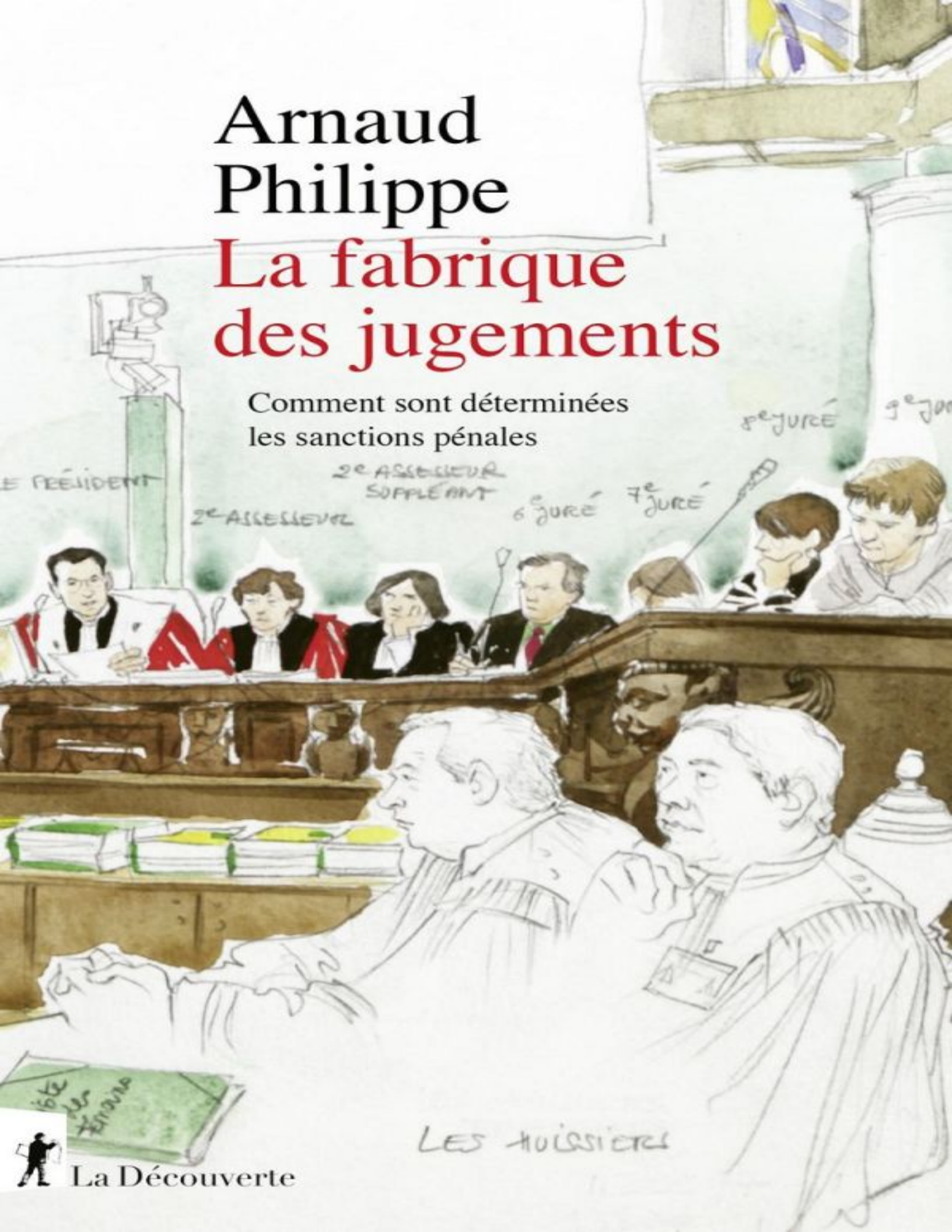


Arnaud Philippe

La fabrique des jugements

Comment sont déterminées
les sanctions pénales



LES HUISSIERS



La Découverte

Arnaud Philippe

La fabrique des jugements

Comment sont déterminées les sanctions pénales



Copyright

© La Découverte, Paris, 2022

ISBN papier : 9782348067983

ISBN numérique : 9782348068065

En couverture : dessin original de Noëlle Herrenschmidt, procès Papon, 11/12/1997, vue de la cour d'Assises © Mémorial de la Shoah, Paris (France) / Coll. Herrenschmidt

Ce livre a été converti en ebook le 27/01/2022 par Cairn à partir de l'édition papier du même ouvrage.

<http://www.editionsdecouverte.fr>

Cette œuvre est protégée par le droit d'auteur et strictement réservée à l'usage privé du client. Toute reproduction ou diffusion au profit de tiers, à titre gratuit ou onéreux, de tout ou partie de cette œuvre est strictement interdite et constitue une contrefaçon prévue par les articles L 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. L'éditeur se réserve le droit de poursuivre toute atteinte à ses droits de propriété intellectuelle devant les juridictions civiles ou pénales.

Présentation

Chaque année, plus de 600 000 personnes sont condamnées par la justice française. Leurs sanctions s'étalent de légères amendes à de lourdes peines de prison. Ces jugements font l'objet d'une exposition médiatique intense, de critiques nombreuses et d'évaluations contradictoires. La justice pénale est tour à tour qualifiée de laxiste, de discriminatoire et de partielle ; elle est accusée de s'acharner sur certains ou de représenter les intérêts d'un groupe ou d'une classe... Pourtant, cette défiance masque une relative méconnaissance des mécanismes de la décision judiciaire. Pour expliquer ses modulations, de nombreux paramètres sont évoqués. Parfois inconciliables, ceux-ci vont d'un légalisme strict – les juges ne feraient qu'appliquer la loi à la lettre – à un contextualisme absolu – les peines prononcées dépendraient de « ce que les juges ont mangé au petit déjeuner ».

À partir d'un travail de recherche inédit fondé sur l'analyse de vastes bases de données individuelles, en particulier le casier judiciaire national français, ce livre déconstruit les verdicts pour en analyser les déterminants. Comment l'avalanche de lois et les mesures prises par l'exécutif infléchissent-elles le travail des magistrats ? La justice est-elle rendue uniformément sur l'ensemble du territoire ? Est-elle influencée par l'actualité ou les caractéristiques des parties ? Quels biais sont susceptibles de

l'affecter ? Les critères des juges diffèrent-ils de ceux des citoyens ?

En répondant à ces questions fondamentales et en éclairant les relations entre le pouvoir politique et l'institution judiciaire, Arnaud Philippe nous permet d'envisager la « demande de sévérité » exprimée par les sondages et l'« inflexibilité » sécuritaire affichée par les élus sous un tout autre jour.

L'auteur

Arnaud Philippe

Économiste, enseignant-chercheur à l'université de Bristol. Après avoir travaillé en prison dans le cadre d'activités associatives, il a collaboré pendant huit ans avec le service statistique du ministère de la Justice français.

Table des matières

Introduction

Formalisme et réalisme juridique

Les économistes à l'assaut du droit pénal

Crimes et délits

Première partie. D'encre et de papier : les déterminants légaux et institutionnels des sanctions

Présentation

1. Définir le cadre

Les dix commandements (et quelques)

Choisir des sanctions

De l'hémicycle à la cour

2. Contraindre

Un démarrage pied au plancher

Toute la loi, pas plus que la loi

Un difficile maintien de la cohérence des décisions

Tout ça pour quoi ?

3. L'amont du procès

Contrôler les flux : la mise en place de la « politique du chiffre » en France

De la non-indépendance du parquet

Une incohérente cohérence

4. L'intendance suivra

De la cour à l'enceinte

Juger, c'est prévoir

Seconde partie. De chair et d'os : des décisions humaines

Présentation

5. Un homme dans la cité

Une société normée

Querelles de clochers

Le fracas du monde et le silence de la cour

6. Race, classe, genre

La justice est-elle aveugle à la couleur ?

Un paternalisme pénal ?

7. Dans la tête des juges

De regrettables erreurs de logique

Systématismes et biais cognitifs

Du passé (ne) faisons (pas) table rase

8. Choisir des juges, choisir ses juges

Le peuple crie-t-il vengeance ?

Splendeur et misère de la démocratie judiciaire

Conclusion

Des pouvoirs séparés mais imbriqués

Le juge, le politique et le citoyen

Des jugements sous influence

Quand les sciences sociales changent le monde
Pour le meilleur et pour le pire

Remerciements

Introduction

Prenons la France de 2013. C'est une année sans élection majeure. La vague d'attentats qui allait traumatiser le pays au milieu de la décennie n'a pas encore déferlé. Politiquement, l'agenda législatif est marqué par le vote de la loi sur le mariage pour tous et, fait rare depuis le début du ^{xxi}^e siècle, on ne dénombre presque aucune réforme pénale. Il y a seulement la « loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », dont l'effet sur l'équilibre général de la justice pénale en France a peu de chances d'avoir été notable. Bref, c'est une année normale, sous une présidence normale.

En 2013, un peu plus de 570 000 adultes ont été condamnés par les tribunaux français. Parmi eux, 300 000 n'ont reçu aucune peine de prison, tandis que 84 se sont vu condamner à plus de vingt ans de prison ferme. Pour être plus précis, et pour les amateurs de chiffres, le tableau page suivante synthétise les peines prononcées dont, à peu de chose près, la distribution est représentative de la structure des sanctions pénales depuis le milieu des années 2000.

Tableau 0.1 - Distribution des peines prononcées en France en 2013

	Nombre de personnes	Proportion
Pas de prison (ni prison ferme, ni prison avec sursis, ni sursis avec mise à l'épreuve)	302 600	52,5 %
Prison avec sursis mais pas de prison ferme	154 100	26,7 %
Prison ferme :		
total	119 900	20,8 %
0-1 mois	11 400	2,0 %
1-3 mois	34 500	6,0 %
3-6 mois	36 300	6,3 %
6 mois-1 an	20 600	3,6 %
1-3 ans	12 600	2,2 %
3-5 ans	2 200	0,4 %
5-10 ans	1 400	0,2 %
10-20 ans	700	0,1 %
plus de 20 ans	84	0,0 %

Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

La question que pose ce livre et à laquelle il entreprend de répondre est simple : pourquoi observe-t-on de tels écarts ? Pourquoi certaines personnes sont-elles envoyées en prison pour plus de vingt ans quand d'autres n'y mettent pas un orteil ? À première vue, la question semble idiote. Vous me répondrez sans doute que les plus sévèrement punies sont celles qui ont commis les faits les plus graves. Vous aurez raison. Les personnes condamnées à plus de vingt ans de prison ont, dans leur grande majorité, tué quelqu'un, tandis que celles

condamnées à zéro jour ont, pour la plupart, pris le volant en ayant trop bu (sans causer d'accident), conduit sans permis ou fumé du cannabis (sans en faire le trafic). Soit.

Cependant, la gravité du fait reproché suffit-elle à expliquer toutes les différences observées ? Rien n'est moins sûr. Pour un même délit, le « vol simple » par exemple, on constate toujours des écarts importants. 27 % des condamnés de 2013 ont reçu des peines de prison ferme, 27 % du sursis et le reste des amendes. Là encore, la gravité peut varier au sein de cette catégorie – du vol de lingots au vol de cacahuètes –, mais l'on n'a déjà plus affaire à une différence strictement codifiée par la loi. Et on peut même aller plus loin. Une catégorie telle que la conduite sans permis – pour laquelle, vous en conviendrez, on peut difficilement imaginer de grandes différences de gravité d'un délit à l'autre – laisse encore apparaître des écarts conséquents : 18 % des personnes condamnées pour ce motif ont été sanctionnées de peines de prison ferme et celles-ci se sont étalées de quelques jours à plusieurs mois...

En réalité, la gravité des faits n'est évidemment pas le seul paramètre pris en compte par un tribunal. Ni en pratique ni en théorie. Si les juridictions suivent le Code pénal, comme on l'attend d'elles, elles doivent déterminer « la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine » (art. 132-1). Lesdites fonctions sont, elles, définies quelques articles plus

haut : « sanctionner l’auteur de l’infraction » et « favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion », le tout « afin d’assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l’équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime » (art. 130-1).

En clair, selon le Code pénal, si les peines varient avec la gravité des faits, un ensemble de facteurs – personnalité de l’accusé, circonstances de l’infraction, vie familiale – peuvent en moduler la rigueur. C’est bien ce qu’on observe dans les décisions réelles. Pour reprendre l’exemple précédent, si, en 2013, 18 % des auteurs de conduite sans permis ont été condamnés à une peine de prison ferme, ils étaient seulement 5,5 % parmi les primo-délinquants contre 42,5 % parmi les récidivistes. Le facteur « récidive » est ici clairement un modulateur important. Et il y en a évidemment de nombreux autres. De même qu’il vaut mieux être riche et bien portant que pauvre et malade, il vaut mieux, face à une cour de justice, être une mère de famille bien insérée et primo-délinquante qu’un jeune homme célibataire marginal et récidiviste.

Est-ce là toute l’affaire ? Le Code pénal définit des infractions, des peines associées, un ensemble de modulateurs, et les jugements pondèrent ces paramètres ? Pour répondre à cette question, on peut faire le test : prendre l’ensemble des décisions de justice et essayer de prédire les peines à partir de tous les facteurs dont on dispose. En pratique, dans le cas français, il faut pour cela récupérer l’ensemble du casier judiciaire (extrait

et transformé en base statistique utilisable par l'Insee), qui permet de croiser entre elles un certain nombre de données :

- la nature des infractions commises (définies très précisément par plus de deux mille catégories) et leur nombre (chefs d'inculpation) ;
- les antécédents pénaux (nombre de condamnations passées, classement comme récidiviste) ;
- la nature des procédures (jugement en appel, comparution immédiate, personne présente au jugement, etc.) ;
- les caractéristiques sociodémographiques des auteurs (âge, sexe, nationalité) ;
- le lieu de condamnation (le département).

Il est alors possible de déterminer dans quelle mesure on peut prédire les peines effectivement prononcées. J'ai fait le test et j'arrive à comprendre environ 55 % de la variabilité ^[1]. Dit autrement, on peut facilement expliquer 55 % des différences entre les peines à partir de quelques variables observées et enregistrées dans les bases de données du ministère de la Justice.

D'un point de vue de statisticien, c'est beaucoup. Parvenir à appréhender une part aussi importante de la variabilité d'un phénomène avec un modèle aussi fruste est plutôt rare. D'un point de vue de « citoyen », en revanche, cela laisse encore 45 %

des écarts inexplicables, ce qui est un peu inquiétant quand il s'agit de décisions de justice. Faut-il comprendre que les peines sont, pour une petite moitié, déterminées de manière aléatoire ? Cela semble largement excessif. On peut d'ores et déjà identifier au moins deux bonnes raisons, autres que l'aléa, à ces fluctuations. D'une part, on l'a évoqué, la catégorie pénale ne suffit pas à totalement prendre en compte la gravité des faits. Un « vol simple » peut être petit ou gros, une « violence volontaire ayant entraîné une interruption temporaire de travail de plus de huit jours » peut induire un arrêt de neuf jours ou de deux mois, « la cession ou l'offre illicites de stupéfiants à une personne en vue de sa consommation personnelle » peut concerner un jardinier amateur vendant la production de trois plants de cannabis à ses copains ou le trafic d'un avatar de Pablo Escobar... D'autre part, certaines dimensions potentiellement importantes et explicitement mentionnées dans le Code pénal ne sont pas documentées dans la base du casier judiciaire, comme le fait, ou non, de mener une vie familiale, d'exercer un travail ou d'avoir un logement stable. Quel pouvoir explicatif ces sous-catégories de délit ou ces variables de contexte ont-elles ? Si on les prenait en compte, parviendrions-nous à passer de 55 % de la variabilité expliquée à 99 % ou seulement à 60 % ?

Formalisme et réalisme juridique

Voilà donc les données du problème. La question générale est de comprendre comment les peines sont déterminées par la justice pénale. Pour y répondre, on dispose de deux grandes classes d'explications.

La première renvoie aux lois, aux procédures, aux institutions. Elle a été résumée par Montesquieu décrivant les juges comme la « bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ^[2] ». C'est ce que les juristes appellent le « formalisme juridique ». En caricaturant à peine cette approche, il s'agit de considérer qu'une décision de justice est l'application stricte du Code pénal, du code de procédure pénale et, éventuellement, de la jurisprudence.

Même si l'on s'en tient à cette vision formelle de la justice, il reste beaucoup à expliquer. Au commencement, des infractions sont définies par les lois et des peines leur sont associées. Mais, d'une part, celles-ci sont sans cesse modifiées et, d'autre part, les catégories prévues sont relativement lâches. Dès lors, la façon dont ces textes contraignent les décisions réelles n'est pas forcément évidente. Les juges en suivent-ils tous les soubresauts ? Comment respectent-ils l'esprit des lois quand la lettre n'impose rien de précis (chapitre 1) ? Et même quand les textes se font impérieux, définissant des peines minimales, leur mise en application pratique ne laisse-t-elle pas une marge d'appréciation (chapitre 2) ? Les juges utilisent-ils les dérogations prévues ? Et, s'ils n'y recourent pas, adaptent-ils par ricochet toutes les sanctions afin de maintenir une

hiérarchie entre les infractions ou se focalisent-ils sur celles ciblées par les textes indépendamment des autres, au risque de rompre l'équilibre entre la gravité des faits et la sévérité des peines ? Laissent-ils les textes bouleverser leurs pratiques du jour au lendemain ou cherchent-ils à ménager des périodes de transition ?

Au-delà de la réforme ininterrompue du Code pénal, les décisions rendues ne sont pas seulement affectées par des lois mais aussi par des institutions et par des procédures. Les jugements n'interviennent qu'après une série d'actions entreprises par les forces de l'ordre, chargées d'arrêter des individus, et les procureurs, appelés à les poursuivre. Le comportement de ces agents et l'organisation de ces services pèsent probablement sur les décisions de justice, ne serait-ce qu'en déterminant le flux des affaires à juger et les caractéristiques des individus comparaissant (chapitre 3). En aval, les peines prononcées restent à appliquer. Les places en prison, les bracelets électroniques, les aménagements de peine étant en nombre limité, les magistrats peuvent avoir à prendre en compte les conséquences pratiques de leurs décisions en fonction de la disponibilité des dispositifs et des personnels (chapitre 4).

Même avec une vision formelle de la justice, le poids de ces différents facteurs reste à analyser. Mesurer leurs effets revient au fond à étudier la façon dont le pouvoir législatif – en édictant la loi –, le pouvoir exécutif – en fixant la répartition des moyens consacrés à la poursuite des délinquants et des criminels ainsi

qu'à l'exécution des décisions de justice – et le pouvoir judiciaire lui-même – en cherchant à assurer la cohérence de l'institution – déterminent ou, au contraire, échouent à déterminer les décisions particulières qui sont rendues. Ce sera l'objet de la première partie de ce livre.

La seconde classe d'explications, c'est l'aléa. Ou, plutôt, le particulier. Elle équivaut à considérer que, n'en déplaise à Montesquieu, les juges sont des êtres sociaux. Qu'ils vivent au sein d'une communauté d'individus qui, indépendamment de la loi qu'elle s'est donnée, se structure aussi autour de normes, de valeurs et de sensibilités susceptibles d'évoluer. Qu'ils vivent dans des sociétés historiques auxquelles il arrive divers événements. Que le contexte général dans lequel ils baignent peut entrer en résonance avec les faits jugés un jour particulier par un tribunal particulier (chapitre 5).

Cette seconde classe d'explications recouvre aussi le fait que les juges ne sont pas des êtres éthérés, pas plus que ne le sont les personnes qu'ils jugent. Que tous ont des caractéristiques propres et spécifiques : un âge, un genre, une origine ethnique ou géographique, un métier... Et que ces attributs peuvent peser sur l'issue d'un procès (chapitre 6).

Cette seconde classe d'explications englobe enfin le fait que les juges sont des humains, et donc des êtres imparfaits susceptibles d'erreurs, de biais ou d'automatismes de raisonnement (chapitre 7).

Ces mécanismes, tous liés aux circonstances des jugements et aux caractéristiques de ceux qui y participent, au-delà des lois et des institutions, relèvent de ce que les juristes appellent le « réalisme juridique ». Ils feront l'objet de la seconde partie de cet ouvrage.

Au terme de ces deux parties, nous aurons examiné un ensemble de facteurs susceptibles d'influencer les décisions de justice en matière pénale et nous en aurons mesuré les effets. Cependant, ces mécanismes ne sont pas fixes. Ils dépendent de la manière dont sont recrutés – sur concours, par tirage au sort, à l'issue d'une élection – et formés les juges. Dans un dernier chapitre, nous évaluerons l'incidence de ces processus, en termes de compétence, de représentativité et d'indépendance de la cour, sur les peines prononcées (chapitre 8).

Mais avant d'essayer de démêler les fils qui mènent à telle ou telle décision, avant de tenter d'en identifier les chaînes causales, les déterminants et les logiques, il convient de présenter la méthode déployée dans cet ouvrage et les ordres de grandeur des réalités étudiées.

Les économistes à l'assaut du droit pénal

Vous tenez entre les mains un livre d'économie. Pour être précis, il s'agit d'économie « empirique ».

Schématiquement, la façon dont les économistes dont je fais partie abordent un problème consiste à poser des hypothèses puis à imaginer des expériences permettant de les tester. Parfois, il est possible de créer une expérience et de collecter des données spécifiquement adaptées à la question de recherche. C'est ce que font, par exemple, Esther Duflo et Abhijit Banerjee, les fondateurs du laboratoire d'économie du développement J-Pal, dont les travaux sur la pauvreté ont été récompensés par le prix Nobel d'économie en 2019. Cette façon de procéder est méthodologiquement très convaincante mais coûteuse et difficile à mettre en œuvre. Dans certains contextes, cela pose également d'importants problèmes éthiques et, pour cette raison, peu d'expériences « randomisées » – ainsi qu'on appelle ces méthodes, inspirées des essais cliniques – sont utilisées pour étudier les décisions de justice.

Quand on ne peut concevoir de tels protocoles, on cherche des situations expérimentales survenues naturellement. On parle alors de « quasi-expériences » ou d'« expériences naturelles ». C'est la méthode sur laquelle est fondé ce livre. Le plus souvent, il s'agit d'envisager des situations permettant de comparer des groupes assez similaires, dont un seul est confronté à un « choc » qui modifie certains des paramètres qui nous intéressent. Prenons l'effet de la pauvreté sur la délinquance. Il s'agit d'une préoccupation importante et d'un enjeu politique majeur. Pourtant, le lien de cause à effet est plus difficile à

établir qu'il n'y paraît. Si les zones les plus pauvres sont celles où la délinquance est la plus présente, on peut penser que les mauvaises conditions économiques poussent les gens à chercher des moyens de subsistance illégaux. Mais on pourrait également envisager que la délinquance cause la pauvreté – les entreprises fuyant les zones de forte insécurité, le chômage y est endémique. Et l'on pourrait tout aussi bien avancer qu'aucun des deux phénomènes ne détermine l'autre, leur corrélation étant due à d'autres facteurs sous-jacents : failles dans le système d'éducation, faible cohésion sociale, etc. Ici, il est difficile d'imaginer une expérience où l'on rendrait des gens pauvres pour observer s'ils commettent davantage de délits. En revanche, des « expériences naturelles » permettent d'éprouver autrement l'hypothèse selon laquelle une dégradation des conditions économiques entraîne une hausse de la délinquance.

L'une d'entre elles, d'ordre historique, s'appuie sur la crise du phylloxéra qui a ravagé la vigne française à la fin du XIX^e siècle. Ce choc économique, inattendu, a entraîné un appauvrissement rapide de certaines campagnes, réduisant nombre de viticulteurs (comme celles et ceux dont l'activité économique dépendait d'eux) à la précarité. Arrivé en 1863 dans le Gard, le phylloxéra s'est progressivement étendu, année après année, à un nombre croissant de départements. La crise s'est arrêtée en 1890, avec l'importation de plants américains résistants. Comme dans une expérience médicale, pour tester un vaccin par exemple, on a ici un groupe témoin : les départements que le phylloxéra n'a jamais infestés, et un « groupe traitement » : les départements touchés ^[3]. À la différence des expériences

randomisées, ces groupes n'ont pas été créés par des chercheurs mais par des événements « naturels ». Si la pauvreté accroît la délinquance, on devrait voir le nombre d'infractions augmenter dans une zone, en comparaison des autres, précisément lorsque la peste végétale y survient. À l'aide de données historiques, Vincent Bignon, Ève Caroli et Roberto Galbiati ont pu tester cette hypothèse. Et, effectivement, ils trouvent que la délinquance augmente après l'arrivée du phylloxéra ^[4].

Dans cet exemple, l'expérience naturelle se situe à l'échelle du département mais on peut en trouver à toutes les échelles et pour répondre à toutes sortes de questions ^[5]. Pour étudier les décisions de justice, on en utilise classiquement deux types. Le premier nous est fourni par les réformes législatives ou les changements décidés par le pouvoir exécutif. On compare alors ce qu'il se passe lorsque les sanctions pour tel groupe de délits sont alourdies ou allégées, tandis qu'elles restent stables pour telle autre infraction similaire ; on mesure l'effet de l'introduction d'une nouvelle procédure ne pouvant être utilisée que sous certaines conditions ; on interroge l'incidence de la construction de telle ou telle infrastructure – prison, centre éducatif fermé, centre de suivi des bracelets électroniques, etc. – dans une ville et pas dans la localité voisine...

Le second type classique d'expériences naturelles s'appuie sur le fait que les affaires judiciaires sont fréquemment traitées par des juges, des procureurs, voire des avocats désignés de

manière plus ou moins aléatoire. C'est le cas, par exemple, quand un dossier est pris en charge par le magistrat de permanence au moment où la personne est arrêtée. Ou quand les délits sont examinés par ordre chronologique d'arrivée à la juridiction et que les juges siégeant tournent d'un jour sur l'autre. Dans de telles circonstances, on dispose d'une situation très intéressante puisqu'on peut alors comparer des individus en moyenne semblables mais étant passés devant des juges (ou des procureurs, ou des avocats) ayant des caractéristiques différentes : plus ou moins sévères, plus ou moins enclins à privilégier dans les peines qu'ils prononcent le port d'un bracelet électronique à l'incarcération... On a bien ainsi des « quasi-expériences » : deux groupes comparables, faisant face à des conditions différentes simplement parce qu'ils ne sont pas jugés exactement le même jour ou à la même heure.

De ces deux méthodes, seule la première peut être utilisée en France. En effet, l'identité des acteurs institutionnels et en particulier des juges, même codée par un numéro, n'est jamais renseignée dans les bases de données administratives. Il est même récemment devenu illégal de la collecter en vertu de la loi du 23 mars 2019 ^[6]. Heureusement, tous les pays n'ont pas la même défiance vis-à-vis de la recherche, et nombre d'avancées en économie de la justice ont été permises par la seconde méthode.

Pour étudier ces expériences naturelles – celles suivant les principes brièvement présentés ou d'autres –, il faut des données. Beaucoup, si possible. Dans le cas de la France, la

principale base sur laquelle les analyses qui vont suivre s'appuient est une extraction du casier judiciaire national, réalisé par la sous-direction de la statistique et des études (SDSE) du ministère de la Justice ^[7]. Concrètement, ce service, rattaché à l'Insee, recueille un ensemble de données sur chaque condamnation et les dispose dans un gros tableau. Chaque ligne correspond à une décision et, dans les colonnes, on trouve plusieurs types d'informations. Premièrement, les faits, classés très précisément. Deuxièmement, la juridiction de jugement (département, appel ou première instance, cour d'assises ou tribunal correctionnel) et la procédure. Troisièmement, les peines prononcées (prison, amende, etc.), le temps éventuellement passé en détention provisoire (c'est-à-dire avant le procès), ainsi que quelques indications sur la mise à exécution de la peine. Quatrièmement, l'identité (cryptée) de la personne sanctionnée – qui permet de reconstruire les antécédents judiciaires et d'identifier les éventuelles condamnations postérieures –, ainsi que quelques variables démographiques : date et lieu de naissance, nationalité, genre.

La plupart des pays collectent ce type d'informations avec quelques variations en termes de précision et de fiabilité. On en croquera beaucoup d'autres dans cet ouvrage, en particulier les données états-uniennes, nombreuses, facilement communiquées aux chercheurs, identifiant généralement les magistrats et souvent assez riches en précisions sociodémographiques. L'accès croissant à ces informations à l'échelle individuelle a permis le développement rapide de l'économie de la criminalité au cours des trente dernières

années et a ainsi enrichi un champ de recherche déjà fort dynamique grâce aux connaissances produites par les autres sciences sociales, en particulier la sociologie et l'anthropologie. Au-delà des questions spécifiques traitées dans les prochains chapitres, c'est aussi cette démarche et ses apports à la compréhension de la justice pénale en France et dans le monde que cet ouvrage entend présenter.

Crimes et délits

La France étant le principal terrain mobilisé, c'est le système pénal de ce pays sur lequel je voudrais maintenant donner quelques points de repère quantitatifs.

Pourquoi sont-ils sanctionnés ?

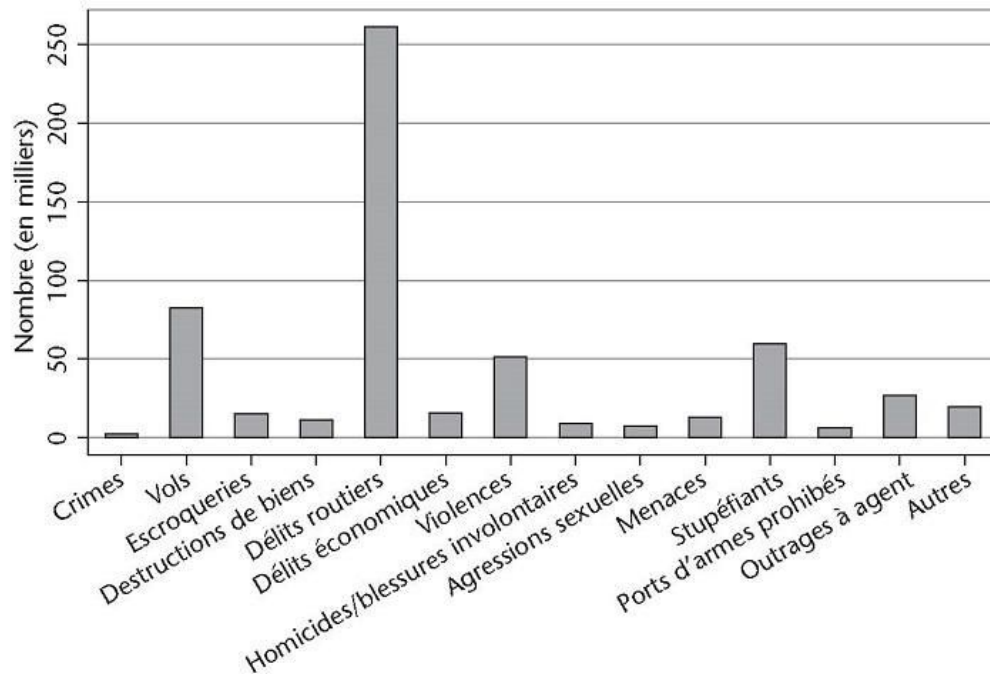
Sauf erreur judiciaire, si des individus sont condamnés par des tribunaux, c'est qu'ils ont commis des infractions. En droit français, le Code pénal en distingue trois types :

- les contraventions, qui ne peuvent être punies que d'amendes infligées par un juge unique ;

- les délits, sanctionnés au maximum de dix ans de prison et jugés par trois magistrats au tribunal correctionnel ;
- les crimes, passibles de quinze ans et plus de prison devant la cour d’assises composée de trois juges professionnels et de jurés en nombre variable selon les périodes et les formations de jugement (première instance ou appel).

Je parlerai ici principalement des délits, dans une moindre mesure des crimes et presque jamais des contraventions. Il s’agit d’abord d’un choix. L’objectif est ici de comprendre la façon dont sont jugées les infractions communément rassemblées sous le qualificatif de délinquance – les vols, les violences, le trafic de stupéfiants, etc. –, largement évoquées dans le débat public et potentiellement punies de prison. Il s’agit aussi d’une contrainte méthodologique : les résultats discutés pour la France s’appuient sur une base de données ne contenant pas la plupart des contraventions.

Figure 0.1. Nature des crimes et délits jugés en 2013



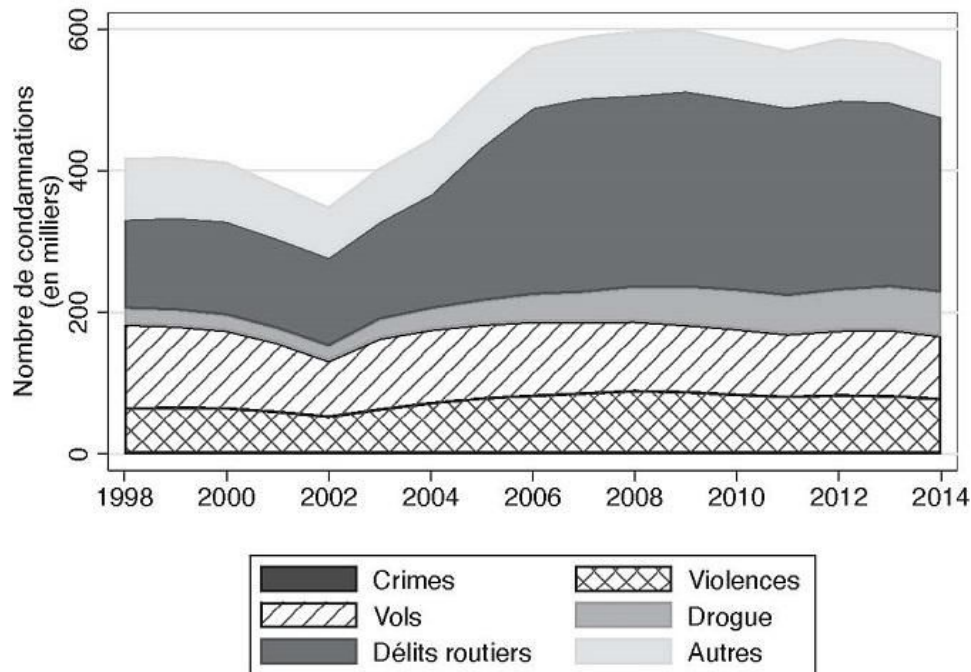
Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Combien sont donc les personnes condamnées pour un crime ou un délit en France et, surtout, pour quelle raison sont-elles sanctionnées ? La figure 0.1 répond à cette question pour l'année 2013. Les infractions commises par des mineurs, suivant des procédures différentes, sont ici exclues (elles le seront dans tout cet ouvrage, sauf mention contraire). On le voit, les crimes – homicides, viols et vols à main armée essentiellement – sont peu nombreux : 2 600 en 2013. Ce qui domine nettement, ce sont les délits routiers (plus de 250 000), suivis des vols (plus de 80 000), des atteintes à la législation sur

les stupéfiants (près de 60 000) et des violences (un peu plus de 50 000).

Est-ce une distribution classique ? Oui et non. La figure 0.2 présente l'évolution des plus grandes catégories de crimes (en réalité quasi invisibles sur le graphique) et délits au fil du temps de 1998 à 2014. Deux faits marquants : une baisse en 2002 et une nette différence avant et après 2004. Le premier élément est totalement artificiel. Il s'agit simplement de la conséquence de l'amnistie présidentielle, votée à la suite de l'élection de Jacques Chirac en 2002, qui fait que certaines condamnations n'ont pas été enregistrées. La hausse massive après 2004 s'explique également simplement. Il s'agit essentiellement de la correctionnalisation – c'est-à-dire de la transformation de contraventions en délits – de certaines infractions routières : défaut d'assurance et conduite sans permis. C'est donc essentiellement un jeu d'écriture (que j'examinerai plus longuement dans le premier chapitre). Ces cas mis à part, les changements sont nettement moins spectaculaires. Les vols diminuent, les atteintes à la législation sur les stupéfiants et les violences augmentent (nous y reviendrons dans le chapitre 3).

Figure 0.2. Évolution des grandes catégories de crimes et délits au début du ^{xxi}^e siècle



Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Ce nombre de condamnations est-il élevé ou faible en comparaison des autres pays ? C'est difficile à dire tant les législations divergent d'un État à l'autre. Si l'on en croit les données collectées par l'université de Lausanne ^[8], la France se situe dans la moyenne des pays européens en termes de condamnations par habitant. Le nombre de sanctions pour violences y semble assez élevé et celui des condamnations pour vols plutôt faible en comparaison de ses principaux voisins (Allemagne, Angleterre, etc.) ^[9].

Qui sont-ils ?

Les individus condamnés par les tribunaux français sont très majoritairement des hommes (à 89 % en 2013), français (87 %), plutôt jeunes (33 ans en moyenne). Nombreux sont ceux qui ont des antécédents judiciaires (44 %). Ce dernier élément est une reconstruction qui nécessite de faire quelques hypothèses pouvant faire varier légèrement les chiffres publiés ici ou là, mais l'ordre de grandeur reste le même : une petite moitié des personnes comparaisant devant la justice ont déjà un « casier ».

Lorsqu'on regarde les grandes catégories d'infractions, les personnes sanctionnées pour vols ou infractions à la législation sur les stupéfiants sont nettement plus jeunes que les autres (autour de 26 ans contre près de 35 pour les autres) et ont plus souvent des condamnations antérieures.

Tableau 0.2 - Caractéristiques sociodémographiques des personnes condamnées en 2013

	Moyenne					
	Tous	Crimes	Violences	Vols	Drogues	Délits routiers
Hommes	89 %	96 %	90 %	88 %	94 %	91 %
Français	87 %	86 %	88 %	79 %	92 %	89 %
Âge moyen	33	34	34	27	26	35
Réitération	44 %	35 %	41 %	50 %	51 %	42 %

Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la

Que leur arrive-t-il ?

La dernière grande question descriptive est de savoir à quelles peines sont condamnés les auteurs de crimes et de délits. Comme dans le reste de cet ouvrage (sauf exception), on ne s'intéressera ici qu'à la prison, laissant de côté d'autres peines communes et importantes : amendes, travaux d'intérêt général, suppressions de permis, confiscations de véhicule, etc. Il faut commencer par préciser que, en droit français, une « peine de prison » est la somme de trois quantités : le nombre de jours de prison ferme, le nombre de jours de sursis avec mise à l'épreuve et le nombre de jours de sursis simple. La première composante est ce qu'on désigne par le terme de prison dans le langage courant. Une personne condamnée à six mois ferme est censée aller passer six mois derrière les barreaux (les choses sont plus compliquées que cela en pratique, mais c'est l'idée). Une personne condamnée à six mois de sursis avec mise à l'épreuve est censée remplir un certain nombre d'obligations et ne sera envoyée en détention pour six mois que si elle les viole (ici aussi, c'est, en pratique, plus compliqué). Enfin, une personne condamnée à six mois avec sursis simple rentre chez elle libre, mais si elle commet une nouvelle infraction dans un délai de cinq ans, la peine devra être alourdie de six mois ferme (là encore...).

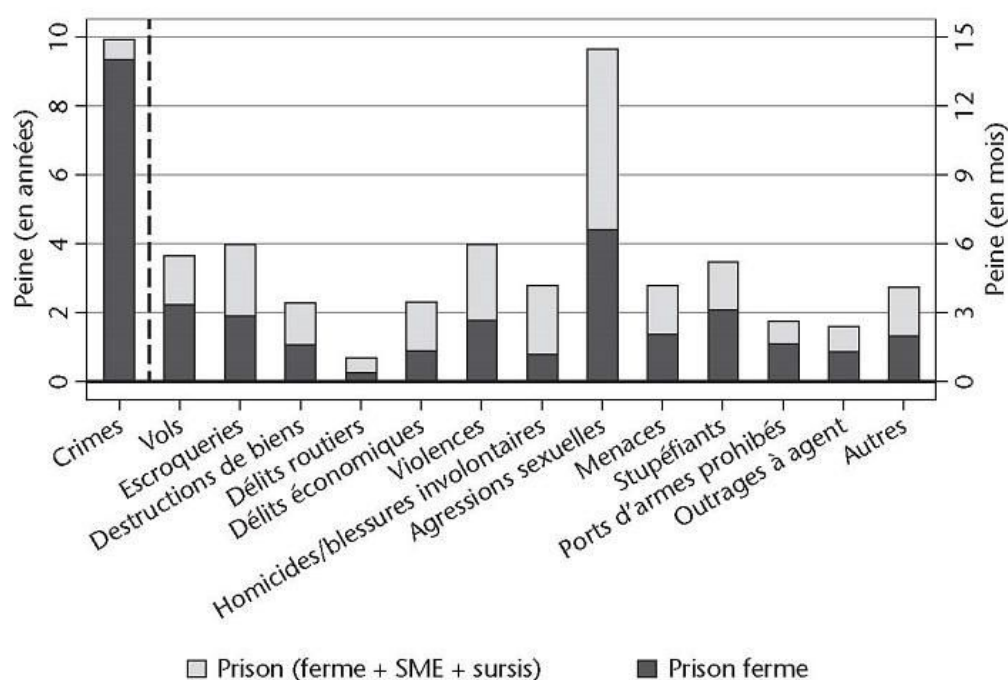
Quand le Code pénal dit qu'une peine est au maximum de trois ans, cela veut dire que la somme du ferme, du sursis et du sursis avec mise à l'épreuve ne peut excéder trois ans. De même, à l'annonce du jugement, par défaut, on parle de la somme et, en général, on précise, par exemple : « deux ans de prison dont six mois ferme ».

Cette manière alambiquée de présenter les choses, entretenant la confusion du sens commun à l'égard de la définition juridique des peines, est assez française. En anglais, on parle par exemple de *probation* à la place de notre sursis avec mise à l'épreuve, évitant ainsi toute équivoque. Quand un sympathisant d'extrême droite est condamné pour avoir giflé le président de la République, le journal *Le Monde* évoque une peine de « dix-huit mois de prison dont quatre ferme ^[10] », alors que son homologue britannique le *Guardian* titre : *Man who slapped Emmanuel Macron gets four-month jail sentence* ^[11]. L'ambiguïté n'est probablement pas le meilleur moyen de rendre les décisions de justice intelligibles au plus grand nombre !

Ces précisions faites, quelles sont les peines de prison prononcées en France ? La figure 0.3 en présente les moyennes (en distinguant les quantités totales et la prison ferme) pour les principales catégories d'infractions. Les crimes étant beaucoup plus sévèrement punis que les délits, il y a deux échelles : celle de gauche, en années, pour les crimes, et celle de droite, en mois, pour les délits. Pour situer les ordres de grandeur, en assises, les peines sont en moyenne de près de neuf ans et demi,

et on n'y prend quasiment que du ferme. Pour les délits, la catégorie la plus sévèrement punie est de loin celle des agressions sexuelles, avec quatorze mois, dont six mois et demi ferme en moyenne. Viennent ensuite les vols, les escroqueries, les violences et les infractions à la législation sur les stupéfiants avec autour de six mois, dont trois mois ferme. Bien sûr, ce sont là des moyennes et, au sein de chaque catégorie, des écarts conséquents existent (comme entre consommation et trafic de stupéfiants). Nous y reviendrons plus loin.

Figure 0.3. Peines moyennes de prison totale et de prison ferme par grandes catégories de crimes et délits en 2013



Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Comment ces peines ont-elles évolué récemment ? Il y a plusieurs façons de répondre – c’est d’ailleurs le problème avec les statistiques descriptives : on a souvent le choix entre différents « bons indicateurs » qui sous-tendent des lectures contrastées, c’est pour cela qu’il est souvent plus fécond de raisonner en termes de questions et d’expériences permettant d’y répondre que de s’engager dans une bataille de chiffres. Globalement, les principales tendances sont les suivantes :

- Le volume des peines a légèrement augmenté. En 1998-1999, les tribunaux « distribuaient » environ 90 000 années de prison ferme (150 000 années, tous types de prison confondus). On se situait plutôt autour de 100 000 années en 2013-2014 (180 000 années, tous types de prison confondus).

- Le nombre de personnes incarcérées – qui dépend des peines prononcées mais aussi de leur « mise à exécution » – a très clairement augmenté, passant d’environ 50 000 dans les années 1990 à 60 000 à la fin des années 2000, pour atteindre plus de 70 000 à la fin des années 2010.

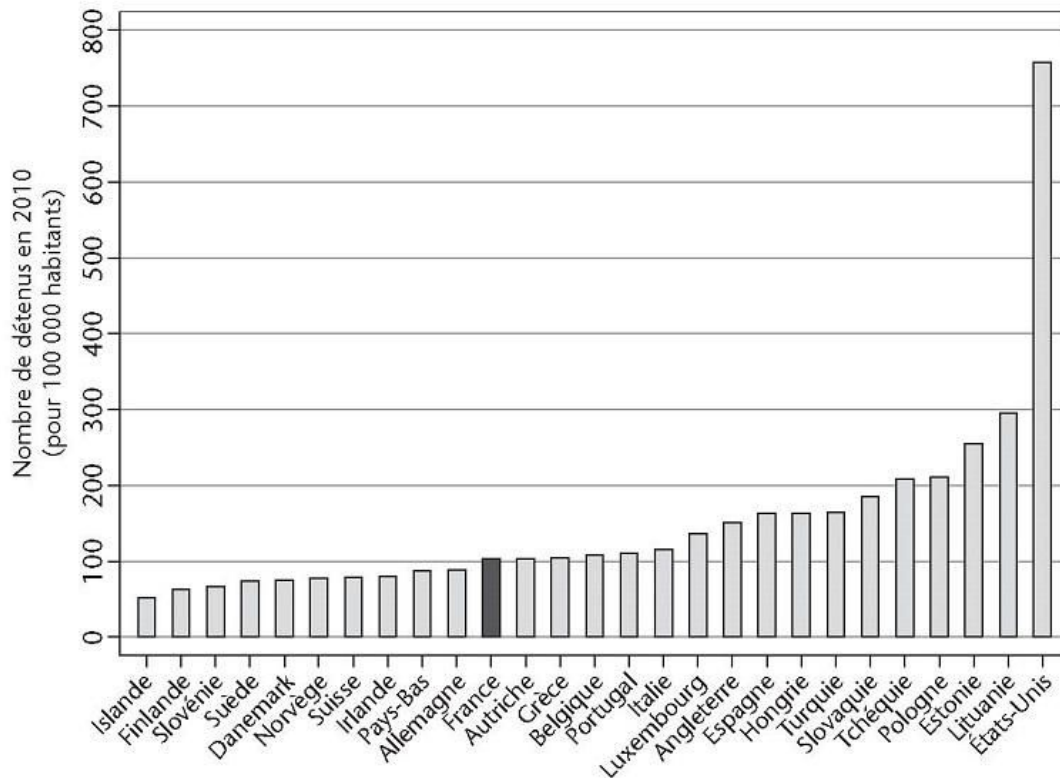
- Pour les peines moyennes par délit, la réponse est un peu compliquée en raison de l’« effet de composition ». Pour chaque catégorie, la peine moyenne dépend en effet de l’évolution de la sévérité envers ce délit, mais aussi du nombre d’affaires portées devant les tribunaux. Si un délit est davantage poursuivi, le nombre d’affaires jugées peut augmenter, mais surtout celui des moins graves, ce qui entraîne une baisse de la moyenne des peines prononcées. Par exemple, les peines moyennes pour les

délits routiers diminuent fortement après 2004 simplement à cause de l'afflux de délits « mineurs » (conduite sans permis et défaut d'assurance).

Dernière sous-question dans cette question : les peines en France sont-elles sévères par rapport aux autres pays ? La comparaison est délicate du fait des différences de catégories juridiques, mais on peut, de manière assez simple, confronter les taux d'incarcération par habitant, ce qui donne déjà une bonne idée. La figure 0.4 présente le taux d'incarcération pour 100 000 habitants pour différents pays d'Europe ainsi que pour les États-Unis. J'ai inclus ce dernier pays, même s'il « écrase » l'échelle, pour deux raisons : d'une part, une très grande partie des travaux en économie de la criminalité portent sur lui ; d'autre part, l'incarcération y est extravagante et sa proportion graphique au côté des autres en donne une visualisation nette. Par rapport à la France, les États-Unis enferment sept fois plus de monde. Par rapport au plus sévère des pays d'Europe, ils en incarcèrent deux fois et demie plus. Cela ne rend pas forcément les résultats obtenus outre-Atlantique inintéressants pour le contexte européen ou français, mais il est important de garder cet écart vertigineux en tête au moment d'interpréter les recherches y étant conduites.

États-Unis mis à part, avec un taux d'incarcération de 103 pour 100 000 habitants, la France incarcère dans des proportions comparables à celles de ses principaux voisins : plus que l'Allemagne ou les pays scandinaves, moins que l'Angleterre ou les pays de l'est et du sud de l'Europe.

Figure 0.4. Taux d'incarcération pour 100 000 habitants en Europe et aux États-Unis



Source : *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, 5^e éd., 2013.

Pour résumer ce résumé : en France, en 2013, près de 600 000 individus adultes, pour la plupart des hommes, ont été jugés, principalement pour des délits routiers ou des vols, et condamnés à des peines moyennes de trois mois de prison, dont un mois et demi ferme. Il s'agit maintenant de restaurer les contrastes que gomme cet instantané pour tenter d'expliquer les disparités des sanctions pénales.

Notes du chapitre

[1] ↑ Techniquement, il s'agit ici simplement du « R2 » d'une régression linéaire où toutes les variables listées sont intégrées. Il est évidemment possible de faire des choses plus précises, par exemple en utilisant des algorithmes de *machine learning* testant le pouvoir prédictif des interactions de variables (par exemple, ne plus mesurer séparément l'effet du genre et l'effet de chaque type de délit, mais tester l'effet du genre au sein de chaque type de délit). Afin de constituer un échantillon plus homogène, j'ai uniquement mené cet exercice sur les délits commis par des majeurs (les mineurs et les crimes sont jugés par des cours différentes).

[2] ↑ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livre XI, chap. 6, 1748.

[3] ↑ En réalité, on fait même mieux dans la mesure où le « traitement » n'intervient pas au même moment pour chaque département. On peut donc comparer non seulement le groupe traitement au groupe contrôle, mais aussi, au sein du groupe traitement, les différents départements selon le moment où ils sont touchés.

[4] ↑ Pour être précis, les vols augmentent à cause de la pauvreté, mais la violence diminue en raison d'une moindre consommation d'alcool. Voir V. BIGNON, È. CAROLI et R. GALBIATI, « Stealing to survive ? Crime and income shocks in 19th century France », *The Economic Journal*, vol. 127, n° 599, 2017, p. 19-49.

[5] ↑ En économie de l'éducation, on mesurera l'effet que produit le fait de partager aléatoirement une chambre d'internat avec un fêtard sur les résultats scolaires (M. KREMER et D. LEVY, « Peer effects and alcohol use among college students », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 22, n° 3, 2008, p. 189-206) ; en économie du travail, on comparera l'évolution des salaires des hommes et des femmes juste avant ou après avoir eu un enfant (H. KLEVEN, C. LANDAIS et J. E. SØGAARD, « Children and gender inequality : Evidence from Denmark », *American Economic Journal : Applied Economics*, vol. 11, n° 4, 2019, p. 181-209) ; en économie des médias, on suivra la couverture d'un scandale sanitaire ou technologique selon que la firme achète ou non de la publicité dans un journal (G. BEATTIE, R. DURANTE, B. KNIGHT et A. SEN, « Advertising spending and media bias : Evidence from news coverage of car safety recalls », *Management Science*, vol. 67, n° 2, 2021, p. 698-719), etc. Dans tous ces cas, on cherche un groupe « traitement », un groupe « contrôle » et un choc affectant seulement les membres du premier.

[6] ↑ « Les données d'identité des magistrats et des fonctionnaires de greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou

supposées », article 33, loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (1).

