

Actes du colloque

Équipe
de recherche
sur la pénalité



Centre International de
Criminologie Comparée

Montréal,
5-6-7 décembre 2007

Le juge, le pénal, l'hérésie:

Françoise Vanhamme
fvanhamm@uottawa.ca

RÉSUMÉ *La recherche doctorale présentée ici se situe dans le courant du sentencing. Elle problématise la persistance du modèle rétributif et de la peine d'emprisonnement, le manque d'essor des peines dites alternatives et l'allongement des peines. Prenant pour position que la décision judiciaire pénale est un processus qui s'ancre dans un contexte interactionnel, organisationnel, institutionnel et social, la recherche veut comprendre la construction de la décision de la peine dans le contexte du quotidien des magistrats du siège. S'appuyant sur huit mois d'observation dans deux tribunaux correctionnels de première instance de Belgique, la thèse construit un modèle de la décision de la peine et de sa régulation. Ce modèle intègre les constats de type macrosociologique qui ont été produits sur le sujet et permet de comprendre les logiques qui freinent ou favorisent le changement dans le choix et la durée des peines.*

MOTS CLÉS *Détermination de la peine, tribunaux, pénologie.*

SUMMARY *The doctoral research presented concerns the area of sentencing. It conceptualizes the persistence of the retributive model and the sentence of imprisonment, the unpopularity of alternative sentencing, and the actual lengthening of sentences. In framing the judicial penal decision as a process that is interactional, organizational, institutional and social, the research attempts to understand the development of the sentencing decision as a part of the daily work of the judge on the bench. Based on eight months of observation in two Belgian correctional tribunals of the first instance, the thesis constructs a model describing sentencing decisions and their regulation. This model integrates macrosociological findings on the subject and allows us to understand the reasoning that resists or promotes change in the choice and duration of sentences.*

KEYWORDS *Sentencing, courts, penology.*

RESUMEN *La investigación doctoral que aquí se presenta se ubica en la corriente del sentencing. Se problematiza la persistencia del modelo retributivo y de la pena de prisión, la falta de desarrollo de las sanciones llamadas alternativas y la prolongación de las penas. Asumiendo como posición que la decisión judicial penal es un proceso que se da en un contexto interaccional, organizacional, institucional y social, la investigación busca comprender el proceso de toma de decisiones sobre las penas en el contexto de la cotidianeidad de los magistrados responsables. Con base en ocho meses de observaciones en dos tribunales correccionales de primera instancia en Bélgica, la tesis construye un modelo de la decisión de la pena y de su regulación. Este modelo integra las constataciones de tipo macrosociológico que se generaron sobre el tema y permite comprender las lógicas que obstaculizaron o favorecieron el cambio respecto de las opciones y la duración de las penas.*

PALABRAS CLAVE *Determinación de la pena, tribunales, penología.*

*Françoise Vanhamme est
professeure adjointe au
Département de criminologie
de l'Université d'Ottawa*

À la recherche de la rationalité de la peine

Repenser les peines conduit à s'interroger sur leur application. Bien que la détermination de la peine soit un processus qui implique, outre les dispositions législatives, les différents stades de la réaction pénale, la recherche exposée ici s'est intéressée au stade spécifique de l'application des peines qu'est celui du jugement. Pour comprendre les conditions d'un changement dans le *sentencing*, la question générale a porté, à revers, sur la permanence dans les peines (persistance du modèle rétributif et de la peine d'emprisonnement, manque d'essor des peines alternatives à la privation de liberté) et sur leur dynamique (l'allongement des peines prononcées).

Souvenons-nous d'emblée que la mise en œuvre d'une réforme en *sentencing* dépend plus du contexte, de l'organisation du travail et des acteurs que d'une loi ; les propres objectifs et routines d'une organisation peuvent en effet dévier et miner les effets auxquels tendrait une réforme (Cicourel, 1981 : 65-67 ; Ulmer, 1997 : 5 ; Vanhamme et Beyens, 2007 : 216). Plus largement, nous considérons aussi le *sentencing* comme une pratique sociale qu'il faut relier à la pénalité, comprise comme institution sociale historicisée, elle-même enracinée dans les formes culturelles et les évolutions sociétales et avec lesquelles elle interagit (Henham, 1998 : 592-610 ; Beyens, 2000 : 462-467 ; Campbell, 2002 : 139 ; Tata, 2002 : 412-413 ; Hutton, 2006 : 155-174).

