat de son opération arithmétique entre les circonstances atténuantes et aggravantes. Enfin, dans la troisième et dernière phase, le juge ajoutait à nouveau à la durée obtenue à la fin de la deuxième phase le résultat de l'opération également arithmétique entre les causes de diminution et d'augmentation de la peine. Et cela était la peine finale.

La représentation du juge exprimée dans ce mécanisme de 1980 est bien exprimée dans cet extrait d'une intervention d'un juriste externe à la Commission lors du débat du projet des réformateurs :

Le mécanisme de détermination de la peine a cristallisé un état de chaos qui supprime le pouvoir discrétionnaire du juge, ce qui modifie l'orientation du système. Cela parce que la complexité de la technique de détermination de la peine [...] transforme le juge, forcé à réaliser de multiples opérations compliquées, en un spécialiste de la détermination de la peine, à la fois juriste et mathématicien, plus mathématicien que juge<sup>53</sup>.

Comme nous pouvons l'observer ici, les deux systèmes n'étaient pas substantiellement différents. Les réformateurs de 1980 ne réussirent pas à renverser l'esprit comptable de la détermination de la peine présent dans le Code de 1940. En plus, lorsque nous arrivons à la question des circonstances atténuantes et aggravantes, il s'agit encore d'un calcul quantitatif. Si l'atténuante était plus importante qualitativement que l'aggravante, elle était complètement perdue de vue et on arrivait à mettre en prison pendant 5 ans et 4 mois un jeune de 19 ans et qui n'était pas un récidiviste. Les conséquences pour la vie sociale de ce

---

<sup>53</sup> Pires, Ariosvaldo de Campos (1982). « A simplificação do código penal no âmbito da aplicação da pena », Anais do I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária, Brasília: Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Política Penitenciária, p. 150.

jeune n'entraient aucunement dans le calcul de la peine. Cette manière de concevoir la détermination de la peine communiquait une valorisation de l'exclusion sociale du coupable qui est encore aujourd'hui centrale dans les pratiques punitives au Brésil. Nous observons ainsi une sorte de difficulté à ne pas perdre de vue l'individu coupable dans le cadre même de la punition. La détermination de la peine était guidée simplement par une équation (surtout quantitative) entre le crime et la peine.

D'ailleurs, cette mentalité mathématique neutralisa même les propositions qui auraient pu apporter plus de pouvoir discrétionnaire au juge dans la détermination de la peine, comme c'est le cas de la proposition de la création d'une circonstance atténuante générique. Les réformateurs créèrent un article qui autorisait le juge à considérer une circonstance pertinente comme une atténuante, même si la loi ne la prévoyait pas comme circonstance atténuante (article 66)<sup>54</sup>. Or, bien que cette circonstance augmentait le pouvoir discrétionnaire du juge, elle entraînait dans le calcul quantitatif entre aggravantes et atténuantes et finit ainsi par être neutralisée.

Pour tout cela, cette manière de concevoir la détermination de la peine représenta un problème majeur de fond pour pouvoir penser les peines alternatives à la prison, les peines non carcérales. La logique était encore celle de la peine de prison, c'est-à-dire arithmétique. Comment penser les peines non carcérales dans cette logique et dans cette culture juridique?

Observons maintenant comment ce mécanisme de substitution fut pensé et à quels critères il fut soumis.

---

<sup>54</sup> Art. 66. La peine pourra être atténuée en raison d'une circonstance importante, antérieure ou postérieure au crime, même si elle n'est pas prévue dans la loi.

### **2.1.2. Les conditions pour remplacer la peine de prison par une peine restrictive de droits : la portée réduite des peines non carcérales dans la réforme**

Les réformateurs présentèrent deux versions des propositions relatives aux peines restrictives de droits. Une première version fut débattue dans la communauté de pénalistes en 1981 et fit l'objet de plusieurs congrès. Ensuite, la commission chargée de la révision du projet présenta la version finale du projet de réforme, celle qui fut acheminée au Parlement et devint loi en 1984.

Dans la première formulation, trois conditions permettaient l'application des peines restrictives de droits : 1) la peine maximale de prison prévue pour le crime ne devait pas être supérieure à 3 ans; 2) le condamné ne devait pas être un récidiviste d'un crime commis avec une intentionnalité directe; et 3) le juge devait tenir compte des circonstances et motifs du crime, des antécédents, de la personnalité et du comportement social du condamné de sorte qu'il en arrivait au jugement que les peines restrictives étaient « nécessaires et suffisantes pour le cas ». Ce sont les peines non carcérales qui devaient prouver leur pertinence; la pertinence de la prison, elle, était tenue pour acquise.

Dans la formulation finale, les deux premières conditions furent changées de façon à restreindre davantage l'application des peines restrictives : 1) la peine de prison calculée par le juge dans un cas concret ne devait pas être supérieure à 1 an incluant tous les crimes commis par négligence ou par imprudence; 2) le condamné ne devait pas être un récidiviste. Nous l'avons dit, la dernière condition ne fut pas modifiée. Cependant, dans les crimes commis par négligence ou par imprudence, la nouvelle version autorisait le remplacement d'une peine de prison égale ou supérieure à un an par une peine restrictive de droits *et* une amende ou par deux peines restrictives de droits. On voit ici une tendance à cumuler plusieurs peines non carcérales pour pouvoir remplacer une peine de prison égale ou supérieure à un an.

**TABLEAU 4.3**

**Les conditions d'application des peines restrictives de droits**

| <b>Avant-projet de 1981</b>  | <b>Avant-projet final de 1983</b>   |
|--|---|
| <p>Art. 44. Les peines restrictives de droits sont autonomes et peuvent être appliquées dès que :</p> <p>I – la peine privative de liberté maximale, prévue pour un crime, n'est pas supérieure à 3 ans;</p> <p>II – l'accusé n'est pas un récidiviste coupable d'un crime intentionnel, en observant les dispositions de l'article 64;</p> <p>III – les circonstances et les motifs déterminants, les antécédents, la personnalité et la conduite sociale du condamné indiquent que ces modalités de peine sont nécessaires et suffisantes.</p> | <p>Art. 44. Les peines restrictives de droits sont autonomes et remplacent les peines privatives de liberté lorsque :</p> <p>I – la peine privative de liberté appliquée est inférieure à 1 an ou si le crime est commis par négligence, imprudence ou impéritie;</p> <p>II – l'accusé n'est pas récidiviste;</p> <p>III – la culpabilité, les antécédents, la conduite sociale et la personnalité du condamné, ainsi que les motifs et les circonstances, indiquent que cette substitution est suffisante.</p> <p>Paragraphe unique. Dans les crimes commis par négligence, imprudence ou impéritie, la peine privative de liberté appliquée, égale ou supérieure à 1 an, peut être remplacée par une peine restrictive de droits et une amende ou par deux peines restrictives de droits, qu'il est possible de purger simultanément.</p> |

Quant aux changements apportés d'une version à l'autre, nous voyons globalement une augmentation des restrictions à l'utilisation des peines restrictives. Ils réduisirent davantage le cercle et dévalorisèrent aussi davantage les peines restrictives de droits. Nous constatons cela, premièrement, dans le passage de 3 ans à 1 an; deuxièmement, dans la restriction déjà omniprésente de la récidive que nous voyons dans les deux versions, mais en 1981 elle était limitée au crime commis intentionnellement. Cela impliquait que la récidive n'empêchait pas l'application de peines restrictives de droits aux cas de crimes commis par négligence, imprudence, si la peine maximale n'était pas supérieure à 3 ans. Dans sa dernière version, le projet disait qu'il suffisait d'être récidiviste pour empêcher le remplacement de la prison par une peine restrictive de droits. Troisièmement, on ajouta dans la seconde mouture du projet une nouvelle règle stipulant que dans les cas de crimes commis par négligence ou par imprudence, la peine de prison devait être remplacée par une peine

restrictive de droits et une amende ou par deux peines restrictives de droits. Cette règle renforça l'idée que la peine restrictive de droits était nécessairement « faible » ou « insuffisante ».

Notons une autre différence importante entre les deux versions de la réforme. Dans la première version, le juge pouvait aller directement à la peine restrictive de droits parce qu'il était suffisant de regarder la valeur de la peine maximale prévue pour le crime dans la loi. Il n'avait pas besoin alors de passer auparavant par la phase du calcul de la peine de prison. Dans la version finale du projet, celle qui est devenue loi, le juge devait en premier lieu calculer la peine de prison et, à partir du quantum de cette peine, vérifier si le remplacement de cette peine était possible. En libérant le juge de l'obligation de calculer la peine de prison, la première version donnait au juge l'occasion de commencer à changer les vieilles habitudes de cette culture juridique centrée sur la prison. Cependant, sous la pression de la communauté juridique elle-même, selon les réformateurs, la Commission décida de réduire la portée innovatrice des peines restrictives et, donc, de la réforme. Elle perdit également de vue le problème de la surpopulation carcérale et des conditions de vie en prison, les deux faits justificatifs qui l'avaient poussée à vouloir réduire le recours à la prison.

Les réformateurs observèrent eux-mêmes cette différence entre les deux versions et reconnurent que dans la version finale, la prison avait encore une place centrale et hiérarchiquement supérieure face aux peines restrictives de droits.

Les peines restrictives de droits remplacent les peines privatives de liberté qui continuent, cependant, d'être dominantes dans le système, différemment de ce qu'il y avait dans l'avant-projet dans lequel les peines restrictives de droits et l'amende s'inséraient comme de vraies peines alternatives. [Dans la première version], toutes les peines avaient la même importance et le juge les choisissait en fonction de ce qui est nécessaire et suffisant. Maintenant le juge, en condamnant l'accusé, applique d'abord la peine privative de liberté et il peut ensuite remplacer cette sanction par une peine restrictive ou deux peines restrictives et/ou une amende, s'il considère que les objectifs de réprobation et de prévention de l'infraction pénale peuvent être ainsi atteints. Par conséquent, on

voit que les peines restrictives de droits et l'amende sont perçues comme hiérarchiquement inférieures dans l'exercice de détermination de la peine<sup>55</sup>.

La question que nous pouvons nous poser ici est la suivante : qu'est-ce qui amena la Commission (et la « communauté juridique ») à dévaloriser les sanctions non carcérales alors qu'un des objectifs de la réforme était justement la réduction de l'usage de la prison ? C'est probablement une habitude acquise que celle de penser la justice criminelle en termes de rétribution, de dissuasion et de dénonciation et de voir dans la sévérité de la sanction une expression des valeurs défendues. Les théories de la peine conduisirent les réformateurs à perdre de vue un des objectifs mêmes de la réforme ou du moins à réduire le poids de cet objectif dans la réforme.

Il est important de remarquer que nous ne sommes pas ici en présence d'un obstacle d'ordre politique. Ce ne sont pas les politiciens qui s'opposèrent aux sanctions non carcérales ou qui cherchèrent à réduire leur place dans la détermination de la peine; ce sont les juristes criminalistes eux-mêmes. Plus précisément, l'obstacle résida dans la culture interne au droit criminel lui-même; c'est cette culture qui fit obstacle à la reconstruction (interne) du système de droit criminel.

Passons maintenant à l'observation de la conception de la punition (ou de la peine) qui fut valorisée par les réformateurs et analysons comment ils justifiaient les peines non carcérales.

### **2.1.3. La conception de la peine adoptée et valorisée par les réformateurs**

Dans le discours pour légitimer les nouvelles peines non carcérales, les réformateurs valorisèrent une définition de la punition qui, d'un côté, les aida à faire passer ces nouvelles peines dans le droit criminel, et, de l'autre, les empêcha d'aller plus loin dans

---

<sup>55</sup> Reale Junior, Miguel *et al.* (1987). *Penas e medidas de segurança no novo código*, Rio de Janeiro: Forense, p. 380.

l'objectif qu'ils s'étaient donné. Nous verrons comment les réformateurs justifiaient leur nouveau système de peines et leur proposition de création de peines non carcérales.

Le concept de punition qu'ils adoptèrent peut être observé dans deux trames discursives de la réforme : dans les discours pour justifier le maintien de la distinction réclusion/détention qui était déjà consacrée, nous l'avons vu, dans le Code de 1940 et dans les discours pour justifier la création de peines restrictives de droits. Ce concept peut aussi être observé dans leurs propositions de normes législatives, mais dans les prochaines sections, nous nous concentrerons plutôt sur leurs textes de réflexion.

### **2.1.3.1. Sur la distinction réclusion/détention**

Tout d'abord, il faut dire que les réformateurs gardèrent du Code de 1940 la distinction réclusion/détention pour parler des deux types de peines de prison. Le fait de l'avoir conservée ne semble toutefois pas être relié à celui que la réforme ne porta sur la partie spéciale du Code de 1940.

Les réformateurs de 1980 justifiaient cette distinction en disant qu'elle marquait un degré de souffrance variable et nécessaire selon le cas : si le cas était grave, il exigeait davantage de souffrance, donc la réclusion; et si le cas était moins grave, il demandait moins de souffrance, donc la détention. Dans l'extrait ci-après, nous pouvons observer un effort de la part des réformateurs pour montrer la pertinence de la distinction. Même en sachant que l'administration pénitentiaire n'avait pas les moyens de mettre en pratique cette distinction, ils argumentèrent qu'elle communiquait un degré de souffrance différent et une relation entre la gravité du crime et la qualité (abstraite) de la peine de prison.

La dichotomie se base sur une question ontologique, puisqu'elle traduit des situations distinctes quant à la gravité du délit et à ses conséquences de forme, et rend possible un traitement différenciateur par rapport non seulement au dogme du fait, mais aussi au dogme de l'auteur. [...] La période de prison peut être la même, mais le type d'emprisonnement doit être distinct, de la même manière que

les modalités de conduite le sont. En résumé : le temps est le même, mais la souffrance, non<sup>56</sup>.

Les réformateurs étaient en train de dire que la peine devait au moins chercher à communiquer une « infliction » de souffrance différenciée, même si ce message n'avait aucune signification pratique dans l'organisation carcérale brésilienne. Les réformateurs établirent une relation proportionnelle entre le crime et la peine représentée par l'« infliction » de la souffrance. En mettant l'accent sur cette relation et sur la valeur présumée de la souffrance, ils dévalorisèrent les peines non carcérales (qui étaient pourtant importantes pour réduire le recours à l'incarcération).

Selon eux, la peine était un « mal nécessaire » et cela semblait vouloir dire que l'autorité devait *nécessairement chercher à causer ou à communiquer* ce mal (et non le fait que la souffrance était une conséquence incontrôlable de toute sanction). Ainsi, la souffrance infligée par la peine devait s'exprimer dans la qualité de la peine (le type de peine choisie), dans la quantité de la peine (le *quantum* de la peine) et aussi dans la qualité du type de régime de prison. Encore une fois, ils établirent une relation entre le mal du crime et la souffrance que la peine devait causer ou communiquer :

Et la peine, en tant que « nécessité amère », ne peut pas se dépouiller de sa nature afflictive, conçue comme souffrance et douleur. L'exigence de la proportionnalité comme mesure de référence pour mesurer la faute et le dommage est la face visible de la rétribution. [...] La peine rétributive et avec la finalité de prévention se justifie à la lumière de sa *nécessité* (et non pas d'un critère utilitaire) et se limite par son caractère suffisant, à travers la qualité, la quantité et le régime [de prison]. Il s'agit, au moyen de la présente formule, de mettre en œuvre le principe de la *rétribution proportionnée*<sup>57</sup>.

Dans cette citation, il faut distinguer d'abord deux manières de penser distinctes. Une manière est de dire que nous sommes incapables d'éliminer l'éventualité de la souffrance dans n'importe quelle sanction pénale, car la souffrance peut accompagner (et souvent accompagne) toute sanction pénale. Une autre manière est de soutenir que l'autorité

---

<sup>56</sup> Reale Junior, Miguel *et al.* (1987). *Penas e medidas de segurança no novo código*, Rio de Janeiro: Forense, p. 35-37.

<sup>57</sup> Reale Junior, Miguel *et al.* (1987). *Penas e medidas de segurança no novo código*, Rio de Janeiro: Forense, p. 35-37.

doit chercher à produire cette souffrance en créant des types d'intensité différenciés, tels que la réclusion et la détention, au nom du principe de la proportionnalité. C'est ici que nous pouvons voir que le principe (rétributiviste) de la proportionnalité en droit criminel était devenu un instrument de support de l' « infliction » de la souffrance et un mécanisme qui se présentait sous la forme d'un obstacle à la réduction de l'usage de la prison.

Regardons maintenant comment les réformateurs appuyèrent les peines non carcérales.

### **2.1.3.2. Les justifications pour appuyer les peines restrictives de droits**

Les réformateurs firent un effort pour légitimer les peines restrictives de droits (non carcérales). Il fallait construire une argumentation susceptible de les faire accepter au sein des milieux juridique et politique. Comment justifier la création de ces peines? Comment justifier les conditions auxquelles elles seraient soumises? Comment présenter la portée (réduite) qu'elles auraient dans ladite réforme? Comme nous allons le voir, les réformateurs présentèrent les peines restrictives de droits dans un rapport de cohérence et de continuité avec les vieilles idées existantes dans le droit criminel. Aucune révision plus profonde sur le plan des idées mêmes ne fut entreprise. Malgré cela, nous ne devons pas perdre de vue le fait que les propositions des réformateurs introduisirent effectivement une différence, une variation potentiellement innovatrice dans la législation criminelle au Brésil.

Tout d'abord, il faut souligner que les réformateurs réalisèrent que les peines non carcérales apportaient un élément nouveau observé comme étant plutôt positif. Contrairement à la prison, ils constatèrent que ces peines favorisaient l'inclusion sociale plutôt que l'exclusion sociale. En plus, ils observèrent les peines restrictives de droits comme des peines qui maintenaient les liens sociaux de l'individu ou qui leur étaient potentiellement moins nuisibles. Ils argumentèrent même que ces peines visaient le bien-être du condamné, en contribuant à son mieux-être. Cependant, ils conditionnèrent tous les éléments positifs des peines non carcérales au fait que ces mêmes peines pouvaient avoir aussi une dimension négative et afflictive. Cette manière de les concevoir affecta la façon de les mettre en forme

législative et limita aussi leur portée. Car plus un crime était vu comme exigeant l'« infliction » de la souffrance, moins ces peines non carcérales étaient perçues comme étant appropriées.

Les extraits ci-dessous font bien ressortir que les réformateurs montrèrent leur inquiétude par rapport au futur du condamné, une position sans doute contraire à la ségrégation. Mais, d'un autre côté et en même temps, ils conditionnèrent la pertinence et le poids de ces peines au fait qu'elles avaient un contenu de souffrance qui respectaient avant tout la relation entre le crime et la peine. Penser à la relation entre le crime et la peine les amena à perdre de vue l'inquiétude démontrée par rapport aux conséquences négatives de la peine carcérale.

Dans l'extrait qui suit, nous pouvons observer implicitement comment le statut de « peine *authentique* » (pour les peines non carcérales) dépendait d'abord de son contenu afflictif. Ce côté « positif » était subordonné à ce contenu « visant à faire souffrir » au premier plan :

Cette modalité de peine, de toute évidence, vise à maintenir le condamné dans sa vie normale, sans l'exclure de la communauté, tout en restant lié à la communauté et au travail qu'il y exerce, sans affaiblir la réprimande pénale. Cependant, elle ne perd pas son sens d'intimidation [...]. La restriction ne dépasse pas les limites du pouvoir-devoir de punir de l'État qui émerge comme un « minus » par rapport aux sanctions plus graves, en étant une peine authentique et non un emploi et un fardeau, non une façon d'obtenir l'argent<sup>58</sup>.

Le contenu positif de ces peines et les effets positifs qu'elles pouvaient apporter à l'individu venaient au second plan.

Les travaux communautaires, à réaliser les samedis et les dimanches, pendant 4 heures par jour, selon la disposition prévue dans l'avant-projet de loi d'exécution pénale [...] au-delà de représenter un fardeau, une tâche ressentie, un inconvénient, sont également positifs dans la mesure où le condamné entre en

---

<sup>58</sup> Reale Junior, Miguel *et al.* (1987). *Penas e medidas de segurança no novo código*, Rio de Janeiro: Forense, p. 141.

contact avec les personnes qui ont besoin de lui, en prenant conscience des difficultés d'autres personnes et de la société<sup>59</sup>.

L'extrait ci-après le montre bien, le problème du choix de la peine était toujours pensé d'abord dans le but d'« empêcher la récidive », de « combattre la violence ». Le terme « rétributif » ici prend fort probablement le sens de « rétribuer le mal du crime par la souffrance de la peine ». On voit bien aussi que la théorie de la dissuasion (« exigences de la prévention ») est rappelée pour jouer son rôle « fondateur » à côté de la théorie rétributiviste. L'intérêt pour viabiliser les conditions de vie du condamné était pensé au second plan.

Sans perdre le caractère rétributif et sans abandonner les exigences de la prévention, plusieurs types de sanction sont appropriés afin de combattre la violence et la criminalité. *Il ne s'agit pas*, comme il peut apparaître à première vue, *d'affaiblir l'idée de répression qui est inhérente à toutes les peines*. [...] La souffrance imposée au criminel à travers les conditions du sursis et de la probation et d'autres réactions non carcérales a certainement la capacité d'affliger et de prévenir la récidive [Notre souligné]<sup>60</sup>.

L'on constate que le contenu afflictif était présenté comme un aspect inhérent à la peine criminelle qui devait par ailleurs être conservé par les autorités. D'ailleurs, pour les réformateurs, cette « intention d'infliger une souffrance » [enveloppe] était (et devait être) présente dans les trois types de peines prévues par leur réforme : les peines privatives de liberté (réclusion et détention), les peines restrictives de droits et l'amende. Or, comment ce contenu de souffrance se manifesta-t-il dans les peines restrictives de droits?

Dans le prochain extrait, tiré d'une entrevue avec l'un des réformateurs, nous observons d'abord la place centrale occupée par la souffrance pour justifier le recours à ces sanctions. Nous voyons bien comment l'infliction de la souffrance resta une préoccupation centrale des réformateurs. Elle continua à faire partie intégrante de leurs buts : réduire la prison sans cesser de faire souffrir le coupable de manière proportionnelle au délit.

---

<sup>59</sup> Reale Junior, Miguel (1981). « Penas Restritivas », Anais do Seminário sobre reforma penal, Goiânia, 16-19 de junho de 1981, Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 5, n.1-2, p.141.

<sup>60</sup> Dotti, René Ariel (1998). Bases alternativas para o sistema de penas, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 318.

Pour montrer comment la souffrance apparut dans le monde de ces peines restrictives de droits, les réformateurs firent souvent référence à la prestation de services à la communauté. Ils insistèrent ainsi sur la lourdeur des exigences qui devaient accompagner ladite prestation. Pour eux, plus la vie quotidienne du condamné était rendue difficile et plus la peine était valorisée. On voit immédiatement la tache aveugle de l'observateur : la réhabilitation éventuelle du coupable, la réparation positive du mal fait, le rétablissement des liens sociaux, etc., rien de cela n'était une raison suffisante pour choisir ces peines ni un objectif qui méritait une place privilégiée. La peine non carcérale ne restait légitime que parce qu'elle n'abandonnait pas cet objectif majeur de « toute peine » consistant à causer directement une souffrance. L'attention resta focalisée sur ce point.

Voici ce passage :

Le contenu de la souffrance vient avec la procédure, comme on peut l'imaginer, [avec la] restriction physique, l'horaire, les audiences, etc...de souffrance, oui, même si ce contenu est plus petit...parce que l'obligation d'un travail communautaire est un sacrifice et une souffrance à petite extension (Entrevue, René Ariel Dotti).

Pour montrer que les peines non carcérales étaient aussi capables d'infliger une souffrance, les réformateurs firent appel à la distinction « souffrance à grande extension /souffrance à petite extension ». La prison, à leur avis, se traduisait par une souffrance « plus étendue », probablement parce qu'elle est à la fois plus étendue dans le temps et « l'espace » en ce sens qu'elle recoupe les différentes dimensions de la vie sociale du condamné; elle est plus « envahissante ». Quant aux peines non carcérales, elles donnent lieu à une souffrance « moins étendue ». Notez que la notion d'*extension* (plutôt que d'*intensité*) est employée ici pour partager les eaux entre deux familles de sanctions : celle qui représente la peine par excellence dans sa version moderne, la peine d'incarcération, et celles que l'on peut accepter sous certaines conditions pour réduire l'usage de la première. Cependant, on ne peut pas dire que l'idée d'intensité de la souffrance soit complètement évacuée, car le caractère plus « envahissant » de la prison augmente l'intensité communicationnelle de la souffrance de cette peine. En plus, rappelons que les réformateurs continuèrent à valoriser la différence (non existante dans les faits) entre « réclusion » et

« détention ». La justification des peines non carcérales resta donc assise sur l' « infliction » d'une souffrance, et les réformateurs révoquèrent même la souffrance « suscitée par la procédure » et qui était subie pendant la période de « présomption d'innocence » et qui ne relevait pas de la sanction proprement dite.

Pires et Garcia (2007) et Pires (2015) ont observé et décrit la mise en place au 18<sup>e</sup> siècle d'un nouveau mécanisme culturel pour observer et valoriser la « sévérité de la peine ». Selon ce mécanisme, dans sa version moderne, la peine sévère *acceptable aux yeux de l'humanisme* devient surtout celle qui place et exprime la souffrance du coupable dans la dimension temporelle, c'est-à-dire par sa durée ou par son *extension*. Le registre de la sévérité exprimée au premier plan par l'intensité de la peine cède sa place dominante au registre de la peine justifiée par son extension et sa durée. Mais la préoccupation avec l'intensité (et ce registre) ne disparaît pas complètement : il passe seulement au second plan. Ainsi, par exemple, la peine perpétuelle de prison (ou la peine très longue d'incarcération) est observée comme une peine dont la sévérité fait souffrir tout en respectant les principes de « l'humanisme ». Elle est aussi vue comme une peine qui est plus humaine que la peine de mort. Cette dernière est « plus intense » mais a l'inconvénient de « ne pas durer ». C'est simplement la « trop grande intensité » de cette peine qui la rend « inhumaine » et non ses implications pour la vie du condamné (voir, sur ce point, Pires, 2012). Pires et Garcia ont baptisé ce mécanisme – en empruntant le néologisme à Norbert Elias – « temporation de la souffrance » : la souffrance légitime du coupable est alors observée, dosée et mesurée dans le temps ou « par sa durée ». Plus la peine est longue, plus nous voyons de souffrance et vice-versa. Et la souffrance que nous voyons exprimée dans le temps prend le statut d'une souffrance « moralement acceptable » et « humaine ». Dans ce registre, la peine de mort n'inflige plus une souffrance (et une forme d'expression de la sévérité) acceptable ; en revanche, la peine perpétuelle et les très longues peines d'incarcération (15, 20, 25 ans, etc.), même si elles « tuent à petit feu » le coupable, restent acceptables et même valorisées. Le discours sur l'*extension* de la peine prend l'ancienne place dominante de l'*intensité* dans la justification des peines et de leur sévérité. Cependant, comme on peut le voir par le discours des réformateurs valorisant la distinction réclusion/détention, les conditions plus ou moins dures d'incarcération (« intensité ») continuèrent à être valorisées dans une moindre mesure

ou au second plan. Selon Pires et Garcia (2007), ce mécanisme culturel de la temporation de la souffrance a été rendu institutionnellement possible avec l'avènement de la prison (décrit par Foucault).

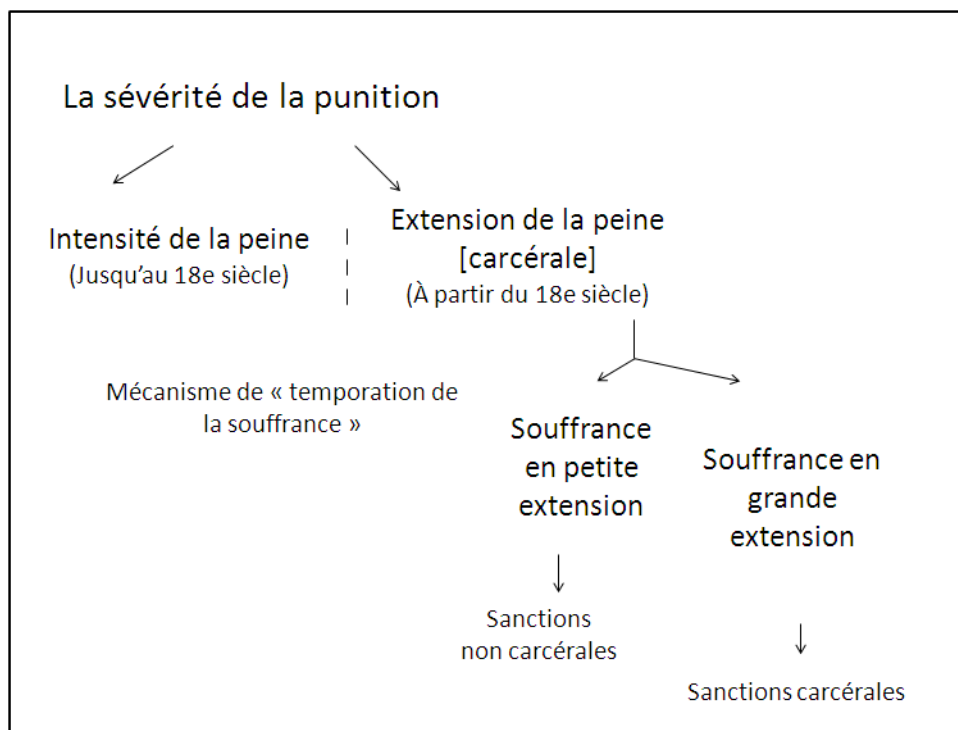
Or, qu'observons-nous ici dans ce mouvement de réforme au Brésil ? Ce mouvement chercha à introduire, dans le programme de la législation criminelle brésilienne, des sanctions non carcérales. Cependant, les réformateurs continuèrent à valoriser l'« infliction » de la souffrance comme une caractéristique essentielle, voire « naturelle » de la peine. Ils le firent de deux manières. D'une part, et afin de pouvoir légitimer leurs nouvelles propositions de réforme, ils insistèrent sur le fait que ces peines non carcérales « faisaient réellement souffrir ». C'est cette « propriété » qui les rendait acceptables en droit criminel. D'autre part, les réformateurs furent amenés à lier les peines non carcérales aux peines carcérales à partir d'une hiérarchie de sévérité dominée par *l'idée d'extension*. D'où le fait que les peines carcérales furent identifiées comme étant la source d'une souffrance « plus étendue », et les peines non carcérales, d'une souffrance « moins étendue ».

À coup sûr, dans cette articulation hiérarchique, la notion de temps, toute seule, devient inappropriée ou insuffisante. En effet, trois mois de prison continuent à être perçus comme étant plus souffrants que six mois de travaux communautaires. La dimension temporelle reste insuffisante pour construire une échelle de peines en termes de hiérarchie de sévérité. C'est la distinction « souffrance à petite extension/grande extension » qui fut mobilisée (par les réformateurs) pour permettre de résoudre cette difficulté. Ici, la notion d'*extension* prend simultanément deux sens : un sens spatial, qui devient prédominant pour faire le pont entre les sanctions non carcérales/carcérales, et un sens temporel qui est la nouvelle façon de présenter la souffrance humainement légitime. Dans son sens spatial, la distinction compare les sanctions non carcérales aux peines carcérales et présente les premières comme causant une souffrance « plus petite », parce que moins envahissante. Les sanctions non carcérales empiètent moins [intensité] que la prison sur la liberté et les droits des individus. Le sens temporel réapparaît seulement à *l'intérieur* de chaque groupe de sanctions. Une sanction de six mois de travaux communautaire est plus souffrante qu'une sanction de trois mois et la même chose vaut pour deux peines de prison de longueur

différente. Cependant, dépendamment de la gravité du crime, seule la peine de prison reste « appropriée » et son extension « humaine » peut « tuer la vie sociale » du condamné (Mereu, 2008; Pires, 2012). Nous avons des indications empiriques – nous le verrons plus loin - à l’effet que, pour les réformateurs, à l’intérieur des peines non carcérales, la peine d’amende était moins sévère qu’une peine de travaux communautaires dont « l’extension » était plus grande. La figure ci-dessous tente d’illustrer cet « accommodement » des sanctions non carcérales au système d’idées dominant sur les peines (la rationalité pénale moderne).

**FIGURE 4.1**

**Les transformations dans la représentation de la sévérité et dans la hiérarchie des sanctions**



On voit bien comment cette distinction des réformateurs permit de souder les peines non carcérales à la peine carcérale d’une façon hiérarchique. Dès lors, l’acceptation des peines non carcérales devint subordonnée à leur capacité d’exprimer l’ « infliction » intentionnelle de souffrance proportionnelle au crime et elles furent en même temps

dévalorisées et disqualifiées pour les crimes considérés (de façon justifiée ou non) comme « graves ». C'est alors uniquement la frontière entre les crimes non graves/graves qui pouvait osciller. Notez que la notion de « gravité » dans le discours des réformateurs est un lieu commun tenu pour acquis et laissé sans réflexion : il n'y a aucun critère pour indiquer ce qui va caractériser la gravité.

Le rôle central joué par la souffrance pour concevoir la peine apparaît aussi dans un autre discours des réformateurs. Nous pouvons l'observer également dans les extraits ci-dessous dans lesquels les réformateurs associèrent le caractère punitif et afflictif de la sanction criminelle à une certaine représentation de la « *dignité du droit criminel* ». Nous sommes ici sur le plan des *autoportraits* du droit criminel. Ils défendirent l'idée selon laquelle la dignité du droit criminel s'exprimait par le caractère afflictif de la peine. Ceci constituait une valorisation d'une *échelle* de peines très élevée. Si la peine maximale de prison était, par exemple, de 5 ou 7 ans, le droit criminel avait une « faible dignité »; s'il pouvait en revanche « tuer socialement » un condamné avec des peines de 15, 20, 25 ans, il était « plus digne ». Dans le cadre de cet autoportrait, si le droit criminel réduisait son échelle de sévérité des peines, sa dignité était fragilisée.

La reformulation du système de peines s'imposait. La peine est châtiment, mais la punition n'est pas juste la prison. On a pensé, alors, aux sanctions alternatives à la prison [...] Des nouvelles solutions sont apparues. Ce siècle le demande, *mais sans que la dignité de l'enseignement punitif soit affectée* [Notre souligné]<sup>61</sup>.

Le travail communautaire est une peine et non un emploi. Il est une charge et non une source de revenus, sauf si on veut, d'une manière irréfléchie, par le goût de la critique, négliger la *dignité du droit pénal*<sup>62</sup>.

Cette manière de concevoir la dignité du droit criminel est construite à partir de trois distinctions : *la relation crime-peine/autres relations, punition/impunité et justice/pardon et bonté* (Pires, 2015, p. 23). Elle valorise plutôt la première face de chaque

---

<sup>61</sup> Reale Junior, Miguel *et al.* (1987). *Penas e medidas de segurança no novo código*, Rio de Janeiro: Forense, p. 129.

<sup>62</sup> Reale Junior, Miguel (1981). « Penas Restritivas », *Anais do Seminário sobre reforma penal*, Goiânia, 16-19 de junho de 1981, *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 5, n.1-2, p.141.

distinction et dévalorise la seconde. La justice est associée à la relation proportionnelle entre le crime et la peine. Nous l'avons déjà souligné, le focus sur cette relation proportionnelle fait que la peine est libérée de l'obligation de devoir elle-même respecter les valeurs positives que le droit criminel entend protéger, comme la vie, la liberté, etc. Ainsi, le pardon ou une autre sanction qui apparaît moins sévère est vu comme une forme « d'impunité » qui menace la dignité du droit criminel. Dans ce schéma d'observation, la conception de la dignité du droit criminel ne pouvait être que celle qu'actualisaient les réformateurs. Elle s'en remettait à une représentation particulière de la dignité de Dieu et à un modèle de justice que nous pouvons trouver dans la théorie rétributiviste de saint Anselme (Pires, 2015). Cette manière de lier la dignité du droit criminel au caractère afflictif était une sorte d'adoption et d'adaptation de l'une des représentations de la punition de Dieu. La punition proportionnelle de Dieu était conçue pour rétablir sa dignité blessée par le péché. Plus le péché était grave, plus sa dignité était blessée et plus Dieu avait besoin d'une peine sévère pour pouvoir rétablir sa dignité. Or, la « dignité de Dieu » était devenue ici la « dignité du droit criminel » (Pires, 2015).

Cependant, comme l'a souligné Pires, dans la tradition morale et théologique occidentale, il y avait une autre représentation de la dignité de Dieu et ainsi un autre modèle de justice divine. Dans cette autre représentation, la dignité de Dieu « exige une justice dont la punition ne perd pas de vue ses valeurs positives, ne perd pas de vue le coupable, ne perd pas de vue la victime et s'oriente vers une forme quelconque de réconciliation où tout le monde doit concéder quelque chose » (Pires, 2015, p. 23). Comme l'explique Pires : « Dieu n'est *juste* que parce qu'il est à la fois juste et bon » (2015, p. 23). Il s'agit d'un *modèle de justice-avec-bienveillance* qui s'oppose à un *modèle de justice stricte et proportionnelle*, ce dernier exprimé par la construction de la dignité du droit criminel actualisée par les réformateurs. Dans cette autre représentation, la dignité de Dieu n'est ainsi pas attachée au caractère hautement répressif ou afflictif de sa justice. Or, ce modèle ne fut pas retenu par le droit criminel. Toutefois, il est important de souligner qu'il y a différentes manières de construire un autoportrait de la dignité du droit criminel. Les réformateurs valorisèrent l'ancienne manière dominante et plus répressive adoptée par le droit criminel depuis le 13<sup>e</sup> siècle. Le droit criminel aurait pu construire (et il peut encore le faire) un autoportrait de sa

dignité où l'expression concrète de ses valeurs positives serait présente dans les sanctions qu'il donne. Pour tout cela, nous pouvons déjà imaginer comment il est difficile de reconstruire la pratique des sanctions en droit criminel. Les réformateurs de 1980 introduisirent dans la législation brésilienne un type de sanction qui n'était pas au cœur de la rationalité pénale moderne. Toutefois, ils continuèrent à légitimer ces sanctions par une définition substantialiste de la punition valorisant l'« infliction » de la souffrance et par les théories de la peine qui sont indifférentes à l'inclusion sociale du coupable (rétribution, dissuasion et dénonciation). Ceci limita la réforme et ses chances d'aller dans la direction d'une évolution de palier dans la reconstruction du droit criminel.

Analysons maintenant comment l'environnement juridique de la Commission reçut les peines non carcérales proposées par les réformateurs.

#### **2.1.4. La réception des peines non carcérales par l'environnement juridique de la Commission**

En général, nous avons observé au moins deux positions quant aux peines restrictives de droits dans l'environnement de la Commission, c'est-à-dire dans la communauté de juristes qui accompagnaient de l'extérieur les travaux de la Commission et participaient aux débats autour de son avant-projet.

Les tenants de la première opinion exprimèrent une crainte à l'égard de la non applicabilité de certaines sanctions restrictives de droits (non carcérales) qui réclamaient une infrastructure organisationnelle de supervision (par exemple, les travaux communautaires), mais ils appuyèrent néanmoins ces sanctions en dépit de cette crainte. Les partisans de la seconde opinion rejetèrent entièrement ces nouvelles sanctions non carcérales en anticipant mentalement leur non applicabilité totale. Ils préféraient la prison qui « était appliquée » – même si elle ne réhabilitait pas et produisait d'autres conséquences indésirables (comme la surpopulation carcérale) – aux peines qui n'étaient pas appliquées convenablement mais qui en échange ne produisaient pas ces effets indésirables. Pour eux, l'*application effective*

signifiait qu'une *punition* (infliction de la souffrance) était donnée (les conséquences de cela étant, par ailleurs, moins importantes).

Commençons par ceux qui appuyèrent la première position. Les juristes ici étaient inquiets quant à la possibilité du système politique de mettre en place une forme de contrôle et de surveillance de l'exécution de la peine, mais ils soutinrent néanmoins cette initiative :

L'efficacité de la peine des travaux communautaires est réduite par rapport au condamné paresseux, si un système de contrôle convenable n'existe pas pour surveiller l'exécution de la peine<sup>63</sup>.

Sous un certain angle au moins, cette crainte était fondée, car le système politique peut invalider sa propre réforme législative et faire une pression indirecte sur le système de droit criminel pour recourir à la prison ou à l'amende s'il ne met pas en place une infrastructure matérielle ou organisationnelle adéquate pour l'accompagnement et la gestion de certaines peines non carcérales. Cependant, ici, nous avons un problème d'un autre ordre.

Si les opérateurs du système de droit criminel jugent, par exemple, qu'il n'a pas d'infrastructure pour les travaux communautaires et s'ils viennent à considérer que ces peines ne sont pas appliquées convenablement, cette situation peut devenir, dans ces conditions, intolérable pour le système. Comment va-t-il réagir ? Certains opérateurs peuvent, par exemple, favoriser davantage l'application de l'amende dans certaines conditions et le faire même à plusieurs reprises pour éviter d'emprisonner ceux que la justice a condamnés. Mais d'autres opérateurs peuvent aussi envoyer des individus en prison, en restant indifférents aux effets collatéraux que ce « retour vers la prison » va produire (comme la surpopulation carcérale dans de mauvaises conditions de vie). Évidemment, ce manque de ressources matérielles place les opérateurs dans une position où ils doivent choisir entre (i) une mesure alternative qui restera sur papier, (ii) une sanction non carcérale facile d'exécution (comme l'amende) ou (iii) une sanction très sévère qui produira des effets

---

<sup>63</sup> Franco, Alberto Silva (1986). *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei n. 7209-84*, São Paulo: Saraiva, p. 142-143.

collatéraux très lourds mais qui correspond à la définition dominante de la « punition » et à ce qui est recommandé par plusieurs théories de la peine. Le système a alors tendance à aller dans cette dernière direction.

Il est intéressant de noter qu'il est improbable (ou plus difficile) que l'argument de *l'inapplicabilité d'une peine* soit soutenu par rapport à la prison. Bien sûr, on peut dénoncer le fait qu'une peine de prison attribuée à un individu en particulier ne soit pas exécutée par inertie ou complicité des autorités politiques. Mais ce n'est pas ce type de problème qui est traité ici. Par ailleurs, on peut sans doute imaginer que si des conditions de vie raisonnables en milieu carcéral étaient exigées et étaient l'objet de mesures de surveillance en ce sens par le système de droit pour l'application de la peine de prison, les juristes pourraient également déplorer son inapplicabilité *dans ces (mauvaises) conditions* et réduire son application « par manque de conditions adéquates ». Mais, au Brésil, les opérateurs du droit ne surveillèrent pas systématiquement les conditions d'incarcération. En tout cas, à part quelques épisodes rares de juges d'exécution de peines qui prirent des mesures effectives (ils furent d'ailleurs souvent punis administrativement par leurs collègues pour l'avoir fait), nous n'avons trouvé aucune trace soutenue d'une telle pratique de surveillance au Brésil par les juges de procès. Le plus souvent, le problème des conditions acceptables/non acceptables était repoussé vers l'avant et, de cette façon, une punition quelconque était donnée, fut-elle la prison dans des conditions déplorables. Le système se « responsabilisait » à l'égard de la punition mais se déresponsabilisait en ce qui a trait aux conditions de vie en prison. Résultat : la peine de prison resta « applicable ».

Malgré toutes les déficiences sur le plan de l'applicabilité des peines non carcérales, il faut néanmoins constater que certains juristes reconnurent l'importance de les insérer dans le droit criminel brésilien. Il s'agit effectivement, comme le fait bien ressortir la prochaine citation, d'un élément « perturbateur et créatif ». C'est la reconnaissance qu'il est mieux de les avoir que de ne pas les avoir, du point de vue de l'évolution du système et de l'utilisation éventuelle que le système peut en faire. En effet,

Les peines de travail communautaire et de limitation pendant le week-end peuvent exprimer quelque chose qui, pour l'instant, n'est pas totalement faisable,

mais la pensée utopique qu'elles véhiculent, vu qu'il s'agit d'une pensée perturbatrice et créative, est toujours préférable à la pensée axée sur le concret, inerte et sans objectifs. Ainsi, un grand effort doit être fait dans le sens de les rendre viables<sup>64</sup>.

Cependant, nous avons aussi remarqué chez certains juristes qui appuyaient les sanctions non carcérales (première position) un effort considérable pour montrer exclusivement *la face souffrante de ces sanctions*. Dans la citation ci-dessous, un juriste se rangeait derrière les peines restrictives de droits en mettant l'accent sur le contenu afflictif qui s'y trouvait. La « nouvelle sanction » s'accompagnait ainsi d'une « vieille idée » qui finit par justifier aussi son usage très limité. En adoptant une telle stratégie de justification (« oui, mais seulement si elle fait souffrir de manière proportionnelle au mal »), l'observateur perdait de vue le fait que cette vieille idée était un obstacle cognitif à la reconstruction du droit criminel.

Il y a une opinion diffuse selon laquelle les peines restrictives de droits n'auraient pas un contenu rétributif suffisant et recommandable. [...] [Or] Le travail exécuté pendant que d'autres personnes, libres, se reposent et s'amuse, signifie pour le condamné un mal considérable. Avec le travail obligatoire en faveur de la communauté, la peine substitutive n'arrête pas d'être une peine, car elle répond aux exigences de la rétribution, mais elle le fait sans pour autant dénigrer ou corrompre. Le quota du travail, toutefois, *doit être suffisamment pénible* de sorte à réduire le temps libre que le condamné a habituellement. Le juge, avec prudence, devra établir, selon les organisations où les peines seront exécutées, les tâches qui devront être accomplies [Notre souligné]<sup>65</sup>.

Ceux qui se rallièrent à la deuxième position dans l'environnement juridique de la Commission s'opposaient à la création des peines restrictives de droits parce qu'ils ne croyaient absolument pas qu'elles seraient appliquées de façon « à infliger une souffrance adéquate au crime qui avait été commis ». Ces juristes insistèrent sur le fait que ces peines risquaient de ne pas avoir un contenu afflictif ou, pire encore, de ne pas être appliquées du tout. De telles peines, sans une charge de souffrance suffisante, n'étaient pas dignes du droit

---

<sup>64</sup> Franco, Alberto Silva (1986). *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei n. 7209-84*, São Paulo: Saraiva, p. 134.