[7] ↑ Je tiens à nouveau à remercier la SDSE de m’avoir permis d’utiliser sa base de données et de m’avoir conseillé tout au long de mes travaux.

[8] ↑ *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, 5^e édition parue en juillet 2013 et couvrant les années 2007 à 2010.

[9] ↑ Il est important de rappeler ici qu’il s’agit du nombre de condamnations et non du nombre de délits commis. En termes de faits constatés par les forces de l’ordre, le Royaume-Uni semble sensiblement au-dessus des autres pays d’Europe de l’Ouest, la France se situant dans la moyenne (voir : P. BUONANNO, F. DRAGO, R. GALBIATI et G. ZANELLA, « Crime in Europe and the United States : Dissecting the “reversal of misfortunes” », *Economic Policy*, vol. 26, n° 67, 2011, p. 347-385.

[10] ↑ *Le Monde*, 10 juin 2021.

[11] ↑ *The Guardian*, 10 juin 2021.

Première partie. D'encre et de papier : les déterminants légaux et institutionnels des sanctions

Présentation

Imaginons deux personnes : Arsène et Tony. Arsène a tendance à s'introduire chez les gens, la nuit, discrètement, pour y subtiliser ce qui pourrait avoir de la valeur. Tony, lui, est plutôt porté sur les stupéfiants. Il en cultive, il en importe et il en vend. Si Arsène et Tony sont condamnés en France, en 2013, le premier recevra environ huit mois de prison, dont cinq ferme, et le second dix-huit mois, dont douze ferme. Des peines assez différentes, donc. On l'a évoqué en introduction, plusieurs raisons peuvent expliquer cet écart. Premièrement, Arsène et Tony ne sont pas condamnés pour les mêmes délits et les sanctions prévues ne sont pas identiques. Elles sont encadrées par le Code pénal avec un maximum : sept ans pour un vol avec effraction, dix ans pour une détention de stupéfiants. Deuxièmement, selon leurs caractéristiques, ils peuvent faire l'objet d'une peine minimum : en France, seulement s'ils sont récidivistes et condamnés entre 2007 et 2014. Troisièmement, les injonctions politiques de punir les différents délits ne sont pas les mêmes. Dans un contexte de « guerre contre la drogue », Tony a plus de risques de se faire arrêter et poursuivre car de grands efforts seront déployés pour cela. Quatrièmement, les différences peuvent provenir des « peines disponibles ». Si, par exemple, Arsène est condamné à Paris et Tony à Bordeaux, le fait que les prisons franciliennes soient largement surpeuplées tandis que celles d'Aquitaine ont une densité raisonnable peut

être pris en compte par les juges et expliquer en partie que le cambriolage du premier soit moins sévèrement puni que le trafic du second.

Pour comprendre la façon dont les peines sont prononcées, il faut étudier chacune de ces explications. Cependant, se contenter de décrire des différences ne suffit pas à mettre en évidence des causes ni à mesurer leur importance respective. Si Tony a commis un délit passible de dix ans de prison tandis qu'Arsène en a commis un puni au maximum de sept ans, ce barème n'est pas nécessairement la cause de l'écart entre leurs peines. Il est possible que tout s'explique par le fait que l'un a passé du temps en détention provisoire et l'autre pas. À moins que cet aspect-là n'ait pas non plus d'importance et que la sanction à l'encontre de Tony soit alourdie par sa récidive... Pour démêler les choses, on peut alors s'appuyer sur les changements, les chocs, les modifications de chacune de ces dimensions. Et, de ce côté-là, ces dernières années ont été riches en événements.

En effet, depuis la fin des années 1980, les pays occidentaux sont, à des degrés divers, traversés par une forte préoccupation sécuritaire. Les réformes concernant la lutte contre la délinquance et la criminalité se succèdent à un rythme parfois effréné, et les moyens mis en œuvre pour les appliquer ont été démultipliés. Au niveau législatif, en France, on a pu recenser quelque soixante-deux textes de lois modifiant le Code pénal pour la seule période 2002-2012 ^[1], soit environ un tous les deux mois. Ce phénomène n'est pas propre à l'Hexagone. Dans un

ouvrage critique paru en 2002, plusieurs sociologues mettaient en évidence l'intense activité législative en matière pénale dans cinq pays anglo-saxons : les États-Unis, le Canada, le Royaume-Uni, la Nouvelle-Zélande et l'Australie. Les auteurs dégageaient plusieurs grandes évolutions observables à la fin du xx^e siècle : augmentation des peines, limitation du pouvoir d'appréciation des magistrats et introduction de peines minimales, criminalisation des désordres mineurs, affaiblissement des différences de traitement entre majeurs et mineurs, restriction des emplois possibles pour les condamnés ayant purgé leur peine ^[2]. Ces mesures sont précisément celles qu'on a pu voir débattues et éventuellement votées, en France, au début du xxi^e siècle.

Sous l'étendard politique de la « tolérance zéro » ou de la « guerre contre la drogue », ces réformes législatives se sont souvent accompagnées de changements concrets dans l'organisation des forces de l'ordre, leur équipement (caméras, radars, armes à « létalité réduite », etc.) et les objectifs, désormais chiffrés, qui leur sont assignés, ainsi que dans les incitations données aux procureurs.

Internationale, cette évolution a aussi été relativement transpartisane. En France et aux États-Unis, elle est principalement incarnée et assumée par des figures de droite, mais, au Royaume-Uni, elle est associée au centre gauche. Alors que les conservateurs anglais du début des années 1990 décrivaient la prison comme un « moyen coûteux de rendre les délinquants encore pires ^[3] », les principales modifications

pénales ont été le fait des travaillistes, soucieux d'honorer leur promesse d'être « durs avec la délinquance, durs avec les causes de la délinquance^[4] ». Du reste, qu'elles aient été impulsées par un camp ou l'autre, ces évolutions ont rarement été remises en cause lors des alternances politiques.

Qualifié de populisme pénal, de frénésie sécuritaire ou encore de frénésie pénale, ce mouvement a été abondamment critiqué par les chercheurs en sciences sociales de différents pays^[5] qui y ont vu un changement de philosophie pénale faisant passer la délinquance du statut de phénomène social, prospérant notamment sur l'exclusion et la pauvreté, à celui de comportement individuel, choisi consciemment par des personnes responsables. De nombreux discours politiques sont venus attester ce changement de perception. En 1989, dans une « allocution aux élèves à propos de la “guerre contre la drogue” », George Bush déclarait ainsi :

Nous devons élever la voix et corriger une tendance insidieuse – la tendance qui consiste à mettre le crime sur le compte de la société plutôt que celui de l'individu [...]. En ce qui me concerne, comme la majorité des Américains, je pense que nous pourrions commencer à bâtir une société plus sûre en nous mettant d'abord d'accord sur le fait que ce n'est pas la société elle-même qui est responsable du crime : ce sont les criminels qui sont responsables du crime.

Selon certains auteurs, comme le sociologue Loïc Wacquant, ce changement de statut de la délinquance a permis de justifier le

retrait de l'« État social » au profit de l'« État pénal », la puissance publique se désengageant des programmes de redistribution économique à mesure qu'elle investissait dans la répression sécuritaire (police, prison, dispositifs de surveillance). Ce processus, principalement décrit aux États-Unis, ne s'est que partiellement opéré en Europe, où les politiques sociales sont restées importantes.

La dynamique générale de modification des lois, des procédures et des incitations données aux acteurs est en soi intéressante à étudier. Cependant, dans le contexte de cet ouvrage, elle nous offre surtout un ensemble d'expériences naturelles nous permettant de mieux comprendre, à travers les changements de cadre, les paramètres qui pèsent effectivement sur les verdicts. C'est à cette dimension que cette première partie est consacrée.

Notes du chapitre

[1] ↑ Selon le décompte du sociologue Nicolas Bourgoin : <<https://bourgoinblog.wordpress.com/2013/04/10/62-lois-securitaires-votees-depuis-2002-stop-ou-encore/>>.

[2] ↑ J. V. ROBERTS, L. J. STALANS, D. INDERMAUR et M. HOUGH, *Penal Populism and Public Opinion : Lessons from Five Countries*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2002, p. 32 sq.

[3] ↑ *An expensive way of making bad people rather worse*, pour reprendre la citation littérale d'un document du Home Office (ministère de l'Intérieur) paru en 1990 : *Crime, Justice and Protecting the Public* (Cm 965).

[4] ↑ *Tough on crime, tough on the cause of crime*, pour Tony Blair en 1992.

[5] ↑ Voir par exemple, pour la France, J. DANET, « Cinq ans de frénésie pénale », in Laurent MUCCHIELLI (dir.), *La Frénésie sécuritaire. Retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, La Découverte, Paris, 2008, p. 19-29 ; D. SALAS, *La Volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Fayard, Paris, 2012 [2005] ; ou, pour les États-Unis, L. WACQUANT, *Punir les pauvres. Le nouveau gouvernement de l'insécurité sociale*, Agone, Marseille, 2004.

1. Définir le cadre

Le 1^{er} mars 1994, le « nouveau Code pénal » français entrait en vigueur. Une avalanche de textes sont depuis venus le remanier. En théorie, ces réformes ont principalement vocation à modifier la sphère pénale – c'est-à-dire à ajouter ou à retirer des comportements de la liste de ce qu'il est interdit de faire – ou les peines prononcées à l'encontre d'infractions existantes.

L'efficacité de ces textes reste incertaine. On peut se demander si l'intention de celles et ceux qui les ont proposés au vote de l'Assemblée était réellement d'agir sur la pénalité ou répondait à un simple souci électoraliste. Cette interrogation paraît d'autant plus légitime pour les réformes, nombreuses, décidées rapidement après un fait divers médiatique.

Prenons un exemple. À l'été 2007, le décès de plusieurs enfants des suites de blessures causées par des chiens est rapporté avec émotion dans la presse. En octobre, après un troisième drame, le président de la République, Nicolas Sarkozy, reçoit les parents de la victime à l'Élysée puis « demande » au ministre de la Justice de réformer le Code pénal afin que la mort causée par un chien dangereux devienne une circonstance aggravante du délit d'homicide involontaire ^[1]. En novembre 2007, selon les vœux du chef de l'État, les députés votent, en première lecture ^[2], un texte adopté définitivement en juin 2008 ^[3]. La

nouvelle loi crée alors 24 nouveaux délits, 25 contraventions de quatrième catégorie et une infraction de troisième catégorie dans la nomenclature du ministère de la Justice.

Cette loi était-elle indispensable ? On ne peut exclure qu'elle ait entraîné une saine prise de conscience chez les propriétaires de molosses. Cependant, d'un point de vue pénal, il ne s'agit pas d'un franc succès. Six ans plus tard, en 2014, une seule condamnation pour homicide involontaire causé par un chien dangereux avait été prononcée. Il y a bien eu 1 250 condamnations pour « blessures involontaires avec incapacité n'excédant pas trois mois par agression d'un chien », nouveau délit passible de deux ans de prison, mais toutes les peines prononcées auraient été permises en l'absence de la loi ^[4].

Cet exemple des chiens dangereux est loin d'être unique. On retrouve la même séquence – fait divers, commentaire politique, réception des familles des victimes par les autorités, annonce d'une loi, vote par le parlement – dans bien des cas : loi sur le bizutage, loi sur la burqa... et encore plus fréquemment dans les affaires criminelles ^[5]. Le processus n'est pas propre à la France. Aux États-Unis, une série de dispositions pénales ont été adoptées, en 1994, à la suite du meurtre sordide de Megan Kank, une enfant de sept ans, tandis qu'en Angleterre une vaste réforme a été entreprise en 2000, après le meurtre de Sarah Payne, une autre fillette.

La réaction législative à des faits divers n'est pas en soi critiquable. La médiatisation de drames peut entraîner la prise de conscience de certains problèmes publics et créer une opportunité politique pour faire adopter des réformes. Cependant, la récurrence de ces séquences d'indignation publique fait douter de la motivation des décideurs. Selon le bon mot que Robert Badinter attribue à un homme politique italien : « Quand on ne sait pas quoi faire, on peut toujours faire une loi, ça ne coûte pas cher et ça fait plaisir. Que ce soit efficace, c'est une autre question ^[6] ! »

C'est à cette activité législative et à son efficacité que nous allons ici nous intéresser en distinguant les deux principaux objets de ces réformes : modifier ce qui est interdit ou autorisé dans une société ; modifier la façon dont on sanctionne les comportements illégaux.

Les dix commandements (et quelques)

« Tu ne tueras point.

Tu ne déroberas point.

Tu ne porteras point de faux témoignages contre ton prochain. »

À première vue, les principaux comportements interdits semblent relativement stables dans le temps. Les dix commandements bibliques, transmis à Moïse sur le mont Sinaï il y a plus de trois mille ans selon la tradition judéo-chrétienne, proscrivent déjà le meurtre, le vol et le faux témoignage. Outre les règles afférentes au culte (« Tu n'auras pas d'autres dieux face à moi », « Tu ne te feras point d'image taillée », etc.) ou à l'organisation sociale (« Souviens-toi du jour du repos »), on y trouve également un embryon de régulation de la sexualité (« Tu ne commettras pas l'adultère »). Atteintes aux personnes, atteintes aux biens, contrefaçon de témoignage et régulation des mœurs sont encore aujourd'hui de grandes catégories d'infractions dans la plupart des pays. Il manque à cette liste la régulation de la consommation de substances psychoactives, mais si l'on élargit cette catégorie aux interdits alimentaires, ceux-ci sont présents dans d'autres passages de l'Ancien Testament, tel le Deutéronome qui proscriit de manger ce qui, dans les eaux, « n'a ni nageoires ni écailles ».

En dehors des textes religieux, le Code de Hammurabi, daté d'environ 1 750 avant notre ère, semble encore plus proche de nos codes pénaux modernes ^[7]. On y retrouve une section sur les atteintes aux personnes, une sur les atteintes aux biens, une sur la famille et les mœurs, une sur les faux témoignages... À chaque infraction, une peine est définie : il s'agit bien d'un code destiné à administrer la cité et non de commandements destinés aux croyants.

Cependant l'analogie trouve vite ses limites. Si les grandes familles d'infractions semblent étonnamment stables, leurs contours varient dans des proportions considérables, y compris pour les crimes aujourd'hui considérés comme les plus graves. Un des exemples les plus frappants est sans doute celui de l'esclavage. Là où il constitue, pour le Parlement européen de 2020, un crime contre l'humanité^[8], il s'agit d'une pratique courante et légiférée au titre des atteintes aux biens dans le Code de Hammurabi ou dans le *Code noir* de 1685 – l'esclave est alors un bien meuble^[9]. Les frontières des comportements qualifiés de meurtre se sont également déplacées. Si toute forme d'homicide est actuellement condamnée, les duels d'honneur étaient autorisés en France jusqu'en 1626, date à laquelle Richelieu demanda au roi d'interdire une pratique qui décimait la noblesse du royaume^[10].

Ces exemples peuvent paraître lointains. De nos jours, les définitions de l'esclavage ou du meurtre sont relativement stables et communes à tous les pays occidentaux. Cependant, deux grands ensembles de comportements font encore l'objet de variations importantes dans l'histoire récente et entre pays relativement proches : les infractions sexuelles et les infractions à la législation sur les stupéfiants.

C'est sans doute en matière de mœurs que les différences sont les plus marquées. Au sein de l'Union européenne, en 2005, la prostitution était ainsi interdite en Suède, régulée aux Pays-Bas et autorisée en Espagne^[11]. Dans les pays où le fait de se prostituer est légal, les maisons closes peuvent être interdites

(Italie) ou autorisées (Portugal), les clients parfois pénalisés (comme en France depuis une loi du 13 avril 2016), et le démarchage ou la publicité en la matière fréquemment prohibés (ainsi que le stipule, dans le cas français, le délit sur le racolage passif créé en 2003). Toujours en Europe, l'âge minimum de consentement à des relations sexuelles s'établit à quatorze ans en France mais à dix-huit ans à Malte ^[12] .

S'agissant des stupéfiants, si des différences byzantines existent sans doute entre des substances plus ou moins exotiques, la principale variation concerne le statut accordé au cannabis. Selon une élégante infographie du *Monde*, en 2020, sa consommation était autorisée pour tout usage au Canada, en Bolivie, en Afrique du Sud et dans certains États des États-Unis. Elle était tolérée à des fins thérapeutiques dans une large partie de l'Europe, de l'Amérique du Sud, ainsi qu'en Australie ^[13] . En France, la consommation de cannabis reste interdite, même si une timide évolution a eu lieu en 2021, avec le lancement d'une expérimentation de son usage médical.

Une activité parlementaire frénétique

Les modifications de la pénalité en matière de mœurs ou de stupéfiants constituent souvent des ruptures retentissantes et commentées. En France, la légalisation de l'avortement (en 1975), la dépénalisation totale de l'homosexualité (en 1982) ou

l'élargissement de la définition du viol (en 1980) restent des événements marquants, connus par nombre de ceux qui ne les ont pourtant pas vécus. Rien de tel dans la période récente où aucun changement majeur ne se détache.

On l'a évoqué plus haut, l'élargissement de la sphère pénale est pourtant un des éléments centraux de l'évolution récente de la pénalité dans les pays anglo-saxons. La dynamique semble avoir principalement consisté en l'intégration de comportements causant des désagréments mineurs, commis par les catégories populaires. Cette évolution s'observe-t-elle dans la France du début du ^{xxi}^e siècle ?

Afin de répondre à cette question, on peut commencer par s'intéresser aux catégories, aux types de comportement censés être punis, avant de se pencher sur les condamnations effectives. Pour cela, j'ai utilisé la nomenclature des « natures d'infraction », créée et mise à jour par le ministère de la Justice. Cette nomenclature est très précise. Prenons un exemple. L'article 311-4 du Code pénal présente différents cas dans lesquels un vol est aggravé : lorsqu'il est commis par plusieurs personnes, lorsqu'il est commis par une personne dépositaire de l'autorité publique, lorsqu'il porte sur du matériel de premier secours, etc. La nomenclature des natures d'infraction définit un identifiant (un numéro en l'occurrence) pour chacun de ces sous-cas. Une loi qui ajouterait trois nouvelles circonstances aggravantes possibles au vol créerait donc trois nouveaux délits dans cette classification.

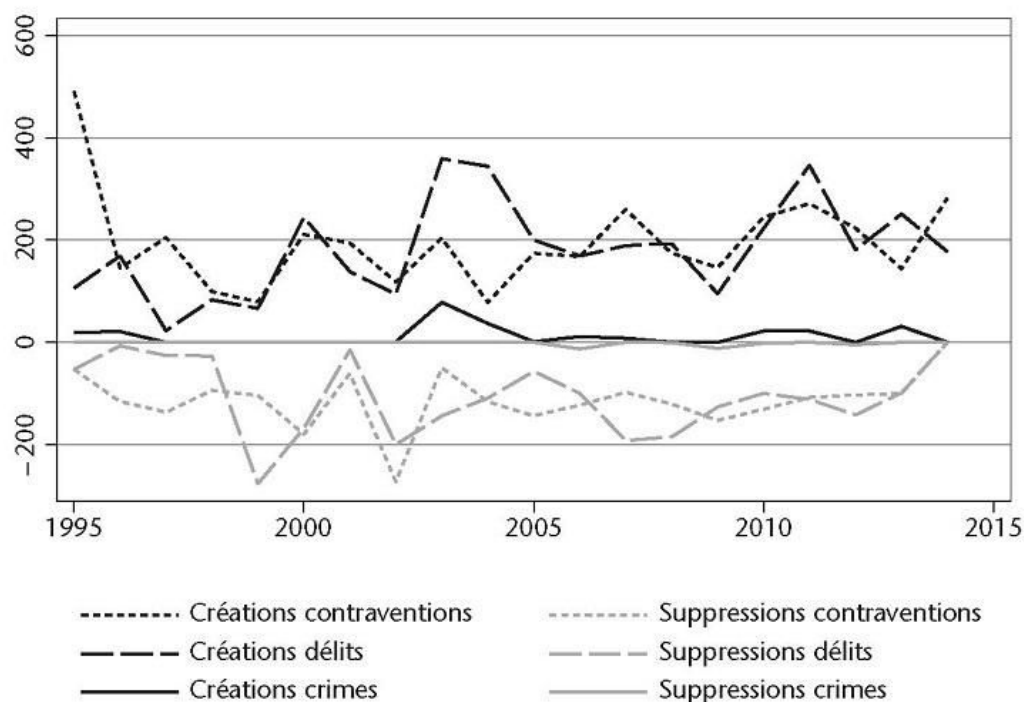
La base à laquelle j'ai eu accès contient toutes les qualifications pénales ayant existé entre 1994, année d'entrée en vigueur du nouveau Code pénal en France, et 2014. Pour chaque nature d'infraction sont indiquées la date de création, la catégorie pénale (crime, délit ou contravention), les sanctions possibles, les éventuelles dates des modifications, ainsi que, le cas échéant, la date de suppression. En 1994, cette base recense (en arrondissant) 10 100 infractions : 4 100 types de contraventions, 5 600 délits et 400 crimes.

Un premier exercice mettant en lumière les évolutions de la sphère pénale consiste à mesurer, pour chaque année de la période, le nombre de crimes, de délits ou de contraventions créés ou supprimés. Cette évolution est synthétisée sur la figure 1.1, où sont présentées les créations (en noir) et les destructions (en gris) d'infractions pour chaque catégorie pénale (lignes continues pour les crimes, tirets longs pour les délits, tirets courts pour les contraventions).

Plusieurs éléments marquants s'observent sur la figure 1.1. D'abord, le nombre de modifications par an est très élevé. Plusieurs centaines d'infractions sont créées ou supprimées chaque année. Un pic est atteint en 2003 avec plus de 350 délits créés, 150 supprimés, 200 contraventions créées, 50 supprimées et près de 80 crimes nouveaux. Rapporté au nombre total de qualifications existant dans le Code pénal, cela dénote une activité législative intense. Ensuite, le nombre de créations dépasse clairement le nombre de suppressions. Toutes qualifications confondues, le Parlement français a créé plus

d'infractions qu'il n'en a supprimé pendant dix-sept des vingt années de la période. D'environ 10 100 en 1994, le nombre de faits passibles de poursuites pénales est passé à quelque 13 350 en 2014 : 5 500 contraventions (+ 36 %), 7 200 délits (+ 28 %), 650 crimes (+ 62 %). Sous l'angle des créations d'infractions, il y a donc bien eu au cours des dernières années une extension galopante de la sphère pénale. Cependant, cette simple description de l'évolution du nombre de catégories ne parvient pas réellement à rendre compte des changements récents. Elle souffre de deux limites importantes.

Figure 1.1. Nombre de créations et de suppressions d'infractions par an et par catégorie



Source : Table des encourus, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Premièrement, elle compte comme nouvelles des infractions qui ne sont que des sous-divisions de contraventions ou de délits préexistants. Comme on a pu le voir avec l'exemple de la création de circonstances aggravantes, introduire de nouvelles natures d'infraction ne revient pas nécessairement à élargir la sphère pénale, mais parfois simplement à préciser certaines incriminations. Cette déclinaison des sous-cas de délits généraux est souvent critiquée par les juristes en ce qu'elle rend la loi illisible et d'application de plus en plus difficile ^[14]. Elle peut aussi aboutir à des situations absurdes. Ainsi, à la suite d'un des nombreux épisodes de la controverse sur le port du voile, le gouvernement français a-t-il fait voter une loi sur le sujet en octobre 2010. Dans ce texte, plusieurs nouveaux délits ont été créés, dont le fait de dissimuler son visage dans l'espace public et celui, puni d'un an d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende (art. 225-4-10), d'« imposer à une ou plusieurs autres personnes de dissimuler leur visage par menace, violence, contrainte, abus d'autorité ou abus de pouvoir, en raison de leur sexe ». Or le fait de forcer quelqu'un à commettre un délit était déjà passible de cinq ans de prison (art. 222-18). Et, comme le disent les juristes, « la loi particulière s'impose à la loi générale ». Un homme forçant sa femme ou sa fille à porter le niquab s'est donc retrouvé, après 2010, à commettre un délit spécifique passible d'un an de prison plutôt qu'un délit général passible de cinq ans. Alors qu'il prétendait étendre la sphère pénale à un comportement jugé problématique, le nouvel article a donc simplement diminué la répression d'actions déjà classées comme illégales ^[15].

La deuxième limite du dénombrement des infractions créées est que cela ne reflète pas le nombre de nouveaux comportements éventuellement ciblés, pas plus que leur poursuite effective devant les tribunaux. Les nouvelles incriminations peuvent concerner des actions marginales ou au contraire sanctionner des pratiques communes. En définitive, le nombre de personnes ou de comportements ciblés importe davantage que celui des catégories dans lesquelles ces actions sont « rangées ».

Si l'on regarde dans le détail, plusieurs délits créés entre 1998 et 2014 concernent des comportements extrêmement courants. La plus grande extension de la sphère pénale a sans doute eu lieu à l'occasion de la loi sur la sécurité intérieure votée en 2003. Celle-ci a en effet créé de nouvelles incriminations pour le « racolage passif^[16] », la « mendicité agressive^[17] » et les rassemblements dans les halls d'immeuble^[18]. Ces infractions sont banales. Selon la loi, la mendicité agressive est caractérisée dès lors qu'un individu sollicite de l'argent en étant accompagné d'un chien dangereux, ce qui suffit à cibler une large proportion des mendiants de France. De même, le racolage passif n'implique aucune action de la part des prostitué(e)s mais simplement le fait d'être présent(e)s sur la voie publique.

D'autres créations d'infractions, moins marquantes mais ciblant des publics potentiellement tout aussi vastes, ont eu lieu sur la période. Une loi de 2010 a par exemple créé le délit de « participation à un groupement en vue de commettre des

dégradations et des violences ». Cette infraction pose des problèmes de caractérisation dans la mesure où l'intention doit être démontrée. Cependant, dans une interprétation large, elle peut permettre d'incriminer bon nombre de participants à des manifestations, dès lors que celles-ci ont tendance, comme c'est le cas depuis quelques années, à finir par des affrontements avec la police et des dégradations.

La création de ces délits atteste donc une dynamique similaire à celles mises en évidence dans les pays anglo-saxons. On retrouve les deux grandes caractéristiques de l'extension de la sphère pénale analysées, par exemple, par Loïc Wacquant aux États-Unis. D'une part, ces nouvelles infractions sanctionnent des nuisances mineures : le fait d'être sollicité par des mendiants est, éventuellement et tout au plus, irritant ; la présence de prostitué(e)s dans les rues est, au pire, une atteinte au sens moral des habitants... D'autre part, ces délits ciblent des populations marginalisées et paupérisées.

La volonté d'extension de la sphère pénale de la part des autorités politiques semble donc claire, et ce processus n'a pas été fondamentalement remis en question par les alternances politiques. On l'a vu sur la figure 1.1, l'activité législative a été constamment très élevée sur la période malgré des changements de majorité. Par ailleurs, si les délits cités ci-dessus ont tous été créés par les gouvernements de droite s'étant succédé entre 2002 et 2012, seul le racolage passif a été supprimé par la gauche en 2016.

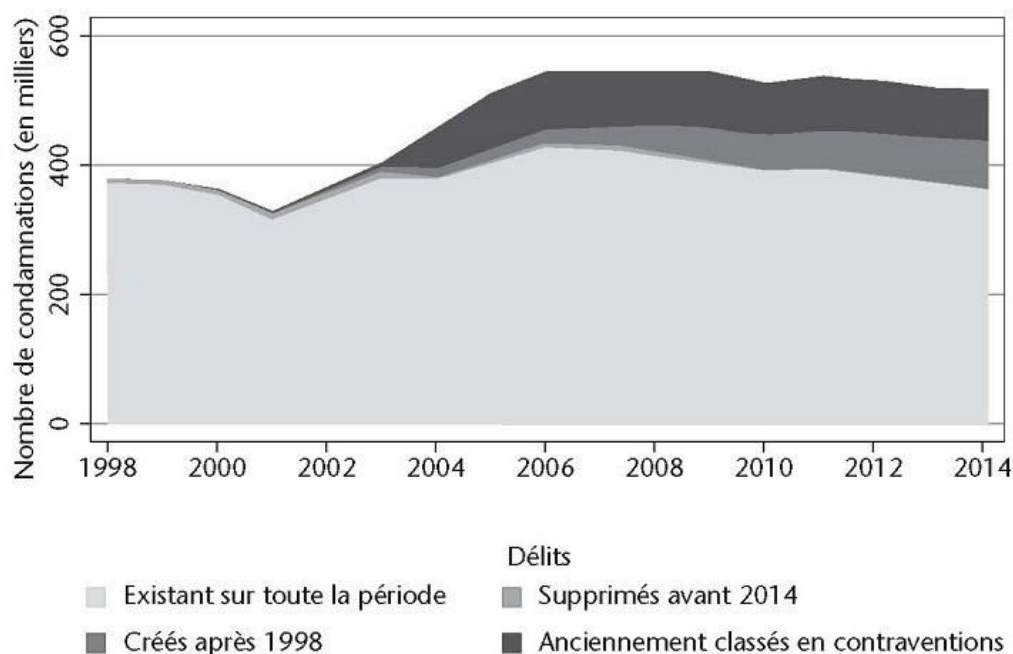
Ordre public et tribunaux

Cependant, dire que le Parlement a créé de nouvelles infractions ciblant toujours plus de comportements et en particulier ceux des pauvres ne suffit pas à dire que la sphère pénale s'est effectivement étendue. Encore faut-il pour cela que les tribunaux s'en saisissent. Afin de déterminer l'importance des créations d'infractions dans le flot des affaires jugées, j'ai croisé les données du casier judiciaire national – recensant toutes les condamnations – avec celles décrivant les dates de création ou de suppression des types d'infraction. Cela permet de suivre le nombre de faits relevant d'anciennes ou de nouvelles infractions. On peut ainsi regarder si les jugements pour racolage passif ou mendicité agressive représentent un volume important en comparaison des cas de vols, de violences et autres délits ^[19].

La figure 1.2 présente, pour chaque année entre 1998 et 2014, le nombre de condamnations pour des délits créés avant 1998 et existant sur toute la période (en gris clair), créés avant 1998 et supprimés à un moment entre 1999 et 2014 (en gris), et créés après 1998 (en gris foncé). Pour être complet, j'ai également représenté, en noir, les délits issus de correctionnalisation sur lesquels nous reviendrons plus tard. Notons simplement, pour l'instant, qu'il s'agit de créations de délits mais pas de créations d'infractions. Ces « natures d'infraction » étaient déjà

poursuivies au début de la période, en tant que contraventions, et elles ont « simplement » changé de catégorie pénale.

Figure 1.2. Nombre de délits condamnés par an et par catégories



Note : année de commission des infractions, jugement dans les trois ans suivants.

Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Indépendamment de la question des correctionnalisations, la première chose qui frappe sur la figure 1.2, c'est que les délits supprimés entre 1998 et 2014 n'étaient pratiquement pas utilisés avant leur disparition (la zone en gris intermédiaire est quasiment invisible sur le graphique). Leur suppression ne

relève donc pas d'un processus d'acceptation de tel ou tel comportement, mais simplement de l'entérination d'un état de faits : ces délits étaient tombés en désuétude ^[20] .

Pour ce qui est des délits créés sur la période, ils représentent une proportion des affaires jugées qui reste modeste. En 2014, environ 56 000 condamnations concernaient des infractions récemment introduites dans le Code, soit 11 % du total. Cette proportion recouvre en réalité intégralement un petit nombre de nouveaux délits. Sur environ 3 200 nouveaux types de délits créés entre 1998 et 2014, 2 600 (81 %) n'ont jamais été utilisés en 2014 et 500 (14 %) l'ont été moins de dix fois.

De plus, les quelques nouveaux délits utilisés par les juridictions sont essentiellement des sous-divisions de catégories préexistantes. Sur les 56 000 condamnations de 2014 évoquées, 19 000 ont sanctionné des conduites sous l'emprise de stupéfiants (sachant que consommer des stupéfiants a toujours été interdit), 2 500 de plus des conduites sous l'emprise de stupéfiants et d'alcool, 14 000 des conduites sans permis suite à un retrait de tous les points (sous-cas de la conduite sans permis), 6 000 des vols spécifiques ^[21] , etc. Les délits créés en 2003 n'ont, eux, fait l'objet que de très peu de jugements. En 2014, on dénombrait huit condamnations pour mendicité agressive, dix-sept pour « racolage passif » et vingt-cinq pour rassemblement dans un hall d'immeuble.

À ce stade, la situation est quelque peu paradoxale. Le Parlement français a, entre 1998 et 2014, légiféré de manière

frénétique, créé une multitude de délits dont certains incriminant des comportements extrêmement communs et, pourtant, cette débauche d'énergie ne se retrouve pratiquement pas dans les décisions de justice. Comment l'expliquer ? Par deux raisons. Ou plutôt une seule avec deux sous-cas : le Parlement n'a pas créé ces délits afin de modifier le travail des juges ou des acteurs judiciaires en général, mais afin d'affecter deux autres groupes de personnes : le grand public d'une part ; les forces de l'ordre d'autre part.

Le premier sous-cas, nous l'avons évoqué plus haut. Lorsque le pouvoir politique crée le délit de violence par chien dangereux ou condamne le fait d'« imposer à autrui de dissimuler son visage », il ne fait qu'envoyer un signal politique. Qu'importe que ces comportements soient déjà proscrits, il s'agit simplement de réagir à une actualité en « faisant quelque chose » et en montrant sa préoccupation pour un problème.

Le second public ciblé, les policiers et les gendarmes, est plus intéressant. L'idée est la suivante : certains délits n'ont pas réellement vocation à donner lieu à des condamnations mais servent plutôt à donner des fondements juridiques à certaines actions des forces de l'ordre. Imaginez plutôt : élu conservateur, vous souhaitez répondre à la demande de votre électorat de faire ses courses dans un centre-ville dénué de vagabonds potentiellement bruyants et vaguement patibulaires. Dans la pratique, déloger lesdits vagabonds peut être difficile. En l'absence de bagarre ou de tapage, sur quelle base leur imposer de quitter les marches de la chapelle ou les bancs du petit

square ? Le délit de mendicité agressive est là pour répondre à ce type de problème. Grâce à lui, les forces de l'ordre peuvent refouler certains individus considérés comme gênants sous la menace d'une arrestation sur la base du nouveau délit. Il en va de même pour les jeunes rassemblés dans les halls d'immeubles ou les prostitué(e)s sur les trottoirs. Grace aux délits créés par la loi sur la sécurité intérieure de 2003, les agents de police et de gendarmerie ont pu expulser mendiants et travailleurs du sexe en périphérie des villes, soustrayant cette misère à la vue des honnêtes gens... et détériorant considérablement les conditions d'existence des marginalisés ^[22] .

Les manifestations des « gilets jaunes » de 2018 fournissent un exemple documenté de ce mécanisme. À la suite du « saccage » de l'Arc de triomphe début décembre, plusieurs journaux ont rapporté les vagues d'arrestations effectuées par la police, les week-ends suivants, en amont des rassemblements ^[23] . Ces arrestations ont été possibles sur la base du délit de « participation à un groupement en vue de commettre des dégradations et des violences », créé en 2010. Là encore, peu de ces interventions ont donné lieu à des condamnations par les tribunaux, mais, grâce à la nouvelle infraction, les forces de l'ordre ont pu retarder l'arrivée de manifestants, réduire leur équipement en confisquant du matériel, voire empêcher certains de participer au cortège en les plaçant en garde à vue.

Choisir des sanctions

L'image est connue : le 2 mars 1757, Damiens, régicide raté de Louis XV, est condamné à faire amende honorable, à être tenaillé, brûlé au pois, au plomb, à la résine... et enfin à être écartelé par quatre chevaux en place de Grève. Son supplice ouvre *Surveiller et punir*, l'ouvrage de Michel Foucault paru en 1975. Il vient illustrer les châtiments de l'Ancien Régime, ancrés dans le corps des condamnés. En miroir, Foucault présente le règlement, l'emploi du temps de la maison pour jeunes détenus à Paris, rédigé trois quarts de siècle plus tard. La succession de séquences proprement ordonnées rythmant des journées qu'on imagine mornes et systématiques contraste avec la grandiloquence précédente d'une sorte de cruauté d'État. L'hiatus entre ces deux peines sert de point de départ à l'auteur pour interroger le passage du supplice au régime disciplinaire et, ainsi, retracer la genèse de la prison.

De fait, la loi ne se contente pas de définir ce qui est proscrit, elle cadre aussi les sanctions infligées en cas de violation des interdits. Et, en la matière, la variété d'Ancien Régime a été remplacée par une grande homogénéité. Depuis l'abolition de la peine de mort dans la majorité des pays développés ^[24], l'enfermement s'est aujourd'hui clairement imposé, dans les sociétés occidentales, comme la peine de référence – en plus de l'amende venant sanctionner les infractions de plus faible gravité. En France, les quelques tentatives de diversification se sont soldées par des échecs retentissants. On peut en noter au moins trois récentes. La dernière à avoir été débattue est la déchéance de nationalité. Relancée sans succès par François Hollande en 2015, elle a essentiellement servi à lui faire perdre

le peu de soutien qu'il avait encore dans l'électorat de gauche. Calcul politique hasardeux, la proposition dut finalement être retirée avant même d'être débattue.

La deuxième mesure, également soumise par le pouvoir socialiste – mais quant à elle votée –, est la « contrainte pénale ». Le projet était beaucoup plus ambitieux. Il s'agissait de proposer une réelle alternative à la prison, sans référence à celle-ci, composée de diverses contraintes en milieu ouvert. Le problème est qu'en dehors de l'évolution sémantique, importante mais symbolique, la « contrainte pénale » s'avérait en pratique quasiment identique à une peine déjà existante : le sursis avec mise à l'épreuve (SME) ^[25]. Là encore, le calcul politique se révéla hasardeux : adoptée après des mois de critiques sur le laxisme supposé du gouvernement, la mesure ne fut pratiquement pas appliquée ^[26]. La contrainte pénale disparut sans tambour ni trompette en 2019.

La troisième mesure, la « rétention de sûreté », a été votée en 2008 et maintenue depuis. Bien qu'il ne s'agisse officiellement pas d'une peine, mais d'une mesure de sûreté, c'est en réalité un faux-nez de la prison. En effet, l'idée n'est pas de punir une personne pour ce qu'elle a fait mais de garder enfermés les individus considérés comme toujours dangereux après leur peine – les condamnés pour mœurs étant clairement visés. Malgré tous les efforts de ses promoteurs pour en faire une nouveauté destinée à aider et à soigner, la rétention de sûreté reste un dispositif où des gens sont détenus entre quatre murs : une prison, donc. Partiellement censuré à sa sortie, le texte n'a

pratiquement pas été appliqué depuis treize ans, et sa principale contribution a été de fragiliser les fondements du droit pénal, basé sur le fait de sanctionner des actes et non une « dangerosité » qu'il ne parvient pas à définir. Troisième échec.

Reste donc, au centre, la prison.

Définir des maximums

En termes d'incarcération, la loi peut définir les sanctions associées aux infractions de manière plus ou moins précise. Deux objectifs entrent ici en contradiction. Plus elle est précisément définie, plus la peine est lisible, simple, homogène d'une région à l'autre, d'une cour à l'autre, d'un juge à l'autre. Cependant, plus elle est précise, moins elle peut être adaptée à la situation du condamné, aux circonstances du délit, moins elle peut être modulée selon que le voleur a agi par faim ou par avidité, selon que le poing est parti par peur, par vengeance ou par méchanceté. Autrement dit, une sanction automatique risque fort de n'être pas toujours « strictement et évidemment nécessaire », comme l'exige l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Ce dilemme se pose à tous les pays, chacun trouvant une solution propre s'étalant le long d'un continuum allant de peines vaguement bornées par un maximum à des grilles rigides et contraignantes associant à chaque profil

succinctement défini un panel de sanctions strictement limité. La France se situe, pour l'essentiel, dans le camp des pays laissant une large part d'appréciation et d'adaptation aux magistrats. Des contraintes existent, mais il s'agit plutôt de l'exception. Le prochain chapitre leur est consacré.

Le plus souvent, la règle est la suivante : à une infraction est associée, dans le Code pénal, une peine maximale exprimée en jours de prison et en montant d'amende. Par exemple, selon l'article 311-3 : « Le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. » Deux subtilités sont importantes ici. Premièrement, quand il est écrit « est puni de », il faut lire « est puni *au maximum* de », ce qui change nettement le sens du texte. Deuxièmement, un « maximum d'emprisonnement de trois ans » doit se comprendre *toutes peines confondues*. Or, comme on l'a évoqué au début de cet ouvrage, trois peines de prison sont possibles : ferme, sursis simple, sursis avec mise à l'épreuve. Dans le cas du vol, c'est la somme des trois qui ne peut excéder trois ans.

Les peines maximales associées aux infractions par le Code pénal, appelées « encourus », sont censées refléter la gravité des actes et le niveau de réprobation sociale qu'ils suscitent. Elles déterminent également la procédure utilisée selon l'idée que des garanties plus grandes sont requises lorsque la punition possible est plus élevée : pas de juge ou un juge unique pour les contraventions qui ne peuvent être punies de prison ; trois juges pour les délits passibles au maximum de dix ans ; un juge

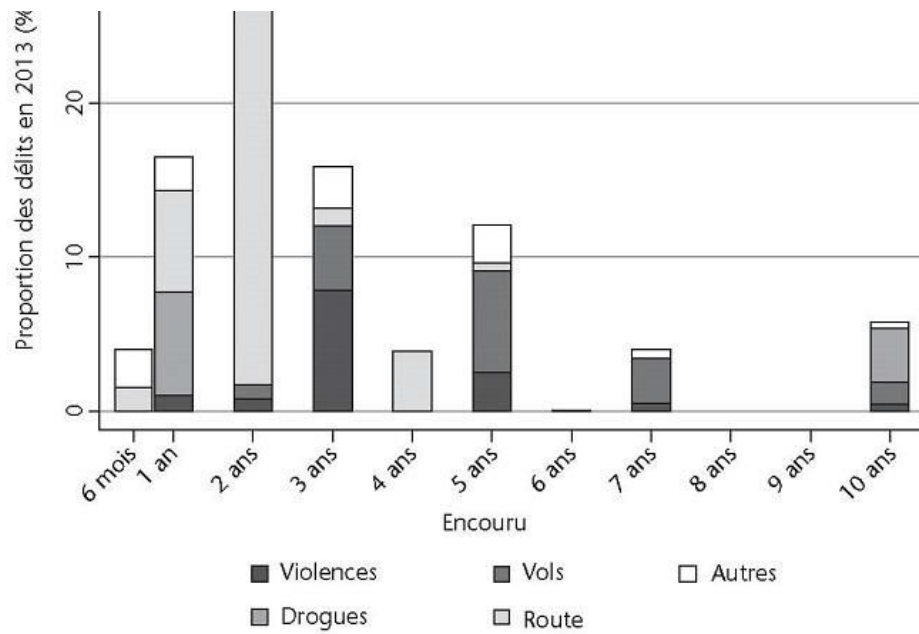
d'instruction obligatoire en amont du procès, des jurés et une longue audience pour les crimes.

Comment ces encourus sont-ils répartis ? Là encore, on peut aborder la question de deux façons différentes : soit en raisonnant en fonction des catégories existant dans le Code et en regardant combien de délits ou de crimes – combien de « natures d'infraction » – sont passibles de telle ou telle peine ; soit en raisonnant en fonction des jugements et donc en regardant combien de personnes jugées étaient effectivement passibles de telle ou telle peine. Cependant, comme on l'a vu dans la première partie de ce chapitre, un grand nombre de natures d'infraction définies par le Code ne sont, en pratique, jamais utilisées par les juridictions. De ce fait, la première approche présente peu d'intérêt ^[27] .

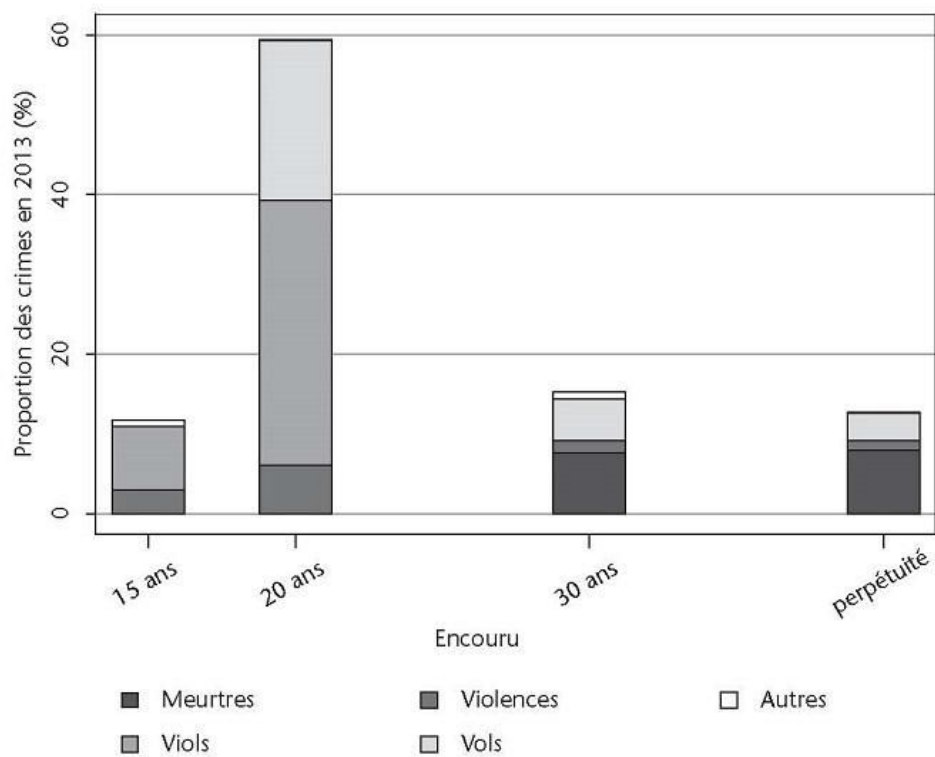
Adoptons donc la seconde et intéressons-nous non seulement à la façon dont se distribuent les encourus en pratique, mais aussi à la façon dont ils se répartissent par grandes catégories d'infractions. Cette distribution est présentée sur la figure 1.3. Chaque barre indique la proportion des délits (sous-figure a) ou des crimes (sous-figure b) jugés en 2013 étant passibles de telle ou telle peine. Les nuances de gris indiquent le type d'infraction.

Figure 1.3. Distribution des crimes et délits par encouru et type d'infraction en 2013





a Délits



b Crimes

Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la

Justice.

À première vue, la majorité des délits jugés en 2013 étaient passibles d'un, deux ou trois ans de prison. Cependant, cette distribution découle du fait que les délits routiers, nombreux comme on l'a vu précédemment, sont souvent passibles de deux ans de prison (et, dans une moindre mesure, d'un an et quatre ans). Si l'on exclut ces infractions, la majorité des délits restants étaient passibles de trois, cinq et dix ans, et les encourus de moins de trois ans étaient relativement rares. La composition des délits les plus graves est un peu surprenante : alors que les violences sont généralement considérées comme les faits les plus traumatisants, ce sont des délits sans victimes directes qui constituent la majorité des faits passibles de dix ans de prison : les trafics de stupéfiants.

Du côté des crimes, l'encouru le plus fréquent est de vingt ans, principalement du fait des viols aggravés (le viol simple est passible de quinze ans). Logiquement, on retrouve surtout des meurtres (pris au sens large) dans les deux catégories les plus graves du Code pénal : les faits passibles de trente ans et de perpétuité.

Un cadre lâche

Ces encourus sont élevés. Très élevés. Si les personnes jugées pour délit en 2013 avaient reçu des peines de prison ferme ne

serait-ce qu'égal à un quart des encourus, le taux d'incarcération français aurait été proche de celui des États-Unis. Près de six fois supérieur à ce qu'il a effectivement été.

En réalité, les peines de prison totales (c'est-à-dire la somme du ferme, du sursis et du sursis avec mise à l'épreuve) ont représenté, en moyenne, 7,9 % de l'encouru. La part ferme de ces sanctions, 3,6 % ^[28]. Même si l'on ne regarde que les condamnés ayant eu au moins un jour de prison, la proportion moyenne de l'encouru était de 18 % – 8,4 % pour la seule part ferme.

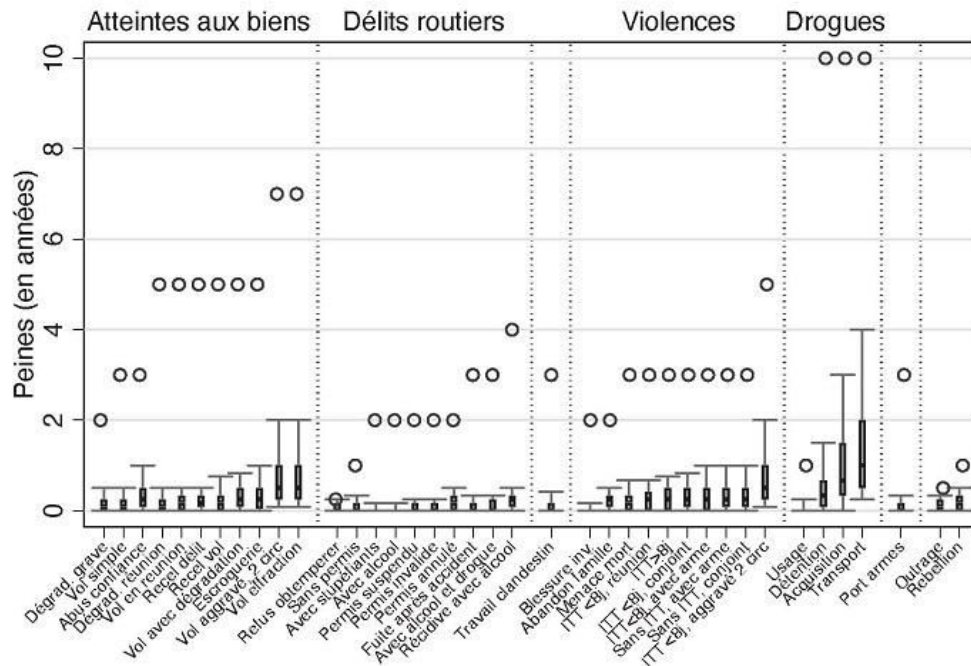
Est-ce un problème ? Pas forcément. Les encourus constituent des maximums. Ils n'ont pas nécessairement vocation à être atteints à chaque fois. Ils servent, d'abord, à ranger, à ordonner les infractions selon leur gravité. Un délit passible de cinq ans de prison est censé être, en moyenne, plus sévèrement condamné qu'un délit passible de trois ans. Ils servent, ensuite, à donner une borne supérieure pour les cas les plus graves.

Examinons ces deux réponses d'un peu plus près. Sur la figure 1.4, j'ai représenté les peines et encourus pour les délits ayant donné lieu à plus de 2 500 condamnations en 2013. Ces 39 infractions représentent, à elles seules, près de 80 % des jugements. Sur la figure, les délits sont classés par grande catégorie avec, de gauche à droite, les atteintes aux biens (onze types de délits), les délits routiers (dix), les atteintes à la législation sur les étrangers (un), les violences (dix), les infractions à la législation sur les stupéfiants (quatre), les

infractions à la législation sur les armes (un), les outrages et rébellions contre des dépositaires de l'ordre public (deux). Au sein de chacune de ces catégories, les délits sont classés de gauche à droite par ordre croissant d'encouru (dont la valeur est indiquée par un petit rond). Par exemple, les dégradations graves sont passibles de deux ans de prison, soit moins que les vols simples, passibles de trois ans, moins que les vols en réunion, passibles de quatre ans, etc.

