

### Chapitre III.

## Savoirs pénaux et mise en forme des pratiques punitives : la création des peines alternatives à la prison au Brésil



*par Mariana Raupp*

#### *Résumé*

Les peines alternatives à la prison furent introduites dans la législation criminelle brésilienne par la Commission de réforme pénale active entre 1980 et 1983. En observant ce processus de création, nous nous penchons sur les rapports entre savoirs et pratiques, notamment entre les théories de la peine (savoirs institutionnalisés dans la culture pénale et présents tant dans le système de droit criminel que dans le système politique) et le processus de mise en forme des réformes législatives en matière pénale. Nous nous interrogeons sur le rôle de ces savoirs sur la peine dans la construction des pratiques pénales concrètes. Ce faisant, nous voulons contribuer à élucider ce qu’A. Pires appelle « l’énigme des intentions déclarées et de la difficulté de légitimation des sanctions non carcérales », ainsi qu’à mettre en lumière la dimension culturelle de ces savoirs pénaux.

**MOTS-CLÉS :** rationalité pénale moderne ; peines alternatives à la prison ; droit criminel ; système politique

#### *Abstract*

Alternative sanctions to prison were introduced in the Brazilian legislation by a criminal law reform commission active between 1980 and 1983. By observing this creation process, we examine the relationship between knowledge and practice, particularly between the theories of punishment (a knowledge institutionalized in penal culture and present in both the criminal law and political systems) and the criminal law-making process. We question the role of this knowledge about punishment in the construction of concrete penal practices. In doing so, we want to help elucidate what A. Pires calls « the enigma of declared intentions and the difficulty of legitimizing alternative sanctions to prison » as well as draw attention to the cultural dimension of this penal knowledge.

**KEYWORDS :** modern penal rationality; alternatives to prison; criminal law; political system

## INTRODUCTION

Dans une recherche sur les demandes de modifications législatives au Code criminel canadien, A. Pires, A. Cellard et G. Pelletier (2001) ont observé 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. Selon ces auteurs, ces difficultés seraient moins liées aux enjeux de la conjoncture historique et culturelle, de la réception de la réforme et de son évaluation, qu'aux enjeux cognitifs, c'est-à-dire les enjeux liés aux savoirs sous-jacents aux réformes. 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 XX<sup>e</sup> siècle, A. Pires a identifié ce qu'il appelle « l'énigme des intentions déclarées et de la difficulté de légitimation des sanctions non carcérales » (Pires, 2013, 309). Cette énigme peut être cernée à partir de deux questions : d'une part, comment pouvons-nous comprendre que les réformes qui veulent faire autrement semblent ne pas réussir à transformer substantiellement cette critique en changements législatifs innovateurs concernant le droit de punir et les normes de sanction<sup>4</sup>? Et d'autre part, comment pouvons-nous comprendre que les réformateurs demeurent convaincus qu'ils ont atteint leurs objectifs de réforme, même si l'observateur externe voit bien que ce n'est pas le cas ? En suivant A. Pires, afin de comprendre cette énigme, « le chercheur doit trouver les idées qui ont empêché les réformateurs d'aller plus loin et comprendre pour quelles raisons ils considèrent qu'ils sont allés très loin sans que cela ne soit le cas (vu de l'extérieur) » (2013, 310).

Dans le présent chapitre, nous voulons nous pencher sur cette énigme et interroger à cet effet le rôle de la doctrine pénaliste - c'est-à-dire les savoirs institutionnalisés dans la culture pénale et présents tant dans le système de droit criminel que dans le système politique - dans le processus de mise en forme des réformes législatives en matière pénale. Plus que vocabulaires de motifs (Mills, 1940), c'est-à-dire des vocabulaires systématiquement « pré-approuvés » qui justifient les décisions sur les peines et ainsi légitiment les propositions des réformateurs, ces savoirs fonctionnent comme un savoir-faire qui, en plus de légitimer les pratiques des réformateurs, donne une forme concrète aux pratiques de réforme législative en matière pénale. Il s'agit d'un savoir-faire qui fonde les propositions de réforme et qui est à ce titre important dans la mise en forme de ces propositions. Ces savoirs ne jouent pas seulement le rôle de discours mobilisés pour justifier *a posteriori* les propositions des réformateurs, mais ils deviennent des « cadres de référence » pour la conception *a priori* de ces propositions. Autrement dit, sans référence à ces savoirs, la pratique pourrait être conçue autrement. Nous visons dès lors à articuler ces savoirs aux pratiques législatives (propositions de réforme) qu'ils fondent et à mettre en lumière la manière dont cette articulation peut nous aider à comprendre davantage l'énigme des réformes du droit criminel identifiée par A. Pires.

Notre réflexion sera menée à partir de l'observation des travaux d'une commission de réforme qui a fonctionné au Brésil entre 1980 et 1983 (Raupp, 2015). Cette commission a proposé un avant-projet de loi afin de modifier le Code pénal brésilien en 1984 et de créer pour la première fois des peines alternatives à la prison. Au-delà des facteurs liés à la conjoncture et au contexte sociopolitique de l'époque, nous nous sommes concentrée sur la manière dont cette commission, formée de juristes progressistes, a élaboré ses propositions, notamment celles qui poursuivaient l'objectif de réduire le recours à la peine d'emprisonnement, une de ses raisons d'être. Cette approche distingue d'emblée la représentation sociale des acteurs, de la représentation sociale du cadre de référence institutionnel, c'est-à-dire du savoir-faire sur la peine mobilisé par les réformateurs. Notre observation ne vise pas à expliquer le comportement des réformateurs, mais à comprendre pourquoi le droit criminel éprouve des difficultés lorsqu'il s'agit d'innover en matière de normes de sanction afin de réduire le recours à l'emprisonnement. Pour cela, notre point d'observation réside dans le point de vue officiel et institutionnalisé de ce système dans toute sa positivité<sup>2</sup>. Autrement dit, nous observons le rôle de la doctrine dans la mise en forme des réformes législatives et nous émettons l'hypothèse que ce savoir contribue à comprendre les difficultés d'innover à ce sujet.