<sup>65</sup> Pierangelli, José Henrique (1985), « Das penas e sua execução no novo código penal », Dans Giacomuzzi, Vladimir (org.). *O direito penal e o novo código penal brasileiro*, Porto Alegre: Fabris, p. 76.

criminel. Dans l'extrait ci-dessous, nous pouvons observer empiriquement cette représentation :

Le droit pénal se caractérise en termes de peines. Il n'y a pas de droit pénal sans réponse pénale. Il n'y a pas de droit pénal sans peine et nous n'avons plus de peines. Et pourquoi n'avons-nous plus de peines? Parce qu'il existe maintenant des peines substitutives qui ne seront jamais appliquées<sup>66</sup>.

Ce type de critique soulignait encore que ces peines n'étaient pas appropriées à la réalité brésilienne, à la nature ou à la culture particulière du « peuple brésilien », ou encore que ce n'était pas le « moment opportun » de les créer, etc. Bref, on craignait pour l'avenir du droit criminel si l'on essayait de remplacer la peine de prison par un autre type de sanction. Le passage ci-dessous témoigne de cette manière d'observer :

La réforme pénale de 1984 a importé vraiment ce qui existait de mieux ailleurs. Le meilleur code pénal du monde aujourd'hui est celui du Honduras, élaboré par le professeur argentin Zaffaroni. Mais, on se demande : peut-on prendre un code pénal du Honduras, qui est le meilleur du monde techniquement, et l'apporter au Brésil? Le travail communautaire fonctionne en Allemagne, en Belgique. La limitation pendant le week-end fonctionne en Espagne et dans d'autres pays. Les peines restrictives de droits fonctionnent dans d'autres pays. Je reviens à mon point de départ: aurait-on la structure actuellement pour introduire ces peines? S'agit-il du moment opportun? Non! Pas seulement pour la structure, que nous n'avons pas, mais aussi pour le peuple que nous avons et duquel je fais partie<sup>67</sup>.

### **2.1.5. Sur le concept dominant de punition en Occident**

Il nous paraît très important de ne pas succomber à la tentation de blâmer la Commission ici à l'étude ainsi que son environnement pour la définition du concept de punition qu'ils « véhiculèrent » dans leur discours sur la réforme. Dans cette section, nous voulons précisément, d'abord, attirer l'attention sur « le poids culturel » qui pesait sur les discours des réformateurs et des juristes pénalistes qui entourèrent la Commission. Nous voulons aussi, en deuxième lieu, montrer que la notion de punition aurait pu être – et elle le

---

<sup>66</sup> De Jesus, Damasio E. (1987). « Aspectos da reforma penal », Revista de doutrina e jurisprudência/Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, n. 23, p. 13-26.

<sup>67</sup> De Jesus, Damasio E. (1987). « Aspectos da reforma penal », Revista de doutrina e jurisprudência/Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, n. 23, p. 13-26.

fut – définie autrement. Le point de départ de cette définition est attribué à un texte religieux du 11<sup>e</sup> siècle – une lettre anonyme - répertorié par l'historien du droit Berman (1983). Ce texte religieux, *De vera et falsa penitentia* (1050), communiquait le contenu suivant (Cauchie et Pires, 2007, p. 14; Pires, 2015, p. 21) :

Pour parler de façon précise, la punition (*poena tenere*) est une souffrance (*laesio*) qui châtie et venge (*vindicat*) ce qu'un individu a fait.

Cette lettre anonyme donnait l'élément de base de ce qui devint la définition dominante de la punition en matière criminelle à partir du 18<sup>e</sup> siècle (Pires, 2012 et 2015). Mais, entre son apparition et la définition actualisée par les réformateurs au Brésil, d'autres éléments furent ajoutés dans ce processus de construction de sens<sup>68</sup>. Ce processus dura des siècles pour en arriver à la définition de la punition que les réformateurs actualisèrent. Pires (2015, p. 20) a identifié quatre éléments qui intègrent la définition dominante en matière criminelle :

1. la punition implique, au premier plan, la finalité ou l'intention directe d'infliger une souffrance visible au coupable (*chercher directement et au premier plan à infliger une souffrance/ne pas chercher directement ce résultat*)<sup>69</sup>
2. la punition s'oppose à la réparation du dommage (à la victime) ; celle-ci est insuffisante pour « payer une offense » à l'égard de la loi criminelle ou contre l'ordre public (*punition/réparation*)
3. la punition doit bénéficier à l'ordre public et non au coupable ou à la victime (*bénéficier à l'ordre public/bénéficier au coupable ou à la victime*)
4. la punition existe seulement dans le cadre d'un rapport d'autorité ou d'une relation hiérarchique (*punition par l'autorité et selon le droit/vengeance privée ou représailles*).

L'élément de base de la définition, l'intentionnalité de chercher directement et au premier plan à infliger une souffrance au coupable, fut adopté, en général, par toutes les théories modernes de la peine à partir de la deuxième moitié du 18<sup>e</sup> siècle, surtout les théories qui intègrent le noyau dur de la rationalité pénale moderne. Ces théories ajoutent à cet élément de base certaines finalités auxquelles elles s'attachent : rétablir la justice par la rétribution d'une souffrance proportionnelle au mal du crime, provoquer des actions futures

---

<sup>68</sup> Pour plus de détails sur ce parcours, voir Pires (2015).

<sup>69</sup> Ce que Pires (2015, p. 20) met entre parenthèses ici, c'est la forme condensée de la distinction à partir de laquelle le concept de punition est défini.

conformes aux lois (théorie de la dissuasion), conforter ou guider le public par l'« inflexion » de la souffrance (théorie de la dénonciation). Quant à la théorie de la réhabilitation carcérale, on remarque, après l'avoir comparée avec les autres théories de la peine, que même si elle garde une relation plus nuancée et moins directe avec cet élément de base de la définition, elle ne le nie pas, surtout parce qu'il lui donne le contexte dans lequel elle va organiser l'espace d'action de son programme visant à amener l'individu à vouloir se reprendre en mains (Pires, 2015).

Le droit criminel adopta cette définition et l'adapta à la prison au 18<sup>e</sup> et au 19<sup>e</sup> siècle (Pires, 2015). Elle devint son concept dominant de punition dans la reproduction de ses structures internes concernant les sanctions. Il s'agit d'un concept qui fut davantage substantialisé à tel point qu'il est difficile même aujourd'hui de penser la punition sans reproduire cette définition.

Quelles furent alors les implications de cette définition pour la problématique de l'évolution du droit criminel moderne? Tout d'abord, disons qu'elle substantialisa le concept de punition du droit criminel. Elle exigea, comme contenu, que la peine communique l'intention de l'autorité d'infliger une souffrance au coupable en raison de la transgression. Ce faisant, elle exclut la réparation à l'égard de la victime comme punition suffisante pour le droit criminel, mais elle resta ouverte aux sanctions qui étaient plus ambivalentes et potentiellement positives, même si elles pouvaient être aussi destinées à infliger une souffrance au coupable (Pires, 2015, p. 18). Les peines restrictives de droits de la réforme brésilienne comportèrent aussi cette ambivalence.

Les réformateurs de 1980 avaient devant eux un défi énorme car, comme nous le verrons, autant la philosophie que la sociologie elles-mêmes furent « colonisées » par cette définition de la notion de punition du système religieux. Nous parlons d'une conception cristallisée et enracinée dans la culture juridique et philosophique, mais aussi « appuyée » parallèlement par les sciences sociales. Comment se libérer de cet héritage, de cette culture? Était-il possible de mobiliser une autre définition du terme « punition »?

Pour démontrer les difficultés évolutives que ce concept dominant représente ainsi que la possibilité (bien qu'encore peu probable) de concevoir la punition autrement, nous reprendrons, à partir du sociologue Émile Durkheim, cette double voie portant sur le concept de punition.

Aujourd'hui, il est encore très rare de voir dans la littérature criminologique et sociologique la reconnaissance de deux manières opposées de conceptualiser la punition chez Durkheim (Garland, 1990; Digneffe, 1995a). D'un côté, il y a la définition de la peine exposée dans *De la division du travail social* (1893) et *Les règles de la méthode sociologique* (1894), et de l'autre, la représentation de la peine exposée dans *L'Éducation morale* (1902-1903). La première définition fait écho à la définition substantialisée du système religieux, de la philosophie et du droit criminel prémoderne. Elle est la plus répandue, la plus connue et la plus citée par ceux et celles qui s'intéressent au thème de la punition. Par contre, la représentation présente dans *L'Éducation morale*, la moins connue et la moins répandue, apporte des idées plus stimulantes et fécondes pour repenser le concept de punition d'une façon non substantialiste.

Nous ne voulons pas entrer dans le débat sur le statut de ces deux représentations de la sanction dans l'ouvrage de Durkheim, c'est-à-dire sur la question de savoir si nous trouvons dans *L'Éducation morale* l'esquisse d'une nouvelle théorie de la peine ou non. Nous voulons plutôt profiter de ces deux définitions pour observer le problème de l'intentionnalité quant à l'obligation d'infliger de la souffrance comme élément de base de la punition et pour voir également comment il pourrait être possible de penser autrement. Ce sur quoi nous voulons attirer l'attention est la place distincte que la souffrance occupe dans ces deux définitions de la punition.

La définition de la sanction criminelle présente dans *De la division du travail social* reprend en gros la définition de la punition que nous venons de voir à partir de Berman. Durkheim y définit le crime comme un acte qui « offense les états forts et définis de la conscience collective » (1893, p. 47). La peine est ainsi la réaction à cet acte. Et il ne s'agit pas de n'importe quelle réaction, mais d'une réaction capable de démontrer la réprobation de

l'acte pour expier le mal que représente le crime. Durkheim parle d'une réaction « passionnelle d'intensité graduée » qui implique néanmoins une certaine violence :

Puisque donc les sentiments qu'offense le crime sont, au sein d'une même société, les plus universellement collectifs qui soient, puisqu'ils sont même des états particulièrement forts de la conscience commune, il est impossible qu'ils tolèrent la contradiction [le « crime »]. Surtout si cette contradiction n'est pas purement théorique, si elle s'affirme non seulement par des paroles, mais par des actes, comme elle est alors portée à son maximum, nous ne pouvons manquer de nous raidir contre elle [le crime] avec passion. Une simple remise en état de l'ordre troublé ne saurait nous suffire ; il nous faut une satisfaction plus violente. La force contre laquelle le crime vient se heurter est trop intense pour réagir avec tant de modération. D'ailleurs, elle ne pourrait le faire sans s'affaiblir, car c'est grâce à l'intensité de la réaction qu'elle se ressaisit et se maintient au même degré d'énergie (1893, p. 67).

La fonction de la peine, selon Durkheim, du moins en premier lieu, n'est ni d'intimider ni de corriger. Comme le dit Durkheim, « sa vraie fonction est de maintenir intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune » (1893, p. 76). Comment la peine exprime-t-elle cela? Durkheim soutient : « par un acte authentique qui ne peut consister que *dans une douleur infligée à l'agent* » (1893, p. 77; notre souligné). Ce contenu souffrant de la peine, argumente Durkheim, n'est pas signe d'une irrationalité ou d'une « cruauté gratuite » (1893, p. 77), il est signe de la réparation du mal causé par le crime à la société. Durkheim affirme ainsi que « le criminel doit souffrir en proportion de son crime » (1893, p. 77). Cette définition de Durkheim le rapproche non seulement de Garofalo mais aussi du juriste anglais Stephen qui a soutenu cette « fonction » avant lui (Lachambre, 2011).

Nous l'avons mentionné plus haut, la sanction dotée d'un contenu afflictif est la définition la plus répandue et connue lorsque nous faisons référence à l'œuvre de Durkheim. Toutefois, comme nous le faisons remarquer aussi, nous trouvons chez Durkheim une représentation bien différente et même opposée à celle-ci. Il s'agit de la théorie de la sanction développée dans des cours dispensés à la Sorbonne entre 1902 et 1903, et recueillis dans l'ouvrage *L'Éducation morale*. Ce « deuxième Durkheim » nous permet de rendre compte de la contingence du concept même de punition et d'en visualiser une autre définition possible.

Dans ce recueil de cours, Durkheim s'intéresse à la question de la morale dans la société moderne, c'est-à-dire une morale qui se caractérise d'abord et avant tout comme étant laïque et rationnelle. Il s'interroge sur la possibilité d'une éducation morale à l'école. C'est ainsi que l'action éducative vient s'inscrire au centre de sa problématique. Dans la première partie de cet ouvrage, Durkheim se concentre sur la caractérisation de cette morale moderne. Mais, c'est la deuxième partie de l'ouvrage qui nous intéresse davantage, car c'est là, dans sa réflexion sur l'action éducative proprement dite, que Durkheim discute la question de la pénalité scolaire et nous donne certains éléments pour penser autrement la sanction (criminelle). La question que Durkheim se pose est la suivante : « Comment constituer chez l'enfant les éléments de la moralité? »<sup>70</sup>. Il est intéressant de noter que la réflexion sur la sanction et la formulation d'un concept de punition alternatif (à celui soutenu par les théories modernes de la peine) sont faites dans un contexte où la première inquiétude est liée à l'accomplissement d'une action éducative. En plus, l'action éducative vers l'enfant est conçue comme une action pour le bien de la société considérée comme un tout. Il est possible que ces préoccupations de premier ordre aident à façonner autrement les idées sur la peine et à en rejeter une définition comprenant nécessairement un contenu afflictif.

Quel est le parcours réflexif de Durkheim dans la construction de cette représentation de la sanction? Tout d'abord, il reconnaît l'importance de réfléchir sur les manières de penser et de concevoir la punition. Les idées sur la punition sont ainsi incontournables. Selon lui, « la manière dont on punit dépend évidemment de l'idée qu'on se fait de la pénalité scolaire et de sa fonction » (1903, p. 210). Il présente ses idées sur la punition, premièrement, par la négative, en critiquant deux autres manières de concevoir la sanction et desquelles il veut s'éloigner. Il critique alors autant la théorie de la dissuasion que celle de la rétribution.

La punition en tant que « moyen de prévenir l'inobservation de la règle » consiste « uniquement [à] associer étroitement, dans les esprits, à l'idée de chaque faute, l'idée d'une douleur dont la perspective redoutée prévienne le retour de l'acte prohibé »

---

<sup>70</sup> C'est le titre de la deuxième partie de son livre.

(1903, p. 210). Durkheim argumente que la crainte du châtement peut exister, mais elle ne justifie pas la punition, « ce n'est pas la principale raison d'être de la punition » (1903, p. 210).

Toujours selon Durkheim, la punition comme expiation du mal causé par le crime n'est pas non plus l'essentiel de la punition. Le problème de ces deux conceptions de la notion de punition, pour Durkheim, réside justement dans *l'accent mis sur la douleur infligée au coupable* que soutiennent les deux manières de penser. La critique faite par Durkheim a une seule cible : l'idée d'avoir l'intention au premier plan de faire souffrir. Il se dissocie donc ici de l'idée rétributive de payer le mal par le mal. Il s'agit d'une fausse symétrie, argumente-t-il. L'idée de réparer à travers la souffrance ne se justifie pas, car « une souffrance est un mal et il est évidemment absurde qu'un mal puisse compenser un mal et l'annuler » (1903, p. 214).

Durkheim introduit ainsi une distinction pertinente par rapport à notre problématique : la souffrance comme un contrecoup de la peine et la souffrance comme l'essentiel de la peine. La souffrance peut être présente, surtout si nous pensons à celui qui subit une punition. Il peut percevoir la peine en tant que souffrance, mais la souffrance ne doit pas être vue comme le but du message exprimé par la peine. Il s'agit d'un « élément secondaire », un « contrecoup plus ou moins contingent de la peine » (1903, p. 226). Le but de la peine n'est donc pas de « torturer autrui dans son corps ou dans son âme, c'est, en face de la faute, affirmer [le plus positivement possible] la règle que la faute a niée » (1903, p. 217). Il n'existe pas dans cette conception de la peine l'intention directe et au premier plan de faire souffrir. Elle reconnaît la souffrance comme faisant partie des retombées parfois inévitables de la punition, mais elle ne soutient pas et ne justifie pas la recherche de cette intentionnalité. Ici, Durkheim dé-substantialise le concept de punition et donne des éléments pour le penser autrement. Ce passage chez Durkheim est bien représentatif de cette tentative de dissocier la peine de la souffrance :

Il ne s'agit pas de le [le coupable] faire souffrir, comme si la souffrance avait je ne sais quelle vertu mystique, ou comme si l'essentiel était d'intimider et de terroriser. Mais il s'agit avant tout de réaffirmer le devoir au moment où il est

violé, afin d'en raffermir le sentiment et chez le coupable et chez ceux qui ont été témoins de la faute et qu'elle tend à démoraliser (1903, p. 233).

L'essentiel de la peine est d'exprimer ce sentiment de réprobation, mais *de le faire de la manière la plus positive possible* et sans chercher à « faire souffrir de façon proportionnelle au mal causé ». La punition doit ainsi communiquer la réprobation sans pour autant chercher directement et au premier plan à faire souffrir le coupable.

De tout ceci, nous pouvons tirer certaines conclusions importantes pour notre problématique.

D'abord, nous pouvons observer que Durkheim a construit deux formes différentes à partir d'un seul et même médium, celui de punition. Mais plus intéressant encore, tout se présente comme si le contexte de ces communications avait une influence sur la sélection de la forme. Lorsqu'il parle du contexte pénal, de la punition dans le droit criminel, il actualise le concept dominant de punition en matière criminelle, tandis qu'il présente un autre concept de punition lorsqu'il parle du contexte scolaire. Le contexte ici semble restreindre ou élargir, selon le cas, les possibilités de sens (de forme).

Dans le contexte scolaire, Durkheim est amené à définir la punition dans un cadre conceptuel non substantialiste. La punition est ainsi conçue comme un élément de « renforcement du lien social » (Digneffe, 1995a, p. 383). Dans ce contexte cognitif, Durkheim démontre comment la souffrance n'a plus sa place dans la manière de concevoir la punition et que, par conséquent, elle n'a pas à être au cœur de la définition de cette notion. En dépit de ses propres difficultés, la justice criminelle pour les jeunes a plus de facilités à intégrer cette définition non substantialiste de la punition que la justice criminelle pour les adultes (Piñero, 2013). Une autre importante distinction que ce « deuxième Durkheim » utilise dans *L'Éducation morale* est la distinction punition/récompense. La punition est définie par opposition à la récompense et non à la réparation. Durkheim introduit le thème des récompenses en disant que « la punition n'est pas la seule sanction attachée aux règles de la morale scolaire, de même qu'aux règles de la morale de l'adulte; il y a en outre les récompenses » (1903, p. 256). Il définit la récompense comme « la contrepartie et le pendant

logique des punitions » (1903, p. 257). La récompense se distingue de la punition, selon Durkheim, au sens où la récompense est une sanction attachée à « la pratique positive du devoir » (1903, p. 258) alors que la punition est une sanction attachée à une pratique négative du devoir. Remarquons que la punition n'est pas définie comme étant une action négative qui doit avoir l'intention de faire souffrir au premier plan. Ce qui est négatif et, par conséquent, jugé répréhensible, est le comportement adopté dans le passé. La récompense, à son tour, est une sanction qui consacre un comportement qui a été adopté dans le passé, mais qui est jugé irrépréhensible et recommandable.

En mobilisant la distinction punition/récompense, Durkheim actualise une ligne de pensée marginale qui existait au milieu du 18<sup>e</sup> siècle, période de formation du droit criminel moderne (Pires et Cauchie, 2007, p. 13). Cette pensée périphérique opposait la punition à la récompense sans ajouter le contenu (trop) substantialisé du concept dominant de punition. Pires et Cauchie donnent un exemple de cette pensée en citant Hutcheson qui, en 1747, écrivait : « The sanctions of laws are rewards and punishments. Rewards have place in the civil laws as well as punishments » (p. 329, cité dans Pires et Cauchie, 2007, p. 13). Définir la punition en l'opposant à la récompense implique que la définition de la punition « prend un sens large et non substantialiste, puisqu'elle fait référence au premier plan au message langagier (communicationnel) qui est associé à la sanction et non à des spécifications qui présupposent que la punition a une 'nature propre' dans le monde des sanctions » (Pires et Cauchie, 2007, p. 13).

Pourtant, ce concept de punition est resté marginalisé en matière criminelle et le concept substantialisé de punition est encore aujourd'hui dominant. Partout en Occident, nous trouvons cette réitération de la définition substantialiste de la punition, tant au sein de la doctrine criminelle que dans la philosophie. Voici certains exemples (Pires et Cauchie, 2007, p. 16-17) :

It is an end in itself that the guilt should suffer pain (A.C. Ewing, 1929, philosophe anglais).

Il n'y a pas de peine sans caractère afflictif, qui ne puisse pas traduire une sensation de douleur, même si celle-ci n'est pas ressentie [effectivement] par le

condamné. Ce qui compte c'est que, dans l'information qu'elle communique, la peine soit porteuse d'une sensation de douleur (Bettioli, 1973, juriste italien).

Punishment, whatever else may be said of it, involves the intentional infliction of pain or suffering upon human beings by other human beings (R.A. Wasserstrom, 1980, philosophe américain)

It must involve pain or other consequences normally considered unpleasant. [...] It must be intentionally administered by human beings other than the offender (H.L.H. Hart, 1968, philosophe anglais).

Ce concept dominant de punition n'est qu'une « manière particulière de la voir et de la construire socialement ou institutionnellement » (Pires, 2015, p. 39).

Pour tout cela, il n'est pas surprenant que les réformateurs de 1980 aient actualisé la définition dominante pour justifier la création des peines non carcérales et que cette conception, adoptée par plusieurs théories de la peine, ait contribué à réduire la portée de ces peines dans le Code. Nous sommes devant un système d'idées qui est déjà solidement bâti, qui est dense et très prégnant à l'intérieur de la culture juridique. Les réformateurs voulurent introduire les sanctions non carcérales mais ne prirent pas leur distance des idées qui en limitaient la portée.

La réforme au Brésil appuya la création des peines non carcérales sur une « sémantique punitive conventionnelle » (Cauchie, 2009, p. 241). Ainsi, ce qui pouvait être une « manière [plus forte] de vulnérabiliser » la rationalité pénale moderne et d'en construire une autre devint parallèlement une manière de reconduire ce système d'idées et de limiter la portée de la réforme. Comme le dit Cauchie (2009, p. 204), si les travaux communautaires, ainsi que les peines alternatives en général, « se présentent comme une véritable fenêtre d'opportunité pour une lecture innovante en matière de droit criminel », il faut les détacher de la recherche d'un contenu pénible, afflictif, souffrant.

Dans la prochaine section, nous allons observer une autre stratégie de la Commission pour réduire le recours à la peine de prison : la tentative de valoriser la peine d'amende.

## 2.2. Les obstacles à un usage plus large de l'amende dans la réforme

Nous allons voir maintenant la position que prirent les réformateurs sur une des peines non carcérales classiques du droit criminel : l'amende. Cette dernière est un type de peine qui existait dès le début de la formation du système de droit criminel et elle est la seule peine, à l'exception de la peine de mort dans certaines juridictions, qui, depuis sa naissance jusqu'à présent, fit tout le parcours du système de droit criminel comme système social différencié (Pires, 2015). Elle est une peine qui répond à la définition de la punition dominante en Occident, car son caractère afflictif est assez explicite. Elle répond aussi aux exigences de la théorie de la dissuasion et elle n'est pas incompatible avec la théorie de la rétribution. On doit aussi reconnaître que l'amende est la peine classique la plus compatible avec les valeurs positives du droit criminel, parce qu'elle n'enlève pas la vie ni n'enferme l'individu pour de très longues durées. Cette peine a aussi la particularité d'être utilisée par d'autres systèmes de régulation de comportements que le droit criminel.

À l'époque des travaux de la Commission, on savait déjà qu'elle était (et reste) la peine la plus fréquemment utilisée même par le système de droit criminel dans certaines juridictions occidentales (Robert et Faugeron, 1980). Évidemment, nous faisons référence ici à la simple fréquence du recours qu'on en fait - qui dépend aussi de la plus grande fréquence de certains dossiers dans le système - et non à la manière par laquelle elle est valorisée par les communications du droit en face de crimes plus graves.

Cela dit, rappelons que dans le Code pénal de 1940, seulement 17% des crimes autorisaient le recours à cette sanction comme une solution de remplacement de la prison et qu'en cas de récidive, l'amende ne pouvait plus du tout fonctionner comme une sanction alternative. Même l'aggravation de la valeur de l'amende n'était pas vue comme une réponse suffisamment afflictive en cas de récidive. En outre, l'amende avait nécessairement comme « bénéficiaire » l'autorité, jamais la victime.

La Commission avait nourri le projet d'élargir le recours à l'amende pour augmenter les voies par laquelle le tribunal pourrait réduire le recours à la prison. Or, dans

notre matériel empirique, nous avons trouvé diverses « entraves » à ce projet. Certaines entraves relevaient de la combinaison de situations « factuelles » au Brésil avec des éléments cognitifs. Pour au moins une de ces entraves, la Commission trouva une solution. D'autres entraves étaient des obstacles cognitifs découlant de la définition de la punition et des théories de la peine, bref de la rationalité pénale moderne. Nous allons d'abord identifier rapidement ces obstacles et, par la suite, traiter de façon plus détaillée les plus importants d'entre eux du point de vue de la manière de penser.

Les deux principaux obstacles ayant une dimension factuelle significative étaient :

1. L'état de pauvreté significatif d'une partie importante de la population qui faisait face à la justice criminelle;
2. L'inflation de la monnaie qui dévalorisait rapidement les amendes prévues avec une valeur minimale et maximale fixe.

Concernant le premier problème, les réformateurs et leur environnement stabilisèrent la conviction que la peine d'amende ne pouvait être beaucoup appliquée parce que la clientèle usuelle du système n'avait pas suffisamment de ressources financières pour payer les amendes, et ce particulièrement si l'amende était un peu élevée pour exprimer un peu plus la gravité du crime ou pour dissuader de façon efficace. Il semble que le poids de cette conviction, ensemble avec d'autres éléments cognitifs, amenèrent les réformateurs à faire beaucoup moins que ce qu'il aurait quand même été possible de faire dans cette situation factuelle de pauvreté. Par exemple, laisser plus de liberté pour que le juge puisse décider, *dans chaque cas en espèce*, si l'amende pouvait ou non être appliquée; abolir le critère de la récidive comme empêchant nécessairement le recours à l'amende; etc. Nous avons eu la nette impression que les réflexions pour faire face à cette situation de pauvreté ne furent pas très approfondies. Au contraire, cette situation prit rapidement un « statut d'évidence ». Cela dit, l'état de pauvreté de la population exerça néanmoins une pression réelle sur le système par rapport au recours à l'amende. La citation ci-dessous exprime bien la double dimension – factuelle et cognitive – de cet obstacle. Il faut aussi noter que, dans nos observations empiriques, nous n'avons trouvé aucune référence aux « désavantages

*juridiques* » ou aux désavantages d'application pratique en ce qui concerne la prison. Certes, on voulait en réduire le recours qui pouvait être observé comme excessif, mais la peine, *en tant que telle*, apparaissait « juridiquement parfaite » aux juristes. C'est l'amende qui présentait des inconvénients : inégale, insuffisante pour les crimes « plus graves », difficile à appliquer. Le mauvais état des prisons au Brésil ne fut pas perçu comme un « défaut juridique » susceptible de dévaloriser la peine, et la surreprésentation des pauvres en milieu carcéral n'en fit pas une « peine inégalitaire » :

La peine d'amende possède des avantages, mais également des défauts qui ne doivent pas être ignorés; le plus grave étant celui de son iniquité selon qu'elle est appliquée aux pauvres ou aux riches, ce qui, de plus, heurte l'efficacité de la dissuasion.<sup>71</sup>

Il faut néanmoins prendre conscience que la manière d'opérer du système de droit criminel (RPM) créait, par elle-même, des entraves additionnelles rendant potentiellement l'amende impayable, dans certaines circonstances, pour des individus. Par exemple, le système avait tendance à pénaliser « crime par crime » puis à cumuler (ou additionner) la valeur des diverses peines au lieu d'établir une seule « peine globale » tout en tenant compte du condamné (et de son revenu). Ceci pouvait même rendre le jour-amende impayable pour certains individus. La loi établissait (parfois) aussi une *valeur minimale* d'amende ou de jour-amende, empêchant le tribunal de sélectionner une autre sanction non carcérale. Elle pouvait aussi fixer une amende minimale en fonction du nombre d'objets impliqués dans une activité illicite (par exemple, la contrebande de cigarettes), etc. Toutes ces structures *internes au système*, si elles n'étaient pas défaites ou contournées par le tribunal dans un cas concret, réduisaient les avantages du dispositif autant comme peine alternative à la prison que comme peine égalitaire du point de vue financier. Il n'est donc pas étonnant de constater à l'occasion que certains justiciables pouvaient préférer des formes de détention de fin de semaine, des travaux communautaires, voire la prison pour une courte période à une sanction d'amende. À l'époque de la Commission, ces situations gênantes étaient déjà assez bien connues, mais l'attention principale était tournée vers l'« infliction » proportionnelle de la souffrance et vers l'efficacité dissuasive des sanctions. Au Brésil,

---

<sup>71</sup> Reale Junior, Miguel *et al.* (1987). *Penas e medidas de segurança no novo código*, Rio de Janeiro: Forense, p. 147.

l'introduction du jour-amende se fit ainsi sans que l'on ait entrepris un « nettoyage » significatif des obstacles *internes* qui neutralisaient par ailleurs l'usage de ce dispositif comme alternative à la prison.

Par rapport au deuxième problème (taux d'inflation), la solution que la Commission trouva fut satisfaisante. Il s'agit de l'implantation du dispositif du jour-amende. En dépit d'une représentation globale peu favorable à l'amende (par comparaison avec la prison), les réformateurs voulurent augmenter les alternatives à la prison et furent sensibles aux disparités socioéconomiques entre les justiciables. Ils introduisirent ainsi dans la législation brésilienne le dispositif du jour-amende qui permettait de calculer la valeur de l'amende en fonction du revenu de l'individu et d'augmenter ou de diminuer la valeur globale de la sanction en fonction de la gravité du crime (par le nombre de jours attribués). Plus il y avait de « jours », plus la sanction était sévère, tout en restant proportionnelle au revenu. Ce mécanisme adoptait ainsi le principe de la « double proportionnalité » : une proportionnalité financière (amende-revenu) et une autre, juridique (crime-peine). La dernière était un produit de la rationalité pénale moderne. Mais, avec ce dispositif, le droit criminel réussissait à valoriser un peu plus l'amende parce qu'il pouvait l'ajuster jusqu'à un certain point à la gravité du crime. Même si le mécanisme du jour-amende ne fut pas strictement pensée pour réduire le recours à la prison (mais plutôt pour réduire les implications de l'inégalité financière devant la loi), il put être mis à contribution pour produire cet effet sous certaines conditions. C'est ce qui ressort de la citation qui suit :

Nous avons vu que la peine d'amende était systématiquement démodée et sans aucun effet d'intimidation. Alors, nous avons pris l'expérience de l'Empire qui établissait la peine jour-amende. Cela a été établi dans la loi, dans le Code et ensuite a été suivi par les législations spéciales. Et il y a des limites déterminées beaucoup plus élevées pour punir les cas de crimes commis par les cols blancs (Entrevue, René Ariel Dotti).

La décision de la Commission d'introduire le jour-amende fut donc très positive, ne serait-ce que parce que ce dispositif atténua la lourdeur des valeurs fixes des amendes sur le revenu des justiciables ayant moins de ressources financières. Le dispositif rendit aussi (dans une mesure difficile à estimer) la sanction d'amende plus accessible aux pauvres, leur

évitant éventuellement de prendre le chemin de la prison (particulièrement si le système n'avait pas ou n'appliquait pas la sanction de travaux communautaires). Certes, la peine d'amende reste toujours plus lourde à acquitter pour les personnes condamnées disposant de revenus plus faibles que pour celles étant plus ou très à l'aise. La résolution de ce problème se trouve en dehors de la portée du système de droit criminel.

Bien sûr, personne ne peut sérieusement s'attendre à que ce dispositif puisse résoudre les divers problèmes causés par les disparités socioéconomiques entre les individus dans la justice criminelle. Il suffit de penser à l'autorisation politique (généralisée en Occident) de pratiquer, de façon privée, le droit en matière criminelle. Les individus à faible revenu n'ont évidemment pas un accès égalitaire aux services (et à la qualité des services) de défense devant la loi. Les juristes et les politiciens restent généralement silencieux devant cette source « d'inégalité financière devant la loi ».

Les deux autres obstacles (cognitifs) que nous avons trouvés sont les suivants :

3. La conviction que la peine d'amende (même élevée et proportionnelle à la capacité de payer du coupable) était une peine « déficitaire » du point de vue de la souffrance qu'elle infligeait au coupable. Cette souffrance déficitaire faisait que l'amende n'était pas adéquate pour exprimer l'opprobre que l'on doit exprimer (selon les théories de la peine) par rapport à certains crimes. Parallèlement, l'on n'était pas très convaincu de la capacité dissuasive de la peine d'amende. La peine de prison (dont on voulait réduire le recours) apparaissait alors régulièrement comme étant plus dissuasive que l'amende. Le problème opérationnel ici était le suivant : jusqu'où pouvait-on aller avec la peine d'amende dans l'échelle de gravité des crimes en tant que peine indépendante et suffisante ? Les réformateurs n'allèrent pas très loin.
4. Le propos (énigmatique) selon lequel l'amende était une peine juridiquement périlleuse parce que ses effets allaient au-delà de la personne coupable et avaient des retombées sur sa famille qui, elle, était innocente. Le problème ici est que ce propos, qui est tout à fait juste dans certaines circonstances, *n'était pas appliqué aussi à la prison*. Ainsi, la peine de prison paraissait-elle moins dommageable pour la famille du coupable que l'amende.

Dans les deux prochaines sections, nous allons traiter de ces deux problèmes. Avant de le faire, signalons que la Commission trouva aussi une solution à un autre problème de « technique juridique » auquel elle faisait face par rapport à l'amende.

En effet, nous savons que la Commission ne changea pas la partie spéciale du Code. Elle ne pouvait donc pas donner plus d'importance à l'amende dans cette partie. Pour contourner ce problème, la Commission créa la figure de l'« amende substitutive ». Il s'agit en principe d'un mécanisme ingénieux qui permettait de remplacer une peine de prison appliquée à un cas concret par une peine d'amende. Or, jusqu'où allèrent-ils dans l'application de ce mécanisme? Dans la première version du projet, les réformateurs avaient pensé autoriser l'usage de ce mécanisme pour les cas où la peine de *détention* n'était pas supérieure à 6 mois. La version finale fut sensiblement la même à la différence que l'on y inclut la peine de réclusion à côté de celle de détention. Encore une fois, la récidive fut un critère qui empêcha l'application de ce mécanisme.

#### **a) L'obstacle de l'adéquation de l'amende au crime**

Les théories de la peine nous ont enseigné à fixer notre attention sur la souffrance qu'une peine concrète exprime ou suscite chez le coupable pour l'évaluer. L'intensité ou l'extension de cette souffrance est vue ensuite comme une forme d'expression de notre reniement ou désaveu du crime ou comme un critère de son efficacité. Or, le fait de pouvoir « payer un crime » sans souffrance ou avec une souffrance insuffisante est observé comme inacceptable. Dans ces conditions, l'observation de la pertinence de l'amende comme peine reste conditionnée à sa capacité de « faire mal » au coupable. Il « ne paie pas le crime » si la peine qu'il reçoit ne le fait pas suffisamment souffrir. On suspecte alors la capacité de l'amende à « faire souffrir » et à être appropriée pour les crimes *en fonction de l'appréciation (souvent arbitraire ou oscillante) de leur gravité*. L'amende a ainsi le grand désavantage d'être « dysfonctionnelle » du point de vue de la rationalité pénale moderne : plus le crime est « de droit commun » (vols, homicides, agressions, certains types de fraudes) et plus il est observé comme étant grave, plus l'amende est vue comme étant « inappropriée »

ou « insuffisante ». C'est assurément pour cette raison qu'encore aujourd'hui dans le Code pénal du Brésil, on la retrouve surtout associée obligatoirement à la prison.

L'argument à retenir ici est que l'amende n'était pas une peine *suffisante* pour les crimes « plus graves ». Elle paraissait aussi insuffisante pour tous les crimes dont la gravité était très peu élevée, advenant une récidive. Aucun raison ne fut donnée pour exclure la récidive. Cela allait de soi. On ne précisa pas non plus ce qu'on entendait par « grave », mais les critères adoptés pour autoriser le remplacement de la peine de prison par une peine d'amende (6 mois, excluant la récidive) indiquaient que le sens de cette notion était très large. Bref, pour les crimes considérés comme graves et pour la récidive, l'amende n'était pas une peine « digne du droit criminel » :

On part du consensus selon lequel la peine pécuniaire a un déficit de sanction puisqu'elle ne peut pas être appliquée avec efficacité pour les crimes graves. Dans de tels cas, il y aurait une disproportion évidente et inadmissible entre la valeur du bien juridique [que l'on souhaite protéger, p.ex. la vie] et le type de sanction choisi. La peine pécuniaire garde sans doute, cependant, les effets de rétribution et de prévention pour la petite criminalité<sup>72</sup>.

#### **b) L'amende comme punissant la famille du coupable**

Dans nos entrevues, nous avons trouvé un autre exemple de propos qui dévalorisa fort vraisemblablement l'amende dans le cadre de cette réforme ainsi que, par ricochet, dans les communications juridiques en matière criminelle en général. Bien entendu, une autre implication (perverse) de cette forme de dévalorisation de l'amende fut (au moins au Brésil) l'étonnante *revalorisation de la prison* comme étant « la peine la plus égalitaire et la plus digne du droit criminel » à l'intérieur d'une Commission de réforme qui avait la *forte intention* de réduire le recours à la prison. Insistons sur le fait qu'elle se donna authentiquement ce projet, mais elle ne sut pas comment le réaliser.

---

<sup>72</sup> Franco, Alberto Silva (1986). Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei n. 7209-84, São Paulo: Saraiva, p. 163.

Le premier propos se trouve dans les communications faisant partie de l'environnement de la Commission. Il prit grosso modo la forme suivante : l'amende est une peine qu'il faut utiliser avec beaucoup de prudence parce que ses effets vont au-delà de la personne coupable et retombent sur *sa famille qui est par ailleurs innocente*. Ce propos *en tant que tel* ne pose aucun problème. Au contraire, il sensibilise le juge à la manière de déterminer (librement) la valeur d'une amende. Le problème se pose par une sorte de contingence et de *jonction* de ce discours sur l'amende avec un autre discours sur la prison et aussi en raison d'un déplacement dans le contexte discursif. En effet, ce même propos aurait pu être tenu aussi sur la peine de prison, mais il ne le fut pas. Résultat : on observa une amende (élevée) comme pouvant affecter la famille du coupable, mais on ne vit pas la peine de prison comme pouvant affecter encore plus significativement cette famille (par exemple, un salarié qui perdait l'ensemble de son salaire, voire son emploi, et qui était isolé de ses proches pendant une longue période). Le résultat de cette *sélectivité* (qui reste à élucider) amena certains juristes à préférer la peine de prison à la peine d'amende (même dans le cas des individus issus d'un milieu social défavorisé).

Nous avons trouvé cet énoncé d'abord dans le texte d'un ancien juge de la cour d'appel de São Paulo, de réputation très libérale et qui est aussi un excellent juriste. Ceci constitue une première indication de l'importance ou de la gravité du problème. Dans le texte en question, l'argument est présenté *exclusivement par rapport à l'amende*. Il ne fait pas de comparaison avec la prison. Cependant, le texte attribue à la « *nature de l'amende* » le fait d'avoir des *effets qui dépassent la personne du coupable*. Ici, c'est seulement ce glissement qui est problématique parce que l'observateur *ne voit pas* que ces effets sont « *inhérents à la nature de la prison* », surtout lorsque la peine est longue. En effet, les (longues) peines de prison produisent de façon beaucoup plus significative et importante ce « débordement » de la punition ». Reprenons ce passage :

Il y a, sans doute, des désavantages et certains de ces désavantages sont inhérents à la nature [de l'amende]. Ainsi : [...] c) les effets de son application se

répercutent sur la famille du condamné ou sur d'autres personnes qui s'offrent à la payer.<sup>73</sup>

Dans l'*exposé de motifs* qui introduisit la réforme législative de 1984, nous trouvons à nouveau cette même préoccupation formulée encore une fois par rapport *exclusivement à l'amende*.

Le projet revalorise la peine d'amende [...]. Le projet prévoit le paiement fractionné par mois ainsi qu'une saisie sur le salaire du condamné, dans la condition que cela n'affecte pas les ressources nécessaires à sa vie et à celle de sa famille (Exposé de motifs, p. 642).

En faisant référence explicitement à nos données, Pires (2014)<sup>74</sup> parle d'un « mini-nœud cognitif susceptible d'avoir des implications majeures concernant le problème de la réduction du recours à l'incarcération ». Et il ajoute par la suite :

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

Notre équipe de recherche croit avoir trouvé une piste pour élucider cette énigme. Nous nous limiterons à présenter ici pour la première fois une synthèse de nos résultats préliminaires. Cette manière d'observer l'amende comme « débordant la personne du coupable » émergea (selon nos indications actuelles) dans la deuxième moitié du 20<sup>e</sup> siècle dans une trame discursive de la doctrine anglo-saxonne portant sur la criminalité des *corporations* (et non des individus). Donc, presque une trentaine d'années avant le travail de réforme entrepris au Brésil et que nous étudions ici. Pourquoi à ce moment et dans ce

---

<sup>73</sup> Alberto Silva Franco, *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei n. 7209-84*, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 162.

<sup>74</sup> Document de travail rédigé en 2014 à l'intention de notre équipe de recherche après une première lecture du présent chapitre.

contexte spécifique ? Les juristes considéraient que les amendes faibles n'étaient pas dissuasives pour les corporations et que les amendes sévères (et dissuasives) conduisaient à une chute de la valeur des actions et parfois à la fermeture de certaines entreprises, petites ou moyennes. Cette fermeture se traduisait, d'une part, par le chômage des employés (innocents) et, d'autre part, par la pénalisation des actionnaires (de bonne foi) et d'autres entreprises reliées entre elles et dépendantes (pour leur survie) de l'entreprise coupable. Bref, les amendes fortes et dissuasives entraînaient diverses répercussions indésirables *sur l'économie*. Certains juristes firent alors valoir le principe juridique selon lequel « on ne pouvait pas punir un (groupe) innocent » ou « le contenu de la peine ne pouvait pas dépasser la personne du coupable ». Ceci était l'équivalent de l'attribution d'une « responsabilité criminelle indirecte » (« *vicarious criminal liability* »). Comme, dans ce cas-ci, l'amende sévère était ce qui produisait ces conséquences économiquement désastreuses, ils attribuèrent spécifiquement à la peine *d'amende* cette particularité ou ce risque de « dépasser » le coupable. Ils ne focalisèrent pas leur attention sur les effets de la peine de prison. Comme les juristes ne voulaient pas laisser les corporations *impunies*, ils finirent par proposer comme alternative (au fil du temps) des *peines de prison de très courte durée (6 mois)* pour les décideurs des corporations. La raison était simple : on ne pouvait enfermer une compagnie et il fallait trouver une sanction dissuasive non désastreuse. Or, *cette peine de prison de 6 mois pour les décideurs* ne fut pas observée comme allant au-delà de la personne reconnue coupable; si elle fut reconnue comme telle (en touchant sa famille), c'était *dans une mesure plus acceptable*.

En effet, la corporation ici ne fermait pas ses portes et ses actions ne subissaient pas de chutes dramatiques. L'amende donnée à l'entreprise pouvait être peu élevée (et donc « non dissuasive »), parce que cet effet de dissuasion était recherché par l'emprisonnement de 6 mois infligé aux décideurs (dans le cas des crimes plus graves). Les juristes semblaient présupposer aussi que, *dans ce contexte*, les peines d'emprisonnement *inférieures à 6 mois* données aux *décideurs* étaient moins nocives que des *amendes très sévères et dissuasives* imposées aux *corporations*. La comparaison ici se faisait, d'un côté, entre des amendes dont la sévérité était très élevée et conduisait à la fermeture d'une corporation et, de l'autre, de très courtes peines de prison données aux dirigeants de ces corporations (qui avaient des

ressources et n'allaient pas perdre leur emploi). On s'attendait *ici et dans ces conditions* à que cet emprisonnement ne les prive pas de leur emploi parce que le coupable était chef de sa propre entreprise (petite ou moyenne) ou parce qu'il s'agissait d'un crime *de l'entreprise* et non d'un crime de l'employé *contre sa corporation*. Ainsi, il ne perdrait peut-être pas son salaire pendant son incarcération, ce qui n'affecterait pas le revenu familial; la peine de prison était aussi de très courte durée; enfin, la stigmatisation sociale était plus faible et retombait davantage sur la corporation que sur les décideurs individualisés. Cependant, si les juristes eux-mêmes ne portèrent pas leur attention au contexte d'émergence de ce raisonnement et généralisèrent *abstraitement* l'idée que *toute* peine d'amende affectait davantage la famille du coupable que *toutes* les peines d'incarcération, y compris quand le crime était commis par des *individus* et non par des *corporations*, un raisonnement qui était raisonnable devint empiriquement intenable et absurde.

Pires (2014) considère que nous devons, selon toute vraisemblance, à John C. Coffee Jr. (1981, p. 387, cité par Pires, 2014) l'invention de l'expression d'« *overspill problem* » dans la littérature juridique anglo-saxonne pour faire référence à ce problème de l'amende dans le cas des corporations. En français, il propose de la traduire par le « *problème du débordement de la peine ou de la responsabilité criminelle* ». L'expression veut dire qu'une partie du contenu ou des effets de la peine passe « par-dessus bord » l'entité coupable (l'entreprise) pour frapper ou affecter des (partenaires) innocents.