Ce qui est intéressant, sur cette figure, c'est qu'en plus des encourus j'ai présenté, pour chaque délit, une « boîte à moustache » : un petit rectangle surmonté de segments. Ce joli petit élément graphique donne, pour chaque délit, une idée de la distribution des peines. Le bas du rectangle indique la limite sous laquelle se situent les 25 % des peines les plus faibles (le premier quartile ou vingt-cinquième percentile). Le haut du rectangle indique la limite au-delà de laquelle se situent les 25 % des peines les plus élevées (le troisième quartile ou soixante-quinzième percentile). Le trait noir environ au milieu du rectangle donne la médiane (c'est-à-dire le niveau au-dessous duquel on trouve 50 % des décisions et au-dessus duquel on trouve... l'autre 50 %). Depuis le rectangle partent un segment vers le haut et, éventuellement, un autre vers le bas. Les extrémités de ces segments indiquent deux autres seuils : vers le haut, la limite au-dessus de laquelle on trouve les 10 % des peines les plus élevées ; vers le bas, la limite des 10 % les moins sévères.

Figure 1.4. Distribution de peines de prison (boîtes à moustache) et encourus (ronds vides) des principaux délits punis en 2013



Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Prenons un exemple avec la boîte à moustache la plus étendue : la quatrième en partant de la droite informant sur la distribution des peines pour transport de stupéfiants. Ce que nous dit la figure, c'est que 90 % des peines sont inférieures à quatre ans de prison (la barre du segment la plus haute), que 75 % des peines sont inférieures à deux ans (le haut du rectangle), que la médiane se situe à un an (barre au milieu du rectangle), que 25 % des peines sont inférieures à six mois (bas du rectangle) et que 10 % des peines sont inférieures à deux

mois (barre du segment du bas). En plus de cette distribution, le rond vide indique que l'encouru est de dix ans.

Alors, que montre cette figure ? Ce qu'il faut penser du bien-fondé des deux justifications données plus haut aux maximums élevés ! Les encourus rangent-ils les délits par ordre de gravité ? Oui. Un peu. Mais de manière très imparfaite. Sont-ils élevés pour permettre de punir les cas les plus graves ? Non. Pas du tout.

Élaborons un peu. La première chose qui saute aux yeux sur la figure 1.4, c'est l'écart entre les encourus et les peines. Même le quatre-vingt-dixième quantile, qui donne une bonne idée du niveau des peines les plus sévères par délit, est très loin de l'encouru. À deux exceptions près (« outrages à une personne dépositaire de l'ordre public » et « refus d'obtempérer »), cette borne est systématiquement inférieure à la moitié de la peine maximale. Si j'avais représenté le quatre-vingt-quinzième percentile, le résultat serait identique. Même en s'intéressant aux 1 % des peines les plus sévères, on ne dépasse la moitié de l'encouru que pour quelques délits.

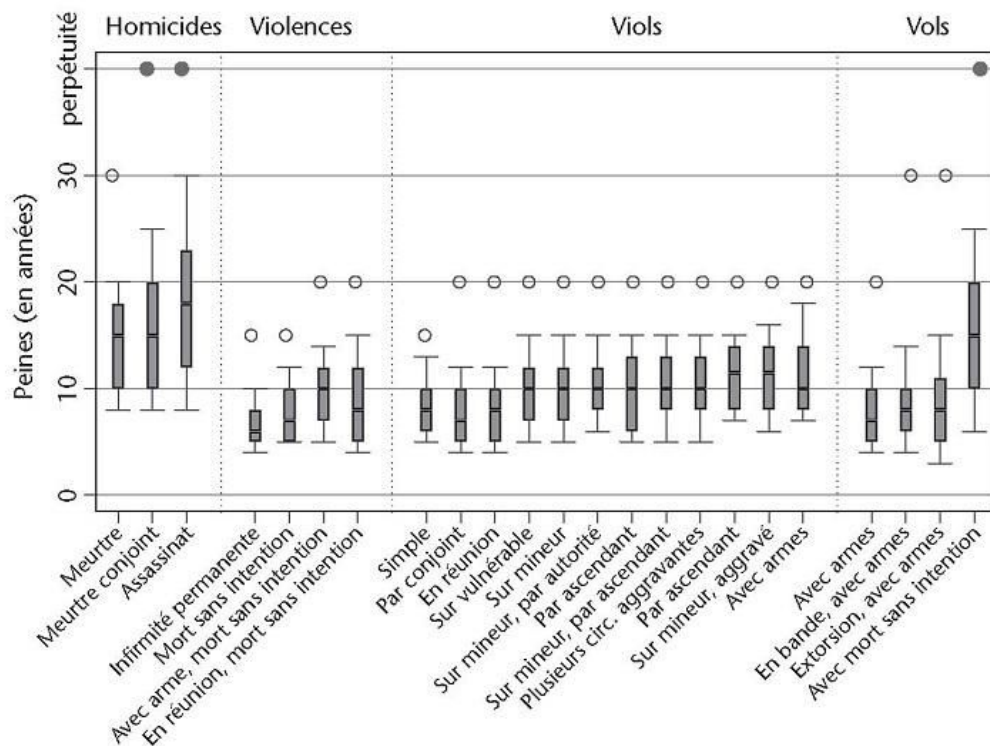
Encore une fois, j'ai présenté ici les peines de prison totales. Si on se restreint aux parts de prison ferme, ce que l'on entend par « peine de prison » dans le langage commun, l'écart est encore plus abyssal : les 1 % des peines de prison ferme les plus sévères n'atteignent pratiquement jamais la moitié de l'encouru.

La seconde chose qu'on peut observer sur la figure, c'est que les peines prononcées semblent effectivement augmenter à peu près avec les encourus, mais que cela n'est vrai qu'*au sein de chaque grande catégorie de délits*. Par exemple, on voit que les violences passibles des sanctions les plus lourdes – cinq ans pour les « violences avec interruption temporaire de travail (ITT) de moins de huit jours aggravées par deux circonstances » – sont plus sévèrement punies que les sept autres catégories ayant des maximums de trois ans. Il en va de même au sein des atteintes aux biens, des délits routiers ou des infractions à la législation sur les stupéfiants : plus les encourus sont élevés, plus les peines sont lourdes. Mais ce n'est plus vrai d'une catégorie à l'autre. Les violences passibles de trois ans sont plus sévèrement sanctionnées que les vols passibles de cinq ans ou les délits routiers passibles de quatre ans.

Ces deux constats – distance considérable entre encourus et peines (même les plus sévères) et corrélation réelle mais loin d'être parfaite entre les deux – se retrouvent au-delà des trente-neuf délits principaux présentés dans la figure 1.4. D'une part, sur l'ensemble des condamnations de 2013, 95 % des peines de prison totales étaient inférieures à un tiers de l'encouru et moins de 1 % dépassaient les deux tiers. D'autre part, si, globalement, les peines augmentent avec l'encouru ^[29], elles sont, pour un même maximum défini par le Code pénal, plus sévères pour les violences. Plus précisément, pour un même encouru, des individus présentant les mêmes caractéristiques (antécédents, âge, genre, délai de jugement, etc.) recevront des peines plus lourdes pour des violences que pour des atteintes

aux biens, et plus lourdes pour des atteintes aux biens que pour des atteintes à la législation sur les stupéfiants ou des délits routiers. Si ce principe rejoint la préoccupation de nos sociétés à l'égard de la sécurité physique et la réprobation de la violence, cette hiérarchie est ici décidée par les juges au-delà de ce que prévoient les textes.

Figure 1.5. Peines de prison et encourus des principaux crimes punis de 2010 à 2015



Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Le même type d'analyse peut être mené sur les crimes. Pour la figure 1.5, j'ai pris en compte tous les crimes commis entre 2010

et 2015 (inclus) afin d'augmenter la taille de l'échantillon (pour rappel, il y a, chaque année, 2 000 à 3 000 crimes jugés contre plus de 600 000 délits). Le graphique présente les mêmes informations que précédemment – encourus figurés par des petits ronds, « boîtes à moustache » indiquant la médiane ainsi que les percentiles 10 (ligne du bas), 25 (bas du rectangle), 75 (haut du rectangle) et 90 (ligne la plus haute) – pour les crimes ayant donné lieu à plus de cent jugements. Les ronds gris (meurtre de conjoint, assassinat) indiquent des encourus de « prison à perpétuité ».

La première chose qu'on observe sur la figure 1.5 est que, comme pour les délits, les peines tendent à augmenter avec l'encouru. Les peines pour assassinat (passibles de perpétuité) sont plus sévères que pour meurtre (trente ans), les peines pour vol avec violence ayant entraîné la mort (perpétuité) sont plus sévères que pour vol avec armes (vingt ans), etc. Là encore, cela n'est vrai qu'au sein des catégories : les viols passibles de vingt ans sont plus sévèrement punis que les vols passibles de trente ans.

Ce qui saute également aux yeux est que l'hiatus entre peines et encourus est ici beaucoup moins grand. De fait, là où les délits reçoivent, en moyenne, des sanctions égales à 7,9 % de l'encouru, les crimes sont punis de quantums équivalents à 44,6 % du maximum ^[30] !

Crédibilité et peines relatives

Ces différences entre les sanctions prévues par le Code pénal et les pratiques des juridictions sont-elles problématiques ? En soi, on pourrait se dire que tant que les décisions suivent à peu près l'ordre décidé par le Parlement, tout va bien. La très grande sévérité des encourus ne serait alors qu'une sorte de grandiloquence du Code visant à imposer le respect. On pourrait même trouver un fondement rationnel à ce grand écart. Il s'agirait d'impressionner les ignorants, de dissuader le plus grand nombre en se faisant menaçant, sans pour autant assécher les finances publiques ni briser les coupables.

Le problème est que, à jouer à ce jeu, on risque fort de perdre toute crédibilité. Trois problèmes se posent. Premièrement, la différence entre les peines prévues par le Code pénal et les sanctions effectivement prononcées est probablement un des moteurs de l'accusation de laxisme proférée contre les juges. En effet, si l'on en croit les enquêtes d'opinion, de nombreux Français trouvent les sanctions pénales trop peu sévères. Ces critiques sont relayées par une part croissante de la classe politique, en particulier à droite et à l'extrême droite. Or, j'y reviendrai plusieurs fois dans cet ouvrage, la majorité d'entre nous n'avons probablement pas *a priori* d'idées très claires de la condamnation qui devrait sanctionner tel ou tel délit. Si la hiérarchie des infractions en termes de gravité est en général assez intuitive (un vol de sac à main est moins grave que des violences sur mineur, brûler une voiture est plus grave que fumer un joint), le niveau des peines requises pour les sanctionner est, lui, plus flou. Une violence volontaire répétée mérite-t-elle six mois de prison ? un an ? deux ans ? ferme ?

avec sursis ?... Dans ces conditions d'incertitude de notre propre opinion, et en l'absence de connaissance précise des peines réellement prononcées chez la plupart des gens, l'encouru inscrit dans le Code pénal agit sans doute comme une « ancre ^[31] », un repère mental, un point de référence auquel on compare la peine qui est effectivement prononcée.

Or, lorsque nous sommes confrontés à des décisions de justice – les déboires de telle ou telle célébrité, des faits divers plus ou moins sordides ou considérés comme révélateurs (quand ils ne sont pas simplement là pour combler l'actualité ennuyeuse d'un milieu d'été) –, la même séquence se répète. Notre média favori nous informe que, dans l'affaire X qu'on s'apprête à juger, l'accusé encourt une peine de trois, cinq, sept ou dix ans... avant, quelques jours plus tard, de nous annoncer une peine effective d'un an, dont neuf mois avec sursis. Face à un tel contraste, difficile de ne pas ressentir un vague sentiment de clémence, voire de laxisme, sentiment renforcé par la confusion permanente entre prison au sens juridique (large) du terme et prison dans l'acception commune (ferme).

Le deuxième problème est que ce sentiment de laxisme ne s'imprime probablement pas de la même manière pour tous les types d'affaires. Dans la pratique, les informations qui nous parviennent passent au filtre des médias et ne sont pas, loin s'en faut, un reflet fidèle de la diversité des cas jugés. Les affaires « politico-médiatiques », les délits particulièrement violents et les crimes sont surreprésentés ^[32]. Dans cet ensemble, il peut sembler que la justice est particulièrement

laxiste... avec les puissants. On l'a dit, les crimes sont, dans les faits, punis de quantums représentant près de la moitié des encourus. En comparaison, les délits dont se rendent coupables les hommes et les femmes politiques ou les dirigeants de grandes entreprises peuvent paraître peu sévèrement sanctionnés si on raisonne uniquement en proportion du maximum. Pourtant, si l'on regarde les jugements récents, ce n'est plus le cas. Ces dernières années, les sanctions en matière politico-financière ont été plutôt lourdes, dans l'absolu et en comparaison de l'encouru ^[33]. Mais en comparaison de celles reçues pour d'autres délits médiatisés, généralement particulièrement graves, et, plus encore, en comparaison des crimes, ces peines peuvent paraître faibles et alimenter la défiance vis-à-vis de la classe politique.

Le troisième problème est que l'écart entre peines et encourus peut donner un sentiment d'impunité au condamné lui-même. Dans un article de 2013, Shawn D. Bushway et Emily Greene Owens se sont ainsi intéressés à la sévérité *relative* des sanctions ^[34]. Ils ont utilisé une réforme ayant eu lieu dans le Maryland, au nord-est des États-Unis. En juillet 2001, une commission de l'État décida de modifier les peines recommandées pour certains délits. L'idée était de faire mieux correspondre les recommandations contenues dans les *sentencing guidelines* (sur lesquels nous reviendrons dans le prochain chapitre) et la pratique des juridictions. La plupart des délits restèrent inchangés, mais, pour onze d'entre eux, les peines furent diminuées de moitié environ. Ce qui est intéressant dans cette réforme, c'est que, contrairement à ce

qu'on voit le plus souvent, le but de la manœuvre n'était pas de modifier les sanctions réelles. De fait, les durées prononcées par les juges tout comme l'application des peines par le système judiciaire restèrent totalement identiques. Seule la recommandation diminua. Ce changement des *guidelines*, sans conséquences pratiques sur les sanctions, aboutit logiquement à ce que, pour les onze délits concernés par la réforme, les peines réelles se mirent à représenter une plus grande proportion des maximums.

Grâce à cette « expérience naturelle », les chercheurs ont pu distinguer l'effet de la sévérité relative de l'effet de la sévérité absolue. Pour les onze délits ciblés, les peines sont devenues, après 2001, plus sévères relativement aux maximums mais identiques dans l'absolu. Comment cela a-t-il affecté les condamnés ? Leur récidive diminua ! Dans l'article, les auteurs calculent qu'augmenter les recommandations de 10 % sans changer les peines réelles conduit à une hausse de la récidive de 1,2 %. Ils interprètent cet effet comme la preuve de l'importance du point de référence et du sentiment d'impunité. Les personnes jugées, ayant appris les peines recommandées dans les *guidelines* au cours du processus judiciaire, auraient l'impression d'une peine peu sévère et d'un système pénal faiblement punitif en recevant une sanction nettement inférieure à ce à quoi ils s'étaient préparés.

Le résultat de cette étude menée dans le Maryland est particulièrement inquiétant pour le cas français. En présentant des encourus très élevés et sans commune mesure avec les

peines prononcées, le système judiciaire produit vraisemblablement un sentiment d'impunité chez certains condamnés et encourage pour partie la récidive.

Pour résoudre ce problème, il y a alors deux solutions. La première consiste à augmenter les peines pour les rapprocher des encourus. En pratique, on l'a évoqué plus haut, imposer en matière délictuelle, des sanctions ne serait-ce qu'égales à la moitié des encourus créerait une pénalité extraordinairement punitive, ferait totalement exploser le système carcéral français et induirait un coût social (pour les individus et pour la société) insoutenable. La seconde solution, suggérée par l'article de Shawn D. Bushway et Emily Greene Owens, serait de baisser les encourus pour les faire davantage correspondre aux pratiques. Est-il vraiment utile de prévoir des peines maximales de trois ans pour vol simple quand 90 % des condamnations sont inférieures à six mois ? Faut-il vraiment menacer de dix ans les détenteurs de stupéfiants pour finalement les condamner à moins d'un an et demi dans l'écrasante majorité des cas ? À mon avis, non. Dans ces conditions, diminuer les peines maximales prévues par le Code pénal constituerait un moyen simple et gratuit de diminuer la récidive et, possiblement, d'améliorer la perception de la justice. C'est pourtant l'inverse de ce qui se produit depuis vingt ans.

De l'hémicycle à la cour

J'ai pour l'instant présenté les encourus comme des caractéristiques fixes associées aux infractions définies par le Code pénal. Ce n'est évidemment pas le cas. La réévaluation, à la hausse, des peines prévues est un des aspects caractérisant le « tournant sécuritaire » décrit par les chercheurs en sciences sociales dans les pays anglo-saxons à la fin du xx^e siècle et, en France, au début du xxi^e siècle. Aux États-Unis, il s'agit du principal moteur de la hausse vertigineuse de l'incarcération dans les années 1980 et 1990. En effet, bien que la guerre contre la drogue ait été l'aspect le plus médiatisé de la politique pénale amorcée avec Ronald Reagan, les infractions à la législation sur les stupéfiants ne comptent aujourd'hui « que » pour environ 20 % des personnes détenues ^[35]. Cela représente des centaines de milliers de personnes incarcérées, mais ne suffit pas à expliquer la multiplication par cinq de la population carcérale en quelques années. Cette hausse traduit en réalité l'augmentation globale des peines, en particulier celles pour violences. Le temps moyen passé en détention par les personnes condamnées pour meurtre est passé de moins de six ans dans les années 1980 à plus de seize ans dans les années 2000 ; pour les auteurs d'agressions sexuelles, il est passé de trois ans environ à plus de six ans ; pour les vols avec violence, de trois à cinq ans ^[36].

Un instrument difficile à manier ?

En théorie, modifier les sanctions est un exercice plus complexe que celui de criminaliser ou décriminaliser des comportements. Il ne s'agit pas seulement de se prononcer sur leur licéité, mais de les situer sur une échelle de gravité. D'une part, cette gradation est censée refléter les perceptions de la population. Si les violences sexuelles sont considérées comme plus graves que d'autres violences physiques, la loi doit les réprimer en conséquence. D'autre part, la hiérarchie des sanctions doit créer une dissuasion cohérente. Ce second aspect est ce que les économistes appellent le problème de la « dissuasion marginale ». L'idée est la suivante. Imaginez un délit A – ne pas trier ses déchets – et un délit B – jeter ses déchets dans une décharge sauvage. Le second délit est plus grave que le premier au sens où il cause davantage de torts à la société : en plus de n'être pas recyclés, les déchets constituent alors une nuisance visuelle et olfactive pour les riverains. La logique consiste donc à punir B plus sévèrement que A. Mais plus sévèrement de combien ? Dans un raisonnement marginaliste, la réponse à cette question est : suffisamment pour que quelqu'un ne triant pas ses déchets n'ait pas, en plus, intérêt à les jeter dans une décharge sauvage. La difficulté est d'autant plus grande que, comme c'est le cas dans cet exemple, le délit le plus grave est aussi le plus dur à repérer. Dans ces conditions, si les peines ne sont pas très différentes, un individu qui se soustrait à l'obligation du tri sélectif serait de surcroît avisé de s'en débarrasser dans la nature afin de limiter le risque de se faire prendre.

Modifier un élément de l'échelle des peines peut avoir un effet sur toute la structure et, éventuellement, la déstabiliser. Cette réalité a parfois été oubliée. Un exemple documenté est celui de l'Italie qui, dans les années 1970 et au début des années 1980, a fait face à une vague d'enlèvements. En 1974, le Parlement italien décida de réagir à ces crimes en alourdissant considérablement la peine à l'encontre du kidnapping. Le problème est que la différence de sanction entre l'enlèvement et le meurtre devint alors relativement faible. Or la probabilité pour des ravisseurs d'être arrêtés est supérieure lorsque leur victime a la vie sauve : elle peut donner des informations à la police, reconnaître les coupables, etc. Dès lors, si les sanctions pour enlèvement et meurtre sont proches, les criminels sont assez peu dissuadés d'assassiner la personne enlevée une fois leurs revendications satisfaites. Le problème était d'autant plus réel qu'une part importante des ravisseurs étaient animés de motivations politiques et étaient donc probablement des acteurs relativement rationnels (par opposition, par exemple, aux violeurs, généralement considérés comme agissant de manière impulsive). De fait, plusieurs économistes italiens ont montré que la proportion des enlèvements qui furent suivis de meurtres augmenta avec l'allongement des peines pour kidnapping et la réduction de l'écart des sanctions pour assassinat qui en résulta ^[37]. Cette proportion ne diminua qu'après 1978, lorsque de nouvelles dispositions furent prises afin d'alourdir les châtiments pour les meurtres consécutifs à des enlèvements, rétablissant ainsi une échelle de gravité cohérente.

Un autre cas a été documenté en Californie dans les années 1990. Dans cet État, un exemple célèbre de *three-strikes law* (sur laquelle nous reviendrons au chapitre suivant) a été voté en 1994. Cette réforme augmenta les peines à l'encontre des personnes récidivant pour la seconde fois dans des proportions considérables. Jugez plutôt. Les peines pour seconde récidive en matière de drogue sont passées de deux ans en 1990-1993 à... vingt-cinq ans entre 1994 et 1999. Pour vol simple en seconde récidive, les peines sont passées au même moment d'un peu plus d'un an à vingt-six ans. Pour violence, elles sont passées de six ans et demi à vingt-trois ans ^[38]. Il s'agit de l'exemple le plus extrême des *three-strikes laws* votées aux États-Unis durant cette période et sans doute d'une des réformes pénales les plus sévères adoptées dans une démocratie moderne.

Une conséquence, probablement involontaire, de cette réforme fut d'écraser totalement l'échelle des peines pour les personnes ciblées. Après 1994, si vous aviez déjà deux condamnations à votre actif, commettre un vol simple ou un vol avec violence, tous deux punis de plus de vingt ans, voire un meurtre, puni par la prison à vie, ne faisait, en termes de risques, plus guère de différence.

Quels ont été les résultats concrets de cette réforme ? Le premier est que les secondes récidives (les troisièmes délits, donc) ont effectivement diminué après la mise en œuvre de la loi ^[39]. C'était là l'objectif premier, et l'inverse eût été étonnant. En effet, même si bon nombre de lois visant à dissuader la

délinquance ou la criminalité ratent leur objectif pour différentes raisons (parce qu'elles ne sont pas connues, parce qu'elles ne changent pas fondamentalement les options des personnes visées, parce qu'elles affectent des délits commis de manière impulsive, etc.) ^[40], la sévérité de celle de 1994 et sa très grande notoriété ^[41] en font un cas à part. On verra notamment au prochain chapitre que d'autres lois inspirées de ce modèle, comme la loi française sur les peines planchers, moins connues et moins sévères, n'ont eu pratiquement aucun effet. Par ailleurs, le niveau exact de la dissuasion induite par les *three-strikes* californiennes fait l'objet de débats ^[42] et il est peu probable qu'il compense son coût humain (pour les personnes arrêtées et leurs familles) et social (pour les finances publiques) extrêmement élevé.

Le second résultat a été... d'augmenter la violence des infractions commises. *A priori* contre-intuitif, il s'agit en réalité d'un effet logique de l'écrasement de l'échelle des peines. Dans le contexte des *three-strikes*, une personne ayant commencé à commettre une troisième infraction n'avait, après 1994, plus rien à perdre. Quoi que cette personne fasse, la sanction, en cas d'arrestation, serait de plus de vingt ans. Dans ces conditions, minimiser la probabilité d'être arrêté, éventuellement en étant violent (en assommant la victime, en se lançant dans une course-poursuite ou en tirant sur la police), devint l'objectif premier. Dans un article de 2008, Rada Iyengar estimait que cet effet représentait une augmentation des infractions violentes lors de la troisième infraction de l'ordre de 9 %.

En France, on a pu s'interroger sur la cohérence de l'échelle des peines à l'occasion des débats sur l'introduction de la rétention de sûreté en 2008. On l'a évoqué, cette réforme a permis, pour un certain nombre d'infractions graves, de maintenir une personne condamnée en détention à l'issue de sa peine, au motif de sa « dangerosité ». Quoique la rétention ne soit pas, théoriquement, une peine, elle y ressemble tellement qu'on peut, pour notre propos, assimiler son introduction à un allongement des sanctions.

Si le projet de maintenir enfermées les personnes « dangereuses » une fois leur peine purgée était dans l'air depuis un bon moment ^[43], sa réactivation à la demande expresse du président de la République (Nicolas Sarkozy) fit suite à un crime sexuel commis sur un mineur par un récidiviste sortant tout juste de prison (Francis Evrard). Le premier texte proposé (le projet de loi) restreignait l'usage de la rétention de sûreté aux personnes condamnées à une peine supérieure ou égale à quinze ans pour des crimes commis sur des mineurs de moins de quinze ans ^[44]. Si cet ensemble d'infractions semblent *a priori* cohérentes, la restriction n'en pose pas moins problème. En effet, un meurtre, passible de trente ans de prison, est considéré comme un crime plus grave qu'un viol sur mineur, passible de vingt ans. Le projet de loi proposait donc d'introduire des peines potentiellement infinies pour certains crimes sexuels, sans changer la sanction des homicides, inversant ainsi l'échelle des peines et faisant peser un risque de diminution de la « dissuasion marginale ». En théorie, il aurait alors mieux valu tuer la victime d'un viol,

puisque la sanction possible était moins sévère et le risque d'arrestation potentiellement plus faible. Ce problème fut « résolu » au moment des débats parlementaires : la mesure fut étendue à tous les crimes punis de plus de quinze ans de prison.

Une activité parlementaire frénétique **(bis)**

Si changer les peines est susceptible d'affecter toute la structure du Code et la hiérarchie de gravité des faits, cela n'a pas vraiment freiné les ardeurs réformatrices du Parlement. De fait, comme on l'a déjà aperçu avec plusieurs exemples, les encourus ont été régulièrement modifiés au cours des vingt dernières années. Afin d'étudier cette activité législative de manière plus systématique, on peut, là encore, commencer par compter le nombre de changements par an. À cette fin, j'ai de nouveau utilisé la nomenclature des « natures d'infraction ». Pour chaque année de 1995 à 2015, j'ai mesuré le nombre de contraventions, de délits ou de crimes dont les peines maximales ont augmenté ou diminué. Pour simplifier, j'ai compté les modifications en termes d'amende pour les contraventions et les modifications en termes de prison pour les délits et les crimes. Les changements de catégorie (transformation d'un délit en crime ou d'une contravention en délit et *vice versa*) sont pour l'instant exclus (on y reviendra un peu plus loin). L'évolution est présentée sur la figure 1.6.

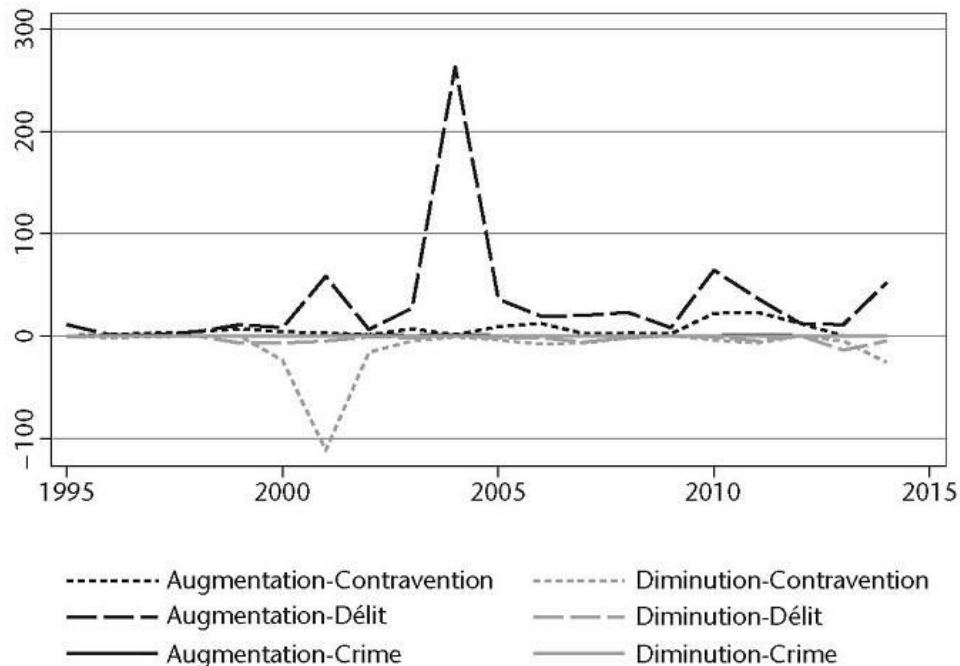
Au début de la période, le nombre de changements est faible. En un sens, c'est assez normal : le nouveau Code pénal vient juste d'entrer en vigueur. On peut imaginer que le législateur trouve pertinent d'ajouter une sous-catégorie ou un type de faits qui auraient été oubliés (comme on l'a vu plus haut), mais changer les encourus qui viennent d'être décidés reviendrait à se dédire.

À partir du début des années 2000, les changements se font plus nombreux, avec en particulier un pic en 2004 (dû à la loi « Perben 2 »). Comme pour les « créations » d'infractions étudiées précédemment, on peut voir que les alourdissements de sanctions sont nettement plus fréquents que les diminutions. Pour les délits, on dénombre environ 670 hausses sur la période contre 60 baisses du quantum maximum de prison. Par ailleurs, ces diminutions n'en sont pas toujours tout à fait : 32 d'entre elles (53 %) sont des réductions de la peine de prison maximale couplées à des augmentations de l'amende maximale possible.

On peut quand même observer que le nombre de changements d'encourus est plus faible que le nombre de créations de catégories. Cela peut s'expliquer par le fait qu'une partie des créations, comme on l'a noté plus haut, sont en réalité des « hausses » déguisées. Plutôt que d'augmenter la peine de prison maximale d'un délit A, le législateur crée souvent un délit A', sous-catégorie de l'infraction générique qui sera plus sévèrement punie. On peut proposer deux interprétations à ce phénomène. La première est qu'augmenter les peines seulement pour un sous-ensemble permet de ne pas trop tirer

toute la structure des sanctions vers le haut. La seconde, à mon sens plus probable, est que créer une nouvelle sous-catégorie permet, politiquement, de montrer ce sur quoi on met l'accent. On l'a évoqué avec le cas du niquab, cela peut aboutir à des changements absurdes, mais, au moins, tout le monde sait ce (et ceux) que le législateur cible.

Figure 1.6. Nombre d'augmentations et de diminutions des peines maximales prévues par le Code pénal par an et par type d'infraction

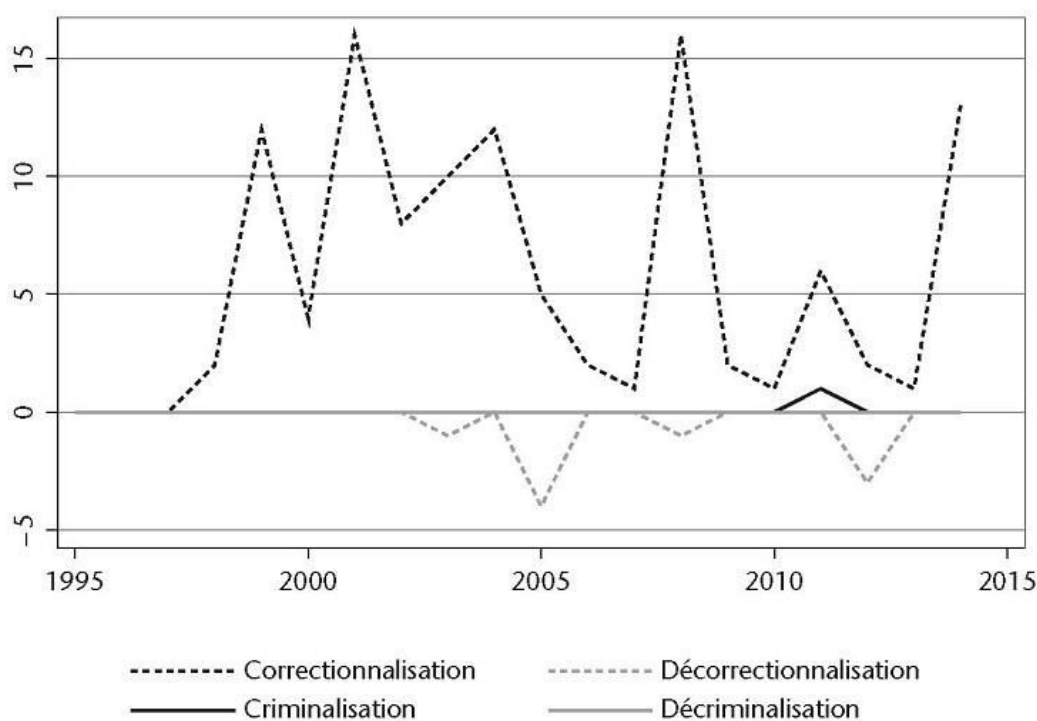


Source : Table des encourus, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

À ces changements de peine maximale s'ajoutent les changements de catégorie pénale, qui ne sont en réalité que des

hausse ou des baisses ayant la particularité de franchir une limite plus ou moins arbitraire. Quatre cas sont possibles : des contraventions transformées en délits (correctionnalisation) – soit le passage d’une peine maximale de prison de zéro à une peine maximale de prison supérieure à zéro –, des délits transformés en crimes (criminalisation) – soit une augmentation de la peine maximale au-delà des dix ans – et l’inverse de ces deux cas. La figure 1.7 présente la fréquence de ces événements.

Figure 1.7. Nombre de changements de catégorie pénale par an



Source : Table des encourus, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Les changements de catégorie pénale sont rares en comparaison des changements d'encouru ou des créations de délit. Rien de bien étonnant à cela si on les considère seulement comme un type de hausse ou de baisse particulier. Comme dans les cas étudiés précédemment, on peut voir que l'alourdissement de la pénalité est nettement plus fréquent que son allègement. On compte ainsi 9 décorrectionnalisations (transformations d'un délit en contravention) pour un peu plus de 110 correctionnalisations (transformations d'une contravention en délit).

Correctionnalisation n'est pas raison

Cependant, à l'instar des créations d'infractions, quantifier les catégories affectées donne une indication des intentions politiques – en l'occurrence augmenter les sanctions –, mais ne suffit pas à mettre en évidence un effet sur les décisions de justice. Premièrement, et comme dans le cas des créations, le Parlement peut modifier des délits marginaux relativement peu utilisés en pratique. Deuxièmement, les hausses des maximums ne sont pas nécessairement suivies d'effet dans les juridictions.

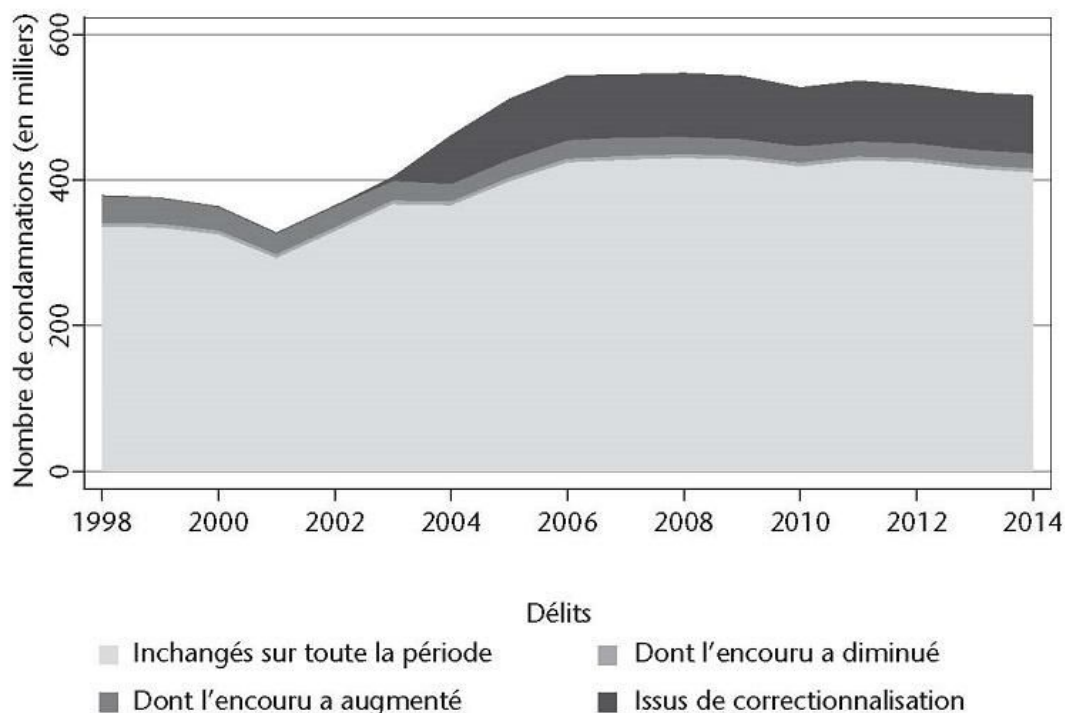
Examinons cela plus en détail. Pour commencer, on peut regarder, dans le casier judiciaire national, le nombre de condamnations par an pour des infractions qui subissent une modification au cours de la période. On peut ainsi compter le

nombre de personnes reconnues coupables d'un délit dont l'encouru a augmenté à un moment ou à un autre entre 1998 et 2015. Cette évolution est présentée sur la figure 1.8. On y voit le nombre de personnes condamnées pour un délit dont la peine maximale n'évolue pas sur la période (en gris clair), pour un délit dont l'encouru diminue (gris) ou augmente (gris foncé), et pour un délit issu d'une correctionnalisation (noir).

La structure de la figure est exactement la même que celle présentée auparavant pour étudier l'extension de la sphère pénale : le nombre total de condamnations par an est identique et on retrouve la masse (noire) des délits issus d'une correctionnalisation. Seules les catégories ont changé. Sur le graphique, cela apparaît comme une augmentation massive du nombre de délits. Cependant, il faut garder en tête qu'il ne s'agit pas là d'une augmentation générale des infractions, mais seulement d'une augmentation des infractions *classées comme des délits*. Encore une fois, ce n'est qu'une catégorisation arbitraire établie par le Code pénal.

Les contraventions ne sont pas toutes enregistrées au casier judiciaire. Cependant, si l'on prend seulement les plus graves (contraventions de cinquième catégorie), leur nombre a chuté brutalement au milieu des années 2000, passant d'environ 115 000 en 2003 à 45 000 en 2006. Une diminution de 70 000, presque équivalente à l'augmentation du nombre de délits issus de correctionnalisations observée sur la figure 1.8 au même moment (+ 80 000 délits).

Figure 1.8. Nombre de délits condamnés par an et par catégorie



Note : année de commission de l'infraction, jugement dans les trois ans suivants.

Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Si les infractions sanctionnées ne semblent pas vraiment plus nombreuses, une chose est sûre en revanche : elles sont plus sévèrement punies. D'une part, les délits peuvent donner lieu à des sanctions plus lourdes, en particulier les peines de prison qui ne peuvent être prononcées dans le cas de contraventions. D'autre part, le simple fait d'être condamné à un délit plutôt qu'à une contravention constituera un antécédent plus grave en

cas de nouvelle condamnation et conduira à des peines plus sévères. Enfin, en cas de peine de prison pour délit, le jugement pourra être inscrit au bulletin numéro 2 du casier judiciaire qui peut être demandé pour certains métiers, en particulier ceux de la fonction publique.

Cet important volume de délits apparaissant au cours de la période résulte en fait d'un tout petit nombre de catégories d'infractions. Sur les 60 contraventions de 1998 transformées en délits, 51 n'ont jamais été utilisées en 2014 et 5 autres l'ont été moins de dix fois. L'écrasante majorité des faits résulte en réalité de deux catégories : la circulation sans assurance (plus de 26 000 cas en 2014) et la conduite sans permis (environ 34 000 cas en 2014).

Ainsi, 93 % des correctionnalisations n'ont servi à peu près à rien. Les 7 % restants, en revanche, ont eu un fort effet sur la structure des condamnations, augmentant massivement le nombre de délits jugés par an (et diminuant d'autant le nombre de contraventions). Si c'était indéniablement l'objectif du législateur, on peut se demander quel effet cela a eu sur la société en général. Il s'agit d'une question qui dépasse un peu le cadre de cet ouvrage mais sur laquelle on peut quand même apporter quelques éléments de réflexion.

Premièrement, les correctionnalisations les plus importantes concernent la sécurité routière et datent de 2004. Or, si le nombre de morts sur la route a effectivement nettement décru à la fin du xx^e siècle et au début du xxi^e, le gros de cette

diminution a eu lieu avant 2004 et semble principalement avoir été affecté par l'évolution des contrôles – avec, par exemple, l'arrivée des radars automatiques en 2003 ^[45] – et l'évolution des limitations de vitesse et d'alcoolémie ^[46]. L'augmentation des sanctions pour des infractions portant sur l'absence de documents administratifs a probablement eu, en termes d'amélioration de la sécurité routière, un effet assez limité. Si on imagine aisément que les gens n'ayant pas de permis ou l'ayant perdu sont de moins bons conducteurs, leur responsabilité dans les accidents est sans doute moins évidente que pour les cas de conduite « sous l'empire d'un état alcoolique » ou d'excès de vitesse.

Deuxièmement, la correctionnalisation de ces délits routiers a conduit un grand nombre de personnes à avoir un casier judiciaire et éventuellement une peine de prison ferme ou avec sursis qu'elles n'auraient pas eues sinon. Cette expérience peut avoir affecté leur comportement futur pour le meilleur – plus vertueux par crainte d'une nouvelle sanction ou par prise de conscience de la gravité de ses actes – ou pour le pire – stigmatisation, perte d'opportunités d'emploi.

Si aucune étude n'a été menée sur ce cas spécifique, plusieurs articles récents sont venus démontrer les effets pervers d'une première expérience judiciaire pour des infractions peu graves et non violentes. Deux économistes se sont par exemple intéressés à des changements brutaux de la probabilité de « diversion » au Texas en 1994 et 2007 ^[47]. Le concept de « diversion » est assez spécifique au droit états-unien, mais on

peut le résumer par un abandon des poursuites pénales sans pour autant abandonner la sanction. Essentiellement, il s'agit de ne pas ouvrir ou alourdir le casier judiciaire de la personne mise en cause. Les auteurs observent une forte diminution de la probabilité de « diversion » pour les délits mineurs sans violence en 1994 et une forte augmentation en 2007 à l'occasion de changements politiques : nouveau Code pénal dans le premier cas, référendum perdu dans le second. L'étude compare la probabilité de récidive et la probabilité de trouver un emploi pour les personnes mises en cause juste avant ou juste après les changements. Les auteurs comparent donc le comportement de gens qui ont bénéficié ou non d'une « diversion » et ont eu ou non un casier judiciaire alourdi. Il est important de souligner ici que les peines effectives n'ont, elles, pas changé. Pour les deux changements politiques, l'analyse révèle une forte hausse de la probabilité de trouver un emploi (+ 50 %) et une forte baisse de la probabilité de commettre un délit (– 50 %) pour les personnes *ayant bénéficié d'une « diversion »*. La simple ouverture d'un casier judiciaire, pour ces infractions mineures, semble particulièrement néfaste. Ces résultats sont confirmés par d'autres études au Massachusetts ^[48] ou en Californie ^[49].

Le poids du casier judiciaire est indéniablement plus lourd aux États-Unis qu'ailleurs ^[50]. Dans la plupart des États, les antécédents criminels peuvent être demandés par les employeurs ^[51] ainsi que par des propriétaires lors de demandes de location. Dans certains endroits, l'existence d'un casier judiciaire prive même automatiquement un individu de

ses droits civiques après sa peine. Ces pratiques peuvent être considérées comme la dernière forme de discrimination légale dans le pays et, dans la mesure où elle pèsent principalement sur les Noirs américains, elles sont accusées par certains auteurs de maintenir une discrimination raciale cachée ^[52] .

L'importance des antécédents judiciaires est moins grande en France, et les effets mis au jour aux États-Unis y sont probablement plus faibles. Dans l'Hexagone, seuls certains employeurs ont le droit de demander un extrait de casier judiciaire et il s'agit en général du « B2 » recensant les condamnations les plus graves. Cependant il n'y a pas de raison de penser que les résultats obtenus aux États-Unis, même atténués, s'inversent, c'est-à-dire qu'un effet négatif sur le comportement délinquant ou les perspectives d'emploi outre-Atlantique se transforme en un effet bénéfique en France.

Les juges ignorent-ils les législateurs ?

En dehors des correctionnalisations, les hausses d'encours votées par le Parlement, quoique fort nombreuses comme on l'a vu plus haut, ont affecté des délits relativement peu utilisés. En 2014, seuls un peu moins de 23 000 (4,4 % de l'ensemble) parmi ceux dont la peine maximale avait augmenté depuis la création furent condamnés (les délits en gris foncé sur la figure 1.8). Là encore, ce relatif insuccès tient au fait que les encours

modifiées par le Parlement ont largement concerné des catégories sans grand usage. Par exemple, en 2014, sur 582 délits dont les encourus avaient augmenté depuis 1998, 374 ne furent pas du tout utilisés (64 %) et 140 le furent moins de vingt fois (24 %).

En définitive, le Parlement a donc principalement modifié des délits peu ou pas utilisés. Mais quel effet cela a-t-il eu sur les autres, les quelques infractions effectivement utilisées pour lesquelles la peine maximale a augmenté sur la période ? Il est *a priori* difficile à appréhender. D'un côté, comme on l'a vu précédemment, les encourus sont largement supérieurs aux peines effectivement prononcées. Dans ce contexte, rehausser un plafond que personne n'atteignait peut se révéler parfaitement inefficace. D'un autre côté, comme on l'a également évoqué plus haut, les peines maximales sont corrélées aux décisions : les délits passibles des sanctions les plus lourdes sont effectivement condamnés plus lourdement. Il serait donc possible que les magistrats intègrent la volonté de sévérité du Parlement et s'adaptent « au *prorata* ». On pourrait par exemple imaginer que, lorsque l'encouru d'un délit est relevé de trois ans à cinq ans, les peines réelles passent de trois mois à cinq mois. L'écart entre la théorie et la pratique serait ainsi maintenu.

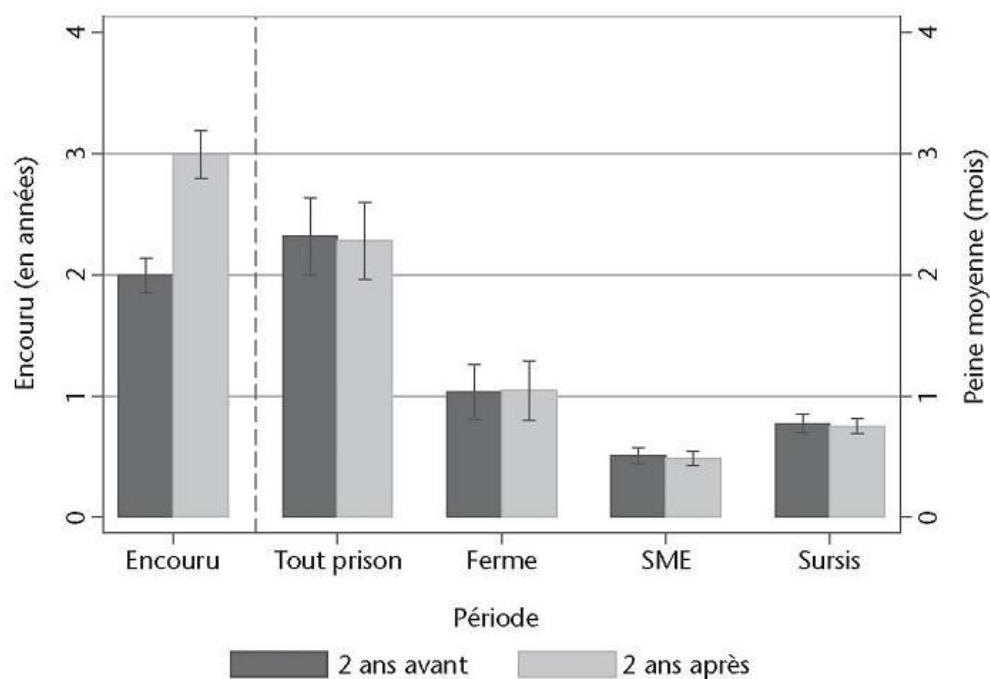
Afin d'étudier cette question, j'ai mesuré les peines moyennes pour les délits commis dans les deux ans précédant et suivant les changements d'encourus décrétés par le Parlement. Je me suis restreint aux catégories pour lesquelles le nombre de faits

ne variait « pas trop » avant et après. En effet, le problème est que bon nombre de lois changent plusieurs choses en même temps et peuvent à la fois augmenter les peines pour une catégorie A et créer une sous-catégorie B. Si on suit seulement l'évolution des sanctions pour la catégorie A, on peut alors observer un changement brutal au moment de la réforme qui est simplement lié à un changement de composition. Prenons un exemple fictif. Imaginons que l'on ait originellement une seule catégorie de délit : le vol simple passible de trois ans de prison. Imaginons ensuite qu'on vote une loi qui change l'encours du vol simple de trois à quatre ans et qu'on crée parallèlement le vol avec violence passible de cinq ans de prison. Dans cet exemple, si l'on retrace l'évolution des peines prononcées pour vol simple, on observera sans doute leur baisse brutale après la réforme. Cette évolution ne sera pas un effet de la loi mais simplement une conséquence du fait qu'on compare deux groupes différents : tous les vols avant la loi, les vols les moins graves après (les vols les plus graves étant désormais classés dans une autre catégorie).

Je ne peux pas réellement résoudre ce problème, mais je peux l'identifier et me borner à étudier les évolutions de peines maximales quand la catégorie est restée stable. Pour cela, j'ai défini le seuil arbitraire de 20 %, c'est-à-dire que je me suis restreint aux délits dont le nombre a changé de moins de 20 % entre les deux ans précédant et les deux ans suivant le changement législatif. De fait, cela revient également à exclure les délits qui sont très rarement utilisés et dont le nombre fluctue énormément d'une année à l'autre (s'il oscille, par

exemple, entre un et deux, la variation est de 100 %). Avec ces restrictions, il me reste vingt-quatre changements d'encourus. L'évolution des peines maximales et des peines réelles avant et après la réforme est présentée sur la figure 1.9.

Figure 1.9. Encourus et peines moyennes avant et après modification législative



Note : moyenne pondérée par le nombre de faits dans chacune des vingt-quatre catégories de délits.

Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Les deux premières colonnes présentent les différences entre l'encouru moyen avant et l'encouru moyen après la modification. Les niveaux se lisent sur l'échelle de gauche du

schéma. On a bien ici une augmentation, en l'occurrence une augmentation d'une année environ (+50 %), entre la colonne gris foncé représentant la situation avant la réforme et la colonne gris clair représentant la situation après. L'évolution des peines réelles est présentée dans les autres colonnes. Les niveaux se rapportent à l'échelle de droite, où les chiffres représentent des mois et non plus des années. En gris foncé, on voit les sanctions moyennes pour les délits commis dans les deux ans avant les hausses d'encouru et en gris clair les sanctions moyennes pour les délits commis dans les deux ans après.

Pas besoin de long commentaire : ce qui saute aux yeux est qu'il n'y a aucun changement ! La modification substantielle des peines maximales n'a pas entraîné la moindre hausse des peines réelles dans les cas étudiés. Si je change les critères que j'ai utilisés pour intégrer tous les délits dont le nombre bouge de moins de 10 % ou de moins de 50 % (ou n'importe quelle valeur entre les deux) entre les deux ans avant et les deux ans après la réforme, j'obtiens les mêmes résultats : les hausses d'encourus décidées par le Parlement n'ont pas eu d'incidence sur les pratiques des tribunaux.