Dans un premier temps, nous présenterons notre cadre d'analyse et d'observation, la théorie de la rationalité pénale moderne développée par A. Pires (1991, 1998, 2002 et 2013). L'observation du rôle joué par les savoirs sur la peine, en particulier les théories de la peine, dans l'élaboration de la proposition de réforme législative des commissaires de 1983 au Brésil est rendue possible grâce aux lunettes que nous avons mises, en l'occurrence ce cadre conceptuel que nous adoptons comme référence. Dans un deuxième temps, nous présenterons notre cas empirique, la commission de juristes qui a élaboré un avant-projet législatif visant à changer la partie générale du Code pénal brésilien. Cette partie comprenait les principes de détermination de la peine et les types de peines. Ensuite, nous examinerons la proposition des réformateurs d'introduire pour la première fois dans le Code pénal brésilien les peines restrictives de droits<sup>3</sup>, non-carcérales. Nous identifierons les savoirs mis en place par les réformateurs pour « fabriquer » ces peines, leur donner une morphologie particulière et les faire correspondre aux exigences en matière de réforme législative. Nous montrerons comment les théories de la peine, surtout les théories de la rétribution et de la dissuasion, furent activées et actualisées à plusieurs reprises pour élaborer les propositions de réforme. Nous voulons ainsi illustrer leur rôle cognitif dans la construction de la réforme à l'intérieur même des communications juridiques (doctrinaires), nous y reviendrons dans nos conclusions.

### **1. LA DIMENSION CULTURELLE DE LA RATIONALITÉ PÉNALE MODERNE : PATTERNS DE SENS DU DROIT CRIMINEL ET DU POLITIQUE EN MATIÈRE PÉNALE**

Par savoirs institutionnalisés et doctrinaires sur la peine, nous faisons référence aux théories de la peine, c'est-à-dire ce corpus discursif reconnu par le droit criminel et par le système politique qui intègre une certaine réalité de ces deux systèmes

sociaux et qui est utilisé pour appuyer certaines de ses opérations. L'ensemble des théories de la peine (la rétribution, la dissuasion, la dénonciation, la réhabilitation) n'est pas habituellement abordé par les recherches en sciences sociales sous l'angle que nous avons adopté. En effet, rares sont les études qui présentent ces théories comme des obstacles à la construction de nouvelles pratiques législatives ou judiciaires visant à éviter l'infliction de la souffrance en matière pénale. 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, 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, nous voulons explorer davantage le rôle de ces savoirs dans les pratiques pénales **justement parce qu'ils aident à mettre en forme** certaines pratiques répressives fortes et disqualifient d'autres alternatives dans la manière de sanctionner. Nous prenons donc au sérieux les théories de la peine - en tant que discours savants - et rejetons le point de vue suggérant qu'elles ne peuvent contribuer à la compréhension de certains problèmes du droit criminel.

A. Pires (1998) observe les théories de la peine en mettant l'accent sur leur dimension systémique, c'est-à-dire en observant leurs convergences à partir desquelles un système d'idées *sui generis* se constitue et joue un rôle important dans la construction de l'identité du droit criminel. À ce système d'idées, A. Pires a attribué le nom de « rationalité pénale moderne » (Pires et Acosta, 1994). Il s'agit d'un concept sociologique et non d'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, et un réformateur reconnaît ladite théorie comme faisant partie des réalités juridique et politique d'une commission de réforme législative en matière pénale, mais les deux ne reconnaissent pas le système d'idées formé par la rétribution, la dissuasion, la dénonciation et la réhabilitation ni comme une catégorie juridique ni comme une catégorie politique.

Il est également utile d'attirer l'attention sur une autre caractéristique de la rationalité pénale moderne développée par A. Pires : sa dimension culturelle. Observer cette dimension signifie que, y compris pour les pratiques pénales,

the social cannot be understood in full unless one pays attention to the processes of sense-making that organize our perceptions, provide interpretations of ourselves and impart meaning to our surroundings (Becker, 2005, 220).

En ce sens, nous voulons attirer l'attention sur le rôle joué par les savoirs - les « *practical understanding* », « *shared knowledge* » et « *schemes of thinking, perceiving and acting* » (Becker, 2005, 221) - qui sont mobilisés par les réformateurs brésiliens pour

**mettre en forme des propositions législatives** visant à accomplir leurs objectifs de réforme, soit de réduire le recours à la prison et de créer les peines non carcérales. Comme le définit N. Luhmann (2000), la **forme** est le sens sélectionné et spécifiquement attribué parmi une multiplicité de possibilités. Chaque forme, pour cet auteur, est aussi contingente et la communication est un processus hautement contingent et sélectif (Seidl, 2005, 29 ; Moeller, 2006, 217). Ces savoirs créent ainsi des *patterns* de communication pour les réformateurs.