Au milieu des années 1980, nous observons que le même genre de raisonnement fut également tenu au Canada, même si certaines différences importantes sont aussi identifiables par rapport à la situation au Brésil (à condition que l'observateur porte son attention sur elles). Tout d'abord, l'exemple que nous allons apporter est tiré du domaine de la législation environnementale (par opposition au droit criminel commun). À l'époque, au Canada et aux États-Unis, seulement une petite partie de ces lois prévoyait l'incarcération. Celle-ci était alors habituellement de moins de 6 mois (Swaigen et Bunt, 1985, p. 58). Dans ces cas, seulement une peine d'amende était prévue et le législateur fixait souvent une valeur minimale. Ceci faisait obstruction à la tâche des tribunaux visant à adapter la peine d'amende au revenu de l'individu responsable dans le cas des plus petites corporations. Dans leur étude

pour la Commission de réforme du droit du Canada, Swaigen et Bunt (1985, p. 60) recommandèrent ainsi l'adoption de courtes peines de prison comme une *alternative* pour le tribunal dans le cas où l'amende (minimale) serait impayable ou jugée *peu sévère* par rapport à la gravité du crime. Le récidivisme ne fut pas présenté comme une raison pour donner une peine de prison et *il n'y eut pas de peine minimale de prison* : le tribunal pouvait choisir entre 1 jour et 6 mois. Notons que la peine maximale de prison fut limitée à *6 mois*. Les coûts sociaux de l'incarcération pour la famille furent alors aussi contrôlés par la législation *dans la dimension temporelle* (extension de la durée de la peine). On ne sait pas pourquoi Swaigen et Bunt ne demandèrent pas aussi l'abolition de la peine minimale d'amende qui était la source d'un des problèmes qu'ils avaient identifié (adéquation au revenu du coupable), d'autant plus qu'ils reconnaissaient qu'« en général, l'emprisonnement n'était pas le remède adéquat pour les crimes de négligence » (contrairement à ce que l'on fait et à ce que l'on écrit en droit criminel ordinaire). Pour soutenir leur argumentation, les auteurs firent référence à un cas concret devant le tribunal, en modifiant seulement le nom du condamné. Dans la première phrase, nous retrouvons les implications de la rationalité pénale moderne qui réclame une infliction proportionnelle de la souffrance par rapport à la gravité de l'offense. Dans la dernière phrase, nous voyons déjà la transposition du problème du débordement de la peine vers la famille du coupable (et non vers les actionnaires, employés, etc.), probablement parce qu'il s'agissait d'une très petite entreprise dont le coupable était le seul propriétaire. Mais, en dépit de ce contexte très particulier et très précis, leur raisonnement resta nébuleux et produisit une *distorsion* sur un point important : on ne réussit pas à voir comment l'amende (minimale) de \$2,000 peut venir à affecter *plus la famille* que le coupable. Dans la pire des hypothèses, nous semble-t-il, elle affecterait les deux également :

The gravity of the offense clearly requires an exceptionally heavy penalty, but Mr. Rudsky's ability to pay a substantial fine is severely restricted. The maximum fine is \$25,000 and the legislation provides for a minimum of \$2,000 in the circumstances. Any fine of \$2,000 however will punish Mr. Rudsky's family more than it will punish him (Swaigen et Bunt, 1985. p.59).

Dans leur façon de présenter le « dilemme de la Cour », on voit réapparaître la rationalité pénale comme une des composantes du dilemme. C'est peut-être pour cette raison

que les auteurs ne pensèrent pas à proposer simplement l'abolition de la peine minimale d'amende, ce qui aurait réglé entièrement le dilemme. En effet, si le coupable ne pouvait payer une peine minimale de \$2,000, le tribunal aurait alors pu lui imposer une amende d'une valeur inférieure qui aurait été encore dissuasive *pour lui* sans que l'entreprise ait à fermer ses portes. On ne voit pas non plus pourquoi un enfermement (par incapacité de payer une amende) n'aurait plus rien à voir avec la gravité de l'offense. Est-ce que l'amende *efface* cette gravité ? Si l'offense ne mérite pas la prison, pourquoi alors la donner au tribunal comme une première option ? Une autre distorsion du raisonnement :

The court's only viable options are to impose a fine too low to reflect the gravity of the offence or to impose a high fine and fail to ensure that it is paid, or to imprison the offender, not for the gravity of his offense, but for his inability to pay the fine (Swaigen et Bunt, 1985. p.59).

On peut donc conclure en disant que ce mini-nœud cognitif fut produit *par une erreur d'abstraction et de transposition dans les communications juridiques sous l'influence de la rationalité pénale moderne*, que ladite erreur fut généralisée au droit criminel ordinaire et se trouve présente dans les deux traditions juridiques, et qu'une de ses implications fut à la fois la dévalorisation de l'amende et la revalorisation de l'incarcération pour le droit criminel ordinaire et pour le droit des corporations.

### **2.2.1. Le cas de l'amende de réparation**

Dans le premier avant-projet de réforme, débattu en 1981, les réformateurs proposèrent un autre type de peine d'amende : « l'amende de réparation ». Il s'agissait d'une « amende » qui devait être payée à la victime et non à l'État, si le crime avait causé un dommage matériel.

Dès le départ, la proposition de la Commission fut relativement timide. Au lieu de concevoir l'amende de réparation comme une sanction indépendante et autosuffisante pour punir, les réformateurs la présentèrent exclusivement comme une « peine complémentaire » à la peine appliquée (la prison, dans presque tous les cas). Et cette peine devait être en plus obligatoire dans tous les crimes qui causaient un dommage matériel à la

victime. Son application devait être immédiate dès que le dommage matériel était constaté. Le juge devait la déclarer comme telle. De cette manière, le condamné recevait une peine (prison ou peine restrictive de droits et/ou amende) et, si le crime avait causé un dommage matériel à la victime, il était obligé de lui payer une amende de réparation. Telle fut la formule que proposèrent les réformateurs et qui fut débattue par les juristes. Or, cette formule avait le grand inconvénient de se rapprocher beaucoup d'une simple réparation civile octroyée dans le cadre d'un procès criminel et ce, d'autant plus qu'elle portait le nom d'amende de *réparation*, un médium considéré comme suspect dans les communications du droit criminel. Voici la proposition :

*L'amende de réparation*

Art. 53. La peine d'amende de réparation consiste en un paiement, à travers le dépôt judiciaire au nom de la victime ou de ses héritiers, d'un montant calculé à partir de l'article 49 lorsqu'il y a un tort matériel résultant du crime commis.

§ 3 Dans le dédommagement civil, le montant payé à titre d'amende de réparation sera soustrait.

[...]

Art. 58. L'amende de réparation est appliquée indépendamment des dispositions déjà prévues par la loi pour tout crime qui cause un tort matériel et ses limites sont fixées dans l'art. 53 et son paragraphe 1.

Telle qu'elle fut adoptée, cette proposition n'était évidemment pas une alternative à l'incarcération. Elle n'était pas non plus une sanction additionnelle mise à la disposition du juge, puisqu'elle était à la fois une peine *complémentaire* et *obligatoire*. Or, cette proposition, en dépit du fait de simplement aggraver les peines du système pour rendre quelque chose à la victime, ne passa pas l'épreuve de la communauté pénaliste et fut enlevée du projet final. Mais pour quelles raisons ?

Les réformateurs choisirent le médium « *réparation* » qui, en matière criminelle, était profondément suspect et ambivalent pour caractériser une « peine ». Même en étant simplement *complémentaire*, elle avait le « défaut » de s'adresser à la victime comme bénéficiaire au premier plan. Nous disons « défaut » parce que nous savons que la définition dominante de la punition en matière criminelle considérait (et depuis plusieurs siècles) que seulement l'autorité hiérarchique pouvait être la « bénéficiaire » des « fruits » de la punition (Pires, 2015). Résultat : l'amende *de réparation* fut alors observée par les juristes comme

étant une « contradiction en soi ». À leur avis, une *peine* ne pouvait pas (par définition) bénéficier à la victime au premier plan; elle devait bénéficier à l'autorité. L'extrait ci-dessous, d'un excellent juriste et avocat criminaliste brésilien<sup>75</sup>, exprime ce point de vue dominant :

S'il y a un concept autour duquel les opinions sont unanimes, c'est [que la sanction pénale n'est pas le] simple rétablissement des intérêts dans l'état antérieur (que la réparation de la sanction civile représente par excellence) ; elle prive l'auteur d'un crime des biens juridiques. Dans cette perspective, l'expression amende de réparation contient une contradiction *in adjecto*. [...] La réparation du dommage causé par le délit prend une l'importance qu'on ne peut pas nier, mais la transformer en peine est aller dans une direction confuse et dangereuse. Elle [...] ne possède pas l'élément fondamental de la nature de la peine : la réparation ne prive pas l'auteur du crime de certains biens juridiques, mais elle promeut seulement le rétablissement de l'ordre antérieur au crime. Elle n'intimide ni ne châtie, elle est élitiste (!) et compromet la dignité des institutions pénales<sup>76</sup>.

Par conséquent, selon cette manière de voir, une amende qui est une *peine* ne peut pas être en même temps une forme quelconque de *réparation* à la victime. Alors :

L'idée fut abandonnée devant la résistance de certains juristes qui disaient que le droit pénal ne devrait pas s'occuper de ça, ils trouvaient que l'amende devrait être un dispositif d'intérêt public seulement et non d'intérêt de la victime [...] Alors, l'amende de réparation ne fut pas gardée parce qu'il y eut cette résistance à la loi selon cette théorie que l'amende ne pouvait pas être versée à des intérêts privés (Entrevue, René Ariel Dotti).

On voit clairement dans l'extrait ci-dessus la reproduction de cette idée que la victime ne pouvait pas être la bénéficiaire de la punition (Foucault, 1975; Christie, 1977).

Un autre argument utilisé contre l'amende de réparation fut celui de la compétence du juge en droit criminel pour appliquer une telle mesure. Réparer le dommage

---

<sup>75</sup> Signalons qu'aujourd'hui, ce grand juriste ne semble plus de tout soutenir ce point de vue, mais l'idée formulée ici reste dominante parmi les juristes criminalistes.

<sup>76</sup> Batista, Nilo (relator) (1981). Parecer do Instituto de ciências penais do Rio de Janeiro sobre o anteprojeto de lei que altera dispositivos do Código penal (portaria n. 192, de 6 de março de 1981, do Ministério da Justiça), Revista de Direito Penal, n. 31, p. 118.

causé à la victime était vu comme une compétence du juge de droit civil qui était mieux préparé et mieux formé pour décider en la matière. Dans le cadre de la proposition de la Commission, cet argument était pourtant clairement erroné parce que les réformateurs ne demandaient pas au juge pénal de calculer les dommages comme le fait le juge civil. Le juge devait simplement établir une valeur d'amende de réparation à titre de peine complémentaire, rien de plus. D'ailleurs, les réformateurs de 1980 réfléchirent à cette question et, dans leur proposition, ils établirent que dans l'indemnité du droit civil, le montant accordé comme amende de réparation par le juge criminel devrait être déduit (article 53, § 3<sup>o</sup>). On voit dans l'extrait ci-dessous que le ministre de la Justice de l'époque déplora cet argument erroné qui fut avancé pour contrer la proposition de la Commission :

On n'a jamais pensé à changer ça [la réparation par le droit pénal et non par le droit civil] parce qu'en fin de compte, cela exige une formation professionnelle différente de celle attendue du juge de droit pénal. Le juge criminel est attentif quant à la convenance ou à la nécessité de restreindre la liberté du coupable. La question du dédommagement doit prendre en compte l'évaluation du patrimoine, la possibilité de dédommager et les limites qui y sont liées pour éviter que la famille qui dédommage ne fasse faillite. Il s'agit d'un système beaucoup plus complexe que celui d'accompagner la peine privative de liberté...il y a l'amende, mais elle n'a pas la potentialité de réparer le tort. (Entrevue, Ibrahim Abi-Ackel).

Devant tous ces arguments, la proposition de l'amende de réparation fut abandonnée. Cependant, les réformateurs de 1980 réussirent à insérer la réparation à l'égard de la victime dans le Code criminel comme une condition réduisant la peine.

### **2.2.2. La réparation comme norme de réduction de la peine**

La réparation à la victime fut insérée dans le Code comme un dispositif pour réduire la peine à travers la figure du « regret postérieur » (« arrepimento posterior »). Ce mécanisme eut deux versions dans le projet de réforme.

Dans le Code de 1940, le « regret postérieur » apparaissait déjà comme une circonstance atténuante de la peine. Cependant, cela exigeait que le coupable ne soit pas allé

au bout de son crime, qu'il ait arrêté avant de le commettre, mais n'exigeait pas la réparation du tort causé à la victime.

Dans la première version présentée en 1981 par les réformateurs, ce mécanisme permettait de réduire la peine de prison ou de la *remplacer* par une autre peine moins grave. Il s'agissait ainsi, au début, autant d'un mécanisme de réduction que de *substitution* à la peine de prison. Les conditions imposées étaient : 1) que le crime ait été commis sans violence ou graves menaces à la victime et 2) que le coupable réparât spontanément le dommage causé à la victime. Notons cependant que même dans cette version, le juge ne pouvait pas renoncer au prononcé de la peine.

Dans la version finale du projet, la marge d'application du mécanisme fut rétrécie. Il cessa d'être une peine de substitution pour être seulement un mécanisme de réduction de la peine de prison d'un à deux tiers. De plus, les réformateurs ajoutèrent une limite temporelle à la réalisation de la réparation comme condition d'application de ce mécanisme. Le coupable avait jusqu'au début du procès devant le juge pour réparer le dommage.

**TABLEAU 4.4.**

**Le regret postérieur dans la réforme**

| <i>Avant-projet 1981</i>   | <i>Avant-projet final 1983</i>   | <i>Loi 1984</i>               |
|--|--|-------------------------------|
| <p>Regret postérieur<br/>           Art. 16. Dans les crimes commis sans violence ou graves menaces à la personne, dès que le coupable a réparé le dommage spontanément, la peine peut être réduite de un à deux tiers ou remplacée par une autre peine moins grave.</p> | <p>Regret postérieur<br/>           Art. 16. Dans les crimes commis sans violence ou graves menaces à la personne, dès que le coupable a réparé le dommage spontanément, avant que le juge n'accepte l'ouverture du procès, la peine peut être réduite de un à deux tiers.</p> | <p>Idem projet final 1983</p> |

Comment pouvons-nous comprendre ce qui se passa ici ? Pourquoi le juge était-il obligé de punir même après avoir constaté que le coupable regrettait son geste et qu'il était à s'engager dans une activité de réparation à l'égard de la victime ? Et pourquoi ce dispositif perdit-il une de ses fonctions et, plus exactement, celle de remplacer la peine de prison (objectif de la réforme) ?

Selon toute vraisemblance, c'est surtout l'influence de la théorie rétributiviste de la peine (suivie de celle de la théorie de la dissuasion), qui joua un rôle ici pour empêcher l'absence de toute forme de sanction. L'idée qui fut retenue semble avoir été celle que, même s'il y avait un *regret* et une *réparation*, tous les crimes devaient avoir nécessairement une peine comme réponse et que c'était là une exigence de la justice. Toutefois, comme une forme de compromis, l'idée de réduire la peine en raison de la réparation apparut comme acceptable à condition de conserver la peine la plus sévère qui était l'emprisonnement.

C'est Juarez Tavares, un autre juriste très réputé au Brésil, qui a attiré notre attention sur l'influence de la théorie de la rétribution lors d'une entrevue. Il fut juriste externe à la Commission, en ce sens qu'il participa aux discussions sur la réforme à l'époque. Il a attribué explicitement à la théorie de la rétribution le fait que le regret postérieur ne fut pas retenu comme suffisant pour rendre inutile l'application de la peine :

L'idée selon laquelle le regret exprimé par le coupable, avant que la cause ne soit portée à l'attention du juge, soit suffisant et rende inutile la punition, ne fut pas formulée. Même si cette idée était en vigueur à l'époque. Le regret postérieur démontre évidemment que le législateur croyait à la peine, c'est-à-dire parce que la peine avait un caractère rétributif. Le sujet commet un vol simple, ensuite il regrette et retourne l'objet à la victime, il est puni selon le Code brésilien parce qu'il prévoit la punition dans ce cas. C'est l'article 16. Alors, le regret postérieur démontre que le législateur brésilien de 1984 était lié à l'idée rétributiviste (Entrevue, Juarez Tavares).

### 2.3. La place du sursis dans la réforme

Dans les dispositifs pensés par les réformateurs pour réduire le recours à la prison, il y eut aussi la figure du *sursis*<sup>77</sup>. Le terme *sursis* signifie ici la suspension de l'*exécution* de la peine de prison pendant un certain temps au cours duquel le condamné sera en liberté, mais assujéti à certaines conditions et contraintes. La peine de prison est déclarée, mais son exécution est suspendue. Curieusement, les réformateurs conçurent le sursis davantage comme une *peine* que comme un dispositif de *suspension* d'une peine. Au tout début, il fut conçu comme une peine qui pouvait se substituer *de fait* à la peine de prison selon les conditions établies dans le Code. Le sursis s'inséra ainsi dans la réforme comme un des mécanismes pour éviter la prison.

Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, dans les débats de réforme autour du Code de 1940 dans les années 1970, on critiqua la manière dont le sursis avait été prévu en argumentant qu'il contribuait à une sensation d'« impunité ». C'est que le Code de 1940 avait compris (d'ailleurs, avec raison) ce dispositif comme une suspension de la peine et présentait cette dernière comme n'étant ni juridiquement nécessaire ni acceptable pour une série de raisons ou de caractéristiques attribuables aux cas en espèce. Par conséquent, il n'imposait pas de conditions assez contraignantes au condamné. Le juge stipulait usuellement que le condamné devait chercher un travail, rentrer plus tôt à la maison, ne pas porter une arme et/ou ne pas fréquenter certains établissements et qu'il devait demander une autorisation en cas de déménagement ou de voyage. Or, comme les réformateurs voulurent que le sursis soit « une peine » (infliction de souffrance), ils jugèrent que ces conditions étaient insuffisantes pour le caractériser de cette façon.

Dans la fureur de ce débat, en 1977, la loi n. 6.416 fut promulguée dans le but de réformer certaines dispositions du Code de 1940, y compris certains aspects du sursis.

---

<sup>77</sup> Le sursis fut créé dans la législation criminelle brésilienne en 1924 à travers un décret (n. 16.588). Il était appliqué dans les cas où : la peine de prison n'était pas supérieure à 1 an, le condamné n'était pas récidiviste, et selon les caractéristiques de l'individu, les motifs et circonstances du crime. Il fut incorporé dans le Code de 1940 dans les cas où : la peine était la détention d'une durée maximum de 2 ans (pour la peine de réclusion, le maximum était de 2 ans seulement si le condamné avait moins de 21 ans et plus de 70 ans), le condamné n'était pas récidiviste et « les antécédents, la personnalité, les motifs et les circonstances du crime autorisaient la présomption qu'il ne récidiverait pas » (art. 57).

D'abord, le sursis fut étendu aux cas où la peine de prison (réclusion et détention) n'était pas supérieure à 2 ans<sup>78</sup>. La loi garda par contre la restriction à l'égard des récidivistes. En changeant le Code de la procédure pénale, la loi permit au juge (mais *ne l'obligea pas*) d'imposer d'autres conditions au condamné pendant la période du sursis. Par exemple, le juge pouvait lui imposer l'obligation de fréquenter un cours de perfectionnement en milieu professionnel ou scolaire, de réaliser un travail dans la communauté, d'appuyer financièrement la famille et de se soumettre à un traitement de désintoxication.

Certains membres de la Commission de 1980 participèrent aux débats autour de ce projet de loi. Ainsi, lors de la réforme, ils gardèrent cette intention de transformer le sursis en une mesure « plus fiable » (selon leur manière de penser) aux yeux du droit criminel. Et ils voulurent aussi l'incorporer dans leur ensemble de mécanismes pour réduire le recours à la peine de prison. Comment conçurent-ils alors le sursis?

Ils conservèrent le critère de la loi de 1977 quant à la peine de prison, ce qui veut dire que le sursis s'appliquait dans les cas pour lesquels la peine de prison n'était pas supérieure à 2 ans. Ils gardèrent la récidive comme restriction, mais ils spécifièrent qu'il s'agissait de la récidive dans les cas de crimes commis avec intention directe, ce qui réduisait la portée de la restriction. Ensuite, ils modifièrent les conditions imposées pendant la période du sursis. Ils prévirent, au début, que pendant toute la période du sursis qui pouvait être de 2 à 6 ans, le condamné *serait obligé* de réaliser un travail communautaire. C'était comme si le sursis comprenait maintenant, au-delà des autres conditions, une peine « emboîtée » de prestation de services à la communauté. Cependant, lors de la présentation du projet final, les réformateurs restreignirent légèrement cette obligation. L'obligation de réaliser la prestation de services à la communauté, par exemple, était due pendant la première année du sursis et non tout au long de celui-ci. La durée du sursis changea aussi, passant de 2 à 4 ans.

---

<sup>78</sup> C'est le moment des discours sur la surpopulation carcérale et sur l'impunité, comme nous l'avons vu au chapitre 3.

Nous observons donc une tentative de transformer le sursis en « peine » à travers une opération qui consiste à ajouter *obligatoirement* au sursis des conditions (et/ou des sanctions effectives) afin qu'il n'apparaisse pas comme étant « vide » et associé à l'impunité<sup>79</sup>. Lors des entretiens, un des réformateurs, le juriste Jair Leonardo Lopes, exprima cette inquiétude à l'égard de l'impunité, en soutenant la nécessité de transformer le sursis *en peine*. Il concevait l'ancien dispositif du sursis comme un « arrangement » entre l'avocat de la défense et le juge, si bien que le condamné ne percevait pas qu'il y avait là une véritable peine et y voyait plutôt un signe d'impunité.

Lorsque j'étais avocat, il était tellement courant sur la question du sursis d'entendre un condamné dire : « l'avocat a négocié cela pour moi ». Il s'agissait de la suspension conditionnelle qui ne faisait l'objet d'aucune surveillance... elle suspendait et obligeait seulement [le condamné] à aller se présenter au Palais de justice. Le fonctionnaire signait le papier et il s'en allait...«ahhh cela a été négocié»...[or], il ne sentait aucune restriction à l'égard du crime qu'il avait commis; il trouvait cette mesure très douce et il pensait que c'était quelque chose de 'négociée' [qui n'était pas dans la loi]. Mais le sujet qui va en prison, il ne pense pas que c'est une négociation...il ressent le problème... (Entrevue, Jair Leonardo Lopes).

Il est intéressant de noter ici que ce que notre observateur « négocie » en tant qu'« avocat », il est *contre* en tant que réformateur et juriste. L'influence de la rationalité pénale moderne semble prédominer dans le champ de la réforme du droit, même lorsqu'elle ne prédomine pas dans le champ de pratique *des avocats de la défense*. Il faut noter aussi que le sursis, dans le passé, n'était effectivement pas une peine; donc, ne pas être perçu comme une peine (mais comme un avertissement), ce n'est pas un défaut du mécanisme.

Ce raisonnement dénote aussi une inquiétude, par rapport aux conditions d'application du sursis, sur les infrastructures de surveillance et de suivi du condamné au Brésil. L'extrait ci-dessus soulève ce problème, mais il démontre aussi comment l'observateur ne vit pas – ou perdit de vue – le problème de la prison, y compris le problème

---

<sup>79</sup> Cette tendance a été observée dans d'autres recherches sur les solutions de remplacement dans d'autres pays (Lalande, 2007; Kaminski, 2007; entre autres). Au Canada, par exemple, la mesure de l'emprisonnement avec sursis, créée en 1996, a été reçue avec une grande méfiance de la part des juges quant à sa « crédibilité » (Lalande, 2007, p. 75). Alors, la tendance a été d'augmenter le contrôle et le caractère répressif de la mesure à travers « l'accroissement de la durée et le durcissement des conditions » (Kaminski, 2007, p. 96). Pour plus de détails sur cette mesure, voir Lehalle, Landreville et Charest (2009).

de l'absence de conditions de vie adéquates dans le système pénitentiaire brésilien. C'est comme si la prison, indépendamment de la bonne ou mauvaise qualité de ses infrastructures, démontrait l'intention de faire souffrir, ce qui serait « suffisant » pour remplir le rôle de la peine par excellence du droit criminel. Les « coûts humains » qu'elle engendre sont perdus de vue.

De plus, le sursis s'insérait dans le cadre d'autres propositions visant la réduction de la prison. Cependant, les réformateurs appliquèrent aux sanctions la même logique que le Code pénal adopte pour les crimes : ils décidèrent de présenter les sanctions sous la forme d'une « *échelle hiérarchique* » plutôt que de placer tous les dispositifs de sanction sur le même plan et laisser le tribunal les adapter selon chaque cas. Ainsi, dans la logique des réformateurs, le sursis *devait être plus sévère* que les peines restrictives de droits qui pouvaient être appliquées aux crimes dont la peine de prison était jusqu'à 1 an. Or, comme le sursis fut proposé pour les peines de prison allant jusqu'à 2 ans, il devait être appliqué pour des crimes plus graves. En suivant cette ligne de pensée, ils inclurent dans le sursis une peine restrictive de droits et ajoutèrent d'autres conditions telles que l'interdiction de fréquenter certains endroits, de déménager sans autorisation du juge, l'obligation de comparaître une fois par mois au Palais de justice, etc. Son insertion dans la réforme et la manière de le conceptualiser suivirent ainsi une logique d'échelonnement qui privilégiait encore la relation « crime et peine ». Plus grave était le crime, plus grave était la peine. Et le sursis, de dispositif de suspension d'une peine, devint une peine de « sévérité intermédiaire » entre la peine restrictive de droits et la peine de prison.

Cependant, ils les réformateurs créèrent une exception à la règle d'ajouter une peine restrictive de droits. Ils laissèrent au juge la possibilité de ne pas appliquer cette peine si le condamné avait réparé le dommage à l'égard de la victime et si les circonstances du cas étaient favorables au condamné.

Il est intéressant de noter aussi le commentaire que fit, plus de 25 ans après la réforme, le réformateur Miguel Reale Junior lors de l'entretien qu'il nous donna. Il nous confia que ce qui fut pensé comme une exception devint la règle. Soulignons aussi que ce

que déplorèrent les réformateurs (la perte du caractère « pénal » du sursis) peut être observé comme une incidence d'une pratique modératrice qui amena le sursis à devenir à nouveau un dispositif de *suspension* de la peine. Les tribunaux semblaient avoir besoin d'un tel dispositif.

Le sursis spécial qui devait être l'exception devint la règle. Pourquoi? Parce qu'il permettait d'appliquer le sursis sans qu'il soit accompagné de travaux communautaires ou de quelque peine restrictive de droits. Les obligations étaient de comparaître au Palais de justice, de ne pas sortir de la ville, etc. Or, les juges commencèrent à appliquer [le sursis spécial], ils n'appliquèrent pas les peines alternatives, ni le sursis avec peines alternatives, seulement le sursis spécial parce que c'était plus facile (Entrevue, Miguel Reale Junior).

\*\*\*\*\*

Nous pouvons maintenant résumer les mesures substitutives proposées par les réformateurs pour éviter la prison dans le tableau ci-dessous. On notera que la peine de prison est toujours au centre de la structure des peines du Code.

**TABLEAU 4.5.****Les peines et mesures substitutives pour éviter la prison dans la réforme de 1984**

|                                     | <b>Point de départ :<br/>la peine de prison appliquée au<br/>cas concret</b>                | <b>Peines et mesures substitutives</b>  |
|-------------------------------------|---|---|
| <b>Pour le juge du<br/>procès :</b> | Prison jusqu'à 6 mois (sans récidive)   | Amende  |
|                                     | Prison jusqu'à 1 an (sans récidive)   | Peine restrictive de droits (prestation de travail à la communauté, interdiction temporaire de droits ou limitation pendant le week-end)                                    |
|                                     | Prison pour tous les crimes commis avec négligence, imprudence ou impéritie (sans récidive) | Deux peines restrictives de droits ou une peine restrictive de droits et une amende   |
|                                     | Prison jusqu'à 2 ans (sans récidive pour crime avec intentionnalité directe)                | Sursis (suspension de l'exécution de la prison incluant prestation de travail à la communauté et/ou interdiction temporaire de droits et/ou limitation pendant le week-end) |
|                                     | Prison jusqu'à 4 ans (sans récidive)  | Régime ouvert comme régime initial de prison  |

Nous ajoutons à ce tableau la possibilité du juge de déterminer le régime ouvert comme régime initial de prison. Selon la loi, ce régime était hybride : le condamné devait rester à l'extérieur de la prison pendant le jour pour travailler, étudier ou faire une autre activité autorisée, mais il devait passer ses nuits et ses jours de congé à l'intérieur d'un établissement du système pénitentiaire. Cependant, ce qui se passait dans la pratique ne suivait pas ce que la loi prescrivait : la personne condamnée en régime initial ouvert restait alors en liberté sous certaines conditions (qui étaient semblables à celles que recevait le condamné ayant obtenu une libération conditionnelle). L'application de ce régime signifiait ainsi une sorte de peine dans la communauté et non en prison. Cette modalité de

« modération de la peine » ne fut pas pensée par la réforme; elle fut le fruit d'une contingence administrative. Bien sûr, si le condamné ne respectait pas les conditions qui lui étaient imposées, son régime de prison pouvait régresser à un régime plus grave qui impliquait alors l'incarcération.

Comme on peut le voir, les mesures substitutives qui excluaient la prison faisaient référence à des peines de prison qui n'étaient pas très élevées. Le juge du procès, par exemple, pouvait remplacer la prison par une peine restrictive de droits si la peine de prison appliquée était inférieure à 1 an. Si la prison allait jusqu'à 2 ans, il pouvait la remplacer par le sursis. Ainsi, le juge avait des possibilités de décision pour les cas où la peine maximum de prison était de 2 ans. Dans la réforme, le condamné qui avait une peine de prison de plus de 2 ans continuait à être envoyé à la prison. La marge de manœuvre du juge pour fixer sa sentence faisait référence à cet univers de cas, aux peines de prison fixées à un maximum de 2 ans. Les réformateurs voulurent restreindre la prison aux cas nécessaires. Cependant, les cas nécessaires paraissaient englober encore la majorité des cas.

Sans doute ces propositions représentaient-elles une amélioration significative si nous les comparons avec le Code pénal que les réformateurs avaient devant eux en 1980. Cependant, la réforme ne réussit pas à décentrer la peine de prison dans la structure des peines du droit criminel brésilien.

Nous pouvons voir cela, d'abord, dans le fait que la prison était la porte d'entrée pour tout mécanisme de substitution à l'emprisonnement. Le juge du procès continuait d'être obligé de déterminer la peine de prison à travers un processus de « calcul » dans lequel il perdait le pouvoir discrétionnaire d'analyser les circonstances atténuantes et aggravantes d'une manière qualitative.

De plus, la place hégémonique de la prison peut être visualisée dans la structuration de ce mécanisme de substitution. Ce dernier suivait une logique de hiérarchisation selon laquelle la gravité du crime détermine le type de peine ou de mesure substitutive à la prison. Cette structuration suivait une logique d'échelonnement guidée d'une

manière prédominante par la relation crime et peine. Comme le tableau le montre, nous avons, d'un côté, l'échelonnement des crimes et, de l'autre, celui des peines ou des mesures substitutives. Dans cette hiérarchie de sanctions « non (intégralement) carcérales », la peine la moins sévère est l'amende (toute seule) et la plus sévère, la prison en régime ouvert.

Le tableau indique un autre point important : les propositions des réformateurs visant à exclure la prison furent soumises à plusieurs conditions qui limitaient leur incidence. De toutes ces conditions, la plus contraignante était la récidive. Même les crimes dont la gravité était très légère n'échappaient pas à cette limitation. Cette condition bloqua toutes les mesures substitutives de la prison prévues par les réformateurs. Dans la prochaine section, nous allons voir comment les réformateurs conçurent la question de la récidive.

### **3. La manière de penser la récidive dans la réforme de 1984**

Le terme « récidive » peut avoir plusieurs significations et implications juridiques. Landreville (1982, p. 379) remarque que ce terme « n'a aucun sens en soi, il doit toujours être accompagné par une définition précise ». Le problème sur lequel il veut attirer notre attention porte sur la fidélité et la validité de l'usage de la notion de « récidive » comme critère pour évaluer les mesures pénales. Nous ne reprendrons pas ici cette problématique, mais simplement l'idée qu'il s'agit d'une catégorie juridique et qu'il est nécessaire de voir alors comment le droit criminel construit dans chaque cas le sens de ce terme.

La récidive est une catégorie juridique qui peut être traitée de différentes manières. Alors, comment les réformateurs envisagèrent-ils juridiquement la récidive en présence du problème de la prison?

En effet, au Brésil aussi, on caractérisa la prison comme une « école du crime ». Et soulignons que la Commission parlementaire d'enquête sur le système pénitentiaire brésilien de 1975 avait repris ce diagnostic lors de son rapport final en écrivant ce qui suit :

Une grande partie de la population carcérale est prise dans les pénitenciers ou établissements analogues, dans lesquels des prisonniers dangereux vivent dans des cellules surpeuplées avec d'autres prisonniers de faible dangerosité ou sans dangerosité aucune, ou même détenus provisoirement, et pour qui la présomption d'innocence est un mythe. Dans cet environnement, l'oisiveté est la règle; l'intimité, inévitable et profonde. La détérioration du caractère qui résulte de l'influence pernicieuse de la sous-culture criminelle, l'habitude de l'oisiveté, l'aliénation mentale, la perte des compétences pour le travail, les mauvais effets pour la santé, sont des conséquences de ce type de confinement pervers, défini déjà ailleurs comme « semence de récidive », vu ses effets criminogènes<sup>80</sup>.

La question ici est donc de voir comment les réformateurs envisagèrent la récidive et de savoir s'ils tinrent compte ou non de la réalité carcérale dans leur réponse au problème factuel posé par la récidive.

Dans une étude sur la récidive dans l'évolution de la législation criminelle française du 19<sup>e</sup> siècle, l'historien du droit Bernard Schnapper montre comment ce qui était considéré alors par le droit criminel comme une « récidive », une « obsession créatrice », pour reprendre les termes de Schnapper, a changé au fil du temps (Schnapper, 1982). Il souligne que la récidive met en lumière « le heurt répété de deux points de vue antagonistes, de deux politiques pénales : l'une qu'on pourrait dire d'expiation se réduirait à punir sévèrement le récidiviste pour lui faire peur ou l'éliminer faute de l'intimider. L'autre résiderait dans la régénération du délinquant, l'espérance placée en lui, une politique qui au fil du temps a pris plusieurs formes » (1982, p. 26). À travers cette divergence d'opinions, au moins dans la législation française étudiée par Schnapper, les solutions ont été majoritairement conçues pour augmenter la sévérité des peines pour les récidivistes, malgré l'existence d'un courant doctrinaire, comme l'a nuancé Halpérin (2010, p. 87), qui critiquait le traitement donné aux récidivistes dans les Codes criminels français.

Cette remarque de Schnapper montre comment il est important de nous interroger sur la manière d'envisager la récidive et sur la façon dont les théories de la peine jouent un rôle fondamental dans la construction du sens qu'on lui attribue en droit criminel.

---

<sup>80</sup> Ministério da justiça (1980b). « Relatório e conclusões da CPI sobre o sistema penitenciário », Brasília: Imprensa Oficial, p. 4.

Avant de voir ce qui se passa ici, rappelons que la littérature criminologique a montré (Bottoms, 1995; Tonry, 2004; entre autres) qu'il y avait une tendance générale à adopter des mesures répressives pour punir plus sévèrement les récidivistes et que ces mesures étaient appuyés surtout par les idées de rétribution et de dissuasion (Garland, 2001, p.9).

Dans notre cas, les réformateurs pensèrent la récidive à l'aide exclusivement de deux théories de la peine : la rétribution et la dissuasion. En plus, ils ne songèrent pas aux problèmes de la prison ni même aux diverses causes sociales et psychologiques possibles de la récidive. La réponse à la récidive fut construite ainsi de façon strictement morale, en termes de « plus grande culpabilité » (rétribution) et de déficit de « sévérité » (dissuasion). Résultat : la prison n'était plus un problème, mais la *seule solution et pour tous les cas*. Dans l'extrait ci-dessous, les réformateurs justifiaient une intervention plus sévère auprès des récidivistes, ce qui eut comme conséquence de les exclure de la possibilité de sanctions non carcérales. Ils soutinrent que la récidive démontrait un degré accentué de culpabilité et, comme la sévérité de la peine était liée au degré de culpabilité de l'auteur de l'infraction (théorie de la rétribution), la récidive justifiait une « réprobation » supérieure symbolisée par une peine plus souffrante. Cette dernière était d'ailleurs justifiée pour une autre raison donnée cette fois-ci par la théorie de la dissuasion. Les réformateurs argumentèrent que la récidive démontrait une volonté de commettre un crime plus intense et de marquer du mépris quant à la punition antérieure. Ils y virent ainsi un mépris de l'intimidation de la loi pénale et de la première condamnation. Selon ce raisonnement, pour rétablir la force intimidatrice de la peine, une peine plus sévère se justifiait.

La récidive fait référence à la culpabilité de l'accusé et elle est la conséquence de la structure du droit pénal de la faute. [...] Et le récidiviste, sans être, à notre avis, un type normatif d'auteur, sans être condamné à récidiver toute sa vie, révèle pourtant, par le nouveau crime qu'il a commis, la volonté d'être l'auteur d'un délit plus intense. Cette intensité plus grande, exprimée par le nouvel acte, [...] découle de la circonstance d'avoir déprécié la condamnation antérieure et toute la force d'intimidation de la loi pénale [...]. Le nouveau délit démontre l'inefficacité de la procédure pénale et de la condamnation par rapport à la

prévention spéciale individuelle du condamné et une culpabilité majeure en raison de l'obligation de respecter la loi par le souvenir de l'expérience vécue<sup>81</sup>.

En concevant la récidive de cette manière, le droit criminel reste indifférent aux critiques de la prison qui deviennent un « bruit dans son environnement » et il continue à reproduire les structures qui actualisent le recours à la prison.

On constate aussi que cette communication du droit criminel reste aveugle à toutes les conditions qui amènent à la récidive, créant sa propre « rationalisation » du problème. Elle considère que l'individu est entièrement responsable de ce qui lui arrive. Et cela aboutit à une simplification de la réponse du droit criminel qui est conçue de façon mécanique (sans réflexion), canalisée vers la prison et de façon indiscriminée (sans évaluation du juge). Comme d'autres observateurs l'ont dit, il y a ici un processus de « déresponsabilisation » du droit criminel lui-même<sup>82</sup>.

Ce processus de responsabilisation du condamné a été expliqué surtout à partir de certains changements et de certaines configurations dans la logique de la gouvernance néolibérale (Feeley et Simon, 1992; Rose, 2000; Hannah-Moffat, 2005; Quirion, 2012, entre autres). Or, nous voulons attirer ici l'attention sur le poids que les idées pénales, comme les théories de la rétribution et de la dissuasion, ont dans la réception et dans la configuration de ce problème, particulièrement dans la manière de concevoir la récidive et de construire la « réponse » en matière criminelle.

Il faut cependant garder à l'esprit que, même en matière criminelle, la récidive aurait pu être envisagée d'une autre manière. Les théories de la réhabilitation, autant celle de la première que celle de la deuxième modernité, envisagent la récidive « au cas par cas ». La règle générale qui stipule mécaniquement d'envoyer directement le récidiviste en prison est « absurde » et inopportune du point de vue de ces théories. Dans certains cas (par exemple, la consommation de drogues ou d'alcool), la récidive est même une expectative normale dans

---

<sup>81</sup> Reale Junior, Miguel *et al.* (1987). *Penas e medidas de segurança no novo código*, Rio de Janeiro: Forense, p. 175-177.

<sup>82</sup> Cela a été remarqué aussi dans d'autres recherches. Voir, entre autres, Bosworth (2007), Quirion (2012), Adam (2012).

le cadre même d'un processus de réhabilitation. Ainsi, la récidive n'implique pas nécessairement des aggravations de situations, ni même une simple mépris moral de l'individu envers la loi ou l'autorité, mais simplement un état sur lequel il faut agir de façon réfléchie et nuancée.

À titre illustratif de cet autre regard possible, reprenons le débat qui, à l'heure actuelle en France, mobilise des juristes, des scientifiques et des intervenants autour d'une nouvelle politique publique de prévention de la récidive. Parmi les principes d'action défendus dans le rapport du « jury de consensus » présidé par l'ancienne professeure de criminologie, juge et présidente de la Cour européenne, Françoise Tulkens, se trouve notamment celui-ci :

[Ce principe] se traduit par l'importance de laisser au magistrat la possibilité d'apprécier l'effet sur la peine de la circonstance aggravante de récidive et invite à la suppression de la limitation, pour les récidivistes, de l'accès aux aménagements de peine afin d'ainsi mieux assurer leur réinsertion, sans pour autant les dédouaner de leur responsabilité (Rapport du jury de consensus remis au Premier ministre, 2013, p. 7).

Ce rapport insiste davantage sur le traitement de la récidive au cas par cas et sur le rôle du juge lors de la détermination de la peine. La récidive n'est vue ni automatiquement ni exclusivement comme le signe d'une « culpabilité » individuelle qui exige comme réponse une peine plus sévère; elle est vue comme le signe d'un problème plus complexe qui demande une évaluation dans chaque cas et des mesures pour permettre l'inclusion sociale des récidivistes. Malheureusement, à l'époque ici étudiée, les réformateurs actualisèrent plutôt les idées dominantes et inappropriées des théories de la rétribution et de la dissuasion.

#### **4. L'hypothèse impensable de la réforme : l'abolition de la peine minimale**

Notre intérêt pour l'observation du problème des peines minimales de prison dans la réforme de 1980 se justifie parce que nous partons de l'hypothèse formulée par Machado et Pires (2010) selon laquelle le modèle de la peine minimale, en orientant les autorités juridiques lors de la détermination de la peine vers l'exclusion sociale des

individus, non seulement empêche la reconstruction des structures internes du droit criminel, mais il empêche aussi le droit criminel de traiter convenablement le problème du recours abusif à la prison.

Par peine minimale, nous prenons ici le concept construit par Pires et Machado (2013) avec l'aide de la littérature juridique et scientifique. Il s'agit d'une pratique législative pour créer des peines concernant les adultes, qui « fixe un type (qualité) et une quantité de peine à titre de 'tarif du crime' » (Pires et Machado, 2013, p. 83). Ce modèle s'est développé autour de la première moitié du 19<sup>e</sup> siècle (Machado et Pires, 2010; Pires et Machado, 2013). Il est utilisé surtout pour les peines de prison et d'amende, les peines les plus susceptibles d'entrer dans cette formule quantitative. Ce modèle a deux formes types selon l'autorité à laquelle il s'adresse : le modèle de peine minimale adressé aux tribunaux qui déterminent la peine (« *Quiconque fait x doit être condamné à une peine d'emprisonnement d'au moins 3 ans [et d'au plus 7 ans]* ») et le modèle adressé aux autorités de l'exécution de la peine (« *Quiconque est condamné à une peine d'emprisonnement ne peut pas être libéré sous condition avant d'avoir purgé au moins 1/3 de sa peine* ») (Pires et Machado, 2013, p. 84). Contrairement donc à une représentation très répandue, les restrictions à la libération conditionnelle en termes de la durée de l'incarcération est une modalité de peine minimale. La Commission de réforme du droit du Canada (1976, p. 26, cité par Machado et Pires, 2010, p. 99) a reconnu et traité aussi ce genre de contrainte législative comme une forme de peine minimale.

Le modèle des peines minimales est fondé sur les théories de la peine du noyau dur de la rationalité pénale moderne (la rétribution, la dissuasion et la dénonciation<sup>83</sup>) et sur une théorie portant sur la séparation des pouvoirs (Montesquieu). La théorie de la rétribution fonde cette pratique législative à travers sa conception d'un tarif minimal d'affliction fixé par l'autorité et proportionnel au mal causé par le crime. La théorie ajoute encore que l'autorité ne peut cesser de donner une sanction (afflictive) pour une raison quelconque. L'autorité est obligée de punir tous les coupables comme un impératif de justice. La théorie de la

---

<sup>83</sup> La théorie de la dénonciation fonda la pratique des peines minimales à partir du milieu du 20<sup>e</sup> siècle, comme nous l'avons vu dans le chapitre théorique (Lachambre, 2011).

dissuasion fonde aussi ce modèle de structure de peines en mettant en valeur l'idée que punir tous les coupables est une obligation pragmatique pour garantir l'effet d'intimidation de la peine. La théorie soutient que seule la peine afflictive *certaine* a cette capacité d'empêcher les criminels potentiels. La théorie de la dénonciation ajoute que le « tarif minimal d'affliction » vise à démontrer le degré minimal de réprobation du public. Ces théories soutiennent ainsi l'exclusion sociale des individus en se présentant comme indifférentes à leur inclusion dans la société. À titre de pratique législative « inspirée par ces théories » (Machado et Pires, 2010, p. 112), la peine minimale se fonde sur les idées de la rationalité pénale moderne et se présente comme un obstacle normatif - en tant que modèle de structure de normes - et cognitif - en tant qu'idées - à l'évolution du droit criminel moderne.

Pour tout cela, il nous a paru important d'approfondir ce thème avec les réformateurs (surtout dans nos entretiens). Nous voulions savoir si la Commission avait pensé à d'autres modèles de structure de peines, si elle avait discuté la possibilité d'abolir les peines minimales de prison dans certaines situations ainsi que la possibilité pour le juge d'appliquer une peine inférieure à la peine minimale. Dans les documents de la Commission, nous n'avons pas trouvé de discussions sur ce thème, ce qui est en soi significatif. Cependant, il faut souligner que lors d'un congrès tenu en 1984, après les travaux de la Commission, nous avons trouvé dans l'une des résolutions alors adoptées une proposition pour abolir la peine minimale pour certains crimes. Les participants au congrès discutèrent le projet d'une nouvelle partie spéciale du Code criminel élaborée par une autre commission de juristes, certains d'entre eux ayant participé à la Commission de 1980. La résolution recommandait ceci : « adopter dans certains crimes, l'indétermination absolue du minimum de peine » (VIe Congrès national de droit pénal et sciences affines, du 19 au 22 mars 1984)<sup>84</sup>. Cela nous indique que le modèle de peines minimales fut remis en question, même si ce fut de façon marginale, dans l'univers pénaliste au Brésil. Nous avons appris par nos interviewés que, lors des travaux de la Commission de 1980, la question de l'abolition de la peine minimale apparut également, mais elle fut rejetée parce que qu'on ne l'observait pas comme étant un problème. Au contraire, nous avons constaté un appui très fort à cette pratique législative parmi les juristes.