L'absence d'effet des changements d'encourus sur les peines effectivement prononcées ne fait qu'amplifier le problème de la déconnexion entre textes juridiques et pratiques réelles évoqué précédemment. L'écart entre la menace contenue dans la lecture du Code pénal au début d'un procès et le verdict de la fin s'est creusé au fil du temps.

En pratique, modifier les peines maximales du Code pénal ne semble donc pas très efficace pour faire évoluer les peines. Dans bon nombre de cas, il est probable que le pouvoir politique s'en satisfasse très bien. Cela permet d'envoyer un signal à la société ou, plus spécifiquement, à son électorat sans déstabiliser tout l'édifice pénal ou payer des coûts d'incarcération exorbitants. Cependant, dans certains cas, le gouvernement ou le Parlement souhaitent réellement changer les sanctions. Dans ce cas-là, il est toujours possible d'utiliser la contrainte.

Notes du chapitre

[1] ↑ « Chiens dangereux : Sarkozy veut des peines plus musclées », *Libération*, 30 octobre 2007.

[2] ↑ « Les députés adoptent le projet de loi sur les chiens dangereux », *Le Monde*, 29 novembre 2007.

[3] ↑ « Loi renforçant les mesures de prévention et de protection des personnes contre les chiens dangereux », dossier législatif disponible sur le site du Sénat.

[4] ↑ La moyenne des condamnations (sursis et ferme ensemble) s'est établie à dix-huit jours avec un maximum atteint d'un an. En l'absence de la loi, les faits auraient probablement été qualifiés de « blessures involontaires avec incapacité n'excédant pas trois mois pas violation manifestement délibérée d'une obligation de sécurité et de prudence », un délit passible d'un an de prison.

[5] ↑ Une liste a été dressée en 2011 par le journal *Le Monde*, recensant cinq exemples emblématiques : « L'émotion fait la loi : une habitude depuis 2002 », *Le Monde*, 22 novembre 2011.

[6] ↑ « Robert Badinter : "Nous vivons dans une monocratie" », *Télérama*, 23 janvier 2009.

- [7] ↑ V. SCHEIL, *La Loi de Hammourabi*, Ernest Leroux, Paris, 1904.
- [8] ↑ Résolution du 19 juin 2020.
- [9] ↑ *Code noir ou Recueil d'édits, déclarations et arrêts concernant les esclaves nègres de l'Amérique*, publié à Paris en 1685.
- [10] ↑ « 6 février 1626, fin des duels en France », *RTBF La Première*, 6 février 2018.
- [11] ↑ A. DI NICOLA, I. ORFANO, A. CAUDURO et N. CONCI, « Étude des législations nationales en matière de prostitution et de traite des femmes et des enfants », Parlement européen, 2005 <https://www.transcrime.it/wp-content/uploads/2013/11/legislation_on_prostitution_french.pdf>.
- [12] ↑ « Consent for sexual activity with an adult », European Union Agency for Fundamental Rights, 24 avril 2018, <<https://fra.europa.eu/en/publication/2017/mapping-minimum-age-requirements/sexual-consent>>.
- [13] ↑ « La légalisation du cannabis dans le monde », *Le Monde*, 7 février 2020.
- [14] ↑ C. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2004, p. 194.
- [15] ↑ Exemple tiré de l'analyse publiée le 30 avril 2010 sur le blog *Journal d'un avocat* : <<https://www.maitre-eolas.fr/post/2010/04/30/L-interdiction-de-la-burqa-dans-l-espace-public>>.
- [16] ↑ Article 225-10-1 du Code pénal : « Le fait, par tout moyen, y compris par une attitude même passive, de procéder publiquement au racolage d'autrui en vue de l'inciter à des relations sexuelles en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération est puni de deux mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende. »
- [17] ↑ Article 312-12-1 du Code pénal : « Le fait, en réunion et de manière agressive, ou sous la menace d'un animal dangereux, de solliciter, sur la voie publique, la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien est puni de six mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende. »
- [18] ↑ Article L. 126-3 du code de la construction et de l'habitation : « Le fait d'occuper en réunion les espaces communs ou les toits des immeubles collectifs d'habitation en empêchant délibérément l'accès ou la libre circulation des personnes ou le bon fonctionnement des dispositifs de sécurité et de sûreté est puni de deux mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende. Lorsque cette infraction est accompagnée de voies de fait ou de menace, de quelque nature que ce soit, elle est

punie de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. Les personnes coupables des infractions prévues aux deux premiers alinéas encourent également, à titre de peine complémentaire, une peine de travail d'intérêt général. »

[19] ↑ Dans la mesure où je ne dispose pas des condamnations pour contraventions et dans la mesure où les crimes sont peu nombreux, j'ai uniquement mené cette analyse sur les délits.

[20] ↑ On retrouve ici les nombreux délits jamais utilisés mais aussi, par exemple, des délits anciens, telle la « circulation sans carnet de circulation de personnes sans domicile ou résidence fixe et sans ressource régulière », héritage d'une loi de 1969 sur le vagabondage. Après l'abrogation du délit par le Conseil constitutionnel, en 2012, le carnet lui-même a disparu en 2017.

[21] ↑ « Vol par ruse, effraction ou escalade d'un local d'habitation ou d'un lieu d'entrepôt aggravé par une autre circonstance » selon la nomenclature du ministère de la Justice.

[22] ↑ Voir par exemple le rapport de la Ligue des droits de l'homme, du Syndicat de la magistrature et du Syndicat des avocats de France sur le harcèlement des prostituées chinoises : « Mission d'enquête. Un harcèlement institutionnalisé, les prostituées chinoises et le délit de racolage public », 18 mars 2013, <https://www.ldh-france.org/wp-content/uploads/IMG/pdf/ccjp_rapport_final_un_harcelement_institutionnalise_avec_annexes.pdf>, ou le bilan dressé par M. CARTON, « Racolage passif : dix ans après, un bilan plutôt négatif », *Le Monde*, 28 mars 2013. Voir également les articles mesurant l'amélioration de la santé des prostitué(e)s lorsque leur activité est légalisée : S. CUNNINGHAM, « Decriminalizing indoor prostitution : Implications for sexual violence and public health », *The Review of Economic Studies*, vol. 85, n° 3, 2018, p. 1683-1715.

[23] ↑ Y. BOUCHEZ, N. CHAPUIS et S. LAURENT, « “Allez-y franchement, n'hésitez pas à percuter. Ça fera réfléchir les suivants.” Le jour où la doctrine du maintien de l'ordre a basculé », *Le Monde*, 7 décembre 2019.

[24] ↑ De manière intéressante, l'abolition de la peine de mort n'a pas forcément conduit à une diminution des autres sanctions. En Angleterre, les jurés avaient tendance à condamner moins lourdement certains accusés pour leur éviter l'automatisme de ce verdict. L'abolition de la peine capitale a alors paradoxalement abouti à accroître la sévérité des options restantes (A. BINDLER et R. HJALMARSSON, « How punishment severity affects jury verdicts : Evidence from two natural experiments », *American Economic Journal : Economic Policy*, vol. 10, n° 4, 2018, p. 36-78).

[25] ↑ La principale différence consistait en ce qu'une violation du SME entraînait automatiquement, en théorie, la transformation en prison ferme, tandis que les violations des contraintes de la nouvelle peine devaient entraîner un procès. Cependant, dans la mesure où le caractère automatique de la transformation en ferme du SME n'est en pratique pas vrai, les deux peines se sont avérées identiques.

[26] ↑ Quand elle le fut, elle vint pour partie remplacer des peines plus légères et donc augmenter la sévérité des condamnations. En 2015, j'avais fait l'exercice suivant. Pour chaque personne condamnée à une peine de « contrainte pénale » entre octobre 2014 et mars 2015, j'avais cherché la ou les personnes les plus ressemblantes possible (âge, département, genre, type de délit, casier judiciaire, nationalité, etc.) condamnées un an plus tôt. J'avais ensuite regardé ce à quoi avaient été condamnées ces personnes ressemblantes. Il apparaît que 30 % l'avaient été à des peines de prison (plus sévères, donc), 25 % à des peines d'amendes (moins sévères) et 45 % à des peines de sursis avec mise à l'épreuve assez similaires.

[27] ↑ Si vous souhaitez quand même connaître la distribution, parmi les délits existant en 2013, 13,4 % étaient passibles de six mois ou moins, 17,2 % d'un an, 18 % de deux ans, 15,2 % de trois ans, 1,4 % de quatre ans, 18,2 % de cinq ans, 1,4 % de six ans, 7,5 % de sept ans et 7,7 % de dix ans. Parmi les crimes, 21,2 % étaient passibles de quinze ans ; 34,3 % de vingt ans ; 18,7 % de trente ans et 25,8 % de la perpétuité.

[28] ↑ Si l'on exclut les procédures simplifiées ou les comparutions sur reconnaissance préalable de culpabilité, ces proportions augmentent à 13,1 % (prison totale) et 6,3 % (prison ferme).

[29] ↑ Moins d'un mois en moyenne pour un encouru d'un ou deux ans, quarante jours pour un encouru de trois ans, quatre mois et demi pour un encouru de cinq ans, plus de huit mois pour un encouru de sept ans, et plus d'un an pour un encouru de dix ans.

[30] ↑ Exclusion faite des encourus de perpétuité pour lesquels la mesure n'a pas de sens.

[31] ↑ Le biais d'ancrage a été décrit pour la première fois par Amos Tversky et Daniel Kahneman (voir A. TVERSKY et D. KAHNEMAN, « Judgment under uncertainty : Heuristics and biases », *Science*, vol. 185, n° 4157, 1974, p. 1124-1131). Je reviendrai sur la notion de biais d'ancrage dans la seconde partie (chapitre 7).

[32] ↑ Dans une étude des journaux télévisés de TF1 et France 2 en 2004-2010, menée pour le travail sur l'effet des médias présenté dans le premier chapitre de la deuxième partie, j'avais par exemple trouvé que les reportages sur les délits sont seulement deux fois plus nombreux que ceux sur les crimes (alors qu'en nombre de jugements ils sont 200 à 300 fois plus nombreux) et que, parmi les délits, les violences

étaient deux fois plus couvertes que les atteintes aux biens (alors que les seconde donnent lieu à deux fois plus de jugements que les premières).

[33] ↑ L'ex-Premier ministre François Fillon a été condamné à cinq ans de prison dont deux ferme pour détournement de fonds publics (soit 50 % de l'encouru de dix ans) en 2020 ; l'ancien ministre du Budget Jérôme Cahuzac a reçu une peine de quatre ans dont deux ferme pour fraude fiscale aggravée (soit 57 % de l'encouru de sept ans) en 2018 ; l'ancien maire de Levallois Patrick Balkany a été condamné à quatre ans dont trois ferme pour fraude fiscale (soit 80 % de l'encouru de cinq ans) en 2020... pour ne citer que quelques exemples récents.

[34] ↑ S. D. BUSHWAY et E. G. OWENS, « Framing punishment : Incarceration, recommended sentences, and recidivism », *The Journal of Law and Economics*, vol. 56, n° 2, 2013, p. 301-331.

[35] ↑ W. SAWYER et P. WAGNER, « Mass incarceration : The whole pie 2020 », Prison Policy Initiative, 24 mars 2020, < <https://www.prisonpolicy.org/reports/pie2020.html> >.

[36] ↑ G. LOPEZ, « Mass incarceration in America, explained in 22 maps and charts », Vox, 11 octobre 2016, < <https://www.vox.com/2015/7/13/8913297/mass-incarceration-maps-charts> >.

[37] ↑ C. DETOTTO, B. C. MCCANNON et M. VANNINI, « Evidence of marginal deterrence : Kidnapping and murder in Italy », *International Review of Law and Economics*, n° 41, 2015, p. 63-67.

[38] ↑ Chiffres issus de R. IYENGAR, « “I’d rather be hanged for a sheep than a lamb” : The unintended consequences of “three-strikes” laws », National Bureau of Economic Research, n° w13784, 2008.

[39] ↑ *Ibid.* Voir aussi E. HELLAND et A. TABARROK, « Does three strikes deter ? A nonparametric estimation », *Journal of Human Resources*, vol. 42, n° 2, 2007, p. 309-330.

[40] ↑ Pour une revue récente de la littérature sur la dissuasion, voir A. CHALFIN et J. MCCRARY, « Criminal deterrence : A review of the literature », *Journal of Economic Literature*, vol. 55, n° 1, 2017, p. 5-48.

[41] ↑ Notons que cette notoriété est partiellement fondée sur un jeu de mots. En effet, le nom de la réforme, *Three strikes and you are out*, reprend une formule ultra-célèbre au baseball, un des sports les plus populaires aux États-Unis.

[42] ↑ Les articles précités d'Iyengar et de Helland et Tabarrok mesurent des effets de l'ordre de 20 %, tandis que des travaux précédents (et méthodologiquement moins

solides) trouvaient des effets plus faibles.

[43] ↑ Cette procédure avait été envisagée dans plusieurs rapports parlementaires : rapport Garraud (« Réponses à la dangerosité ») en 2006, rapport Burgelin (« Santé, justice et dangerosité ») en 2005, etc.

[44] ↑ <https://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/irresponsabilite_trouble_mental.asp>.

[45] ↑ S. ROUX et P. ZAMORA, « L'impact local des radars fixes sur les accidents de la route : un effet important après l'installation mais plus réduit à long terme », *Économie et statistique*, vol. 460, n° 1, 2013, p. 37-68.

[46] ↑ Voir l'historique des principales mesures et l'évolution du nombre de morts sur les routes produits par l'Observatoire national interministériel de la sécurité intérieure (par exemple dans le document « Grandes dates de la sécurité routière »).

[47] ↑ M. MUELLER-SMITH et K. T. SCHNEPEL, « Diversion in the criminal justice system », *The Review of Economic Studies*, vol. 88, n° 2, 2021, p. 883-936.

[48] ↑ A. Y. AGAN, J. L. DOLEAC et A. HARVEY, *Misdemeanor Prosecution*, National Bureau of Economic Research, n° w28600, 2021.

[49] ↑ M. BIRD, M. LOFSTROM, B. MARTIN, S. RAPHAEL, V. NGUYEN et J. GOSS, « The impact of Proposition 47 on crime and recidivism », Public Policy Institute of California, 2018.

[50] ↑ En 2003, Devah Pager trouvait ainsi qu'avoir un casier judiciaire faisait baisser la probabilité d'être rappelé par un employeur après une candidature de 17 % à 5 % pour les Noirs et de 34 % à 14 % pour les Blancs (D. PAGER, « The mark of a criminal record », *American Journal of Sociology*, vol. 108, n° 5, 2003, p. 937-975).

[51] ↑ Pour des expériences sur le retrait de cette possibilité, voir par exemple A. AGAN et S. STARR, « Ban the box, criminal records, and racial discrimination : A field experiment », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 133, n° 1, 2018, p. 191-235.

[52] ↑ Voir en particulier Michelle ALEXANDER, *The New Jim Crow : Mass Incarceration in the Age of Colourblindness*, The New Press, New York, 2012.

2. Contraindre

Si les juges sont libres d'ignorer l'esprit des lois, ils sont contraints d'en appliquer la lettre. L'idée d'introduire dans la codification juridique des sanctions automatiques que seraient tenus d'appliquer les magistrats a ainsi inspiré les décideurs publics. En pratique, cela revient souvent à remplacer des peines « ouvertes », où seule la borne maximale est spécifiée, par des peines « contraintes », délimitant un intervalle plus ou moins précisément défini. Le cas le plus courant est souvent désigné par son nom anglais de *sentencing guidelines*. On le retrouve sous diverses formes dans de nombreux pays : Australie, Inde, Ouganda, Afrique du Sud, Angleterre, États-Unis, Allemagne, Italie ^[1] ... Pour prendre un exemple connu, celui des cours fédérales des États-Unis, la peine a longtemps été déterminée strictement par la catégorie pénale de l'infraction – ventilée en quarante-trois niveaux de gravité – et les antécédents judiciaires du condamné – distribués en six catégories. Avec ces deux dimensions, on définissait une table et, à chacun des 6×43 couples niveau de gravité/antécédents, on faisait correspondre un intervalle de peines possibles.

Les peines minimales sont un autre type de contrainte. En pratique, le principe est un peu équivalent aux *sentencing guidelines*, mais, en général, cela ne concerne que quelques

délits spécifiques ou quelques profils particuliers. Ici, le dispositif le plus célèbre est sans conteste les *three-strikes laws*, déjà évoquées, imposant de lourdes sanctions lors de la troisième condamnation. Ce type de réforme a été adopté dans de nombreux États des États-Unis et dans quelques autres pays comme le Canada. Seule la Californie a appliqué ce dispositif dans toute sa rigueur, aboutissant à des hausses considérables de sanctions pour les personnes visées.

Il existe trois justifications à l'instauration de peines minimales ou de *sentencing guidelines*. La première est de réduire les différences existant entre territoires ou entre juges. Cet argument n'est pas, *a priori*, dénué de fondement. Certaines études ont ainsi pu mettre en évidence des différences considérables entre juges ou entre cours soumis aux mêmes lois. Dans un rapport publié en 1974 et resté célèbre ^[2], des chercheurs présentèrent les mêmes vingt dossiers réels (constitués avant procès) à des juges d'une cour fédérale états-unienne et leur demandèrent la peine qu'ils auraient choisie. Dans seize des vingt cas, les juges ne s'accordèrent pas sur la nécessité d'une incarcération. Dans un des cas, les peines allèrent de trois... à vingt ans de prison. Bien sûr, les conditions de l'étude diffèrent des conditions réelles d'un procès (nous reviendrons sur ce point dans la seconde partie de cet ouvrage) et des mécanismes d'appel sont toujours possibles, mais les disparités mises au jour n'en restent pas moins étonnamment élevées. C'est officiellement pour cette raison que les États-Unis ont institué une « commission de réforme des peines » en 1984.

Celle-ci a abouti à l'introduction de peines contraintes dans les tribunaux fédéraux à partir de novembre 1987.

L'objectif officiel semble avoir été partiellement atteint. En effet, plusieurs travaux ont mis en évidence une diminution des écarts de peines entre cours ou entre juges de l'ordre de 25 % à 50 % ^[3] après l'introduction de la réforme ^[4]. Cependant, restreindre la liberté des juges pour limiter les disparités interpersonnelles revient également à limiter leur capacité à individualiser les peines et à prendre en compte certains paramètres potentiellement importants : famille, insertion, circonstances de l'acte, etc. C'est pour cette raison que, dans une série de décisions prises à partir de 2005 (notamment l'arrêt « United States vs Booker »), la Cour suprême des États-Unis a mis fin à l'automatisme des *guidelines* pour ne les rendre qu'indicatives.

La deuxième raison motivant l'introduction des peines minimales est leur supposé effet dissuasif. L'idée est que la simplicité du barème, la transparence des décisions et la diminution de l'incertitude pour les délinquants rendraient la sanction plus « visible », mieux évaluée et donc davantage « crainte ». Ici, il faut préciser que cette relation est *a priori* possible indépendamment de tout changement des sanctions moyennes. Pour le dire autrement, pour les promoteurs des peines automatiques, celles-ci peuvent avoir un effet dissuasif même si le niveau de sévérité reste inchangé. Le seul fait de passer de peines moyennes de cinq ans s'étalant de zéro à dix ans à des peines moyennes identiques mais toutes comprises

entre quatre et six ans permettrait, en soi, de diminuer le nombre de délits.

Théoriquement, cet argument est valide. Il se fonde sur la notion d'aversion au risque. Pour illustrer cette tendance, on peut décrire la façon dont on la mesure dans des expériences. La plupart du temps, on quantifie l'aversion au risque grâce à des loteries. On demande à des individus de choisir entre différentes options : préférez-vous gagner 10 euros de manière certaine ou avoir 50 % de chances de gagner 20 euros et 50 % de chances de gagner 0 euro ? Préférez-vous toucher 10 euros ou avoir 10 % de chances de gagner 100 euros et 90 % de chances d'en gagner 0 ? Notez que, dans toutes ces situations, le gain moyen est de 10 euros. Seul change le risque. Si vous choisissez la première option dans les deux cas, les économistes vous classeront comme « averses au risque ». La situation est théoriquement assez similaire à l'alternative entre peines certaines et peines variables. Or, dans la pratique, il semblerait que les personnes commettant des délits aient une aversion au risque plus faible que le reste de la population. Cela signifie que, à choisir, elles ont davantage tendance à préférer de lourdes peines peu probables à des peines moins sévères mais plus certaines. Pour les dissuader, il faudrait donc faire l'inverse de ce qu'elles préfèrent : imposer des peines fixes.

Une vaste littérature en économie de la criminalité a confirmé cette prévision en démontrant les effets dissuasifs réels (et parfois élevés) de l'augmentation du risque de sanction et les effets plus ambigus et limités d'une hausse de la sévérité ^[5].

Cependant, ces travaux portent, dans leur écrasante majorité, sur une élévation du risque *via* le travail de la police. Considérer que diminuer l'incertitude des peines a le même effet qu'augmenter la probabilité de se faire arrêter est hasardeux. Ces paramètres ne sont, en pratique, pas du tout visibles, connus ou évalués de la même manière. La probabilité d'être appréhendé dépend de l'endroit, du nombre de policiers, des caméras, des témoins, etc. Ces éléments sont partiellement observables. Il est par exemple assez évident qu'on a plus de risques d'être arrêté en commettant un vol à midi dans un quartier de centre-ville quadrillé de caméras et de patrouilles de police qu'en cambriolant une maison de banlieue résidentielle une nuit d'août. Plusieurs recherches ont par ailleurs démontré que les perceptions d'un individu évoluent au gré de ses expériences et de celles de ses proches ^[6].

Le niveau des sanctions et la probabilité de recevoir telle ou telle peine, en revanche, ne s'observent que dans les tribunaux ou, dans le cas des peines obligatoires, dans le Code pénal. Or les études indiquent que, si l'évaluation du risque d'arrestation est médiocre, la connaissance des sanctions est, elle, franchement mauvaise ^[7]. Un exemple frappant est fourni par une étude de 2009 portant sur l'usage du cannabis aux États-Unis ^[8]. Pour cette recherche, les auteurs demandèrent à des habitants de différents États quelle était, selon eux, la peine maximale possible pour la détention de 1 oz de marijuana (les États-Unis ont un problème avec le système métrique, mais notez que 1 oz équivaut à 28 grammes). À l'époque de l'enquête (en 2001), cette quantité pouvait être punie d'une peine de

prison, dans les États les plus répressifs, ou d'une amende, dans les États ayant décriminalisé la consommation de haschisch. 33 % des sondés répondirent que la prison était la peine la plus sévère possible dans les États où c'était bien le cas, contre... 30 % dans les autres États. Les réponses étaient donc très majoritairement fausses et seulement marginalement corrélées à la réalité. Parmi les consommateurs réguliers, l'ignorance était un peu moins flagrante mais restait majoritaire.

Certes, les peines contraintes peuvent être plus simples ou plus visibles et, de ce fait, avoir un effet dissuasif plus important. Cependant, à ma connaissance, aucune étude n'est parvenue à le démontrer en pratique et, compte tenu de la faible connaissance de la loi, il est permis de douter que l'opposition entre risque et certitude soit pertinente en la matière.

La troisième raison d'instaurer des *sentencing guidelines* est évidente : contraindre les sanctions permet de les augmenter. Alors que, comme on l'a vu plus haut, changer les encourus ne semble pas avoir d'effet sur les peines prononcées, avec les *sentencing guidelines*, le pouvoir politique prend totalement le contrôle de la pénalité et peut la faire évoluer à loisir sans être contré ou atténué par l'autorité judiciaire. De fait, l'introduction de peines contraintes est souvent l'occasion d'un alourdissement des sanctions.

Un démarrage pied au plancher

En France, des peines minimales ont été introduites en août 2007 (avant d'être supprimées en 2014, on y reviendra plus loin). Symbole du sarkozysme, ce dispositif avait été promu, sans succès, par le ministre de l'Intérieur^[9], érigé en priorité par le candidat^[10], et imposé, « en urgence », par le président. Une petite chronologie donne une idée de l'importance accordée au texte. Nicolas Sarkozy est élu le 6 mai 2007. Il obtient une majorité parlementaire le 17 juin. La loi est votée au Sénat le 5 juillet puis à l'Assemblée le 18. Les deux chambres s'accordent sur un texte commun le 26. Le Conseil constitutionnel valide la réforme le 9 août. Le texte est publié au *Journal officiel* le 10 août. Première loi du nouveau gouvernement, les peines planchers sont donc introduites, au beau milieu de l'été, trois mois après l'élection présidentielle et moins de deux mois après les législatives.

Les motivations du texte sont multiples. Au-delà des évidents enjeux politiques – faire preuve de volontarisme en légiférant tôt ou encore ériger la sécurité en symbole du nouveau pouvoir –, le dispositif vise, pour Nicolas Sarkozy, à mettre fin au laxisme supposé des juges. Dans un discours tenu à Perpignan durant la campagne présidentielle, l'alors candidat déclarait par exemple :

C'est l'autorité de la loi qu'il faut réhabiliter. La sanction doit avoir une vertu d'exemplarité et un caractère dissuasif. Le caïd qui après chaque délit revient impuni dans sa cité pour y être accueilli en héros est une insulte à la République et une injure à son propre avenir. Car cette impunité va le

conduire à recommencer et à servir d'exemple aux autres. Si on continue comme cela, la société se défera petit à petit jusqu'au jour où l'autodéfense s'installera et où l'État ne pourra plus agir. Alors la violence sera partout. Je ne veux pas qu'on en arrive là. Si l'on veut éviter ce drame, il faut qu'il y ait des peines planchers dissuasives pour les récidivistes qui auraient alors la certitude d'être punis à la hauteur de ce qu'ils méritent ^[11].

Certes, la dissuasion est mise en avant, mais, en creux, ce sont les juges qui sont visés. Si le « caïd » recommence, ce n'est pas parce qu'il ignore les sanctions, mais bien parce qu'elles ne sont pas appliquées. Dès lors, la dissuasion n'est pas censée opérer en rendant les peines plus lisibles ou plus visibles mais en mettant fin au « laxisme » judiciaire par l'automaticité des sanctions.

Une fois que Nicolas Sarkozy fut au pouvoir, le discours se fit plus consensuel et plus directement centré sur les délinquants. La ministre portant le texte, Rachida Dati, mettra ainsi en avant, dans un entretien au *Monde*, l'aspect « lisible et expressif » du projet – racontant complaisamment que les mineurs délinquants auxquels elle avait expliqué la réforme avaient « intégré le caractère dissuasif du projet » – et insistera sur le fait qu'il ne « remettra[it] pas en cause la liberté d'appréciation du juge ^[12] ». Ce second aspect, qui peut paraître ironique tant il est en contradiction avec l'esprit du texte, est en réalité très important. En effet, si Rachida Dati affirme que les peines « ne sont pas automatiques », c'est qu'il y a là un risque juridique.

L'individualisation des peines et l'indépendance de la justice sont des principes constitutionnels. L'exemple états-unien de l'arrêt *Booker*, en 2005, mettant fin à l'automaticité des *guidelines*, est venu rappeler, s'il en était besoin, que le risque de censure est réel. C'est d'autant plus le cas que la saisine du Conseil constitutionnel par l'opposition, sur un texte aussi clivant et emblématique, est assurée. L'affirmation répétée de l'indépendance des juges vise donc à déminer ce problème en soulignant une disposition du projet de loi destinée à limiter le risque de censure : la possibilité pour les juges de déroger aux peines planchers par une décision spécialement motivée ^[13] .

À la complication juridique s'ajoute un problème technique pointé par les opposant au texte : les prisons sont pleines. Archipleines. Au mois de mai 2007, quand Nicolas Sarkozy arrive au pouvoir, le nombre de personnes « écrouées hébergées », c'est-à-dire « en prison », s'élève à 60 698. Le nombre de « places opérationnelles » est, lui, de 50 207 et les établissements en construction ne seront pas livrés avant des années. Dans ces conditions, la marge de manœuvre est réduite. Or le texte vise, *a priori*, beaucoup de monde. En 2006, sur les 570 000 adultes condamnés, 39 % l'avaient déjà été par le passé. Bien sûr, officiellement, les peines planchers ne servent pas à augmenter les peines mais à les rendre automatiques, prévisibles. Cependant, d'une part, la sanction moyenne augmentera nécessairement si on augmente le minimum sans changer le maximum et, d'autre part, après tant de discours sur le laxisme, l'objectif est quand même d'envoyer un signal de fermeté. Comment, donc, augmenter les sanctions de 39 % des

condamnés sans faire totalement exploser l'infrastructure pénitentiaire ?

Ce problème technique sera limité (mais non supprimé) grâce à une pirouette juridique : le texte s'appuiera sur la récidive *légale*. Dans le langage courant et, sans doute, dans l'esprit des électeurs, un récidiviste est une personne qui commet deux infractions consécutives. Ce n'est pas le cas au regard du Code pénal. Un délit est commis en récidive légale lorsqu'il survient après *le même délit ou un délit qui lui est assimilé* ^[14]. Les règles d'assimilation sont précisément définies ^[15], mais l'idée est simple : un vol après un vol, c'est de la récidive ; un trafic de stupéfiant après une violence volontaire, ce n'en est pas. Selon le Code, ce second cas constitue une réitération. Et, toujours selon le Code, c'est beaucoup moins grave. Avant même la loi sur les peines planchers, une récidive vaut doublement de l'encouru. Une réitération n'induit rien de particulier (d'un point de vue formel, car, dans la pratique des juridictions, c'est évidemment pris en compte).

Cette translation du sens commun au sens légal réduit considérablement le nombre de personnes visées. Si, en 2006, 39 % des condamnés avaient déjà fait l'objet d'une précédente condamnation, « seuls » 7,5 % étaient des récidivistes. Cinq fois moins donc. Cette réduction du « public » ciblé par la réforme fut, logiquement, très peu évoquée par le pouvoir politique et, étonnamment, assez peu expliquée dans les médias. En 2007, quarante-cinq articles du *Parisien-Aujourd'hui en France* et trente-sept du *Monde* discutèrent la loi, mais seuls deux articles

de chacun de ces journaux en expliquèrent précisément les contours.

Les minimums introduits furent définis en fonction des maximums préexistants. Concrètement, les planchers s'établirent à un an de prison pour les délits passibles de trois ans, deux ans pour les délits passibles de cinq ans, trois ans pour les délits passibles de sept ans et quatre ans pour les délits passibles de dix ans (ces minimums renvoyant à la somme des peines de sursis simple, de sursis avec mise à l'épreuve et de prison ferme). Comme on pouvait s'y attendre, ces planchers apparaissaient assez nettement supérieurs aux peines prononcées avant l'entrée en vigueur de la loi. En 2006, les personnes condamnées en état de récidive légale pour un délit passible de trois ans de prison étaient, en moyenne, punies de 170 jours de prison dont 120 ferme. Bien loin du nouveau minimum de 360 jours. De même, les récidivistes condamnés pour des délits passibles de cinq, sept ou dix ans avaient reçu des peines moyennes de 230, 330 et 560 jours respectivement, loin des nouveaux planchers de 720, 1 080 et 1 440 jours.

Toute la loi, pas plus que la loi

Récapitulons. En France, des peines minimums, dites « peines planchers », sont introduites extrêmement rapidement après l'élection présidentielle de 2007. Une possibilité de les

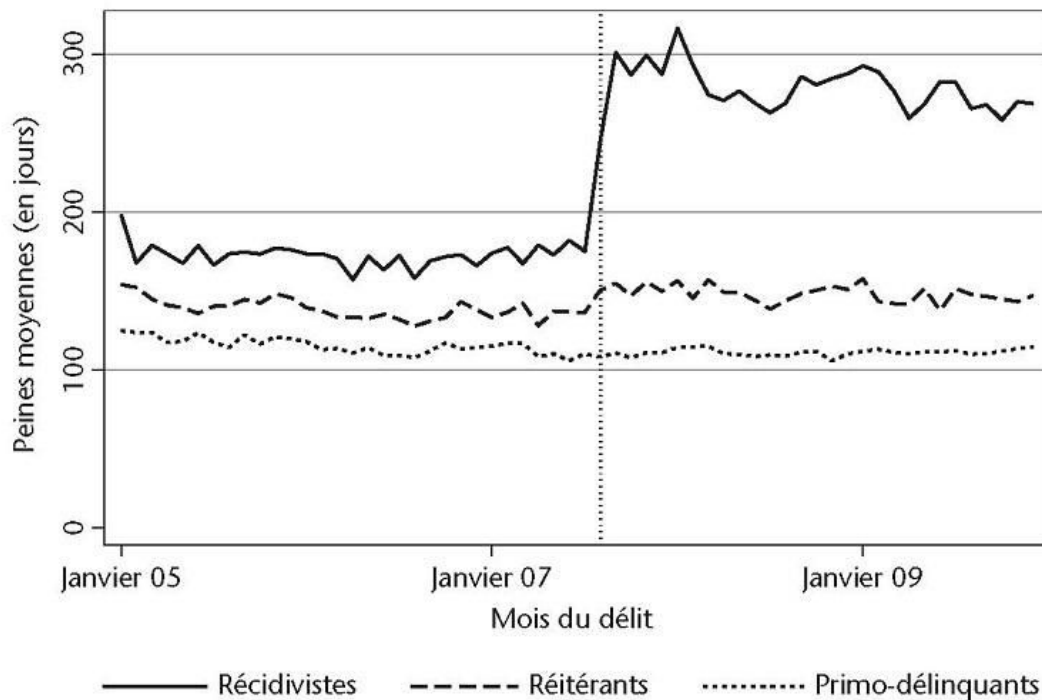
contourner est laissée afin de se prémunir du risque d'inconstitutionnalité. Le « public » visé est limité aux récidivistes légaux. Les minimums introduits sont largement supérieurs aux peines prononcées avant la loi. Dernière précision nécessaire : comme toutes les lois pénales, la loi sur les peines planchers n'est pas rétroactive. Seules les personnes condamnées après la loi ont à en subir la rigueur. Cette contrainte ne s'applique cependant qu'à la récidive et non au premier délit. Ainsi, monsieur Durand ayant commis un délit en 2004 (avant la loi) et récidivant le 12 août 2007 (après la loi) est passible des peines planchers, mais pas monsieur Dupont, ayant récidivé le 20 juillet (avant la loi), même si son jugement a eu lieu le 15 août (après la loi).

La mise en œuvre du dispositif soulève de nombreuses questions. Premièrement, quel effet la loi a-t-elle eu sur les peines ? Ont-elles effectivement augmenté ? Les juges ont-ils profité de la possibilité de déroger aux planchers pour contourner la réforme ? Deuxièmement, les changements ont-ils seulement affecté les récidivistes, comme la loi le prévoyait, ou l'ensemble des condamnés dans un grand élan d'augmentation des peines ? Troisièmement, les planchers introduits étant des peines déjà possibles avant la réforme, les personnes ayant récidivé avant l'entrée en vigueur de la loi mais jugées après ont-elles été affectées malgré la non-rétroactivité ? Quatrièmement, s'il y a eu augmentation, quels types de peines ont été utilisés ? Dans la mesure où le plancher peut être atteint par du sursis, du sursis avec mise à l'épreuve

ou du ferme, les juges ont-ils essayé de limiter la rigueur de la loi en jouant principalement sur le sursis ?

Afin de répondre à ces questions, on peut mesurer l'évolutions des peines au fil du temps pour trois groupes : les primo-délinquants, les réitérants (ayant déjà commis un délit par le passé mais non classés comme récidivistes) et les récidivistes (ciblés par la loi). C'est ce qui est présenté dans la figure 2.1 pour les délits passibles de trois ans de prison et plus (aucun plancher n'a été introduit pour les encourus plus faibles). La ligne continue présente les peines moyennes (somme des quantums de prison ferme, de sursis avec mise à l'épreuve et de sursis simple) par mois pour les récidivistes, la ligne en tirets pour les réitérants et la ligne en tirets courts pour les primo-délinquants. La ligne verticale (en pointillé) au milieu indique le moment d'entrée en vigueur de la loi sur les peines planchers. La période couverte va de janvier 2005 à décembre 2009 ^[16].

Figure 2.1. Évolution des peines moyennes de prison (ferme, sursis avec mise à l'épreuve, sursis simple) de 2005 à 2009 pour les primo-délinquants, réitérants et récidivistes



Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Les résultats sont clairs. Premièrement, la réforme a entraîné une hausse massive et immédiate des peines prononcées à l'encontre des récidivistes. Les quantums totaux de prison prononcés ont pratiquement doublé entre juillet et septembre 2007, passant d'environ 170 jours avant la loi à près de 300 après. Deuxièmement, primo-délinquants et réitérants n'ont pratiquement pas été affectés. Les peines sont restées relativement stables, avec seulement une légère hausse pour

ces derniers. Troisièmement, les délits commis en récidive avant le 10 août (sur la gauche du graphique) n'ont pas du tout été affectés. Une partie de ceux-ci ont pourtant été jugés après l'entrée en vigueur de la loi et, comme on l'a évoqué, il aurait été tout à fait possible de leur infliger des peines d'un niveau similaire aux planchers. Cela n'a pas été le cas.

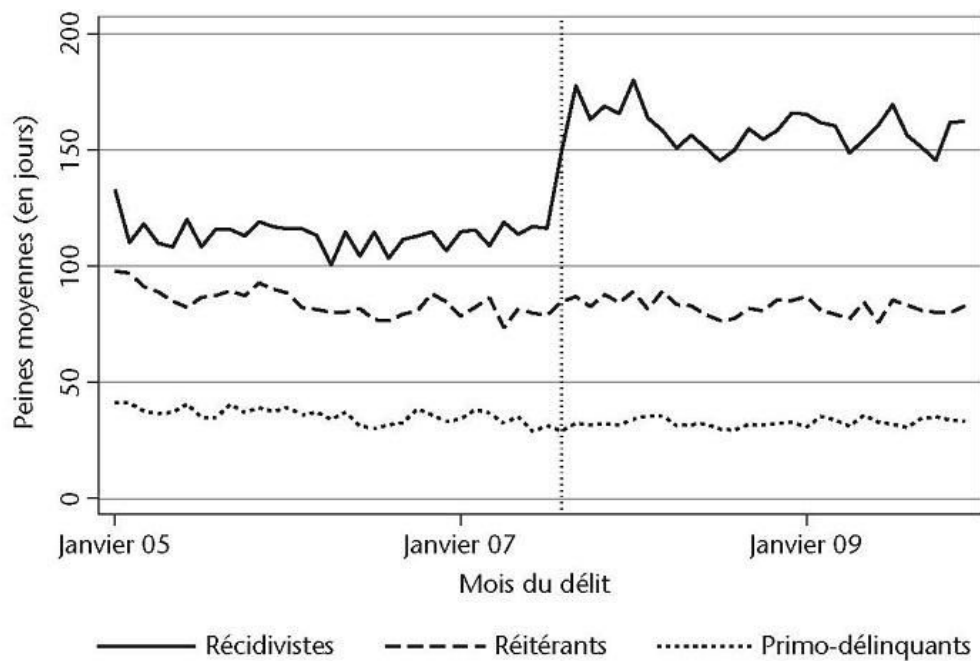
Cette évolution indique que les juges ont effectivement été contraints par les peines planchers, qu'ils n'ont pas massivement contourné la loi, mais qu'ils s'en sont tenus à une application *a minima*. Un résultat somme toute logique pour des personnes légalistes, par formation, mais globalement opposées au texte.

Au-delà de l'effet de la réforme sur les peines de prison totales, on peut s'intéresser aux types de sanctions qui ont été affectés. La figure 2.2 présente l'évolution des peines de prison ferme (sous-figure a), de sursis avec mise à l'épreuve (sous-figure b) et de sursis simple (sous-figure c) d'une manière similaire à la figure 2.1.

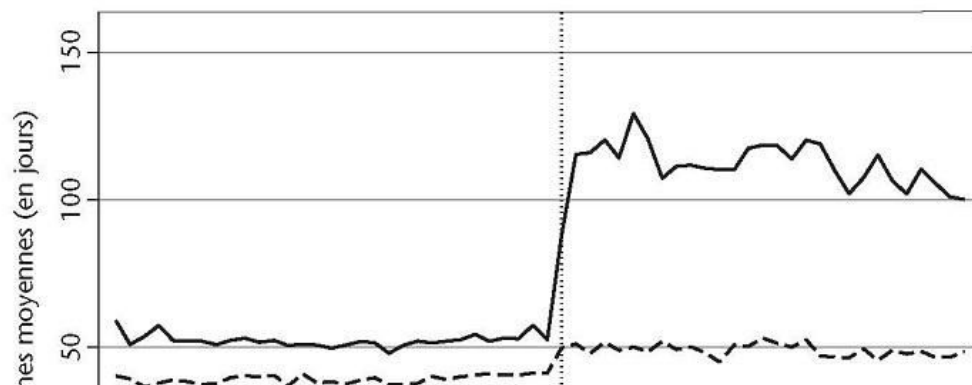
On peut voir sur la figure 2.2 que les peines planchers ont affecté les parts ferme et de sursis avec mise à l'épreuve. Les premières sont passées d'en moyenne 110 jours à environ 160 jours, tandis que les secondes ont augmenté de 50 à 110 jours environ. Le sursis simple, lui, n'a pas bougé. Cela peut sans doute s'expliquer par le fait qu'il n'est pas possible de condamner une personne à deux peines de sursis simple consécutives.

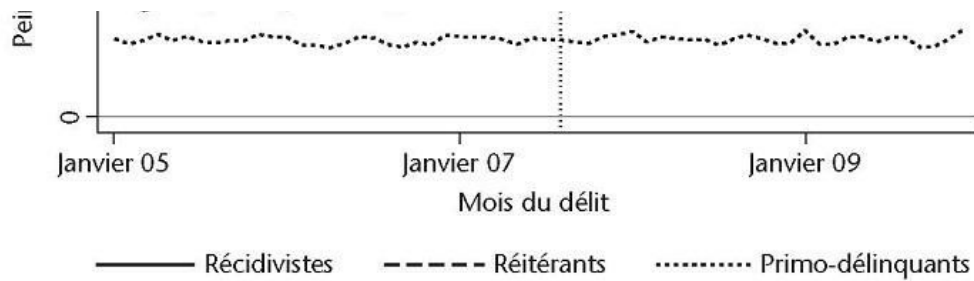
La conclusion qu'on peut tirer de la figure 2.2 est que non seulement les juges n'ont pas contourné la loi en utilisant à plein la dérogation possible mais qu'en plus ce sont bien les composantes les plus sévères de la peine qui ont augmenté.

Figure 2.2. Évolution des peines moyennes de prison ferme (a), de sursis avec mise à l'épreuve (b) et de sursis simple (c) de 2005 à 2009 pour les primo-délinquants, réitérants et récidivistes

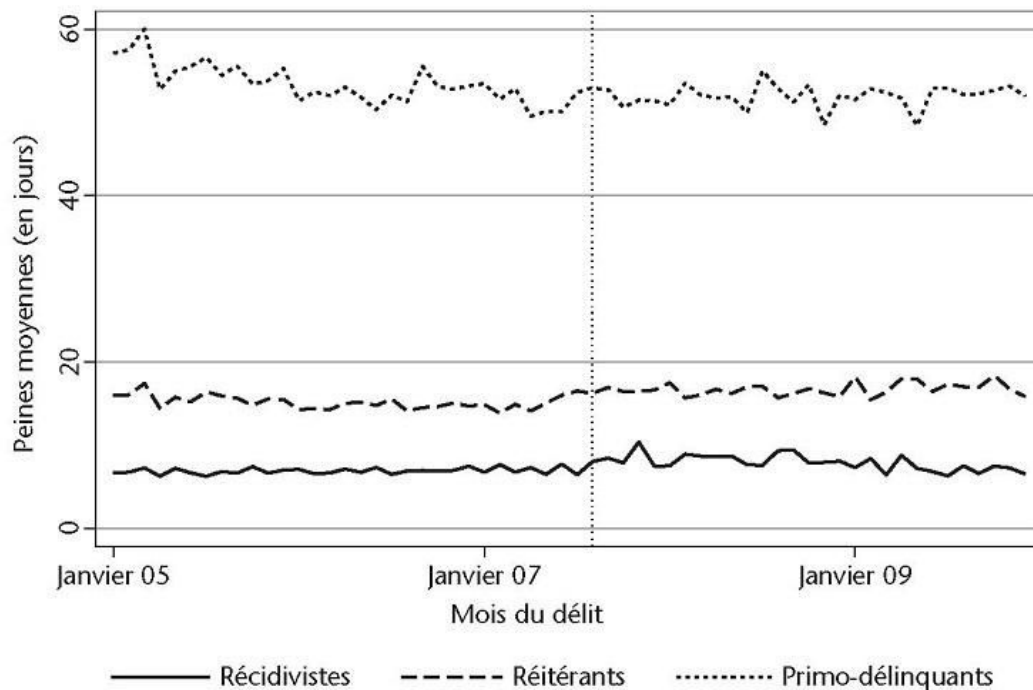


a Prison ferme





b Sursis avec mise à l'épreuve



c Prison avec sursis simple

Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Deux caractéristiques supplémentaires de la mise en œuvre du dispositif méritent d'être notées. Premièrement, la loi a augmenté les peines de prison et en particulier de prison ferme mais n'a pratiquement pas affecté les probabilités d'être

condamné à ces peines. Avant la loi, 13,9 % des récidivistes n'étaient condamnés à aucune peine de prison et 46,3 % à une peine de prison sans part ferme ; ils étaient toujours respectivement 12,9 % et 45,6 % après. Deuxièmement, la hausse des peines a été, en proportion, légèrement plus faible pour les délits passibles de trois ans de prison et identique pour les autres. Troisièmement, les atteintes à la législation sur les stupéfiants ont subi une hausse de la sévérité plus importante que pour les atteintes aux biens et aux personnes.

Un difficile maintien de la cohérence des décisions

La loi sur les peines planchers a considérablement augmenté les sanctions à l'encontre des récidivistes, c'est entendu. Mais, de manière plus générale, cette loi nous permet aussi de mieux comprendre la façon dont les décisions de justice sont rendues. En effet, en augmentant brutalement les peines pour un groupe de personnes limité à un instant donné, la réforme a posé deux problèmes aux magistrats : un problème de cohérence de l'échelle des peines et un problème de cohérence temporelle.

Remettre des barreaux à l'échelle

La question de l'échelle des peines a déjà été évoquée au chapitre précédent. Le problème est simple : lorsque, subitement, certains faits sont plus lourdement sanctionnés qu'avant, que faut-il faire pour les autres infractions ? Doit-on augmenter en conséquence les peines attribuées à celles qui étaient considérées comme plus graves même si elles n'étaient pas ciblées au départ ? À l'inverse, faut-il laisser le fossé se creuser avec les infractions auparavant considérées comme moins graves ?

Dans le cas des changements d'encouru, ces questions étaient, en un sens, restées théoriques. Les réformes examinées au chapitre précédent ont principalement affecté des infractions marginales et, quand cela n'a pas été le cas, les juges ont très simplement résolu la question de l'échelle des peines en ne changeant rien aux sanctions préexistantes. Avec la loi sur les peines planchers, en revanche, nous sommes confrontés à l'exemple d'une modification réelle et significative des sanctions.

Dans le texte, le Parlement s'est préoccupé du maintien de la cohérence de l'échelle des peines. Les minimums introduits ont été indexés sur les maximums déjà présents dans le Code, et la hausse des peines a effectivement été plus importante pour les encourus les plus élevés. Cependant, ce mécanisme ignore le fait que, pour chacun de ces maximums, il existait, avant la loi, une gradation des sanctions. Les minimums introduits étant élevés, on s'attend donc *a priori* à ce que l'hétérogénéité au sein d'un même niveau d'encourus soit partiellement écrasée. La

question se pose alors de savoir dans quelles proportions les juges ont accompagné ou limité ce processus. Ont-ils simplement pris acte de l'accroissement de la sévérité pour un ensemble d'infractions et laissé le reste inchangé ? Ont-ils, au contraire, tenté d'adapter les autres décisions pour que ce qui était auparavant considéré comme plus grave reste plus sévèrement puni ? En un sens, l'exemple des peines planchers nous indique l'importance accordée, par les juges, à l'échelle des peines et à sa fixité dans le temps.

Prenons un exemple pour illustrer la problématique à laquelle ils se sont trouvés confrontés. Considérons trois groupes :

A. Les condamnés pour violence volontaire sur conjoint avec interruption temporaire de travail de moins de huit jours. En 2006, ils étaient punis, en moyenne, de 102 jours de prison lorsqu'ils n'étaient pas en récidive. Les faits étaient passibles au maximum de trois ans.

B. Les récidivistes condamnés pour travail clandestin. En 2006, ils étaient punis, en moyenne, de 83 jours de prison. L'encouru était de trois ans, doublé à six ans en récidive.

C. Les récidivistes condamnés pour vol. En 2006, ils étaient punis, en moyenne, de 142 jours de prison. L'encouru était de trois ans, doublé à six ans en récidive.

Avec les peines planchers, les sanctions prises à l'encontre des groupes B et C, composés de récidivistes, ont dû augmenter sensiblement. Si la loi a été suivie scrupuleusement, la quasi-

totalité de ces deux groupes ont dû être condamnés à un an de prison au moins (pour rappel, le plancher est d'un an pour les encourus de trois ans). Le groupe A, lui, n'a pas été ciblé par la loi. La difficulté apparaît alors nettement. Avant la réforme, le groupe B était moins sévèrement puni que le groupe A, lui-même moins sévèrement puni que le groupe C. Mais, avec les peines planchers, le travail clandestin en récidive (B) est censé devenir nettement plus lourdement sanctionné que les violences sur conjoint sans récidive (A). La hiérarchie doit donc s'inverser entre A et B. De surcroît, les peines à l'encontre du vol (C) et du travail clandestin (B), à l'origine tous deux largement sous le plancher, se retrouvent à devoir augmenter pour s'équivaloir à peu près, alors que l'écart était presque du simple au double à l'origine.

Pour le dire autrement, dans cet exemple, si la loi est appliquée à la lettre, on passe de « C plus sévèrement puni que A, plus sévèrement puni que B » ($C > A > B$) à « B et C punis de la même manière et plus que A » ($C = B > A$). La question est donc de savoir si les juges ont laissé la réforme réorganiser à ce point l'échelle des peines ou si, au contraire, ils ont cherché à conserver tout ou partie de la hiérarchie préexistante. Plusieurs évolutions ont pu, en théorie, permettre de préserver totalement ou partiellement l'ordre d'avant la loi. Les peines à l'encontre des délits du groupe A ont pu augmenter pour rester supérieures à celles du groupe B, bien que la loi ne l'impose pas. De même, les magistrats ont pu dépasser le plancher pour les délits du groupe C afin de maintenir l'écart avec B.

Les résultats de la section précédente donnent déjà quelques réponses. En effet, on a vu que seuls les délits commis en récidive avaient été affectés par la loi. En creux, cela indique que les juges n'ont pas cherché à maintenir certaines des condamnations des primo-délinquants et des réitérants au-dessus de celles de récidivistes commettant des délits auparavant considérés comme « moins graves ». Dans l'exemple précédent, cela signifie que le groupe B s'est retrouvé plus lourdement condamné que le groupe A, après le 10 août 2007, sans que les juges s'y opposent. La hiérarchie des infractions a donc bien été bouleversée.