Ce que nous observerons dans les prochaines sections est justement ce travail de mise en forme des propositions législatives de la Commission de réforme. Nous identifierons comment les savoirs institutionnalisés dans la culture pénaliste (les théories de la peine) fonctionnent comme des cadres de référence des réformateurs dans leur processus de réflexion. Ce système d'idées fournit les principes d'organisation (Goffman, 1991) qui structurent leur projet de diversifier les peines dans le Code pénal brésilien.

Pour nous aider à identifier ces schèmes interprétatifs ou le stock de savoirs sur la peine qui orientent ce processus de constitution de sens des réformateurs, nous observerons les distinctions employées par les réformateurs. Ces distinctions sont les outils par lesquels les réformateurs observent et construisent leur réflexion et leurs propositions. Le concept de distinction est fondamental ici. En effet, chaque opération d'un système social est « *manufactured by operations of observing* » (Luhmann, 1988, 245) et l'observation elle-même est « *made up by a distinction* » (Becker, 2005, 222). Tout ce que nous observons et considérons comme réalité est donc le résultat d'une distinction et partant, d'une sélection. Ce concept permet dès lors d'observer la dimension culturelle<sup>4</sup> du droit criminel et du système politique en matière pénale, en l'occurrence les distinctions qui sont employées à maintes reprises dans les opérations de ces deux systèmes<sup>5</sup>. Comme K. Becker le dit, « *[in] this case, a - more or less stable - social structure evolves, which basically consists of what one can call patterns of meaning, interpretative schemes or cognitive codes* » (2005, 222).

Ce faisant, il nous permettra d'exposer la part de ces savoirs sous-jacents aux propositions de réforme, dans les problèmes décelés dans certaines pratiques du droit criminel, comme le recours abusif à la prison. Dans cette conception, les pratiques punitives ne peuvent donc pas être réduites à un problème d'inapplication de la réforme ou de contexte sociopolitique. Il y a en effet, semble-t-il, une telle confiance dans le 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 », « conjoncturelles », etc., jamais au cadre lui-même. C'est comme si le droit criminel s'autoprotégeait d'un questionnement sur sa façon de concevoir et de mettre en pratique le droit de punir. Notre étude tente donc de questionner cette autoprotection. Observons maintenant comment les peines restrictives de droits ont été mises en forme et fondées dans la proposition des réformateurs. Nous verrons comment les théories de la peine les ont orientées à partir de la sélection de certaines distinctions au détriment d'autres.

## 2. POINT D'OBSERVATION EMPIRIQUE : LA RÉFORME PÉNALE DE 1984 AU BRÉSIL

En 1980, alors que le Brésil se préparait à sortir d'une période de dictature civile-militaire et à s'engager sur la route de la démocratie, le ministre de la Justice confia à la Commission responsable de l'étude et de l'élaboration de la partie générale du Code pénal, composée de juristes renommés et progressistes, la mission d'étudier et de proposer des changements dans la législation criminelle brésilienne. Depuis les années 1970 en effet, les débats sur la réforme du Code pénal brésilien étaient marqués par la perception d'une crise du « système pénitentiaire » et d'une crise de la prison (Teixeira, 2014). D'ailleurs, un peu partout dans le monde occidental dès 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 de la législation pénale (Foucault, 1975 ; Rothman, 1980). Au Brésil, la création de cette commission visait en particulier à chercher des solutions au problème de la surpopulation pénitentiaire. En s'interrogeant sur le recours abusif à la peine de prison, elle poursuivait deux objectifs : la réduction du recours à l'emprisonnement et la création de peines non carcérales. À la fin de son mandat, la Commission a présenté au gouvernement ses propositions de réforme, sous la forme d'un avant-projet de loi qui fut ensuite soumis sans changement au Parlement brésilien et adopté en 1984<sup>6</sup>.

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 sous le terme de « peines restrictives de droits ». Les réformateurs voulurent 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 « l'unisson du droit criminel ». Celui-ci se ramenait à la « constance de la prison comme réponse au crime ». 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 justifièrent ce projet de diversifier les types de peines en faisant valoir l'idée de la nécessité d'avoir un « système de peines à la carte ». Telle 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 l'obliger à opter pour la prison. Les réformateurs mentionnèrent d'ailleurs cette idée à plusieurs reprises, ce qui indique bien qu'ils la valorisèrent.

Cependant, en observant cette dernière grande réforme du Code pénal brésilien trente-quatre 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. Aujourd'hui, le Brésil est le troisième pays, après les États-Unis et