---

<sup>84</sup> Revista do curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia, 14 (1): 417-427, jan.-dez. 1985.

Voyons d'abord un argument fortement utilisé pour défendre les peines minimales : les peines minimales garantissaient la « sécurité juridique ». Cet argument venait de pair avec un autre dont le sens était plus difficile à comprendre. On y avançait en effet que « le juge ne pouvait ni faire ni remplacer la loi ». Bien sûr, les juges ne sont pas au Parlement pour faire la loi, du moins en tant que juges. En quoi l'absence d'une peine minimale peut-elle signifier que c'est le juge qui fait la loi ? La loi ne peut-elle laisser un champ de prérogatives pour que le juge puisse déterminer de façon convenable le *droit* dans chaque cas concret ? Bien sûr aussi que « oui », mais la doctrine pénaliste au Brésil préféra une intervention politique verticale et autoritaire de la part du Parlement plutôt que de laisser au tribunal un espace pour la détermination de la peine. L'absence de peines minimales était observée comme l'équivalent de peines complètement « indéterminées » :

On avait l'expérience des peines indéterminées quant au minimum et au maximum, mais elles ne sont pas adéquates. Parce qu'elles portent atteinte à un principe général du droit, celui de la sécurité juridique. Le juge ne peut pas faire la loi, le juge ne peut pas changer la loi, le juge ne peut pas légiférer, le juge doit appliquer la loi. Bien sûr que dans les régimes démocratiques le juge peut déclarer la loi inconstitutionnelle, mais il n'est pas obligé de le faire, comme dans le positivisme juridique, qui croyait que le juge devrait appliquer la loi comme un soldat doit obéir aux ordres, mais il n'est pas possible de donner cette responsabilité au juge, cela créerait une insécurité juridique (Entrevue, René Ariel Dotti).

Les réformateurs ne virent pas que ce qu'ils appelaient la « sécurité juridique » finissait par céder la place à la « certitude de la répression ». La peine minimale ne donne qu'une certitude de répression en empêchant une individualisation adéquate de la peine. Dans l'extrait suivant, nous avons la confirmation que la question de la peine minimale ne fut pas examinée en profondeur et on peut voir que la simple *absence* d'une peine minimale est observée comme une forme de « peine indéterminée » et alors évaluée d'emblée comme quelque chose de négatif, comme une mise en cause de la « sécurité juridique ». Il est certain que l'absence de peine minimale crée une indétermination *dans le recours à la prison* et ouvre la porte à une peine non carcérale, mais cette indétermination *augmente* la sécurité juridique de l'accusé *de ne pas être incarcéré* si une sanction moins répressive est possible ou si la peine minimale est inadéquate pour le cas concret devant le juge. « Sécurité

juridique » ne devrait pas signifier avoir une « peine (de prison) garantie au préalable », mais avoir la « garantie d’avoir la peine la moins répressive possible ». Toujours dans l’extrait suivant, on note aussi une préoccupation de garder la peine maximale, mais on ne voit pas que la peine maximale n’a pas la même fonction que la peine minimale (nous y reviendrons) :

Alors, nous avons pensé à cela [à abolir la peine minimale], mais nous l’avons rejeté. Nous ne sommes pas entrés dans un débat plus profond parce que nous avons la conviction que le principe de la sécurité juridique était plus important et non seulement ce principe-là, mais aussi celui de la garantie individuelle par rapport au maximum de la peine qui peut être appliqué. La sentence indéterminée est un thème classique du droit pénal, mais cette orientation, cette liberté judiciaire quant au minimum et au maximum n’existe pas dans le droit pénal, au moins ce que nous en connaissons (Entrevue, René Ariel Dotti).

Justement sur ce point, Pires et Machado (2013) ont repéré une critique de la peine minimale élaborée dans la doctrine juridique française du 19<sup>e</sup> siècle par Georges Vidal. La critique de Vidal formulée à l’égard de la peine minimale portait de l’acceptation du principe de la légalité des crimes et des peines, c’est-à-dire que les crimes et les peines doivent être inscrits dans la loi par le système politique pour assurer justement la sécurité juridique. Toutefois, cette sécurité n’implique pas que le Parlement détermine concrètement d’avance la peine à appliquer dans chaque cas, car cela est la tâche du juge qui, différemment du législateur, est plus proche du cas individuel concret. Le juge doit avoir cette liberté et cette prérogative car la peine la moins sévère possible dans chaque cas fait partie intégrante des droits fondamentaux des condamnés. Le législateur doit en revanche fixer la peine maximale et aussi les aggravantes pour empêcher les abus d’*aggravations* de peine. Comme l’ont souligné Pires et Machado (2013, p. 105-106) :

Selon Vidal, pour que le système de droit puisse assurer adéquatement la protection des droits fondamentaux et de la liberté civile, le législateur (système politique) ne peut ni promulguer des peines minimales ni légiférer pour réduire le nombre ou la portée des circonstances atténuantes. C’est comme si ces deux types de normes de sanction tombaient en dehors de la tâche légitime du législateur, justement parce qu’elles font obstruction à une défense adéquate des droits fondamentaux par le système de droit.

La doctrine juridique brésilienne fut porteuse aussi d'une image très dépréciative du juge et elle l'utilisa pour réduire au maximum le pouvoir discrétionnaire du juge en matière de détermination de la peine. La figure du « mauvais juge » devint alors paradigmatique pour établir une politique législative (généralisée aux bons et aux mauvais juges) dans laquelle le juge apparaissait le plus possible, pour reprendre l'expression de Montesquieu, comme un « être inanimé » (Montesquieu, 1748, L XI, Ch. VI, p. 176, cité dans Machado et Pires, 2010, p. 118).

Supposons un juge complètement déraisonnable qui donnerait une peine de prison de 80 ans pour un crime dont la peine maximale prévue est de 30 ans ou qui donnerait une peine de 1 mois alors que la peine minimale est de 2 ans... cela serait anarchique et on doit admettre que [...] l'anarchie est incompatible avec le droit, le droit étant un ensemble de règles (Entrevue, René Ariel Dotti).

Voici une autre forme d'expression de cette méfiance à l'égard des juges exprimée dans l'environnement de la Commission par un grand juriste et, lui-même, un (ancien) juge de la cour d'appel :

Donc la conclusion que le juge ne peut pas avoir, dans l'individualisation de la peine, un pouvoir discrétionnaire et illimité. Il faut que le juge soit assujéti au travail du législateur, non pas parce qu'il ne mérite pas la confiance, « mais parce que la garantie de la liberté représentée par un maintien strict de la division des pouvoirs est plus importante qu'un système plus élastique pour la politique criminelle »<sup>85</sup>.

Beaucoup plus grave que cette image dépréciative du juge par la doctrine juridique brésilienne fut la représentation qu'elle développa et généralisa de la peine minimale comme étant ce qui exprimait *la valeur de la norme de comportement*. Cela était une invitation à augmenter la valeur de la peine minimale (et *de prison!*) chaque fois que l'on jugeait qu'une norme de comportement devait être mise en valeur par le droit. Auparavant, c'était la peine maximale qui jouait ce rôle à l'intérieur de la rationalité pénale moderne. Une norme de comportement (« crime ») autorisant la peine de mort était vue comme plus importante qu'une autre norme de comportement autorisant une peine de 20 ans. Les

---

<sup>85</sup> Franco, Alberto Silva (1986). *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei n. 7209-84*, São Paulo: Saraiva, p. 9.

réformateurs partageaient déjà une autre vision des choses : c'était la peine minimale qui devait exprimer cette valeur de la norme de comportement. Ceci est un mécanisme cognitif qui rendit plus difficile la réduction du recours à l'incarcération :

Il manque la balise minimale. Le législateur doit dire quelle est la réprimande minimale et doit dire...surtout lorsqu'il parle de la peine maximale, il ne dit pas que la peine doit arriver [au maximum], il dit le maximum possible de répulsion que la peine doit susciter. Le minimum est plus nécessaire que le maximum parce que le minimum traduit le degré de condamnation de la société, le degré de répulsion en raison de l'acte (Entrevue, Ibrahim Abi-Ackel).

Dans le prochain extrait, nous pouvons voir à la fois la gravité du problème et le dilemme interne de la doctrine au Brésil. Les juristes virent jusqu'à un certain point que la peine minimale nuisait à l'individualisation de la peine, mais la représentation (problématique) qu'ils avaient de la « sécurité juridique » apparaîtrait comme un autre « mini-nœud cognitif » qui les empêcha de sortir de son carcan. En effet, il est absolument impossible d'avoir l'individualisation de la peine et une réduction significative du recours à la prison sans laisser au juge la possibilité d'avoir une certaine marge de manœuvre dans la qualité de la sanction.

On pense que peut-être qu'il n'est pas idéal d'établir tout d'un coup un minimum parce que cela va à l'encontre de l'individualisation. [...] D'un point de vue technique, c'est peut-être une solution à ne pas rechercher. Mais, vous devez admettre qu'il y a le problème de la sécurité et de la garantie individuelle parce que sans le minimum, il reste beaucoup au critère du juge établir un nombre quelconque pour la peine et on s'inquiète parce que vous le savez...le minimum vous le savez, le juge n'a pas de marge de manœuvre. L'inquiétude est par rapport à la sécurité de la liberté...cela nous fait craindre l'indétermination de la peine minimale... (Entrevue, Jair Leonardo Lopes).

Le même « mini-nœud cognitif » se trouva présent dans l'environnement de la Commission et parmi les juristes les plus libéraux et les plus progressistes :

Dans la mesure où le législateur, en raison de la non valeur du fait, s'abstient de sa mission spécifique de déterminer adéquatement le minimum et le maximum de la peine et établit, par commodité ou par irresponsabilité, des marges extrêmement larges à l'intérieur desquelles l'action du juge est autorisée, la sécurité de chaque citoyen est en péril, car au lieu de l'arbitre judiciaire, désiré et

discret, indispensable à l'individualisation de la peine, on a le régime de l'arbitraire du juge à l'intérieur duquel options disproportionnées trouvent place. Les marges pénales larges transforment le juge en législateur puisqu'elles impliquent la renonciation du législateur à la détermination de la mesure de la peine, reléguant cette mission au juge<sup>86</sup>.

Pour terminer, il faut se rappeler que les difficultés rencontrées autour de la question de la peine minimale ne peuvent pas être attribuées exclusivement aux réformateurs de 1980. Nous sommes devant un problème propre à la culture juridique en général et, en particulier, à la culture juridique brésilienne qui adopta de manière forte ce genre de pratique législative. Elle fut consacré dans le Code de 1940 en devenant « la manière habituelle et absolue de construire un 'type pénal' (une incrimination avec une peine correspondante) » (Machado et Pires, 2010, p. 92).

Le pouvoir discrétionnaire (y compris celui pour éviter le recours à la prison) fut observé comme étant synonyme de pouvoir illimité. Dans ce contexte cognitif, la réforme ne pouvait au plus qu'avoir un effet minime sur la réduction du recours à l'incarcération.

\*\*\*\*\*

Dans ce chapitre, nous avons observé le poids de certaines idées internes du droit criminel – surtout celles de la rétribution et de la dissuasion – dans la démarche visant à réduire le recours à l'incarcération entreprise par la Commission de juristes. Nous avons vu comment ces théories empêchèrent la réforme d'aller plus loin dans la poursuite de cet objectif. Ces idées étaient cristallisées et stabilisées dans le droit criminel depuis le 18<sup>e</sup> siècle en Occident, mais elles prirent une forme très stricte dans la doctrine juridique au Brésil et, par conséquent, partiellement dans la législation criminelle brésilienne. Devant cet état de faits, nous avons pu mesurer le défi particulier auquel faisait face ladite Commission de réforme. La situation des réformateurs n'était donc pas facile. Ils ne purent compter sur la présence de chercheurs ou de scientifiques sociaux pour les aider dans leur travail de réflexion et de formulation de nouvelles propositions; de plus, la « dogmatique pénale » était

---

<sup>86</sup> Franco, Alberto Silva (1986). *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei n. 7209-84*, São Paulo: Saraiva, p. 8.

crystallisée autour de plusieurs points clés faisant obstacle à une réduction du recours à l'incarcération.

Par ailleurs, compte tenu du point de départ qui était le Code de 1940, nous pouvons comprendre que non seulement les réformateurs, mais aussi la communauté juridique en général, eurent l'impression d'avoir fait, avec la réforme de 1984, des progrès en dépit de limites de toutes sortes.

Dans le prochain chapitre, nous allons voir comment la réception de la théorie de la réhabilitation par les réformateurs contribua aussi à réduire la portée de leurs propositions.

## Chapitre 5

### Le destin de la théorie de la réhabilitation dans la réforme pénale de 1984

Comme nous l'avons vu dans le chapitre théorique, la théorie moderne de la réhabilitation émergea à l'intérieur même du pénitencier à la fin du 18<sup>e</sup> siècle. Elle naquit avec le projet pénitencier et apparut alors comme une « science des prisons » (Foucault, 1975). Toutefois, si elle fut au début « prison-centered » (Garland, 1985, p. 11), elle subit par la suite, nous l'avons vu, de telles transformations cognitives qu'il est permis de dire qu'une autre théorie de la réhabilitation (non centrée sur la prison) émergea et se distingua nettement de la théorie carcérale de la réhabilitation à partir des années 1960.

Le chemin parcouru par la théorie carcérale de la réhabilitation ne fut pas linéaire et homogène. À l'intérieur de la théorie carcérale, nous avons décrit dans notre chapitre théorique que nous assistions à une complexité des trames discursives venant de circuits communicationnels divers et interdisciplinaires. Nous avons parlé de deux modèles: l'un avant l'école positive italienne, l'autre après. La trame discursive de la réhabilitation carcérale se constitua à partir d'une mosaïque de discours d'origines diverses : on la retrace dès les discours des réformateurs de la prison d'inspiration religieuse et philanthropique qui traversèrent le 19<sup>e</sup> siècle; on en retrouve encore l'écho dans les discours de la criminologie naissante à la fin du 19<sup>e</sup> siècle ainsi que dans ceux de la doctrine pénale, des savoirs médicaux sur le crime, et même des programmes de travail social ou d'éducation à l'intérieur du pénitencier, etc.

Pour démontrer la diversité interne de cette réhabilitation carcérale, Garland, en parlant du Royaume-Uni, caractérise ce qu'il qualifie de « *penal-welfare complex* » comme ayant été formé, à l'origine, par la mise en place de quatre types de programmes de réforme : « the criminological programme », « the eugenic programme », « the social security programme » et « the social work programme » (1985).

Malgré cette diversité interne sur le plan de l'intervention psychosociale, la réhabilitation carcérale peut être observée aussi – nous l'avons vu dans notre chapitre

théorique – comme une théorie de la peine cognitivement indépendante, comme un corpus organisé d'énoncés (parfois alternatifs).

C'est à l'intérieur de cette trame discursive de la réhabilitation carcérale portant sur l'intervention psychosociale – qui était déjà hétérogène – qu'émergea une autre théorie de la *peine* parlant de réhabilitation. Au fur et à mesure que nous nous approchons de la moitié du 20<sup>e</sup> siècle, en raison notamment des interventions de diverses disciplines à l'intérieur de la prison ou des savoirs et des pratiques qui la « problématisèrent », une nouvelle trame discursive apparut et se distanca de cette matrice d'origine. La trajectoire est connue : d'une réhabilitation « prison-centered » à une réhabilitation qui « avoid incarceration » (Roseblum, 2008). En reconnaissant désormais que la prison ne réhabilitait pas, la quête fut désormais celle d'un nouvel espace pour la réhabilitation et d'une reconstruction de cette théorie en tant que théorie de la peine. Ce fut la découverte de la « communauté » comme endroit par excellence de la réhabilitation (Cohen, 1985).

Cependant, même la réhabilitation carcérale fut marquée par l'appui à certaines pratiques qualifiées par Roseblum de « practices of mildness » (2008, p. 232). Ces pratiques commencèrent à se faire jour au début même du 20<sup>e</sup> siècle : nous pensons notamment à la probation et à la libération conditionnelle dans la justice pour les adultes (Rothman, 1980). La probation est le meilleur exemple d'une pratique logée au carrefour de ces deux théories de la réhabilitation, l'une sur la prison et l'autre non, une pratique appuyée par une trame discursive qui veut sortir de sa matrice originale et ainsi sortir, au moins partiellement, de la prison.

L'évolution de la réhabilitation carcérale joua ainsi un rôle important dans la réduction de la part de la peine afflictive dans la détermination de la peine et dans l'usage de la prison. Cela n'arriva toutefois pas dans toutes les juridictions occidentales ni avec la même intensité. Comme nous le verrons, au Brésil, les théories de la rétribution et de la dissuasion, ajoutées à une représentation déformée (par le discours juridique) de la théorie de la réhabilitation carcérale, empêchèrent ce développement interne de la théorie de la réhabilitation.

Bien que la réhabilitation carcérale intègre la rationalité pénale moderne et soit importante même pour sa consolidation et sa stabilisation, elle entretient une relation particulière avec les autres théories qui intègrent ce système d'idées sur la punition. La réhabilitation carcérale (en tant que théorie de la peine) complexifie ce système d'idées en ajoutant une matrice correctionnelle qui recommande aussi l'exclusion sociale du coupable comme les autres le font, mais en tenant compte de son inclusion sociale. C'est pour cette raison que la réhabilitation carcérale ne constitue pas le noyau dur de la rationalité pénale moderne. La rétribution, la dissuasion et la dénonciation valorisent des moyens strictement négatifs de punition, l'exclusion sociale, et sont totalement indifférentes à l'inclusion sociale. Elles aussi conçoivent la punition comme étant l'intention au premier plan de faire souffrir. Dans sa face « intervention psychosociale », la réhabilitation carcérale se concentre plutôt sur le programme positif d'intervention même si ce programme est réalisé dans un contexte punitif. Et dans sa face « théorie de la peine », la réhabilitation carcérale fournit un vocabulaire de motifs pour appuyer la probation, la libération conditionnelle et les travaux communautaires (Rothman, 1980). C'est aussi la théorie de la réhabilitation carcérale qui joue un rôle cognitif fondamental dans la création de la justice pour les jeunes (Trépanier et Tulkens, 1995; Rothman, 1980; Pires, 2006). À ce sujet, Pires argumente :

Car si la réhabilitation, tout au moins dans sa version la plus répandue, s'appuie sur des fausses prémisses (celle de l'anormalité du contrevenant); si elle mystifie aussi (ou plutôt mystifiait) le pénitencier en le présentant comme une sorte d'« hôpital », etc., elle introduit par contre un souffle humaniste que l'on ne retrouve dans aucune autre théorie de la peine. [...] Elle est à l'origine du « sursis », de la probation, de tentatives pour revaloriser l'amende (au détriment de la prison), pour introduire le dédommagement, pour réduire les mesures punitives au-dessous des minimums prévus dans les codes afin d'atténuer les effets de stigmatisation, etc. [...] Elle est la seule – toutes proportions gardées – à ne pas avoir fermé la porte aux mesures communautaires; elle est aussi la seule à ne pas concevoir le rôle du juge au moment de la détermination de la peine comme fondamentalement d'ordre punitif (Pires, 1987, p. 32).

Les théories du noyau dur de la rationalité pénale moderne ne sont pas capables de fonder cognitivement, par exemple, la probation, la libération conditionnelle ou les

travaux communautaires. Ces théories sont capables de limiter ces pratiques en exigeant un tarif minimal de « souffrance » pour le coupable.

Dans ce chapitre, nous verrons quel fut le destin réservé à la théorie de la réhabilitation lors de la réforme du Code pénal en 1984. Nous nous pencherons sur la façon dont les réformateurs de 1984 reçurent la théorie de la réhabilitation.

Le parcours de cette théorie dans le monde occidental fut bien exploré par la littérature en sciences sociales qui en indiqua l'âge d'or (au début du 20<sup>e</sup> siècle) ainsi que le déclin (à partir des années 1970) et une certaine « renaissance » au 21<sup>e</sup> siècle (Allen, 1981; Garland, 1985 et 2001, Rothman, 1980, entre autres). Toutefois, la réception de ce discours ne fut pas égale partout *dans le monde juridique* occidental. Nous voulons éclairer la configuration que ce discours prit dans le droit criminel brésilien dans le contexte de réformes des années 1980 ainsi que le rôle joué par les idées pénales dans le blocage qui le caractérisa dans cette région du monde. Nous nous interrogerons sur la place que les réformateurs donnèrent à la réhabilitation dans les fondements cognitifs de leur réforme et sur leur représentation de la théorie de la réhabilitation.

Nous soutenons que la difficulté des réformateurs à atteindre leurs objectifs de réduire le recours à la prison et de créer des sanctions non carcérales, s'explique en partie par la manière qu'ils (et la doctrine juridique brésilienne) reçurent la théorie de la réhabilitation et la situèrent dans leur projet de réforme. Nous avons observé une méfiance des réformateurs quant à la réhabilitation. Ce chapitre vise à comprendre cette méfiance. Comment fut-elle construite ? Quelle forme prit la réhabilitation dans le droit criminel brésilien et quelles furent à son endroit les constructions de sens capables d'expliquer cette posture des réformateurs de 1984 ?

Nous observerons qu'au Brésil, la réhabilitation, en tant que théorie de la peine, resta associée à la mesure de sûreté et au concept de dangerosité. Il s'agit ainsi du modèle médical de l'école positive italienne et du mouvement de défense sociale (mais avec très peu de relâchement significatif – sauf en ce qui concerne la libération conditionnelle – par

rapport à la valorisation de la peine de prison). Généralement, ce modèle de l'école positive italienne « assume que le 'crime' est le symptôme d'une pathologie individuelle et que le système pénal doit être conçu comme une forme de 'traitement' et d'intervention préventive axée sur la prédiction de cette 'maladie' chez l'individu » (Pires, 1987, p. 16). La théorie de la peine de la réhabilitation carcérale sert d'«enveloppe» à ce modèle clinique d'intervention auprès des individus ainsi qu'à certains usages du principe de neutralisation (Pires, 1987). Ainsi, l'observateur (et aussi les réformateurs) doit-il être vigilant épistémologiquement pour ne pas identifier le modèle médical de l'école positive à d'autres formes d'intervention ou à d'autres variantes de la théorie de la peine soutenant le projet de réhabilitation. Nous démontrerons que, associée aux expériences totalitaires et à certaines pratiques discutables telles que les thérapies comportementales du style « Orange mécanique », la théorie de la peine de la réhabilitation fut rejetée par les réformateurs brésiliens en ce qui concerne la détermination de la peine par le juge du procès et occupa une place bien restreinte dans leur réforme.

Le chapitre est structuré de la manière suivante : d'abord, nous analyserons les tentatives de réforme du Code pénal de 1940, antérieures donc à la réforme de 1984 et qui servirent de référence aux réformateurs des années 1980. Nous voulons montrer en quoi consistait le débat doctrinaire de réforme qui encadra d'une certaine façon les discussions des années 1980. Ensuite, nous nous pencherons sur la représentation que les réformateurs de 1984 avaient de la théorie de la réhabilitation et dans quelle mesure cette construction de sens empêcha les changements souhaités. En délimitant les associations d'idées négatives construites par les réformateurs de 1984, nous poursuivrons notre chapitre en analysant la place de la réhabilitation dans la réforme de 1984 et le rôle du juge d'exécution pénale.

## **1. La place et la forme de la réhabilitation dans les tentatives de réforme du Code pénal de 1940**

Notre point de départ ici sera la proposition de réforme du Code pénal formulée en 1963 par le juriste brésilien de grande renommée, Nelson Hungria. Cette proposition donna lieu à un débat très éclairant sur l'état de la situation dans la doctrine juridique au

Brésil. Même si les juristes avaient consacré beaucoup de temps et d'écrits pour discuter des finalités de la peine, ils ne s'étaient jamais entendus sur l'idée d'insérer dans un article du Code pénal des dispositions sur la question. Devant la proposition d'Hungria d'explicitier « la fonction de la peine privative de liberté » dans l'article 35 de son Code pénal, les juristes réagirent beaucoup, certains favorablement et d'autres en désaccord. Dans la première version de cet article, Hungria se référa alors, de façon explicite et exclusive, à la théorie de la réhabilitation, en la libérant par ailleurs des présupposés de l'école positive italienne. Il utilisa les expressions « action éducationnelle » et « récupération sociale ».

L'article d'Hungria, dans sa première version présentée en 1963, se lisait comme suit :

Section I – De la réclusion et de la détention

Art. 35. Fonction-fin des peines privatives de liberté : Les peines de réclusion et de détention, la première étant vécue sous un régime plus rigoureux que la seconde, sont purgées dans des établissements séparés ou dans des secteurs spéciaux du même établissement, et doivent être exécutées de façon à exercer sur le condamné une action éducationnelle individualisée dans le sens de sa récupération sociale graduelle<sup>87</sup>.

Que voulait nous dire ici Hungria ? Que la forme (réclusion ou détention) et la durée de l'incarcération devaient être pris en compte pour favoriser la finalité de réadaptation sociale des condamnés ? Ou alors qu'une fois que la forme et la durée de l'incarcération étaient établies par le tribunal en fonction d'autres objectifs, le service pénitentiaire devait mettre en place une intervention éducative pour les reclus sans aucune implication quant au choix du type de régime (réclusion ou détention) ou quant à la durée de la peine ? Dans les débats doctrinaires qui s'ensuivirent, Hungria spécifia davantage le sens de cet article. Il fit une distinction classique dans la doctrine pénale entre les finalités de la peine pour la détermination de la peine et les finalités pour l'exécution de la peine. Au 19<sup>e</sup> siècle, le juriste britannique Stephen l'employa aussi pour différencier les finalités de la peine. Il chercha une intégration et une hiérarchisation entre elles pour valoriser sa théorie de la dénonciation (Lachambre, 2011, p. 336). La distinction opposait les finalités de la peine qui étaient

---

<sup>87</sup> Ministério da Justiça e negócios interiores (1963a). *Anteprojeto de Código penal (Nelson Hungria)*. Rio de Janeiro: Departamento de imprensa nacional, p. 11.

centrales pour la détermination de la peine par le tribunal à celles qui étaient importantes seulement par rapport aux modalités d'exécution de la peine dans le pénitencier, sans affecter le choix entre incarcérer/non incarcérer et sans modifier le calcul de la durée de la peine de prison par le tribunal. Stephen percevait la réhabilitation comme une préoccupation de « l'administration de la justice criminelle » (Lachambre, 2011, p. 339). Le « projet de réhabiliter » ou de « favoriser les conditions pour réhabiliter » se trouva ainsi éloigné du tribunal : ce n'était pas une finalité acceptable de déterminer le type de peine ou sa durée (advenant une peine de prison). Cette distinction employée par Hungria - et présente aussi chez Stephen - sera actualisée également plus tard par les réformateurs de 1980. Ils y tiendront en effet de façon stricte.

Les critiques du projet de Hungria mirent en valeur la peine en tant que châtiment guidé par une juste rétribution du crime (et éventuellement par la dissuasion) et dévalorisèrent la finalité de réhabilitation de la peine qu'il défendait. Les juristes qui critiquèrent ledit article d'Hungria étaient inquiets quant à la possibilité que le message envoyé par le Code soit que la finalité de la peine se ramenât simplement – ou surtout – à la promotion de la réhabilitation du coupable. Leur critique de la réhabilitation portait sur le fait de la proclamer comme la finalité première de la peine. Ils n'étaient pas contre l'argument qu'une fois déterminée la peine de prison, celle-ci doive être exécutée en visant la réhabilitation de l'individu. Mais, selon eux, la peine ne pouvait perdre de vue que sa finalité primordiale était d'expier le mal causé par le crime. La finalité rétributive était ainsi réaffirmée par les juristes qui commentaient le projet d'Hungria.

Cette réaction des juristes s'explique en partie par le fait qu'Hungria, en présentant son projet, avait identifié la peine de prison à la mesure de sûreté (destinée aux individus considérés comme dangereux et pénalement irresponsables) en argumentant que les deux mesures avaient la même finalité. C'est cette association entre la peine (considérée comme rétributive) et la mesure de sûreté (considérée en dehors de ce cadre moral) qui fut la cible des critiques et l'écho de ce débat se faisait encore entendre lors de la réforme de 1984.

La majorité des juristes n'acceptèrent pas cette association entre la peine et la mesure de sûreté et radicalisèrent ce rejet au point même de neutraliser la théorie de la réhabilitation en la plaçant au moment de l'exécution de la peine. Pour justifier cela, ils soutinrent que la réhabilitation était du ressort de l'exécution pénale (et à la limite relevait des sciences humaines, de la médecine, etc.) et que, par conséquent, le droit criminel ne devait pas s'en mêler. Cette idée sera bien actualisée et répandue lors de la réforme pénale de 1984.

Ce sur quoi nous voulons attirer l'attention est que le rejet de ce projet de réhabilitation comme formule de l'école positive italienne se conjugua à cet autre intérêt à vouloir éviter toute association entre la peine (« rétributive ») et la mesure de sûreté (« protectrice et éventuellement réhabilitative »). Il s'agissait donc d'une part, d'un parti-pris très ancré en faveur du rétributivisme et, d'autre part, d'un rejet du modèle de la théorie de la réhabilitation carcérale axée sur les postulats de l'école positive italienne et du mouvement de défense sociale avec lequel la notion de « mesure de sûreté » était identifiée. Bref, un effort pour s'éloigner le plus possible de la notion de dangerosité et de l'image du coupable comme quelqu'un d'anormal et n'ayant pas de libre arbitre. Le problème est qu'ils jetèrent le bébé avec l'eau du bain : en cantonnant le projet de réhabilitation sur le plan de l'exécution pénale et en réduisant le plus possible ses implications pour réduire la peine et éviter la prison, ils finirent par perdre de vue entièrement les droits des condamnés à des peines qui ne détruisaient pas entièrement leur vie sociale.

L'extrait reproduit ci-dessous montre bien comment le juriste José Augusto César Salgado, procureur à São Paulo, essaya, dans le cadre d'un cycle de conférences organisé dans ladite ville (du 3 septembre 1963 au 26 février 1964) pour débattre le projet d'Hungria, de prévenir toute interprétation « erronée » de l'article par lui proposé. Il voulait éviter que cet article soit compris comme favorisant la philosophie de l'école positive italienne (associée à la notion de dangerosité et à la négation du libre arbitre et de la responsabilité morale) au détriment de la philosophie de l'école classique (soutenant la rationalité des individus, leur libre arbitre, leur responsabilité morale et leur « normalité » psychique). Rappelons en effet, que pour l'école positive, l'intervention pénale était

« indépendante de la volonté et de l'individu qui agit » (Ferri, 1905, p. 381, cité dans Digneffe, 1995b, p. 267). En même temps, cet extrait nous révèle comment les communications juridiques brésiliennes s'attachaient fortement à la finalité rétributiviste de la peine : l'infliction d'une souffrance proportionnelle au mal causé par le coupable.

[Cet article peut susciter une] interprétation erronée : celle que la finalité de la peine, selon l'avant-projet, se réduit à la récupération du délinquant, ce qui serait une contradiction pour les raisons suivantes : si le fondement de la responsabilité criminelle continue à être la responsabilité morale, la peine, par conséquence, ne perd pas son caractère rétributif, *quia peccatum*. Ainsi, il n'est pas correct d'attribuer à la peine une finalité exclusive de rééducation. [...] Le point central est le suivant : pendant qu'existe dans la loi pénale le principe de la responsabilité morale de l'agent comme présupposé de la responsabilité criminelle, la peine maintient son caractère rétributif : elle est aussi châtiment<sup>88</sup>.

Ce raisonnement reprend le débat qui caractérisa la doctrine pénale brésilienne à partir de la fin du 19<sup>e</sup> siècle lorsque les savoirs de l'école positive italienne<sup>89</sup> et du mouvement de la défense sociale commencèrent à être reçus par les juristes brésiliens (Alvarez, 2003; Zavataro, 2009)<sup>90</sup>.

Le débat dans la doctrine pénale a, bien sûr, d'autres facettes que celle présentée ici. Nous voulons seulement attirer l'attention sur la façon dont les réformateurs des années 1960 perçurent ce qu'ils nommèrent la « fonction d'éducation de la peine ». Nous voulons préciser la forme que la théorie de la réhabilitation prit à cette époque et comment cette forme fut balisée lors de sa réception dans les années 1980. En observant les débats sur la proposition de réforme d'Hungria, nous constatons que la réhabilitation fut associée au modèle de l'école positive italienne et de la défense sociale et à la mesure de sûreté.

---

<sup>88</sup> Salgado, Dr. J. A. César (1965), « As penas no Anteprojeto Nelson Hungria », Dans : Instituto latino-americano de criminologia, *Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do código penal brasileiro, de 3 de setembro de 1963 a 26 de fevereiro de 1964*, São Paulo : Imprensa Oficial, p. 47.

<sup>89</sup> Il ne faut pas voir dans l'école positive italienne un ensemble structuré d'idées consensuelles entre ses partisans. Certes, l'école positive italienne est formée par des consensus, mais elle l'est aussi par des conflits. La même chose peut être dite par rapport au mouvement de défense sociale (Digneffe, 1995b).

<sup>90</sup> Pour une analyse de la réception du discours de l'école positive italienne et de la criminologie dans la doctrine pénale brésilienne, voir Alvarez (2003).

De plus, Hungria proposa aussi d'introduire une distinction dont l'origine remontait également aux idées de l'école positive italienne et de la défense sociale. Il s'agissait de la distinction « criminel normal/par habitude ou par tendance ». Le juge lors du procès pouvait augmenter la peine jusqu'à la doubler s'il s'agissait d'un « criminel habituel ou par tendance » (article 60 du projet Hungria). Du point de vue du droit (par opposition à la criminologie), le « criminel habituel » était celui qui récidivait une deuxième fois dans le cas d'un crime intentionnel pour lequel la peine de prison était prévue. Il s'agissait ainsi d'une présomption légale (article 60 § 1, a du projet Hungria) et non d'une évaluation criminologique de l'individu. Mais, en présence d'un accusé qui n'avait jamais été condamné, le juge pouvait présumer, en observant ses conditions de vie et le crime commis, qu'il s'agissait d'un criminel par habitude (article 60 § 1, b du projet Hungria). Le « criminel par tendance » était « celui qui commettait un homicide, faisait une tentative d'homicide ou infligeait des lésions corporelles graves, et qui faisait preuve de perversion ou de méchanceté » (article 60 § 2 du projet Hungria). Nous avons ici des idées qui évoquaient l'école positive italienne mais qui furent entièrement adaptées à des critères juridiques qui restaient indépendants de toute évaluation « de fait » de la situation de l'individu. Ces idées apparaissaient déjà dans la codification de 1940.

Le Code pénal de 1940 était vu par les juristes en général et plus particulièrement par les idéalisateurs mêmes du Code comme un bon exemple de « conciliation » entre les écoles classique et positive. Bien sûr, on peut se demander jusqu'à quel point il n'y avait pas une *bonne part* d'illusion de conciliation, puisque l'approche de l'école positive était, en général, « rendue classique », c'est-à-dire gouvernée strictement par des critères et des opinions juridiques sans la contribution d'une expertise externe au droit. Dans l'exposé des motifs de ce Code, le ministre de la Justice de l'époque, Francisco Campos, put donc présenter ce Code comme une conciliation entre les écoles pénales :

Coïncidant avec la presque totalité des codifications modernes, le projet ne suit pas les manuels orthodoxes ni ne fait un compromis définitif ou inconditionnel avec aucune école doctrinaire pour trouver la meilleure solution aux problèmes pénaux. Au lieu d'adopter une politique extrême en matière pénale, le Code se

tourne vers une politique de transaction ou de conciliation. Les postulats classiques font cause commune avec les principes de l'école positive<sup>91</sup>.

On voit cependant que, selon l'exposé des motifs, cette conciliation se matérialisa surtout à travers la création, dans le Code, des mesures de sûreté. En effet, ce Code instaura une distinction entre les peines et les mesures de sûreté. Ces deux types d'interventions pénales exigeaient, bien sûr, le passage à l'acte, mais les peines, dit le ministre de la Justice (exposé des motifs du Code de 1940), ont une « finalité répressive et intimidatrice » tandis que les mesures de sûreté, « même si elles sont généralement applicables *post delictum*, restent essentiellement préventives, destinées à la ségrégation, à la surveillance, à la rééducation et au traitement des individus dangereux », qu'ils soient pénalement responsables ou irresponsables. Le projet de réhabilitation prit alors deux formes : d'une part, il se trouva attaché au contenu des peines rétributives sans modifier en rien cette peine; d'autre part, il se trouva associé à la mesure de sûreté comme une sorte d'ajout de contrôle lorsque la peine rétributive paraissait être insuffisante. La réhabilitation au Brésil ne put pas jouer le rôle d'un critère pour réduire l'extension de la peine de prison ni pour l'éviter; elle ne fut conçue que comme un complément de la peine (rétributive) de prison ou comme une extension (protectrice) de celle-ci. En effet, du strict point de vue d'une *théorie de la peine*, les implications éventuelles de la réhabilitation *en faveur de peines non carcérales* ou de peines *plus courtes* de prison furent neutralisées par la doctrine juridique brésilienne.

Toutefois, d'autres idées furent liées aussi à la réhabilitation, comme celle de la dangerosité. Le Code de 1940 prescrivait que la mesure de sûreté eût comme pré-supposés le passage à l'acte et la dangerosité de l'auteur (article 75). La dangerosité y était déterminée par une présomption légale ou par une décision du juge<sup>92</sup>. Le Code prévoyait également que

---

<sup>91</sup> Código penal de 1940, Exposé de motifs, dans Pierangeli, José Henrique (2001). Códigos penais do Brasil : evolução histórica. São Paulo : Revista dos Tribunais, p. 406.

<sup>92</sup> Par présomption légale, le Code considérait comme dangereux les individus : 1) non pénalement responsables ; 2) condamnés pour crime commis en état d'ivresse ou à cause d'une substance d'effet analogue, si la consommation était habituelle ; 3) récidivistes de crime intentionnel ; ou 4) condamnés pour crime commis en association, bande ou gang de malfaiteurs (article 78). Les individus considérés comme non pénalement responsables étaient ceux qui avaient une maladie mentale ou un développement mental incomplet ou retardé au moment de la perpétration du crime (article 22). Par décision du juge, le Code prescrivait comme critère pour déterminer la dangerosité de l'auteur du crime la supposition qu'il ne récidiverait pas (article 77).

la dangerosité pouvait être déterminée par le juge lors de la détermination de la peine ou encore pendant l'exécution de la peine.

Les mesures de sûreté prévues par le Code de 1940 allaient de l'enfermement dans un asile judiciaire ou dans une maison de garde et de traitement (mesures de sûreté de détention) jusqu'aux mesures de non enfermement telles que la liberté surveillée ou la défense de fréquenter certains endroits (mesures de sûreté de non détention)<sup>93</sup>. La durée de toutes ces mesures de sûreté était indéterminée. Curieusement, même ici, le Code déterminait un temps minimal de duration de la mesure (peut-être un critère rétributiviste). Quant au temps maximal, il relevait d'une décision de l'autorité judiciaire à partir d'évaluations d'experts. C'est seulement ici, en matière de mesure de sûreté, qu'apparaît l'évaluation des experts. Comme nous pouvons l'observer, la théorie de la peine fondée sur la réhabilitation servit essentiellement au Brésil à justifier les peines indéterminées et les mesures de sûreté.

Le Code pénal de 1940 adopta un système d'application de peines et de mesures de sûreté qualifié de « double binaire » ou « double voie ». En général, le Code prévoyait l'application d'une peine aux personnes criminellement responsables et d'une mesure de sûreté à celles criminellement irresponsables. Cependant, dans le cas des personnes jugées criminellement responsables qui purgeaient une peine d'emprisonnement, le Code prévoyait aussi la possibilité d'une mesure de sûreté si, pendant l'exécution de la peine, on venait à considérer que le condamné était dangereux. Ainsi, une mesure de sûreté pouvait être appliquée aux deux situations : aux personnes criminellement irresponsables et responsables. Pour les responsables, cela signifiait que la durée de l'incarcération (énoncé dans la sentence de départ) pouvait être augmentée au cours de l'exécution de la peine et que cette augmentation prenait alors le statut d'une mesure de sûreté : la peine se terminait et une mesure de sûreté s'ajoutait. La partie « peine » était décidée en fonction d'un tarif (rétributiviste) à payer selon la gravité du crime, conformément à la doctrine de l'école classique (les théories de la rétribution et de la dissuasion). En revanche, advenant une

---

Pour décider si le coupable était dangereux, le juge devait prendre en considération la personnalité, les antécédents, les motifs et les circonstances du crime.

<sup>93</sup> La plupart de ces mesures ne furent pas mises en application, car elles restèrent prévues seulement dans le Code. Le gouvernement ne créa pas les établissements et les conditions pour leur mise en œuvre.

attribution de dangerosité dans un deuxième temps, on pouvait ajouter une mesure de sûreté. Celle-ci s'inspirait alors de l'école positive.

On peut mieux comprendre maintenant pourquoi les juristes voyaient ce système du « double binaire » comme une forme de « conciliation » entre les deux écoles. En effet, ce système impliquait, sous un certain point de vue, un « sacrifice » autant de l'école classique que de l'école positive. Les partisans de l'école classique devaient accepter le fait que la peine rétributiviste puisse être plus longue que « nécessaire » (pour la rétribution) et accepter la notion de dangerosité accompagnée d'une peine indéterminée. Quant aux partisans de l'école positive, ils devaient accepter que la peine indéterminée et la dangerosité soient seulement un ajout au rétributivisme, ne pouvant jamais « réduire » le tarif rétributiviste. Bref, dans cette forme de « conciliation », la détermination de la peine ne pouvait devenir que plus répressive et plus afflictive. Les effets progressistes et modérateurs éventuels de la théorie de la réhabilitation furent carrément éliminés (sauf par rapport aux conditions de vie en prison). Plus loin, nous verrons que les réformateurs de 1984 abolirent ce système du « double binaire ».

Un autre point important à souligner est que le projet de Code d'Hungria plaça la « réhabilitation » exclusivement au moment de l'exécution de la peine d'incarcération : « [les peines privatives de liberté] doivent être exécutées de sorte qu'elles exercent sur le condamné une action éducationnelle individualisée dans le sens de sa récupération sociale graduelle ». Bref, réhabilitation et prison étaient devenues des « siamois » : l'une ne pouvait exister sans l'autre. Au nom de la réhabilitation, un juge ne pouvait choisir une peine non carcérale.

Cependant, comme nous l'avons déjà vu, cette « soudure » de la réhabilitation avec la prison ne compromit ni la logique rétributiviste ni celle axée sur la théorie de la dissuasion. Hungria réaffirma l'hégémonie des finalités de rétribution et de dissuasion de la peine et accepta l'orientation générale vers la peine afflictive. Cela ne l'empêcha pas d'allouer un « espace spécifique » aux « activités de réhabilitation » à *l'intérieur du pénitencier*. C'est de cette façon qu'il y eut « réconciliation » entre peine afflictive et

réhabilitation. Celle-ci devint une simple « activité d'intervention » à l'intérieur d'un cadre rétributif et dissuasif inflexible. On s'attendit seulement à que l'autorité administrative du pénitencier mette en place un programme éducatif. Le droit ne s'en mêla pas. Nous verrons plus loin que la réforme de 1984 renforça cette démarcation déjà mobilisée et actualisée par le projet d'Hungria.

Qui plus est, le lecteur doit noter aussi qu'Hungria limita davantage cette finalité de réhabilitation. Elle fut énoncée seulement à l'égard des condamnés qui paraissaient en avoir besoin. Voyons, en effet, comment Hungria présenta ce dispositif et répondit aux critiques déjà faites à son article 35 :

[Selon la première objection faite à l'article 35], j'aurais [...] refusé les finalités d'intimidation et de châtement en ce qui a trait aux peines privatives de liberté pour leur attribuer exclusivement une fonction de réadaptation sociale du condamné. Or, l'article 35 ne nie absolument pas que l'emprisonnement soit un châtement en réponse au crime ni que la menace de la peine ne soit là pour réaliser la finalité d'intimidation. Ce que cet article stipule, c'est que *la période de privation de liberté* doit être mise à contribution pour exercer une action éducationnelle individualisée sur le condamné dans le sens de sa réinsertion sociale. Et cela, bien sûr, *lorsque le condamné se présente comme étant socialement mal adapté*<sup>94</sup>.

Dans un effort pour écarter l'ambiguïté identifiée autour de son article et ainsi répondre aux critiques, Hungria proposa une nouvelle rédaction. La voici :

Les peines de réclusion et de détention, la première impliquant un régime plus rigoureux que la deuxième, doivent être appliquées dans différents établissements ou dans des sections distinctes d'un même établissement et doivent avoir pour finalité non seulement la punition pour le crime commis mais, lorsque cela est nécessaire, elles doivent aussi exercer une action éducationnelle individualisée sur le condamné dans le sens de sa réadaptation sociale<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> Hungria, Nelson (1965). « Respostas às objeções ao Anteprojeto », dans: Instituto latino-americano de criminologia, *Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do código penal brasileiro, de 3 de setembro de 1963 a 26 de fevereiro de 1964*, São Paulo : Imprensa Oficial, p. 466-467.

<sup>95</sup> Hungria, Nelson (1965). « Respostas às objeções ao Anteprojeto », dans: Instituto latino-americano de criminologia, *Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do código penal brasileiro, de 3 de setembro de 1963 a 26 de fevereiro de 1964*, São Paulo : Imprensa Oficial, p. 467.

Dans ce passage, la finalité de réhabilitation ne semblerait pas s'adresser aux condamnés bien éduqués, sans troubles psychologiques ou sans vices particuliers. Par exemple, cette finalité ne conviendrait pas à un politicien corrompu advenant son incarcération pour un crime. La réhabilitation serait plutôt une prestation psychosociale ou pédagogique destinée à ceux ou celles qui en auraient besoin. En revanche, la finalité d'infliger une souffrance pour rétribuer un mal commis ou pour dissuader serait une finalité « fondamentale » et « générale » de la sanction criminelle. La réhabilitation se réduirait ainsi à une activité *pendant* l'incarcération et *exclusivement* pour ceux qui en auraient besoin.