L'intérêt pour une approche qualitative contextualisée s'en trouve validé. Dès lors, la question empirique de notre recherche a été posée comme suit : *comment le juge pénal décide-t-il de la peine dans son contexte d'action ?*

La perspective que nous avons adoptée est ethnométhodologique, et plus précisément sociocognitive. Elle vise à comprendre la fabrique de ce fait social qu'est la décision de la peine en tant que traitement contextualisé de l'information. La sociologie cognitive examine en effet comment les gens, en situation, sélectionnent, interprètent l'information pour identifier et donner sens à la situation puis, en catégorisant ce qui est en jeu dans celle-ci, décident par induction de la norme à appliquer et, partant, de la conduite à tenir (Cicourel, 1979 : 18-19). Dit autrement, la recherche a voulu ouvrir la boîte noire du processus décisionnel pour comprendre les logiques pratiques du juge dans son contexte d'action, dans le but d'élaborer un modèle en compréhension qui montre la rationalité de la peine.

Pour comprendre ces logiques pratiques, nous avons passé huit mois comme stagiaire auprès de dix juges correctionnels, dans deux tribunaux de première instance de Belgique, c'est-à-dire dans un système juridique romano-germanique. Le matériau recueilli constitue une base de données de plus de 1 300 fiches, dont l'analyse a permis de dégager le modèle ci-dessous qui sera présenté en deux temps, vu la complexité du processus décisionnel : le sens de la peine, puis sa détermination. Différentes pistes de réflexion qui s'en déduisent peuvent alimenter la thématique du présent atelier « Repenser les peines ».

Le sens de la peine

Pour décider et individualiser la peine, le juge navigue dans un flou théorique et légal (Beyens, 2000 : 320). Toutefois, le contexte du processus décisionnel est macrostructurant : il favorise en effet l'attribution d'un sens normal à la peine.

La position du juge dans la procédure et le principe même de saisine du tribunal mènent le magistrat à appréhender les situations dont il est saisi en termes de délinquance, d'infraction (commise ou non) et (le cas échéant) de sanction. La forme du droit pénal, elle, incite à limiter le raisonnement aux éléments constitutifs de l'infraction, ce qui favorise la décontextualisation de l'affaire traitée et, dans le même temps, une lecture

en termes de responsabilité individuelle. Appuyé en outre par les arguments moraux du réquisitoire, un glissement s'opère ainsi vers la question de la responsabilité morale du prévenu. La personne de celui-ci se retrouve au cœur du processus décisionnel et est lue en termes de délinquance, de responsabilité et de moralité.

Mais le contexte oriente aussi cette lecture dans un sens négatif. La procédure écrite, les différents documents du dossier et la très fréquente multiplicité des préventions créent les conditions qui mènent à attribuer un fort pouvoir de conviction au dossier, ce qui en miroir nuit à la crédibilité de la parole du prévenu. C'est ce que nous appelons l'« effet dossier ». De plus, la centralité du procureur du Roi dans les interactions d'audience focalise les débats et les raisonnements sur ses arguments axés sur la défense de la société et sur la censure morale et pénale du justiciable. Il en résulte une *inégalité* structurelle des armes entre les parties.

De la sorte, ces éléments du contexte judiciaire et juridique orientent la nature du problème à résoudre pour le juge. La question qu'il est amené à se poser en devient : *le prévenu est-il dangereux ?* Il est intéressant de constater qu'une telle orientation contextuelle du problème à résoudre actualise la rationalité pénale moderne conçue sur un mode hostile et négatif (Pires, 2001 :184).

La question implique d'établir un diagnostic social du prévenu et le lien entre sa réponse et la peine est orienté par l'organisation dans laquelle elle est posée.