la Russie, avec le plus haut taux de population incarcérée par cent mille habitants (313 par 100 000), et a une population carcérale de 646 000 personnes. Comment pouvons-nous comprendre cette opportunité ratée, malgré les bonnes intentions des réformateurs ? La Commission se présentait elle-même comme ayant l'intention de proposer quelque chose de « différent », de modifier la trajectoire des choses. Comment penser cette réforme qui, malgré son intention, semble n'avoir pas réussi à transformer substantiellement la critique en changements législatifs innovateurs concernant les peines non carcérales ? Comment comprendre l'échec de ses ambitions ? Tout d'abord, nous prenons au sérieux l'objectif annoncé par les réformateurs de réduire le recours à la prison. Il ne s'agit pas de mettre en doute l'authenticité de cet objectif. 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'adoptons pas ici la distinction objectifs manifestes/objectifs latents et nous ne présumons pas 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. Comme nous le verrons, l'échec des ambitions de la Commission peut être compris par son attachement à certains savoirs sur la peine (notamment les théories de la peine telles que la rétribution et la dissuasion) qui bloquent de façon rigide la modération des peines et rendent quasiment obligatoire le recours à la prison. Une sorte de paradoxe pour la Commission qui visait justement à réduire l'incidence de la prison et à créer de nouvelles peines non carcérales. Nous avons repéré les textes de réflexion<sup>7</sup> sur les propositions de réforme de la Commission de juristes ainsi que leurs textes de propositions législatives dans leurs différentes versions. Nous avons également interviewé les juristes membres de la Commission de la réforme de 1984 encore vivants lors de notre recherche (N=4)<sup>8</sup>. Ce matériel fut ensuite réorganisé transversalement par une analyse thématique (Paillé et Mucchielli, 2003) suivie de l'analyse des citations par une méthode s'inspirant de la théorie de l'observation du sociologue allemand Niklas Luhmann (2002). Nous avons ainsi décortiqué l'opération d'observation sous-jacente à nos citations en identifiant les distinctions mobilisées par les réformateurs.

### 3. « UNE SOUFFRANCE EN PETITE EXTENSION » : LA MISE EN FORME LÉGISLATIVE DES PEINES NON CARCÉRALES

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, une caractéristique qui singularise le modèle législatif des normes de sanction adopté au Brésil jusqu'à nos jours (Machado, Pires et collab., 2009). La prison y demeura centrale et l'amende continua d'y occuper une place secondaire, voire marginale. Mais il fallait bien insérer de l'une ou l'autre façon les nouvelles « peines restrictives de droits ». Pour ce faire sans changer la partie spéciale du Code, les réformateurs proposèrent un mécanisme de substitution de la peine de prison par une peine

restrictive de droits. C'est ainsi que la prison continua à être dans les faits - et d'autant plus - 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, pouvait-il regarder du côté des peines alternatives. En résultante, ces dernières devenaient une sorte de « concession » faite à la peine principale de prison.

Les peines restrictives de droits furent ainsi conçues comme des peines substitutives **sous certaines conditions**. Voici l'article proposé par la Commission dans la dernière version de son avant-projet (Senado Federal, 1983, 5, notre traduction - *n.t.* ci-après) :

Art. 44. Les peines restrictives de droits sont autonomes et remplacent les peines privatives de liberté lorsque :

I – la peine privative de liberté appliquée est inférieure à 1 an ou si le crime est commis par négligence, imprudence ou impéritie ;

II – l'accusé n'est pas récidiviste ;

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.

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.

Cependant, dans la première version de l'avant-projet, la Commission présentait un texte différent. Dans cette 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 trois 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 arrivât au jugement que les peines restrictives étaient « nécessaires et suffisantes pour le cas ». 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 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 (Reale Junior, Dotti et collab., 1987, 380, *n.t.*).

La question que nous pouvons alors nous poser 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 ?

Dans le discours pour légitimer les nouvelles peines non carcérales, les réformateurs valorisèrent une définition de la punition qui, d'un côté, les aidait à faire passer ces nouvelles peines dans le droit criminel et de l'autre, les empêchait d'aller plus loin dans l'objectif qu'ils s'étaient donné. Il fallait ainsi construire une **forme** pour les peines non carcérales, qui fût susceptible de les faire accepter au sein des milieux juridique et politique. Leurs défis étaient multiples. Comment justifier la création de ces peines ? Comment justifier les conditions auxquelles elles seraient soumises ? Comment présenter la portée (réduite) qu'elles auraient dans la réforme ? 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 elles-mêmes ne fut entreprise. Tout d'abord, comme nous le verrons dans les extraits ci-dessous, il faut souligner que les réformateurs réalisèrent que les peines non carcérales apportaient un élément nouveau plutôt positif. Ils constatèrent en effet qu'elles favorisaient l'inclusion sociale plutôt que l'exclusion sociale comme le fait la prison. En plus, ils observèrent que les peines restrictives de droits maintenaient les liens sociaux de l'individu ou au moins étaient potentiellement moins nuisibles que la peine d'incarcération. Ils argumentèrent même que ces peines visaient le bien-être du condamné. 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 d'une souffrance, moins ces peines non carcérales étaient perçues comme appropriées.

Les extraits ci-dessous font bien ressortir les inquiétudes des réformateurs par rapport au futur du condamné, soulignant leur position sans doute opposée à l'incarcération. Mais ces extraits montrent également que les réformateurs conditionnèrent les peines restrictives de droits au fait qu'elles eussent un contenu de souffrance qui respectât avant tout la proportionnalité entre le crime et la peine. Penser à la proportionnalité entre le crime et la peine les amena à perdre de vue leur inquiétude par rapport aux conséquences négatives de la peine carcérale. Dans la citation qui suit, nous pouvons observer implicitement comment le statut de « peine **authentique** » (pour les peines non carcérales) dépendait d'abord de son contenu

afflictif. Son côté « positif » était en effet 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 de l'argent (Reale Junior, Dotti et collab., 1987, 141, *n.t.*) [Notre souligné].

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

Le travail communautaire est une peine et non un emploi. Il est une charge et non une source de revenus (...). 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 contact avec les personnes qui ont besoin de lui, en prenant conscience des difficultés d'autres personnes et de la société (Reale Junior, 1981, 141, *n.t.*) [Notre souligné].

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 » prend ici 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 (Dotti, 1998, 318, *n.t.*) [Notre souligné].