L'idée d'associer la réhabilitation en tant que théorie de la peine à la condition d'avoir besoin de réhabilitation vient aussi d'une sorte d'ambiguïté de la théorie de la réhabilitation carcérale même en raison de son hétérogénéité interne. La théorie de la réhabilitation carcérale ne dit pas que le juge doit punir parce que l'individu a besoin de réhabilitation ou d'éducation, ou que le juge doit punir seulement si et quand l'individu a besoin d'être réhabilité ou rééduqué. Pour la théorie de la réhabilitation carcérale en tant que théorie de la peine institutionnalisée dans le droit criminel moderne, la raison de la sanction est toujours le crime commis. Le droit criminel n'a jamais accepté complètement la thèse de la responsabilité sociale de l'école positive italienne et du mouvement de défense sociale. Il faut toujours la perpétration d'un acte défini par la loi comme crime. Le critère d'avoir ou de ne pas avoir besoin de réhabilitation ou d'éducation n'a jamais été reçu par le droit criminel. Ce que la théorie dit, c'est qu'en sanctionnant un crime, le droit criminel doit tenir compte, de différentes manières et selon les caractéristiques de la situation, de l'inclusion sociale de l'individu. La peine (ou dit d'une façon plus neutre, la sanction) ne doit pas ignorer la vie sociale du condamné. Dans certains cas, la peine peut être proactive dans le sens d'offrir quelque chose susceptible d'aider l'individu; dans d'autres cas, elle sera seulement « restauratrice » et vigilante pour ne pas écraser la personne condamnée.

La reformulation proposée par Hungria reçut l'appui général de la doctrine juridico-criminelle au Brésil. En effet, commentant sa propre reformulation, il souligna que les partisans du rétributivisme n'y trouveraient aucun inconvénient pouvant faire obstacle à son acceptation. Bien sûr, cela ne pouvait arriver que lorsque le projet de réhabilitation était

soumis à la logique rétributiviste comme forme d'organisation et d'hierarchisation interne de la rationalité pénale moderne. Heleno Fragoso, juriste renommé, très engagé dans les débats de réforme et défenseur connu des libertés individuelles et des droits de la personne, regarda cette nouvelle rédaction de l'article 35 du projet Hungria d'un bon œil. Il renforça l'idée que la visée éducative de la peine devait orienter l'exécution de la peine, l'idée que cette visée dépendait aussi du besoin de l'individu - ainsi devait-elle être nécessaire selon le cas - et encore l'idée que la théorie de la réhabilitation ne serait pas associée à la notion de blâme, de culpabilité. Il parla d'une « parfaite conciliation législative » : l'attribution de la visée éducative de la peine à l'exécution en laissant la rétribution à la détermination de la peine. Ce que Fragoso ne sembla pas voir, c'est que cette « réconciliation » enlevait – ou débilait remarquablement – le potentiel « réducteur de la répression » de la théorie de la réhabilitation.

Il ne nous semble pas que cette formule implique une prise de position concernant le problème capital du sens de la peine en droit criminel aujourd'hui. [...] Nous entendons que la peine, par sa propre essence, ne peut jamais perdre son caractère de rétribution éthico-juridique. Il est cependant de plus en plus accepté que, dans son exécution, la peine doit viser à la réadaptation sociale du délinquant, dès qu'elle est nécessaire, possible et réalisable. La rétribution [transforme] la peine dans une mesure nécessairement afflictive. Ce débat [rétribution/réhabilitation] est posé cependant aujourd'hui dans des termes qui permettent une solution législative pacifique. En Italie, comme on le sait, la réhabilitation du condamné pendant l'exécution de la peine est une prescription constitutionnelle. [...] Rien de cela n'empêche la doctrine, dans son immense majorité, de rester ferme dans sa compréhension que la peine est rétribution et, donc, nécessairement un mal. Cela étant, il est possible d'accepter la formule proposée par l'art. 35 de l'avant-projet sans entrer dans des débats doctrinaires... Les partisans de la peine rétributive, fermement fondée sur un principe de justice, n'ont plus de raisons de s'opposer à une telle formulation, puisqu'elle est compatible avec cette conception [rétributiviste] de la peine<sup>96</sup>.

De la même façon qu'Hungria, Fragoso observa aussi à ce moment, dans l'extrait cité ci-dessus, la réhabilitation uniquement dans le cadre des idées de l'école positive italienne et de la défense sociale.

---

<sup>96</sup> Fragoso, Heleno Cláudio (1963). « A reforma da legislação penal – I », *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 2, p. 56-81.

En suivant son intervention dans le débat sur le projet Hungria, Fragoso réitéra son accord avec la nouvelle rédaction proposée par Hungria en disant : « il n'y a plus personne qui soutienne, *dans le déroulement de la peine*, l'infliction d'un châtement. Je ne crois pas que personne soutienne aujourd'hui que la peine [de prison], lorsqu'elle est en train d'être exécutée, doive être *nécessairement ressentie* comme un mal »<sup>97</sup>. Fragoso reprenait alors ici à sa façon une sorte d'adage qui circulait déjà dans le discours correctionnel et pénitentiaire à cette époque en Europe et dans les Amériques. Cet adage était évoqué à la même époque par Donald Cressey (1965, p. 1026) et il fit l'objet de plusieurs interprétations plus ou moins compatibles avec le rétributivisme selon le cas. Dans sa version plus « rétributiviste-humaniste », il fut utilisé particulièrement dans la lutte contre les mécanismes de souffrance physique imposés volontairement comme châtement « additionnel » en milieu carcéral. Selon cet adage, « *men are sent to prisons for punishment rather than as punishment* ». La perte de liberté était comprise alors comme une souffrance *suffisante* et toute autre forme additionnelle d'infliction de la souffrance devait être bannie et remplacée plutôt par des mesures visant à la réhabilitation du condamné, dans le cadre néanmoins des principes rétributivistes qui font peu ou pas de concession à la réduction de la longueur de la peine, voire du régime carcéral. Cependant, ce principe ne fut jamais aussi largement accepté, comme le présuppose Fragoso, par tous les groupes intéressés d'une quelconque façon à la peine de prison (voir Cressey, 1965, p. 1027). Certains discours s'opposèrent à l'amélioration des conditions de vie en prison et ce, pour différentes raisons plus ou moins fantaisistes.

Quoi qu'il en soit, le projet d'Hungria anima les débats sur la réforme du Code de 1940 et donna une forme et une place bien particulières à la théorie de la réhabilitation. Cette forme – liée aux idées de dangerosité et de mesure de sûreté – et cette place – l'exécution de la peine – encadrèrent aussi les discussions de réforme du Code pénal de 1940 qui suivirent le projet d'Hungria. C'est le cas du Code pénal de 1969. Ce Code, approuvé par décret-loi par le gouvernement militaire qui prit le pouvoir après un Coup d'État en 1964, ne fut jamais mis en vigueur. Cependant, il se situe dans la foulée des débats auprès des juristes

---

<sup>97</sup> Fragoso, Heleno Cláudio (1965). « Da responsabilidade penal no anteprojeto », dans: Instituto latino-americano de criminologia, *Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do código penal brasileiro, de 3 de setembro de 1963 a 26 de fevereiro de 1964*, São Paulo : Imprensa Oficial, p. 147).

réformateurs et libéraux sur la réforme du Code pénal de 1940. Dans son exposé des motifs, le ministre de la Justice de l'époque, Alfredo Buzaid, reconnaissait le projet d'Hungria comme le point initial de ce nouveau Code. Disons, en passant, qu'il ne s'agit pas d'un code pénal marqué par une philosophie « dictatoriale » et ce, même s'il fut élaboré pendant un gouvernement de dictature militaire. Dans les débats autour de ce Code, qui alimentèrent aussi congrès et revues juridiques, nous observons la suite des discussions autour de ladite finalité éducationnelle de la peine. Nous remarquons également que la forme de la théorie de la réhabilitation discutée fut la même que celle des débats autour du projet d'Hungria : elle fut en effet centrée sur la notion de dangerosité. Le Code de 1969 incorpora, par exemple, la proposition d'Hungria dans son article 37.

La distinction entre la détermination de la peine centrée sur la rétribution et la dissuasion, et l'exécution de la peine centrée, elle, sur la réhabilitation, était bien présente dans les communications doctrinaires sur les réformes du code pénal dans les années 1960 et 1970 au Brésil. Comme le déclara aussi Roberto Lyra, un autre juriste libéral prestigieux ayant participé aux mouvements de réforme, « la justice n'aura de tranquillité et de sécurité pour punir que lorsque l'exécution de la peine qu'elle attribue ne sera pas plus criminelle que le crime »<sup>98</sup>. C'est la *prison* (lire : les *conditions de vie* en prison) qui devrait être humanisée, beaucoup plus que l'usage et l'extension des *peines* de prison. Le projet de réhabilitation se trouva ainsi « encadré » au moment de l'exécution de la peine mais sans pouvoir réduire considérablement l'*extension* de cette peine. Même le *juge* d'exécution des peines vit son pouvoir discrétionnaire largement amputé à cet égard (en raison de la forte prédominance de la philosophie rétributiviste).

Cette logique d'accommodement fut encore bien mise en valeur lors de la conclusion d'un congrès national de droit pénal qui eut lieu à Sao Paulo, en 1975 : « la peine doit être fondée sur un prérequis de culpabilité de manière qu'au moment d'être déterminée

---

<sup>98</sup> Cité par Serrano Neves (1974). « Periculosidade, criminalidade e defesa social », dans Curso sobre o novo código penal brasileiro, Instituto dos Advogados Brasileiros, Rio de Janeiro, GB, p. 5, document non publié, Archives Dr. Miguel Reale Junior).

[de façon concrète], elle puisse apparaître comme une rétribution éthique du comportement. Cependant, pendant son exécution, on doit ajouter un sens de réadaptation »<sup>99</sup>.

Loin d'être originale ou nouvelle, cette manière de concevoir l'accommodement entre le rétributivisme et la réhabilitation était acceptée depuis au moins la fin du 18<sup>e</sup> siècle par les rétributivistes modernes eux-mêmes, y compris Kant. Et la théorie de la réhabilitation carcérale qui existait avant même la naissance de l'école positive italienne, la soutenait aussi. En effet, on la retrouve déjà exprimée de façon synthétique et lapidaire dans la *Déclaration de principes* d'un Congrès pénitentiaire en Albanie, aux États-Unis, en 1871 : « *Punishment is suffering inflicted on the criminal for the wrong done by him, with a special view to secure his reformation* » (National Congress on Penitentiary and Reformation Discipline, 1871, p. 52). La seule chose qui manque à cette « définition du châtement » acceptée par les partisans mêmes de la théorie de la réhabilitation, c'est la distinction *explicite* entre le moment de la détermination de la peine par le tribunal (le « moment et le lieu rétributiviste ») et le lieu et la période d'exécution de la peine en prison (le « moment et le lieu pour la réhabilitation »).

Au fur et à mesure que les tentatives d'une nouvelle codification pénale se poursuivirent au Brésil, les théories de la rétribution et de la dissuasion semblèrent réaffirmer de plus en plus leur place centrale et hégémonique au moment de la détermination de la peine. En ce sens, la tendance était opposée à celle qui prévalait aux États-Unis, au Canada et en Angleterre pendant les années 1960 et 1970 (Garland, 2001; Rothman, 1980; entre autres)<sup>100</sup>. La réforme de 1984, et sa préférence marquée pour la rétribution, doit être comprise comme un prolongement de cette orientation des réformes prise dans les années 1960 et 1970 au Brésil.

---

<sup>99</sup> Conclusions et recommandations du V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, São Paulo, de 9 a 15 de fevereiro de 1975. *Revista de Direito Penal*, 17-18, p. 131-133, 1975.

<sup>100</sup> La place de la réhabilitation est bien définie à l'exécution de la peine et elle est associée exclusivement à la peine de prison. Nous observons la restriction de la portée de la réhabilitation même si nous notons aussi un certain enthousiasme par rapport à elle. Il est important ici de souligner que, pour les juristes favorables à la réhabilitation, mettre la réhabilitation comme finalité de l'exécution de la peine était perçu comme une valorisation de la théorie de la réhabilitation. En effet, ils voulaient valoriser la réhabilitation. Au Brésil comme ailleurs, la théorie de la réhabilitation fut bien présente dans les débats sur la réforme du Code de 1940, à cette époque. Cependant, il s'agissait d'une forme bien particulière et cette spécificité nous aide à comprendre la place timide que la réhabilitation a eue dans le droit criminel brésilien.

Serrano Neves, un autre juriste qui participa aux débats sur le Code pénal de 1969, adhéra aussi à l'objectif de réhabilitation. Deux observations méritent toutefois d'être faites. La première est que Neves semble avoir identifié cet objectif au modèle de l'école positive et de la défense sociale et n'y voir aucune alternative. La deuxième est qu'il n'a pas semblé se rendre compte que le code pénal de 1940 tout comme celui de 1969 ne faisaient que des concessions mineures à ce modèle. En effet, même le Code de 1969 resta largement marqué par le modèle *rétributiviste* et ce, en dépit du mécanisme de « mesure de sûreté », de la référence à la « dangerosité » et de la valorisation (discursive mais non effective) de la resocialisation en prison. Neves exagérait sans doute beaucoup lorsqu'il laissa entendre que le Code pénal de 1969 « ne voulait plus entendre parler de peine », mais il exprima bien la manière par laquelle on valorisait la réhabilitation, en l'attachant aux mesures de sûreté et au mouvement européen de défense sociale.

Le nouveau Code pénal brésilien [1969] ne veut plus entendre parler de peine, mais de mesures de défense sociale, préventives, éducatives et thérapeutiques, pertinentes à chaque individualité. Il ne suffit plus de réprimer ou de châtier, mais plutôt de [rechercher] la resocialisation des déviants ou antisociaux<sup>101</sup>.

La réhabilitation, pensée ainsi, se trouva cantonnée à l'intérieur du cadre de la dangerosité. Ces idées furent réactualisées dans les années 1960 par le mouvement de la nouvelle défense sociale de Marc Ancel et commencèrent à être reçues par les juristes brésiliens. Serrano Neves cita même Marc Ancel et Filippo Gramatica<sup>102</sup>, deux représentants de ce courant de pensée qui avaient repris à leur tour certaines idées de l'école positive italienne, surtout l'identification sémantique de la peine avec la mesure de sûreté et la mobilisation du concept de dangerosité (Danet, 2008).

Le Code pénal de 1969 reprit aussi du projet d'Hungria l'idée d'un traitement différencié accordé aux condamnés considérés comme « criminels par habitude » ou « criminels par tendance ». Dans ces cas, le projet d'Hungria prévoyait une augmentation de

---

<sup>101</sup> Serrano Neves (1974). « Periculosidade, criminalidade e defesa social », dans Curso sobre o novo código penal brasileiro, Instituto dos Advogados Brasileiros, Rio de Janeiro, p. 1, document non publié.

<sup>102</sup> Serrano Neves (1974). « Periculosidade, criminalidade e defesa social », dans Curso sobre o novo código penal brasileiro, Instituto dos Advogados Brasileiros, Rio de Janeiro, document non publié, Archive Dr. Miguel Reale Junior.

la peine pouvant aller jusqu'au double ; le Code de 1969 introduisit l'expression « peine indéterminée », mais la valeur maximale de cette peine était de dix ans (article 64). Il est ainsi intéressant de souligner que l'idée d'avoir une pratique de « peine indéterminée » était pensée ici en y ajoutant une limite maximale, ce qui divergeait du modèle strict de l'école positiviste.

Comme nous le verrons, les réformateurs de 1980 réagirent fortement contre ces aspects d'apparence positiviste du Code de 1969.

Pour résumer, d'une part, les réformateurs de 1980 tentèrent de rescaper l'objectif de réhabilitation en le distinguant clairement de la « manipulation des consciences » identifiée à l'école positive et aussi au fascisme. Cette démarche était sans doute nécessaire dans un contexte de prise de distance à la fois des régimes politiques dictatoriaux et du positivisme criminologique. Cependant, d'autre part, cette valorisation de la réhabilitation comme « possibilités offertes aux condamnées » fut conçue strictement dans le cadre du rétributivisme, de la théorie de la dissuasion et de la théorie de la réprobation sociale. La « réhabilitation » perdit alors sa valeur en tant que « théorie de la peine » non attachée à la peine de prison et susceptible de jouer en faveur de la *réduction* du temps carcéral pour favoriser la réinsertion sociale (ou ne pas lui nuire). Ni même le juge d'exécution pénale ne pouvait anticiper la mise en liberté d'un détenu jugé « réhabilité » ou non dangereux. La place où la réhabilitation semblait incontestable aux yeux des réformateurs brésiliens se situait sur le plan de l'exécution de la peine et, plus spécifiquement, de la prison et seulement à titre de « ressources humaines » disponibles aux détenus. Comme nous le verrons, il s'agit d'une longue histoire d'exclusion de la réhabilitation en tant que théorie de la peine dans le droit criminel.

### **1.1. L'exclusion de la théorie de la réhabilitation de la pratique judiciaire**

Dans tous les avant-projets pour la création d'une loi ou d'un code d'exécution pénale, la réhabilitation apparut comme la finalité principale de l'exécution de la peine de prison. Le premier projet, sous l'étiquette de « Code pénitentiaire de la République », des

juristes Candido Mendes et Lemos Britto et du médecin Heitor Carrilho, datait de 1933. Par la suite, il y eut quatre autres nouvelles propositions législatives avant celle de 1984 : en 1957, le projet d'Oscar Stevenson (« Code pénitentiaire »); en 1963, le projet de Roberto Lyra; en 1970, le projet de Benjamin Moraes Filho; et en 1975, le projet d'un groupe de travail coordonné par Cotrim Neto. L'objectif de réhabiliter était toujours présent dans un même cadre:

**TABLEAU 5.1.**

**La réhabilitation dans l'exécution de la peine avant la réforme de 1984**

| Année | Énoncé  |
|-------|---|
| 1933  | Les peines de détention <i>seront exécutées</i> en visant à stimuler la régénération des condamnés, en tenant compte de leurs conditions individuelles.   |
| 1957  | Le régime pénitentiaire aura comme finalité <i>l'efficacité dans l'exécution</i> des mesures privatives de liberté, à travers <i>le traitement éducatif, moral, spirituel, thérapeutique et disciplinaire</i> .   |
| 1963  | <i>L'exécution des peines</i> et des mesures de sûreté réalisera le dispositif de la sentence, dans tous ses termes et effets, <i>dans le but de préparer le condamné</i> , d'une façon obligatoire, à l'accomplissement de ses devoirs.  |
| 1970  | <i>L'exécution de la peine</i> aura comme finalités :<br>I – d'appliquer les peines et les mesures de sûreté imposées dans la sentence; II – d' <i>éduquer et rééduquer le condamné</i> afin de le préparer à l'exercice de la liberté; III – de <i>transmettre au condamné</i> , à travers les processus éducatifs et correctifs, <i>la conscience morale et civique, pour que, une fois de retour à la vie libre</i> , il soit capable de procéder et de travailler en respectant la loi et ses obligations comme citoyen; IV – de prévenir la récidive, en adaptant ou réadaptant le condamné aux exigences de la vie sociale; V – de réaliser les objectifs de la sentence pénale <i>selon les limites fixées</i> et les circonstances du milieu où elle doit être purgée et en adaptant ses fondements légaux à l'individualité du condamné. |
| 1975  | Les objectifs du système pénitentiaire: I – réduire les différences entre la vie en prison et la vie en liberté, pour que le détenu ne perde pas son sens des responsabilités et sa dignité personnelle; II – rendre possible <i>l'exécution individualisée</i> de la peine; III – transmettre ou préserver la conscience morale et civique du détenu pour que, de retour à la liberté, il soit capable de prendre ses responsabilités; IV – prévenir la récidive; V – <i>accomplir les décisions judiciaires relatives à l'exécution de la peine</i> en tenant compte de la nécessité du préparer le détenu aux exigences de la vie en liberté.  |

Source : Alencar, Ana Valdez A. N. de (1985), Execução penal: lei n. 7210 de 11-7-84: texto da lei anotado e indexado e anteprojetos, histórico (tramitação legislativa). Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, p. 182, 294, 340, 415 et 466.

Soulignons que, d'une façon plus ou moins explicite, l'objectif de réhabilitation apparaît dans tous ces énoncés simplement comme une forme d'application de la peine judiciaire sans aucun effet sur la peine elle-même. L'énoncé le plus explicite à cet égard est

celui de 1970 où figure l'expression « selon les limites fixées » par la sentence. Dans l'énoncé de 1975, nous voyons explicitement inscrit le principe selon lequel la peine de prison ne pouvait pas être conçue pour ajouter des souffrances (autres que la détention elle-même) et qu'elle devait même se rapprocher le plus possible de la vie en liberté. Cependant, ce principe resta souvent lettre morte en raison à la fois des conditions matérielles de vie en prison et de l'impossibilité légale de modifier le régime d'incarcération prévu dans la sentence. Il est intéressant de remarquer aussi que ces projets défendirent une différenciation entre le « droit pénitentiaire » (ou le « droit de l'exécution pénale ») et le droit criminel, fondée sur la finalité spécifique de chacun. Oscar Stevenson, juriste responsable du projet de 1957, signala cette différenciation et décrivit avec une grande précision le cadre légal au Brésil en matière de peines :

Le droit pénitentiaire [...] [a une] sphère particulière et une finalité spécifique, la resocialisation. Tandis que le droit criminel, quant à la peine, est premièrement rétributiviste [...]. [Le] droit pénitentiaire pénètre le contenu de la peine et fait de son objectif secondaire, la réinsertion sociale (lorsqu'elle est possible), son but premier<sup>103</sup>.

La réhabilitation était conçue et recherchée à l'intérieur d'un cadre rétributiviste. La difficulté de voir la réhabilitation comme une affaire du tribunal criminel et comme pouvant réduire et atténuer à différents égards la sentence de départ rendit même extrêmement difficiles les tentatives, exprimées par ces projets de loi d'exécution pénale, d'humaniser la prison.

Dans le projet de Roberto Lyra de 1963, nous observons une tentative explicite extraordinaire de forcer politiquement l'humanisation de la prison sans sortir néanmoins d'un cadre rétributiviste. En effet, ce projet donna au juge d'exécution de la peine le pouvoir de remplacer certaines formes de détention par d'autres sanctions ou par le pardon si les conditions de l'établissement n'étaient pas jugées suffisamment « humaines ». On voit bien que l'objectif de cet article était de lutter contre la négligence et l'inertie du gouvernement

---

<sup>103</sup> Alencar, Ana Valdez A. N. de (1985), Execução penal: lei n. 7210 de 11-7-84: texto da lei anotado e indexado e anteprojetos, histórico (tramitação legislativa). Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, p. 313.

face aux mauvaises conditions de vie à l'intérieur des prisons brésiliennes. Voici ce dispositif légal :

Art. 90 – [...] s'il n'y a pas d'établissement où la légalité et l'humanité sont assurées, le juge [...] pourra remplacer la peine de détention ou de prison simple par une des sanctions restrictives de la liberté suivantes : a) l'obligation temporaire de travailler dans une construction ou service public ou particulier, dans une place sous la juridiction du juge d'exécution; b) l'obligation temporaire de rester dans une place déterminée dans le territoire national pour travailler dans une construction ou service public, à la disposition de l'autorité civile ou militaire<sup>104</sup>.

Nous pouvons observer cependant que cette marge de liberté juridique s'appliquait seulement aux cas de prison simple ou de détention, c'est-à-dire aux cas légalement moins graves. Quel est le fondement pour restreindre cette marge de liberté du juge d'exécution de la peine face à des situations inhumaines ? Il ne s'agit pas de la théorie de la réhabilitation carcérale, mais probablement et surtout de la théorie de la rétribution.

Il est évident que le juriste Lyra, renommé et progressiste, essaya d'humaniser l'exécution « matérielle » de la peine. Mais il voyait l'humanisation de la peine comme étant exclusivement « politique » et « matérielle » (par opposition, respectivement, à *juridique* et *temporelle*). Selon lui, l'humanisation n'exigeait donc pas une réduction ni dans *le recours* aux peines de prison ni dans *leur extension*. En effet, Lyra disait explicitement : «... l'avant-projet entreprend une politique criminelle qui est même politique »<sup>105</sup>. La réhabilitation demeurerait ainsi un enjeu recoupant à la fois une question politique et des considérations d'ordre matériel (prison salubre et offre de programmes aux condamnés), sans toucher au cadre légal des peines. Lyra, comme ses collègues avant lui, distingua la justice criminelle en deux temps : l'un qui devait « régler le compte du coupable à la justice » et un autre qui devait « régler le compte de la justice au condamné ». Toutefois, il considéra que c'était *seulement* dans le deuxième temps que la « fraternisation » devait avoir lieu et que celle-ci ne

---

<sup>104</sup> Alencar, Ana Valderez A. N. de (1985), Execução penal: lei n. 7210 de 11-7-84: texto da lei anotado e indexado e anteprojetos, histórico (tramitação legislativa). Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, p. 299.

<sup>105</sup> Alencar, Ana Valderez A. N. de (1985), Execução penal: lei n. 7210 de 11-7-84: texto da lei anotado e indexado e anteprojetos, histórico (tramitação legislativa). Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, p. 385.

devait s'exprimer que sous une *forme matérielle*, sans pouvoir déboucher sur une réduction de la longueur des peines. Bref, le « droit rétributiviste » n'avait pas à être humanisé, seulement la « politique de vie en prison ». Cette manière de concevoir les choses était *très répandue* dans la culture pénaliste brésilienne :

L'avant-projet donnera surtout l'âme à l'exécution. La sentence de condamnation criminelle doit être un acte d'espoir fraternel, un câlin de lumière sur un destin. [...] Une fois le procès terminé, que doit faire l'État vainqueur ? [...] Ce qui importe le plus dans un code d'exécution pénale, finaliste et transcendant, plus politique que juridique, ce n'est pas la prestation de comptes du condamné à la justice, mais la responsabilité de cette dernière devant le futur d'un homme qu'elle a sa disposition. Qu'est-ce qu'on fait de notre frère ? C'est la question que posera la conscience du juge exécuteur. Il ne s'agit plus de savoir qui accuser et condamner, mais qui défendre et guider<sup>106</sup>.

Nous pouvons aussi apprécier l'effort et les limites de cette tentative de l'avant-projet pour humaniser surtout politiquement et matériellement la prison dans la proposition portant sur le pardon dans l'exécution de la peine.

Art. 134 – [...] le juge pourra, une fois remplies les conditions, déclarer remise la peine privative de liberté :

I – de la femme enceinte qui, après l'accouchement, s'est adaptée indubitablement aux devoirs de la vie familiale ;

II – du condamné qui, selon la sentence, fut conduit au crime par un motif pertinent de valeur sociale ou morale;

III – du condamné, dont le juge n'a pas utilisé dans la sentence la faculté de cesser d'appliquer la peine ou de remplacer la peine privative de liberté par la peine d'amende ;

IV – du condamné qui, selon la sentence, a cherché spontanément et efficacement après le crime à ne pas récidiver ou à en diminuer les conséquences, et a réparé le dommage, sauf dans le cas de faillite ;

V – du condamné qui a avoué spontanément d'avoir commis un crime qui était ignoré ou imputé à d'autres personnes ;

VI – du condamné invalide ;

VII – du condamné qui, selon sa situation ou ses conditions personnelles, est menacé par sa propre santé mentale<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> Alencar, Ana Valdez A. N. de (1985), Execução penal: lei n. 7210 de 11-7-84: texto da lei anotado e indexado e anteprojetos, histórico (tramitação legislativa). Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, p. 381.

<sup>107</sup> Alencar, Ana Valdez A. N. de (1985), Execução penal: lei n. 7210 de 11-7-84: texto da lei anotado e indexado e anteprojetos, histórico (tramitação legislativa). Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, p. 302.

Dans la prochaine section, nous allons voir comment les réformateurs des années 1980 observèrent la « réhabilitation » et quelles furent les images associées à cet objectif.

## **2. La représentation du projet de réhabilitation chez les réformateurs de 1984**

Avant de commencer, soulignons que la théorie de la réhabilitation se trouve d'entrée de jeu dans une situation désavantageuse par rapport à la théorie de la rétribution sur le plan de l'observation. Il s'agit d'un problème d'observation puisqu'il y a une tendance à observer la théorie de la réhabilitation à partir de l'effet attendu de réhabiliter l'individu. Il s'agit ainsi de « mesurer » et de « vérifier » l'« efficacité » de la peine à partir de la réalisation ou non de ce but de réhabiliter.

Cela découle du fait que la théorie de la réhabilitation donne à la peine un objectif temporel « à distance » : elle projette dans l'avenir la réalisation de son but espéré. La théorie de la rétribution, en voulant infliger une souffrance et, de cette façon, faire justice, s'accomplit avec la simple imposition d'une peine afflictive dans le présent. On n'attend aucun effet « empirique » dans l'avenir. Son « but » est moins visible et les observateurs décrivent habituellement la rétribution comme une théorie de la peine qui n'a pas de but ou de finalité. Pour la rétribution, le but et le moyen ont la même temporalité ( $t^1$ ). On fait justice en infligeant une souffrance au condamné. La réhabilitation dit qu'on doit emprisonner les criminels pour les traiter afin qu'ils ne récidivent pas à l'avenir. Le moyen ( $t^1$ ) et le but ( $t^2$ ) ont une temporalité distincte. Elle projette son « but » dans l'avenir et dit que le cadre punitif vise à réhabiliter le condamné avec l'aide de programmes positifs spécifiques. La réhabilitation a ainsi la particularité de promouvoir deux « moyens », un « moyen négatif » (le cadre carcéral) et un autre, « positif » (les programmes d'aide à la réinsertion sociale). Le « moyen négatif » est le même que celui des théories de la rétribution et de la dissuasion, même s'il n'est pas valorisé de la même façon. Le « moyen positif » se ramène à un programme concret visant à la promotion d'un bien, à l'offre d'un programme positif d'intervention. C'est le « moyen » que la réhabilitation valorise et priorise. Le tableau ci-après permet de visualiser notre argument :

**TABLEAU 5.2.**

**« Moyens » x « Buts » et leur temporalité (Pires, 2008)**

|                                     | <b>« Moyen »<br/>(objectif du premier ordre)</b>  | <b>« Fin »<br/>(objectif du deuxième ordre)</b>                     |
|-------------------------------------|---|---|
| <b>Rétribution</b>                  | Moyen négatif : infliger une souffrance (t <sup>1</sup> )   | Faire justice (t <sup>1</sup> )                                     |
| <b>Dissuasion</b>                   | Moyen négatif : infliger une souffrance (t <sup>1</sup> )   | Dissuader les criminels potentiels et le condamné (t <sup>2</sup> ) |
| <b>Réhabilitation<br/>carcérale</b> | Moyen négatif (ni valorisé ni rejeté) : exclure socialement<br>Moyen positif : causer un bien, donner une formation, un traitement, un programme de réinsertion sociale (t <sup>1</sup> ) | Réhabiliter le condamné (t <sup>2</sup> )                           |

L'implication de ces temporalités différentes entre la théorie de la rétribution et les théories de la dissuasion et de la réhabilitation carcérale est la suivante : comme l'objectif de la peine pour la rétribution se réalise dans le présent, on ne peut pas observer son « échec ». Ainsi, la théorie ne permet pas d'être soumise à une évaluation empirique d'efficacité comme le permettent les autres théories (dissuasion et réhabilitation) (Pires, 2015).

La théorie de la réhabilitation, par contre, est la plus vulnérable des théories de la peine, car elle se prononce exclusivement sur les individus condamnés et soumis à un programme d'aide. On peut alors observer plus facilement si ce programme a donné des résultats attendus ou non. La récidive « montrerait » son échec. La théorie de la dissuasion reste en grande partie invisible. Le récidivisme prouve seulement partiellement son échec. On présuppose qu'il y a des individus (invisibles) qui ont été dissuadés par les peines données à d'autres.

Le travail célèbre de Martinson, « *What works ? Questions and answers about prison reform* » (1974), est souvent cité comme le signe du virage vers le constat d'échec de

la réhabilitation et son déclin (Allen, 1981; Garland, 2001). À partir d'une évaluation de plusieurs programmes thérapeutiques en milieu correctionnel et en utilisant une série d'indicateurs, entre autres, la récidive, le succès vocationnel, le changement d'attitude et de personnalité de la part du condamné, Martinson a voulu vérifier l'effet de la réhabilitation sur la récidive éventuelle. Il parle de programmes comme les thérapies, le « *counseling* », l'éducation, le traitement communautaire, etc. L'auteur met en cause l'efficacité de la réhabilitation en tant que traitement en milieu correctionnel. Les interprétations de la conclusion de son étude donnèrent le coup de grâce à la réhabilitation en répondant à la question titre de son article avec sa fameuse expression : « *nothing works* ».

Deux commentaires doivent être formulés à partir du travail de Martinson. D'abord, nous pouvons observer la difficulté que la réhabilitation pose à l'observateur, car ce médium réhabilitation fait référence tant au savoir-faire des intervenants en milieu correctionnel qu'à celui des opérateurs du droit criminel. L'évaluation faite par Martinson renvoie avant tout aux résultats des programmes de traitement mis en place par les intervenants. Martinson parle d'un corpus de savoir-faire pour changer le comportement des individus qui subissent une intervention pénale et ainsi il lie la réhabilitation à l'intervention thérapeutique proprement dite et il examine des *programmes concrets* et non la prison *sans ces programmes*, comme un simple entrepôt d'individus. Il ne fait pas référence aux opérations proprement dites du droit criminel ou à ce que celui-ci doit faire au moment de la détermination de la peine. Il y a une confusion, facilitée par l'usage de ce médium, entre la finalité d'un traitement, comme « changer l'individu », et la finalité de « réhabilitation » d'une sanction visant à donner des conditions pour l'inclusion sociale ou au moins pour ne pas nuire davantage aux conditions d'insertion sociale. En tant que théorie de la peine, la théorie propose aux décideurs de tenir compte de l'inclusion sociale de l'individu au moment de déterminer (choisir) la peine et sa durée.

Une autre remarque renvoie à la particularité de la théorie de la réhabilitation au Brésil. Différemment de ce qui s'est passé ailleurs, les réformateurs de 1984 ne remirent pas en cause l'objectif de réhabilitation de la sanction en droit criminel. La méfiance par rapport à la réhabilitation vint du refus d'un modèle en particulier de réhabilitation carcérale (celui

de l'école positive italienne) et d'une adhésion trop intense de la dogmatique juridique brésilienne au rétributivisme. Au Brésil, si « nothing works », c'est parce que rien n'a été fait ; il n'y a simplement pas de programmes dans les prisons. Une raison encore plus forte pour réduire la durée des peines de prison qui, en l'absence de programmes et de conditions de vie adéquates, ne peuvent faire que davantage de mal.

Passons maintenant à l'analyse des images de la réhabilitation construites à partir des associations d'idées négatives que nous avons trouvées dans la doctrine pénale de réforme des années 1980.

### **2.1. La réhabilitation et la manipulation des consciences**

Une des critiques formulées par les réformateurs de 1984 sur la réhabilitation consistait à l'associer à la manipulation de la conscience de l'individu condamné. Un extrait d'un texte du juriste Miguel Reale Junior démontre bien cette association entre la réhabilitation et la manipulation de la conscience. Dans cet extrait, nous pouvons constater la critique de la réhabilitation en tant qu'intervention « pédagogique » auprès des prisonniers. La réhabilitation utiliserait quelques outillages scientifiques pour modifier l'état mental et spirituel du condamné. Les méthodes d'intervention étaient vues comme scientifiques et le résultat de cette intervention était observé comme un changement dans la structure de la personnalité du condamné. La réhabilitation était ainsi observée comme une manipulation de la conscience et, en tant que telle, elle était dévalorisée par les réformateurs.

Si la resocialisation consiste en un changement de la structure de la personnalité du condamné, en lui imposant ce qu'il doit être à l'aide de méthodes scientifiques, elle rompt les présupposés fondamentaux du droit pénal d'un État démocratique, et elle devient de la manipulation de conscience<sup>108</sup>.

Dans cette image, les réformateurs projetaient aussi l'idée que la réhabilitation était vue comme scientifique, ce qui renforçait la difficulté de voir la théorie de la réhabilitation comme une théorie de la peine *du droit criminel*. Vue exclusivement comme

---

<sup>108</sup> Reale Junior, Miguel (1985), « Fundamento e aplicação das sanções penais na nova parte geral », dans Toledo, Francisco de Assis et al. (1985), *Reforma penal*, São Paulo: Saraiva, p. 62.

une pratique pédagogique d'intervention additionnelle auprès des prisonniers pour contribuer à leur métamorphose intérieure, la réhabilitation était renvoyée « ailleurs », en dehors du cadre de décisions du droit criminel. Elle devenait alors une affaire pour les experts et les scientifiques, les psychologues, les intervenants, à la limite pour l'administration carcérale et le gouvernement, mais non pour le système de droit. Lors de notre entretien, le juriste René Ariel Dotti, interrogé sur la façon dont il voyait la réhabilitation à l'époque de la réforme, nous raconta une anecdote. Il nous confia que le juriste Roberto Lyra lui avait déconseillé de choisir la réhabilitation comme sujet de thèse de doctorat. Pourquoi? Parce que du point de vue juridique, lui avait-il dit, l'espace pour la réhabilitation était restreint, tandis que du point de vue social et psychologique, il était énorme.

La critique par les réformateurs de 1984 de l'idée de la réhabilitation comme manipulation de la conscience reposait sur l'observation que la réhabilitation visant la transformation de l'individu était une imposition de valeurs, alors que la société était précisément elle-même composée d'une multitude de valeurs. Ils posèrent par conséquent les questions suivantes:

Quel modèle de société doit-on choisir comme référence [le même que celui que l'on prend pour punir, pour infliger la souffrance] ? Quelles sont les normes et les valeurs de base ? Quel degré de proximité doit-on exiger de l'individu face aux étalons de référence de comportement du groupe ? Et, pour terminer, par quels moyens peut-on y arriver ?<sup>109</sup>

Resocialiser devant quoi ? Resocialiser devant quel ensemble de normes ? Resocialiser devant quelle idéologie ? Quelles normes? Quelles valeurs ? [...] Et encore une question s'impose : à travers quelle méthode et quels moyens peut-on réaliser cette prétendue resocialisation sociale?<sup>110</sup>

Selon eux, les réponses à ces questions étaient impossibles et, de cette manière, démontraient l'imprécision de la réhabilitation. Ils argumentaient que la réhabilitation avait

---

<sup>109</sup> Reale Junior, Miguel (1985), « Fundamento e aplicação das sanções penais na nova parte geral », dans Toledo, Francisco de Assis et al. (1985), *Reforma penal*, São Paulo: Saraiva, p. 62.

<sup>110</sup> Reale Junior, Miguel *et al.* (1987). *Penas e medidas de segurança no novo código*, Rio de Janeiro: Forense, p. 166.

été reçue par le droit criminel sans aucune critique, car elle contenait un discours humanitaire, même si ce discours était une illusion<sup>111</sup>.

Quelles sont les principales « taches aveugles » de cette critique de la réhabilitation ? Qu'est-ce que cette critique ne voit pas et ne voit pas qu'elle ne voit pas (Von Foerster, 1991) ? D'abord, que la protection de la liberté ne se résume pas à la protection de la liberté des consciences. Que la prison constitue déjà par elle-même une grande forme d'intrusion dans la vie privée et personnelle des individus et contredit, elle aussi, les présupposés fondamentaux de l'État démocratique consistant à protéger non seulement la liberté de conscience, mais aussi la liberté de construction d'une « vie personnelle et sociale » en mettant les personnes à l'abri de la « promiscuité » (au sens de Goffman, 1968) produite intentionnellement par le pouvoir politique à travers la détention forcée. Ajoutons que les mêmes questions et critiques formulées ci-dessus par Reale à l'égard de la réhabilitation étaient destinées aussi grosso modo aux théories de la rétribution et de la dissuasion. Par exemple : « rétribuer devant quel ensemble de normes ? Devant quelles valeurs ? Devant quelle idéologie ? ». Les réformateurs étaient préoccupés de dénoncer ce qu'ils avaient qualifié de « transformation du droit criminel en un instrument de médicalisation »<sup>112</sup>, mais ils perdaient de vue les théories de la rétribution et de la dissuasion qui fondaient et justifiaient la pratique de longues peines d'incarcération.

Pour se distancier de la vision de la réhabilitation comme manipulation de la conscience, les réformateurs de 1984 employèrent une distinction : la réhabilitation comme manipulation de la conscience/ comme une « offre d'aide » aux individus. Ils acceptèrent alors exclusivement l'idée d'un appui organisationnel pour « promouvoir l'éducation du condamné à travers l'assistance sociale et le travail ».

Éducation dans le sens de stimuler de nouveaux comportements, d'augmenter le répertoire de réponses dans lequel pourra puiser le condamné devant les difficultés naturelles de la vie, un élément dont il a été privé et qui a joué dans son parcours. La réhabilitation ne vise pas à transformer scientifiquement le

---

<sup>111</sup> Reale Junior, Miguel (1985), « Fundamento e aplicação das sanções penais na nova parte geral », dans Toledo, Francisco de Assis et al. (1985), *Reforma penal*, São Paulo: Saraiva, p. 62.

<sup>112</sup> Reale Junior, Miguel et al. (1987). *Penas e medidas de segurança no novo código*, Rio de Janeiro: Forense.

criminel en “non-criminel” mais à faciliter sa vie future en créant la possibilité d’adopter de nouvelles attitudes, selon la libre autonomie individuelle, pour que l’exécution de la peine ‘ne viole pas les opinions du condamné, en remplaçant son monde de valeurs par le monde dominant de la société’<sup>113</sup>.

## 2.2. La réhabilitation et le totalitarisme

Les réformateurs associèrent aussi la réhabilitation aux expériences des régimes politiques totalitaires. Ainsi, par exemple, les idées d’arbitraire et de « durée indéterminée » servirent à bâtir un pont entre « totalitarisme » et réhabilitation. Le rétributivisme (qui date du Moyen Âge) était vu alors comme une expression de la démocratie, et la réhabilitation, identifiée au fascisme italien, au totalitarisme. Cette vision empiriquement erronée hypothéqua la théorie de la réhabilitation au Brésil pendant cette période d’où l’on sortait d’une dictature militaire. C’est l’association faite par le juriste et membre de la commission de 1980, Ricardo Andreucci :

L’idée de rééducation, si nous la prenons dans sa logique extrême, finit par assujettir le condamné à l’État pendant un temps indéterminé et à l’arbitraire, raison pour laquelle les totalitarismes choisirent souvent la défense sociale et non la rétribution<sup>114</sup>.

L’association de la réhabilitation aux expériences fascistes et totalitaires en Europe venait surtout de l’observation de l’école positive italienne et des Codes pénaux du régime de Mussolini en Italie, ainsi que de la position de Ferri face à ce régime (Digneffe, 1995b). Toutefois, comme l’a remarqué Digneffe, « cette idée du renforcement de l’État et du contrôle social a également fait son chemin dans les sociétés démocratiques » (1995b, p. 241) et n’est pas une implication de la théorie de la réhabilitation. Ce qui signifie qu’elle ne peut pas être identifiée au totalitarisme et que les théories de la rétribution et de la dissuasion participent également au renforcement du contrôle.

---

<sup>113</sup> Reale Junior, Miguel *et al.* (1987). *Penas e medidas de segurança no novo código*, Rio de Janeiro: Forense, p. 168.

<sup>114</sup> Andreucci, Ricardo Antunes (1981). « Fundamentos da reforma penal », *Anais do Seminário sobre reforma penal*, Goiânia, 16-19 de junho de 1981, *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 5, n.1-2, p. 55-61.

Dans le cas du Brésil, la théorie de la réhabilitation, en dépit du fait d'avoir émergé au début du 19<sup>e</sup> siècle, fut identifiée au modèle de l'école positive italienne et à une image vague et purement négative du mouvement de défense sociale. Ces images négatives furent mobilisées par les réformateurs en opposition à la rétribution qui était observée seulement sous l'angle « positif ». Les réformateurs minimisèrent alors la place de l'objectif de réhabilitation sans critiquer les longues peines d'incarcération en tant que telles, les acceptant dans un cadre rétributiviste.

Cette association fut très explicite dans l'argumentation du coordinateur de la Commission de 1980, le juriste Francisco Assis Toledo. Dans le cadre d'un congrès pour discuter la première version du projet formulé par la Commission, il associa tout ce qui était « répressif » ou « négatif », y compris les exécutions (peine de mort?), à la notion de dangerosité et à l'abandon de la notion de culpabilité et de blâme. Il considéra le « principe de la culpabilité » comme une sauvegarde de la démocratie :

Toutes les fois que l'État abandonna le principe de la culpabilité pour construire sa structure de normes sur les conséquences de l'acte commis ou sur le mythe de la dangerosité sociale de l'agent, à ce moment, les forces, les guillotines, les fusillades, les chambres à gaz, etc., émergèrent. Le principe de la justice fut remplacé par celui du nettoyage social au détriment des valeurs authentiques. [...] On élargit l'arbitraire du système de justice pour y inclure l'évaluation de la réprimande du tort causé par le crime ainsi que de la personnalité du coupable<sup>115</sup>.

Cette observation imprécise et partielle finit par favoriser les théories qui justifiaient le plus fortement l'incarcération (dont les réformateurs voulaient pourtant réduire l'usage) : la rétribution, la dissuasion et la réprobation sociale.

### **2.3. La réhabilitation et la dangerosité**

La Commission disait souvent qu'elle voulait construire un droit pénal plus « garantiste » face au pouvoir punitif de l'État. Ce terme ne s'étendait cependant pas ici à

---

<sup>115</sup> Toledo, Francisco de Assis (1982), « Perspectivas do direito penal brasileiro », Anais do I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Política Penitenciária, p. 76.

l'extension ou à la sévérité des peines, mais à la manière de les attribuer (des peines qui pouvaient rester, dans un bon nombre de situations, très sévères). Selon la manière de voir des réformateurs, un droit pénal « garantiste » devait écarter toute forme de responsabilisation strictement axée sur la *conséquence* de l'acte et opter pour une forme de responsabilisation axée sur l'*intention* des individus. Pour eux, seul un droit criminel de l'intention (par opposition à un « droit criminel des conséquences ») était compatible avec la démocratie. Cette croyance les rapprochait du rétributivisme. À leur avis, l'ancienne codification faisait trop de concessions aux « conséquences de l'acte » et était, pour cette raison, insuffisamment garantiste et plus rapprochée du totalitarisme. La place accordée à la dangerosité était un symptôme de ce droit axé sur les conséquences par opposition à l'intention et à la culpabilité.