Le monde judiciaire considère que le jugement réaffirme les valeurs de la société et exprime sa mission de maintien de l'ordre social. Toutefois, dans la logique de ce monde, « dire la justice » relève de la compétence exclusive des magistrats du siège ; un juge s'identifie à la justice. Il agit comme il estime avoir à le faire, indépendamment des réactions du public et de ses attentes. La distance entre les corps social et judiciaire, déjà évoquée par d'autres auteurs (Versele, 1979 : 220-228 ; Robert *et al.*, 1975 : 80-81), exprime cette appartenance à un corps social spécifique différent du reste de la société, centré sur sa rationalité propre. Dans ces conditions, réaffirmer les valeurs et exprimer la réprobation sociale au nom de la société apparaît comme un acte professionnel, symbolique, à sens unique et la référence à la société est un élément de l'univers symbolique de légitimation de ce monde.

Ce monde est aussi très hiérarchisé ; il fonctionne sur le mode du contrôle et de l'autocontrôle. Comme en contrepartie, un réseau informel de communication s'y développe. Il est vecteur de socialisation professionnelle, véhicule le « *tacit knowledge* », la connaissance des « bonnes pratiques » en cours au tribunal, dont les tarifs de peine par exemple (Beyens, 2000 : 325). Toutefois, il informe aussi sur les pratiques des autres membres et de ce fait exerce une pression informelle à la conformité. Ces propriétés induisent une forte logique d'affiliation et confortent la focalisation sur la rationalité interne de l'organisation.

Ces éléments mettent en exergue un objectif d'autovalorisation prégnant, une primauté d'attention pour les résultats que le monde judiciaire recherche pour lui-même et pour ses membres ou, dit autrement, une prépondérance de ses buts de système sur ses missions (Mintzberg, cité dans Nizet et Huybrechts, 1998 : 35). Il en résulte qu'une fonction de la peine est la confirmation du pouvoir judiciaire lui-même, qui exprime par cette voie son caractère d'institution dotée du pouvoir étatique. Il est intéressant à constater que même si les fonctions sont différenciées, cette finalité converge avec celle du ministère public, ce qui contribue à occulter la centralité de l'organe de poursuite dans le processus décisionnel.

Le sens de la peine, enfin, est influencé par le fait que les juges ne croient que peu que la peine puisse traiter, amender ou intimider pour prévenir la récidive. Et c'est à partir de la logique pénale et libérale de la responsabilité qu'ils vont se dédouaner de ces doutes : ils reportent la responsabilité de l'effet de leur décision sur le justiciable.

Ces différentes propriétés du contexte, et leurs effets, sont intégrés en un sens « normal » de la peine. C'est d'une part, et en fonction du diagnostic social qui sera établi, une « leçon » donnée magistralement sur l'ordre social à respecter. Et c'est d'autre part une communication expressive de la puissance de la justice.

Ce double sens converge vers une affirmation, un « *statement* », à propos de la nature « hérétique » du justiciable. « Hérétique » par analogie à l'accusation d'insoumission aux prescrits de l'Église catholique, et au sort de ceux qui en étaient accusés et traités par l'Inquisition d'ennemis de l'intérieur, dépourvus de crédibilité et risquant des mesures d'hostilité et d'infamie.

La détermination de la peine

Pour arriver à déterminer une peine conforme à ce double sens, le juge va mettre en œuvre deux procédés. Il établit la peine appropriée à la situation puis il négocie la peine « suffisamment acceptable ».

À la lecture du dossier, le juge s'est forgé une première impression de la gravité des faits poursuivis. À ce stade, une de ses catégorisations a été légale : le magistrat se réfère ici aux peines qui sont associées en droit aux incriminations ; elles indiquent la gravité pénale. Rappelons que si toutes les recherches ont souligné l'importance de la gravité des faits dans la décision, elles soulignent aussi le flou de la notion qui dépasse le simple cadre juridique objectif (Beyens, 2000 : 38). La seconde catégorisation est sociopolitique ; elle se fonde sur une appréciation des faits en cause en tant que problématique communautaire, que danger social ; ici, c'est la « violence » qui apparaît au sommet de l'échelle de gravité d'un fait.