L'on constate dans ces extraits que le contenu afflictif était présenté comme un aspect inhérent à la peine criminelle et que celui-ci se devait d'être conservé par les autorités. 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 pourrons observer d'abord la place centrale occupée par la souffrance pour justifier

le recours à ces sanctions. Nous verrons aussi comment l'infliction de la souffrance reste une préoccupation centrale des réformateurs. Elle continua en effet à faire partie intégrante de leurs buts : réduire la prison sans cesser de faire souffrir le coupable de manière proportionnelle au délit. Le commissaire René Ariel Dotti fit souvent référence à la prestation de services à la communauté pour montrer comment la souffrance apparut dans le monde des peines restrictives de droits. Il insista ainsi sur la lourdeur des exigences qui devaient accompagner cette prestation. Pour lui, 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 de notre entrevue avec le commissaire Dotti :

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 [Notre souligné].

Comme nous pouvons voir dans cet extrait, le commissaire Dotti emploie la distinction « souffrance à grande extension/souffrance à petite extension » afin de montrer que les peines non carcérales étaient aussi capables d'infliger une souffrance. La prison, à son 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, suivant encore la distinction de Dotti, elles donnent lieu à une souffrance « moins étendue ». Notez que la notion d'*extension* (plutôt que d'*intensité*) est employée ici pour faire la différence entre deux familles de sanctions : celles qui représentent 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 - les peines restrictives de droits. 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 sa souffrance. En effet, selon cette logique, une peine de trois ans de prison est plus sévère qu'une peine de trois ans de travaux communautaires. De plus, rappelons que les réformateurs continuèrent à valoriser la différence (non existante dans les faits) entre « réclusion » et « détention », employée dans le Code pénal de 1940. Cette distinction veut différencier le régime de prison en « réclusion », plus sévère, du régime de prison en « détention ». Dans l'extrait ci-dessus, la justification des peines non carcérales resta donc fondée sur l'infliction d'une souffrance et le réformateur évoqua même la souffrance « suscitée par la procédure » et qui était subie pendant la période de

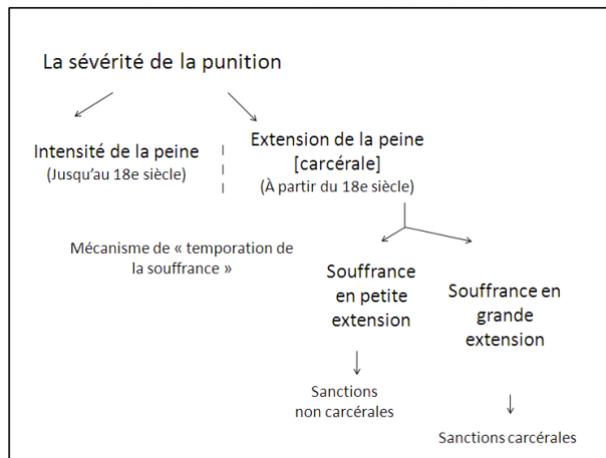
« présomption d'innocence », période qui ne relevait pas de la sanction proprement dite.

A. Pires et M. Garcia (2007) et A. Pires (2015) ont observé et décrit la mise en place au XVIII<sup>e</sup> siècle d'un nouveau mécanisme culturel pour observer et valoriser la « sévérité de la peine ». Selon ce mécanisme, la peine sévère **acceptable aux yeux de l'humanisme** devient surtout celle qui place et exprime la souffrance du coupable dans la dimension temporelle. Autrement dit, la sévérité exprimée au premier plan par l'intensité de la peine cède sa place dominante à la peine justifiée par son extension et sa durée. Mais, toujours selon ce mécanisme culturel, la préoccupation avec l'intensité ne disparaît pas complètement : elle passe seulement au second plan<sup>9</sup>. Parce que la dimension temporelle passe au premier plan devant l'intensité, la peine de prison à perpétuité (ou la peine d'incarcération de très longue durée) est présentée comme une peine dont la sévérité fait souffrir tout en respectant les principes de « l'humanisme ». C'est grâce à cette inversion entre extension et intensité que cette peine est 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, 1982). A. Pires et M. Garcia (2007, 326) ont baptisé ce mécanisme - en empruntant le néologisme à N. Elias - de « temporation de la souffrance » : la souffrance légitime du coupable est alors observée, dosée et mesurée dans le temps ou « par sa durée ». Selon les auteurs, ce mécanisme culturel de la « temporation de la souffrance » a été rendu institutionnellement possible avec l'avènement même de la prison (tel que décrit par Foucault, 1975). Ainsi, selon ce mécanisme, 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 d'emprisonnement à perpétuité 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 de la sorte l'ancienne place dominante de l'**intensité** dans la justification des peines et de leur sévérité.

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 étaient capables de communiquer l'infliction d'une souffrance proportionnelle. C'est cette caractéristique 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**. De ce fait, 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 devient à elle seule inappropriée ou insuffisante. En effet, trois mois de prison continuent à être perçus comme étant plus souffrants que six mois de travaux communautaires. En d'autres mots, 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 (milieu fermé et milieu ouvert), 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 communautaires est plus souffrante qu'une sanction de trois mois et la même chose vaut pour deux peines de prison de longueur différente. Parmi les peines non carcérales, la peine d'amende pourrait être moins sévère qu'une peine de travaux communautaires dont « l'extension » serait plus grande. Cependant, dépendamment de la gravité du crime, seule la peine de prison reste « appropriée ». Si d'un côté, les peines restrictives de droits trouvent une place, de l'autre, elles sont indirectement disqualifiées, car elles ne s'appliquent pas à toutes les situations et doivent suivre une logique de proportionnalité entre la gravité du crime et la sévérité de la peine. Nous proposons la figure ci-dessous pour illustrer cet « accommodement » des sanctions non carcérales au système dominant d'idées sur les peines (la rationalité pénale moderne).