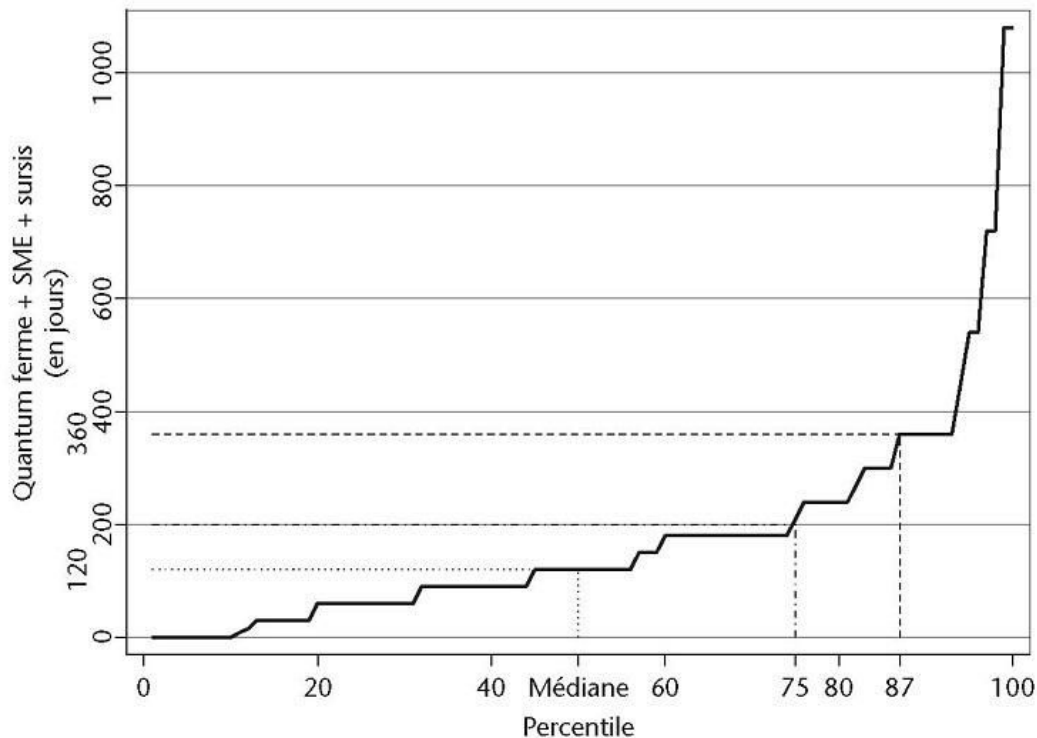
Et parmi les récidivistes ? Les peines ont-elles évolué de manière à maintenir, au moins à l'intérieur de cet ensemble, l'ancienne hiérarchie ? Afin d'étudier cette question, il faut s'intéresser non plus au niveau moyen des peines mais à leur distribution. Comme les graphiques nécessaires sont légèrement plus difficiles que les précédents, allons-y pas à pas.

Sur la figure 2.3, j'ai représenté par une ligne continue la distribution des peines de prison des récidivistes ayant commis un délit passible de trois ans de prison dans les deux ans précédant la loi sur les peines planchers. En abscisse sont indiqués les « percentiles », c'est-à-dire les positions dans la distribution. Un individu au 30^e percentile a 30 % du groupe moins sévèrement condamné que lui (et donc 70 % plus sévèrement). À chaque percentile, en abscisse, correspond une peine, en ordonnée. Si on veut, par exemple, connaître la peine médiane (le 50^e percentile), il suffit de regarder le niveau de la

courbe au point d'abscisse 50 (indiqué par « médiane » sur la figure) en suivant les lignes en pointillé. On trouve alors la valeur de 120. Concrètement, cela signifie que, au sein des décisions étudiées, 50 % ont eu moins de 120 jours de prison et 50 % ont eu plus de 120 jours ^[17]. On peut faire de même avec le percentile 75 en suivant les lignes en tirets courts et pointillé. On trouve alors que 75 % de l'échantillon a eu une peine inférieure à 200 jours.

La question est de savoir comment cette structure s'est déformée du fait de la loi sur les peines planchers. On le voit sur la figure 2.3 en suivant les tirets longs, la majorité des sanctions sont, au départ, inférieures à 360 jours, le minimum introduit par la loi : 87 % des condamnés l'étaient à moins d'un an. Par ailleurs, on sait qu'il existe un mécanisme permettant de déroger aux peines planchers sur décision motivée et on peut supposer que les peines les plus faibles resteront inférieures au minimum. On peut alors envisager deux situations extrêmes. Soit une application de la loi sans préservation de l'échelle des peines : les cas les moins graves font l'objet d'une dérogation, les cas les plus graves satisfont déjà aux conditions et, entre les deux, tout est sanctionné au niveau exact du plancher. Soit une application préservant l'échelle des sanctions, où toute la distribution serait décalée vers le haut de manière à satisfaire aux nouvelles contraintes sans modifier la hiérarchie.

Figure 2.3. Distribution des peines de prison décidées à l'encontre des récidivistes ayant commis des délits passibles de trois ans de prison dans les deux ans précédant la loi sur les peines planchers

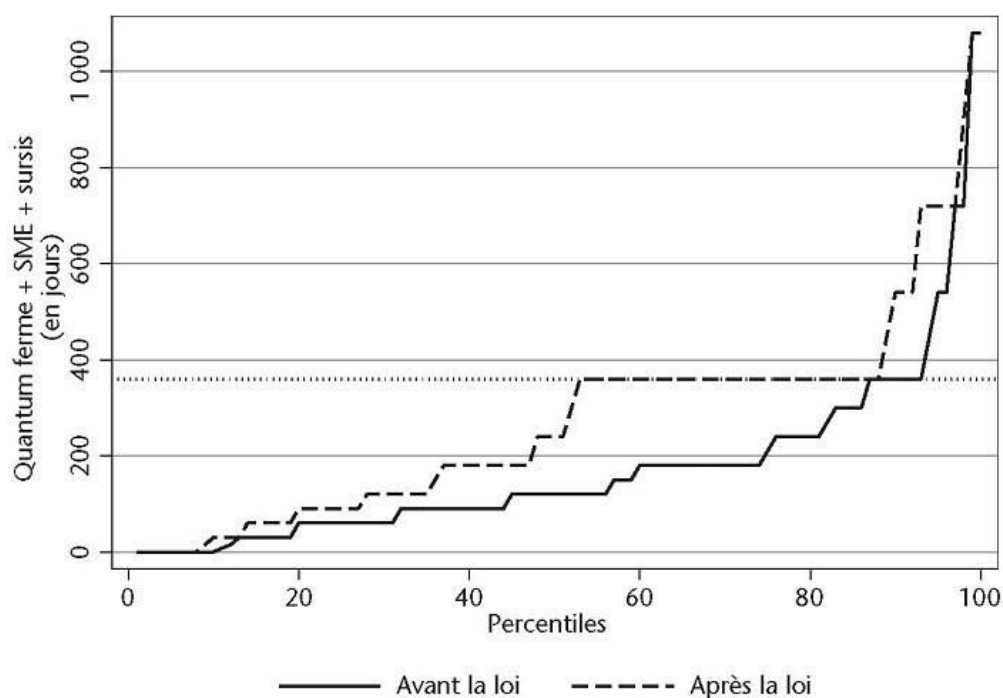


Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

La réalité peut s'observer sur la figure 2.4. On y voit, comme sur la précédente, la distribution des peines pour les récidivistes ayant commis un délit passible de trois ans de prison dans les deux ans précédant les peines planchers (ligne continue), mais aussi la même distribution dans les deux ans ayant suivi l'introduction de la loi (ligne discontinue). On retrouve, d'abord, un résultat connu : les peines se sont allongées, et la courbe est

décalée vers la gauche. Là où la médiane était à 120 jours avant, elle passe à 240 après. De même, le 75^e percentile passe de 200 jours à 360. Alors que seules 13 % des peines étaient supérieures ou égales au plancher avant août 2007, elles sont 47 % après.

Figure 2.4. Distribution des peines de prison décidées à l'encontre des récidivistes ayant commis des délits passibles de trois ans de prison dans les deux ans avant et après la loi sur les peines planchers



Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), Ministère de la Justice.

Le plus intéressant, sur la figure 2.4, est de constater que, dans une large mesure, les juges ont cherché, après la réforme, à

préserver la gradation des peines au sein de la catégorie. Si 53 % des récidivistes de ce groupe ont reçu une sanction plus faible que requis par le plancher, ceux-ci ont quand même été condamnés plus lourdement qu'ils ne l'auraient été avant la loi. Le 40^e percentile est, par exemple, à 180 jours, la moitié du plancher, mais quand même le double de ce qu'il était auparavant (90 jours). De la même manière, en haut de la distribution (et donc à droite de la figure), on constate une augmentation. Des condamnés qui étaient déjà plus sévèrement punis que ce que requiert la loi se retrouvent encore plus lourdement sanctionnés. Par exemple, les 10 % des peines les plus sévères étaient supérieures à un an, elles sont désormais supérieures à 18 mois.

Cette évolution de la structure des peines de manière à maintenir une hiérarchie dans la gravité des faits jugés se retrouve pour les délits passibles de cinq ans, sept ans et dix ans. Pour chacune de ces catégories, on constate que les infractions les moins sévèrement punies sont inférieures au plancher introduit, mais quand même supérieures à ce qu'elles étaient auparavant. De même, les peines les plus sévères augmentent, malgré le fait qu'elles étaient déjà supérieures au plancher.

Ces résultats sont intéressants dans la mesure où ils montrent le réel attachement des juges à la cohérence de l'échelle des sanctions, à la gradation des peines, au-delà de la stricte application des quantums prévus par le Code pénal. Cependant, couplés à ceux de la section précédente, ils indiquent aussi

l'indépendance de la catégorie « récidivistes » par rapport aux autres groupes de condamnés. Si l'échelle des peines au sein de cette catégorie a été relativement préservée, elle a énormément bougé par rapport au reste des infractions. Certains faits commis en récidive sont devenus plus sévèrement punis que d'autres, commis par des primo-délinquants ou des réitérants, auparavant considérés comme plus graves, sans que cela semble poser problème.

On confirme ici d'une certaine manière ce qu'on pouvait pressentir en étudiant le rapport entre peines et encourus : les magistrats, loin de recevoir « clés en main » une échelle des peines déterminée par le Parlement, semblent, en réalité, contribuer à la définir et à la perpétuer.

Une fin... qui n'en est pas une

Intéressons-nous maintenant au second problème posé par les peines planchers : celui de la cohérence temporelle. Du fait de la loi, littéralement du jour au lendemain, des individus ayant commis les mêmes faits se sont retrouvés passibles de sanctions très différentes. Légitime d'un point de vue juridique, ce changement peut néanmoins être considéré comme brutal. On aurait ainsi pu imaginer qu'il soit « lissé » dans le temps au cours d'une période de transition, par exemple, en utilisant plus fréquemment la possibilité de déroger au plancher au cours des

premiers mois. Nous avons déjà vu que cela n'a pas été le cas. « La loi est dure, mais c'est la loi » : elle fut appliquée dans toute sa rigueur dès le début. Cependant, il faut admettre que les juges n'avaient pas le choix. Le mécanisme dérogatoire existait, certes, mais la règle était claire, contraignante, jouissant d'une légitimité démocratique assez indéniable (une mesure phare, annoncée pendant la campagne du candidat victorieux et mise en œuvre rapidement après l'élection), et son contournement s'avérait coûteux en temps (un rapport à écrire pour des juges déjà débordés). Dans ce contexte, il est difficile d'interpréter la brutale rupture observée comme le signe d'une indifférence de la magistrature à l'égard de la cohérence temporelle des décisions.

Pour étudier cette question, il est sans doute plus intéressant de se pencher non sur l'entrée en vigueur de la loi mais sur son abrogation. De fait, les peines planchers ont été supprimées du droit français le 1^{er} octobre 2014, en conséquence de la loi du 15 août de la même année.

Si l'instauration des peines minimales avait été menée tambour battant par la droite en 2007, la gauche, arrivée au pouvoir en 2012, ne montra pas le même empressement à les supprimer. Pourtant, la cause était *a priori* entendue. La fin de ce marqueur de l'ancienne majorité figurait noir sur blanc dans le programme du candidat Hollande : c'était sa promesse n° 53. Le problème principal fut rapidement qu'un des poids lourds du gouvernement – Manuel Valls, ministre de l'Intérieur au début du quinquennat, Premier ministre à la fin – avait toujours fait

montre d'une certaine sympathie à l'égard des peines planchers. Le ministre alla jusqu'à faire part publiquement de son opposition au texte préparé par la ministre de la Justice et destiné pour partie à supprimer les sanctions minimales ^[18]. Après quelques tergiversations, Manuel Valls finit par soutenir la réforme, sans s'appesantir sur son bien-fondé et en évoquant simplement le respect de la parole présidentielle. Un soutien *a minima* qui permit de débloquer la situation. La suppression des peines planchers fut adoptée par le Parlement en juillet 2014, ratifiée en août et effective en octobre, plus de deux ans après le changement de majorité.

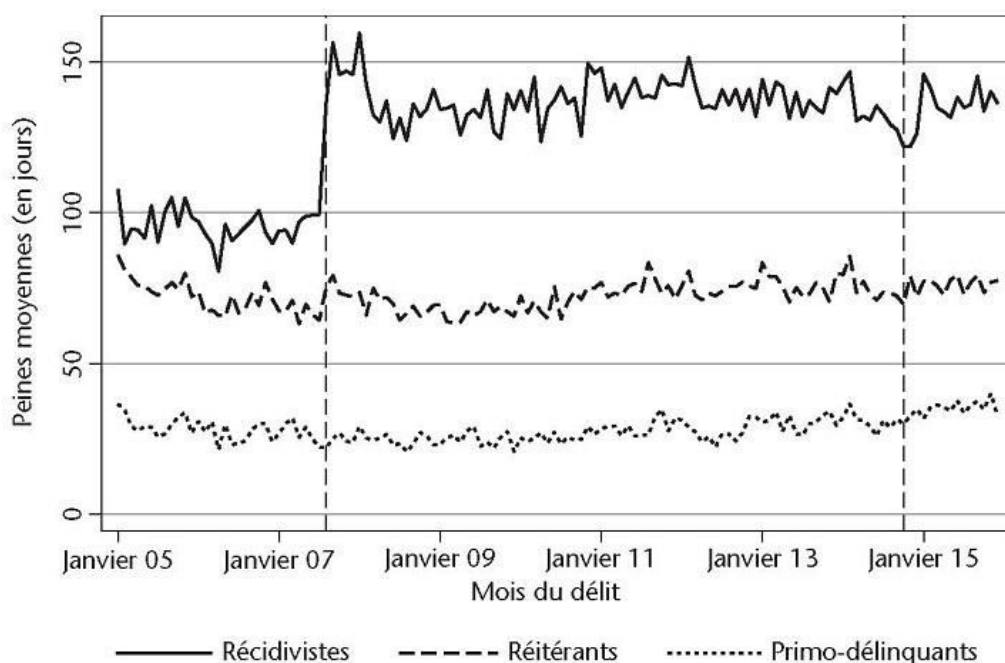
La fin des peines minimales fut, on s'en doute, dénoncée avec véhémence par l'opposition de droite. Politiquement, cette réaction se comprend aisément. La droite ayant toujours affirmé, sans trop se soucier de véracité, que la loi était particulièrement efficace, sa suppression s'apparenta à un *casus belli*. La critique permit, d'une part, de se poser en parti de l'ordre et de la sécurité et, d'autre part, de réactiver la rhétorique déjà bien huilée sur l'« angélisme » et le « laxisme » de la gauche. La ministre de la justice, Christiane Taubira, déjà honnie par les conservateurs pour avoir fait voter le mariage entre personnes de même sexe, fut définitivement vouée aux gémonies.

Si cette position se comprend politiquement, s'appuie-t-elle sur une quelconque réalité ? La suppression de la loi sur les peines planchers a-t-elle conduit à annuler la hausse brutale et importante des peines de prison observée lors de l'introduction

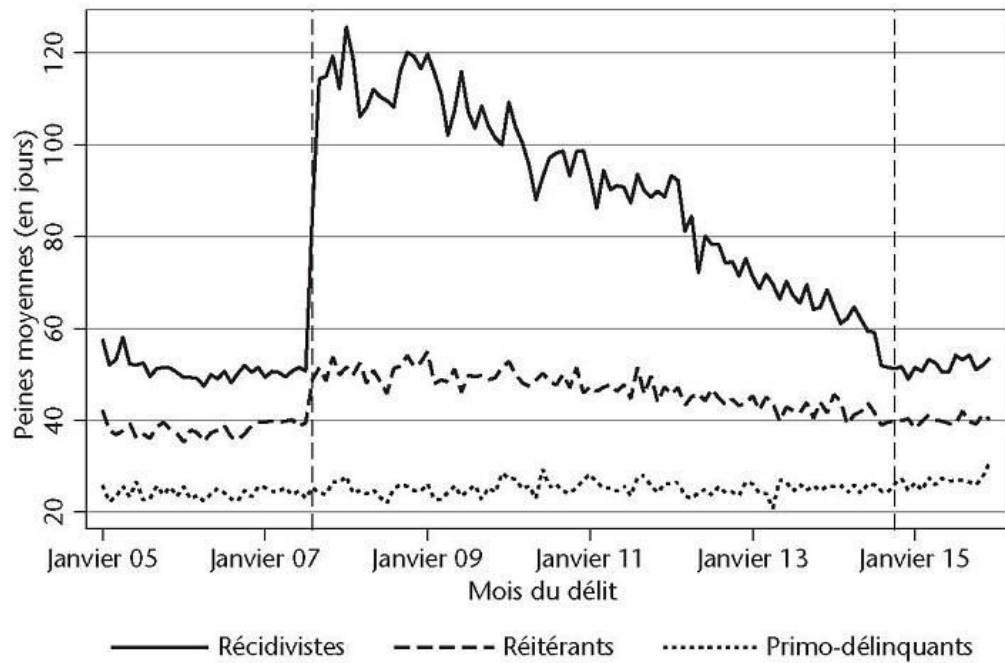
de la réforme ? Est-elle venue diminuer les sanctions prononcées à l'encontre des récidivistes ? Pour le savoir, il est nécessaire de refaire l'exercice de comparaison mené précédemment mais en dézoomant afin de suivre les sanctions sur une période plus longue ^[19] .

Comme la figure 2.2, la figure 2.5 présente l'évolution des peines de prison ferme (sous-figure a), de sursis avec mise à l'épreuve (sous-figure b) et de sursis simple (sous-figure c) pour les récidivistes (ligne continue), les réitérants (tirets) et les primo-délinquants (pointillé).

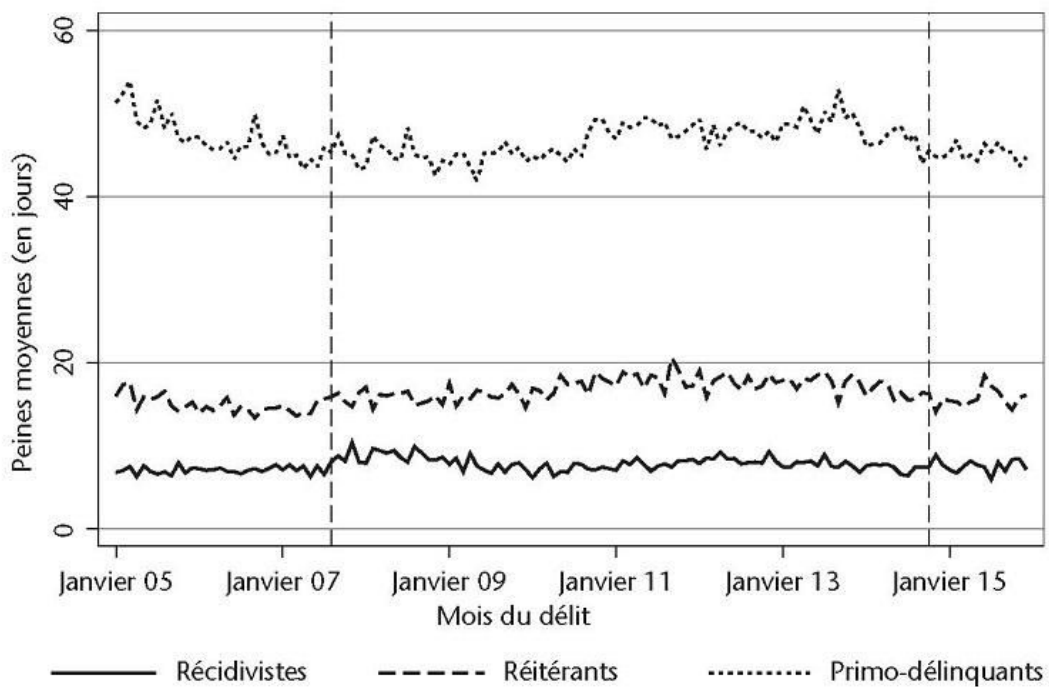
Figure 2.5. Évolution des peines moyennes de prison ferme (a), de sursis avec mise à l'épreuve (b) et de sursis simple (c) de 2005 à 2015 pour les primo-délinquants, réitérants et récidivistes.



a Prison ferme



b Sursis avec mise à l'épreuve



c Prison avec sursis simple

Note : les lignes verticales indiquent les dates de mise en œuvre et d'abrogation de la loi sur les peines planchers.

Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Les trois volets de la figure 2.5 indiquent tout à la fois que les peines planchers avaient en réalité été abandonnées bien avant leur suppression, mais également qu'elles ne l'ont jamais vraiment été.

Côté pile, on peut voir qu'à la brutale hausse des quantums de sursis avec mise à l'épreuve observée en 2007 a succédé une lente érosion. À la veille de la suppression de la loi, en octobre 2014, les quantums moyens de SME étaient revenus *grosso modo* à leur niveau de début 2007. En conséquence, alors qu'environ 40 % des récidivistes recevaient une peine supérieure ou égale au plancher en 2008, ils n'étaient plus que 33 % en 2010 et 26 % en 2010 ^[20]. Ce résultat confirme ce qu'on soupçonnait lors de l'étude de la mise en œuvre : les quantums de SME ont pour partie servi à atteindre les planchers sans que les durées semblent pertinentes aux magistrats. Au fur et à mesure que la pression à atteindre le minimum inscrit dans la loi s'est faite moins forte, les juges ont tout simplement cessé de recourir à des peines qui ne leur semblaient pas pertinentes.

Côté face, les peines de prison ferme sont restées extrêmement stables sur la période et, en particulier, on n'observe aucune diminution après la fin des peines minimales. Pour les

récidivistes, les quantums de prison ferme, passés de 95 jours l'année précédant l'introduction de la loi à 140 jours l'année qui l'a suivie, étaient encore de 135 jours l'année précédant sa suppression et, surtout, de 134 jours l'année qui l'a suivie. Tout se passe donc comme si les peines planchers s'étaient inscrites durablement dans le paysage. Comme si, par un effet de cliquet, la hausse des quantums ferme était devenue permanente malgré le retrait des minimums. Après plus de sept années à un niveau stable, le niveau de sanctions n'avait plus alors de raison de diminuer en l'absence de réelle contrainte à la baisse. Cela est d'autant plus vrai que, au cours de ces sept années, une bonne partie des juges ont probablement « été renouvelés », les plus anciens étant remplacés par de jeunes juges n'ayant jamais connu la période d'avant les peines planchers.

Alors pourquoi observe-t-on une persistance des peines de prison ferme et pas du sursis avec mise à l'épreuve ? C'est difficile à dire avec certitude, mais il est probable que, malgré leurs dénégations, les magistrats considèrent, comme le reste de la population, que la « vraie peine », la peine reine, reste la prison ferme. Dès lors, l'effet de cliquet devient une conséquence logique du maintien de la cohérence temporelle. Condamner deux personnes, jugées à un an d'intervalle, à des quantums de sursis avec mise à l'épreuve très différents ne choque pas outre mesure. Les sanctionner de peines fermes très différentes, si !

La volonté de maintenir la cohérence temporelle des sanctions, c'est-à-dire, en l'absence de force opposée, de punir les

justiciables de la même manière d'un jour à l'autre, a donc tendance à rendre les hausses permanentes. Les critiques de droite étaient infondées : la volonté politique de 2014 s'est brisée sur l'inertie des décisions de justice, et la gauche a payé un coût politique important pour un résultat pratique nul. Un résultat récurrent en matière judiciaire après la « contrainte pénale » et la déchéance de nationalité déjà évoquées.

Tout ça pour quoi ^[21] ?

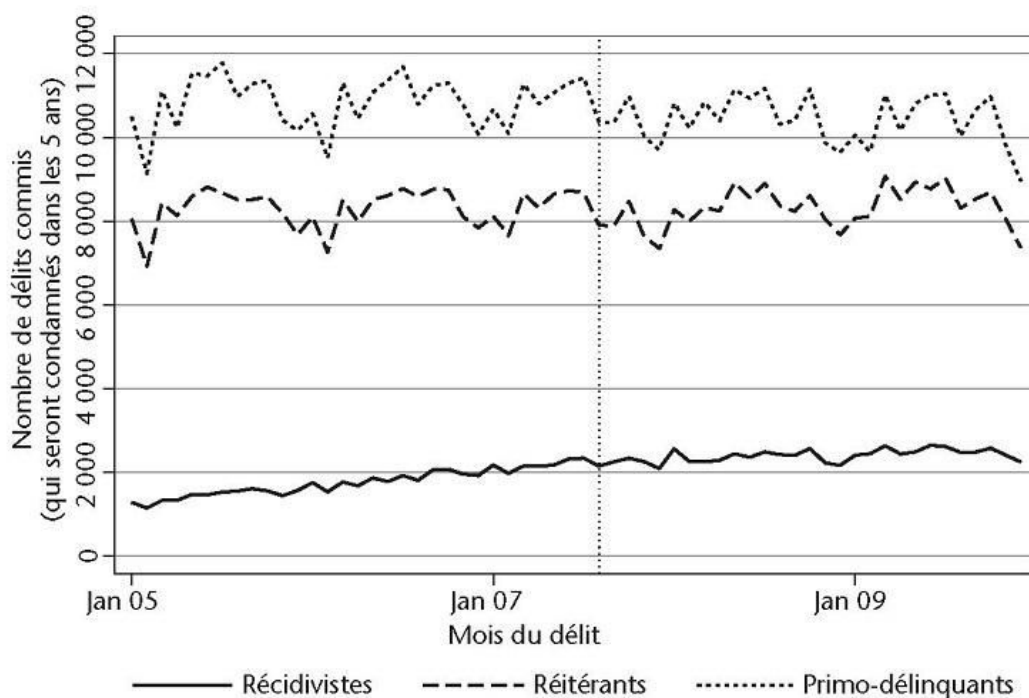
Quelles ont été les conséquences pratiques de tout cela ? Si la réforme a durablement augmenté les peines à l'encontre des récidivistes, a-t-elle eu un effet sur les comportements délinquants ? Les récidivistes en puissance ont-ils « intériorisé le caractère dissuasif du projet » ? L'ont-ils seulement compris ? Voire : en ont-ils seulement entendu parler ? En un mot, la délinquance a-t-elle diminué grâce à la réforme ?

La réponse, cruelle, peut se résumer au graphique suivant.

Le nombre de délits commis par des récidivistes n'a clairement pas diminué dans les deux ans ayant suivi la loi ^[22]. En comparaison du nombre de faits reprochés à des primo-délinquants ou à des réitérants, il a plutôt augmenté, bien que cela soit probablement dû à un meilleur enregistrement.

Même si l'on se place à une échelle plus fine – en mesurant les évolutions selon le ressort de chaque juridiction –, même si l'on compare seulement les récidivistes aux réitérants ou au contraire les primo-délinquants à tous les autres ^[23], même si l'on élargit la période étudiée... rien n'y fait. Aucune des analyses que j'ai menées ne permet de déceler un effet de dissuasion générale de la loi à partir de son entrée en vigueur.

Figure 2.6. Évolution du nombre de délits donnant lieu à une condamnation commis par des primo-délinquants, des réitérants et des récidivistes



Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Cependant, à y regarder de plus près, on peut quand même identifier un petit effet de la réforme... *sur les personnes l'ayant subie*. Autrement dit, c'est seulement une fois qu'un individu a été condamné en récidive et que, lors de cette condamnation, le juge (ou l'avocat, ou le procureur) lui a expliqué que la sanction était plus lourde du fait des peines planchers que l'on peut observer une incidence. Et encore cette dissuasion est-elle très limitée. D'une part, les personnes ayant eu à subir les foudres des peines planchers ne diminuent que leur probabilité de commettre un nouvel acte classé légalement comme une récidive mais pas leur probabilité de commettre un autre type de délit. D'autre part, la diminution n'est que de l'ordre de 8 %.

Prenons un exemple. Louis a été condamné pour avoir vendu du cannabis en 2006. En théorie, après le 10 août 2007, il ne doit pas commettre de nouvelles infractions à la législation sur les stupéfiants sous peine d'être condamné dans le cadre des peines planchers. Pourtant, l'étude de la délinquance en 2007 indique que Louis a exactement la même probabilité de commettre un nouveau délit. Admettons que Louis soit arrêté et condamné pour détention de marijuana en octobre 2007. C'est une récidive et, en raison des nouveaux minimums, sa peine sera sévère. À sa sortie de prison, selon mes calculs, Louis aura 8 % de chances de moins de commettre une atteinte à la législation sur les stupéfiants mais la même probabilité de commettre des actes de violence, un vol ou autre.

Une baisse de 8 % de la probabilité de commettre une seconde récidive, cela fait peu. En 2006, l'année précédant la loi sur les

peines planchers, seuls 1,75 % des jugements condamnaient des deuxième, troisième, quatrième ou énième récidives. Si la loi avait été en vigueur, une baisse de 8 % de ces infractions aurait induit une diminution totale du nombre de faits jugés de 0,14 % !

Ignorer la loi ?

On peut cependant imaginer que, si les condamnés tombant sous le coup de la loi sur les peines planchers comprennent la réforme, cet apprentissage peut se diffuser dans la société. On aurait alors une réforme pratiquement sans effet immédiat – faute d’être connue ou d’avoir été prise au sérieux par les personnes visées – mais dont l’efficacité ne cesserait de grandir au fil du temps. Cette hypothèse peut être partiellement testée.

Reprenons notre amis Louis, évoqué plus haut, condamné en octobre 2007 dans le cadre des peines planchers. Louis a compris la loi et s’y est (un peu) adapté. La question est ici : d’autres personnes ont-elles pu profiter de cet apprentissage ? Afin de comprendre la façon dont la connaissance se diffuse, dans le cadre de cette loi mais aussi de manière plus générale, je me suis intéressé à trois groupes de personnes : les éventuels cocondamnés de Louis en octobre 2007 ; les autres accusés présents à l’audience pour des faits n’ayant aucun rapport ; les

éventuels partenaires délinquants que Louis a eus dans le passé.

Les premiers, les cocondamnés, ont vu Louis être sanctionné d'une lourde peine et ont sans doute été attentifs aux raisons de cette sévérité à l'encontre de leur camarade. De fait, je trouve que ces personnes aussi ont « appris ». Je n'ai pu identifier qu'un petit échantillon de personnes dans ce cas, mais il semble que les partenaires non récidivistes de personnes condamnées en récidive légale après la loi tendent aussi à commettre moins de délits susceptibles de leur valoir la peine plancher.

Les deuxièmes – les délinquants jugés au cours de la même session du tribunal et donc spectateurs du verdict – n'ont, eux, absolument rien appris. Je n'observe en moyenne aucune différence dans les comportements ultérieurs de ceux ayant assisté à un verdict de peine plancher par rapport à ceux condamnés un jour où aucun récidiviste légal ne comparaisait.

Les troisièmes – les anciens partenaires délinquants, ceux avec qui Louis a été condamné par le passé – ne semblent pas non plus avoir appris quoi que ce soit. Là encore, la probabilité de voir comparaître à nouveau les anciens cocondamnés des récidivistes ou des réitérants est la même avant et après la mise en œuvre de la réforme.

Ces trois résultats indiquent que la connaissance de la loi s'est probablement un peu diffusée, mais de manière très limitée. Seul le petit groupe de ceux qui ont été condamnés avec un récidiviste semblent avoir infléchi leur comportement en

conséquence. Les spectateurs ou les anciens partenaires, eux, ne montrent aucun signe de changement après la réforme. Or ces deux derniers groupes sont quantitativement beaucoup plus nombreux que le premier. De surcroît, l'effet sur les cocondamnés reste faible et circonscrit à une adaptation « stratégique », seuls les délits ciblés étant affectés.

Remplir les prisons

Si la loi sur les peines planchers ne semble pas avoir eu une incidence significative sur la délinquance, elle a, en revanche, eu un effet massif sur le nombre de personnes détenues. En 2012, le ministère de la Justice estimait que la loi était responsable, à elle seule, d'une croissance du nombre de personnes emprisonnées de l'ordre de 4 000 ^[24]. Le nombre moyen de détenus à un instant donné étant, en 2006, d'environ 60 000, cela représente une hausse de l'incarcération de près de 7 % imputable à la réforme.

En 2011, à l'occasion de la « conférence de consensus sur la prévention de la récidive », la mission de recherche Droit et Justice avait chiffré le coût d'une journée de détention à environ 100 euros ^[25] (hors les coûts de construction des prisons). 4 000 personnes en plus par jour, cela représente donc, pour les finances publiques, un coût de l'ordre de 140 millions par an. À ce bilan financier de la réforme, il

faudrait théoriquement ajouter, pour établir le coût social total, celui de la privation de liberté pour ceux qui la subissent et éventuellement les coûts engendrés pour les familles et les proches.

Dernière dimension, également difficile à quantifier mais importante à noter, en aggravant la surpopulation carcérale, la réforme a pu, paradoxalement, accroître certaines formes de récidive ou de réitération. En effet, on en reparlera au chapitre 4, de nombreux travaux menés au cours des dernières années ont démontré les effets « criminogènes » des mauvaises conditions de détention ^[26].

Bilan : un succès politique bâti sur une politique publique inefficace

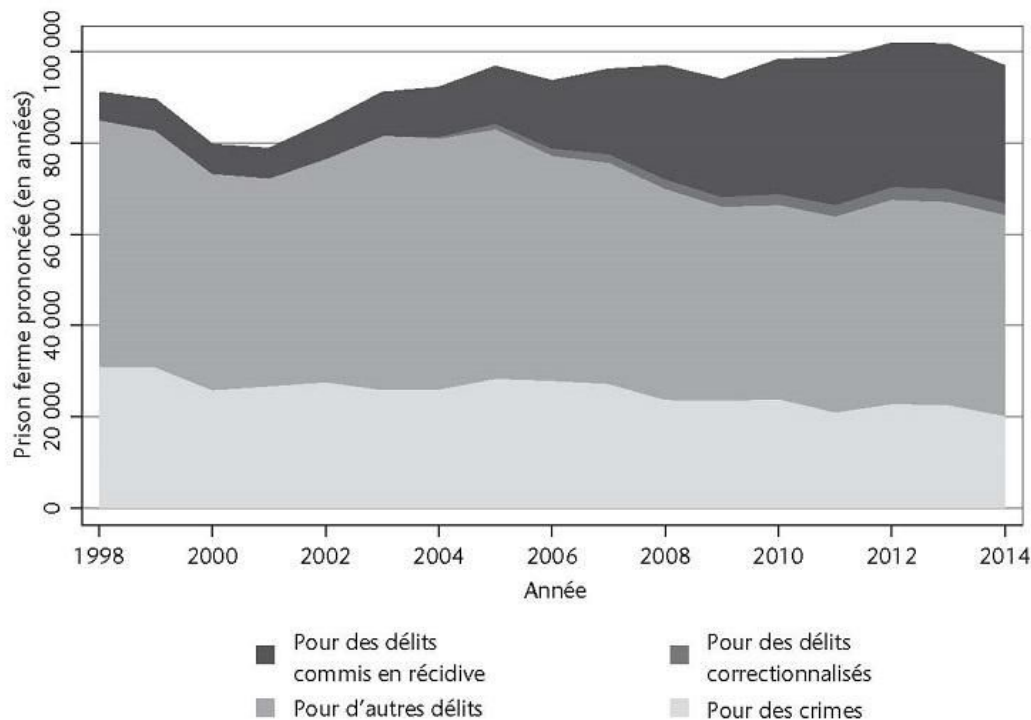
Ces deux premiers chapitres auraient pu s'intituler « Guide des méthodes visant à durcir la pénalité à l'usage du Parlement ». Si l'on ignore les aspects politiques et les enjeux d'image, on peut faire le bilan suivant. En France, la modification de la sphère pénale et la création de nouveaux délits n'ont eu pratiquement aucun impact. Les deux grands domaines d'évolution de ce qui est autorisé ou interdit que l'on observe à l'étranger sont les stupéfiants (le cannabis étant dépénalisé ou légalisé dans plusieurs pays) et les mœurs (la législation sur l'avortement ou l'homosexualité variant assez sensiblement) : deux domaines

qui n'ont pas subi de transformations récentes majeures dans l'Hexagone.

Les changements d'encourus n'ont guère eu plus d'effet. Malgré des modifications incessantes, la plupart des infractions visées étaient peu ou pas utilisées, et les changements concernant des délits plus communs n'ont eu aucune incidence.

Seule la modification des contraintes a eu un réel effet sur le cours de la justice. D'une part, la transformation de certaines contraventions routières en délits a transféré un grand nombre d'affaires du tribunal de police au correctionnel et, surtout, élargi les peines possibles pour les infractions visées en permettant l'utilisation de la prison. D'autre part, l'instauration des peines planchers a fortement poussé à la hausse les sanctions à l'encontre des récidivistes.

Figure 2.7. Nombre d'années de prison ferme prononcées par an



Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

L'importance de ces différents aspects s'observe aisément si l'on suit l'évolution du nombre d'années de prison ferme distribuées par an présentée sur la figure 2.7 : en noir, la somme du ferme prononcé contre des récidivistes ; en gris foncé, les sanctions contre les délits routiers correctionnalisés en 2004 ; en gris intermédiaire, les autres délits ; en gris clair, les crimes.

On le voit sur la figure, si la somme des peines de prison ferme s'est accrue au fil du temps, c'est essentiellement du fait des

peines prononcées contre les récidivistes qui font plus que doubler entre 2005 et 2010 (passant de 12 000 années à 28 000). Le reste a plutôt tendance à diminuer : un petit tiers en moins pour les crimes (près de 30 000 en début de période, à peine plus de 20 000 à la fin), un petit quart en moins pour les autres délits non commis par des récidivistes (près de 50 000 à un peu plus de 40 000).

Cet effet, massif et durable, explique probablement la popularité des peines minimales au sein de la classe politique française, en particulier à droite : les peines planchers sont la seule réforme d'envergure ayant fait augmenter les peines. Que la loi soit totalement inefficace pour lutter contre la récidive n'a pas d'importance. Qu'elle soit horriblement coûteuse n'en a pas plus. Les peines planchers sont devenues un marqueur d'inflexibilité face à la délinquance et le symbole de la prééminence du politique sur le magistrat.

Notes du chapitre

[1] ↑ Pour une présentation de ces différents dispositifs, voir par exemple : *Sentencing Guidelines : Australia, England and Wales, India, South Africa, Uganda*, The Law Library of Congress, Washington, avril 2014. Voir également la note de législation comparée produite par les services du Sénat en 2006 : « Les peines minimales obligatoires », *Étude de législation comparée*, n° 165, septembre 2006.

[2] ↑ A. PARTRIDGE et W. B. ELDRIDGE, *The Second Circuit Sentencing Study : A Report to the Judges of the Second Circuit*, Federal Judicial Center, Washington, 1974. Voir aussi J. M. ANDERSON, J. R. KLING et K. STITH, « Measuring interjudge sentencing disparity :

Before and after the federal sentencing guidelines », *The Journal of Law and Economics*, vol. 42, S1, 1999, p. 271-308.

[3] ↑ Par exemple, un article de 1999 estime que la différence moyenne entre juges est passée de 4,9 mois à 3,9 mois après l'adoption des *guidelines* (J. M. ANDERSON, J. R. KLING et K. STITH, « Measuring interjudge sentencing disparity », art. cité). Voir aussi P. J. HOFER, K. R. BLACKWELL et R. B. RUBACK, « The effect of the federal sentencing guidelines on inter-judge sentencing disparity », *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 90, n° 1, 1999, p. 239-322 (qui trouvent des effets plus grands en termes de réduction de la variabilité liée aux juges).

[4] ↑ À l'inverse, les écarts de peines ont réaugmenté après la fin de l'automaticité des *guidelines*. Voir C. S. YANG, « Have interjudge sentencing disparities increased in an advisory guidelines regime-evidence from Booker », *NYU Law Review*, n° 89, 2014, p. 1268.

[5] ↑ A. CHALFIN et J. MCCRARY, « Criminal deterrence : A review of the literature », *Journal of Economic Literature*, vol. 55, n° 1, 2017, p. 5-48.

[6] ↑ Voir, par exemple, L. LOCHNER, « Individual perceptions of the criminal justice system », *American Economic Review*, vol. 97, n° 1, 2007, p. 444-460.

[7] ↑ Voir G. KLECK, B. SEVER, S. LI et M. GERTZ, « The missing link in general deterrence research », *Criminology*, vol. 43, n° 3, 2005, p. 623-660.

[8] ↑ M. ROBERT, R. PACULA, C. JAMIE, K. HARRIS et R. PETER, « Do citizens know whether their state has decriminalized marijuana ? Assessing the perceptual component of deterrence theory », *Review of Law & Economics*, vol. 5, n° 1, 2009, p. 347-371.

[9] ↑ Une partie du gouvernement de Jacques Chirac, en particulier le ministre de la Justice Pascal Clément et le Premier ministre Dominique de Villepin, s'opposa à ce dispositif promu par Nicolas Sarkozy, notamment à l'occasion du « projet de loi sur la prévention de la délinquance » examiné en décembre 2006.

[10] ↑ Au Havre, le 29 mai, entre l'élection présidentielle et les législatives : « Je convoquerai alors le Parlement en session extraordinaire pour que soient votées au plus tôt les mesures les plus urgentes, celles qui sont les plus susceptibles de rétablir la confiance et d'entraîner la croissance. Je pense aux peines planchers pour les récidivistes. Je pense aux mesures fiscales. Je pense au premier volet de la réforme universitaire. Je pense au service minimum. »

[11] ↑ Discours prononcé le 23 février 2007 à Perpignan, à retrouver sur le site <vie-publique.fr>.

[12] ↑ *Le Monde*, samedi 2 juin 2007.

[13] ↑ Article 2 de la loi : « Toutefois, la juridiction peut prononcer, par une décision spécialement motivée, une peine inférieure à ces seuils ou une peine autre que l'emprisonnement en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci. »

[14] ↑ Articles 132-8 à 132-10 du Code pénal.

[15] ↑ Articles 132-16 et suivants.

[16] ↑ J'ai supprimé les délits enregistrés comme ayant été commis le 1^{er} du mois. En effet, dans les données du casier judiciaire, les faits dont on ignore la date sont indiqués comme ayant été commis le 1^{er} du mois si on le connaît, le 1^{er} janvier sinon. Le redressement au mois n'est pas très gênant mais celui à l'année fait passer bon nombre de délits commis en 2007 et potentiellement affectés au 1^{er} janvier situé avant la réforme. Retirer les 1^{ers} janvier semble donc un bon moyen d'améliorer la précision. Par souci d'homogénéisation d'un mois sur l'autre, j'ai du coup retiré tous les faits enregistrés au 1^{er}. Sans cette correction, le graphique aurait été quasiment identique mais « un peu moins lisse », avec des hausses à chaque mois de janvier.

[17] ↑ En réalité, dans la mesure où 11,9 % des condamnations ont été d'exactement 120 jours de prison, 44,2 % des gens ont reçu des peines inférieures et 43,9 % des peines supérieures.

[18] ↑ « La lettre de Valls à Hollande qui torpille la réforme Taubira », *Le Monde*, 13 août 2013.

[19] ↑ Problème technique : les lois s'appliquent à des faits selon la date à laquelle ils sont commis. Les bases auxquelles j'ai eu accès enregistrent les infractions après leur jugement et non après leur commission. Un délit de janvier 2014 sera jugé quinze jours, un mois, un an plus tard, et je ne l'observerai qu'à ce moment-là. Je n'ai eu accès qu'aux jugements jusqu'en 2016. Afin d'étudier l'évolution de décision comparables, j'ai décidé de ne garder que les jugements survenus moins d'un an après les faits. De cette manière, je peux suivre les peines pour les délits jugés en moins d'un an de 2005 jusqu'à décembre 2015.

[20] ↑ Ces chiffres ne valent que pour les délits jugés en moins d'un an.

[21] ↑ Les résultats de cette section sont essentiellement issus de A. PHILIPPE, « Learning by doing : How do criminals learn about criminal law ? », working paper, 2021.

[22] ↑ En toute rigueur, il s'agit ici des délits commis par des récidivistes *et finalement condamnés par la justice*. Cependant, il est peu probable que le nombre de ces infractions ait, en réalité, diminué sans que le nombre de celles portées à la connaissance de la justice évolue.

[23] ↑ Il y a une logique à chacune de ces comparaisons. Comparer récidivistes et réitérants, c'est comparer deux groupes relativement proches (les deux ont commis des délits par le passé). Comparer primo-délinquants et réitérants plus récidivistes, c'est tester l'idée que la loi a pu être mal comprise et que tous les types de nouvelles infractions – réitération ou récidive légale – ont pu être affectés.

[24] ↑ F. LETURQ, « Peines planchers : application et impact de la loi du 10 août 2007 », *Infostat Justice*, 118, 2012.

[25] ↑ Le coût était deux fois supérieur pour les incarcérations en « maisons centrales », les établissements au niveau de sécurité le plus élevé, mais prenons l'hypothèse basse. Voir « Conférence de consensus sur la prévention de la récidive. Combien coûte la prison ? », 2012, <<http://www.gip-recherche-justice.fr/conference-consensus/wp-content/uploads/2012/11/combien-coute-prison.pdf>>.

[26] ↑ Voir M. K. CHEN et J. M. SHAPIRO, « Do harsher prison conditions reduce recidivism ? A discontinuity-based approach », *American Law and Economics Review*, vol. 9, n° 1, 2007, p. 1-29 ; F. DRAGO, R. GALBIATI et P. VERTOVA, « Prison conditions and recidivism », *American Law and Economics Review*, vol. 13, n° 1, 2011, p. 103-130 ; G. MASTROBUONI et D. TERLIZZESE, « Leave the door open ? Prison conditions and recidivism », *Carlo Alberto Notebooks*, n° 580, 2018 ; S. TOBÓN, « Do better prisons reduce recidivism ? Evidence from a prison construction program », *Review of Economics and Statistics*, 2020, p. 1-47.

3. L'amont du procès

Il faut parfois énoncer des évidences : le tribunal et les décisions qui y sont prises ne sont qu'un maillon d'une chaîne de traitement des infractions. Prenons l'exemple des agressions sexuelles. Ces actes sont punis par la loi de la grande majorité des pays occidentaux. En France, si l'agression n'est pas aggravée (par une blessure, sa commission par un ascendant, sous la menace ou en groupe, etc.), il s'agit d'un délit passible de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Cependant, pour qu'une agression sexuelle soit effectivement punie, il est nécessaire qu'elle soit déclarée aux autorités en portant plainte, que cette plainte soit enregistrée, que l'auteur soit identifié et que le procureur estime qu'il y a suffisamment d'éléments pour transmettre l'affaire à un tribunal. Il s'agit là d'un ensemble de filtres placés en amont du procès. Les juges du « siège » – c'est-à-dire ceux qui rendent des jugements, par opposition aux magistrats du « parquet », ceux qui poursuivent, c'est-à-dire les procureurs – ne les contrôlent pas. La victime doit choisir de porter plainte ; puis la police, sous l'autorité hiérarchique du ministère de l'Intérieur, décidera de déployer plus ou moins d'efforts pour résoudre l'affaire ; et, si une personne est arrêtée, le procureur, sous l'autorité du ministère de la Justice, décidera ou non de poursuivre.

Cette série peut sembler découler automatiquement de l'agression et n'être affectée que par le succès de certaines étapes, en particulier l'enquête. Cela n'a toutefois rien d'évident. Le pouvoir exécutif peut décider d'inciter la police et la gendarmerie à se concentrer sur tel ou tel type d'affaires ou demander aux procureurs qu'ils poursuivent ou, au contraire, classent préférentiellement certains actes. Cela n'a rien de choquant en soi. Dans la mesure où les ressources – en personnel, en temps, en énergie – sont limitées, il est normal que le pouvoir exécutif détermine une politique publique en la matière et choisisse la répartition des efforts. Il n'en reste pas moins que ces choix peuvent déterminer le nombre de faits portés devant les juridictions mais aussi le type d'affaires et le profil des personnes mises en cause.

Contrôler les flux : la mise en place de la « politique du chiffre » en France

« La police n'est pas là pour organiser des tournois sportifs, mais pour arrêter les délinquants, vous n'êtes pas des travailleurs sociaux. » Ainsi mourut la « police de proximité ». La phrase, devenue célèbre, a été prononcée par Nicolas Sarkozy en février 2003, lors d'un déplacement à Toulouse. Dans la foulée, le ministre de l'Intérieur mettait fin à

l'expérience française de ce que les Anglais appellent le *community policing*. Cette doctrine du maintien de l'ordre repose sur la création de liens de confiance forts entre la police et la population. Elle s'appuie sur plusieurs idées essentielles. La première est que les règles sont d'autant mieux suivies que les autorités sont considérées comme légitimes. Ainsi, en étant visibles, connus et appréciés, les agents de police limiteraient le nombre d'infractions commises ^[1]. La deuxième est que de bons rapports entre la population et les agents de la force publique permettraient à ces derniers d'avoir connaissance des problèmes avant que des infractions ne soient commises et de dénouer un certain nombre de situations par le dialogue et la médiation plutôt que par l'arrestation et la sanction. La dernière est qu'il est plus facile de résoudre une affaire si les gens vous aiment bien et sont prêts à vous parler que si vous êtes en butte à l'hostilité générale. Ce *community policing* est particulièrement mis en avant dans certains pays comme le Royaume-Uni où des effectifs importants y sont consacrés. Symbole marquant : les officiers servant dans ces unités ne sont généralement pas armés.

En 2003, le *community policing* ne correspondait clairement pas à la doctrine promue par le ministre de l'Intérieur pour qui la police était donc là « pour arrêter les délinquants ». En réalité, ce démantèlement n'était qu'une étape d'une politique plus globale au sein de laquelle la police de proximité ne pouvait trouver sa place. Dès sa prise de fonction, Nicolas Sarkozy mit en effet en œuvre ce qui fut qualifié, par ses critiques, de « politique du chiffre » et, par ses thuriféraires, de « politique

du résultat ». Comme ces noms l'indiquent, l'idée était de désigner des objectifs chiffrés aux forces de l'ordre et de suivre leur activité par le biais d'indicateurs quantitatifs. Symbole de ce « nouveau management » : la publication des statistiques de police et de gendarmerie tous les mois et non plus tous les ans comme c'était auparavant l'usage. Sur la base des indicateurs publiés, le ministre de l'Intérieur – et ses successeurs – réprimanda les « mauvais élèves » et félicita les « bons », instaurant une pression politique importante sur les fonctionnaires. Ainsi, le ministre convoqua, en octobre 2002, dix préfets à Paris : les cinq ayant les meilleurs résultats et les cinq ayant les moins bons, afin que les premiers fassent bénéficier les seconds de leurs lumières. L'événement fut alors opportunément communiqué à la presse afin que la pression médiatique s'ajoute à la pression politique.

Maintenant, imaginons-nous un instant à la place du ministre de l'Intérieur. Pour suivre l'activité des services de police au travers de statistiques, quels indicateurs utiliser ? Beaucoup de possibilités s'offrent à nous. Selon les dimensions que l'on souhaite mettre en avant, on pourra recenser le nombre de plaintes, de faits constatés pas la police, de contrôles, d'arrestations et d'actes d'enquête, mesurer la célérité des procédures et les délais de résolution, comptabiliser le nombre d'outrages aux agents des forces de l'ordre ou celui des plaintes à leur rencontre (afin de suivre l'évolution des rapports entre police et habitants), etc.