Le problème qui nous intéresse apparaît donc lorsque les enjeux dans la théorie du délit se couplent à quelques idées répandues par les théories de la peine, surtout la théorie de la rétribution. Nous avons alors la nette impression de revivre le débat entre l'école classique et l'école positive dans le dernier quart du 19<sup>e</sup> siècle. Juger selon la dangerosité de l'individu (ou les conséquences actuelles ou éventuelles de son comportement) était, selon les juristes, un problème dans la mesure où ladite dangerosité introduisait une dose inacceptable d'arbitraire dans la sentence. Pour eux, le jugement du degré de culpabilité apparaissait comme « non arbitraire » et le jugement de dangerosité, comme arbitraire ; la dangerosité était associée à la réhabilitation et la culpabilité, à la peine rétributive. La critique visait davantage le modèle de l'école positive que celui effectivement adopté par le Code pénal de 1940 ou par le projet de 1969 :

La dangerosité en tant que jugement de la probabilité de commettre des crimes dans l'avenir devient le seul fondement de la peine. Cependant, on connaît les conséquences nocives de l'adoption de la dangerosité, un jugement fluide et peu sûr qui permet la violation directe du principe de la légalité, car le condamné reçoit une peine non pas en raison de ce qu'il a fait, mais plutôt de ce que l'on prétend qu'il fera probablement, étant donné son mode de vie: c'est-à-dire une récidive<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> Reale Junior, Miguel (1985), « Fundamento e aplicação das sanções penais na nova parte geral », dans Toledo, Francisco de Assis et al. (1985), *Reforma penal*, São Paulo: Saraiva, p. 63.

Dans le tableau suivant, nous illustrons la représentation du « droit criminel de la culpabilité » et celle du « droit criminel de l'individu », telles qu'elles furent construites par les réformateurs et qu'elles émergent de notre matériau :

**TABLEAU 5.3.**  
**Représentations du droit criminel**

| <b>Représentation du droit criminel de la culpabilité</b>   | <b>Représentation du droit criminel de l'individu</b>   |
|---|---|
| Culpabilité et rétribution  | Dangerosité et réhabilitation   |
| Jugement objectif et non arbitraire   | Jugement subjectif et arbitraire  |
| Jugement sur l'acte   | Jugement sur la personnalité  |
| Jugement rétroactif, « non probabiliste », sur l'intensité de la culpabilité  | Jugement prospectif et probabiliste sur l'éventualité de comportements criminels dans l'avenir  |
| Le législateur peut établir des peines minimales et maximales « objectives » (plus ou moins sévères selon la culpabilité) | Le législateur va établir des mesures de sécurité indéterminées ou laisser le juge déterminer la durée de la peine  |
| Le juge qui obéit strictement aux peines prévues par le législateur est objectif  | Le juge va adopter une sanction qui n'est pas autorisée par la loi et déterminer arbitrairement la durée de la peine en fonction de ses propres « prédictions » |

La représentation que le jugement selon le crime est moins arbitraire et plus « juste » se fonde surtout sur la théorie de la rétribution. Cette théorie défend aussi l'idée que chaque crime doit avoir une peine proportionnelle à son degré de culpabilité. Le concept de culpabilité joue ainsi un rôle important pour cristalliser cette association entre le crime et la peine. En soutenant un droit pénal de la culpabilité, les réformateurs renforcèrent la relation entre le crime et la peine (de prison).

Kaminski, en commentant la justice des mineurs, argumente l'urgence de dépasser le dilemme entre juger l'acte et juger la personne : « ni l'acte, ni la personne ». Il met l'accent sur un jugement portant sur la situation (par opposition à l'acte) et qui aurait comme objectif la « restauration du lien social, dont la dimension punitive serait tout au plus accessoire et dans laquelle le respect des droits est fondamental » (2001, p. 13). Cette perspective est virtuellement capable de sortir des querelles internes de la rationalité pénale moderne parce qu'elle valorise plutôt l'inclusion sociale de l'individu que son exclusion sociale. Dans le même sens que Kaminski, Mohr (1980) rappelle que « punir le crime » est une sorte de mystification : toute peine punit *une personne*, et non le crime. Et il rappelle aussi que la punition basée sur le criminel a toujours été au centre du droit criminel même avant le « modèle médical » de l'école positive.

La colonne de gauche du tableau ci-dessus indique ce qui est observé comme « positif » et celle de droite, comme « négatif ». Le « problème à résoudre » par les réformateurs se déplace alors du recours excessif à la prison et aux longues peines à l'arbitraire du juge, à la notion de dangerosité et à la réduction de la place que l'on doit accorder au projet de réhabilitation qui deviendra « extérieur au droit ». En outre « l'égalité des peines » devient plus importante que la protection de la liberté individuelle face au recours aux peines de prison et à leur longueur. Le droit criminel perd de vue le souci pour l'inclusion sociale (ou pour la non exclusion sociale excessive) du coupable. En effet, lors d'un entretien, l'un des juristes membres de la Commission dit que Cette dernière voulait afficher une position contraire à l'idée de dangerosité et à son insertion dans le Code pénal faite par la Loi 6416 de 1977.

#### **2.4. La réhabilitation et les « peines indéterminées »**

À partir notamment du 19<sup>e</sup> siècle, la théorie de la réhabilitation inspira ou stimula plusieurs types de pratiques «sentencielles», y compris la probation, la libération conditionnelle et les mesures de services à la communauté. Parmi ces pratiques, la « peine indéterminée » fut peut-être la plus régulièrement contestée. Le diagnostic du déclin de l'idéal réhabilitatif est souvent associé à la critique des peines indéterminées (Allen, 1981;

Von Hirsh, 1985; Brodeur, 1985; Von Hirsh, Knapp et Tonry, 1987; Tonry, 1996; Garland, 2001; Rothman, 1980, entre autres). Les réformateurs de 1984 suivirent cette route. Toutefois, l'expression « peine indéterminée » n'est pas univoque et elle fut utilisée par rapport à des pratiques « sentencielles » très différentes. Il reste qu'au Brésil, les réformateurs identifèrent ces peines à un modèle particulier, celui de l'école positive italienne et du mouvement de défense sociale. Rappelons, en passant, que les propositions visant à créer des « peines indéterminées » étaient même antérieures à la naissance de l'école positive italienne.

En fait, dans la déclaration de principes du *National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline* aux États-Unis de 1871, avant même l'émergence du modèle médical de la théorie de la réhabilitation, nous trouvons déjà la formulation et la promotion d'un certain type de « peine indéterminée » : « Peremptory sentences ought to be replaced by those of indeterminate length. Sentences limited only by satisfactory proof of reformation should be substituted for those measured by mere lapse of time ». Selon ce critère, on ne devait pas garder en prison un condamné réhabilité ni libérer un condamné qui ne donnait pas de signes de réhabilitation. Comme on peut le voir, la peine indéterminée guidée par la théorie de la réhabilitation carcérale avait *deux faces* : elle *réduisait* le temps de prison d'un groupe de condamnés et elle le *prolongeait* si l'individu ne paraissait pas réhabilité. Elle n'était donc pas *seulement* répressive.

Il convient donc maintenant d'examiner rapidement, avant même de voir ce qui se passa au Brésil, les différents sens qui ont été donnés à ce médium « peine indéterminée » dans la littérature juridique et criminologique.

#### **2.4.1. Le médium « *peine indéterminée* »**

Avant de présenter schématiquement les différents sens donnés à ce médium, il faut lever deux ambiguïtés récurrentes.

La première est que la notion de peine indéterminée ne doit être confondue ni avec l'idée de pouvoir choisir entre différents types de peines (par exemple, prison ou amende) ni avec l'idée que la peine déterminée par le juge du procès puisse être modifiée par la suite (exemple, libération conditionnelle). En effet, après la naissance de la prison, l'expression « peine indéterminée » fut généralement employée pour faire référence *exclusivement* au fait que la *durée de la peine* (d'incarcération) n'était pas déterminée de façon précise dans la sentence du tribunal. La notion de peine indéterminée renvoie donc strictement (i) à la dimension temporelle de la peine (usuellement d'incarcération) et (ii) au fait que le juge du procès « laisse ouvert » cet aspect dans sa décision. Ainsi, si un juge condamne un individu à trois ans de prison et que cet individu se voit octroyer une libération conditionnelle après un an de détention, ceci *n'est pas* un mécanisme de « peine indéterminée ». Car la peine de cet individu a été parfaitement déterminée par le juge du procès, ce qui n'empêche que cette décision puisse être modifiée plus tard en fonction d'autres critères et d'autres objectifs institutionnalisés.

La deuxième ambiguïté est la suivante. Certaines peines déterminées d'incarcération peuvent se faire accompagner d'une période *indéterminée* de surveillance en liberté. Nous n'allons pas traiter de ce scénario ici parce qu'il ne fut pas envisagé par les réformateurs. Rappelons cependant que cette situation s'applique usuellement à un petit nombre d'individus et que nous sommes davantage devant un problème de *contrôle* ou de *surveillance* de durée indéterminée que de *peine* indéterminée d'incarcération. La surveillance indéterminée reste qualitativement beaucoup moins intrusive qu'une peine de prison indéterminée.

Nous allons partir ici de la constatation que la «flexibilisation» *du temps d'incarcération* est un phénomène *asymétrique* par rapport aux droits fondamentaux des individus. En effet, la possibilité de *réduire la durée* d'une peine d'incarcération fixée par le tribunal pour une personne spécifique ne met pas en danger – du moins généralement – ses droits fondamentaux à sa liberté. C'est probablement pour cette raison que l'*absence* d'une peine minimale n'est presque jamais observée comme rendant une peine « indéterminée ». En effet, du point de vue des droits fondamentaux, les « peines indéterminées » sont

habituellement critiquées par l'*abus de pouvoir* qu'elles sont susceptibles de créer et non par le fait d'être *moins* répressives. Rappelons aussi que pour la théorie de la réhabilitation *carcérale* (positiviste ou non positiviste), le mécanisme de la peine de prison de durée indéterminée devrait logiquement (et idéalement) s'appliquer à tous les condamnés qui reçoivent ce type de peine. Car la théorie ne peut justifier ni le fait de garder en prison un individu qui peut rester en liberté, ni celui de libérer un individu qui n'est pas encore réhabilité. Les législations que nous connaissons ne vont pas adopter cette recommandation pour l'ensemble des crimes, mais les tribunaux, particulièrement dans certaines juridictions nord-américaines, vont trouver une façon de la mettre en pratique.

En Occident, la notion de « peine indéterminée » fut employée pour faire référence aux individus considérés comme soit *pénalement irresponsables*, soit *pénalement responsables*. Dans le premier cas, le terme « peine » est néanmoins techniquement erroné ou inapproprié d'un point de vue juridique. En effet, on ne *punit* pas juridiquement une personne qui est considérée comme étant pénalement irresponsable. En plus, cette notion fut également utilisée pour décrire *deux types* de pratiques différentes de détermination des peines : une pratique *législative* et une pratique *judiciaire*.

Dans la pratique législative, on dit habituellement qu'il y a une « peine indéterminée » lorsque la législation criminelle n'indique pas dans la loi une valeur *maximale* pour la peine (de prison) *relativement au nombre d'années, de mois ou de jours*. À la rigueur, la peine *perpétuelle* est donc aussi un type particulier de « peine indéterminée », mais elle n'est pas usuellement observée comme telle.

Plusieurs observateurs utilisèrent aussi le médium « peine indéterminée » pour faire référence à cette pratique *judiciaire* (qui s'est développée particulièrement aux États-Unis). Même lorsque la peine maximale était bel et bien déterminée dans la législation, plusieurs tribunaux commencèrent à attribuer une peine de prison *sans fixer* eux-mêmes une durée déterminée. Par exemple, si la loi prévoyait une peine maximale de 5 ans pour tel ou tel délit, le tribunal condamnait alors l'individu à une peine de prison allant « d'un jour jusqu'à cinq ans ». Cette manière de rédiger la sentence laissait ainsi aux autorités

correctionnelles le soin de choisir concrètement la durée de l’incarcération en fonction de la réhabilitation (ou non) du coupable. Certains juges pouvaient aussi indiquer dans la sentence une durée minimale plus importante (au nom de la dissuasion ou de la rétribution), mais en laissant toujours une marge de jeu pour l’autorité correctionnelle. Par exemple, ils pouvaient condamner un individu à une peine de prison variant entre « un an et cinq ans ».

La première expérience de cette pratique remonte, semble-t-il, en 1876 dans l’État de New York (Brodeur, 1985). Cette pratique «sentencielle» fut mise en œuvre et consolidée aux États-Unis entre 1900 et 1920. L’historien David Rothman (1980) la décrit comme faisant partie de l’ère progressive dans le domaine de la justice criminelle :

[T]he indeterminate sentence with release through parole altered the character of prison sentences. Before 1900, judges set the precise term of incarceration for adult offenders. After 1900, judges levied the minimum and maximum terms, leaving it for parole boards to decide upon the moment of release and the conditions of post-release supervision. This revolutionary change was accomplished with incredible speed. In 1900, only a handful of states allowed for parole, generally reserving it for young first offenders in reformatories. By 1923, almost half of all inmates sentenced to state prisons were under an indeterminate sentence, and a little over half of all releases were under parole (Rothman, 1980, p. 44).

Tonry utilise aussi l’expression *peine indéterminée* dans le même sens. En effet, il remarque que « *[i]n 1970, every state and the federal system had an ‘indeterminate sentencing system’ in which judges had wide discretion to decide who went to prison and to set maximum and sometimes minimum prison terms* » (1996, p. 4). Les idées fortes propagées par cette pratique étaient le caractère discrétionnaire de la détermination de la peine et l’approche « case-by-case » (Rothman, 1980, p. 54). En effet, la théorie de la réhabilitation carcérale est celle qui favorise le plus l’individualisation de la peine en fonction d’une évaluation des comportements et de l’attitude de l’individu après le crime et la condamnation.

Nous n’allons pas faire ici une évaluation des critiques de cette pratique judiciaire. Pour notre propos, il suffit d’attirer l’attention sur le fait que l’expression « *peines indéterminées* » est employée de façon très imprécise dans la littérature juridique et

criminologique. Disons aussi qu'un grand nombre d'auteurs emploient cette expression *sans préciser* le sens qu'ils lui donnent. Cette imprécision est la source d'un grand nombre de malentendus. Nous allons donner un sens plus strict à cette notion. Pour nous, le médium « peine indéterminée » fera référence seulement à la pratique *législative* consistant à ne pas fixer une durée maximale d'emprisonnement relativement au nombre d'années, de mois ou de jours pour les individus considérés comme *pénalement responsables* (type 2 du tableau X ci-dessous).

**TABLEAU 5.4.**

**Usages de l'expression « peines indéterminées »**

| <u>Type</u>  | <u>Description</u>   |
|--|--|
| <p><u>Type 1 :</u><br/>Indétermination <i>législative</i> de la durée maximale de l'enfermement pour les personnes <i>non criminellement responsables</i></p>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>• La législation autorise une durée maximale indéterminée d'enfermement sans prévoir un mécanisme de révision périodique de cette décision</li> <li>• <i>La personne est exclue du programme du droit criminel et du champ des peines ;</i></li> <li>• La notion de « peine indéterminée » est juridiquement impropre</li> <li>• Mesure d'internement indéterminé dans un asile (judiciaire)</li> </ul> |
| <p><u>Type 2 :</u><br/>Indétermination <i>législative</i> de la durée <i>maximale</i> d'<i>incarcération</i> pour les personnes criminellement responsables relativement au nombre d'années, de mois ou de jours</p> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• La législation ne stipule aucune durée maximale pour la peine d'incarcération exprimée en termes d'années, de mois ou de jours ;</li> <li>• La personne a été condamnée par un tribunal criminel</li> <li>• La peine perpétuelle est un type particulier de peine indéterminée.</li> <li>• Peine (ou mesure de sûreté) indéterminée (en prison)</li> </ul>  |
| <p><u>Type 3 :</u><br/>Indétermination judiciaire d'un quantum précis de peine d'emprisonnement dans la sentence</p>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• La législation stipule une durée maximale pour la peine d'emprisonnement mais le tribunal ne fixe pas <i>spécifiquement</i> une durée en termes d'années, de mois ou de jours.</li> <li>• La personne a été condamnée par un tribunal criminel</li> <li>• La durée maximale de la peine est néanmoins indiquée dans la sentence du tribunal (et dans la législation).</li> </ul>                      |

Dans le cadre de cette étude, nous allons *réserver* l'expression « peine indéterminée » seulement pour le *type 2* : lorsque le pouvoir législatif ne fixe pas la durée maximale d'une peine d'incarcération (ou permet la prison à vie qui est une forme d'indétermination) pour les individus criminellement responsables.

#### **2.4.2. Les pratiques des peines indéterminées et de «flexibilisation» du temps de prison au Brésil**

Les « peines indéterminées » (au sens du type 1 et du type 2 de notre tableau) entrèrent dans le droit criminel brésilien de deux manières différentes à travers le Code de 1940. L'expression « mesure de sûreté » fut employée dans les deux cas parce qu'elle n'avait pas de limite maximale déterminée par la loi. Ce Code gardait alors la distinction entre *peine* (déterminée) et *mesure de sûreté* (indéterminée) en réservant la première *exclusivement* aux individus considérés comme criminellement *responsables*. En revanche, la mesure de sûreté pouvait s'appliquer aux deux situations : autant aux individus considérés comme criminellement « irresponsables » que « responsables ». En ce qui concerne la peine, la durée maximale était toujours « déterminée » dans la législation et le juge « fixait » la peine dans sa sentence en choisissant un quantum entre les peines minimales et maximales données par le Code. La mesure de sûreté fut créée sans temps maximal et assujettie à la vérification que l'individu n'était plus considéré comme dangereux. Comme le Code adopta le système de la « double voie », il permit aussi l'application de la mesure de sûreté aux individus jugés criminellement responsables, mais qui étaient considérés comme « dangereux ». Cet individu pouvait alors, après avoir purgé la durée fixe de sa peine de prison, recevoir en plus une mesure de sûreté pour une période indéterminée. La notion de « double voie » avait ainsi deux sens différents : elle séparait d'abord les personnes criminellement irresponsables de celles criminellement responsables et, ensuite, par rapport à ces dernières, elle séparait celles qui recevaient uniquement une peine fixe de prison de celles qui se voyaient infligées une peine fixe à laquelle s'ajoutait une mesure de sûreté indéterminée.

Curieusement, pour tous les cas de mesure de sûreté, le Code prévoyait aussi un temps minimal de prison ou d'internement dans un asile judiciaire avant d'autoriser un examen clinique pour vérifier l'état de dangerosité de l'individu. Le temps minimal de cette

mesure variait selon le type de mesure appliquée sur une échelle de 1 an à 6 ans, définie à partir des peines minimales et maximales prévues pour le crime dans le Code pénal<sup>117</sup>.

Les théories de la peine qui orientèrent cette pratique de la mesure de sûreté indéterminée dans le Code de 1940 semblent avoir été la théorie de la réhabilitation carcérale et la théorie de la neutralisation. La mesure de sûreté pour les individus criminellement irresponsables (*type 1* de notre tableau) n'était pas, à notre avis, une pratique de *peine* indéterminée au sens juridique, puisque l'individu était exclu du programme que le droit criminel réservait à ceux et celles qui étaient considérés comme criminellement responsables. Dans le cas des personnes jugées irresponsables, les idées de réhabilitation et de neutralisation restaient présentes, mais elles ne prenaient pas tout à fait le sens d'une « théorie de la peine ».

Le Code de 1969 utilisa aussi le médium « peine indéterminée », mais cette fois dans un sens surprenant et inusité. Pourquoi surprenant ? Parce que le Code fixa en réalité une durée *maximale* de 10 ans et même une durée minimale de 3 ans ! La peine *indéterminée* était donc *déterminée* dans la législation. La différence est que cette « détermination » des limites légales de la peine de prison ne se faisait pas par rapport à un délit spécifique (un « type pénal »), mais plutôt par rapport aux « criminels d'habitude » ou aux « criminels par tendance » (art. 64). Il semble bien que c'est la référence à ces types supposés de *criminels* (catégories valorisées par l'école positive italienne) qui inspira l'appellation de « peine indéterminée ». Comme ce Code n'entra jamais en vigueur, cette curieuse pratique de « peine indéterminée-déterminée » ne fut jamais mise en pratique par les tribunaux<sup>118</sup>.

Nous résumons dans le tableau suivant ces différentes pratiques dans le droit criminel brésilien :

---

<sup>117</sup> Les possibilités sont 6 ans, 3 ans, 2 ans ou 1 an (pour l'enfermement dans le « manicômio judiciário », article 91); 3 ans, 2 ans, 1 an ou 6 mois (pour l'enfermement dans une « casa de custódia e tratamento », article 92); 2 ans ou 1 an (pour l'enfermement dans une « colônia agrícola, ou em instituição de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional », article 93); ou 1 an pour la liberté surveillée, l'exil local ou l'interdiction de fréquenter certains endroits (articles 94,97 et 98).

<sup>118</sup> La loi n. 6.016 de 1973 qui entendait modifier le Code pénal de 1969 avait gardé cette pratique de « peine indéterminée-déterminée » mais elle ne fut pas non plus appliquée.

**TABLEAU 5.5.**

**La peine indéterminée et la mesure de sûreté au Brésil avant la réforme de 1984**

| <b>Législation</b>             | <b>Adressée aux personnes</b>  | <b>Type de pratique</b>  | <b>Théories de la peine qui fondent la pratique</b>   |
|--------------------------------|--|--|---|
| CP 1940, articles 22 et 78, I  | Criminellement irresponsables  | Mesure de sûreté :<br>minimum : de 1 à 6 ans<br>maximum : indéterminé <sup>119</sup><br><i>Type 1 (mesure d'internement indéterminé en asile)</i>                        | Pas de théorie de la peine proprement dite (au sens classique)  |
| CP 1940, articles 77, 79 et 82 | Criminellement responsables et « dangereux » <sup>120</sup>                                    | Peine de prison fixée par le juge suivie d'une mesure de sûreté (minimum : de 1 à 6 ans ; maximum : indéterminé <sup>121</sup> )<br><i>Type 2 (peines indéterminées)</i> | La mesure de sûreté indéterminée est fondée sur les théories de la réhabilitation carcérale et de la neutralisation |
| CP 1969, article 31            | Criminellement irresponsables  | Mesure de sûreté :<br>minimum : de 1 à 3 ans<br>maximum : indéterminé <sup>122</sup><br><i>Type 1</i>  | Pas de théorie de la peine  |
| CP 1969, article 64            | Criminellement responsables considérées comme des « criminels d'habitude » ou « par tendance » | « peine indéterminée » (sens impropre) de prison :<br>minimum : 3 ans ou la peine appliquée par le juge du procès <sup>123</sup><br>maximum : 10 ans                     | Impossible à déterminer de façon spécifique avec nos données  |

Les réformateurs de 1984 s'attaquèrent au dispositif de peine indéterminée prévu dans le Code de 1940 pour les personnes jugées criminellement responsables (type 2). Cette pratique était en effet, comme le firent d'ailleurs souvent valoir les réformateurs, très problématique ou « délicate » par rapport aux droits fondamentaux. Les réformateurs

<sup>119</sup> Jusqu'à l'évaluation à l'aide d'un examen clinique de la cessation de l'état dangereux.

<sup>120</sup> La dangerosité était présumée par la loi (pour certaines situations) ou déclarée par le juge.

<sup>121</sup> Jusqu'à l'évaluation à l'aide d'un examen clinique de la cessation de l'état dangereux.

<sup>122</sup> Jusqu'à l'évaluation à l'aide d'un examen clinique de la cessation de l'état dangereux.

<sup>123</sup> La peine déterminée par le juge lors de la sentence en suivant les balises minimales et maximales prévues dans le Code pénal. Le temps minimum ne peut pas être inférieur à 3 ans, selon la rédaction originale du Code et, après la loi n. 6016 de 1973, à la somme des temps minimums et maximums prévus pour le crime dans le Code.

l'observèrent comme étant totalement arbitraire parce que le législateur ne fixait pas de durée maximale d'incarcération et la sortie éventuelle du condamné restait assujettie à un examen pour vérifier la cessation de « l'état dangereux ». Nous n'allons pas discuter ce problème en détail ici, mais il est clair que l'individu condamné était insuffisamment protégé devant un pouvoir capable de l'exclure radicalement de la vie sociale. Nous sommes ici devant une *peine indéterminée* au sens juridique propre. Lors de notre entrevue, le juriste Miguel Reale Junior nous a confirmé que la Commission de 1980 voulait éliminer ce type de peine ou ce « modèle criminologique » (identifié à l'école positive italienne). Dans la prochaine section, nous nous pencherons sur le rôle et le poids que les théories de la rétribution et de la dissuasion eurent dans la proposition de réforme de la Commission ainsi que sur la place réservée à la réhabilitation.

Soulignons cependant que les réformateurs assimilèrent la pratique de peine « indéterminée-déterminée » prévue dans le Code de 1969 à une pratique de peine indéterminée au sens propre.

### **3. La place de la théorie de la réhabilitation dans les propositions de réforme de 1984**

Malgré le fait que, dans tous les débats (et même lors des entretiens), les juristes de la Commission de réforme qualifièrent leur prise de position de « réaliste » en disant qu'ils ne voulaient pas entrer dans des « débats doctrinaires » ou dans des « discussions philosophiques » sur les finalités de la peine, ils choisirent en fait de mettre en valeur les « finalités » de la rétribution, de la dissuasion et de la dénonciation. Et ils décidèrent d'inscrire explicitement ces finalités dans un article du Code. Avant la réforme de 1980, les codifications pénales au Brésil ne faisaient pas référence aux objectifs de la peine dans un article du Code pénal. Nous verrons maintenant comment la théorie de la réhabilitation fut rejetée *explicitement* au moment de l'exécution de la peine et réduite à un « stimulus » pour aider pratiquement les détenus.

La Commission de réforme fit alors bien la distinction entre la *détermination* de la peine et l'*exécution* de la peine, en rendant possible, du coup, un encadrement des finalités

de la peine selon l'espace organisationnel de prise de décision à son égard. Pour le moment de la détermination de la peine, la Commission proposa un article spécifique dans le Code pénal ; pour celui de l'exécution de la peine, elle en proposa un autre, mais cette fois dans la Loi d'exécution pénale. Il est intéressant de remarquer que la « détermination de la peine » fut qualifiée par les réformateurs comme un processus de « fixation de la peine ». La « fixation » ici est essentiellement une opération quantitative qui rend visible la place hégémonique de la peine de prison dans le Code pénal et la faible marge de manœuvre laissée au juge pour les considérations d'ordre qualitatif. Dans cet article, le Code pénal spécifiait les critères de la détermination de la peine, son *quantum*, le régime carcéral initial et, si prévu dans la loi, le cas de remplacement de la prison par une autre peine non carcérale. Dans cet article également, le Code pénal établissait les objectifs que ce processus visait. Voyons-en la formulation :

#### Fixation de la peine

Art. 59. Le juge, en examinant la culpabilité, les antécédents, la conduite sociale, la personnalité de l'agent, les motifs, les circonstances et conséquences du crime, ainsi que le comportement de la victime, établira, selon ce qu'il est nécessaire et suffisant de faire ***pour la réprobation et la prévention du crime*** :

I – les peines applicables parmi celles qui sont prévues ;

II – la quantité de peine applicable, dans les limites prévues ;

III – le régime initial pour la peine privative de liberté ;

IV – le remplacement de la peine privative de liberté imposée par un autre type de peine, si cela est autorisé<sup>124</sup>.

Néanmoins, en ce qui concerne le moment de l'exécution de la peine, les réformateurs prévirent une autre orientation. Nous attirons l'attention sur le fait que le juge d'exécution des peines ne pouvait ni réduire la longueur du temps d'incarcération ni même modifier le régime carcéral imposé par la sentence de départ. En plus, l'article donnait l'impression que les démarches de réhabilitation devaient être conçues comme un simple complément éventuel de la peine. En effet, l'article premier de la Loi sur l'exécution pénale, qui était aussi une proposition de cette Commission de juristes de 1980, édictait ce qui suit :

---

<sup>124</sup> Ministério da Justiça (1983). Projetos de reforma penal: código penal (parte geral), código de processo penal e lei de execução penal. Brasília: Departamento de imprensa nacional, p. 41.

Art. 1. L'exécution pénale a l'objectif d'appliquer les dispositions de la sentence ou décision criminelle et de mettre en place les conditions à l'intégration sociale harmonieuse du condamné et de l'interné<sup>125</sup>.

D'un côté, pour la détermination de la peine, nous avons deux objectifs : « réprobation » et « prévention » du crime et, de l'autre, pour l'exécution de la peine, nous avons « l'intégration sociale harmonieuse du condamné ». L'objectif de réhabilitation se déplace dans le temps (moment de l'exécution de la peine) et prend une place secondaire par rapport aux objectifs de réprobation et de prévention (dissuasion). Ce souci plus positif envers l'accusé est donc une simple orientation donnée aux autorités : il ne détermine ni le type ni le *quantum* de la peine.

Le terme « réprobation », dans la doctrine pénale brésilienne, est compris comme se référant à la théorie de la rétribution et au principe de proportionnalité. Quant au terme « prévention », il renvoie surtout à la théorie de la dissuasion (« force intimidatrice »), mais aussi à la « théorie de la prévention générale positive » (« force éducatrice de la punition »). Cette dernière théorie correspond à la « théorie de la dénonciation dans la tradition du common law ». Dans la première citation ci-dessous, qui vient d'un membre de la Commission, le juriste René Ariel Dotti, nous pouvons bien voir l'association entre « réprobation » et « rétribution ». En revanche, le sens de « prévention » reste implicite :

Ces expressions [réprobation; prévention], consacrées dans une des plus importantes parties du droit criminel positif, réaffirment les exigences de rétribution (qui répond à la culpabilité concrète), de la proportionnalité (qui qualifie et quantifie la réponse) et de la prévention (générale et spéciale)<sup>126</sup>.

Dans la deuxième citation, où sont rapportés les propos d'un autre membre de la Commission, le sens du médium « prévention » devient à son tour explicite. Il comprend ainsi de façon condensée une référence à la fois la théorie de la dissuasion (« finalité d'intimidation ») et à la théorie de la dénonciation (« finalité éducative ») :

---

<sup>125</sup> Ministério da Justiça (1983). *Projetos de reforma penal: código penal (parte geral), código de processo penal e lei de execução penal*. Brasília: Departamento de imprensa nacional, p. 265.

<sup>126</sup> Dotti, René Ariel (1985). « O novo sistema de penas », dans Toledo, Francisco de Assis et al. (1985), *Reforma penal*, São Paulo: Saraiva, p. 90.

La perspective de la prévention générale, comme critère de politique criminelle à être considéré dans l'individualisation de la peine, complète le programme législatif, car la peine sera juste lorsqu'elle aura atteint la réprobation que l'acte a suscitée dans le milieu social, en rendant efficaces les finalités d'intimidation et d'éducation de la répression pénale<sup>127</sup>.

Dans un ouvrage collectif écrit par quatre membres de la Commission et visant à éclaircir les principes de la réforme, nous notons également que le terme « peine » semble faire référence exclusivement à une notion de « châtement » construite sur le plan moral et dépouillée de l'idée de réhabilitation. Les réformateurs semblèrent avoir voulu ainsi valoriser la dimension afflictive de la peine :

[Peine] Nécessaire et suffisante à la réprobation parce qu'une législation fondée sur le droit criminel de la culpabilité qui présuppose plus une liberté d'option de l'action humaine que la convergence de forces d'ordre biologique et social, ne peut que prendre en considération la peine comme châtement. La peine est vue comme châtement, comme conséquence de la nature axiologique du droit, puisque si la mission du droit criminel est d'imposer la positivité de certaines valeurs, l'agression à un bien juridique protégé est une non-valeur et ainsi elle mérite la réprobation<sup>128</sup>.

N'oublions cependant pas que la théorie de la rétribution se présente comme une théorie « humaniste », en partie par le fait qu'elle se construit à l'aide des notions de « culpabilité » et de « responsabilité » qui font référence aux êtres humains (par opposition à la nature et aux animaux). Il devient alors très difficile d'observer la peine (donnée au nom de cette théorie) comme étant « inhumaine », même s'il s'agit d'une peine de 10 ans, 15 ans ou 20 ans. Par conséquent, les mauvaises conditions (matérielles) d'enfermement peuvent être inhumaines (et doivent être alors critiquées), mais le recours soutenu à l'incarcération et à la simple « longueur » de la peine échappe à la critique d'être inhumain.

C'est le concept de proportionnalité, une des pierres angulaires de la théorie de la rétribution, qui va « garantir », pour ainsi dire, « l'humanité » des très longues peines d'incarcération (à condition, bien sûr, que l'environnement matériel soit acceptable).

---

<sup>127</sup> Reale Junior, Miguel *et al.* (1987). *Penas e medidas de segurança no novo código*, Rio de Janeiro: Forense, p. 165.

<sup>128</sup> Reale Junior, Miguel *et al.* (1987). *Penas e medidas de segurança no novo código*, Rio de Janeiro: Forense, p. 163.

Certains juristes soulignent, avec raison, que la théorie de la rétribution ne s'applique pas exclusivement à la prison, mais ils se trompent lorsqu'ils croient que le choix excessif de la prison (et aussi des très longues peines d'incarcération) relève d'un simple manque d'imagination. En effet, comme le dit l'un des juristes pénalistes de la Commission de 1980 :

[Il est faux] de croire que la rétribution est associée aux peines privatives de liberté et à la destruction de la personne. Le châtement ne signifie pas la destruction, mais la punition. Sa réduction à la suppression de la liberté traduit le manque d'imagination du législateur, puisque d'autres sanctions moins hostiles et plus proportionnelles peuvent être imposées<sup>129</sup>.

### **3.1. Le juge d'exécution de la peine : les limites de son pouvoir décisionnel**

La réforme de 1984 créa, à travers la Loi n. 7.210/84, la figure du juge d'exécution de la peine et judiciarisa les décisions sur la gestion de la peine. Dans cette loi, les réformateurs adoptèrent pour le juge d'exécution la même structure de base que celle implantée chez le juge de procès en matière de détermination de la peine, c'est-à-dire qu'ils lui laissèrent une marge de manœuvre très étroite. C'est le juge d'exécution qui devait décider de tout en matière de l'exécution de la peine : entre autres, les sanctions disciplinaires, les sorties temporaires, la libération conditionnelle et la progression du régime de prison. Cependant, son pouvoir décisionnel était assez réduit, surtout quant aux décisions sur la peine. Il devait « exécuter » la décision du juge du procès quant au type de peine, à sa durée et, dans le cas de l'emprisonnement, au régime initial. Il devait aussi inspecter les pénitenciers et pouvait, par exemple, interdire le fonctionnement de l'un d'eux s'il le jugeait non conforme à la Loi d'exécution pénale, ce qui risquait somme toute assez peu de se produire en dépit pourtant des mauvaises conditions des lieux de détention.

Examinons maintenant le pouvoir de décision du juge d'exécution de la peine en ce qui a trait à la libération conditionnelle et au régime de prison (la progression de régime).

---

<sup>129</sup> Andreucci, Ricardo (1974). « Dimensão humana e direito penal », *Ciência penal*, n. 2, p. 220.

### 3.1.1. La libération conditionnelle

La création de la fonction de juge d'exécution de la peine ne fut pas pensée pour modifier éventuellement la sentence de départ et réduire l'usage de l'incarcération. Sa marge de manœuvre à cet égard était assez limitée. Les réformateurs établirent des critères pour la libération conditionnelle dans la partie générale du Code. Comme nous l'avons vu dans cette partie, les théories de la peine retenues pour orienter la décision sur la peine furent la rétribution, la dissuasion et la réprobation sociale. Les réformateurs, suivant la tendance déjà existante dans le Code de 1940, gardèrent néanmoins l'idée d'établir un délai minimal d'accomplissement de la peine de prison comme un critère nécessaire pour que le condamné puisse demander cette mesure. En fait, la réforme ne changea pas beaucoup la manière de concevoir la mesure. Elle continua d'imposer des critères assez sévères à son application.

Le Code de 1940 prévoyait que l'individu reconnu coupable d'une infraction pour la première fois purge plus de la moitié de la peine reçue, et le récidiviste, plus des trois quarts (3/4). De plus, le Code restreignait la libération conditionnelle aux peines supérieures à 3 ans, c'est-à-dire que si le crime n'était pas grave, la libération conditionnelle n'était pas disponible. Le Code prévoyait aussi d'autres critères qui devaient être appréciés par le juge, tels que « l'absence ou la cessation de la « dangerosité », le bon comportement et la preuve d'avoir un travail honnête ». Notons que dans beaucoup de juridictions occidentales, la limite générale est d'un tiers (1/3) pour tous les condamnés (récidivistes ou non).

La réforme de 1984 atténua le critère du tarif minimal de peine de prison. Les condamnés non récidivistes, coupables d'un crime « commis avec intention directe » (en excluant les crimes commis en raison d'une négligence, etc.), mais ayant de bons antécédents, étaient obligés de faire plus du tiers (1/3) de leur peine pour demander l'application de la mesure. Les condamnés récidivistes et coupables d'un crime « commis avec intention directe », devaient eux, purger plus de la moitié de leur peine (1/2). En plus, les peines qui se qualifiaient pour une libération conditionnelle (plus de 3 ans de prison dans le Code de 1940) furent ramenées à plus de 2 ans d'incarcération. Les autres critères furent gardés. Le condamné devait aussi faire preuve d'un « comportement satisfaisant pendant

l'exécution de la peine, (d'un) bon accomplissement du travail à l'intérieur de la prison et d'un travail honnête ». La réforme ajouta aussi un autre critère dans le cas des condamnés coupables d'un crime commis « avec intention » et avec « violence ou graves menaces à la personne ». L'octroi de la libération conditionnelle était alors assujéti à la « constatation de conditions personnelles laissant présumer la non récidive de l'individu ainsi libéré ». Comment pouvons-nous donc comprendre cette modeste atténuation dans la sévérité des critères pour la libération conditionnelle ?

Certains l'expliquent comme suit : la libération conditionnelle fut fortement influencée par les finalités de rétribution, d'intimidation et de dénonciation ; seule une portion bien marginale le fut par la finalité de « prévention spéciale », terme qui regroupe les finalités de réhabilitation, de dissuasion spécifique et de neutralisation. C'est ce qui ressort de l'extrait suivant :

La mesure de la peine doit être la mesure de la culpabilité et du besoin de modification. Si, après avoir purgé une partie de sa sanction, le condamné démontre encore des signes de non-conformité par rapport aux valeurs juridico-criminelles, cela montre que la réaction pénale n'a pas atteint l'objectif de correction. Les conditions personnelles du condamné nous font présumer qu'il récidivera. Par conséquent, il devra continuer à souffrir l'imposition de la peine jusqu'à la fin, si cela est nécessaire à la prévention spéciale. [...] La libération conditionnelle [vise] d'un seul coup à réaliser les finalités de rétribution, en limitant la liberté, et de prévention spéciale avec l'objectif de correction ou d'amendement<sup>130</sup>.

Or, cela posa au moins deux problèmes à la Commission de réforme. D'abord, les contraintes à l'égard de la libération conditionnelle n'aidèrent pas à réduire le problème de la surpopulation carcérale. Deuxièmement, certaines prisons brésiliennes portaient directement atteinte aux droits fondamentaux des individus en raison des conditions d'emprisonnement inacceptables qui y prévalaient. Le juge d'exécution devait pouvoir autoriser, par exemple, la libération de certains détenus pour réduire le nombre de détenus dans une institution ou encore pour faire respecter les droits de la personne à l'intérieur du système pénitentiaire.

---

<sup>130</sup> Reale Junior, Miguel *et al.* (1987). *Penas e medidas de segurança no novo código*, Rio de Janeiro: Forense, p. 240.

Ce problème fut observé par un juriste externe à la Commission et connu pour son militantisme dans le domaine de l'exécution pénale. Ainsi, Manoel Pedro Pimentel argumenta que la fixation d'un temps minimal de prison que devait purger un condamné avant d'avoir d'obtenir une libération conditionnelle, allait non seulement à l'encontre de la théorie de la réhabilitation, mais qu'elle était également un obstacle à la finalité réhabilitative.

[La] libération conditionnelle soumise à un délai pour purger la peine déterminée nous semble erronée et manifestement inadéquate. Fixer un délai précis à la réhabilitation du condamné est, nous devons le dire, entièrement arbitraire et dénué de tout fondement scientifique. C'est le contraire qui arrive le plus souvent: l'expérience nous démontre en effet qu'un détenu peut répondre très positivement à la thérapie pénale dans un temps bien plus court que celui fixé pour autoriser l'application de la mesure. [...] On sait que l'excès de temps d'incarcération aggrave la condition du détenu et contribue à l'enracinement, à la fixation irréversible des habitudes et de conditionnement de groupes, en éloignant le détenu de plus en plus de sa famille et de ses amis - les derniers liens avec le monde libre -, ce qui relâche son lien avec la société<sup>131</sup>.

### **3.1.2. La progression du régime de prison**

Une autre mesure pour atténuer la peine de prison et dont la décision est la responsabilité du juge d'exécution fut insérée par les réformateurs de 1980 dans la partie générale du Code et dans la loi d'exécution. Il s'agit du mécanisme de progression de régime de prison. L'idée est que pendant le temps d'incarcération, le condamné, selon certains critères, passe d'un régime plus grave à un régime moins grave sous certaines conditions.

Ce mécanisme apparut pour la première fois dans la législation criminelle brésilienne en 1977 dans la loi n. 6.416. Cependant, comme nous l'avons déjà mentionné, toutes les dispositions sur l'exécution de la peine de cette loi dépendaient d'une réglementation législative qui ne fut jamais adoptée. Les réformateurs reprirent cette idée, certains d'entre eux ayant déjà participé à la proposition de ladite loi en 1977.

---

<sup>131</sup> Pimentel, Manoel Pedro (1981). « Algumas considerações a respeito do sistema de penas no anteprojeto de Código penal », Anais do Seminário sobre reforma penal, Goiânia, 16-19 de junho de 1981, Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 5, n.1-2, p.120-125.

Ce mécanisme suivit la même « philosophie de base » de la libération conditionnelle et de la partie générale du Code [autant pour le juge d'exécution que pour le juge du procès] : restreindre le plus possible la marge de manœuvre des deux juges et faciliter davantage l'aggravation des peines que leur atténuation. Les types de régimes de prison prévus étaient (i) le régime fermé, (ii) le régime semi-ouvert et (iii) le régime ouvert<sup>132</sup>. Nous l'avons vu au chapitre antérieur, c'est le juge du procès qui décidait d'abord dans quel régime le condamné commencerait à purger sa peine de prison, mais sa marge de liberté était, dès le départ, très limitée par des critères légaux. La loi, en attribuant cette compétence au juge du procès, laissait entrevoir la place accordée à la rétribution et à la dissuasion dans la détermination du régime. De plus, le juge d'exécution ne pouvait pas modifier cette décision tout de suite en faveur d'un régime moins grave s'il le trouvait plus approprié du point de vue de la réhabilitation du détenu. Il ne pouvait changer le régime initial que pour l'aggraver dans le cas du condamné qui avait plus d'une condamnation. Dans ce cas, si la nouvelle durée de la peine, recalculée, exigeait un régime plus grave, le juge d'exécution *devait* l'appliquer.

Les critères du temps d'incarcération pour les régimes initiaux de prison dont doit tenir compte le juge du procès, sont les suivants :

---

<sup>132</sup> Le régime fermé signifie que la peine sera exécutée dans un établissement de sécurité maximale ou moyenne. Le régime semi-ouvert, selon le projet, signifie que le condamné doit rester dans un établissement particulier où il travaillera pendant la journée. Le régime ouvert, que nous avons décrit dans le chapitre antérieur, signifie que le condamné doit rester à l'extérieur de l'établissement concerné pendant le jour pour travailler, étudier ou faire une autre activité autorisée, mais il doit passer ses nuits et ses jours de congé à l'intérieur de cet établissement.

**TABLEAU 5.6.**

**Types et conditions d'application des régimes initiaux de prison**

| <b>Type de régime initial</b> | <b>Quantum de la peine de prison appliquée</b>                      |
|-------------------------------|---|
| Régime fermé                  | Obligatoire pour les peines supérieures à 8 ans                     |
| Régime semi-ouvert            | Possible pour les peines supérieures à 4 ans et inférieures à 8 ans |
| Régime ouvert                 | Possible pour les peines inférieures à 4 ans                        |

À ce critère du quantum de la peine de prison appliquée, les réformateurs en ajoutèrent un autre dans la version finale du projet : la récidive. Celle-ci interdit l'application [par le juge du procès] des régimes initiaux semi-ouvert et ouvert.

Pour choisir le régime initial, le juge du procès devait observer aussi le critère de l'article 59 du Code : « tenir compte des antécédents judiciaires, de la conduite sociale et de la personnalité de l'individu, des circonstances et des motifs, de l'intentionnalité et du degré de culpabilité et des conséquences du crime en fonction de ce qui est nécessaire et suffisant pour réprover et prévenir le crime ». La réhabilitation n'entrait pas en jeu.

Une fois déterminé le régime initial de prison, le juge d'exécution pouvait décider avec l'aide d'autres personnes de la progression du régime sous certaines conditions et ce, tout au long de l'exécution de la peine de prison. En effet, les réformateurs dans la loi sur l'exécution de la peine créèrent une nouvelle structure : la commission technique de classification. Cette commission devait compter sur la participation de psychologues et de travailleurs sociaux. Elle était responsable, selon la loi, de développer pour chaque détenu un « programme de réhabilitation ». Elle devait réaliser une classification des détenus et un « examen criminologique » pour orienter l'« individualisation » de la peine de prison. La loi prévoit aussi un « centre d'observation criminologique » pour réaliser des « recherches criminologiques ». Cependant, ni la commission technique ni le centre d'observation n'avaient de pouvoir décisionnel. Ils étaient davantage tournés vers le « traitement » à l'intérieur de la prison que vers les décisions sur la sanction criminelle. Cette commission

pouvait cependant faire une recommandation par rapport à un changement dans la progression de régime à la demande du juge d'exécution.