FIGURE 1  
LES TRANSFORMATIONS DANS LA REPRÉSENTATION DE LA SÉVÉRITÉ  
ET DANS LA HIÉRARCHIE DES SANCTIONS



Cette figure illustre bien comment la distinction du commissaire Dotti entre la souffrance en petite extension et la souffrance en grande extension 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. Notons que la notion de « gravité » dans le discours des réformateurs est un lieu commun tenu pour acquis et laissé sans réflexion. En effet, dans les documents de la Commission, nous n'avons trouvé aucun critère pour indiquer ce qui va caractériser la gravité.

De plus, comme ils l'ont argumenté, la création et la justification des peines restrictives de droits devaient être faites sans affaiblir la « dignité du droit criminel ». Nous pouvons observer cette référence à la « dignité du droit criminel » dans les extraits ci-dessous. Le caractère punitif et afflictif de la sanction criminelle semble être associé à une certaine représentation de la « dignité du droit criminel » - nous nous trouvons ici sur le plan des **autoportraits** du droit criminel.

La reformulation du système de peines s'imposait. La peine est châtement, 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 (Reale Junior, Dotti et collab., 1987, 129, *n.t.*) [Notre souligné].

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 criminel [Notre souligné] (Reale Junior, 1981, 141, *n.t.*) [Notre souligné].

Selon A. Pires (2015, 23), la manière de concevoir la dignité du droit criminel réfère 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. Cette manière de lier la dignité du droit criminel au caractère afflictif était en effet une sorte d'adoption et d'adaptation de l'une des représentations de la punition divine. 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. Partant, la « dignité de Dieu » était devenue ici la « dignité du droit criminel » (Pires, 2015).

Cependant, comme l'a souligné A. 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 optique, la dignité divine « 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, 23). Comme l'explique ce même auteur : « Dieu n'est **juste** que parce qu'il est à la fois

juste et bon » (2015, 23). Il s'agit d'un **modèle de justice-avec-bienveillance** qui s'oppose à ce **modèle de justice stricte et proportionnelle**, exprimé du reste par la construction de la dignité du droit criminel chez les réformateurs. Dans cette autre représentation, il est tout aussi instructif de voir que la dignité de Dieu n'est pas attachée au caractère hautement répressif ou afflictif de sa justice, que de constater que ce modèle ne fut pas retenu par le droit criminel. Les réformateurs valorisèrent l'ancienne conception dominante et plus répressive adoptée par le droit criminel depuis le XIII<sup>e</sup> siècle. Soulignons-le, 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 à quel point 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 construisirent ces sanctions à partir d'une définition substantialiste de la punition valorisant l'infliction de la souffrance, ainsi que des théories de la peine qui sont indifférentes à l'inclusion sociale du coupable (rétribution et dissuasion notamment). Ceci limita la réforme, notamment son objectif de réduire le recours à la prison.

#### EN CONCLUSION

Nous voulions avec ce chapitre attirer l'attention sur un aspect du rapport que nous pouvons forger entre savoirs et pratiques : celui de cadre de référence ou *pattern* de sens des pratiques sociales. Dans le cas de la Commission de juristes de 1980-1983 au Brésil, les peines restrictives de droits entraient dans la stratégie de substitution à la peine de prison. Et ce sont les théories de la peine, notamment la rétribution et la dissuasion, qui ont donné une forme concrète à leur mise en forme législative. Cette manière d'introduire les peines restrictives de droits valorisait encore trop le degré de souffrance de chaque peine en fonction du crime ou de la récidive. De plus, ces peines ont été soumises à des conditions très restrictives. Et ce sont bien les théories de la peine de la rétribution et de la dissuasion qui fondèrent 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 récidivistes ». Il révèle aussi l'influence cognitive de la théorie de la dissuasion sur les réformateurs : la récidive, selon ce cadre de référence, démontre que la peine antérieure n'a pas eu l'effet dissuasif escompté et qu'il est nécessaire, par conséquent, de punir davantage.

Le rôle de ces savoirs doctrinaires, notamment la rétribution et la dissuasion, dans les pratiques punitives, soit judiciaires, législatives ou correctionnelles, ne doit pas être négligé. Foucault dans « Surveiller et punir » (1975) a observé les savoirs sur la peine qui étaient sous-jacents à la réforme pénale proposée par des juristes comme

Beccaria au XVIII<sup>e</sup> siècle, notamment les théories de la dissuasion et de la rétribution. Cependant, l'auteur n'a pas observé le rapport entre ces savoirs et la pratique de la prison. Au contraire, il a parlé plutôt d'un écart entre les idées classiques (rétribution et dissuasion) et la prison et a ainsi perdu de vue que ces théories de la peine fondent aussi la pratique de la prison et servent également de « cachots conceptuels » (Dubé, 2014) à cette pratique. Notre texte a montré que l'habitude acquise de penser la justice criminelle en termes de rétribution et de dissuasion et de voir dans la sévérité de la sanction une expression des valeurs défendues conduisit les réformateurs brésiliens à perdre de vue un des objectifs essentiels de la réforme qu'ils visaient ou du moins à en réduire le poids. Ainsi, malgré la reconnaissance de la part des réformateurs du « problème du recours excessif à l'emprisonnement et de ses effets pervers », la prison a fini par être encore valorisée dans la législation. Les réformateurs attribuèrent leur impossibilité de faire mieux à la « nécessité de la prison » (Ministério da Justiça, 1983, 12). Nous avons en effet 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 fatalité de la prison transforma la critique de la prison en une sorte de bruit que les réformateurs furent incapables de décoder. Dans ce processus, le discours sur le besoin de « garder la prison » neutralisa la reconnaissance des problèmes posés, voire l'intention même de réduire le recours à cette peine de manière effective.