Deux paramètres, ceux proposés quelques mois plus tôt dans le cadre de la « loi organique sur les lois de finance ^[2] », furent retenus : le nombre de crimes et de délits enregistrés par la police et la gendarmerie, et le nombre d'affaires résolues par ces services. Ce choix peut paraître intuitif. Il traduit le fait que le pouvoir politique assigne aux forces de l'ordre le rôle de réduire la délinquance – d'où le décompte des faits enregistrés – et d'appréhender les auteurs lorsque des infractions sont commises – d'où le fait de suivre le nombre d'affaires résolues. Pour intuitif qu'il soit, ce choix ne va pas sans poser problème. Le principal est que les statistiques produites par les forces de maintien de l'ordre renseignent autant sur l'évolution de la délinquance que sur l'activité des services. Lorsque l'on interprète l'évolution des faits enregistrés par la police et la gendarmerie comme proportionnelle à celle de la délinquance, on fait l'hypothèse qu'une part constante des infractions est portée à la connaissance des autorités. Or cette hypothèse est en pratique fausse. Fondamentalement fausse.

Prenons deux exemples. Premièrement, les agressions sexuelles évoquées plus haut. Peut-on considérer que les statistiques officielles renseignent sur leur nombre à un instant donné ou sur leur variation au fil du temps ? Assurément pas. La probabilité qu'une victime porte plainte change énormément selon les milieux sociaux et l'époque. La récente explosion du nombre de faits enregistrés par la police et la gendarmerie paraît beaucoup plus facile à expliquer par la libération de la parole dans le contexte du mouvement « #metoo » que par une envolée des crimes et délits. Par ailleurs, la prise de conscience

de ce problème a sans doute profondément changé la prise en compte des plaintes, et il est probable qu'une victime rencontre aujourd'hui une oreille plus attentive dans un commissariat que ce n'était le cas il y a cinquante ans ^[3].

Deuxièmement, les infractions à la législation sur les étrangers et, en particulier, les personnes sans papiers travaillant sans contrat de travail. Ces délits ne font aucune victime et il est rare qu'une personne aille spontanément les déclarer aux autorités. Les faits enregistrés par la police et la gendarmerie dépendent alors totalement de l'activité de ces services. Si des brigades augmentent le temps passé à contrôler les titres de séjour des travailleurs, les statistiques augmenteront mécaniquement.

Plus généralement, on peut distinguer ici les infractions faisant des victimes et celles n'en faisant pas. Les premières font l'objet de plaintes, et les forces de police et de gendarmerie ne peuvent théoriquement influencer sur leur nombre que par la dissuasion et la prévention. Les secondes ne font pas de victimes et dépendent de l'activité des services. Plus les forces de l'ordre les ciblent, plus elles seront nombreuses dans les statistiques. À ces disparités de remontée de l'information s'ajoute une différence de résolution des affaires. Si une personne est victime de violence ou de vol, il faut, pour faire aboutir la plainte, enquêter et identifier un auteur. C'est long, coûteux et compliqué. En revanche, pour les délits sans victimes, tels la consommation de stupéfiant ou le séjour irrégulier, le délit est résolu dès qu'il est constaté. Arrêter un fumeur de cannabis est

mauvais pour l'indice « nombre de délits constatés dans le département » mais bon pour l'indicateur « affaires résolues » !

À ces raisons légitimes pour lesquelles les indicateurs de faits constatés par les forces de l'ordre ne reflètent pas l'évolution réelle de la délinquance s'ajoute, en France, une raison moins avouable : l'existence de deux systèmes de comptabilité. Une déclaration à la police ou à la gendarmerie peut en effet être classée comme plainte ou comme « main courante ». En théorie, cette seconde catégorie sert soit à enregistrer des faits qui ne constituent pas des délits mais qu'une personne souhaite porter à la connaissance des autorités (par exemple dans l'éventualité d'un procès futur), soit à recenser les cas où la victime ne souhaite pas porter plainte. Dans la pratique, les choses sont plus floues. Une insulte peut, par exemple, être classée en main courante au motif que son caractère délictuel est difficile à établir. Les forces de police et de gendarmerie disposent donc d'une certaine latitude pour diminuer le nombre de plaintes en faisant passer certains faits dans ce registre.

« Les chiffres, on leur fait dire ce qu'on veut »

Les pièces sont maintenant en place. Résumons le problème avant de continuer. En 2001, la révision générale des politiques publiques consacre l'usage d'indicateurs de performance pour

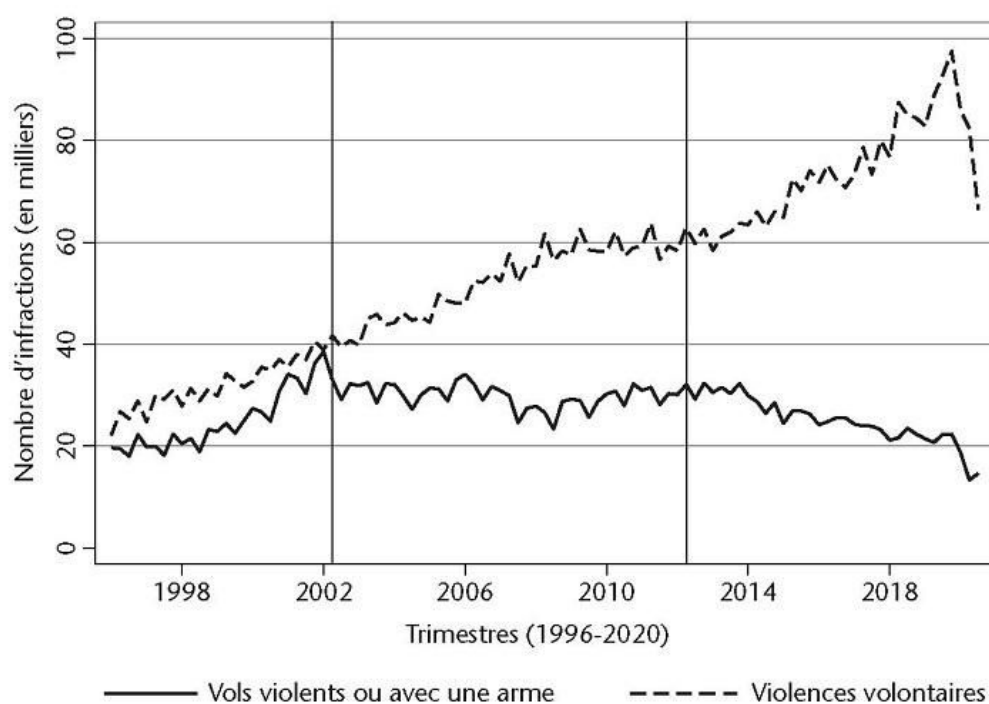
suivre l'action et l'efficacité de l'administration. Pour la police et la gendarmerie, le « nombre de faits enregistrés » et le « nombre d'affaires résolues » sont retenus comme les deux principaux. Nicolas Sarkozy, devenu ministre en 2002, assigne aux forces de l'ordre des objectifs chiffrés sur la base de ces indicateurs. Ces indices présentent néanmoins un certain nombre de limites qui en font des représentations complexes et potentiellement trompeuses de la délinquance et de l'efficacité des politiques publiques de sécurité.

Quelles ont été les conséquences de cette politique ? Elles sont faciles à imaginer, pour peu que l'on fasse l'effort de se mettre dans la peau d'un commissaire de police soumis à une intense pression hiérarchique. Le moyen le plus simple de faire baisser le nombre de faits enregistrés ? Ne pas enregistrer les plaintes les moins graves ou les faire passer en « main courante » et ainsi les soustraire aux statistiques. Le meilleur moyen d'augmenter le nombre d'affaires résolues ? Cibler la consommation de stupéfiants et les infractions à la législation sur les étrangers.

Ces stratégies visant à satisfaire la hiérarchie ont été décrites par plusieurs sociologues très tôt après la mise en place de la « politique du chiffre ». Dès 2006, Dominique Monjardet soulignait par exemple les problèmes posés par l'interprétation des indicateurs et les surprenantes évolutions statistiques observées ^[4]. Le chercheur s'étonnait ainsi que « la délinquance ait commencé de décroître (– 0,69 %) dans les services de police dès le mois de mai 2002, alors que le ministre est à peine arrivé

(il est nommé le 7 mai), qu’aucune des mesures qu’il annonce n’a encore pris effet ». Les problèmes liés au gouvernement des forces de l’ordre par l’usage des statistiques ont également été documentés par l’administration elle-même dans un rapport de l’Inspection générale de l’administration commandé par Manuel Valls (nommé ministre de l’Intérieur en 2012 après l’échec de Nicolas Sarkozy à la présidentielle) et publié en 2013. Ces critiques amèneront notamment à la création d’un service statistique ministériel (SSM) placé sous l’autorité de l’Insee et chargé de produire des statistiques fiables d’évolution de la délinquance et de l’activité des services de police.

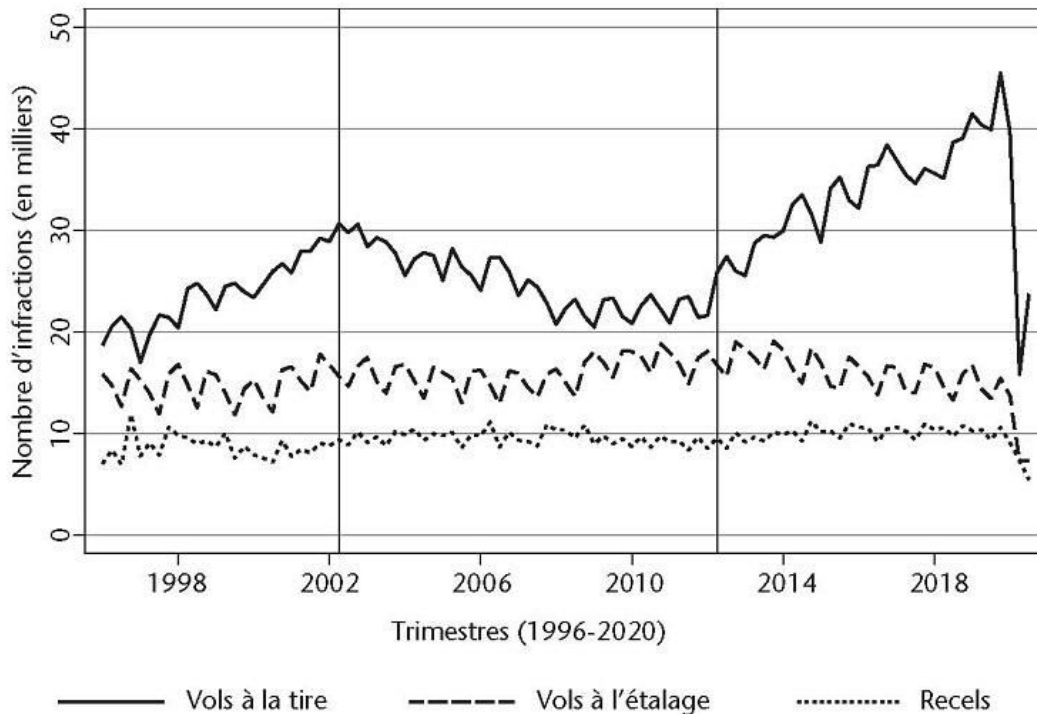
Figure 3.1. Évolution des faits de violence enregistrés par les services de police et de gendarmerie de 1996 à 2020, par trimestre



**Source : ministère de l'Intérieur, état 4001, retraité
par l'Observatoire national de la délinquance et des
réponses pénales (ONDRP).**

D'aucuns jugeront partisans ces critiques de la « politique du chiffre ». Pourtant, il est très facile de mettre en évidence les problèmes posés par les incitations ayant pesé sur les forces de police et de gendarmerie de 2002 à 2012 en se contentant de consulter les statistiques publiques. Faisons l'exercice. La figure 3.1 présente l'évolution des faits de violence enregistrés. Les deux barres verticales indiquent, pour la première, l'arrivée de Nicolas Sarkozy au ministère de l'Intérieur en 2002 et, pour la seconde, son départ de l'Élysée en 2012. Ici, on n'observe pas d'évolution brutale. Les violences volontaires augmentent continûment sur la période tandis que les vols violents restent relativement stables malgré quelques fluctuations. Ces faits sont enregistrés à l'occasion de dépôts de plaintes. Ils sont graves et font donc *a priori* l'objet d'un report systématique et scrupuleux par les agents de police et de gendarmerie. On peut raisonnablement supposer que les chiffres traduisent une évolution réelle des dépôts de plainte non affectée par les pressions hiérarchiques. Les changements sont lents et on n'observe pas de rupture brutale, exception faite de la diminution spectaculaire, en 2020, liée à la pandémie et au confinement (qu'on retrouve dans toutes les figures de cette partie).

Figure 3.2. Évolution de plusieurs catégories d'atteintes aux biens enregistrées par les services de police et de gendarmerie de 1996 à 2020, par trimestre



Source : ministère de l'Intérieur, état 4001, retraité par l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales (ONDRP).

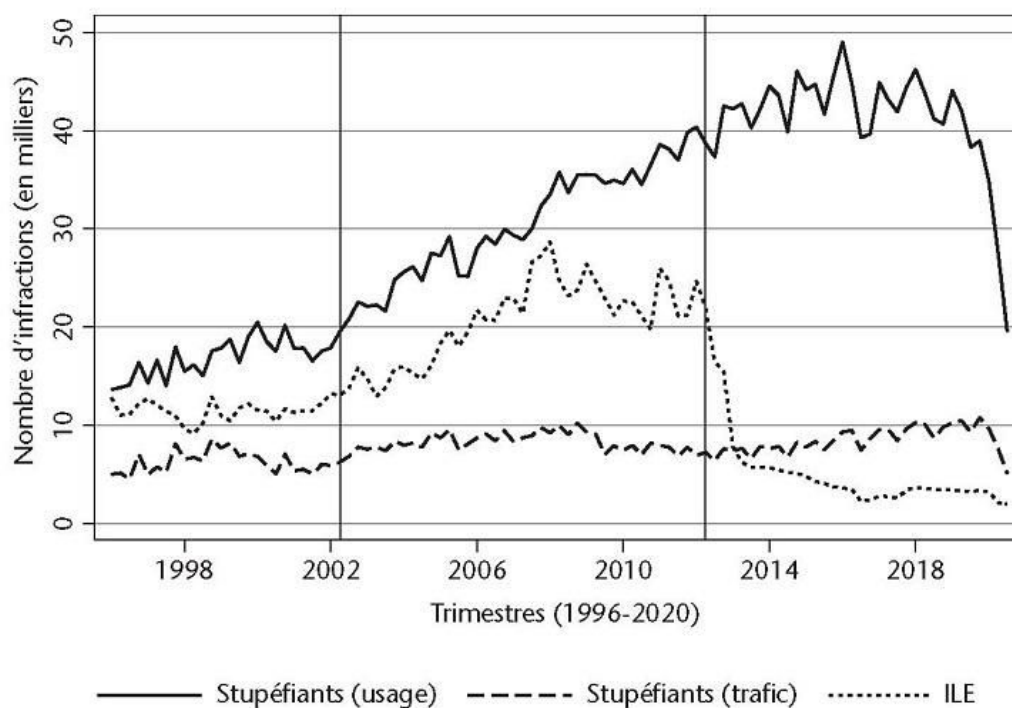
Tournons-nous maintenant vers les atteintes aux biens sans violence. La figure 3.2 présente l'évolution de trois catégories : les vols à la tire (vols de particuliers par des pickpockets) ; les vols à l'étalage (vols de marchandise dans un commerce) ; et les recels (c'est-à-dire la revente de produits volés). Qu'observe-t-on ? Le nombre de vols à la tire augmente jusqu'en 2002 avant de chuter précisément au moment de la mise en place de la politique du chiffre puis de réaugmenter rapidement dès la fin de cette politique. De telles évolutions à l'exact moment

d'alternances politiques sont surprenantes. Elles le sont d'autant plus que les vols dans des commerces (probablement bien enregistrés afin de faire jouer les assurances) et, surtout, les recels de produits volés sont extrêmement stables. Or il serait surprenant que les vols varient grandement sans que la revente des produits volés soit affectée. Les changements observés pour les vols à la tire ne sont ici probablement pas déterminés par des évolutions des faits commis mais par l'évolution de leur enregistrement, les vols à la tire étant « sortis des statistiques » lorsque la pression à la baisse des indicateurs se fait trop forte ^[5].

Dernière illustration, la plus remarquable, celle des faits constatés par les forces de police lors des opérations de contrôle. La figure 3.3 présente l'évolution des trafics de stupéfiants, des usages de stupéfiants et des infractions à la législation sur les étrangers (ILE). Pour ces deux dernières catégories, on retrouve des changements brutaux précisément au moment des alternances politiques. Les infractions à la législation sur les étrangers, stables avant 2002, augmentent ensuite rapidement avant de s'effondrer brutalement en 2012. Les consommations de stupéfiants sont également stables avant 2002 et en (très) forte hausse de 2002 à 2012, avant de se stabiliser. Là encore, il y a tout lieu de penser que ces évolutions ont plus à voir avec l'organisation du travail des services de police qu'avec une évolution réelle du nombre de délits commis par la population française. De même qu'on observe un nombre stable de recels malgré une diminution des vols à la tire dans la figure 3.2, on observe ici une explosion des

infractions pour consommation de stupéfiants (qui doublent entre 2002 et 2012), malgré un nombre stable de trafics, ce qui semble difficile à expliquer par des changements sociétaux. Cela devient complètement impossible à la lecture des travaux de l'Observatoire français des drogues et des toxicomanies qui, par le biais d'enquêtes auprès de la population générale, montrent que la consommation de cannabis (la drogue illégale la plus consommée) a plutôt diminué sur la période ^[6].

Figure 3.3. Évolution de certains délits enregistrés lors d'opérations de contrôle par les services de police et de gendarmerie de 1996 à 2020, par trimestre



Source : ministère de l'Intérieur, état 4001, retraité par l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales (ONDRP).

La pression politique exercée sur les services de police et de gendarmerie par le biais des indicateurs de performance a donc eu des effets importants sur le travail des fonctionnaires. Certains types de délits ont été sortis des statistiques par le biais des « mains courantes » tandis que d'autres ont été ciblés afin d'augmenter le nombre d'affaires résolues. On retrouve ce type de pressions politiques et d'effets sur les forces de l'ordre dans de nombreux contextes. Au Royaume-Uni, le nombre total d'infractions enregistrées par la police a augmenté lentement de 1981 à 2002 pour atteindre 6 millions de faits par an avant de chuter rapidement à 4 millions en 2012 (– 30 % en dix ans) puis de réaugmenter ^[7]. Là encore, cette évolution avec deux ruptures brutales peut *a priori* sembler surprenante. Elle se comprend lorsque l'on découvre que la forte baisse de la délinquance entre 2002 et 2014 correspond exactement à la période au cours de laquelle les statistiques de la police ont cessé d'être considérées comme des statistiques publiques officielles – c'est-à-dire des statistiques fiables – par l'équivalent local de l'Insee (l'Office for National Statistics). Les chiffres sont remontés lorsque leur production a été confiée à un organisme indépendant.

Ces discussions rejoignent la question plus large du niveau optimal de contrôle des forces de l'ordre par le pouvoir politique. Une étude intéressante à ce sujet a été menée, aux États-Unis, par Arianna Ornaghi ^[8]. Dans ce pays, selon les États, deux systèmes de contrôle des polices municipales coexistent. Dans certaines villes, un « système au mérite » est en place, et la promotion des fonctionnaires est décidée par un comité

indépendant sur la base d'une évaluation de la qualité du travail. Dans d'autres, le *spoil system* permet au pouvoir politique, en l'occurrence le maire, de nommer ou de limoger les principaux chefs des services selon son bon vouloir. On retrouve ici une opposition classique entre, d'une part, l'indépendance garante de stabilité et de neutralité partisane et, d'autre part, la soumission au pouvoir élu, justifiée par la responsabilité devant les représentants du peuple. Afin de déterminer l'efficacité de ces deux dispositifs, Arianna Ornaghi a utilisé une réforme menée dans plusieurs États imposant la mise en place d'un système de promotion au mérite dans toutes les villes au-dessus d'un certain seuil de population à partir de 1970. Certaines municipalités, juste au-dessus des seuils définis, ont donc dû changer de mode de gouvernance de leur police, passant d'un *spoil system* à un système au mérite, tandis que d'autres, juste au-dessous des seuils, ont pu conserver le *spoil system*. Si le nombre de délits était en moyenne le même dans les deux types de ville avant 1970, on observe une divergence à partir de cette date, les villes ayant mis en place un système au mérite s'en sortant mieux que les autres. Bien sûr, le contexte états-unien diffère par bien des aspects de ce qui peut s'observer en Europe, mais cette recherche illustre bien les dangers d'une pression politique excessive. Celle-ci peut mener les forces de police à se focaliser sur des missions visibles, valorisées par le pouvoir politique et les médias, mais en réalité peu efficaces pour diminuer la délinquance.

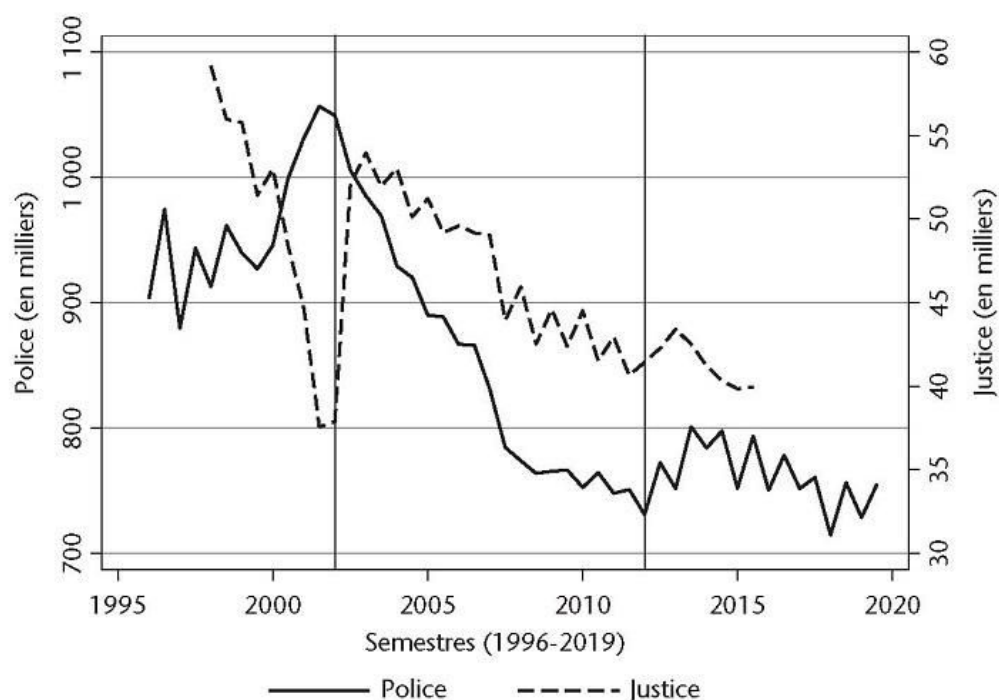
Répercussions en cascade

Comment les mutations du travail policier affectent-elles les juridictions ? Deux effets sont *a priori* à l'œuvre : la structure des affaires change ; la qualité des affaires change. Premièrement, le flot d'affaires est déterminé par les arrestations menées par les forces de l'ordre. Si les consommateurs de stupéfiants sont ciblés par la police et la gendarmerie, leur nombre augmentera dans les condamnations. À l'inverse, si certains vols ne sont pas enregistrés, cette catégorie d'infractions diminuera. Deuxièmement, le profil des personnes et la qualité des preuves transmises à la justice dépendent de l'activité des forces de l'ordre. Là encore, si policiers et gendarmes allouent une plus grande part de leur énergie à l'arrestation des fumeurs de cannabis et une moins grande à l'identification des voleurs de vélo, on peut s'attendre à ce que des affaires de stupéfiants peu graves soient poursuivies mais que seules les atteintes aux biens les plus graves ou les plus faciles à résoudre arrivent aux tribunaux.

Cependant, les efforts de la police et les flux d'affaires jugées ne sont pas nécessairement très bien corrélés. Les vols « sortis des statistiques » peuvent être des faits qui n'auraient jamais donné lieu à une condamnation, par exemple parce que l'auteur n'aurait pas été identifié. Les infractions à la législation sur les stupéfiants ou les infractions à la législation sur les étrangers

servant principalement à « faire du chiffre », elles peuvent n'être que rarement poursuivies par les procureurs – faute de temps, de preuves ou de qualifications adéquates. Pour ces raisons, l'effet réel des variations de priorités policières sur les juridictions n'est pas totalement évident.

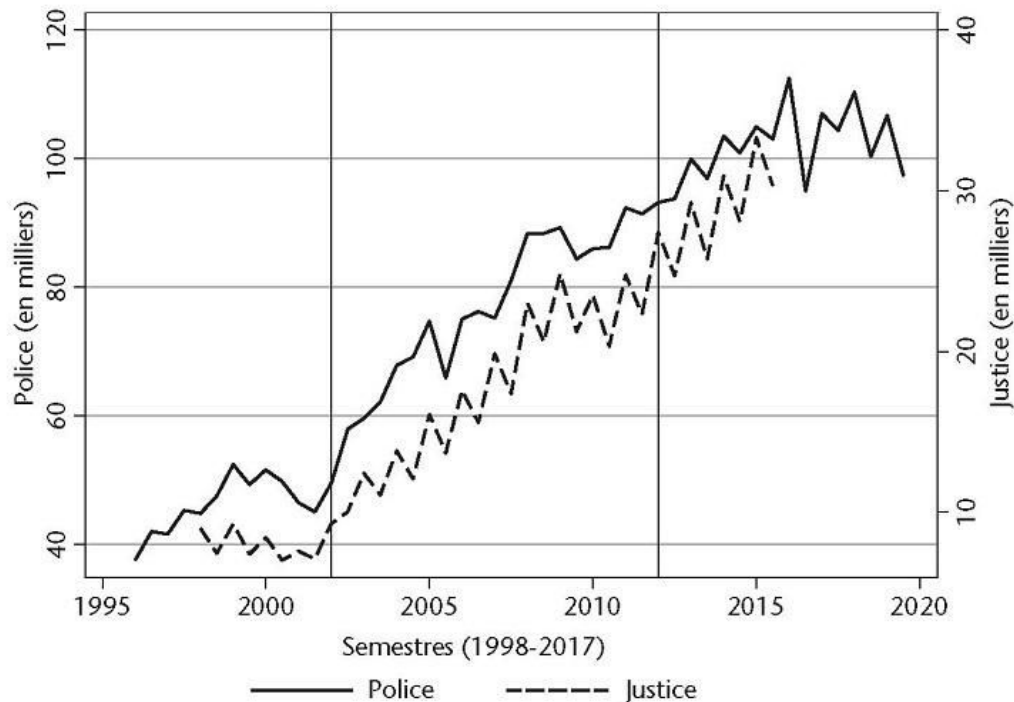
Figure 3.4. Évolution du nombre de vols et recels enregistrés par la police (ligne continue, échelle de gauche) ou condamnés par la justice (ligne en tiret, échelle de droite), par semestre



Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice ; ministère de l'Intérieur, état 4001, retraité par l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales (ONDRP).

Afin de documenter plus précisément les liens entre travail des forces de l'ordre et activité des juridictions, les figures 3.4 et 3.5 présentent les évolutions comparées du nombre de vols (figure 3.4) et du nombre d'infractions à la législation sur les stupéfiants (figure 3.5) tels qu'enregistrés par la police (ligne continue) ou condamnés par la justice (ligne en tiret). On peut d'abord observer que les « volumes » sont très différents. Le nombre de condamnations pour vols est environ vingt fois plus faible que le nombre de faits constatés. Le rapport est d'un à trois pour les infractions à la législation sur les stupéfiants. L'écart entre ces deux ratios se comprend aisément pour les raisons déjà évoquées : la découverte d'une infraction et l'identification de son auteur vont de pair lorsqu'il s'agit d'un fumeur du cannabis, tandis que retrouver un voleur de vélo une fois la plainte déposée s'avère souvent difficile.

Figure 3.5. Évolution du nombre d'infractions à la législation sur les stupéfiants enregistrées par la police (ligne continue, échelle de gauche) ou condamnées par la justice (ligne en tiret, échelle de droite), par semestre



Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice ; ministère de l'intérieur, état 4001, retraité par l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales (ONDRP).

Cependant, plus que la différence d'échelle, ce qui frappe sur les deux figures est le parallélisme entre les courbes. Si l'on omet la diminution drastique du nombre de condamnations pour vols en 2002 due à la loi d'amnistie déjà mentionnée, le nombre de personnes reconnues coupables par le système judiciaire suit parfaitement le nombre de faits enregistrés par

la police et la gendarmerie pour les atteintes aux biens – baisse de 2002 à 2012 sur la figure 3.4 – comme pour les infractions à la législation sur les stupéfiants – hausse à partir de 2012 sur la figure 3.5.

Ce changement de la structure des affaires jugées affecte les peines moyennes observées. Il s'agit d'une conséquence logique. Plus il y a de faits de consommation de stupéfiants sanctionnés, moins les trafics sont, en proportion, nombreux. Comme ces derniers sont plus sévèrement punis, on observe une baisse de la peine moyenne de l'ensemble du groupe des « atteintes à la législation sur les stupéfiants » : d'environ 9 mois dont 5 ferme en 2001 à 5 mois dont 3 ferme en 2013. Il ne s'agit pourtant en rien d'une baisse de la sévérité à l'encontre de ces délits, seulement d'un changement de composition. Le même processus, en sens inverse, s'observe avec les vols. Les efforts pour résoudre les affaires les moins graves diminuant, la catégorie se « concentre » en cas plus sévères, et les peines augmentent : de 4,5 mois dont 2,5 ferme en 2001 à 5,5 dont 3,4 ferme en 2013. Là encore, la principale raison de cette évolution est le changement de composition des infractions et non une évolution de la sévérité.

Le parallélisme que l'on observe dans les figures 3.4 et 3.5 indique que le pouvoir exécutif, par l'autorité qu'il exerce sur l'activité des services de police et de gendarmerie, a bien un large contrôle sur les « flux entrant » dans le système judiciaire. Cependant, celui-ci peut être modulé par un second « filtre » placé en amont des jugements : celui du parquet, c'est-à-dire

des procureurs. C'est sur ces acteurs importants, également soumis au contrôle du pouvoir exécutif, que nous allons maintenant nous pencher.

De la non-indépendance du parquet

L'Island Peak, ou Imja Tse, est un sommet de l'Himalaya culminant à 6 189 mètres d'altitude et atteint pour la première fois en 1953. Des expéditions touristiques y sont désormais organisées, essentiellement au début du mois de mai ou à la fin du mois d'octobre. À ces périodes, on peut y rencontrer quelques alpinistes chevronnés (l'ascension est considérée comme difficile) partant d'un camp de base situé à plus de 5 000 mètres d'altitude. Le 1^{er} novembre 1996, on a aussi pu y voir un hélicoptère Écureuil affrété par la représentation française à Katmandou. Son objectif ? Retrouver Laurent Davenas, procureur de l'Essonne parti faire un trek avec des amis. La mission fut un échec. Factuel d'abord : l'aéronef ne parvint pas à retrouver le magistrat et dut se contenter de laisser une lettre à son hôtel du village de Pheriche situé en contrebas. Politique ensuite : révélée par *Le Canard enchaîné*, l'affaire de l'hélicoptère chargé de récupérer le procureur fit grand bruit et embarrassa considérablement le pouvoir de l'époque.

Pourquoi les autorités françaises cherchaient-elles un magistrat au milieu des plus hautes montagnes du monde à 7 000 kilomètres de Paris ? L'affaire a commencé quelques semaines plus tôt lorsqu'une enquête préliminaire a été lancée contre Xavière Tiberi, épouse de Jean Tiberi, maire de Paris et proche de Jacques Chirac, alors chef de l'État. Madame Tiberi est soupçonnée de plusieurs emplois fictifs et d'avoir reçu 200 000 francs (43 000 euros en parité de pouvoir d'achat) pour un rapport commandé par le conseil général de l'Essonne. Ces soupçons s'inscrivent dans un ensemble plus vaste d'accusations portées contre les figures politiques liées à la mairie de Paris et, en particulier, contre les époux Tiberi. Début octobre, l'enquête en est à ses débuts, sous la responsabilité du procureur d'Évry. À la fin du mois, celui-ci part en vacances, laissant les clés du service à son adjoint chargé de régler les affaires courantes. Ce dernier, transitoirement devenu chef, décide alors de profiter de l'absence de son supérieur pour ouvrir une information judiciaire contre Xavière Tiberi. Un changement de procédure qui constitue un coup de force. Si le procureur alpiniste déclarera prudemment que, « même si l'hélicoptère [l]'avait trouvé, [il] n'avai[t] pas les éléments » pour prendre une décision^[9], son adjoint « admet[tra] volontiers avoir profité de son absence pour prendre des décisions qu'il n'aurait peut-être pas prises^[10] ».

La distinction entre enquête préliminaire et information judiciaire peut sembler technique et sans grand intérêt. Ce n'est pas le cas. Tout d'abord, les pouvoirs d'enquête sont différents. Si des individus peuvent être entendus, voire placés en garde à

vue dans le cadre d'une enquête préliminaire, une mise en examen – aux conséquences plus lourdes juridiquement et médiatiquement – ne peut être décidée que dans le cadre d'une information judiciaire. Surtout, le pouvoir change de main. Dans le cas d'une enquête préliminaire, la recherche des preuves et le suivi du dossier échoient au parquet (ensemble des procureurs). Lorsqu'une information judiciaire est ouverte, un juge d'instruction est désigné. Du point de vue du pouvoir exécutif, la différence est notable. Les procureurs sont soumis hiérarchiquement au ministère de la Justice. Leurs mutations sont validées par le ministère, leurs actes peuvent être contrôlés par leur supérieur, et des bilans ou rapports d'information peuvent leur être demandés. Rien de tel pour le juge d'instruction qui, membre du siège, est indépendant. Voir une affaire transférée des mains d'un procureur à celle d'un juge d'instruction représente, pour le ministère de la Justice, une diminution considérable de sa capacité de suivre l'affaire, voire de l'influencer.

Ce volet des multiples procédures à l'encontre des Tiberi est exceptionnel et s'est soldé par un échec retentissant ^[11]. Cependant, il illustre l'une des formes que peut prendre l'influence du pouvoir exécutif sur les décisions de justice : celle de l'ingérence directe dans une affaire en cours. Ce type de mécanisme est difficile à documenter de manière systématique. Officiellement, les instructions directes aux procureurs sont interdites depuis la loi du 25 juillet 2013 ^[12]. Ces instructions étant confidentielles, on ne peut savoir ce qu'il en est réellement. On peut simplement noter que, depuis, un ministre

a été condamné pour « violation du secret professionnel » après avoir transmis un rapport d'information sur une affaire en cours à la personne mise en cause ^[13], et qu'un autre a été mis en examen pour « prise illégale d'intérêts » après avoir décidé d'une enquête contre des procureurs auxquels il avait eu affaire en tant qu'avocat ^[14]. Ces faits reprochés aux ministres ne sont pas exactement des instructions directes dans des dossiers, mais ils sont suffisamment proches pour faire douter d'une réelle absence d'intervention dans les procédures en cours.

Cette suspicion d'immixtion du pouvoir politique dans des affaires judiciaires, et en particulier dans les affaires « politico-médiatiques », est assez délétère pour l'image de la justice. Elle fait l'objet de critiques récurrentes de la part des professionnels et des organisations internationales ^[15], et constitue l'une des principales justifications aux demandes de réforme en faveur de l'indépendance des procureurs. L'argument est généralement entendu... en période électorale. Ainsi, les trois derniers présidents de la République française se sont prononcés en faveur de l'indépendance du parquet : avant d'arriver au pouvoir pour François Hollande et Emmanuel Macron, avant de le perdre pour Nicolas Sarkozy ^[16]. De fait, aucun des trois ne l'a mise en œuvre, alimentant les soupçons d'intervention dans des affaires particulières malgré le changement législatif.

La raison officielle du maintien des liens entre l'exécutif et les procureurs est la suivante : le ministère de la Justice ne donne

pas d'instructions dans des affaires spécifiques mais veut garder le parquet sous son autorité afin de « conduire la politique pénale du gouvernement ». Cela veut dire qu'il veut pouvoir mettre l'accent sur la poursuite de tel ou tel type de délit ou l'usage de tel ou tel type de procédure. Cette possibilité, permise par la loi, prend généralement la forme de ce que l'on appelle les « circulaires de politique pénale générale ».

Mesurer l'effet des circulaires générales est en pratique aussi difficile que d'étudier les circulaires particulières, quoique pour des raisons différentes. Si les secondes sont confidentielles, les premières sont publiques, mais vagues. Les textes mettent souvent en avant des concepts généraux – cohérence, lisibilité, attention portée aux victimes, respect des droits de la défense, etc. – avec lesquels il est difficile d'être en désaccord mais dont les implications concrètes restent assez floues. Bien sûr, ces circulaires dénotent un ancrage partisan qu'il est facile d'identifier selon qu'elles évoquent la protection des victimes et la célérité de la justice ou bien les droits de la défense et la lisibilité des sanctions. Néanmoins, le lien entre ces énoncés et d'éventuelles évolutions observables, voire la simple formulation d'hypothèses sur « ce qui devrait changer si le texte était suivi d'effet », reste difficile à établir.

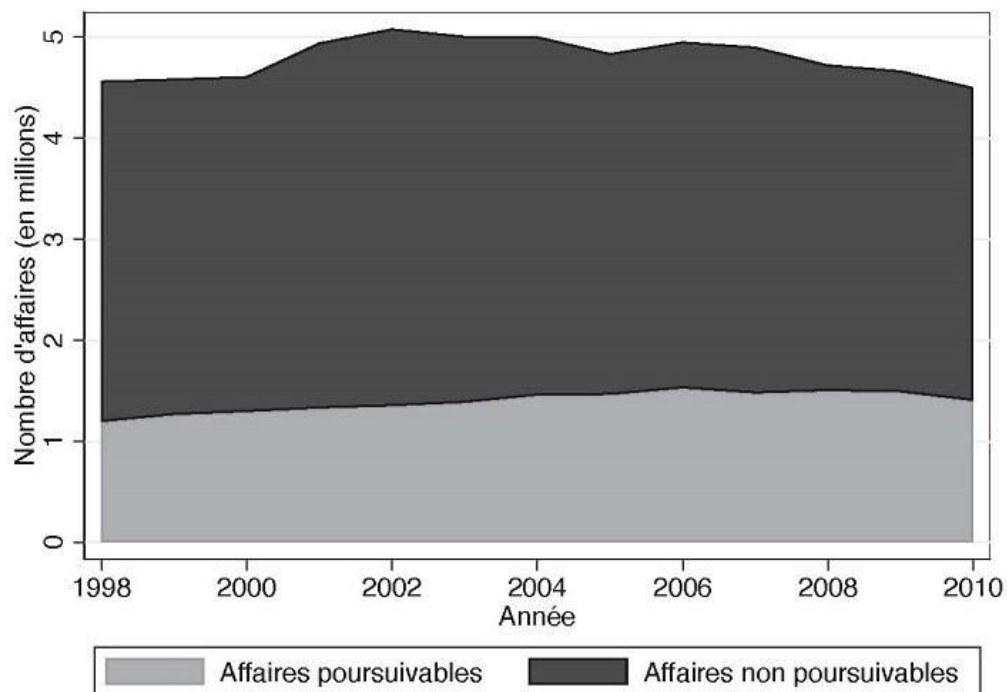
La politique du chiffre (épisode 2)

Si les conséquences des circulaires de politique pénale générale sont difficiles à évaluer, une évolution, similaire à celle évoquée pour la police, est facile à documenter : la désignation d'objectifs chiffrés aux parquets. Là encore, il faut remonter à 2001 pour observer l'introduction de cette « pression du chiffre » au sein du ministère de la Justice. Contrairement au cas similaire des forces de police, on ne retrouve pas dans la presse de mention d'une convocation des « meilleurs » et des « pires » procureurs généraux afin que les premiers donnent des conseils aux seconds. La pression hiérarchique semble s'être exercée de manière moins spectaculaire mais tout aussi impérieuse. Ainsi peut-on retrouver, dans la « circulaire annuelle de politique pénale pour 2009 » de Rachida Dati, une partie intitulée « Des recommandations particulières en fonction des données des parquets » qui présente des indicateurs statistiques individualisés par cour d'appel et compare les résultats aux moyennes nationales ^[17] .

Là encore, la question se pose de savoir quels indicateurs choisir. Arrivent au parquet des affaires qui sont « poursuivables » et d'autres qui ne le sont pas. Par exemple, une plainte pour vol de vélo sera sans doute classée comme « non poursuivable par défaut d'élucidation », tandis qu'une personne prise en flagrant délit de consommation de stupéfiant constitue une affaire poursuivable. À ce niveau, les procureurs ont peu de marge de manœuvre. Là où leur travail prend tout son sens, c'est sur le traitement des affaires susceptibles d'être poursuivies. Celles-ci peuvent :

- être effectivement poursuivies, c'est-à-dire renvoyées devant une juridiction (tribunal de police, tribunal correctionnel, tribunal pour enfants) ou transférées à un juge d'instruction ;
- faire l'objet d'une procédure alternative aux poursuites : médiation, rappel à la loi, « composition pénale » (procédure où l'accusé reconnaît les faits et accepte une sanction proposée par le procureur), etc. ;
- être classées sans suite pour désistement du plaignant, préjudice peu important ou impossibilité de localiser l'auteur.

Figure 3.6. Évolution du nombre d'affaires poursuivables et non poursuivables de 1998 à 2010



**Source : Cadres du parquet, sous-direction de
la statistique et des études (SDSE), ministère de la
Justice.**

Le ministère considère qu'une réponse pénale a été apportée lorsque les affaires ont été poursuivies ou lorsqu'elles ont fait l'objet d'une alternative aux poursuites. Sans surprise, c'est le « taux de réponse pénale », c'est-à-dire la proportion d'affaires poursuivies ou ayant fait l'objet d'une alternative aux poursuites, parmi les affaires poursuivables, qui fut retenu, en 2001, comme indicateur de l'efficacité des parquets. L'objectif peut être reformulé ainsi : diminuer le nombre de classements sans suite.

Quel a été l'effet de l'introduction de cet objectif sur les parquets ? Pour répondre à cette question, on peut utiliser une base statistique appelée « Cadres du parquet », qui agrège, par année, le travail des procureurs dans chaque juridiction. Commençons par le commencement : quelle est l'évolution des affaires traitées et des affaires poursuivables sur la période ? La réponse se trouve sur la figure 3.6.

En moyenne, environ 4,8 millions d'affaires ont été traitées par an, 3,4 millions non poursuivables, 1,4 million poursuivables. Pas d'évolution notable ici, comme on l'a évoqué plus haut – ces quantités sont difficilement manipulables par les parquets. De fait, les chiffres sont assez stables, avec une légère hausse du total en 2001 et une légère diminution en fin de période.

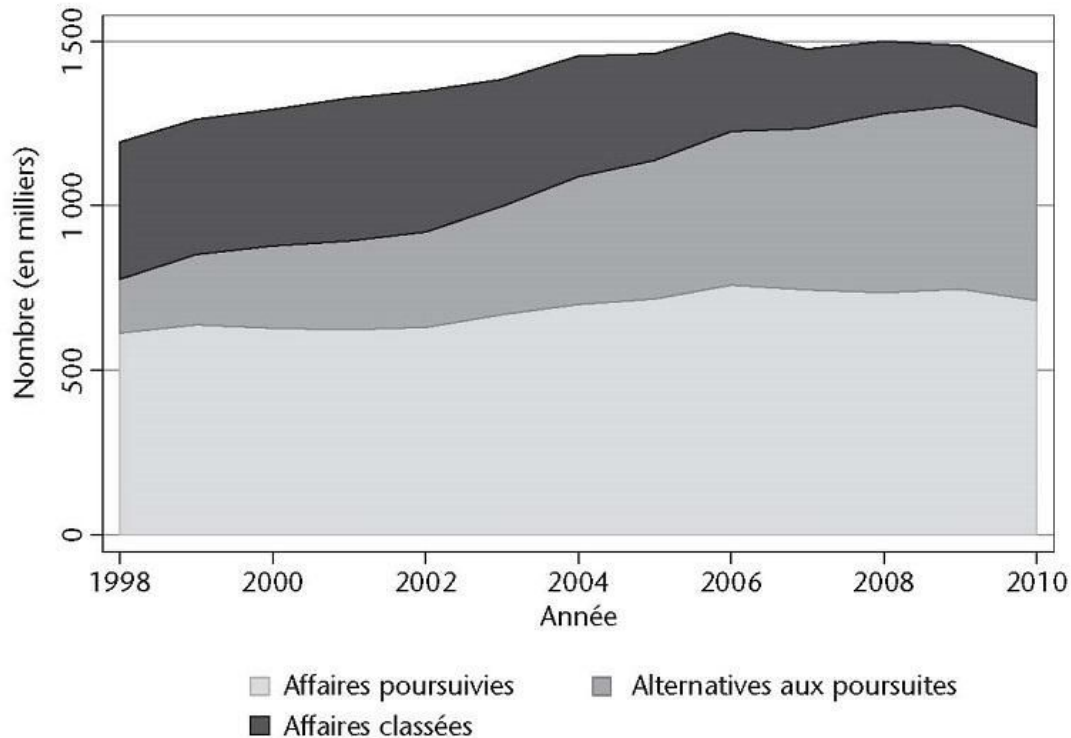
Améliorer les chiffres par des lettres

Les choses deviennent plus intéressantes lorsque l'on zoome sur les 1,4 million d'affaires poursuivables. L'évolution des grandes catégories – affaires poursuivies, affaires faisant l'objet d'une alternative aux poursuites et classements sans suite – est présenté dans la figure 3.7.

Les changements sont ici assez impressionnants. En l'espace de dix ans, le nombre d'affaires classées est passé de plus de 400 000 par an à moins de 200 000. Toute l'évolution s'observe entre 2002 et 2010. Dans le même temps, le nombre d'alternatives aux poursuites a plus que doublé, passant de moins de 200 000 à plus de 500 000. Là encore, l'accroissement s'opère essentiellement à partir de 2002. En comparaison, les affaires poursuivies, c'est-à-dire renvoyées devant des juridictions, restent stables, oscillant entre 600 000 et 700 000. Ces évolutions, quantitatives et nationales, sont confirmées par plusieurs études plus détaillées, qualitatives et locales ^[18].

Ces changements sont cohérents avec la mise en place d'indicateurs chiffrés et la pression mise sur les parquets pour améliorer leur « performance ». Confrontés à une incitation à diminuer la part de classements sans suite et à augmenter le taux d'affaires traitées, les procureurs ont... diminué le nombre de classements sans suite et augmenté le nombre d'affaires traitées.

Figure 3.7. Évolution des affaires poursuivables de 1998 à 2010



Source : Cadres du parquet, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

En apparence, la politique du ministère de la Justice peut donc sembler efficace. En termes de bilan politique, c'est indéniablement le cas. Du point de vue des pratiques, c'est en revanche nettement moins sûr. La totalité de la diminution des classements sans suite a été obtenue *via* une augmentation des alternatives aux poursuites, et, en leur sein, le gros du changement vient des « rappels à la loi » passés de 130 000 en 2001 à 270 000 en 2009. Les médiations, les injonctions thérapeutiques, les réparations, les orientations vers des

structures sanitaires, sociales ou professionnelles n'ont, elles, pas plus bougé que les affaires poursuivies. La pression des indicateurs a donc eu pour principal effet de remplacer un classement sans suite par un courrier envoyé à la dernière adresse connue de la personne mise en cause. Loin de la révolution à laquelle on pourrait croire en se focalisant uniquement sur le « taux de réponse pénale ».

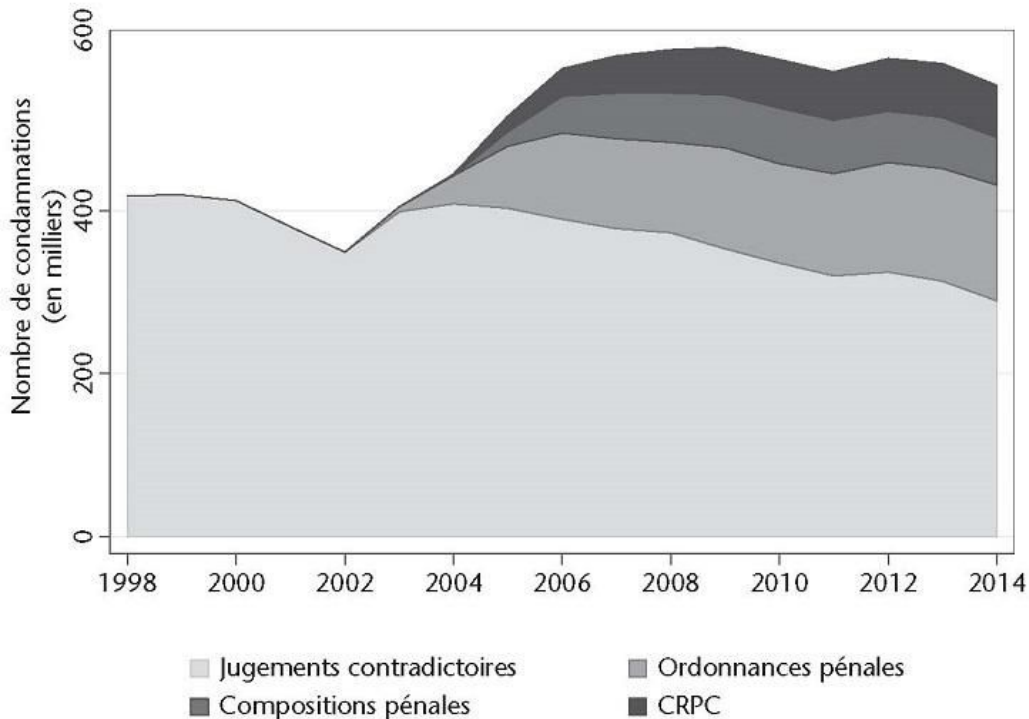
Quand le procureur se fait juge

En amont des décisions, les pratiques semblent, à ce stade, avoir été relativement stables. Cette vision des choses masque cependant une réalité : depuis le début du XXI^e siècle, l'activité des parquets s'est principalement étendue non pas avant les jugements mais parallèlement à ceux-ci et même en s'y substituant. En effet, trois procédures ont été codifiées et se sont progressivement banalisées depuis la fin des années 1990 : les ordonnances pénales, les compositions pénales et les comparutions sur reconnaissance préalable de culpabilité (communément appelées CRPC ou « plaider coupable »). Si ces trois dispositifs ne sont pas équivalents, ils ont en commun de permettre aux procureurs de décider de la réponse pénale en amont du procès, en se contentant ensuite de faire avaliser la décision par un juge. Plus rapides et moins coûteuses, ces procédures ont originellement vocation à traiter les affaires simples, peu graves, relativement systématiques et punies

essentiellement de peines non privatives de liberté (des trois, seule la CRPC peut donner lieu à des peines de prison). L'idée est d'éviter les procédures lourdes afin d'épargner du temps de travail et de pouvoir ainsi en consacrer davantage aux cas plus complexes. Les justiciables peuvent refuser la proposition du procureur, mais, en théorie, l'offre est avantageuse, c'est-à-dire que la peine proposée est censée être plus faible que celle que les juges prononceraient dans le cadre d'un procès.

Pour se rendre compte de la popularité immédiate et croissante de ces dispositifs, on peut mesurer le nombre d'affaires qu'ils ont permis de traiter. Cette évolution est présentée dans la figure 3.8. Absentes aux débuts des années 2000, les compositions pénales, ordonnances pénales et comparutions sur reconnaissance préalable de culpabilité concernaient plus de 250 000 affaires en 2014, soit presque autant que les jugements contradictoires.