Or, le pouvoir du juge d'exécution concernant la progression de régime était soumis aussi, à l'instar de la libération conditionnelle, à un délai minimal de 1/6 de la peine dans le régime initial. Ainsi, si le détenu était placé en régime fermé par le juge du procès, il ne pouvait passer au régime semi-ouvert qu'après avoir purgé 1/6 de sa peine dans son régime (initial) fermé. Bien sûr, ce critère était accompagné aussi de celui de son mérite et le juge devait justifier sa décision en s'appuyant sur le rapport de la commission technique.

Tout cela indique la place modeste laissée à la finalité de réhabilitation au Brésil. Même dans la phase d'exécution, les théories purement négatives de la peine (rétribution, dissuasion et réprobation sociale) restèrent prédominantes et conditionnèrent fortement le projet de réhabilitation et la réduction du recours à l'incarcération.

\*\*\*\*\*

Dans le chapitre précédent, nous avons vu comment les idées fortes de la rétribution et de la dissuasion avaient dominé les propositions de réforme de la Commission de 1984. Nous avons vu que l'influence cognitive de la théorie de la réhabilitation avait bel et bien été limitée en raison de la force exercée par le noyau dur de la rationalité pénale moderne sur les propositions des normes de sanction. La rétribution et la dissuasion freinèrent toutes les possibilités de « flexibilisation » de la détermination de la peine, d'abolition des peines minimales (ce qui ne fut même pas perçu comme un problème), etc. Pour construire de nouvelles normes de sanction pour le Code pénal brésilien, la réforme s'appuya sur le noyau dur de la rationalité pénale moderne. La place de la théorie de la réhabilitation dans les opérations du droit criminel demeura très restreinte. Cela peut expliquer en partie le fait que, malgré l'objectif de départ des réformateurs de réduire le recours à l'incarcération et malgré les apports effectivement faits, ils ne réussirent tout à fait ni à réduire la place de la prison dans la législation ni à conférer plus d'espace, de légitimation et de consolidation aux sanctions non carcérales.

Dans le présent chapitre, nous ajoutons un autre élément pour comprendre l'énigme des bonnes intentions des réformateurs. Nous argumentons que le rôle mineur joué par la réhabilitation dans la réforme de 1984 est lié à la manière dont ladite théorie fut alors reçue par la doctrine pénaliste. La « réhabilitation » qui fut sélectionnée et trouva un certain espace à l'intérieur des débats doctrinaux sur les propositions de réforme, fut celle du modèle de l'école positive italienne et du mouvement de défense sociale. L'idée de la réhabilitation se fraya un chemin, se consolida et fut accueillie surtout par la voie des mesures de sûreté, du concept de dangerosité, de la discussion sur le déterminisme social ou biologique, de l'image du transgresseur comme anormal et du rôle de l'expertise dans le droit criminel (Alvarez, 2003). Sur le plan de la doctrine, les réformateurs ne virent pas la réhabilitation comme étant liée à une pratique dans la détermination de la peine pour réduire l'usage de la prison; ils ne la virent pas non plus comme une théorie pratique du droit criminel. Et aucune nouvelle théorie de la peine (extérieure à la RPM) ne fut adoptée.

Nous avons vu également que la réception de la réhabilitation par la voie du modèle de l'école positive italienne avait contribué, surtout chez les réformateurs brésiliens de 1984, à sa dévalorisation dans la doctrine pénaliste. Une doctrine dans laquelle nous avons dénoté un fort discours de méfiance envers ladite théorie. La réhabilitation fut associée aux expériences totalitaires, à la manipulation de conscience, à la dangerosité, à un type particulier de peine indéterminée (du modèle médical de l'école positive italienne), etc. Les images qui circulaient dans la doctrine pénaliste entourant la réforme sur la réhabilitation n'étaient pas valorisantes. Ce discours, en l'absence d'une critique également bien établie à l'égard du rétributivisme et de la dissuasion, fit basculer la réforme du côté de ces dernières théories, c'est-à-dire du noyau dur de la rationalité pénale moderne. Ces théories du « noyau dur » gagnèrent ainsi du terrain et renforcèrent leur place dominante dans la structure de normes et surtout dans la structure des idées du droit criminel au Brésil.

Ce chapitre a ainsi démontré que si la théorie de la réhabilitation avait suivi partout dans le monde occidental une trajectoire modeste – ce que Garland (2001) et d'autres auteurs ont d'ailleurs bien décrit – marquée par une période de gloire (de la fin du 19<sup>e</sup> siècle

jusqu'à la moitié du 20<sup>e</sup> siècle) à laquelle succéda une période de rejet (à partir des années 1970), il y eut par contre aussi des variations régionales. Si dans certaines régions, telles que les États-Unis, le Canada, le Royaume-Uni, nous avons l'impression que la réhabilitation joua un rôle plus hégémonique, cela ne fut pas le cas au Brésil, et plus particulièrement dans le cadre de la réforme pénale de 1984. Bien sûr, le Brésil suivit quand même « en surface » cette vague internationale et la réhabilitation fut tour à tour introduite, célébrée avec enthousiasme dans les débats et finalement rejetée. Cependant, cela ne se traduisit jamais de façon prédominante ni dans la pratique législative ni dans la pratique judiciaire.

De plus, la forme de la théorie de la réhabilitation se modifia beaucoup dans plusieurs juridictions occidentales. Au Brésil, nous avons vu que la réhabilitation sembla rester figée, bien accrochée au modèle médical de l'école positive italienne, au moins jusqu'à la réforme de 1984.

Quelles furent alors les conséquences de la réception, de la trajectoire et de la forme de la théorie de la réhabilitation sur la réforme de 1984 et, par conséquent, sur le droit criminel brésilien ? Pour ce qui est de la théorie de la réhabilitation carcérale, elle ne se développa pas au point d'augmenter l'opposition interne à la rationalité pénale moderne. Elle ne fut visible ni dans la détermination de la peine ni dans les sentences, et elle apparut exclusivement dans la phase « correctionnelle » et ce, d'une façon très limitée. Les juristes au Brésil perçurent la réhabilitation comme une affaire du ressort de « l'exécution des peines ». Le droit criminel trouva ainsi une façon de se « déresponsabiliser » par rapport à la réhabilitation et de s'immuniser contre les critiques formulées à l'endroit de la prison au nom de la réhabilitation et même au nom de ses mauvaises conditions matérielles prévalant en milieu de détention. Sur le plan législatif, cela veut dire aussi que dans la détermination de la peine, le juge ne fut même pas invité à tenir compte de l'inclusion sociale du coupable. Même le juge d'exécution des peines n'eut pas non plus un espace suffisant pour tenir compte de l'inclusion sociale du condamné. Il ne put, par exemple, changer le régime initial de prison défini par le juge de la sentence; la libération conditionnelle demeura assujettie à une période minimale d'incarcération, etc. L'exécution pénale ne jouit pas ainsi d'une marge de manœuvre significative pour valoriser l'inclusion sociale et ce, même si la réforme créait

par la première fois une loi fédérale de l'exécution de la peine et la fonction de juge de l'exécution de la peine.

Si la réhabilitation carcérale ne se développa pas davantage, que dire de la réhabilitation de la deuxième modernité, celle qui sortit du cadre normatif de la rationalité pénale moderne ? C'est seulement plus tard qu'elle fit son entrée dans le droit criminel brésilien par le canal d'une nouvelle loi pour la justice pour les jeunes en 1990 et celui de la création des tribunaux pour les infractions mineures en 1995.

En bref, quel fut le rôle attribué à la théorie de la réhabilitation par la réforme de 1984 ? Que servit-elle à faire exactement ? En résumé, nous pouvons dire ceci :

- Elle servit à dire au système politique qu'il était important que les détenus aient accès dans les prisons à des programmes visant à favoriser leur réinsertion sociale. Cela fut une source constante de déception, car le gouvernement sembla éprouver beaucoup de difficultés à réaliser minimalement cette expectative. Et le droit criminel s'acquitta de sa responsabilité par rapport à l'inclusion sociale, surtout lors de la détermination de la peine ;
- Elle servit à réduire (d'une manière bien circonscrite) la durée de la prison à l'aide de la libération conditionnelle ;
- Elle servit à altérer (atténuer) le régime d'incarcération dans les limites fixées par les théories de la rétribution, de la dissuasion et de la réprobation sociale.

La réforme adhéra fortement aux théories de la rétribution, de la dissuasion et de la réprobation sociale. Que l'empêcha de faire cette adhésion ? Citons quelques opportunités perdues :

- Par rapport au juge du procès, cette adhésion amena les réformateurs à perdre de vue :
  - la possibilité de tenir compte de la finalité d'inclusion sociale pour favoriser la sélection d'une sanction non carcérale ;

- la possibilité de ne pas contraindre le juge du procès à utiliser la peine minimale de prison ;
  - la possibilité de ne pas considérer la récidive comme un critère absolu pour aggraver systématiquement la peine ;
  - la possibilité de porter un jugement qualitatif sur les circonstances aggravantes et atténuantes.
- Par rapport à la phase de l'exécution de la peine, ces théories empêchèrent les réformateurs :
    - de laisser au juge d'exécution toute la discrétion nécessaire pour :
      - déterminer et atténuer le régime carcéral pour tous les détenus sans exception. Même un récidiviste peut se réhabiliter mieux et plus rapidement dans le cadre d'une deuxième intervention sans avoir aucune raison pour aggraver le régime;
      - réduire en toute liberté la durée de la peine de prison à l'aide de la libération conditionnelle ;
      - laisser plus de place au recours au sursis.

Nous le voyons bien, par rapport à l'objectif de réduire la place de la prison dans la législation, les réformateurs finirent par tomber dans un piège cognitif paradoxal : en cherchant à créer un droit criminel plus démocratique, ils mobilisèrent les théories du noyau dur de la rationalité pénale moderne (la rétribution, la dissuasion et la dénonciation), celles qui sont centrées sur l'affliction et l'exclusion sociale et qui rendent « difficile et hautement conditionnelle l'institutionnalisation de sanctions alternatives plus positives » (Dubé, 2012, p. 664). La recherche de la « démocratie » produit davantage d'exclusion et rendit par conséquent difficile l'inclusion sociale.

## Conclusion

Le rôle joué par les théories de la peine dans la construction de propositions législatives touchant les normes de sanction ne doit pas être sous-estimé. Dans le cas de la Commission de la réforme brésilienne de 1984, nous avons vu que les réformateurs affirmèrent à plusieurs reprises ne pas vouloir entrer dans les débats entre les théories de la peine ni prendre position pour l'une d'entre elles. Comme nous le confia un réformateur en entrevue, ils ne voulaient pas entrer dans ce débat parce qu'il y avait plusieurs théories de la peine – et non pas une seule – et que toutes leurs paraissaient valables. En dépit de cette absence d'un choix explicite et réfléchi, nos observations montrent qu'ils ne donnèrent effectivement pas pour autant la même importance à toutes les théories de la peine. La théorie de la réhabilitation fut clairement exclue de la pratique judiciaire et inscrite dans l'article premier de la Loi d'exécution pénale. En la bannissant du moment de la détermination de la peine, les réformateurs la rendirent « invisible » et « sans intérêt » pour le juge du procès. Celui-ci ne pouvait apprendre à penser et à opérer qu'avec les théories de la peine qui restent indifférentes à l'inclusion sociale du condamné. Le juge était invité à perdre de vue toute considération relative au contrôle des effets pervers de l'incarcération. Ensuite, même dans les décisions sur la gestion de la peine, la théorie de la réhabilitation reçut une place bien limitée. Quant aux théories indifférentes à l'inclusion sociale du condamné, il est plus difficile d'établir de façon aussi claire un ordre de préférence entre elles parce qu'elles se recoupent et se renforcent mutuellement à plusieurs égards. Cependant, même ici, nos observations nous indiquent que la rétribution fut la théorie la plus valorisée, suivie de près par les théories de la dissuasion et de la dénonciation. Ces trois théories furent inscrites dans le principal article du nouveau Code sur la détermination de la peine. C'est la consécration du « noyau dur » du système d'idées de la rationalité pénale moderne. La crainte du « positivisme criminologique », du « pouvoir discrétionnaire du juge » en matière de peine, du « totalitarisme », des « peines indéterminées » et de « l'inégalité entre le crime et la peine » amena les réformateurs à actualiser un modèle qui bloquait de façon rigide la modération des peines et rendait largement obligatoire le recours à l'incarcération. Une sorte de paradoxe.

Nous l'avons vu, ces théories forment un système d'idées qui est le cadre de référence dominant du droit criminel. À l'intérieur de ce cadre, une complexité énorme s'installe, ce qui donne lieu à différentes formes de combinaisons internes. Ces théories recommandent grosso modo au droit criminel la même recette : infliger la souffrance et/ou promouvoir l'exclusion sociale. Cependant, la théorie de la réhabilitation carcérale (de la première modernité), ne recommande pas, contrairement aux autres, l'incarcération comme prix fixe « à payer » pour un crime et ne soutient pas la pratique de « garder en prison » des individus qui peuvent être en liberté. Or, cette théorie fut radicalement neutralisée par les réformateurs en dépit de leur motivation pour réduire le recours à l'incarcération.

Pour observer la dimension systémique de ce système d'idées de la rationalité pénale moderne, il faut, tout d'abord, avoir un outillage conceptuel qui permet l'observation des enjeux cognitifs de la reconstruction du droit criminel lors d'une réflexion visant à proposer une réforme de la codification criminelle. L'observation du rôle joué par les idées pénales, en particulier les théories modernes de la peine, dans l'élaboration des réformes législatives et dans la réflexion sur le droit criminel, est rendue possible grâce aux lunettes que nous avons mises, c'est-à-dire grâce au cadre conceptuel que nous avons comme référence : la théorie de la rationalité pénale moderne. Il est important de le souligner dans la mesure où nous avons un outillage plus adéquat pour observer un type de problème qui, pour nous, serait autrement passé inaperçu. Il faut dire aussi que les réformateurs brésiliens de 1980 n'avaient pas cet outil à l'époque (la théorie n'avait pas encore été élaborée). Il n'est donc pas étonnant qu'ils aient eu de la difficulté à observer ce système d'idées et à le percevoir comme problématique. Nous avons vu, au contraire, que les propositions de réforme s'attachèrent surtout aux théories du noyau dur de la rationalité pénale moderne. Ces théories furent activées et actualisées à plusieurs reprises pour élaborer les propositions de réforme. Nous avons alors bien compris leur rôle de « socialisation » dans la construction de la réforme à l'intérieur même des communications juridiques (doctrinaires). Le contenu de la réforme fut construit et proposé *par des juristes* et non par des politiciens à la recherche de votes. Les communications juridiques offrirent ici une résistance au changement et à l'évolution de palier. En l'absence d'une modification par le système juridique lui-même de la façon de se voir et de concevoir son intervention, il était très difficile que le système

politique puisse lui dicter de le faire ou le lui imposer entièrement « de l'extérieur ». Ce sont les enseignements de la théorie sur l'évolution du système pénal qui ont été condensés par nos observations empiriques systématiques dans le cas de cette réforme au Brésil. En tant que système d'idées largement cristallisé et naturalisé dans le droit criminel, la tâche de le remettre en question devient alors très difficile si nous n'avons pas un instrument d'observation capable de le voir dans la dimension systémique de ces théories de la peine et capable aussi de faire ressortir que lesdites théories font obstacle à la reconstruction interne du système de droit criminel moderne.

Au-delà de la difficulté d'observation des enjeux cognitifs entourant les théories de la peine, la manière même de concevoir une « commission de réforme du droit » au Brésil n'aida pas non plus les membres de la Commission à relever le défi de taille qu'ils s'étaient donné. En effet, au Brésil, ces commissions étaient encore composées exclusivement de juristes qui avaient alors, par surcroît, peu de connaissances interdisciplinaires. Et s'ils en avaient, elles ne furent pas mises au profit de la réforme qui resta enfermée dans une perspective surtout rétributiviste et doctrinaire. Cette caractéristique ne facilita donc pas, à l'époque, la tâche de « réduire le recours à la prison ». La Commission de 1980 n'avait que des membres provenant du droit criminel et valorisant encore beaucoup l'incarcération en raison d'idées rétributivistes et dissuasives. Si la multidisciplinarité n'est pas une condition suffisante pour garantir une autre observation moins axée sur les théories de la peine, une composition multidisciplinaire aurait certes donné plus de chances à ce que des idées en dehors du cadre de la rationalité pénale moderne puissent être sélectionnées et soumises à la réflexion et à la discussion. Elle aurait sans doute donné plus de chances à ce que la théorie de la réhabilitation puisse être considérée de façon moins « négative » et marginale. En raison de leur formation académique et de la tradition juridique de réforme en matière criminelle au Brésil, les « penseurs juridiques » étaient à ce moment mal outillés pour entreprendre seuls une démarche visant à réduire le recours à l'incarcération et à consolider institutionnellement les sanctions non carcérales. En effet, en observant la culture de création de commissions de réforme du droit criminel ou de groupes de travail au sein du ministère de la Justice au Brésil, nous constatons que les disciplines ont été pensées souvent pour agir « séparément ». La création de deux groupes de travail en 1979 – l'un composé de juristes,

l'autre de scientifiques sociaux, chacun soumettant séparément son propre rapport final – illustre bien la difficulté de voir la tâche de repenser le droit criminel et de suggérer des propositions législatives comme une affaire multidisciplinaire.

De plus, c'est le modèle brésilien même de commission de réforme comme un tout qui semble avoir besoin d'être repensé. Nous voulons attirer l'attention sur le fait qu'un modèle qui accorderait davantage de ressources pour le travail de réflexion et qui ne viserait pas exclusivement la rédaction d'une proposition législative comme produit final, mais également la formulation d'un texte de réflexion sur les orientations de la réforme, pourrait être mis en place. Ceci augmenterait très probablement les chances de sortir des « sentiers battus » (Dubé, 2008). Rappelons qu'un texte de réflexion peut servir en plus de référence pour la doctrine pénale et pour les décisions des juges dans les cas concrets soumis aux tribunaux.

Nous avons insisté tout au long de cette thèse sur le fait que la non réalisation significative de l'objectif de réduire le recours la prison était due à l'attachement de la Commission de la réforme au cadre de la rationalité pénale moderne. Ce système d'idées empêcha en grande partie les réformateurs d'accomplir de manière plus large et efficace un de leurs objectifs principaux. Il reste que par rapport à l'état de la situation législative au Brésil, qui était très en retard sur la question du recours aux sanctions non carcérales, les réformateurs firent certainement avancer un peu les choses. Cependant, force est de constater que le progrès accompli resta très timide. La prison occupe encore aujourd'hui une place centrale et hégémonique dans la structure des peines. Elle est encore la peine de référence et la peine d'entrée ou de premier plan de la structure législative au Brésil.

Bien qu'il y eut alors une certaine reconnaissance du « problème du recours excessif à l'emprisonnement et de ses effets pervers », la prison continua à être valorisée considérablement dans la législation et à travers le recours à des formules vagues et indéfinies telles que « crimes graves », « délinquants dangereux », « récidivistes », etc. Les réformateurs attribuèrent leur impossibilité de faire mieux à la « fatalité de la prison ». Le discours sur le besoin de « garder la prison » neutralisa la reconnaissance des problèmes

qu'elle posait, voire l'intention même de réduire le recours à cette peine de manière effective. Nous avons trouvé des phrases récurrentes dans les débats de réforme telles que: « la prison est un mal nécessaire », « la prison est un fait incontournable », « la prison est une solution détestable [cependant incontournable] ». La prison acquit ainsi ce que Mercenier (1999) appelle un « statut d'évidence » et « de nécessité » qui transforma la « critique de la prison » en une sorte de bruit que les réformateurs furent incapables de décoder.

Ce discours sur la nécessité de la prison se construit à l'intérieur du cadre de la rationalité pénale moderne. Qu'est-ce que cela veut dire? Lorsqu'un juriste membre de la Commission disait que « la nécessité de la prison afin de répondre à certaines infractions et à certains types d'auteurs dispensait d'autres considérations, puisque la privation de la liberté est une réaction dotée de caractéristiques fondamentales à la sanction et capable de rétribuer juridiquement le mal du délit et de prévenir son incidence »<sup>133</sup>, il avait bien raison. Autrement dit, cette affirmation est « juste » à l'intérieur du cadre de la rationalité pénale moderne. Elle ne peut être mise en doute que si l'observateur réussit à se libérer des prémisses « pré décisionnelles » des théories de la peine qui constituent particulièrement le noyau dur de la rationalité pénale moderne avec leur définition commune de « punition » ou de « peine ». Le constat de *la fatalité de la prison, malgré toutes les critiques qu'on peut lui faire*, prépare à l'acceptation de très peu de changements. La tentative de réduire le recours à l'incarcération se limite ainsi elle-même en raison de la manière d'observer la sanction même que l'on prétend remplacer.

Nous avons vu que les théories de la peine donnent une forme concrète aux pratiques législatives (et par extension judiciaires) en matière criminelle. Les réformateurs conçurent des mécanismes pour remplacer la prison dans certains cas et selon certaines conditions. Les peines restrictives de droits entraient dans cette stratégie de substitution à la peine de prison ainsi que l'amende, le sursis et le régime initial ouvert. La nouvelle structure de peines du Code articula la prison et les peines ou mesures non carcérales à travers une hiérarchisation selon le degré de souffrance que chaque peine ou mesure représentait. Ce

---

<sup>133</sup> Dotti, René Ariel (1998). Bases alternativas para o sistema de penas, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 95.

mécanisme de substitution construisit un échelonnement entre les peines ou les mesures substitutives et ce, surtout à partir de l'idée que la peine devait être proportionnelle à la gravité du crime (rétributivisme et dissuasion). C'est le rapport entre le crime et la peine qui fonda ce mécanisme. Il ne fut pas pensé à partir du principe selon lequel la peine devait tenir compte, d'abord et avant tout, des droits universels de la personne (s'appliquant aussi aux condamnés pour des crimes très graves) et, ensuite, des liens sociaux dans lesquels le coupable s'inscrivait. En plus, cette manière de concevoir l'intervention du droit criminel valorisait encore trop le degré de souffrance de chaque peine en fonction du crime ou de la récidive. Le mécanisme qui fut créé pour permettre dans certains cas très limités l'application de sanctions moins souffrantes et contraignantes créa une sorte d'illusion sur la diversification des possibilités données au juge lors de la détermination de la peine. Cette illusion découlait justement du fait que chaque peine ou mesure non carcérale était soumise à des conditions très restrictives. Et même le juge d'exécution pénale avait les mains bien liées, en étant empêché de libérer plus tôt les condamnés.

Les théories de la peine du noyau dur de la rationalité pénale moderne fondèrent également la construction de ces conditions très restrictives. D'abord, la récidive était vue comme un empêchement absolu au remplacement de la prison par une peine ou une mesure non carcérale. Un traitement aussi strict consacré à la récidive dévoile la présence des idées et des principes rétributivistes : la soi-disant « plus grande culpabilité des récidiviste ». Il révèle aussi l'influence cognitive de la théorie de la dissuasion sur les réformateurs : la récidive, selon ce cadre de référence, démontre aussi que la peine antérieure n'a pas eu l'effet dissuasif escompté et qu'il « est nécessaire » par conséquent de punir davantage.

Les réformateurs ne réussirent pas non plus à abandonner cette conception de la détermination de la peine comme une « opération arithmétique », une « dosimétrie », qui était (et est toujours) profondément ancrée dans la culture juridique brésilienne. En termes de détermination de la peine, le juge continua d'être perçu comme un « être inanimé », comme le souhaitait Montesquieu. Paradoxalement, on ne vit pas que si le juge devenait « inanimé » au moment crucial de la détermination de la peine, le droit le devenait aussi : la peine se

transformait en une opération essentiellement politique construite à distance et de manière remarquablement autoritaire.

La pratique législative généralisée des peines minimales de prison fut soigneusement préservée. L'absence de discussions en profondeur sur sa pertinence et ses conséquences indique bien encore une fois la force persuasive de ce système d'idées qu'est la rationalité pénale moderne. Comment est-il possible de vouloir réduire la pratique de l'emprisonnement sans remettre en question les peines minimales absolues d'incarcération? La rationalité pénale moderne fait perdre de vue à l'observateur les valeurs positives que le droit criminel veut protéger et qu'il doit exprimer concrètement dans ses propres opérations juridiques et langagières. La protection des droits fondamentaux passe au deuxième plan – ou se déplace vers la procédure pénale (Garcia, 2010) – sans que l'on puisse même s'en apercevoir. Encore une fois : à l'intérieur de ce cadre de référence cognitif, il est hautement improbable de remettre en question la pratique des peines minimales. Ce fut l'hypothèse de départ de la construction de cette théorie sur les problèmes d'évolution du système de droit criminel (Pires, 1991).

Nous pouvons dire également que, à l'intérieur de ce cadre, toute forme de « flexibilisation » de la durée du temps de prison est vue comme « totalitaire », « autoritaire » et est stéréotypée sous l'étiquette de « peine indéterminée ». Or, la possibilité de *réduire* le temps d'incarcération peut être plus aisément vue comme une pratique qui contribue à protéger les droits fondamentaux de l'individu. Cependant, cela demande encore une fois de sortir du cadre de la rationalité pénale moderne. Sans cela, la réduction du recours à la prison devient hautement improbable et l'institutionnalisation des peines non carcérales très limitée ou très pénible. Rappelons cependant que le défi est de taille : nous sommes ici devant un type de problème cognitif qui n'est pas exclusif au droit criminel brésilien. Il s'agit d'obstacles présents partout dans le monde occidental (Foucault, 1975; Rothman, 1981; Pires, 2013).

En parlant des États-Unis, Rothman attire l'attention sur le fait que malgré le consensus autour de l'échec de la prison, les réformes n'ont pas apporté de changements

significatifs. Il parle de « the longevity of our tradition of reform without change » (1981, p. 382). Il observe deux sortes de critiques de la prison. La critique la plus répandue est celle qui dit que le problème de la prison « is with a poorly structured hierarchy of administrative responsibility, or with an inadequate classification system, or with antiquated facilities, or with old-fashioned vocational training programs » (1981, p. 382). Cette critique débouche sur des réformes qui maintiennent la place centrale qu'occupe la prison, autrement dit sur des réformes concentrées davantage sur la nécessité de mieux huiler l'engrenage du dispositif carcéral qu'à remettre en question la prison elle-même. Rothman fait référence aux réformes qui visent à construire plus de prisons, à embaucher un personnel plus qualifié, ou à adopter un nouveau type de traitement ou une nouvelle classification. Un deuxième type de critiques de la prison est apparu à partir des années 1960. Selon Rothman, « [f]or the first time, the reform attack was not on the inadequacies of this institution or the failings of that administrator but on the very concept of incarceration. The idea of prisons and mental hospitals was suspect. The system, not its guards or wardens or superintendents, was at fault » (1981, p. 381). Cependant, malgré le fait que cette critique aurait pu se traduire par une réforme sortant des sentiers battus, elle n'a pas donné lieu à des modifications législatives. Rothman a vu cette énigme, mais il a attiré davantage l'attention sur l'importance d'arriver à un degré de consensus sur « the inherent defects of incarceration » (1981, p. 382) qu'à résoudre l'énigme de la critique répétitive de la prison qui n'apporte pas de changements significatifs dans la législation criminelle et dans les structures du droit criminel.

Notre étude a également voulu caractériser une période importante marquée par une réflexion sur le droit criminel ainsi que par la formulation de propositions de réforme dans le Code criminel brésilien. Il s'agit d'une période au cours de laquelle les sanctions non carcérales furent créées pour la première fois dans la législation criminelle brésilienne. La littérature brésilienne n'a pas beaucoup étudié la question de la punition pendant ces années et les travaux existants ont l'habitude de les caractériser comme une période pendant laquelle l'idéal de réhabilitation était prédominant (Teixeira, 2009). La création de la Loi d'exécution pénale et de son article premier qui consacrait l'objectif de réhabilitation dans l'exécution de

la peine, est habituellement observée comme le signe de cette prédominance, comme le signe d'un *humanisme pénitentiaire* (Teixeira, 2014).

En fait, nous avons vu que la Commission tenait un discours favorable à l'humanisation de la prison et au respect des droits des détenus. La prison devient un dépôt humain plus déshumanisé sans un projet de réhabilitation à l'intérieur de ses murs et ce, même si ladite réhabilitation demeure idéalisée et neutralisée en très bonne partie du point de vue de sa capacité à faciliter la réduction de la durée de l'incarcération. La prison sans le projet de réhabilitation, c'est la neutralisation tout court (Bauman, 1999). La Commission n'appuyait sans doute pas cette posture. Cependant, en caractérisant les débats de la doctrine pénale de réforme de cette période, nous avons nuancé le discours sur la réhabilitation qui était alors présent dans les communications juridiques ainsi que dans les propositions de la Commission de la réforme de 1984. Nous avons démontré la difficulté à voir la réhabilitation comme une affaire du droit criminel, une *préoccupation et une tâche du juge du procès*. La réhabilitation fut ainsi déplacée dans l'espace (du tribunal à la prison) et dans le temps (d'avant à après la détermination de la peine). Le modèle de réhabilitation activé dans les débats et combattu dans la réforme fut celui de l'école positive italienne. La réhabilitation fut confondue à plusieurs reprises avec l'idée de neutralisation à travers la médiation de notions vagues et mal définies comme « dangerosité » et « peine indéterminée ». Cet attachement de la réhabilitation au modèle de l'école positive italienne et à l'idée de dangerosité en « mélangeant » réhabilitation et neutralisation aide à comprendre la presque absence de la théorie de la réhabilitation du modèle carcéral *d'avant* le positivisme italien (Lombroso, Ferri, Garofalo) dans le droit criminel brésilien, au moins dans les débats de réforme de la période étudiée dans cette thèse. La réhabilitation était vue d'une manière négative en tant que « manipulation des consciences » et associée au « totalitarisme ». La réforme de 1984 indiqua bien cette tendance en excluant la théorie de la réhabilitation de la détermination de la peine et en la plaçant dans l'exécution de la peine et, en plus, en minimisant la possibilité de favoriser la libération conditionnelle et la progression de régime. La Loi d'exécution pénale ne fit que consacrer la possibilité de réaliser un projet de réhabilitation à l'intérieur de la prison sans implications remarquables sur la réduction de la durée de l'incarcération. La

théorie de la réhabilitation resta fortement limitée par les théories de la rétribution, de la dissuasion et de la dénonciation, inscrites dans le nouvel article 59 du Code.

Les réformateurs de 1980, au nom d'un « humanisme réaliste » et en voulant se débarrasser de la théorie de la réhabilitation, au moins du modèle de l'école positiviste (par ailleurs déjà faiblement inscrit dans le Code pénal de 1940), finirent par renforcer davantage les théories du noyau dur de la rationalité pénale moderne. Étant donné que la Commission ne réussit pas à sortir de la rétribution et de la dissuasion, son « humanisme » ne fut pas suffisant pour atteindre son objectif de réduire le recours à la prison. La Commission utilisa plutôt et surtout la théorie rétributiviste qui s'adaptait bien à la réalité (inhumaine) des prisons et qui était immunisée à l'égard de déceptions empiriques et de la critique de la prison. Paradoxalement, tout en voulant réduire le recours à la peine de prison, elle réaffirma le caractère presque incontournable de cette dernière en dépit de ses problèmes.

Pour comprendre ce paradoxe, nous avons attiré l'attention sur le rôle joué par certaines associations d'idées faites par la Commission dans le processus de réflexion et d'élaboration des propositions de réforme. L'association entre certaines idées négatives et la théorie de la réhabilitation produisit un *effet répulsif* à l'égard de cette théorie. Les idées de « déterminisme », « d'anormalité », de « dangerosité », « d'arbitraire », entre autres, augmentèrent les chances de la prison de conserver sa même place centrale et fortement hégémonique dans la législation criminelle au Brésil. D'autres idées pouvant avoir plutôt un *effet attractif* à l'égard de la théorie de la réhabilitation et ainsi en favoriser la sélection pour flexibiliser les pratiques « sentencielles » plus répressives, furent perdues de vue. Quant à la rétribution, elle fut associée à des idées exclusivement positives : à la démocratie, à l'humanisme, à la peine proportionnelle, à la culpabilité, au jugement plus objectif, etc. Ces associations eurent, au contraire, un *effet attractif* à l'égard de cette théorie dans les travaux de la Commission.

En démontrant la particularité que le discours juridique sur la réhabilitation prit au Brésil, nous contribuons indirectement au débat existant dans la littérature criminologique en général sur « l'âge d'or » et « le déclin de l'idéal de réhabilitation » dans le monde

occidental (Allen, 1981; Garland, 1985 et 2001, d'entre autres). Au Brésil, cette théorie ne connut pas, à proprement parler, d'âge d'or. Elle fut depuis toujours plus ou moins fortement limitée par les théories du noyau dur de la rationalité pénale moderne et particulièrement par le rétributivisme. Par conséquent, il n'y eut pas non plus de « période de déclin ».

La distinction que nous avons proposée entre la réhabilitation en tant que théorie de la peine et la réhabilitation en tant que théorie pratique de l'intervention thérapeutique contribue, à notre avis, à une observation plus précise de la réhabilitation et à la compréhension de son parcours et de sa contribution à la complexité du droit criminel moderne. De plus, la caractérisation de la forme particulière que la théorie de la réhabilitation a prise dans la réforme pénale de 1984 aide à comprendre l'institutionnalisation faible des sanctions non carcérales au Brésil. Ces sanctions furent pensées à partir de la prison, par la négative, en se demandant comment certains cas pouvaient être exclus du monde carcéral. Les réformateurs n'avaient pas un autre vocabulaire de motifs pour légitimer et donner plus d'espace à ces nouvelles sanctions. Les sanctions non carcérales furent ainsi acceptées à l'intérieur du cadre strict du rétributivisme. Cette acceptation reposait sur la condition de ne jamais perdre de vue l'intention d'infliger directement au coupable une souffrance proportionnelle au mal qu'il avait causé. La souffrance « proportionnelle » était vue comme une condition « naturelle » de la peine. Cette représentation rétributiviste des sanctions non carcérales était d'ailleurs non seulement le fait de la Commission de juristes responsable de la proposition de réformes, mais aussi de l'environnement doctrinaire de ladite Commission. Les juristes qui participèrent aux débats sur la réforme et qui étaient favorables à la création de sanctions non carcérales partageaient à leur égard la même représentation que les réformateurs.

Pour toutes ces raisons, notre étude a contribué à caractériser la configuration particulière qu'a prise la rationalité pénale moderne dans la législation criminelle brésilienne. Notre point d'ancrage empirique ici pour rendre visible cette configuration a été l'étude d'une Commission de réforme et de son circuit communicationnel immédiat. Cependant, la particularité de cette configuration de la rationalité pénale moderne au Brésil n'enlève rien au problème posé par ce système d'idées à la reconstruction du droit criminel en Occident. Ce

système d'idées qui est localisé dans le système du droit criminel recoupe structurellement les opérations de création de lois criminelles pour les adultes dans le système politique. Nous terminons ainsi en voulant requalifier le statut que les particularités régionales ont dans la compréhension d'un phénomène qui est plutôt global.

La rationalité pénale moderne peut être décrite sans référence aux particularités régionales. Cependant, cela ne veut pas dire, comme notre recherche l'a montré, que les particularités régionales ne sont pas importantes et ne doivent pas être considérées. La question est que les particularités régionales ne sont pas traitées ici comme une donnée *a priori* ou comme des variables indépendantes ou explicatives (Luhmann, 1997, p. 73). Les particularités de la culture pénaliste brésilienne n'invalident pas la dimension globale incontournable de la rationalité pénale moderne en tant que système d'idées, mais elles ajoutent à la compréhension de ses formes d'actualisation et à l'estimation de sa capacité de résistance aux critiques faites à la prison depuis sa naissance. Avec une telle rationalité et avec ses particularités, la critique de la prison et les intentions de réduire sa portée trouvent assez rapidement leurs propres limites.

## Bibliographie

- Adam, Christophe (2012). « Responsabilisation et déresponsabilisation dans le traitement des délinquants sexuels en Belgique ». *Déviance et Société*, vol. 36 (3), pp. 263-276.
- Alencar, Ana Valderez A. N. de (1985). *Execução penal: lei n. 7210 de 11-7-84: texto da lei anotado e indexado e anteprojetos, histórico (tramitação legislativa)*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas.
- Allen, Francis A. (1981). *The decline of the rehabilitative ideal. Penal policy and social purpose*. New Haven: Yale University Press.
- Alvarez, Marcos C. (2003). *Bacharéis, criminologistas e juristas : saber jurídico e nova escola penal no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM.
- Andreucci, Ricardo Antunes (1980). “A respeito de Costa e Silva”. *Revista de Direito penal*, n. 30, p. 81-100.
- Andreucci, Ricardo Antunes (1988). *Direito penal e criação judicial*, Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para concurso a Professor Titular de Direito penal, São Paulo.
- Associação dos advogados de São Paulo (1972). *Anais do Ciclo de Conferências sobre o Novo Código Penal, de 22 a 26 de maio de 1972*. São Paulo: Associação dos advogados de São Paulo.
- Barbosa, Licínio Leal (1982). “Da cominação das penas no Anteprojeto”. *Revista de informação legislativa*, n. 75, p. 271-280.
- Bateson, Gregory (1977). *Vers une écologie de l'esprit*. Paris : Éditions du Seuil, 2 vols.
- Batista, Nilo (1981). “Parecer do Instituto de ciências penais do Rio de Janeiro sobre o anteprojeto de lei que altera dispositivos do Código penal (portaria n. 192, de 6 de março de 1981, do Ministério da Justiça)”, *Revista de Direito Penal*, n. 31, p. 108-121.
- Batista, Nilo (1984). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris.
- Bauman, Zygmunt (1999). *Le coût humain de la mondialisation*. Paris : Hachette.
- Beccaria, Cesare (1764). *Des délits et des peines*. Genève : Droz, [1965].

- Bentham, Jeremy (1818). *Théories des peines et des récompenses*. Paris: Bossange et Masson.
- Berman, Harold J. (1983). *Law and revolution : the formation of the Western legal tradition*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- Bosworth, Mary (2007). « Creating the responsible prisoner : federal admission and orientation packs ». *Punishment and Society*, 9 (1), pp. 67-85.
- Bottoms, Anthony (1995). « The philosophy and politics of punishment and sentencing », dans Clarkson, C et Morgan, R. (éd.), *The politics of sentencing reform*, Oxford: Oxford University Press, p. 17-49.
- Bourdieu, Pierre (2000). « À propos de Karl Kraus et du journalisme », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n. 131-132, p. 123-126.
- Brodeur, Jean-Paul (1985). « Réforme pénale et sentences : expériences nord-américaines. *Déviance et Société*, vol. 9 (3), p. 165-200.
- Brodeur, Jean-Paul (1990). « Réforme et difformités pénales », *Déviance et Société*, vol. 14 (2), p. 133-156.
- Brodeur, Jean-Paul (1993). « ‘Alternatives’ à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social : une entrevue avec Michel Foucault ». *Criminologie*, vol. 26, n. 1, 1993, pp. 13-34.
- Camargo Aranha, Antônio Sergio Caldas de et al. (1983). “A reforma do Código penal: parte geral”, *Justitia*, v. 45, n. 120, p. 110-115.
- Cartuyvels, Yves et al (2007). *Les droits de l’homme, bouclier ou épée du droit pénal?* Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis.
- Castelo Branco, Vitorino (1978). *A reforma penal (comentários às leis ns. 5256, de 6-5-67, 5941, de 22-11-73, e 6416, de 24-5-77)*. São Paulo: Sugestões Literárias.
- Cauchie, Jean-François (2005). « Un système pénal entre complexification et innovations. Le cas ambivalent des travaux communautaires belges ». *Déviance et société*, 29, 4, pp. 399-422.
- Cauchie, Jean-François (2009). *Peines de travail : justice pénale et innovation*. Bruxelles : Larcier.

- Cauchie, Jean-François (2011). « Les travaux communautaires belges au cœur d'une nouvelle théorie de la réhabilitation? », dans Vanhamme Fr. (dir.), *Justice entre pénalité et socialité vindicatoire*, Érudit, p. 131-148.
- Cauchie, Jean-François; Kaminski, Dan (2007). « Éléments pour une sociologie du changement pénal en Occident. Éclairage des concepts de *rationalité pénale moderne* et d'*innovation pénale* ». *Champ pénal / Penal Field*, [En ligne], mis en ligne le 6 novembre 2007. URL : <http://champpenal.revues.org/document613.html>.
- Cellard, André (1997). « L'analyse documentaire », dans Poupart, J. et al. *La recherche qualitative : enjeux épistémologiques et méthodologiques*. Boucherville : Gaétan Morin, pp. 251-271.
- Cellard, André, et Pelletier, Gérald (1998). « Le Code criminel canadien 1982-1927 : étude des acteurs sociaux ». *The Canadian Historical Review*, 79, 2, pp. 261-303.
- Cernicchiaro, Luiz Vicente (1985). “Código penal de 1984: antecedentes, ideologia, princípios, orientação e finalidade”. *Revista de Informação Legislativa*, n. 86, p. 147-204.
- Chaib, Euvaldo (1983). “A reforma penal: a declaração condicional de que não há motivo para prosseguir a causa (le non-lieu conditionnel)”, *Justitia*, v. 45, n. 120, p. 116-118.
- Christie, Nils (1977). « Conflict as property ». *British Journal of Criminology*, 17 (1): 1-15.
- Coffee, John C. , Jr. (1981). “No soul to damn: No body to kick”: An unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment. *Michigan Law Review*, Vol.79(3), p.386-459.
- Cohen, Stanley (1985). *Visions of social control: crime, punishment and classification*. Cambridge: Polity Press.
- Comissão de Estudos da Associação do Ministério Público do RS (1985). “Novo código penal – parte geral”, *Revista do Ministério Público / Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 1, n. 18, p. 44-47.
- Commission de réforme du droit du Canada (1977) *Droit administratif : les commissions d'enquête, une nouvelle loi*. Ottawa : Ministère de la Justice.
- Costa Junior, Heitor (1989). “A reforma penal brasileira”, *Revista de direito da Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, v. 15, n. 30, p. 76-83.
- Cressey, Donald (1965). « Prison organizations », dans *Handbook of organizations*, Chicago : Rand MacNally & Co, p. 1023-1070.

- Cullen, Francis T.; Gilbert, Karen E. (1982). *Reaffirming rehabilitation*. Cincinnati, Ohio : Anderson.
- Danet, Jean (2008). « La dangerosité, une notion criminologique séculaire et mutante », *Champ pénal/ Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie*, vol. V.
- Delgado, José Augusto (1981). “A reforma do código penal (aspectos parciais)”, *Vox Legis*, vol. 155, p. 57-64.
- Digneffe, Françoise (1995a). « Durkheim et les débats sur le crime et la peine », dans Debuyst, C., Digneffe, F., Pires, A. P. (Eds.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles, De Boeck Université, pp. 357-398.
- Digneffe, Françoise (1995b). « L'école positive italienne et le mouvement de la défense sociale », dans Debuyst, C., Digneffe, F., Pires, A. P. (Eds.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles, De Boeck Université, pp. 233-299.
- Dotti, René Ariel (1973). *Pesquisas sobre a reforma penal*, Curitiba.
- Dotti, René Ariel (1975). *As novas dimensões na execução da pena*, Contribuição ao V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, São Paulo.
- Dotti, René Ariel (1978). “Os caminhos da reforma e o direito a constituir”. *Revista de informação legislativa*, n. 59, p. 37-52.
- Dotti, René Ariel (1980). *A reforma penal e penitenciária*. Curitiba: Livraria Ghignone Editora.
- Dotti, René Ariel (1981). “Penas e medidas de segurança no anteprojeto de código penal”. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n. 32, p. 46-69.
- Dotti, René Ariel (1984). “As penas no sistema dos projetos de reforma”. *Revista Forense*, vol. 286, p. 3542.
- Dotti, René Ariel (1984). *Os limites democráticos do novo sistema de penas, Estudo de contribuição para a X Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Recife, 30 de setembro a 4 de outubro de 1984*. Curitiba: Litero-técnica.
- Dotti, René Ariel (1988). *Reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro: Forense.
- Dotti, René Ariel (1996). « História da legislação brasileira (II): a reforma do CP 1940 (de 1942 a 1984) ». *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 13, pp. 301-317.

- Dotti, René Ariel (1998). *Bases alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais [1980].
- Dreyfus, Hubert L.; Rabinow, Paul (1984). *Michel Foucault, un parcours philosophique: au-delà de l'objectivité et de la subjectivité*. Paris : Gallimard.
- Dubé, Richard (2008). *Système de pensée et réforme du droit criminel : les idées innovatrices du rapport Ouimet (1969)*. Thèse. Montréal (Québec, Canada), Université du Québec à Montréal, Doctorat en Sociologie.
- Dubé, Richard (2012a). « La fonction du droit criminel moderne : de la protection de la société à la stabilisation des attentes normatives », *Droit et Société*, n. 82 (3), p. 659-688.
- Dubé, Richard (2012b). « La théorie de la dissuasion remise en question par la rationalité du risque ». *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 27 (1), p. 1-29.
- Dubé, Richard (2014). « Michel Foucault et les cachots conceptuels de l'incarcération : une évasion cognitive est-elle possible? », *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], Vol. XI | 2014, mis en ligne le 21 janvier 2014.
- Dubé, Richard; Cauchie, Jean-François (2007). « Enjeux autour de l'évolution du droit criminel moderne. Quand les variations de la périphérie défient l'autorité redondante du centre ». *Déviance et Société*, 31, 4, pp. 465-485.
- Dubé, Richard; Pires, Alvaro P. (2009). « La refondation de la société moderne », dans Dubé et al. (sous la direction). *Modernité en transit*. Ottawa : Les Presses de l'Université d'Ottawa, pp. 111-135.
- Duff, Antony ; Garland, David (ed.) (1994). *A reader on punishment*. Oxford : Oxford University Press.
- Durkheim, Émile (1893). *De la division du travail social*. Paris : Presses universitaires de France, 1960, 7<sup>e</sup> éd.
- Durkheim, Émile (1903). *L'éducation morale*. Paris : Librairie Félix Alcan, 1934.
- Durkheim, Émile (1966). *Éducation et sociologie*. Paris: PUF.
- Feeley, Malcolm M.; Simon, Jonathan (1992). «The new penology : notes on the emerging strategy of corrections and its implications». *Criminology*, volume 30 (4): 449-471.
- Fortin, Jacques (1982). « La commission de réforme du droit du Canada : un bilan succinct ». *Criminologie*, vol. 15, n. 1, pp. 105-112.