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 prison est une réaction dotée de caractéristiques fondamentales à la sanction et capable de rétribuer juridiquement le mal du délit et de prévenir son incidence (Dotti, 1998, 95, *n.t.*) [Notre souligné],

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 « prédécisionnelles » 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 que l'on prétend remplacer.

Pour observer les dimensions systémiques et culturelles de la rationalité pénale moderne, il faut, tout d'abord, avoir un outillage conceptuel qui permette l'observation des enjeux cognitifs de la reconstruction du droit criminel, lors par exemple 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 à notre « cadre de référence » : la théorie de la rationalité pénale moderne d'A. Pires. Il est important de le souligner, car un tel outillage a permis d'observer un type de problème qui serait autrement passé inaperçu. Il faut dire aussi que les réformateurs brésiliens de 1980 n'avaient pas cet outil à leur disposition à l'époque - la théorie n'avait pas encore été élaborée. Il est donc pas étonnant qu'ils aient eu de la difficulté à observer ce système d'idées et à le percevoir comme problématique.

### Notes

<sup>1</sup> Selon la cartographie des normes du droit criminel moderne construite par A. Pires à partir 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), les normes de sanction font référence 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 dix 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 ». Pour plus d'informations, voir Garcia (2002).

<sup>2</sup> Par cela, nous faisons référence à M. Foucault et son approche archéologique consistant à « penser le discours pour lui-même, sans référer en amont à des conditions politiques et sociales, ni à des conditions individuelles et conscientes de production » (Fontaine, 2017, 42).

<sup>3</sup> Ces peines restrictives de droits 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 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, cinq heures par jour dans un établissement proposant 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.

<sup>4</sup> Selon K. Becker, la théorie des systèmes sociaux de N. Luhmann peut être vue comme une théorie culturaliste qui s'approche des théories des pratiques sociales : « *It is exactly this theoretical building block in systems theory [le concept de distinction] that gives rise to a conceptual parallel to what other cultural theories describe as 'patterns of meaning', 'cognitive codes' or 'schemes of thought, perception and action'* » (Becker, 2005, 221).

<sup>5</sup> Pensons aux distinctions punition/réparation, relation crime-peine/autres relations, punition/impunité et justice/pardon (Pires, 2015, 23) employées dans les opérations du droit criminel. Ces distinctions disent beaucoup sur les sens de punition actualisés : en valorisant plutôt la première face de chaque distinction et en dévalorisant la seconde, la réparation n'est pas considérée comme une forme de sanction pénale ; la justice est associée à la relation proportionnelle entre le crime et la peine ; 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. ; et le pardon ou une autre sanction qui apparaît moins sévère est vu comme une forme « d'impunité ».

<sup>6</sup> Il est certain que les réformateurs ont anticipé parfois certaines difficultés et adapté 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.

<sup>7</sup> Ces documents ont été trouvés dans les livres et les articles publiés par les membres de la Commission pendant la période de son activité (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.

<sup>8</sup> Nous avons interviewé le ministre de la Justice de l'époque qui créa la Commission, Dr. Ibrahim Abi-Ackel, et trois juristes membres, Dr. Miguel Reale Junior, Dr. Rene Ariel Dotti et Dr. Jair Leonardo Lopes. Les entretiens ont duré environ deux heures et le type d'entretien que nous avons utilisé fut l'entretien semi-directif réflexif (voir Pires, 2004). 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.

<sup>9</sup> Dans la réforme brésilienne de 1984, le registre de l'intensité apparaît dans la distinction réclusion/détention existant déjà dans le Code de 1940. Cette distinction veut différencier deux régimes de peines de prison : les conditions plus (réclusion) ou moins dures (détention) d'incarcération (« intensité ») continuèrent à être valorisées dans une moindre mesure ou au second plan. Les réformateurs justifient le maintien de la distinction réclusion/détention de la manière suivante : « 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 » (Reale Junior, Dotti et collab., 1987, 35-37, *n.t.*).

## Références

- BECKER K.H. (2005). Luhmann's Systems Theory and Theories of Social Practices, dans Seidl D. et K.H. Becker (Ed.), *Niklas Luhmann and Organization Studies*, Copenhagen : Liber & Copenhagen Business School Press, 215-247.
- DOTTI R.A. (1998). *Bases alternativas para o sistema de penas*, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais.
- DUBÉ R. (2014). Michel Foucault et les cachots conceptuels de l'incarcération : une évasion cognitive est-elle possible ?, *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], XI, <https://journals.openedition.org/champpenal/8720>.
- FONTAINE M. (2017). *Michel Foucault, une pensée de la résistance*. Thèse de doctorat en philosophie, Université Bourgogne Franche-Comté, France.
- FOUCAULT M. (1975/2008). *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris : Gallimard.
- GARCIA M. (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.
- GAVAZZI G. (1967). *Norme primarie e norme secondarie*, Torino : G. Giappichelli, Memorie dell'Istituto giuridico, Università di Torino.
- GOFFMAN E. (1991). *Les cadres de l'expérience*, Paris : Minuit.
- HART H.L.A. (1961). *Le concept de droit*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.