Mais aucune de ces évaluations de gravité n'apporte de consistance à la compréhension des peines infligées ni à leur disparité. La procédure qui permet d'éclairer ces questions, c'est l'évaluation pratique de la « gravité sociale de la délinquance du justiciable ».

Tout en testant la double évaluation de gravité pénale et sociopolitique à l'audience, le juge établit progressivement un diagnostic social (*supra*). Celui-ci consiste en une interprétation de la manière dont le prévenu assume (actuellement) la gravité pénale et sociale des faits (passés). Et ce procédé tend à discerner des traits permanents de personnalité (pour le futur). Les estimations de gravité pénale et sociale des faits se trouvent relues au travers de cette lentille interprétative. Et c'est celle-ci qui va guider le choix de la peine.

De la catégorisation de la gravité sociale de la délinquance du justiciable qui en émerge se déduit en effet une norme, un niveau de réprobation. Un type et une durée de peine de principe y sont associés en fonction du « *tacit knowledge* » en cours au tribunal, lui-même relativement modulé par l'orientation personnelle du juge sur les peines en général et la notion d'*ultima ratio* pour l'emprisonnement en particulier. Parmi les qualifications proposées par les parties, la fourchette de peine qui s'associe à l'une d'entre elles correspond relativement bien à la peine de principe que le juge estime appropriée. Il optera pour celle-ci pour autant qu'il puisse la soutenir juridiquement. Rappelons à ce propos qu'une qualification est une interprétation (Nonn, 1991 : 52).

Il faut souligner que cette procédure renverse le raisonnement juridique classique selon lequel, d'abord, un fait correspond à une qualification et ensuite, la fourchette de peine qui s'y associe traduit la gravité pénale et sociale de *l'acte*. Mais dans le même temps, elle permettra de soutenir que le fait a été réprimé en fonction de sa gravité pénale et sociale puisque la qualification, arrêtée en fin de processus, s'ajuste à la réprobation estimée adéquate à la gravité de la délinquance du justiciable. Ce procédé est donc légal au sens où il s'appuie, en fin de processus, sur une qualification. Il est aussi légitime pour le juge, puisqu'il se fonde sur la finalité de préservation de l'ordre social. Il fait de la sorte la synthèse entre le diagnostic social et l'expression de la puissance de la justice à affirmer l'ordre social.

Il permet enfin de comprendre les disparités entre les peines : celles-ci se construisent dans des différences entre des interactions et des personnes, et non pas dans des différences entre des faits poursuivis, puisque ceux-ci en perdent leur statut primordial pour la peine.

Ces différences trouvent leurs fondements dans l'organisation-même du procès pénal durant lequel le diagnostic s'élabore. Dans l'inégalité structurelle des armes entre les parties. Dans la limitation des informations que peut recueillir le juge, qui les complètera par des perceptions. Dans les compétences sociales, culturelles et intellectuelles du prévenu lors de sa comparution dont dépendront ses interactions, la qualité de sa défense et le cas échéant celle de son défenseur. Cette structure organisationnelle oriente donc l'issue de l'évaluation et, partant, la peine.

Du diagnostic a émergé une peine de principe et celle-ci se profile à partir d'un double raisonnement dichotomique : octroi d'une faveur ou non et, dans ce dernier cas, emprisonnement ferme ou non.

La faveur-type, c'est la suspension du prononcé de la condamnation. La peine autonome de travail s'intègre à la même logique, mais il faut signaler qu'elle est récente et, de ce fait, ce statut actuel de faveur pourrait changer au fil du temps et des pratiques.

Au-delà des conditions légales, une surcodification pratique s'est greffée à l'octroi d'une faveur. Elle doit être sollicitée et soutenue par des aveux et des regrets. Le justiciable doit avoir identifié une source de sa délinquance et démontrer qu'il l'a activement prise en charge. La faveur ne doit pas être uniquement destinée à éviter une inscription au casier

judiciaire. Et, du moins dans le cas de la suspension du prononcé de la condamnation, elle est accordée une fois et pas deux. Cette surcodification pratique cible les cas où la gravité sociale de la délinquance est estimée quasi nulle et où la réaction de la justice paraît suffisamment prise au sérieux. De ce fait, elle actualise le sens de la peine.