Figure 3.8. Évolution des procédures de traitement des affaires poursuivies de 1998 à 2014



Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Si l'on est encore loin des niveaux atteints aux États-Unis, où plus de 95 % des peines prononcées le sont *via* une procédure de plaider coupable ^[19], la montée en puissance des procédures administrées par les parquets constitue une tendance lourde. Elle est en réalité la condition *sine qua non* de la correctionnalisation des infractions mineures et de leur ciblage par les forces de l'ordre. En effet, confronté à un tel afflux de cas, le système judiciaire serait dans l'incapacité de les examiner *via* des audiences contradictoires classiques. C'est

donc par le biais des procédures simplifiées que les « nouveaux publics » se retrouvent jugés. Ainsi, en 2013, 70 % des délits routiers et environ 75 % des usages de stupéfiants échappaient aux procès contradictoires, contre seulement 13 % des violences et 19 % des vols.

La cohérence de la structure des infractions s'en trouve affaiblie. On l'a évoqué dans les chapitres précédents, le Code pénal est structuré autour de trois types d'infractions – contraventions, délits et crimes – de gravité croissante. Sur la base de cette gradation, les textes autorisent des peines de plus en plus sévères mais accompagnent leur prononcé de garanties procédurales renforcées. Gravité des faits, sanctions possibles et procédures sont à l'origine pensées ensemble. Avec la correctionnalisation d'infractions mineures et les procédures simplifiées, cette structure se trouve brouillée. Au mieux peut-on dire que l'édifice a perdu en lisibilité ; au pis, que la législation a évolué de manière à permettre des peines lourdes pour certaines des infractions les moins graves sans réellement les accompagner des garanties procédurales attachées au procès contradictoire.

Cette évolution pose également un problème d'égalité des citoyens devant la loi. En effet, les procédures simplifiées pouvant être refusées, les justiciables se trouvent confrontés à des choix stratégiques importants, nécessitant une information éclairée. Ils doivent choisir entre une voie rapide et une voie plus lente, une option certaine et une plus incertaine. Pire : si, en théorie, les personnes mises en cause ont le choix entre une

peine légère et certaine et la possibilité d'une relaxe au risque d'une peine plus lourde, la réalité s'avère plus complexe. Aux États-Unis, certaines études ont récemment montré que, d'une part, les sanctions n'étaient pas toujours moins sévères lors des plaider coupable et que, d'autre part, l'avantage d'accepter l'offre du procureur variait largement d'un type d'infraction à l'autre ^[20]. Au choix classique de la stratégie de défense – clamer son innocence ou reconnaître ses torts mais demander la clémence de la cour – s'ajoutent alors des choix procéduraux dont la complexité est susceptible de renforcer les inégalités entre justiciables ayant la capacité de comprendre les enjeux – par eux-mêmes ou en s'aidant d'un avocat – et les autres.

Une incohérente cohérence

En théorie, une peine vient sanctionner une infraction après un jugement de culpabilité. En pratique, parfois, la peine commence avant. En 2013, près de 5 % des condamnés pour délit, soit un peu plus de 27 000 personnes, avaient été placés en détention provisoire avant le procès (8 % si l'on exclut les délits routiers). Parmi les criminels, la proportion atteignait 80 %. Aux personnes placées en détention provisoire s'ajoutent celles faisant l'objet d'un contrôle judiciaire. Elles étaient un peu plus de 20 000 en 2010 ^[21]. Moins contraignante, cette mesure peut néanmoins inclure des dispositions assez coercitives : gel des avoirs, interdiction de paraître en certains endroits, de

rencontrer certaines personnes ou d'exercer certaines professions, obligation de suivi social ou médical, etc.

Plusieurs raisons peuvent légalement fonder les dispositifs de contrôle et de contrainte avant jugement. Pour la détention provisoire, sept raisons sont explicitement inscrites dans le code de procédure pénale (article 144) : conserver des preuves ou des indices ; empêcher une pression sur les témoins ; empêcher une concertation entre les complices ; protéger la personne mise en examen ; garantir le maintien de la personne à la disposition de la justice (c'est-à-dire éviter qu'elle ne disparaisse à l'autre bout du monde) ; mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement ; mettre fin à un trouble exceptionnel à l'ordre public.

À ces règles concernant la justification de l'incarcération s'ajoutent des règles formelles et procédurales contraignantes. La décision est contradictoire, prise par un juge spécialisé (le juge des libertés et de la détention) et susceptible d'appel. L'incarcération est au départ limitée à une certaine durée (quatre mois pour un délit dans le cadre d'une information judiciaire, un an pour un crime) et ne peut être renouvelée indéfiniment. Certains délits ne peuvent faire l'objet d'une mesure de détention provisoire (limitée aux encourus supérieurs ou égaux à trois ans dans le cadre d'une information judiciaire).

Présomption de culpabilité

La précision et le nombre de règles concernant la détention provisoire se comprennent aisément : enfermer une personne avant qu'elle n'ait été jugée est une décision lourde. Cela revient à priver de liberté une personne encore considérée comme innocente faute d'avoir été condamnée. Cela revient aussi à modifier nettement les conditions de l'audience. L'équilibre initial des parties entre défense et accusation, qui est censé garantir un procès équitable, semble alors brisé. La personne mise en cause arrive au tribunal depuis sa cellule. Elle est amenée menottée et encadrée par des forces de l'ordre. Certes, ses entraves lui sont retirées avant que l'audience ne débute, mais chacun des participants est conscient que les charges qui pèsent sur l'accusé ont déjà été jugées suffisamment sérieuses ou certaines pour qu'un juge indépendant considère comme approprié de priver cette personne de sa liberté. Un précédent important quand s'ouvrent les débats.

Dès lors, la question se pose de savoir si les personnes mises en cause n'ont pas plus de risques d'être condamnées ou lourdement sanctionnées du fait qu'elles étaient en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire. La décision d'imposer des contraintes « présentencielles » agirait ainsi comme une sorte de premier jugement influençant la décision finale. Si l'on regarde les peines prononcées, on trouve, effectivement, que celles-ci sont assez nettement plus lourdes pour les personnes arrivant au procès détenues que pour celles comparaisant libres. En matière délictuelle, les premières étaient condamnées en moyenne, en 2013, à plus d'un an et demi de prison, dont

près d'un an et trois mois ferme, contre 69 jours, dont 28 ferme pour les secondes. Même en ne comparant que les personnes recevant une peine d'incarcération d'au moins un jour, l'écart entre les deux groupes reste énorme (quantum trois fois plus long pour les personnes précédemment en détention provisoire).

Cependant, on se rend aisément compte ici que la simple comparaison des individus comparaissant libres ou détenus ne fournit pas une réponse convaincante à la question de savoir si les mesures présentencielles influencent le procès. Les personnes placées en détention provisoire ne sont pas tirées au hasard et elles diffèrent largement du reste de la population pénale. En 2013, 68 % d'entre elles avaient un casier judiciaire (44 % chez les personnes comparaissant libres) et 40 % étaient des récidivistes au sens légal du terme ^[22] (12 % chez les personnes comparaissant libres), 21 % étaient condamnées pour violences (moins de 10 % chez les personnes comparaissant libres), etc.

On se retrouve ici face à ce que les économistes appellent un problème de *causalité inverse*. Dans notre cas, le problème est le suivant : les peines sont-elles lourdes pour les personnes comparaissant détenues parce qu'elles ont fait de la détention provisoire ? Ou, au contraire, est-ce parce que le juge pouvait prévoir que la sanction finale serait sévère que des mesures présentencielles ont été décidées ? Face à ce problème, on peut commencer par mesurer la corrélation entre verdict et temps passé en prison avant le jugement. Autrement dit, on peut

mesurer si deux personnes ayant le même âge, dans le même département, ayant commis le même délit, ayant le même casier judiciaire, etc., mais l'une ayant passé du temps en détention provisoire et l'autre pas, sont condamnées aux mêmes peines. C'est un premier exercice simple – parce qu'il ne nécessite pas de trouver une expérience naturelle – qui permet de voir si la prise en compte de quelques dimensions importantes suffit à expliquer les différences observées entre les deux groupes. Pour 2013, l'écart de quantum ferme entre personnes comparaissant détenues et personnes comparaissant libres se réduit de 400 jours à environ 250 quand on tient compte de tout ce que l'on sait du cas ^[23]. Une diminution sensible mais loin de résorber toute la différence.

La question reste donc entière. Une fois pris en compte la nature du délit, le casier judiciaire, etc., la différence de peines que l'on observe est-elle due à d'autres éléments qui ne sont pas dans la base de données mais déterminent à la fois le placement en détention provisoire et la peine finale, tels que l'attitude de la personne mise en cause (plus ou moins agressive, par exemple) ou son insertion professionnelle et familiale ? Pour le savoir, il faut faire mieux que comparer des gens qui se ressemblent. Il faut trouver une raison qui fait que deux personnes identiques sont traitées différemment : l'une envoyée en détention provisoire, l'autre pas. Une fois qu'on aura trouvé cette raison, cette « expérience naturelle », il ne restera plus qu'à comparer les procès des deux groupes.

Méthodologiquement, la solution parfaite serait de tirer au sort des personnes qui viennent d'être arrêtées et d'en envoyer aléatoirement la moitié en prison. Aucun système judiciaire n'accepterait cela. Il faut donc trouver un autre moyen. Comme on l'a évoqué en introduction, en économie de la criminalité, une solution classique pour résoudre ce type de problème est de s'intéresser aux juges plutôt qu'aux prévenus. Certains sont « sévères », d'autres moins. Dans de nombreuses juridictions, le fait qu'un justiciable soit présenté à tel ou tel magistrat varie d'un jour à l'autre pour des raisons d'organisation qui n'ont rien à voir avec la personne mise en cause. On a donc des individus, en moyenne similaires, qui ont été arrêtés le mardi, sont tombés sur un juge sévère, ont été envoyés en détention provisoire, tandis que d'autres, arrêtés le jeudi, ont eu un juge moins dur et sont rentrés attendre le procès chez eux.

En France, on ne peut pas faire cela. On l'a dit, les données ne contiennent pas d'informations permettant d'identifier les juges, et les collecter est même devenu illégal. Il faut donc se tourner vers les recherches menées dans d'autres pays. Entre 2016 et 2020, pas moins de cinq articles publiés dans des revues majeures d'économie ont étudié la détention provisoire grâce à la différence de sévérité entre les juges ^[24]. Tous portent sur les États-Unis, mais les endroits varient (Philadelphie, Pittsburgh, New York, Miami, etc.) et les résultats sont stables et complémentaires.

Arrêtons-nous sur le cas de Philadelphie, parce que c'est une ville sympathique, mais surtout parce que la stratégie y est

utilisée dans sa forme la plus simple. Dans ce comté, toute personne arrêtée est amenée dans un des six commissariats de la ville. Après interrogatoire et constitution de divers dossiers, elle est présentée à un des six *bail magistrates*, juges statuant sur le montant de l'éventuelle caution. Ces juges présentent certaines caractéristiques intéressantes. Premièrement, ils ne décident que de la caution et ne joueront aucun autre rôle dans la suite de la procédure judiciaire. Deuxièmement, ils se distinguent par leur degré de sévérité : certains exigent des cautions élevées, d'autres sont plus prompts à laisser libre l'accusé contre la promesse de se présenter au procès. Troisièmement, ils se relaient 24 heures sur 24, sept jours sur sept et font littéralement les « trois-huit », travaillant alternativement de 7 h 30 à 15 h 30, de 15 h 30 à 21 h 30 ou de 21 h 30 à 7 h 30. Dans ce contexte, des justiciables arrêtés à des moments proches – le même jour mais à une heure différente, à la même heure mais un autre jour, à la même heure, le même jour mais à une semaine d'intervalle, etc. – voient le montant de leur caution établi par des juges plus ou moins sévères ^[25], qui n'auront pas d'autre implication dans la procédure et, en particulier, qui ne participeront pas à l'audience finale. Plus la caution demandée est élevée, plus la probabilité est grande qu'elle ne puisse pas être payée et que la personne soit placée en détention provisoire. On a donc bien l'expérience naturelle que l'on voulait : des individus en moyenne identiques confrontés à des probabilités inégales d'être incarcérés avant leur jugement. Il ne reste plus qu'à les comparer pour savoir si comparaître libre ou détenu importe.

Que ce soit à Miami, New York, Philadelphie ou Pittsburgh, les résultats vont tous dans le même sens : les personnes ayant effectué de la détention provisoire ont plus de risques d'être reconnues coupables et reçoivent des peines plus lourdes. Les effets sont loin d'être négligeables. À Philadelphie, entre 2007 et 2014, une personne comparaissant détenue voyait sa probabilité d'être déclarée coupable s'élever de 12 % (en moyenne, un peu plus de 50 % des personnes arrêtées sont finalement condamnées)^[26] et recevait une peine de prison plus longue^[27] de 41 % que celle d'une personne identique comparaissant libre.

L'efficacité de la mesure semble par ailleurs discutable. Si toutes les études trouvent logiquement que les personnes incarcérées ont plus de chances de se présenter au procès^[28] que les personnes libres, l'effet sur la délinquance est mitigé. Certaines recherches ne montrent aucune incidence, la diminution des infractions pendant la période de détention provisoire étant compensée par une augmentation à la sortie^[29] ; tandis que d'autres identifient un impact négatif, l'effet « criminogène » d'une plus longue détention dominant l'effet d'« incapacitation » (le fait que les personnes détenues ne peuvent commettre de délit quand elles sont enfermées)^[30]. Cet échec de la détention provisoire à réduire le nombre de délits vient probablement d'une assez mauvaise évaluation des risques par les juges. Une étude récente, toujours aux États-Unis, tend ainsi à montrer qu'en utilisant des outils de prévision adaptés il serait possible de diminuer de 40 % le nombre de

personnes placées en détention provisoire sans augmenter le nombre de délits commis entre l'arrestation et le procès ^[31] !

Alors, comment se fait-il qu'un placement en détention provisoire entraîne une si forte hausse de la probabilité d'être condamné et un tel alourdissement des sanctions ? On l'a évoqué, une première raison est qu'une sorte de « premier jugement » a eu lieu. Que la défense se présente en position de faiblesse. Que la personne mise en cause a déjà été, d'une certaine manière, condamnée. Aux États-Unis, les articles précités montrent notamment que les justiciables ont tendance à accepter des peines plus lourdes lors de la procédure de plaider coupable.

Mais on peut aussi renverser la perspective. Observer les choses non plus du point de vue de la défense mais de celui des juges. Pour eux aussi, la situation est très différente, et statuer sur le sort d'un homme libre ou détenu ne présente pas tout à fait les mêmes enjeux. Il ne s'agit plus seulement de le condamner ou de l'acquitter, de le punir lourdement ou légèrement, mais aussi de confirmer ou d'infirmer les décisions antérieures, d'entériner une sentence préalable ou de déjuger l'institution ; autrement dit, rendre la justice revient désormais à choisir entre sanctionner et se sanctionner. Au sortir d'une détention provisoire, le jugement ne fait plus d'un accusé un coupable ou un innocent, il en fait un coupable ou une victime.

Couvrir ses arrières

« Attendu que M. A... X..., né le [...], a été mis en examen des chefs de trafic de stupéfiants, association de malfaiteurs et blanchiment, et placé en détention provisoire du 27 mai au 26 septembre 2016 ; qu'il a été relaxé par un jugement du tribunal correctionnel de Bourg-en-Bresse en date du 31 janvier 2018 ;

[...]

Attendu que M. X..., qui n'avait jamais été incarcéré auparavant, a subi entre le 27 mai et le 26 septembre 2016, à l'âge de 22 ans, une détention d'une durée de cent vingt-trois jours alors qu'il encourait une importante peine d'emprisonnement ;

Qu'il justifie, par un courrier d'un chargé de mission de la commune de son domicile, qu'il devait se marier le 2 juillet 2016 ; qu'il est établi que son état psychologique avait conduit le juge d'instruction à recommander un entretien avec un psychiatre dès la mise sous écrou, mais que le requérant n'a cependant pu obtenir un rendez-vous avant le 3 août 2016 et n'a pu rencontrer un psychologue ; qu'en revanche, le sentiment d'injustice qu'il a ressenti face aux accusations portées contre lui à tort ne découle pas directement de la détention, mais des poursuites qui ont été engagées à son encontre et ne peut ainsi donner lieu à indemnisation dans le cadre de la présente procédure ;

Qu'en l'état de ces éléments, l'indemnité propre à réparer le préjudice moral subi sera fixée à 15 000 euros [...]. »

**Commission nationale de réparation des
détentions, décision du 19 novembre 2019 ^[32]**

Il convient de le rappeler, placer quelqu'un en détention provisoire, c'est prendre le risque d'enfermer un innocent. L'erreur est alors terrible. Une personne qui n'a rien fait se retrouve non seulement accusée mais également emprisonnée à tort. Sa sphère sociale s'en trouve nécessairement affectée tant il est évidemment difficile de cacher une incarcération.

Dès lors, il n'est pas très étonnant que les justiciables ayant eu à vivre cette expérience traumatisante se retournent contre l'État pour demander des comptes. Dans l'exemple de jugement cité en exergue, 15 000 euros viennent compenser le préjudice d'une expérience carcérale de 123 jours ayant fait, entre autres, annuler – on espère seulement différer – un mariage. Cela fait 122 euros par jour. À en croire la presse, c'est moins que pour les erreurs judiciaires les plus médiatiques (tel Outreau), mais plutôt au-dessus de la moyenne ^[33]. C'est en tout cas nettement mieux que par le passé, puisque les détentions non justifiées ne sont clairement considérées comme devant être réparées que depuis une loi du 15 juin 2000 ^[34] et qu'elles n'étaient pas du tout encadrées avant 1970.

Il est normal que ces drames donnent lieu à compensation et il est peu probable qu'il se trouve grand-monde pour défendre le contraire. Il y a cependant une situation peut être plus difficile

à gérer, pour l'institution judiciaire, que celle de l'erreur intégrale : celle de l'excès. Celle où l'on n'a pas transformé un innocent en victime mais plutôt un coupable en victime. Cela arrive quand la cour considère bien la personne mise en cause comme coupable, mais que la sanction qui lui semble adéquate est plus faible que la durée d'incarcération déjà effectuée. Rendre un jugement conforme à ce sentiment, cela revient alors non seulement à libérer le condamné le jour du jugement mais en plus à devoir dédommager celui qu'on vient pourtant de condamner. Si cette conséquence est logique, on voit bien ce qu'elle a de paradoxal. On voit aussi ce qu'elle peut avoir de dévastateur pour l'image de la justice qui se retrouve à devoir assumer d'avoir répondu à une faute (un délit) par une faute plus grande encore (une détention injustifiée).

Dans ces conditions, la tentation peut être grande de « couvrir la détention provisoire ». C'est-à-dire de prononcer une peine de prison ferme qui sera opportunément de la même durée que l'incarcération déjà effectuée, alors qu'on aurait *a priori* sanctionné moins sévèrement l'infraction en question. L'institution judiciaire garde la face et évite ainsi d'avoir à dédommager celui ou celle qu'elle vient de déclarer coupable. Ce phénomène, souvent mentionné, peut-il être mis en évidence ? Oui, au moins partiellement. À cette fin, je me suis intéressé aux peines fermes prononcées selon le temps déjà passé en détention provisoire. Avant de discuter les résultats, réfléchissons à ce à quoi l'on doit s'attendre selon la façon dont les sanctions et les mesures présentencielles sont décidées. Simplifions la situation et imaginons qu'il n'y a que deux

groupes : les personnes ayant passé un mois en détention provisoire et celles ayant passé trois mois en détention provisoire. Différentes distributions des peines fermes pour ces deux groupes sont possibles.

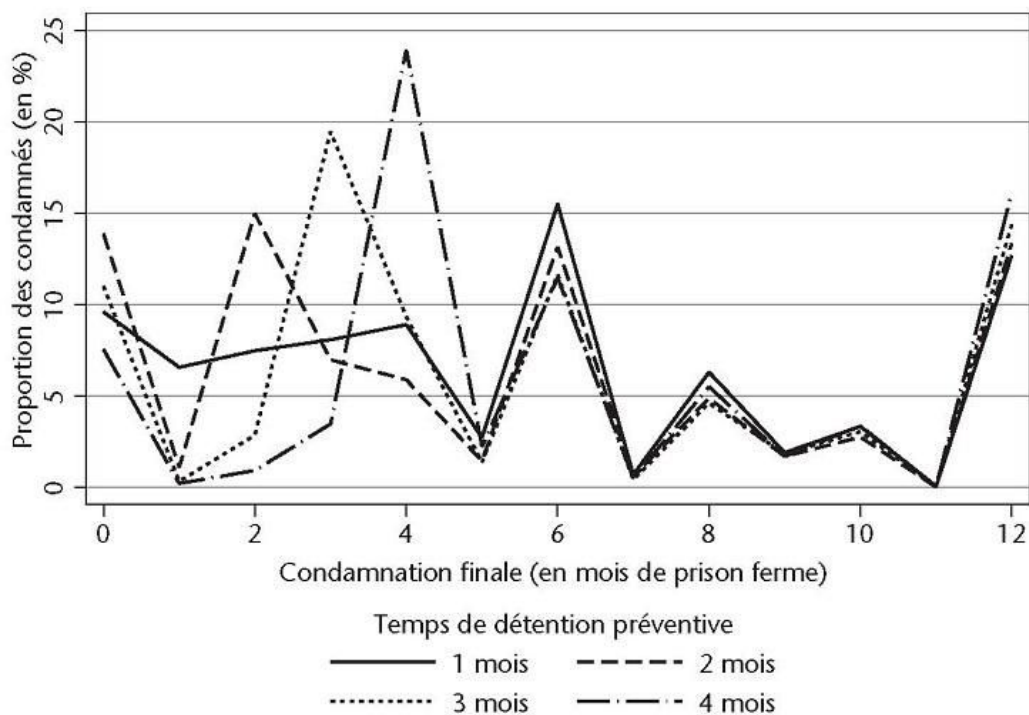
Première possibilité, le délai entre arrestation et jugement est aléatoire, les personnes placées en détention provisoire sont très similaires et attendent plus ou moins longtemps leur jugement pour des raisons indépendantes du dossier. Si cette hypothèse est vraie, on s'attend à ce que les peines finales, décidées au jugement, soient les mêmes dans les deux groupes. On devrait avoir autant de gens condamnés à zéro mois, un mois, deux mois, trois mois, quatre mois, etc. de prison ferme parmi ceux ayant déjà passé un mois ou trois mois en détention provisoire.

Deuxième possibilité, les juges décidant de la détention provisoire et de l'organisation des audiences tiennent compte de la gravité des affaires et de la sévérité probable de la peine. Si tel est le cas, on jugera plus vite une personne ayant commis un délit peu grave et ayant déjà passé un mois en détention provisoire. On s'attend alors à ce que les peines décidées au procès soient plus lourdes pour ceux ayant déjà fait trois mois de détention provisoire que pour ceux ayant « seulement » fait un mois. On devrait avoir moins de peines finales d'un et deux mois ferme pour les premiers, mais plus de peines de trois mois, quatre mois, cinq mois, etc. Dans ce cas de figure, la fréquence des peines de trois mois et plus doit être plus élevée

dans le groupe des personnes ayant déjà fait trois mois de détention provisoire.

Troisième possibilité, les juges « couvrent » effectivement la détention provisoire. Dans ce cas, on s'attend à ce que les peines exactement égales à la durée de celle-ci soient particulièrement nombreuses. Les personnes ayant passé trois mois en détention provisoire recevront peut-être un peu plus souvent des peines de quatre mois (et plus) que les autres mais, surtout, elles recevront beaucoup plus de peines d'exactly trois mois ferme. L'idée est ici que certains condamnés de ce groupe auraient dû recevoir des peines d'un ou deux mois mais que la cour les condamne à trois pour éviter d'avoir à payer des réparations.

Figure 3.9. Peines et détention préventive



**Source : Casier judiciaire national, sous-direction de
la statistique et des études (SDSE), ministère de la
Justice.**

La figure 3.9 présente la proportion des peines de prison ferme de zéro à douze mois pour les condamnés ayant déjà effectué un (ligne continue), deux (tirets), trois (pointillé) ou quatre mois (alternance de tirets et de pointillé) de détention provisoire. On peut voir que les distributions de ces quatre groupes sont très différentes – invalidant la première possibilité –, mais seulement sur la gauche de la figure, pour les sanctions les moins lourdes – invalidant la deuxième possibilité. Surtout, l'élément saillant de ce graphique est que la probabilité de recevoir une peine exactement égale à la durée de détention provisoire déjà effectuée est particulièrement importante ^[35].

La figure 3.9 indique clairement que les cours tendent à « couvrir » la détention provisoire. Si l'on ajoute d'autres groupes à l'analyse (personnes ayant déjà passé cinq mois, six mois, etc. en détention au moment du procès), la figure devient moins lisible mais le résultat reste le même. Si, en revanche, on s'intéresse non plus aux quantums ferme mais aux quantums de sursis simple ou de sursis avec mise à l'épreuve, on n'observe plus aucun lien avec la détention provisoire. Les distributions sont alors quasiment identiques, démontrant bien la volonté d'éviter les compensations : couvrir la détention provisoire n'a de sens que pour la partie ferme.

Peut-on quantifier plus précisément ce phénomène ? déterminer le nombre de personnes qu'il concerne ? Pas parfaitement, mais on peut au moins donner un ordre de grandeur. On peut déjà indiquer que, parmi les personnes ayant passé un mois ou plus en détention provisoire, environ 7,5 % ont reçu une peine ferme égale à la durée déjà effectuée. En 2013, cela représentait un peu plus de 900 condamnés. Tous ont-ils été plus lourdement sanctionnés que ce qu'ils auraient dû ? Probablement pas : certains auraient eu le même quantum même sans mesure présentencielle. Pour donner une idée plus précise, on peut faire l'hypothèse que, si la cour ne couvrait pas la détention provisoire, les personnes ayant déjà passé quatre mois en prison (par exemple) seraient aussi souvent condamnées à quatre mois ferme que celles ayant passé un mois de moins en préventive. Sur la figure 3.8, cela revient à dire que, parmi les 24 % des personnes ayant fait quatre mois de détention provisoire effectivement condamnées à quatre mois, 9 % environ (proportion de peines de quatre mois parmi celles ayant fait trois mois de détention provisoire) auraient eu cette peine si les juges ne couvraient pas la détention provisoire. Si on fait ce petit exercice pour tous les groupes, on arrive à un peu plus de 3 % des personnes ayant passé plus d'un mois en détention provisoire condamnées plus lourdement. Cela représente environ 400 personnes en 2013.

En amont du procès, les contraintes qui se déploient semblent principalement affecter la composition des cas présentés aux juridictions. La réorganisation du travail des forces de l'ordre dans les années 2000 a abouti à une augmentation des

poursuites pour stupéfiants et à une diminution des vols. En plus du mouvement de correctionnalisation des délits routiers déjà évoqué, la « politique du chiffre » engagée par le ministère de l'Intérieur est le deuxième mouvement d'ampleur ayant abouti à une forte hausse des condamnations d'infractions auparavant considérées comme mineures. Cette évolution est cependant restée largement « invisible » aux yeux des juges du « siège » s'occupant des procès contradictoires, dans la mesure où la grande majorité de ces nouveaux publics ont été « traités » *via* de nouvelles procédures simplifiées, directement gérées par les procureurs. De ce mouvement, le pouvoir judiciaire sort affaibli – un grand nombre de faits sont désormais entre les mains du parquet, sous l'autorité du pouvoir exécutif – et la sévérité du système pénal renforcée.

Au-delà de l'effet de composition et du fait qu'une affaire arrive ou non au stade du procès, les décisions prises au cours de la procédure semblent peser sur le verdict final et tendre à être confirmées. On retrouve ici le souci, déjà évoqué dans les chapitres précédents, du maintien de la cohérence des décisions par l'institution judiciaire, même si cela s'avère ici problématique. Confrontés à une décision précédente de placement en détention provisoire, les juridictions tendent en quelque sorte à confirmer cette décision, choisissant des peines plus lourdes qu'elles ne l'auraient fait sinon. Ce phénomène peut clairement être considéré comme injuste mais représente (heureusement) un nombre de cas limités.

Notes du chapitre

[1] ↑ Cette idée est particulièrement mise en avant par les tenants de la théorie de la justice procédurale. Pour ces auteurs, l'origine de la délinquance est plus à chercher dans le rapport de la population à l'État et à son autorité que dans les incitations, la pauvreté, la marginalité ou la santé mentale. Voir par exemple les travaux de Tom Tyler à la faculté de droit de Yale (États-Unis) sur le sujet.

[2] ↑ Texte adopté en 2001 et entré en vigueur à partir de janvier 2002, proposant un certain nombre d'indicateurs destinés à suivre l'efficacité des différentes administrations.

[3] ↑ Formellement, les agents des forces de l'ordre sont dans l'obligation d'enregistrer les dépôts de plainte pour viol depuis la « loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes ». Dans la pratique, des problèmes subsistent, ainsi qu'en attestent les témoignages recueillis régulièrement à ce sujet, comme dans le cadre de la campagne « Paye ta plainte » lancée en mars 2021 par le collectif « Nous toutes ».

[4] ↑ D. MONJARDET, « Comment apprécier une politique policière ? Le premier ministère Sarkozy (7 mai 2002-30 mars 2004) », *Sociologie du travail*, vol. 48, n° 2, 2006, p. 188-208 ; voir aussi L. MUCCHIELLI, « Le “nouveau management de la sécurité” à l'épreuve : délinquance et activité policière sous le ministère Sarkozy (2002-2007) », *Champ pénal/Penal field*, n° 5, 2008.

[5] ↑ Le même type d'évolution s'observe pour la catégorie des « vols à la roulotte » (vols perpétrés dans des véhicules à moteur). Ceux-ci diminuent fortement exactement à partir de 2002 avant de se stabiliser précisément en 2012.

[6] ↑ S. SPILKA, O. LE NÉZET, M. NGANTCHA et F. BECK, « Les drogues à 17 ans : analyse de l'enquête ESCAPAD 2014 », *Tendances*, n° 100, OFDT, 2015.

[7] ↑ OFFICE FOR NATIONAL STATISTICS, « Crime in England and Wales : year ending june 2018 », 2018.

[8] ↑ A. ORNAGHI, « Civil service reforms : evidence from US police departments », 2019,
<https://ariannaornaghi.github.io/ariannaornaghi.com/190702_ornaghi_civil_service_reforms.pdf>.

[9] ↑ « Toubon admet l'envoi d'un hélico pour Xavière Tiberi. Après avoir nié, le ministre a reconnu la recherche himalayenne du procureur de l'Essonne »,

Libération, 18 novembre 1996.

[10] ↑ « SOS au Népal pour Xavière Tiberi. L'État a tout tenté pour rapatrier d'urgence le procureur chargé de l'affaire », *Libération*, 13 novembre 1996.

[11] ↑ On peut même parler de double échec, puisque la procédure s'est soldée par un non-lieu pour vice de forme en janvier 2001, rendant encore plus inutile, si cela était possible, l'envoi d'un hélicoptère dans l'Himalaya.

[12] ↑ Loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique.

[13] ↑ « Jean-Jacques Urvoas condamné à un mois de prison avec sursis pour "violation du secret" », *Le Monde*, 30 septembre 2019.

[14] ↑ « Éric Dupond-Moretti mis en examen pour "prise illégale d'intérêts", une première pour un garde des Sceaux », *Le Monde*, 17 juillet 2021.

[15] ↑ Critiques de la Commission européenne dans un rapport de 2018, condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme en novembre 2010, etc.

[16] ↑ « Sarkozy fait une ouverture vers l'indépendance du parquet », France Inter, 13 janvier 2012 ; « Éric Dupond-Moretti réaffirme son souhait d'une révision constitutionnelle du statut du parquet avant 2022 », *Le Monde*, 22 juillet 2020.

[17] ↑ Cette pratique a été critiquée par les syndicats de magistrats. Voir par exemple le communiqué du Syndicat de la magistrature sur le sujet : <<http://www.syndicat-magistrature.org/Politique-penale-Messieurs-les.html>>.

[18] ↑ Voir, par exemple, A. LENOIR et V. GAUTRON, « Les pratiques des parquets face à l'injonction politique de réduire le taux de classement sans suite », *Droit et société*, n° 3, 2014, p. 591-606.

[19] ↑ PEW RESEARCH CENTER, « Only 2 % of federal criminal defendants go to trial, and most who do are found guilty », 11 juin 2019.

[20] ↑ Voir D. S. ABRAMS, « Is pleading really a bargain ? », *Journal of Empirical Legal Studies*, n° 8, 2011, p. 200-221 ; D. S. ABRAMS et R. FACKLER, « To plea or not to plea : evidence from North Carolina », *Working Paper Series* (Federal Reserve Bank of Atlanta), 2016, p. 1-50.

[21] ↑ Les dernières données que j'ai trouvées à ce sujet viennent de l'*Annuaire statistique de la justice 2011-2012* publié par le ministère de la Justice.

[22] † C'est-à-dire des personnes ayant commis deux fois le même délit ou des délits assimilés (cf. chapitre précédent).

[23] † Pour cette régression, j'ai pris en compte comme variables de contrôle la catégorie exacte du délit (la nature d'infraction recensant plus de 1 500 types de délits en 2013), le nombre de chefs d'inculpation, les antécédents judiciaires (nombre de condamnations passées, récidive légale), l'âge, le genre, la nationalité, le nombre de jours entre l'infraction et le procès, le département.

[24] † A. GUPTA, C. HANSMAN et E. FRENCHMAN, « The heavy costs of high bail : Evidence from judge randomization », *The Journal of Legal Studies*, vol. 45, n° 2, 2016, p. 471-505 ; E. LESLIE et N. G. POPE, « The unintended impact of pretrial detention on case outcomes : Evidence from New York City arraignments », *The Journal of Law and Economics*, vol. 60, n° 3, 2017, p. 529-557 ; M. T. STEVENSON, « Distortion of justice : How the inability to pay bail affects case outcomes », *The Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 34, n° 4, 2018, p. 511-542 ; W. DOBBIE, J. GOLDIN et C. S. YANG, « The effects of pretrial detention on conviction, future crime, and employment : Evidence from randomly assigned judges », *American Economic Review*, vol. 108, n° 2, 2018, p. 201-240 ; S. H. DIDWANIA, « The immediate consequences of federal pretrial detention », *American Law and Economics Review*, vol. 22, n° 1, 2020, p. 24-74.

[25] † En pratique, la sévérité d'un juge est en général mesurée par la moyenne des cautions demandées par ce juge dans les cas autres que celui étudié.

[26] † W. DOBBIE, J. GOLDIN et C. S. YANG, « The effects of pretrial detention on conviction, future crime, and employment », art. cité, p. 201-240.

[27] † M. T. STEVENSON, « Distortion of justice », art. cité, p. 511-542.

[28] † Il est intéressant de noter que ce n'est pas forcément le cas pour le système de caution en général. Une recherche récente semble indiquer que les petites cautions demandées dans le cadre d'infractions mineures n'augmentent pas les chances de présence au procès. A. OUSS et M. STEVENSON, « Bail, jail, and pretrial misconduct : The influence of prosecutors », 2020, < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3335138 >.

[29] † W. DOBBIE, J. GOLDIN et C. S. YANG, « The effects of pretrial detention on conviction, future crime, and employment », art. cité ; E. LESLIE et N. G. POPE, « The unintended impact of pretrial detention on case outcomes », art. cité.

[30] † A. GUPTA, C. HANSMAN et E. FRENCHMAN, « The heavy costs of high bail », art. cité.

[31] † J. KLEINBERG, H. LAKKARAJU, J. LESKOVEC, J. LUDWIG et S. MULLAINATHAN, « Human decisions and machine predictions », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 133,

n° 1, 2018, p. 237-293.

[32] ↑ L'intégralité de la décision peut être trouvée sur le site de la commission : <https://www.courdecassation.fr/autres_juridictions_commissions_juridictionnelles_3/commission_nationale_reparation_detentions_620/decisions_621/2019_9648/19_novembre_44398.html >.

[33] ↑ 1 500 euros par mois de détention injustifiée selon *La Nouvelle République* (« Détention injustifiée : un préjudice à indemniser », 22 février 2018) ; 75 euros par jour selon *Capital* (« Victimes d'erreurs judiciaires : des indemnités à la tête du client », 23 janvier 2014).

[34] ↑ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

[35] ↑ Là où les quatre groupes représentés ont sensiblement les mêmes chances (entre 10 % et 15 %) de prendre six mois ferme, les personnes ayant déjà fait quatre mois de détention provisoire ont 2,5 fois plus de chances de prendre exactement quatre mois ferme (24 % contre moins de 10 % pour les autres), celles ayant déjà fait trois mois de détention provisoire ont 2,5 fois plus de chances de prendre trois mois ferme (19 % contre 8 %), celles ayant fait deux mois de détention provisoire ont deux fois plus de chances de prendre deux mois ferme (15 % contre environ 1,5 %) et celles ayant fait un mois ferme ont six fois plus de chance de prendre un mois ferme (6,5 % contre environ 1 %).

4. L'intendance suivra

En réalité, les juridictions n'interviennent pas au bout d'une chaîne mais en son milieu. Aux filtres placés en amont et pesant sur les « flux entrants » s'ajoutent des contraintes, en aval, liées aux types de décisions pouvant être prises. Les bracelets électroniques, les centres de semi-liberté, les structures prêtes à encadrer des travaux d'intérêt général, etc. sont en nombre limité, et les juges peuvent avoir à composer avec la disponibilité des peines dans leurs juridictions. En l'absence d'alternative, la prison reste souvent l'option par défaut. Mais, selon le niveau de surpopulation et le degré de vétusté de la structure, la disponibilité de formations et l'accès des familles en son sein, etc., la réalité d'une peine d'incarcération varie considérablement d'un endroit à l'autre. Comme pour les contraintes en amont du procès, une large part de ces contraintes aval échappent au contrôle de l'institution judiciaire. C'est au pouvoir exécutif que revient la charge de décider de la construction d'établissements pénitentiaires ou du recrutement de conseillers d'insertion et de probation qui pourront suivre les peines de sursis avec mise à l'épreuve. Cependant, une fois ces contraintes sur la disponibilité des ressources définies, les juges du procès disposent d'un certain contrôle sur l'application de leurs décisions. En effet, l'incarcération éventuelle ou l'aménagement des peines dépendent de règles formelles qui donnent aux magistrats la

latitude d'en favoriser ou, au contraire, d'en limiter l'accès. Ce sont ces contraintes de l'aval, en particulier celles pesant sur l'enfermement, qui nous intéresseront dans ce chapitre.

De la cour à l'enceinte

Le 25 juillet 1974, la prison de Loos, près de Lille, brûle. Des détenus se sont emparés des clés des cellules et ont libéré leurs camarades. Ils ont incendié la salle de cinéma et la blanchisserie. Ils sont montés sur le toit, l'ont saccagé et ont profité de la position pour caillasser les pompiers venus combattre le feu. L'émeute ne sera définitivement calmée que le lendemain, après des affrontements et plusieurs blessés parmi les personnes incarcérées et les CRS.

Cet événement est le paroxysme d'une crise qui couvait depuis plusieurs années au sein des prisons françaises. Les conditions de détention y étaient particulièrement sévères (parloirs limités et séparés par des vitres, quartiers de haute sécurité aux dispositions draconiennes, « costume pénitentiaire », etc.) et la fixité des règles contrastait avec les changements sociétaux observés à partir de 1968.

À la suite de l'émeute de Loos et afin de calmer les tensions tant chez les détenus qu'au sein du personnel pénitentiaire, le président de la République, Valéry Giscard d'Estaing, effectue une visite dans les prisons de Lyon le 10 août 1974. Geste fort :

le président serre la main d'une personne détenue. Parole forte : « La prison, c'est la privation de la liberté d'aller et venir, et rien d'autre ^[1] . »

La formule est percutante. La légitimité de celui qui l'énonce lui confère autorité. Il n'est alors pas étonnant qu'elle soit, depuis, abondamment reprise par les défenseurs des droits des personnes détenues et les promoteurs d'une amélioration des conditions de détention. Pourtant, à y regarder de plus près, cette phrase est, en pratique, fausse et, conceptuellement, absurde.

En effet, comme beaucoup de confinés en ont fait une expérience édulcorée en 2020, être privé de la liberté d'aller et venir, c'est être privé des nombreuses libertés qui en dépendent. C'est être empêché de voir ses proches, d'accéder à certaines formes de consommation, d'activités culturelles, culturelles ou sportives, etc. À ces privations, s'ajoutent, en prison, les restrictions que l'administration justifie par les impératifs pratiques liés à l'organisation de la vie collective et la sécurité. Les personnes détenues n'ont que peu d'intimité et n'ont pas le choix de leurs codétenus, elles ne contrôlent pas leurs horaires, ne décident pas de ce qu'elles mangent, etc. Enfin, au-delà des restrictions dues à la privation de la liberté d'aller et venir et des contraintes matérielles qu'elle impose, certains droits supplémentaires sont abolis en prison. Le code du travail ne s'applique pas, certains droits d'expression collective sont limités ou supprimés, la confidentialité des courriers n'est pas garantie, etc.

L'effet des conditions de détention

Ces restrictions aux droits des personnes détenues sont connues de beaucoup, à l'exception peut-être de ceux qui persistent à parler de « prisons trois étoiles »^[2]. En particulier, elles sont censées ne pas être ignorées des magistrats qui ont la possibilité de visiter les établissements pénitentiaires à tout moment (comme les parlementaires, mais contrairement au reste de la population qui doit demander un permis de visite et justifier sa demande)^[3]. Cependant, ces considérations générales masquent de très importantes disparités d'une prison à l'autre. Les établissements pénitentiaires sont plus ou moins densément peuplés : de 60 % jusqu'à environ 200 % d'occupation. Ils sont plus ou moins difficiles d'accès depuis les centres urbains. Ils ont plus ou moins de médecins, d'enseignants, de psychologues, etc. Certains disposent d'ateliers offrant des possibilités de travail, d'autres pas. Certains ont des équipements sportifs modernes et des salles informatiques, d'autres pas.

Ces disparités territoriales sont susceptibles d'affecter les décisions de justice pour deux raisons. Premièrement, la réclusion dans une prison surpeuplée, vétuste et sans équipements est probablement très différente, en termes de dureté, d'un séjour dans une cellule individuelle au sein d'une prison bien dotée. Dès lors, est-il justifié de considérer qu'une peine dans le premier contexte équivaut à une peine de même

durée dans le second ? Si l'on considère la sanction comme une « rétribution du crime », cela semble difficilement défendable.

Deuxièmement, le risque de récidive augmente lorsque les conditions de détention se dégradent. *A priori*, l'effet pourrait être inverse : il serait en théorie possible qu'un passage dans une prison aux conditions plus difficiles réduise la récidive, si les personnes libérées voulaient à tout prix éviter de revivre une telle expérience. Mais la littérature scientifique a désormais solidement établi qu'il n'en allait pas ainsi. Dans un des premiers articles écrits sur le sujet, Keith Chen et Jesse Shapiro se sont intéressés à l'effet des établissements de haute sécurité aux États-Unis^[4]. Dans ce pays, les personnes condamnées à des peines de prison ferme font l'objet d'une évaluation standardisée fondée principalement sur le crime ou le délit qu'elles ont commis et leurs antécédents judiciaires. Un score leur est attribué. Ce score ainsi que les places disponibles localement déterminent le niveau de sécurité de l'établissement dans lequel elles sont alors envoyées. Plus celui-ci est élevé, plus les probabilités sont grandes que les personnes soient incarcérées dans une prison où les contacts avec l'extérieur sont limités, les libertés minimales et le niveau de violence entre détenus important.

Dans le contexte étudié par Chen et Shapiro, deux éléments sont importants pour déterminer l'effet des conditions de détention sur la récidive des prisonniers à leur sortie. Premièrement, l'évaluation a lieu après la condamnation. Ainsi, le juge décidant de la sanction ne peut tenir compte du type de prison

dans lequel le condamné sera envoyé. Deuxièmement, le score évolue de manière continue tandis que la probabilité d'être envoyé dans l'un ou l'autre des types de prison varie de manière discontinue. Concrètement, cela signifie que la probabilité d'être incarcéré dans un établissement de haute sécurité augmente brutalement au-delà du score de 6 : les individus atteignant le score de 7 ou 8 ont deux fois plus de chances d'être affectés à une prison « sécuritaire » que les individus avec un score de 5 ou 6 (95 % contre 47 %). Cette caractéristique est très importante car elle vient introduire une rupture, une discontinuité dans l'affectation des détenus. Bien sûr, les crimes et antécédents judiciaires sont corrélés avec le risque de récidive. En revanche, il n'y a aucune raison *a priori* que ce dernier change brutalement à tel niveau d'une échelle administrative plus ou moins *ad hoc*. S'il n'y avait qu'un seul type de prison, on devrait observer à peu près le même écart de taux de récidive entre les scores 5 et 6 qu'entre les scores 6 et 7 ou 7 et 8.

Chen et Shapiro ont utilisé cette discontinuité pour mesurer l'effet des conditions de détention sur la récidive un an, deux ans ou trois ans après leur sortie d'une cohorte de 1 205 détenus libérés au début de l'année 1987. Les résultats sont clairs : le taux de récidive à la libération augmente brutalement entre les scores 6 et 7. Là où environ 20 % des personnes ayant un score de 5 ou 6 ont de nouveau été arrêtées un an après leur sortie de prison, ce chiffre grimpe à plus de 30 % pour les personnes ayant un score de 7 ou 8.

Ce type de résultat a été confirmé dans de nombreuses études utilisant des expériences naturelles dans différents pays. En Italie, plusieurs chercheurs ont ainsi pu montrer que le niveau de surpopulation ou le nombre de morts recensés dans une prison étaient corrélés à une plus grande récidive des sortants ^[5]. À l'inverse, en Italie toujours, comme en Colombie, des travaux récents ont mesuré que de meilleures conditions de détention – encellulement individuel, possibilité de formation et de travail, programmes de réinsertion – aboutissaient à une diminution de la récidive des sortants de prison ^[6]. À chaque fois, les effets sont quantitativement importants.

Y a-t-il un « appel d'air » carcéral ?

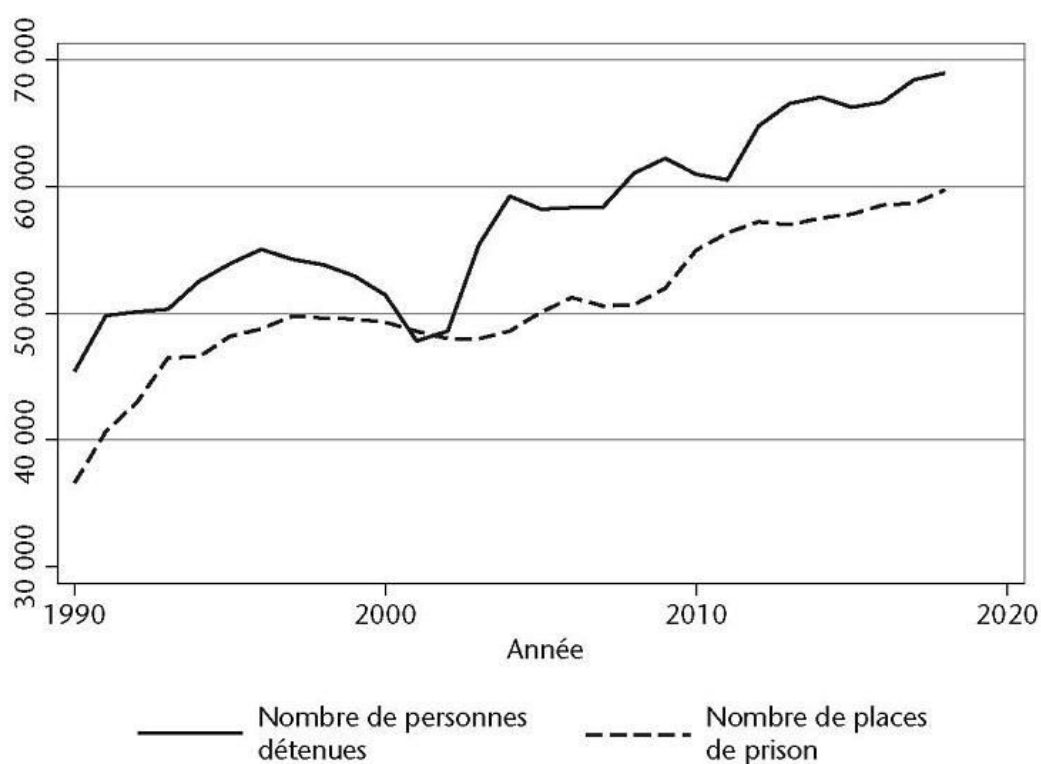
À ce stade, on se retrouve face à deux objectifs contradictoires. D'un côté, la loi est censée s'appliquer de manière homogène dans l'espace et dans le temps. Un même délit doit être sanctionné de la même manière à Tourcoing et à Brest, en novembre 2019 ou en mars 2020. D'un autre côté, face à des conditions de détention hétérogènes, une même peine n'aura pas la même dureté pour le justiciable, et la « protection de la société » évoquée par le Code pénal ne sera pas assurée par une sanction équivalente. Selon cette logique, il peut paraître défendable de condamner un même délit à deux mois de prison là où les conditions sont particulièrement déplorables et à trois mois là où elles sont meilleures.

Tout un chacun peut avoir sa préférence pour une logique plutôt qu'une autre, mais il est intéressant de noter que l'existence de ces deux chaînes causales empoisonne le discours normatif de bon nombre d'associations, de militants ou de politiques œuvrant en faveur des droits des personnes détenues. En effet, dans le contexte de surpopulation carcérale endémique qui caractérise bon nombre de pays (dont la France), une revendication simple serait d'appeler à un investissement massif pour agrandir le parc carcéral. Cependant, si les juges réagissent à l'ouverture de prisons en alourdissant les peines, le risque est grand que la création de places n'améliore en rien les conditions de détention et ne fasse qu'étendre la sphère pénale. Cette crainte est-elle justifiée ? Ou plutôt, pour le formuler de manière plus neutre : les juges penchent-ils du côté de l'homogénéité des sanctions, faisant fi des conditions matérielles, ou du côté de l'adaptation des peines aux conditions d'exécution ?

A priori, cette question ne concerne pas seulement les peines de prison mais toute sanction non pécuniaire. Les places disponibles dans une structure assurant les « placements à l'extérieur^[7] », le nombre de bracelets électroniques, les propositions de travaux d'intérêt général (il est difficile de trouver des structures qui ont le temps et la volonté d'encadrer des condamnés) sont limités. Cependant, la question de la prison est un peu différente dans la mesure où il existe un nombre officiel de places mais pas de limite de remplissage. Si l'on ne peut donner un même bracelet à deux personnes, on peut, en revanche, mettre deux détenus dans une cellule prévue

pour un seul. En effet, bien que l'idée resurgisse régulièrement dans le débat public en France comme ailleurs ^[8], la plupart des pays n'ont pas de *numerus clausus* et, lorsqu'il n'y a plus de place, on ajoute des matelas par terre ^[9].

Figure 4.1. Évolution du nombre de personnes incarcérées et du nombre de places de prison de 1990 à 2018



À l'échelle de la France entière, la figure 4.1 permet de constater que le nombre de personnes incarcérées et le nombre de places de prison ont augmenté de manière conjointe et continue au cours des dernières années. Les programmes de construction d'établissements pénitentiaires se sont succédé (« programme 13 000 » en 1987, « programme 4 000 » en 1996,

« programme 13 200 » en 2002, etc.) et, comme on l’a déjà vu, les peines ont augmenté, aboutissant à une hausse de l’incarcération seulement interrompue par l’amnistie de 2002. Pourtant, cette figure peut difficilement suffire à mettre en évidence l’influence du nombre de places de prison ou des conditions de détention sur les décisions de justice : il est possible que les ouvertures ne fassent que « courir après » la hausse des incarcérations sans la causer.