- HUDSON B. (2003). *Understanding Justice. An Introduction to Ideas, Perspectives and Controversies in Modern Penal Theory*, Buckingham : Open University Press.
- LUHMANN N. (2002). *Theories of distinction : redescribing the descriptions of modernity*, Stanford : Stanford University Press.
- LUHMANN N. (2000). *Art as Social System*, Stanford : Stanford University Press.
- LUHMANN N. (1988/2006). Cognition as Construction, dans Moeller H.-G. (Ed.), *Luhmann Explained. From Souls to Systems*, Chicago : Open Court, 241-260.
- MACHADO M.R., PIRES A.P., FERREIRA C. et P. SCHAFFA (2009). A complexidade do problema e a simplicidade da solução : a questão das penas mínimas, Brasília : Ministério da Justiça, *Série Pensando o Direito*, 17, 1-71.
- MILLS C.W. (1940). Situated Actions and Vocabularies of Motives, *American Sociological Review*, 5 (6), 904-913.
- 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.
- MOELLER H.-G. (2006). *Luhmann Explained. From Souls to Systems*, Chicago : Open Court.
- PAILLÉ P. et A. MUCCHIELLI (2003). *L'analyse qualitative en sciences humaines et sociales*, Paris : Armand Colin.
- PIRES A.P. (2015). L'adoption intersystémique des énoncés de sens : le concept de punition en matière criminelle, dans Sosoe L.S. (Ed.), *Le droit - un système social. Un commentaire coopératif de Niklas Luhmann*, Zurich - New York : Georg Olms Verlag, *Europaea Memoria*, 233-278.
- PIRES A.P. (2013). Postface : Naissance et développement d'une théorie et ses problèmes de recherche, dans Dubé R., Garcia M. et M.R. Machado (Eds.), *La rationalité pénale moderne : réflexions théoriques et explorations empiriques*, Ottawa : Presses de l'Université d'Ottawa, 289-323.
- PIRES A.P. (2004). La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes sociaux ?, dans Kaminski D. et M. Kokoreff (Eds.), *Sociologie pénale : système et expérience. Pour Claude Faugeron*, Ramonville Sait-Agnès : Érès, 173-198.
- PIRES A.P. (2002). Codifications et réformes pénales, dans Mucchielli L. et Ph. Robert (Eds.), *Crime et sécurité. L'état des savoirs*, Paris : La découverte, 84-92.
- PIRES A.P. (1998). Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne, dans Debuyst C., Digneffe F. et A.P. PIRES (Eds.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles : De Boeck Université, 1-52.
- PIRES A.P. (1991). Éthiques et réforme du droit criminel : au-delà des philosophies de la peine, *Ethica*, 3(2), 47-78.
- PIRES A.P. (1982/2012). Les peines radicales : construction et 'invisibilisation' d'un paradoxe, dans Mereu I., *La mort comme peine*, Bruxelles : Larcier, 7-47.
- PIRES A.P. et F. ACOSTA (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*, 16(2), 8-39.
- PIRES A.P. et M. GARCIA (2007). Les relations entre les systèmes d'idées : droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort, dans Cartuyvels Y., Dumont H., Ost F., Van De Kerchove M. et S. Van Drooghenbroeck (Eds.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles : Bruylant - Facultés universitaires Saint-Louis, 291-336.

- PIRES A.P., CELLARD A. et G. PELLETIER (2001). L'énigme des demandes de modifications législatives au Code criminel canadien, dans Bonastra Q. (Ed.), *Régulation et Gouvernance. Le contrôle des populations et du territoire en Europe et au Canada. Une perspective historique*, Barcelona : Universitat de Barcelona, 195-217.
- RAUPP M. (2015). *La réforme pénale de 1984 au Brésil : pourquoi est-il si difficile de réduire le recours à l'incarcération*. Thèse de doctorat, Département de Criminologie, Université d'Ottawa.
- REALE JUNIOR M. (1981). Penas Restritivas, Anais do Seminário sobre reforma penal, Goiânia, 16-19 de junho de 1981, *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, 5 (1-2).
- REALE JUNIOR M., DOTTI R.A., ANDREUCCI R.A. et S.M. PITOMBO (1987). *Penas e medidas de segurança no novo código*, Rio de Janeiro : Forense.
- ROTHMAN D.J. (1980/2002). *Conscience and Convenience. The Asylum and its Alternatives in Progressive America*, New York : Aldine de Gruyter.
- SEIDL D. (2005). The Basic Concepts of Luhmann's Theory of Social Systems, dans Seidl D. et K.H. Becker (Eds.), *Niklas Luhmann and Organization Studies*, Copenhagen : Liber & Copenhagen Business School Press, 21-53.
- SENADO FEDERAL (1983). *Código penal – parte geral, projeto de lei n. 1656 de 1983 : quadro comparativo*, Brasília : Subsecretaria de edições técnicas.
- TEIXEIRA A. (2014). Políticas penais no Brasil contemporâneo : uma história em três tempos, *Revue ORDA – L'Ordinaire des Amériques*, 216, 1-12.