- Foucault, Michel (1969). *L'archéologie du savoir*. Paris : Gallimard.
- Foucault, Michel (1975). *Surveiller et punir*. Paris : Gallimard, 2008.
- Foucault, Michel (1978). « About the concept of the 'dangerous individual' in 19th-century legal psychiatry ». *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 1, pp. 1-18.
- Foucault, Michel (1990). « Qu'est-ce que la critique? [Critique et *Aufklärung*] », *Bulletin de la Société Française de Philosophie*, LXXXIV, 1990, (séance du 27 mai 1978), pp. 35-63.
- Foucault, Michel (2001). *Dits et écrits, 1954-1988, vol. 1*. Paris : Gallimard.
- Fragoso, Heleno Claudio (1955). "O problema da pena", *Revista Forense*, n. 161, p. 56-62.
- Fragoso, Heleno Cláudio (1963a). "A reforma da legislação penal – I", *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 2, p. 56-81.
- Fragoso, Heleno Cláudio (1963b), "A reforma da legislação penal – II", *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 3, p. 1-24.
- Fragoso, Heleno Claudio (1971). "Subsídios para a história do novo código penal", *Revista de direito penal*, n. 3, p. 7-12.
- Fragoso, Heleno Claudio (1979). "Ciência e experiência do direito penal", *Revista de direito penal*, n. 26, p. 7-17.
- Fragoso, Heleno Cláudio (1980). "Alternativas da pena privativa da liberdade", *Revista de Direito Penal*, n. 29, p. 5-17.
- Fragoso, Heleno Cláudio (1981). "Sistema do duplo binário: vida e morte", *Revista de direito penal e criminologia*, n.32, p. 5-21.
- Fragoso, Heleno Cláudio (1984). "A reforma da legislação penal (conferência realizada em 19 de março de 1984, na abertura do VI Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins em Belo Horizonte)", *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n. 35, p. 9-15.
- Fry, Peter (1985). « Direito positivo versus direito clássico : a psicologização do crime no Brasil no pensamento de Heitor Carrilho », dans Figueira, S. (org.). *Cultura da psicanálise*, São Paulo, Ed. Brasiliense, pp. 116-142.
- Fry, Peter; Carrara, Sérgio (1986). « As vicissitudes do liberalismo no direito penal brasileiro ». *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 2, vol. 1, pp. 48-54.

- Fullin, Carmen S. (2012). *Quando o negócio é punir: uma análise etnográfica dos juizados especiais criminais e suas sanções*. Tese de doutorado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-graduação em Antropologia social, Universidade de São Paulo.
- Garcia, Dinio de Santis (1983). “Novos rumos para a reforma penal”. *Revista jurídica*, Porto Alegre, n. 98, p. 157-169.
- Garcia, Margarida (2002). « Le Code à la carte : étude des demandes de modification des règles de procédures du Code criminel canadien, entre 1892-1927 ». *Thèse de maîtrise en Criminologie*. Ottawa : Université d’Ottawa.
- Garcia, Margarida (2007). « Innovation et obstacles à l’innovation : la réception des droits de la personne par le système de droit criminel ». *Champ pénal, Séminaire* mis en ligne le 29 septembre 2007. URL : <http://champpenal.revues.org/document1192.html>.
- Garcia, Margarida (2010). « 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 (1985). *Punishment and welfare: a history of penal strategies*. Aldershot, Hants, England, Brookfield, VT: Gower.
- Garland, David (1990). *Punishment and modern society. A study in social theory*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Garland, David (1996). « The limits of the sovereign state: strategies of crime control in contemporary society ». *British Journal of Criminology*, vol. 36 (4), pp. 445-471.
- Garland, David (2001). *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*. Chicago: University of Chicago Press.
- Giacomuzzi, Vladimir Giacomuzzi (org.) (1985). *O direito penal e o novo código penal brasileiro*. Porto Alegre: Fabris.
- Goffman, Erving (1968). *Asiles : études sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus*. Paris : Éditions de Minuit.
- Hannah-Moffat, Kelly (2005). « Criminogenic needs and the transformative risk subject: hybridizations of risk/need in penalty ». *Punishment and Society*, vol. 7(1), pp.29-51.
- Hapérin, Jean-Louis (2010). « La doctrine pénaliste et la récidive au XIXe siècle », dans Allinne, Jean-Pierre et Soula, Mathieu (dir.), *Les récidivistes : représentations et traitements de la récidive aux XIXe-XXIe siècles*, Rennes : PUR, p. 87-95.

- Hart, H.L.A. (1961). *Le concept de droit*. Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.
- Hollin, Clive (2001). « Rehabilitation », dans McLaughlin, Eugene et Muncie, John (éditeurs) *The sage dictionary of criminology*. London Thousand Oaks, California: SAGE.
- Hudson, Barbara (1987). *Justice through punishment. A critique of the 'justice' model of corrections*. London: Macmillan Education.
- Hudson, Barbara (2003). *Understanding justice. An introduction to ideas, perspectives and controversies in modern penal theory*. Buckingham: Open University Press, 2<sup>nd</sup> Edition.
- Hulsman, Louk et Bernat de Celis, Jacqueline (1982). *Peines perdues: le système pénal en question*. Paris : Editions du Centurion.
- I Congresso brasileiro de política criminal e penitenciária (1982). *Anais, de 27 a 30 de setembro de 1981*. Brasília: Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Política Penitenciária, vols. I e II.
- Instituto latino-americano de criminologia (1965). *Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do código penal brasileiro, de 3 de setembro de 1963 a 26 de fevereiro de 1964*. São Paulo : Imprensa Oficial.
- Jesus, Damásio E. de (coord.) (1985). *Curso sobre a reforma penal*. São Paulo: Saraiva.
- Jesus, Damásio E. de Jesus (1987). “Aspectos da reforma penal”, *Revista de doutrina e jurisprudência / Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*, n. 23, p. 13-26.
- Julius, N. H. (1831). *Leçons sur la prison*. Paris : F. G. Levrault.
- Kaminski Dan (2001). « Juger le fait, juger la personne... ou échapper à ce dilemme ? », *Journal du Droit des Jeunes*, n° 209, novembre, p. 8-13.
- Kaminski, Dan (2007). « L'éthique du réductionnisme et les solutions de rechange », *Criminologie*, 40 (2), p. 89-101.
- Kant de Lima, Roberto (e outros) (2000). “Violência, criminalidade, segurança pública e justiça criminal: uma bibliografia”. *BIB*, 50:45-123.
- Karam, Munir (1983). “Os novos caminhos da reforma penal”, *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, v. 8, n. 33, p. 133-141.

- Labonté, Sébastien (2013). « La théorie de la dissuasion et sa rationalité coûts/bénéfices : les remises en question d'une rationalité du risque ». *Thèse de maîtrise en Criminologie*. Ottawa : Université d'Ottawa.
- Lachambre, Sébastien (2011). *La théorie de la dénonciation : émergence et institutionnalisation en droit criminel*. Thèse. Ottawa (Ontario, Canada), Université d'Ottawa, Doctorat en Criminologie.
- Lalande, André (2010). *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Paris : Presses universitaires de France.
- Lalande, Pierre (2007). « Des solutions de rechange à l'incarcération : pour un peu plus de modération, d'équité et d'humanité », *Criminologie*, 40 (2), p. 67-87.
- Landreville, Pierre (1982). « La récidive dans l'évaluation des mesures pénales », *Déviance et société*, vol. 6, n. 4, p. 375-388.
- Lascoumes, Pierre; Poncela, Pierrette; et Lenoel, Pierre (1989). *Au nom de l'ordre : une histoire politique du code pénal*. Paris : Hachette.
- Lehalle, Sandra ; Landreville, Pierre ; Charest, Mathieu (2009). « L'emprisonnement avec sursis au Québec: impact de l'arrêt Proulx (Report) », *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, Vol.51(3), p. 277-302.
- Lewis, Sam (2005). "Rehabilitation : headline or footnote in the new penal policy?" *Probation Journal*, vol. 52(2):119-135.
- Lopes, Jair Leonardo (1996). *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Lucas, Charles (1836). *De la réforme des prisons ou de la théorie de l'emprisonnement, de ses principes, de ses moyens et de ses conditions pratiques*. Paris : Legrand et J. Bergounioux.
- Luhmann, Niklas (1975). *Le pouvoir*. Québec : Les Presses de l'Université Laval, 2010.
- Luhmann, Niklas (1984). "The Self-Description of Society: Crisis Fashion and Sociological Theory". *International Journal of Comparative Sociology*, 25, pp.59-72.
- Luhmann, Niklas (1988). «Cognition as construction», dans *Luhmann Explained. From Souls to Systems*, de H-G Moeller. Chicago: Open Court, pp. 241-260, 2006.
- Luhmann, Niklas (1995). *Social Systems*. Stanford (California), Stanford University Press.

- Luhmann, Niklas (1997). « Globalization or world society : how to conceive of modern society? », *International Review of Sociology – Revue Internationale de Sociologie*, vol. 7 (1), p. 67-79.
- Luhmann, Niklas (2000). *Art as social system*. Stanford: Stanford University Press.
- Luhmann, Niklas (2002). *Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity*. Stanford: Stanford University Press.
- Luhmann, Niklas (2004). *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press.
- Luna, Everardo (1971). *Trabalhos de direito penal*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco.
- Luna, Everardo da Cunha Luna (1985). *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva.
- Lynch, Mona (2000). « Rehabilitation as rhetoric. The ideal of reformation in contemporary parole discourse and practices ». *Punishment and Society*, vol. 2(1):40-65.
- Macedo, James Portugal (1984). “Sugestões ao projeto n. 1.656 de alterações ao código penal”, *Revista da Associação dos magistrados do Paraná*, n. 35, p. 107-138.
- Machado, Maira R. (2007), « A responsabilidade civil é independente da criminal em termos: a propósito da contribuição da criminologia positivista à transformação da responsabilidade civil ». *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 65, p. 317-344.
- Machado, Maira R. de Assis, & Machado, Marta R. & Andrade, Fábio Knobloch de (2009). *Sispenas : Sistema de consulta sobre crimes, penas e alternativas à prisão*. Série Pensando o Direito - Penas Alternativas, nº 6/2009.
- Machado, Maira R. et al (2009). « A complexidade do problema e a simplicidade da solução: a questão das penas mínimas », *Série Pensando o Direito*, 17, pp. 1-71.
- Machado, Maira R.; Pires, Alvaro P. (2010). « Intervention politique dans la sentence du droit? Fondements culturels de la peine minimale ». *Criminologie*, 43 (2), pp. 89-126.
- Machado, Maira Rocha et al. (2010). Análise das justificativas para a produção de normas penais. Série Pensando o direito, n. 32, p. 1-38.
- Machado, Marta Rodriguez de Assis (2013). « Punishment, guilt and communication: the possibility of overcoming the idea of infliction of suffering », dans Dubé, R., Garcia, M., Machado, M (éditeurs). *La rationalité pénale moderne : réflexions théoriques et explorations empiriques*. Presses de l’Université d’Ottawa, p. 91-112.

- Martinson, Robert (1974). « What works ? Question and answers about prison reforms ». *Public Interest*, 35, pp. 22-54.
- Martuccelli, Danilo (1999). *Sociologies de la modernité*. Paris : Gallimard.
- Martuccelli, Danilo (2006). « Michel Foucault et les impasses de l'ordre social ». *Sociologie et Sociétés*, vol. 38, n. 2, pp. 17-34.
- Matsuda, Fernanda Emy (2009). « A medida da maldade : periculosidade e controle social no Brasil ». *Thèse de maîtrise*, Département de Sociologie, Université de São Paulo, Brésil.
- Maturana, Humberto and Varela, Francisco (1980). *Autopoiesis and cognition: the realization of the living*. Boston: D. Reidel Pub. Co.
- Mead, George H. (1918). « The psychology of punitive justice ». *American Journal of Sociology*, vol. 23, n. 5, pp. 577-602.
- Mereu, Italo (2012). *La mort comme peine*, (original italien, 1982), Bruxelles : Larcier.
- Ministério da Justiça (1979). Arquivos do Ministério da justiça, a. 36, n. 151, p. 1-112 (revue).
- Ministério da Justiça (1980a). *Criminalidade e violência: Relatórios dos grupos de trabalho de juristas e cientistas sociais*, vol. 1. Brasília: Imprensa nacional (rapport).
- Ministério da Justiça (1980b). *Criminalidade e violência: Relatório e conclusões da CPI sobre o sistema penitenciário*, vol. 2. Brasília: Imprensa nacional (rapport).
- Ministério da Justiça (1981a). *Anteprojeto de lei – Código penal*. Brasília: Departamento de imprensa nacional.
- Ministério da Justiça (1981b). *Anteprojeto de lei de execução penal*. Brasília: Departamento de imprensa nacional.
- Ministério da Justiça (1983). *Projetos de reforma penal: código penal (parte geral), código de processo penal e lei de execução penal*. Brasília: Departamento de imprensa nacional.
- Ministério da Justiça e negócios interiores (1963a). *Anteprojeto de Código penal (Nelson Hungria)*. Rio de Janeiro: Departamento de imprensa nacional.
- Ministério da Justiça e negócios interiores (1963b). *Anteprojeto de código das execuções penais*. Rio de Janeiro: Departamento de imprensa nacional.

- Miotto, Arminda Bergamini (1971a). “A prisão aberta: sua contemplação no código penal de 1969”, *Revista de informação legislativa*, janeiro-março, p. 19-34.
- Miotto, Arminda Bergamini (1971b). “Prevenção do delito”, *Revista de direito penal*, n. 4, p. 51-69.
- Miotto, Arminda Bergamini (1972). “Prevenção do delito e tratamento dos delinquentes”, *Revista de informação legislativa*, abril-junho, p. 43-82.
- Miotto, Arminda Bergamini (1973). “Essência e formas da pena”, *Revista de informação legislativa*, julho-setembro, p. 113-126.
- Miotto, Arminda Bergamini (1977). “A reforma do sistema de penas: a Lei n. 6416 de 24 de maio de 1977, circunstâncias e fatores que influíram para a sua gênese e na sua elaboração; outras considerações”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 54, p. 153-172.
- Moeller, Hans-Georg. (2006). *Luhmann Explained. From Souls to Systems*. Chicago: Open Court.
- Mohr, J. W. (1980). « New directions in sentencing », dans Grossman, Brian A. (éd.), *New directions in sentencing*, Toronto: Butterworths, p. 19-31.
- Montesquieu, C. S. (1748). *De l'esprit des lois*. Paris : Garnier, 1973.
- Montoro, Franco (1973). “Pena sem prisão”, *Revista de Informação Legislativa*, out./dez., p. 27-42.
- Moraes, Benjamin (1970). “Visão panorâmica do novo código penal”. *Revista de informação legislativa*, julho-setembro, p. 19-26.
- Moraes, Benjamin (1981). “As novas leis penais no Brasil”. *Revista de informação legislativa*, n. 70, p. 185-192.
- Morin, Edgar (1970). *La rumeur d'Orléans*. Paris : Éditions du Seuil.
- Munhoz Neto, Alcides (1975). “Anibal Bruno e a reforma penal”, *Revista de Direito Penal*, n. 19/20, p. 39-53.
- NCPRD - National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline (1871). « A declaration of principles », dans Gross, H.; Von Hirsch, A. (1981). *Sentencing*. New York, Oxford: Oxford University Press, pp. 52-56.
- Neto, Francolino (1985). “Penas restritivas de direitos na reforma penal”, *Bahia Forense*, vol. 25, p. 54-65.

- Paillé, Pierre; Mucchielli, Alex (2003). *L'analyse qualitative en sciences humaines et sociales*. Paris : Armand Colin.
- Pierangeli, José Henrique (2001). *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais.
- Pimentel, Manoel Pedro (1977). *Prisões fechadas, prisões abertas*. São Paulo: Cortez.
- Pimentel, Manoel Pedro (1979). "Crime e pena: problemas contemporâneos", *Revista de direito penal*, n. 28, p. 53-70.
- Pimentel, Manoel Pedro (1979). "O advogado e a realidade do direito penal", *Revista de direito penal*, n. 24, p. 73-91.
- Pinero, Véronica B. (2013). « Transformations in the Canadian youth justice system creation of statues and the judicial waiver in Quebec ». *Thèse de doctorat en Droit*. Ottawa: Université d'Ottawa.
- Pires, Alvaro P. (1985). *Critiques à la prison et principe de modération: inventaire d'extraits dans les documents canadiens*. Document non publié à l'intention de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, Université d'Ottawa.
- Pires, Alvaro P. (1987). « La réforme pénale au Canada : l'apport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine ». *Criminologie*, vol. 20, n. 2, pp. 11-55.
- Pires, Alvaro P. (1991). « Éthiques et réforme du droit criminel : au-delà des philosophies de la peine », *Ethica*, vol. 3, no 2, pp. 47-78.
- Pires, Alvaro P. (1995). « Quelques obstacles à une mutation du droit pénal », *Revue générale du droit*, (Ottawa), 26, (1), pp. 133-154.
- Pires, Alvaro P. (1997), « Échantillonnage et recherche qualitative : essai théorique et méthodologique », dans Poupart, J., Deslauriers, J.-P., Groulx, L.-H., Laperrière, A., Mayer, R., Pires, A. P., *La recherche qualitative : enjeux épistémologiques et méthodologiques*. Boucherville : Gaëtan Morin, p. 113-169.
- Pires, Alvaro P. (1998). « Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne », dans Debuyst, C., Digneffe, F., Pires, A. P. (Eds.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles, De Boeck Université, pp. 1-52.
- Pires, Alvaro P. (2001). « La 'ligne Maginot' en droit criminel : la protection contre le crime versus la protection contre le prince ». *Revue de droit pénal et de criminologie*, vol. 81, n.2, pp. 145-170.

- Pires, Alvaro P. (2002). « Codifications et réformes pénales », dans Mucchielli, L., Robert, Ph. (Eds), *Crime et sécurité. L'état des savoirs*, Paris, Éditions la découverte, pp. 84-92.
- Pires, Alvaro P. (2004). « La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes sociaux? », dans Kaminski, D. et Kokoreff, M. (org.) *Sociologie pénale : système et expérience*. Pour Claude Faugeron. Ramonville Sait-Agnès : Édition Éres, pp. 173-198.
- Pires, Alvaro P. (2006). « Tomber dans un piège ? Responsabilisation et justice des mineurs », dans Françoise Digneffe et Thierry Moreau (sous la direction de), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, De Boeck Université, p. 121-145.
- Pires, Alvaro P. (2007). « Une « utopie juridique » et politique pour le droit criminel moderne? » *Criminologie*, vol 40, n. 2, pp. 9-18.
- Pires, Alvaro P. (2008). *Introduction aux théories de la peine. Résumé du cours CRM 6760 (Philosophie pénale), hiver 2008*. Document non publié, Département de Criminologie, Université d'Ottawa.
- Pires, Alvaro P. (2009). *Les théories de la peine (CRM 4710D)*, Document non publié, Département de Criminologie, Université d'Ottawa.
- Pires, Alvaro P. (2010). *Esquisse d'une théorie systémique sur les théories de la peine et un problème d'évolution*, Document non publié, Laboratoire de recherche, Chaire de recherche du Canada en Traditions juridiques et rationalité pénale, Université d'Ottawa.
- Pires, Alvaro P. (2011). *Séminaire : le système de justice pour jeunes, deux manières de penser et de construire la justice criminelle organisée*. Document de travail non publié. Département de Criminologie, Université d'Ottawa.
- Pires, Alvaro P. (2012). « Les peines radicales : construction et 'invisibilisation' d'un paradoxe », *La mort comme peine*, (original italien, 1982), Italo Mereu, Bruxelles, Larcier, p. 7-47.
- Pires, Alvaro P. (2013). « Postface : Naissance et développement d'une théorie et ses problèmes de recherche », dans Dubé, R., Garcia, M., Machado, M (éditeurs). *La rationalité pénale moderne : réflexions théoriques et explorations empiriques*. Presses de l'Université d'Ottawa, p. 289-323.

- Pires, Alvaro P. (2014). « Observations sur l'acceptation ambivalente de la peine d'amende en droit criminel ». Université d'Ottawa, CRC en traditions juridiques et rationalité pénale, document de travail inédit.
- Pires, Alvaro P. (2015). « L'adoption intersystémique des énoncés de sens : le concept de punition en matière criminelle », dans *Le droit – un système social. Un commentaire coopératif de Niklas Luhmann*, sous la direction de Lukas S. Sosoe, Hildesheim, Zurich, New York, Georg Olms Verlag, Europaea Memoria. Studien und Texte zur Geschichte.
- Pires, Alvaro P. et 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 Drooghenbroeck (sous la direction de), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Bruylant et Facultés universitaires Saint-Louis (avec l'aide du Fonds de la recherche fondamentale collective), p. 291-336.
- Pires, Alvaro P. et Landreville, Pierre (1985), « Les recherches sur les sentences et le culte de la loi », *L'année sociologique*, vol. 35, p. 83-113.
- Pires, Alvaro P. et Machado, Maira Rocha (2013). La question des peines minimales: entre politique et droit. Dans Boulad-Ayoub, Josiane; Antaki, Mark; et Robert, Pierre (2013). *Rationalité pénale et démocratie*. Québec : Presses de l'Université Laval, pp. 71-109.
- Pires, Alvaro P.; Acosta, Fernando (1994). « Les mouches et la bouteille à mouches : utilitarisme et rétributivisme classiques devant la question pénale ». *Carrefour, Revue de la Société de Philosophie de l'Outaouais*, vol. XVI, n. 2, pp. 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>.
- Pires, Alvaro P.; Cellard, André; Pelletier, Gérald (2001). « L'énigme des demandes de modifications législatives au Code criminel canadien », dans Bonastra, Q. (coord.) (2001). *Régulation et Gouvernance. Le contrôle des populations et du territoire en Europe et au Canada. Une perspective historique*. Barcelona : Universitat de Barcelona, pp. 195-217.
- Poncela, Pierrette (2013). « Dehors...la prison dans la tête », *Archives de politique criminelle*, n. 35 (1), p. 7-23.

- Possas, Mariana T. (2009). *Système d'idées et création de lois criminelles : le cas de la loi contre la torture au Brésil*. Thèse. Ottawa (Ontario, Canada), Université d'Ottawa, Doctorat en Criminologie.
- Quirion, Bastien (2012). « Réformer, réadapter ou responsabiliser le détenu : analyse des enjeux normatifs rattachés à l'intervention correctionnelle au Canada ». *Déviance et Société*, vol. 36 (3), pp. 339-355.
- Rapport du jury de consensus remis au Premier ministre (2013). *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive : principes d'action et méthodes*. Paris.
- Rapport Ouimet (1969). *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. Justice pénale et correction : un lien à forger*. Ottawa : Imprimeur de la Reine.
- Rasch, William (2002). « Introduction : the self-positing society », dans Luhmann, Niklas. (2002). *Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity*. Stanford: Stanford University Press, pp. 1-28.
- Raynor, Peter et Robinson, Gwen (2005). *Rehabilitation, crime and justice*. Basingstoke, Hampshire, New York : Palgrave Macmillan.
- Reale Junior, Miguel (1983). *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense.
- Reale Junior, Miguel et al. (1987). *Penas e medidas de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Forense.
- Revista jurídica lemi (1981). «Juristas discutem a reforma». *Revista jurídica Lemi*, n. 163, p. 3-18.
- Robert, Philippe (2005). *La sociologie du crime*. Paris : La Découverte.
- Robert, Philippe et Faugeron, Claude (1980). *Les forces cachées de la justice : la crise de la justice pénale*. Paris : Le Centurion.
- Roberts, Julian (2001). « Évolution et conséquence de la réforme de la sentence au Canada », *Sociologie et sociétés*, vol. 33 (1), p. 67-83.
- Robinson, Gwen (1999). « Risk management and rehabilitation in probation service: collision and collusion ». *The Howard Journal*, vol. 38, n. 4, pp. 421-433.
- Robinson, Gwen (2008). «Late-modern rehabilitation. The evolution of a penal strategy». *Punishment and Society*, vol. 10 (4): 429-445.

- Rose, Nikolas (2000). « Government and control ». *British Journal of Criminology*, vol. 40 (2), pp. 321-339.
- Roseblum, Warren (2008). *Beyond the prison gates: punishment and welfare in German, 1850-1933*. Chapel Hill : University of North Carolina Press.
- Rothman, David J. (1980). *Conscience and convenience. The asylum and its alternatives in Progressive America*. New York: Aldine de Gruyter, 2002.
- Rothman, David J. (1981). Doing time: days, months and years in the criminal justice system, in Gross, Hyman et Von Hirsch, Andrew, *Sentencing*, New York/Oxford: Oxford University Press, pp. 374-385.
- Rotman, Edgardo (1990). *Beyond punishment: a new view on the rehabilitation of criminal offenders*. Westport: Greenwood Press.
- Saint-Georges, Pierre de (1995). « Recherche et critique des sources de documentation dans les domaines économique, social et politique », dans Albarello, L. et al. *Pratiques et méthodes de recherche en sciences sociales*. Paris : Armand Colin Éditeur, pp. 9-31.
- Santos, Gerson Pereira dos (1987). “Penas restritivas de direitos, substitutivos a privação da liberdade no código penal brasileiro”, *Revista jurídica mineira*, v. 4, n. 36, p. 13-21.
- Santos, Gerson Pereira dos (1988). *Inovações do código penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva.
- Santos, Juarez Cirino dos (1979). “Defesa social e desenvolvimento”, *Revista de direito penal*, n. 26, p. 19-32.
- Santos, Juarez Cirino dos (1985). *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense.
- Schnapper, Bernard (1983). « La récidive, une obsession créatrice au XIXe siècle », *XXIe Congrès de l'Association française de criminologie : le récidivisme*, Paris : PUF, p. 25-64.
- Schutz, Alfred (1987). *Le chercheur et le quotidien. Phénoménologie des sciences sociales*. Paris : Méridiens Klincksieck.
- Seidl, David (2005). « The basic concepts of Luhmann's theory of social systems », dans Seidl, D.; Becker, K.H (ed). *Niklas Luhmann and organization studies*. Copenhagen: Liber & Copenhagen Business School Press, pp. 21-53.
- Seminário de direito penal e criminologia (1981). “Moção de Goiânia I, 22 de setembro de 1973”, *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, vol. 5, suplemento, 1981, p. 17-23.

- Seminário sobre reforma penal (1981). “Anais, Goiânia, 16-19 de junho de 1981”, *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 5, n.1-2, p.1-221.
- Senado Federal (1977). “A reforma do sistema de penas. Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977”. *Revista de informação legislativa*, n. 54, p. 173-316.
- Senado Federal (1983). *Código penal – parte geral, projeto de lei n. 1656 de 1983: quadro comparativo*. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas.
- Serrano Neves (1974). *Periculosidade, criminalidade e defesa social, Curso sobre o novo código penal brasileiro*, Instituto dos Advogados Brasileiros, Rio de Janeiro, GB, 25 a 29 de março de 1974.
- Serrano Neves (1981). “O código futuro e a paratipicidade penal”, *Ciência penal : doutrina, jurisprudência, legislação*, v. 7, n. 1, p. 144-149.
- Silva Franco, Alberto (1986). *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei n. 7209-84*. São Paulo: Saraiva.
- Simondon, Gilbert (1958). *Du mode d’existence des objets techniques*. Paris : Aubier.
- Stichweh, Rudolf (2000). « Systems theory as an alternative to action theory? The rise of ‘communication’ as a theoretical option ». *Acta Sociologica*, 43, 5, pp. 5-13.
- Swaigen, John et Bunt, Gail (1985). *Sentencing in environmental cases*. Ottawa: Law Reform Commission of Canada.
- Teixeira, Alessandra (2009). *Prisões da exceção: política penal e penitenciária no Brasil contemporâneo*. Curitiba: Jurua Editora.
- Teixeira, Alessandra (2014). « Políticas penais no Brasil contemporâneo : uma história em três tempos. *Revue ORDA – L’Ordinaire des Amériques*, vol. 216, p. 1-12.
- Teubner, Gunther (1989). « How the Law thinks: toward a constructivist epistemology of Law ». *Law and Society Review*, vol. 23, n. 5, pp. 727-757.
- Toledo, Francisco de Assis (1984). “A reforma penal brasileira”. *Revista do Ministério público*, n. 17, p. 19-28.
- Toledo, Francisco de Assis et. al. (1985). *Reforma penal*. São Paulo: Saraiva.
- Tonry, Michael (1996). *Sentencing matters*. New York : Oxford University Press.
- Tonry, Michael H. (2004). *Thinking about crime: sense and sensibility in American penal culture*. New York: Oxford University Press.

- Torelly, Marcia Weinert de Abreu (1981). “Código penal, Anteprojeto de lei (parte geral) comparado ao código vigente”, *Revista de informação legislativa*, n. 70, p. 305-374.
- Trépanier, Jean et Tulkens, Françoise (1995). *Délinquance et protection de la jeunesse : aux sources des lois belge et canadienne sur l'enfance*. Montréal : Presses universitaires de Montréal.
- Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (1981). “Anteprojeto de reforma do Código penal : propostas, justificativas e considerações”, *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, n. 68, p. 15-41.
- UNODC (United Nations office on drugs and crime) (2013). Handbook on strategies to reduce overcrowding in prisons. Criminal justice handbooks series. Vienna: United nations.
- V Congresso nacional de direito penal e ciências afins (1975). “Conclusões, São Paulo, de 9 a 15 de fevereiro de 1975”, *Revista de Direito Penal*, 17-18, p. 131-133.
- VI Congresso nacional de direito penal e ciências afins (1984). “Conclusão, Belo Horizonte, de 19 a 22 de março de 1984”, *Revista do curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia*, n. 14, p. 417-427.
- Von Foerster, H., 1991, Through the eyes of the other, in Steier, F, Ed., *Research and reflexivity*, London, Sage, 21-28.
- Von Hirsch, Andrew (1976). *Doing justice : the choice of punishments (report of the Committee for the study of incarceration)*. Boston: Northeastern University Press.
- Von Hirsch, Andrew (1985). *Past or future crimes: deservedness and dangerousness in the sentence of criminals*. New Brunswick : Rutgers University Press.
- Von Hirsch, Andrew; Knapp, Kay A. et Tonry, Michael (1987). *The sentencing commissions and its guidelines*. Boston: Northeastern University Press.
- Wacquant, Loic (1999). *Les prisons de la misère*. Paris : Raisons d'agir.
- Ward, Tony ; Maruna, Shadd (2007). *Rehabilitation. Beyond the risk paradigm*. London, New York: Routledge.
- Watzlawick, Paul (1983). *The situation is hopeless, but not serious : the pursuit of unhappiness*. New York: Norton.

- Watzlawick, Paul (1987). « La mouche et la bouteille à mouches », dans Watzlawick, Paul (dir.). *L'invention de la réalité. Contributions au constructivisme*. Paris : Seuil, pp. 269-276.
- Wright Mills, Charles (1940). « Situated actions and vocabularies of motives ». *American Sociological Review*, Vol. 5, n. 6, pp. 904-913.
- Xavier, José Roberto Franco (2012). « La réception de l'opinion publique par le système de droit criminel ». *Thèse de doctorat en Criminologie*. Ottawa : Université d'Ottawa.
- Zaffaroni, Eugenio Raul (1981). “Reflexões acerca do anteprojeto de lei, referente à parte geral do Código penal do Brasil”, *Ciência penal : doutrina, jurisprudência, legislação*, v. 7, n. 1, p. 13-19.
- Zaluar, Alba (1999). “Violência e Crime”. In: Miceli, S. (org) *O que ler na ciência social brasileira (1970-1995)*. São Paulo: Editora Sumaré.
- Zavataro, Bruno (2009). « Acquittés juridiquement, condamnés scientifiquement : dangerosité, justice pénale et expertise médico-psychiatrique au Brésil, l'état du Paraná ». *Mémoire de Maîtrise*, Université Libre de Bruxelles.
- Zimring, Franklin E.; Hawkins, Gordon (1995). *Incapacitation: penal confinement and the restraint of crime*. Oxford: Oxford University Press.

## ANNEXE 1

### TEXTE DE RECRUTEMENT DES PARTICIPANTS

[par courriel ou par téléphone]

#### « Étude sur la réforme pénale de 1984 »

**Chercheure (doctorante) : Mariana Raupp (Criminologie)**

*Candidate au Doctorat, Dépt. de Criminologie*

*Université d'Ottawa*



**Co-chercheur (directeur de thèse): Alvaro P. Pires, Ph.D. (Criminologie)**

*Professeur, Département de criminologie*

*Faculté des sciences sociales*

*Université d'Ottawa*

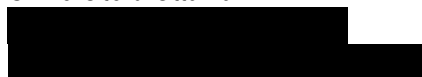


**Co-chercheur (co-directeur de thèse): Richard Dubé, Ph.D. (Criminologie)**

*Professeur, Département de criminologie*

*Faculté des sciences sociales*

*Université d'Ottawa*



**Invitation.** Compte tenu de votre participation au sein de la Commission des juristes de la réforme pénale de 1984 et/ou dans le processus de discussion lors de la révision des travaux de cette commission en particulier, 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 *Étude comparative sur deux commissions de réforme du droit criminel*. 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 des Études Supérieures de l'Université d'Ottawa.

**Objectif du projet de recherche.** Notre recherche porte, d'une manière générale, sur une comparaison entre deux commissions de réforme du droit criminel de la deuxième moitié du vingtième siècle au Brésil et au Canada. Notre objectif principal ici est d'identifier les idées qui sont présentées comme « nouvelles » pour la réforme et voir comment ces idées seront ou non, par la suite, effectivement reçues par les commissions, dans quelle mesure et pour quelles raisons. Par exemple,

nous voulons voir si les idées nouvelles reçoivent une place centrale ou marginale dans la réforme et, si elles reçoivent une place marginale, quelles sont les idées préétablies qui ont fait obstacle à leur intégration? 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 qui habituellement prend environ 1h30) sur le thème de la réforme pénale de 1984. Cependant, il se peut qu'une deuxième rencontre s'avère nécessaire pour diverses raisons. Vous pouvez avoir besoin d'interrompre l'entrevue pour des raisons professionnelles, ou encore opter pour des rencontres plus nombreuses mais plus courtes en raison de votre disponibilité de temps, ou encore demander des rencontres complémentaires pour avoir la possibilité de parler davantage sur ce sujet.

**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. Seuls 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 le statut du participant dans la Commission (membre formel ou non). Bref, aucune citation ou mention pouvant conduire à l'identification du participant ne sera faite. Vos idées seules seront présentées et discutées. Vous pouvez enfin, bien sûr, décider de ne pas rester anonyme.

**Autorisation pour enregistrer l'entrevue.** 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.

**Avantages.** En participant à cette recherche, vous allez contribuer au développement des connaissances des obstacles à l'innovation en droit criminel, et ainsi à mieux orienter les réflexions théoriques et les interventions pratiques en vue de construire un droit criminel plus approprié aux droits humains et aux caractéristiques de la société contemporaine.

**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 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.

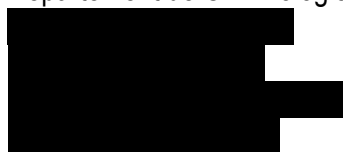
**Autres informations.** Pour tout renseignement additionnel concernant cette étude, vous pouvez communiquer avec Mariana Raupp ou Alvaro Pires aux numéros et courriels indiqués ci haut.

## ANNEXE 2

### FEUILLE D'INFORMATION ET FORMULAIRE DE CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ « Étude sur la réforme pénale de 1984 »

#### **Responsables de la recherche :**

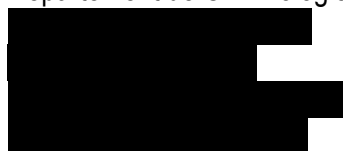
Mariana Raupp (Candidate au Doctorat)  
Département de Criminologie – Université d'Ottawa



Alvaro P. Pires (Professeur Titulaire, directeur de thèse)  
Département de Criminologie – Université d'Ottawa



Richard Dubé (Professeur Adjoint, co-directeur de thèse)  
Département de Criminologie – Université d'Ottawa



**Objectif du projet de recherche.** Notre recherche porte, d'une manière générale, sur une comparaison entre deux commissions de réforme du droit criminel de la deuxième moitié du vingtième siècle au Brésil et au Canada. Notre objectif principal ici est d'identifier les idées qui sont présentées comme « nouvelles » pour la réforme et voir comment ces idées seront ou non, par la suite, effectivement reçues par les commissions, dans quelle mesure et pour quelles raisons.

Par exemple, nous voulons voir si les idées nouvelles reçoivent une place centrale ou marginale dans la réforme et, si elles reçoivent une place marginale, quelles sont les idées préétablies qui ont fait obstacle à leur intégration? 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. Ce projet est financé par la fondation CAPES (ministère de l'Éducation du Brésil) et par la Faculté des Études Supérieures de l'Université d'Ottawa.

**Participation volontaire.** Votre collaboration au projet consistera à nous accorder une entrevue d'un maximum de 2 heures (mais qui habituellement prend environ 1h30) sur le thème de la réforme pénale de 1984. Cependant, il se peut qu'une deuxième rencontre s'avère nécessaire pour diverses raisons. Vous pouvez avoir besoin d'interrompre l'entrevue pour des raisons professionnelles, ou encore opter

pour des rencontres plus nombreuses mais plus courtes en raison de votre disponibilité de temps, ou encore demander des rencontres complémentaires pour avoir la possibilité de parler davantage sur ce sujet.

**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. Seuls 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 le statut du participant dans la Commission (membre formel ou non). Bref, aucune citation ou mention pouvant conduire à l'identification du participant ne sera faite. Vos idées seules seront présentées et discutées. Vous pouvez enfin, bien sûr, décider de ne pas rester anonyme. Si vous tenez à ce que votre nom soit mentionné et cité, vous pouvez sélectionner cette option à la fin de cette feuille d'information et de consentement.

**Avantages.** En participant à cette recherche, vous allez contribuer au développement des connaissances des obstacles à l'innovation en droit criminel, et ainsi à mieux orienter les réflexions théoriques et les interventions pratiques en vue de construire un droit criminel plus approprié aux droits humains et aux caractéristiques de la société contemporaine.

**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 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. Si vous décidez de vous retirer de l'étude, les données ne seront pas utilisées dans l'étude, les données seront détruites. Vous avez également le droit en tout temps de refuser de répondre à certaines questions et ce sans subir de conséquences négatives.

**Conservation des données.** La liste permettant de relier les noms des participants aux entrevues sera détruite 5 ans après la fin de la recherche. Vous trouverez ci-dessous une série d'options concernant l'accès et la conservation des données anonymes de votre entrevue. Vous êtes évidemment libre aussi de nous faire n'importe quelle autre demande à cet égard.

**Autorisation pour enregistrer l'entrevue.** 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 y 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.

**Autres informations.** Pour tout renseignement additionnel concernant cette étude, vous pouvez communiquer avec Mariana Raupp ou Alvaro Pires aux numéros et courriels indiqués ci-haut. Voici de plus les coordonnées du bureau d'éthique de l'Université d'Ottawa advenant votre souhait d'entrer en communication avec ledit bureau :



Il y a deux copies de cette feuille d'information et formulaire de consentement. Une copie sera conservée par vous et une autre par moi-même.

Options :

Sur la confidentialité des données:

( ) Je m'attends à que le contenu de l'entrevue soit utilisé pour des fins de recherche et de publications selon le respect de la confidentialité, sans jamais divulguer mon nom ou des renseignements personnels qui peuvent conduire à mon identification. Dans un tel cas, un pseudonyme sera utilisé si les chercheurs ont besoin de citer des extraits de mon entrevue;

\_\_\_\_\_ (signature ou initiales)

( ) J'autorise que mon nom soit utilisé pour indiquer ma participation à la recherche aussi bien que pour exprimer mes idées.

\_\_\_\_\_ (signature ou initiales)

Sur l'accès aux données recueillies:

( ) J'accepte que les données fassent partie d'une base de données pour les chercheurs et étudiants travaillant sur la réforme du droit;

\_\_\_\_\_ (signature ou initiales)

( ) J'accepte que les données fassent partie d'une base de données exclusivement pour l'équipe de chercheurs et assistants de recherche du Laboratoire de recherche en Traditions juridiques et rationalité pénale de l'Université d'Ottawa (à l'exclusion des étudiants et des chercheurs qui n'appartiennent pas à ce centre de recherche);

\_\_\_\_\_ (signature ou initiales)

( ) J'accepte que les données fassent partie d'une base de données seulement pour l'étudiante de doctorat et ses directeurs de thèse de la présente recherche.

\_\_\_\_\_ (signature ou initiales)

Sur la conservation des données:

J'accepte que les données soient conservées de façon permanente;

\_\_\_\_\_ (signature ou initiales)

J'accepte que les données soient conservées pendant cinq (5) ans de façon sécuritaire au bureau du superviseur de la recherche, le professeur Alvaro Pires, et détruites après.

\_\_\_\_\_ (signature ou initiales)

Sur l'enregistrement de l'entretien:

J'accepte que l'entretien soit enregistré.

\_\_\_\_\_ (signature ou initiales)

Je n'accepte pas que l'entretien soit enregistré.

\_\_\_\_\_ (signature ou initiales)

Autres:

Je désire recevoir une copie de la thèse. Courriel .....  
Adresse :

Je désire lire la transcription de mon entrevue. Je sais que je dispose de trois semaines après la réception de mon entrevue par courriel pour envoyer mes demandes ou mes corrections aux responsables de la recherche.

\_\_\_\_\_ (signature ou initiales)

Signature du chercheur principal :

\_\_\_\_\_, Date :

Alvaro P. Pires (directeur de thèse), Université d'Ottawa

Signature de la doctorante (l'intervieweuse)

\_\_\_\_\_, Date :

Mariana Raupp, Université d'Ottawa

\_\_\_\_\_, Date :

Richard Dubé (co-directeur de thèse), Université d'Ottawa

## ANNEXE 3

### Guide d'entrevue « Étude sur la réforme pénale de 1984 »

#### Identification de l'entrevue :

Date :

Rôle social :

Chercheur :

#### Présentation de la recherche et du type d'entrevue :

Comme nous l'avons déjà indiqué, notre recherche porte, d'une manière générale, sur une comparaison entre deux commissions de réforme du droit criminel de la deuxième moitié du vingtième siècle au Brésil et au Canada. Nous voulons stimuler une réflexion collective et conjointe sur le thème de l'émergence des idées innovatrices en matière criminelle et, particulièrement, sur le rôle joué par la réforme pénale de 1984 au Brésil. C'est la raison pour laquelle, connaissant vos expériences professionnelles et académiques et tenant compte de votre participation dans les débats à l'époque sur la réforme pénale de 1984, nous vous avons invité à participer à cette recherche. Nous voulons, pour ainsi dire, discuter cette question avec vous de façon ordonnée.

Comme vous allez le voir, il s'agit d'une entrevue du type réflexif ce qui est peu usuel en sciences sociales. Son but est de susciter et de stimuler une réflexion entre l'intervieweur et l'interviewé. Cela signifie que l'un des objectifs de nos questions est d'engager un échange d'idées avec vous sur ce thème de la réforme pénale de 1984 afin d'identifier l'émergence des idées innovatrices dans cette proposition de réforme aussi bien que les idées acquises qui font obstacle à l'émergence des idées innovatrices en général.

Comme nous vous l'avons dit, le contenu des réflexions que vous partagerez avec nous restera strictement anonyme et cette entrevue ne sera utilisée qu'aux fins de recherche. Nous en avons ainsi décidé pour laisser chacun plus libre par rapport à ses propres idées, de façon à ce que chacun d'entre nous puisse changer sa manière de voir au fur et à mesure que le débat autour de ce thème se développera. Les idées seront présentées « seules », par « elles-mêmes ».

1. Alors, si vous êtes d'accord, nous aimerions commencer en vous demandant quelles ont été, d'après vous, les raisons générales qui ont amené la création de cette commission de réforme en 1980?

- 1.1. Comment perceviez-vous (et les autres membres de la commission) à l'époque le rôle de la commission?
- 1.2. Comment perceviez-vous (et les autres membres de la commission) à l'époque le mandat de la commission?
- 1.3. Comment perceviez-vous (et les autres membres de la commission) à l'époque la participation de membres non juristes dans les commissions de réforme du droit criminel?
- 1.4. Vous souvenez-vous comment, à l'époque, la commission percevait le rôle éventuel de l'opinion publique? Est-ce que l'opinion publique jouait alors un rôle quelconque dans les travaux de la commission?
- 1.5. Vous souvenez-vous comment, à l'époque, la commission percevait le rôle éventuel des gouvernements et des représentants politiques?

2. Vous souvenez-vous comment vous et les autres membres de la commission se situaient par rapport au rôle de la peine d'incarcération dans le code criminel?
  - 2.1. Bien que la commission n'ait pas travaillé sur la partie spéciale du code criminel, avez-vous réfléchi sur le rôle de la peine minimale?
  - 2.2. Est-ce que la commission a discuté la possibilité de considérer l'amende (ou d'autres sanctions) comme peines alternatives à la prison?
3. Vous souvenez-vous comment, à l'époque, la commission percevait la sanction criminelle et les objectifs donnés à cette sanction?
4. Comment les membres de la commission ont-ils pensé, à l'époque, à l'idée de dédommager la victime comme forme de sanction autonome?
5. Comment à l'époque les travaux de la commission percevaient-ils l'idée de réhabiliter comme objectif de la peine? Est-ce qu'elle était liée à la détermination de la peine et à l'exécution pénale?
6. Comment perceviez-vous à l'époque la fonction du droit criminel dans notre société?
7. Comment, à l'époque, la commission a-t-elle pensé la relation entre le droit criminel et les autres systèmes de régulation de conflits (droit civil, droit administratif)?
8. Est-ce que le principe du dernier ressort (*ultima ratio*) a été présenté ou discuté dans la commission à l'époque? Et comment la commission lui a-t-elle donné une forme législative quelconque?
9. Sur les modifications apportées par la réforme, comment vous situiez-vous par rapport aux peines alternatives à la prison et aux justifications introduites? Y a-t-il des idées et des propositions qui n'ont pas été retenues par le Parlement, mais qui faisaient partie du projet de la commission? Ou partie de votre opinion sur la réforme à l'époque?
10. Auriez-vous d'autres aspects de ce thème que vous aimeriez partager avec nous?