Dans les autres situations, c'est la peine d'emprisonnement qui sera prononcée, toujours dans la logique de ce sens de la peine. La peine ferme s'applique dans deux cas de figure. Soit elle est comprise comme neutralisation, quand la gravité sociale de la délinquance est estimée alarmante, soit elle est appliquée comme aboutissement d'une gradation dans les peines, quand la réaction pénale n'a pas été prise au sérieux de façon successive. Hors faveur et peine ferme, c'est un emprisonnement avec sursis qui sera prononcé.

À ce stade du processus décisionnel, le *quantum* précis de la peine va être négocié entre les exigences explicites et implicites du réquisitoire, les sollicitations de la défense (selon ses compétences) et les nécessités de garantir la prise au sérieux de l'institution judiciaire, problème soulevé notamment par la détention préventive (que le juge va couvrir). En somme, la peine décidée revient à une peine suffisamment acceptable pour le juge. Hors faveur, le calcul de la partie ferme de la peine suit alors différentes stratégies destinées à éviter l'appel de la poursuite et se fait sur la base de l'anticipation de l'exécution présumée des peines.

Conclusion

Au cœur de la peine, ce ne sont pas les faits qui ont été trouvés, mais l'évaluation de la gravité sociale de la délinquance, la mesure de l'hérésie du justiciable. Ce constat ne s'insère pas dans le modèle rétributif centré sur l'acte et la faute, mais plutôt dans celui de la défense sociale dont le point focal est la dangerosité et le maintien de l'ordre dominant (Prins, 1986/1910). Toutefois, l'approche sécuritaire soutenue par Prins est nettement atténuée puisque, en suivant le raisonnement des juges, sept condamnés sur dix resteraient ou retrouveraient rapidement la liberté. Cette logique d'action n'empêche pas la puissance de l'institution judiciaire de s'exprimer dans la peine prononcée. Repenser les peines appellerait à repenser cette fonction autoréférentielle.

Dans les jugements pris contradictoirement, la peine d'emprisonnement (ferme ou avec sursis) a été prononcée huit fois sur dix. Au-delà de l'inégalité structurelle des armes entre les parties, la

forme juridique contribue fortement à la maintenir comme la peine *allant de soi* : l'emprisonnement est en effet associé en droit aux incriminations, alors que ce n'est pas le cas pour les mesures ou peines qui sont considérées comme faveurs. La suspension est exposée dans une autre loi, et la peine de travail, dans une autre partie du code pénal ; de ce fait, toutes deux prennent un statut d'exception. Le rare octroi de celles-ci, régi en outre par une surcodification pratique qui dépasse le cadre légal, constitue une affirmation, un « *statement* », à propos de la nature « hérétique » du justiciable. L'entrave est donc aussi induite par une rationalité propre au monde et au pouvoir judiciaires. Repenser les peines appellerait à repenser la nature du lien entre ce corps de pouvoir étatique qu'est l'institution judiciaire et sa procédure d'évaluation du caractère d'insoumission du justiciable.

Ce manque d'essor dépend aussi du poids fondamental de l'organe de poursuite dans tout le processus. De même, l'allongement de la durée des peines prononcées peut y être lié, vu les calculs du juge face aux exigences du réquisitoire. Plus que le spectre d'une montée en puissance du judiciaire, d'un gouvernement des juges, cette centralité des procureurs ne soulève-t-elle pas celui d'une montée en puissance du ministère public ? Repenser les peines appellerait à repenser les interactions de pouvoir entre ces agences, et leur position dans la pénalité et dans la société.

Le pouvoir discrétionnaire apparaît certes fort important dans le processus décisionnel. Mais si ce pouvoir était davantage contrôlé sans que le contexte structurel ne soit modifié, l'interprétation du juge ne serait guidée que par celui-ci et la peine risque bien de n'en être que plus sévère. C'est ce que suggère l'évolution des peines dans les États qui ont instauré des matrices décisionnelles, notamment pour lutter contre ce pouvoir discrétionnaire. Notre recherche montre que l'environnement juridique, judiciaire et pénal en entier est impliqué dans ce qui se produit. En conséquence, dans la perspective d'introduire un nouveau modèle de justice, il ne suffit pas de modifier l'un ou l'autre élément du système : il convient de repenser tout cet environnement, dont la rationalité sociale qui a présidé à sa conception.

Références

- Beyens, K. (2000). *Straffen als sociale praktijk. Een penologisch onderzoek naar straftoemeting*. Bruxelles : VUBPress.
- Campbell, M. E. (2002). Sentencing reform in Canada: Who cares about corrections? In C. Tata & N. Hutton (éds.), *Sentencing and society* (139-156). Aldershot : Ashgate.
- Cicourel, A. V. (1979). *La sociologie cognitive*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Cicourel, A. V. (1981). Notes on the integration of micro- and macro-levels of analysis. In K. Knorr-Cetina & A. V. Cicourel (éds.), *Advances in social theory and methodology. Toward an integration of micro- and macro-sociologies* (51-80). Boston, London and Henley : Routledge & Kegan Paul.
- Garfinkel, H. (1967). *Studies in ethnomethodology*. Englewoods Cliffs, New Jersey : Prentice Hall ; (2007), *Etudes d'ethnométhodologie*, Paris : Presses Universitaires de France, Quadrige.
- Henham, R. (1998). Human rights, due process and sentencing. *British journal of criminology*, 38 (4), 592-610.
- Hutton, N. (2006). Sentencing as a social practice. In S. Armstrong & L. McAra (éds.), *Perspectives on punishment. The contours of control* (155-174). Oxford : Oxford University Press.
- Nizet, J., & Huybrechts, C. (1998), *Interventions systémiques dans les organisations. Intégration des apports de Mintzberg et de Palo Alto*, Paris, Bruxelles, De Boeck Université.
- Nonn, E. (1991). Significations et interprétations de la gravité des événements violents : le cas des voies de fait traités à la cour municipale de Montréal. *Criminologie*, XXIV (2), 31-55.
- Pires, A. P. (2001). La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique. *Sociologie et sociétés*, XXXIII (1), 179-204.
- Prins, A. (1986). *La défense sociale et les transformations du droit pénal*. Genève : Médecine et Hygiène, Coll. Classiques Déviance et Société, (éd. or. 1910).
- Robert, Ph. (Dir.), Faugeron, C., & Kellens, G. (1975). Les attitudes des juges à propos des prises de décision. *Annales du Droit de Liège*, 1-2, 23-152.
- Tata, C. (2002) Accountability for the sentencing decision process. Towards a new understanding. In C. Tata & N. Hutton, *Sentencing and society. International perspectives* (399-428). Aldershot : Ashgate Publishing Ltd.
- Ulmer, J. T. (1997). *Social worlds of sentencing. Court communities under sentencing guidelines*. Albany : State University of New York Press.
- Vanhamme, F. (2005). *La rationalité de la peine. Une approche sociocognitive des tribunaux correctionnels*. Thèse présentée en vue de l'obtention du grade de docteur en criminologie, Université Libre de Bruxelles, Faculté de droit, École des sciences criminologiques Léon Cornil, Bruxelles.
- Vanhamme, F. (2006). La rationalité de la peine. Une approche sociocognitive des tribunaux correctionnels. *Revue de droit pénal et de criminologie*, 86 (2), 154-167.

- Vanhamme, F., & Beyens, K. (2007). La recherche en *sentencing*. Un survol contextualisé. *Déviance et société*, XXXI (2), 199-228.
- Versele, S.-C. (1966). Une tentative d'approche socio-psychologique de la magistrature belge de première instance. In S.-C. Versele (1979), *Le droit et la justice Ecrits* (4, 171-229). Bruxelles : Université Libre de Bruxelles.

ⁱ La présente communication est une synthèse de la publication Vanhamme, F. (2006). La rationalité de la peine. Une approche sociocognitive des tribunaux correctionnels. *Revue de droit pénal et de criminologie*, février, 154-167.