Afin d’éclairer cette question, il faut alors changer d’échelle. Plutôt que de suivre une évolution globale, il s’agit alors de comparer les endroits ayant « bénéficié » d’une ouverture d’établissement à ceux n’ayant pas été affectés par les programmes de construction. À cette fin, j’ai croisé des données de l’administration pénitentiaire française sur le nombre de places et de personnes incarcérées par mois et par établissement de 2006 à 2016 avec les données sur les condamnations issues du casier judiciaire national. Sur cette période, on observe vingt-deux événements correspondant à des ouvertures de prison ou à des agrandissements substantiels. En moyenne, ces événements ont entraîné l’ouverture d’environ cinq cents places dans les départements concernés.

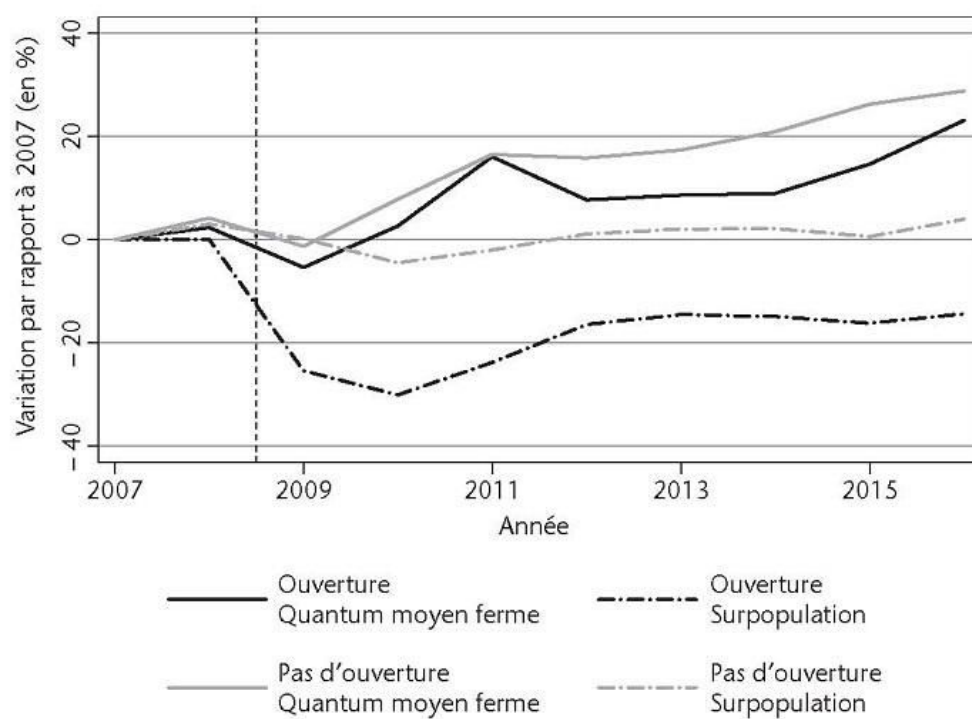
Avec ces données, on peut mesurer, pour chaque département, l’évolution de la surpopulation carcérale et des décisions de justice au fil du temps avant et après l’augmentation du nombre de places. On peut également comparer les évolutions entre différentes zones, certaines ayant « bénéficié » d’une nouvelle

prison en 2009, d'autre en 2010... et d'autres à aucun moment de la période.

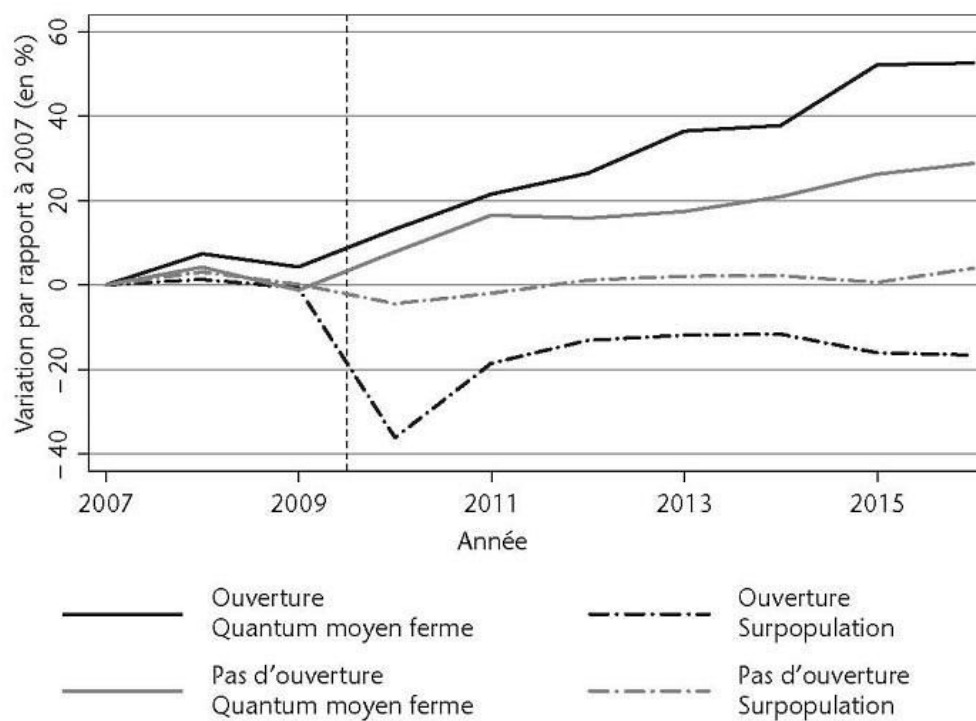
La figure 4.2 illustre graphiquement le type d'analyse que j'ai mené. Elle présente l'évolution de la surpopulation carcérale par des lignes discontinues et l'évolution des quantums moyens de prison ferme par des lignes continues. Les départements dans lesquels a eu lieu une ouverture de prison – en 2009 sur la sous-figure a, en 2010 sur la sous-figure b –, sont en noir (six départements en 2009, quatre en 2010). Ils sont comparés aux départements où aucune ouverture n'a eu lieu sur la période, représentés en gris (74 départements agrégés, les mêmes sur les deux figures). Afin de mieux distinguer les évolutions, j'ai présenté, pour chaque groupe et chaque indicateur, les variations par rapport à 2007.

La première chose que l'on peut observer sur la figure 4.2 est que la surpopulation carcérale diminue fortement l'année suivant l'ouverture d'une prison. Pour les départements concernés par une ouverture en 2009 ou en 2010, la surpopulation était, en 2013, environ 20 % plus faible qu'elle ne l'était en 2007 (ligne noire en pointillé). En comparaison, les endroits où il n'y a eu aucune construction ont gardé à peu près le même niveau d'occupation sur la période (ligne grise en pointillé).

Figure 4.2. Effet de l'ouverture d'une prison en 2009 (figure a) ou 2010 (figure b) sur la surpopulation carcérale dans le département et les quantums moyens de prison ferme prononcés



a Ouverture en 2009



b Ouverture en 2010

**Source : Casier judiciaire national, sous-direction de
la statistique et des études (SDSE), ministère de la
Justice.**

Ces changements ont-ils entraîné une hausse des peines ? Les magistrats ont-ils réagi à la disponibilité des places de prison et à l'amélioration des conditions de détention ? Cela ne semble pas avoir été le cas si l'on regarde les lignes continues de la figure 4.2. Les peines dans les départements où une prison a ouvert en 2009 ou en 2010 ont augmenté au fil du temps mais dans des proportions similaires à ce que l'on observe dans les départements où aucun établissement supplémentaire n'a été construit. Par ailleurs, on n'observe aucun « choc », aucune évolution notable juste après l'ouverture. La hausse des sanctions semble se faire à un rythme similaire et dans des proportions identiques dans les départements dont le parc carcéral s'est élargi et dans les autres.

On peut systématiser cette approche pour prendre en compte toutes les ouvertures et non seulement celles de 2009 et 2010. On peut essayer d'isoler un éventuel effet de court terme – pour prendre en compte la possible médiatisation locale de l'ouverture qui rendrait cet événement bien présent dans l'esprit des juges – d'effets de moyen/long termes. On peut suivre les probabilités d'avoir au moins un jour de prison ferme ou les peines moyennes de prison totale (c'est-à-dire la somme du sursis, du sursis avec mise à l'épreuve et du ferme). On peut affiner les comparaisons selon que les prisons du département sont originellement très surpeuplées ou assez peu. On peut

distinguer les peines à l'encontre des récidivistes de celles des primo-délinquants, examiner parallèlement les atteintes aux personnes, les infractions à la législation sur les stupéfiants et les vols, comparer hommes et femmes, jeunes et vieux, Français et étrangers. Rien n'y fait. J'ai réalisé tous ces mesures et, invariablement, les résultats ont montré que l'ouverture d'un établissement pénitentiaire dans le département ne change rien aux peines prononcées localement ^[10] .

La même méthode peut être appliquée à l'étude de l'ouverture des établissements pénitentiaires pour mineurs (EPM). Ces structures sont intéressantes pour deux raisons. Tout d'abord, on retrouve le questionnement précédent sur l'effet des places disponibles sur les décisions des juges. À cela s'ajoute que, avec les EPM, on n'a pas seulement affaire à une modification du nombre de places mais aussi à un changement notable de philosophie. En effet, ces six établissements, ouverts en 2007 et 2008, ne sont pas gérés uniquement par l'administration pénitentiaire, comme les quartiers mineurs « classiques » des prisons, mais conjointement par l'administration pénitentiaire et la Protection judiciaire de la jeunesse. Surveillants pénitentiaires et éducateurs y travaillent ensemble, et les visées de la structure sont clairement plus éducatives que celles que l'on retrouve dans les autres formes d'enfermement.

Pour autant, l'effet mesuré de l'ouverture des EPM sur les sanctions est le même que ce que l'on observait avec les prisons pour adultes : nul. Les peines de prison n'ont pas augmenté (pas plus que la probabilité d'être incarcéré) dans les départements

où une de ces structures a ouvert. Même si l'on élargit la zone qu'on considère comme affectée, en envisageant que les EPM puissent avoir un effet non seulement sur les décisions des juridictions du département mais aussi sur celles de toute la région pénitentiaire, on n'observe pas de changement notable.

Ces résultats français contrastent avec les quelques études existant dans la littérature scientifique. Dans un article paru en 2020, deux chercheurs états-uniens, Gregmar Galinato et Ryne Rohla, trouvent que l'ouverture de prisons privées aux États-Unis entre 1989 et 2008 a abouti à une augmentation du nombre de personnes incarcérées et à un allongement des peines moyennes ^[11]. Les lecteurs français auront sans doute ici tiqué sur « privées ». À raison. C'est une particularité de certains pays, en particulier « anglo-saxons » ^[12], que d'autoriser l'ouverture d'établissements pénitentiaires intégralement privés. Par comparaison, en France, la construction et un certain nombre de tâches nécessaires au bon fonctionnement d'une prison peuvent être déléguées (gestion de la blanchisserie, du nettoyage, de la nourriture, des activités, etc.), mais la décision de construire un établissement, la garde, la direction et le greffe sont toujours assurés par la puissance publique.

Le fait d'autoriser le secteur privé à construire et administrer des prisons ne va pas sans problèmes. Au-delà des questions morales sur l'enrichissement *via* l'enfermement ou la délégation du pouvoir de contrainte (voire de mort puisque, dans la plupart des systèmes carcéraux, les surveillants sont

censés tirer sur les personnes tentant de s'évader), l'ouverture d'établissements privés présente évidemment un risque de corruption. Il s'agit là d'un risque sérieux puisque la « demande » pour ce « service » n'est pas répartie entre des centaines ou des milliers de consommateurs mais est intégralement aux mains des quelques juges locaux qui décident ou non de condamner des gens. Les acteurs privés peuvent donc avoir intérêt à inciter les magistrats à punir plus sévèrement ou les législateurs à durcir les lois. De fait, des scandales sont venus matérialiser ces craintes. L'un des plus célèbres est sans doute le *kid for cash scandal* où deux juges de Pennsylvanie acceptèrent 2,6 millions de dollars de pot-de-vin pour envoyer un plus grand nombre de mineurs isolés dans la prison privée de leur juridiction. Ces agissements étaient clairement illégaux (les deux juges ont été condamnés à 17,5 et 28 ans de prison), mais le lobbying peut, lui, s'exercer en toute légalité. On retrouve ainsi les principales entreprises gestionnaires de prisons parmi les gros contributeurs au financement des campagnes de certains candidats conservateurs aux États-Unis ^[13] .

Les problèmes posés par les prisons privées peuvent pour partie expliquer les différences entre les résultats en France et ceux présentés par Galinato et Rohla. De fait, les chercheurs montrent que les condamnations n'augmentent avec le nombre de places dans les prisons privées que dans les États les plus corrompus. Dans les États peu corrompus, aucune corrélation n'est observée.

Peut-être est-ce là toute l'histoire. Les juges indépendants et intègres ne sont pas influencés par le nombre de places de prison disponibles et prononcent des décisions cohérentes dans l'espace et dans le temps, tandis que les magistrats corrompus sont soudoyés par les compagnies privées qui cherchent à rentabiliser leur investissement.

Mais peut-être les effets s'expliquent-ils aussi par les incitations des magistrats, leur responsabilité dans l'exécution des décisions qu'ils rendent. Un exemple frappant est documenté par Aurélie Ouss dans un article publié en 2020 ^[14]. La Californie, comme tous les États américains, est divisée en *counties*. Les juges sont élus à cette échelle, et le système judiciaire est unifié par des cours d'appel à l'échelle de l'État. Les décisions rendues par le tribunal d'un *county* peuvent aboutir à des incarcérations dans les prisons locales, gérées et financées localement, ou dans les prisons de l'État. L'orientation vers l'une ou l'autre de ces structures dépend de la durée de la peine prononcée.

Au début des années 1990, les *counties* devaient assumer la charge financière des établissements locaux et payer à l'État de Californie un forfait fixe de 25 dollars par mois pour toute personne incarcérée dans ses prisons. Cependant, en août 1996, le Sénat californien adopta une modification de la répartition des frais de l'enfermement des mineurs. Il fut décidé que, à partir du 1^{er} janvier 1997, les *counties* auraient à payer un forfait mensuel nettement plus important, allant de 1 300 dollars (50 % de ce que coûtait un mois de détention à

l'époque) à 2 600 dollars (100 %) selon l'infraction. Les coûts de l'incarcération des mineurs dans les prisons d'État furent donc multipliés par cinq à dix pour les autorités locales. Aucune modification de la prise en charge des majeurs ne fut adoptée au même moment.

Il est important ici de noter que les juges sont attachés à un territoire. Au-delà du fait qu'ils sont élus et directement responsables devant des électeurs (un aspect sur lequel nous reviendrons dans le chapitre 8), ils ne sont pas mutés à intervalle régulier et sont comptables des dépenses judiciaires engagées par leur *county*. La réforme de 1996 a donc profondément modifié leurs incitations financières dans le domaine de l'incarcération des mineurs. Là où celle-ci était quasiment « gratuite » du point de vue des finances publiques locales avant 1996, elle est devenue chère après cette date. On retombe ici sur l'opposition entre homogénéité des décisions dans l'espace et dans le temps et prise en compte des conditions d'exécution des sanctions. Sauf que, ici, la prise en compte de l'exécution des jugements ne renvoie plus au niveau de surpopulation ou aux conditions de détention mais aux coûts de l'incarcération pour les finances publiques locales ^[15].

Les juges ont-ils changé leurs pratiques après la réforme de 1996 ? Oui. Massivement. Juste après l'adoption de la réforme, l'incarcération des mineurs dans les prisons de l'État a chuté brutalement de moitié. Là où le nombre d'admissions se situait autour de quatre-vingt-dix par mois avant août 1996, il est tombé à moins de cinquante dès septembre. Aucune évolution

notable ne s'observe, dans le même temps, pour l'incarcération des jeunes majeurs dans les prisons d'État. Le changement brutal observé pour les mineurs est donc bien lié à la réforme.

Juger, c'est prévoir

« On laisse aujourd'hui se développer un sentiment d'impunité, du fait qu'on peut être sanctionné, mais à la fin de la fin, on n'ira jamais en prison. Il ne se passera rien. C'est simple : vous avez aujourd'hui 100 000 peines de prison prononcées qui ne sont pas exécutées, 100 000 peines ^[16] ! » En janvier 2018, Valérie Pécresse, présidente de la région Île-de-France, s'indigne. Elle récidivera en août 2020, le chiffre des peines non exécutées étant passé entre-temps à 60 000 ^[17]. À strictement parler, ces chiffres sont corrects (et on notera leur nette diminution). Pour autant, leur utilisation vise à donner une image déformée de la justice pénale. S'il y a effectivement des dizaines de milliers de peines qui ne sont pas exécutées à un instant donné, cela ne signifie pas pour autant que ces sanctions ne le seront jamais. L'existence de ce stock reflète simplement une réalité : une large part des condamnations font l'objet d'un second examen par un juge dédié. Ce processus prend du temps. Entre le verdict et le début des mesures coercitives, il y a donc une période plus ou moins longue qui va générer le stock qu'évoque la présidente de région.

Concrètement, en France, lorsqu'une peine de prison est décidée, elle peut être directement mise à exécution – c'est-à-dire que le condamné quitte le tribunal pour la maison d'arrêt la plus proche – ou laissée en suspens jusqu'à la convocation du condamné par un juge d'application des peines. Celui-ci décidera des modalités pratiques de mise en place de la sanction. Dans certains cas, le justiciable pourra éviter d'être incarcéré (malgré une peine de prison ferme) sous réserve de se soumettre à un certain nombre de contraintes (obligation de soins, bracelet électronique, présentation régulière au commissariat, etc.).

Si le condamné est effectivement incarcéré, la durée de son séjour en prison est modulée par plusieurs paramètres. Premièrement, dans la plupart des cas, les condamnés reçoivent des crédits de réduction de peine dits automatiques ^[18]. Début 2021, une personne non récidiviste recevait par exemple trois mois de réduction pour la première année de détention, deux mois pour les suivantes et sept jours par mois. Ces remises de peine peuvent être supprimées pour « mauvaise conduite » ou au contraire augmentées pour « bonne conduite » (ce sont les « réductions supplémentaires de la peine »). Deuxièmement, les personnes détenues peuvent bénéficier d'aménagements en cours de peine et, en particulier, du régime de semi-liberté, d'un placement dans une association, d'un bracelet électronique ou d'une libération conditionnelle. Ces modifications sont décidées par le juge d'application des peines à la demande de l'intéressé.

De l'intérêt des aménagements

Ces mécanismes répondent à deux objectifs. Le premier est de donner à l'administration pénitentiaire des moyens de récompenser ou de sanctionner les personnes détenues (en plus des mesures d'isolement, de quartier disciplinaire, etc.). Si l'administration ne peut modifier les sanctions décidées au procès, elle peut, sous le contrôle du juge d'application des peines, ajouter ou retirer des crédits de réduction de peine, ce qui en pratique revient au même pour les condamnés. Disposer de ces mécanismes d'incitation semble être considéré comme nécessaire par les professionnels, et leur remise en cause, en 2021, a suscité une vive opposition de la part des magistrats, des syndicats et des associations ^[19]. Que cette assertion soit exacte ou non, la modulation des durées effectives de prison s'avère en tout cas massivement utilisée. Selon une étude d'impact législative ^[20], en 2019, 9 millions de jours (soit 24 600 ans) de crédits de réduction de peine automatique avaient été accordés, 740 000 jours (soit 2 000 ans) avaient ensuite été retirés et 3 millions de jours (8 200 ans) de crédits de réduction de peine supplémentaires avaient été accordés. Au-delà de l'utilisation que peut en faire l'administration pénitentiaire en termes de « gestion de la détention », on peut ici constater que, sans les remises de peine, le nombre de personnes incarcérées serait de près de 50 % plus élevé (30 000 années de prison pour 70 000 détenus au 1^{er} janvier 2019) et la surpopulation carcérale

atteindrait un niveau ingérable (il y avait 60 000 places de prison au 1^{er} janvier 2019).

Le second objectif, plus noble, repose sur l'idée d'inciter les personnes détenues à s'investir dans leur réinsertion. En valorisant le travail, la formation, la définition d'un projet professionnel à la sortie, les aménagements de peine ne serviraient pas seulement à encourager les bonnes conduites dans les murs mais aussi à augmenter les chances d'une insertion réussie hors les murs.

Mesurer si ces objectifs sont atteints, et en particulier si les aménagements de peine permettent une sortie dans de meilleures conditions, est en pratique difficile. On peut toujours commencer par comparer les taux de récidive des condamnés libérés selon différentes modalités. Il apparaît alors, en France, au début des années 2000, que les personnes ayant bénéficié d'une libération conditionnelle ou d'un bracelet électronique ont de 18 % à 23 % moins de chances de commettre un nouveau délit dans les cinq ans suivant leur sortie de prison.

Cependant, la comparaison des probabilités brutes se révèle peu éclairante. On retrouve ici un problème classique de sélection : les personnes bénéficiant d'un aménagement de peine sont différentes des autres. Elles avaient plus fréquemment un emploi avant leur incarcération, sont plus souvent mariées, ont plus couramment des enfants, etc. Cela s'explique simplement par le fait que les juges d'application des peines n'accordent des aménagements qu'aux condamnés

présentant les meilleures garanties de réinsertion, par exemple une promesse d'embauche et une adresse d'hébergement à la sortie. Dans ces conditions, il y a fort à parier que les bénéficiaires d'une libération conditionnelle ou d'un bracelet électronique auraient moins souvent été recondamnés, même en l'absence de toute mesure. On peut prendre en compte une partie de ce biais de sélection en mesurant l'effet des aménagements à infraction, peine, situation familiale et professionnelle avant l'incarcération, âge, nationalité et antécédents constants ^[21]. L'effet mesuré de la libération conditionnelle et du bracelet électronique diminue alors mais reste substantiel : la probabilité d'une recondamnation dans les cinq ans est de 9,5 à 12 points de pourcentage plus faible pour les condamnés bénéficiant de ces mesures par rapport à ceux en « sortie sèche ». Cependant, même une fois ces variables prises en compte, on reste sûr de manquer de certaines informations importantes connues et prises en compte par les juges d'application des peines, telles que la motivation de la personne, son état d'esprit, ses projets, etc. ^[22].

Plusieurs recherches récentes s'appuyant sur des expériences naturelles sont venues démontrer l'effet bénéfique des aménagements de peine sur la réinsertion – définie de manière assez restrictive comme l'absence de nouvelles condamnations – en surmontant le problème de la sélection. Dans un article de 2013, Ilyana Kuziemko s'est ainsi appuyée sur une réforme votée en Géorgie en 1997 ^[23]. Dans cet État du sud des États-Unis, le Parlement a imposé aux personnes condamnées après le 31 décembre 1997 pour certains crimes et

délits (essentiellement des violences) de purger au minimum 90 % de leur peine avant de pouvoir bénéficier d'un quelconque aménagement. La plupart des individus du groupe ciblé passaient déjà presque toute leur peine en prison. Cependant, avant la réforme, 10 % d'entre eux sortaient à environ deux tiers de la durée. Ce ne fut plus le cas pour les condamnés présentant les mêmes caractéristiques, incarcérés à partir de 1998. Dans ce contexte, Ilyana Kuziemko a donc pu comparer les personnes ciblées par la réforme, en particulier celles qui ont bénéficié (avant) ou auraient pu bénéficier (après) d'un aménagement de peine (le groupe traitement) et celles ayant commis des crimes et délits non affectés par le changement (le groupe contrôle) ^[24].

Supprimer presque totalement la possibilité de bénéficier d'un aménagement de peine a sensiblement augmenté la réincarcération. Trois ans après leur libération, les personnes devant passer au moins 90 % de leur peine en prison avaient une probabilité plus élevée de 3 % d'avoir été renvoyées derrière les barreaux (pour une moyenne de 30 % avant la réforme). Cet effet s'explique par un moindre investissement dans le projet de sortie. Les condamnés ciblés présentaient ainsi, après la réforme, plus de risques de commettre des infractions disciplinaires en prison et avaient moins de chances de participer à un programme de formation.

Le même type de résultats a été obtenu en étudiant l'effet du bracelet électronique. Plutôt que de s'intéresser à des réformes supprimant la possibilité d'en bénéficier pour un groupe cible,

plusieurs travaux se sont appuyés sur le déploiement progressif du dispositif^[25] ou la propension plus ou moins grande des magistrats à utiliser cet aménagement de peine^[26]. La stratégie pour surmonter le problème de sélection est sensiblement la même : comparer des individus condamnés dans des régions où le bracelet est disponible ou par des juges prompts à l'utiliser à des individus condamnés là où le matériel n'est pas accessible ou par des juges le délaissant. Là encore, les études concluent toutes à l'efficacité du bracelet électronique pour réduire la récidive ou la réincarcération.

Plus, c'est moins... ou un peu pareil

Le fait que les peines puissent largement être aménagées après la sanction et que ces éventuels aménagements affectent la probabilité de récidive ne signifie pas pour autant que cette dimension soit prise en compte au procès. En un sens, l'existence d'autorités chargées de la mise à exécution – telles que les juges d'application des peines en France ou les *parole boards* aux États-Unis – peut être interprétée comme une façon de décharger les juges décidant de la peine de la question de son application. Il y aurait alors un partage des tâches : à l'audience, on poserait le cadre ; après, on affinerait.

Cependant, si les juges du procès ne décident pas de l'application des sanctions, ils en déterminent les règles. En

effet, les remises de peine tout comme les aménagements répondent à des critères d'éligibilité et à des procédures précises qui sont différents selon la condamnation. Sans être directement responsables de l'exécution, les juges du procès peuvent largement la contraindre. Le font-ils ? Jouent-ils sur les catégories afin de faciliter ou, au contraire, de limiter les possibilités d'aménagement et de modification postsentencielles ?

Une façon simple de répondre à cette question est de dire que, dans de nombreux pays, les juges peuvent, lors du procès, imposer une exécution immédiate de la sanction. Celle-ci pourra éventuellement être aménagée plus tard, mais elle ne le sera pas avant l'incarcération, et une partie au moins de la peine sera passée derrière les barreaux. En France, c'est le cas lorsqu'une peine de prison est assortie d'un mandat de dépôt. Cela représente environ 25 % des peines de prison ferme. En 2013, un peu plus de 13 000 condamnés (2,3 % des condamnés à une peine de prison, 11 % des condamnés à une peine de prison ferme) ont fait l'objet d'une incarcération immédiate à l'annonce du verdict, et plus de 16 000 d'un maintien en prison lorsque le procès arrivait au terme d'une détention provisoire (2,9 % des condamnés à une peine de prison, 14 % des condamnés à une peine de prison ferme, 66 % de ceux ayant passé du temps en détention provisoire).

Dans le cas du mandat de dépôt, les juges du procès ferment totalement la porte à un aménagement de peine avant incarcération. La mesure est clairement brutale, en particulier

pour les personnes arrivées libres au procès. Elle vise à envoyer un signal fort et à provoquer un effet de sidération.

Lorsque le mandat de dépôt paraît excessivement sévère, les juges peuvent jouer sur les seuils. Ainsi, depuis mars 2020, les personnes ayant été condamnées à des peines de prison ferme inférieures ou égales à un an non assorties d'un mandat de dépôt peuvent faire l'objet d'un aménagement avant mise à exécution ^[27]. En d'autres termes, une personne condamnée à treize mois de prison ferme devra forcément effectuer un séjour en détention à un moment ou à un autre, tandis qu'une personne condamnée à douze mois pourra éventuellement voir sa peine modifiée par le juge d'application. Ces effets de seuil affectent-ils le verdict des procès ? Les magistrats décident-ils de sanctions juste en dessous ou juste au-dessus du seuil selon qu'ils souhaitent ou non voir la peine aménagée ?

Tant que les règles sont stables, on ne peut pas vraiment répondre à cette question. Impossible en effet de savoir si une personne a reçu une peine juste en dessous du seuil parce que les juges pensaient qu'elle le méritait ou parce qu'ils voulaient laisser ouverte la possibilité d'un aménagement. Cependant, comme on l'a abondamment rappelé, le Code pénal et le code de procédure pénale sont constamment modifiés, et les règles d'aménagement des peines ne font pas exception.

Une expérience naturelle intéressante pour mesurer la sensibilité des juges aux règles d'aménagement des peines a eu lieu en 2009, à l'occasion de la loi pénitentiaire ^[28]. Avant le

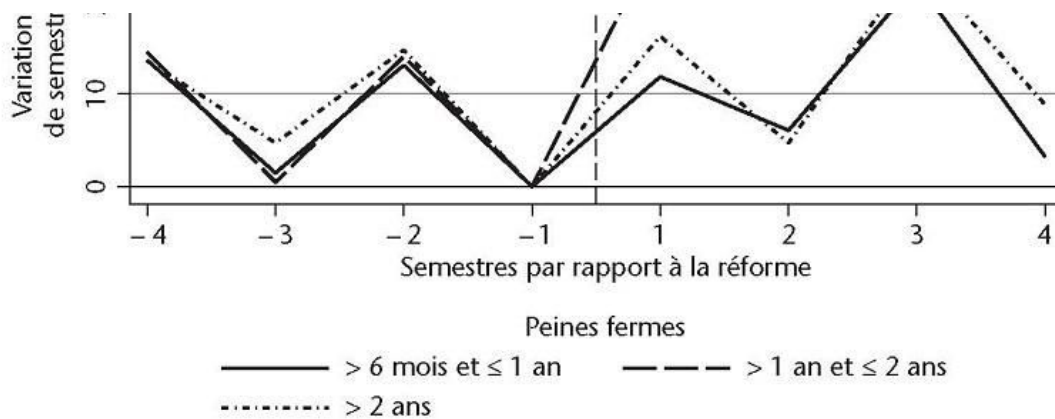
passage de la loi, l'ensemble des condamnés pouvaient voir leur peine intégralement aménagée lorsqu'ils avaient été condamnés à une peine inférieure ou égale à un an. Le texte rehaussa ce seuil à deux ans, sauf pour les récidivistes pour qui la limite antérieure fut maintenue (ces règles seront à nouveau modifiées quelques années plus tard). On retrouve ici la structure d'une expérience naturelle classique : les récidivistes sont le groupe de contrôle pour lequel les règles ne bougent pas ; les non-récidivistes sont le groupe traitement, effectivement traité après le 29 novembre 2009. Dans ce contexte, on peut mesurer si les magistrats jouent avec le seuil et modifient les peines des non-récidivistes après le vote de la loi. Le type d'évolution auquel s'attendre est ambigu. Lorsque le seuil passe d'un an à deux ans, on peut *a priori* observer deux effets :

- les peines de moins d'un an diminuent et les peines comprises entre un et deux ans augmentent. Ce devrait être le cas si les magistrats évitaient, avant la réforme, de prononcer des sanctions supérieures à un an pour préserver la possibilité d'aménager les peines ;
- les peines comprises entre un an et deux ans diminuent et les peines de plus de deux ans augmentent. Ce devrait être le cas si les magistrats cherchaient à éviter que l'intégralité de la peine de certains condamnés soit aménagée et, en conséquence, augmentaient les peines au-dessus du seuil après la réforme.

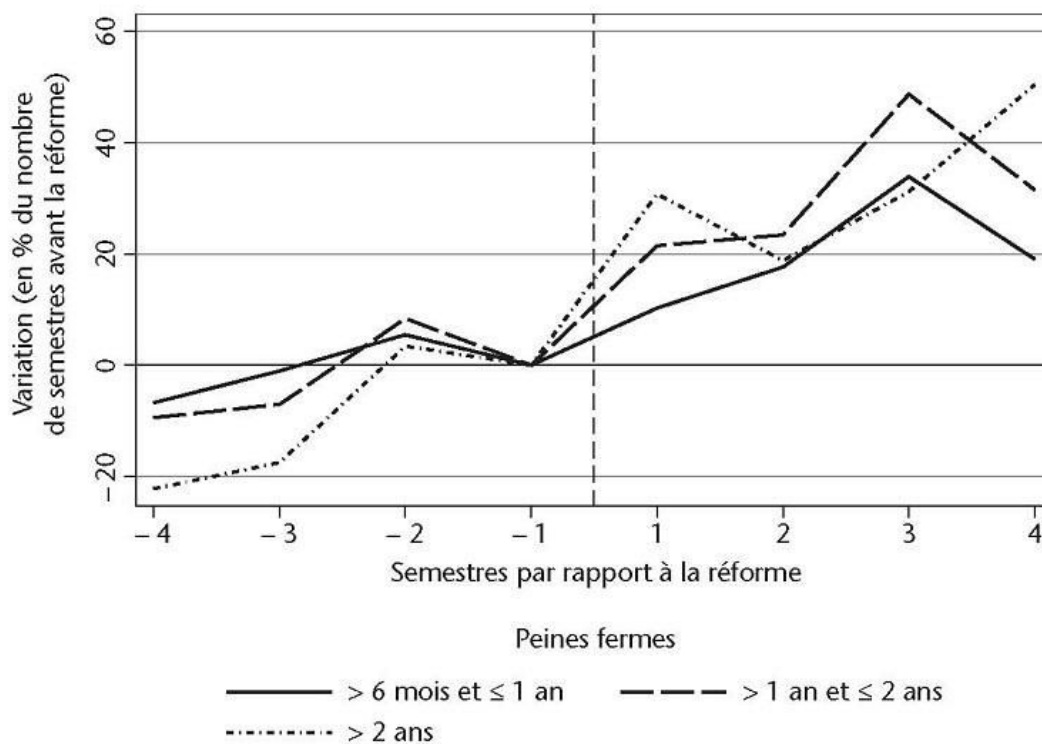
La figure 4.3 présente l'évolution du nombre de peines de prison par semestre autour de la réforme et en fonction de leur quantum. Les peines de prison de moins d'un an sont représentées par une ligne continue, celles de plus d'un an mais de moins de deux ans par une ligne discontinue et les peines de plus de deux ans par une alternance de tirets et de pointillés. Les peines du premier groupe sont nettement plus nombreuses que celles du deuxième et du troisième. Le semestre avant la réforme, elles représentaient environ 73 % des peines de plus de six mois (environ 3 250 condamnations) contre 19 % (840 condamnations) et 8 % (341 condamnations) pour les deuxième et troisième groupes. Afin que les changements soient visibles et non pas écrasés par les différences de départ, les évolutions sont présentées en pourcentage de différence par rapport au semestre précédant la réforme (d'où le fait que toutes les courbes sont à zéro au semestre - 1). Ainsi, « 30 % » doit se comprendre comme : « Le nombre de condamnations dans cette catégorie a augmenté de 30 % par rapport aux six mois précédant la réforme. »

Figure 4.3. Effet de la loi pénitentiaire de 2009 sur la structure des peines de prison ferme pour les non-récidivistes (figure a) et les récidivistes (figure b)





a Non-récidivistes



Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Sur la sous-figure a présentant les résultats pour les non-récidivistes, on voit clairement que le nombre de peines supérieures à un an et inférieures ou égales à deux ans a

augmenté massivement après la réforme. Deux semestres après la loi pénitentiaire, on observe une hausse de 30 % des condamnations tombant dans cette catégorie : 1 070 sanctions contre 840. Dans le même temps, le nombre de peines de prison ferme inférieures ou supérieures reste à peu près stable avec seulement une variation saisonnière. Ce résultat indique d'une part que les magistrats prennent effectivement en compte les possibilités d'aménagement de peine et d'autre part qu'ils avaient tendance, avant la réforme, à décider de sanctions inférieures ou égales à un an afin de donner au juge d'application des peines la possibilité de contourner l'incarcération (première des deux hypothèses présentées plus haut) ^[29]. Une fois cette contrainte levée, les juges ont pu prononcer des verdicts plus sévères sans pour autant retirer toute marge de manœuvre lors de l'exécution.

Cette interprétation est confirmée par la sous-figure b présentant les mêmes évolutions pour les récidivistes. En l'absence de changement, on n'observe aucune évolution notable des peines de plus d'un an et inférieures ou égales à deux ans, en comparaison des sanctions plus ou moins sévères. Toutes augmentent au fil du temps, sans doute par effet retard de la loi sur les peines planchers, votée deux ans plus tôt, dont les effets se font encore sentir.

Cette interprétation est encore renforcée par le fait que la hausse des peines d'un à deux ans ne s'observe pas pour les sanctions assorties d'un mandat de dépôt (cas non présentés sur la figure 4.3). En l'espèce, les juges souhaitaient

l'incarcération immédiate et il est logique qu'ils ne réagissent pas au relèvement des seuils d'aménagement.

La prise en compte de l'exécution des peines par les magistrats au moment du verdict ne semble pas propre à la France. On peut notamment facilement l'observer dans les sentences des cours fédérales aux États-Unis. Dans ce pays, les juges décident d'un nombre de mois d'incarcération et, éventuellement, d'un nombre de jours (en plus des mois). On peut donc avoir des peines de six mois et treize jours. Par ailleurs, les personnes détenues, condamnées par les cours fédérales, bénéficient d'un crédit de remise de peine de 54 jours si la peine est strictement supérieure à un an. Pour cette raison, on observe que plus de 50 % des personnes condamnées à douze mois de prison reçoivent un jour supplémentaire. Il s'agit clairement du signe de la prise en compte, par les juges, des règles en matière de crédits de réduction de peine. En effet, la sanction réelle, pour un détenu ayant une « bonne conduite », est de 312 jours pour une condamnation à un an et un jour ($365 + 1 - 54$ jours) contre 365 jours pour les condamnations à un an. Ce phénomène n'apparaît pas pour les sanctions dont le nombre de mois est différent de douze. Dans ces cas-là, il y a peu d'intérêt à ajouter quelques jours, et 96 % des peines se limitent à un nombre de mois. S'il y a des jours en plus, ce n'est pratiquement jamais un seul.

En définitive, les juges du procès semblent se soucier de l'application des décisions, et en particulier des possibilités d'aménagement de peine, mais assez peu des conditions

matérielles dans lesquelles les périodes de détention sont effectuées. Ces deux résultats peuvent paraître contradictoires. Cependant, dans la lignée des chapitres précédents, on peut aussi les lire comme étant révélateurs de la conception que se font les magistrats du partage des responsabilités et de la séparation des pouvoirs. De même qu'ils ont tendance à respecter les jugements précédents – décidant d'éventuelles détentions provisoires –, les juges du procès tendent à préserver la marge d'appréciation des juges d'application des peines qui leur succèdent dans le parcours pénal des justiciables. L'ensemble de ces décisions incombent à l'autorité judiciaire, et les professionnels semblent chercher à en assurer la cohérence et la continuité. À l'inverse, il est possible qu'ils se refusent à prendre en considération la mise en œuvre concrète des décisions qui, en France, est de la responsabilité de l'exécutif. Cette interprétation est renforcée par les résultats obtenus en Californie où, comptables des dépenses d'incarcération, les juges intègrent les modalités d'enfermement dans les paramètres de leurs verdicts ^[30].

Cependant, il se peut aussi que la question des conditions de détention soit un angle mort du procès. Les sanctions étant éventuellement modifiées par le juge d'application des peines et centralement gérées par l'administration pénitentiaire, les magistrats, soumis à des rotations fréquentes, méconnaîtraient l'état des prisons locales ou laisseraient à d'autres la charge d'adapter les décisions aux contraintes pratiques des lieux d'incarcération.

Notes du chapitre

[1] ↑ Les émeutes de 1974 sont racontées en détail par Yannick LEU, « Les mutineries de l'été 1974 et la réforme de 1975 », *Criminocorpus*, 15 avril 2009, <<https://criminocorpus.org/fr/expositions/prisons/histoire-des-prisons-de-lille/articles/mutineries-de-1974-et-reforme-de-1975/>>.

[2] ↑ À défaut de connaître précisément les conditions de détention, une enquête menée conjointement par l'administration pénitentiaire et l'association Genepi indiquait, en 2007, que les trois quarts des Français percevaient les conditions de détention comme très mauvaises ou mauvaises (A. OUSS, A. M. FALCONI et A. KENSEY, « Des Français plus au fait mais plus critiques sur la question pénitentiaire », *Cahiers de démographie pénitentiaire*, n° 20, 2007).

[3] ↑ Il s'agit même d'une obligation pour certains magistrats. Cependant, cette possibilité ou obligation semble en pratique peu utilisée, comme le soulignait le Sénat dans son « Rapport sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France », rendu en juin 2000 (<<https://www.senat.fr/rap/199-449/199-4491.pdf>>, p. 167 sq.).

[4] ↑ M. K. CHEN et J. M. SHAPIRO, « Do harsher prison conditions reduce recidivism ? », art. cité.

[5] ↑ Voir par exemple F. DRAGO, R. GALBIATI et P. VERTOVA, « Prison conditions and recidivism », art. cité.

[6] ↑ Voir par exemple, pour l'Italie, G. MASTROBUONI et D. TERLIZZESE, « Leave the door open ? », art. cité ; et, pour la Colombie, S. TOBÓN, « Do better prisons reduce recidivism ? », art. cité.

[7] ↑ Le placement à l'extérieur est une alternative à l'incarcération « qui permet aux personnes condamnées d'exécuter leur peine en dehors de la prison, avec une prise en charge par une association qui les encadre et, le plus souvent, les héberge » (description de l'Observatoire international des prisons).

[8] ↑ Voir, par exemple, la tribune « Pour un *numerus clausus* en prison » publiée dans le journal *Libération* le 7 avril 2017.

[9] ↑ La direction de l'administration pénitentiaire française publie ainsi depuis plusieurs années le nombre de personnes dormant sur un matelas au sol au début de chaque mois.

[10] ↑ En toute rigueur, on ne peut jamais exclure l'existence d'un effet. On ne peut que constater que, s'il existe, il est plus faible que ce que l'on peut détecter. Dans la mesure où j'utilise ici des bases de données volumineuses, la précision des tests est grande. On peut donc affirmer que les effets, s'ils existent, sont très, très faibles.

[11] ↑ G. I. GALINATO et R. ROHLA, « Do privately-owned prisons increase incarceration rates ? », *Labour Economics*, n° 67, 2020, 101908. Deux articles similaires aboutissent aux mêmes conclusions : C. DIPPEL et M. POYKER, « Do private prisons affect criminal sentencing ? », National Bureau of Economic Research, n° w25715, 2019 ; A. MUKHERJEE, « Impacts of private prison contracting on inmate time served and recidivism », *American Economic Journal : Economic Policy*, vol. 13, n° 2, 2021, p. 408-438.

[12] ↑ En 2019, 115 000 des 1,3 million de prisonniers fédéraux des États-Unis étaient incarcérés dans des structures privées (<<https://www.bjs.gov/index.cfm?ty=nps>>). En décembre 2020, c'était le cas de 14 000 des 78 000 détenus anglais (<<https://www.gov.uk/government/statistics/prison-population-figures-2020>>). En Australie, en Nouvelle-Zélande, dans de nombreux États d'Amérique latine, etc., une large part des détenus le sont également dans des établissements privés.

[13] ↑ Le *Washington Post* a, par exemple, souligné l'importance des donations aux campagnes du sénateur républicain et ancien candidat à la primaire Marco Rubio (<<https://www.washingtonpost.com/posteverything/wp/2015/04/28/how-for-profit-prisons-have-become-the-biggest-lobby-no-one-is-talking-about/>>)

[14] ↑ A. OUSS, « Misaligned incentives and the scale of incarceration in the United States », *Journal of Public Economics*, n° 191, 2020, 104285.

[15] ↑ Pour être précis, la responsabilité échoit aux *probation officers* qui jouent le rôle de juges pour les mineurs et ne sont pas élus.

[16] ↑ « Est-il vrai qu'aujourd'hui 100 000 peines de prison ne sont pas exécutées comme l'a dit Valérie Pécresse ? », *Libération*, rubrique « Checknews », 8 janvier 2020.

[17] ↑ « 60 000 condamnations à de la prison ferme restent-elles non exécutées chaque année, comme l'affirme Valérie Pécresse ? », *France Info*, rubrique « Vrai ou fake », 1^{er} septembre 2020.

[18] ↑ Des modifications de ces dispositifs sont en cours d'examen au Parlement à l'heure où ce livre est écrit. Cependant, même si la réforme est votée, le régime ne devrait pas énormément changer, les crédits de réduction de peine seraient remplacés par des crédits de temps de libération conditionnelle.

[19] ↑ Voir, par exemple, « Réforme de la justice : 5 minutes pour comprendre le débat sur la suppression des remises de peine », *Le Parisien*, 4 mars 2021.

[20] ↑ Étude d'impact, projet de loi « Pour la confiance dans l'institution judiciaire », 13 avril 2021.

[21] ↑ Techniquement, on contrôle par ces variables dans une régression linéaire, comme on l'a déjà fait plusieurs fois dans cet ouvrage.

[22] ↑ Les chiffres présentés dans ce paragraphe sont issus de A. OUSS, « Sensitivity analyses in economics of crime : Do monitored suspended sentences reduce recidivism ? », 2013, <<http://conference.nber.org/confer/2013/SI2013/CRI/Ouss.pdf>>.

[23] ↑ I. KUZIEMKO, « How should inmates be released from prison ? An assessment of parole versus fixed sentence regimes », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 128, n° 1, 2013, p. 371-424.

[24] ↑ Il est important de préciser qu'à court terme les juges n'ont pas réagi à la réforme. Les personnes du groupe traitement ciblé par la réforme ont reçu, après le 31 décembre 1997, des peines équivalentes à celles qu'elles recevaient avant. Lors du procès, les magistrats n'ont donc pas cherché à compenser la restriction d'accès aux aménagements par une diminution des sanctions.

[25] ↑ A. OUSS, « Sensitivity analyses in economics of crime », art. cité ; voir également A. HENNEGUELLE, B. MONNERY et A. KENSEY, « Better at home than in prison ? The effects of electronic monitoring on recidivism in France », *The Journal of Law and Economics*, vol. 59, n° 3, 2016, p. 629-667.

[26] ↑ R. DI TELLA et E. SCHARGRODSKY, « Criminal recidivism after prison and electronic monitoring », *Journal of Political Economy*, vol. 121, n° 1, 2013, p. 28-73.

[27] ↑ Article 723-15 du code de procédure pénale.

[28] ↑ Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

[29] ↑ Sur la sous-figure a, il peut paraître surprenant que le nombre de peines inférieures ou égales à un an ne diminue pas. Cela est simplement dû au fait que, dans l'ensemble, le nombre de peines de plus de six mois tend à augmenter. En proportion du total, les peines inférieures ou égales diminuent de 2 % après la réforme, celles de plus d'un an et inférieures ou égales à deux ans augmentent de 2 % et celles de plus de deux ans restent stables.

[30] ↑ A. OUSS, « Misaligned incentives and the scale of incarceration in the United States », art. cité.

Seconde partie. De chair et d'os : des décisions humaines

Présentation

La première partie de ce livre s'intéressait aux déterminants légaux et institutionnels des décisions de justice. Qu'on ne s'y trompe pas, il s'agit là des principales forces à l'œuvre dans les jugements. Et si l'on ne devait choisir que deux paramètres pour prédire un verdict, le délit commis et les antécédents judiciaires de la personne mise en cause seraient assurément les plus fiables.

En un sens, une large part de l'édifice procédural, protocolaire et matériel de l'institution judiciaire a eu vocation à renforcer cette prééminence du droit. Si la justice pénale est théoriquement rendue publiquement et si chaque citoyen peut assister aux procès ^[1], l'audience n'a pas lieu sur la place publique. Les sociétés occidentales ont construit des lieux dédiés, les palais de justice (devenus « cités judiciaires »), dont l'architecture – souvent magistrale – et la symbolique – l'allégorie de la justice avec son bandeau tenant la balance et le glaive dans ses mains – viennent rappeler tout à la fois la gravité et l'impartialité des décisions qui y sont prises. Nos sociétés ne lynchent pas, elles jugent.

Cependant, si les décisions de justice sont contraintes par les institutions et les lois, ce cadrage, comme on l'a indiqué en introduction, ne suffit pas à expliquer totalement les jugements.

Les décisions sont prises par des êtres humains et non par des algorithmes. Cette affirmation, triviale, amène à se poser une série de questions. En tant qu'êtres sociaux, les juges évoluent dans un contexte et un temps donnés. Sont-ils influencés par les normes non inscrites dans le droit, les débats de société, les nouvelles, petites ou grandes, qui, à l'échelle nationale ou locale, marquent leur existence, inspirent leurs croyances, animent leurs discussions en dehors de la cour ? En tant qu'individus, ils présentent certaines caractéristiques. Leur genre, leur âge, leur origine ethnique, etc. entrent-ils en résonance avec ceux des accusés ou des victimes et les rendent-ils plus ou moins sensibles aux cas qu'ils ont à trancher ? En tant qu'humains, ils sont faillibles, sujets à des biais cognitifs, à des erreurs systématiques de logique qui peuvent affecter leurs décisions. C'est sur cette part d'humanité des décisions que cette seconde partie va maintenant porter.

Notes du chapitre

[1] ↑ Ces principes sont à l'heure actuelle largement battus en brèche par le développement des procédures de plaider coupable, où les décisions sont confinées aux bureaux des juges et cachées au regard des citoyens.

5. Un homme dans la cité

On raconte qu'en Judée, il y a deux mille ans, la tradition voulait que le procureur gracie un condamné à l'occasion de la Pâque juive. Ayant à choisir entre un brigand notoire condamné pour meurtre et un prédicateur « détournant le peuple », le fonctionnaire romain souhaitait libérer le second. La foule et les prêtres s'y opposaient, réclamant la libération du brigand. Ponce Pilate s'en lava les mains. Jésus de Nazareth fut crucifié.

Cette histoire, qu'elle soit exacte ou non, illustre les mécanismes qui vont nous intéresser dans ce chapitre. On y voit une décision de justice – la condamnation du brigand Barabbas – modifiée en raison d'une norme sociale de clémence à l'occasion d'une fête religieuse. Cette interférence des normes sociales extérieures à l'arène judiciaire est la première des dimensions que nous allons étudier. Les magistrats, individus socialement bien insérés, peuvent-ils résister aux normes, coutumes, traditions qui ne sont pas intégrées dans le droit mais sont communément suivies par leurs concitoyens ?

Si la norme de clémence à l'occasion de la Pâque juive est une norme sociale, c'est aussi une norme locale. Il y a deux mille ans, la Judée ne représentait qu'une petite partie de l'immense Empire romain. Ce territoire, comme le reste de l'Empire, était

largement soumis à un pouvoir central incarné à l'époque par l'empereur Tibère, auquel les autorités devaient rendre compte à intervalle régulier. Nos sociétés occidentales modernes diffèrent bien sûr sensiblement de l'Empire romain antique, mais la question de la prise en compte des préoccupations locales s'y pose également. Observe-t-on, au sein d'un même pays, des disparités régionales de sévérité pour un même type de comportement ? Par exemple, y a-t-il, au sein d'un territoire soumis aux mêmes lois, des zones où les sanctions sont plus clémentes à l'égard des consommateurs de stupéfiants en raison d'une plus grande tolérance des populations locales à ces pratiques ^[1] ?

Enfin, Ponce Pilate, selon la Bible, cède à la foule et gracie Barabbas plutôt que Jésus. Dans des termes modernes, on pourrait dire qu'il s'agit là d'un magistrat cédant à l'opinion publique. À notre époque, on penserait sans doute à des campagnes de presse, des réactions sur les réseaux sociaux ou des forêts de micros à la sortie du tribunal plutôt qu'à une foule réclamant la tête d'un individu devant le palais de justice. L'idée reste cependant la même. Observe-t-on une influence de l'opinion publique sur les procès à l'heure actuelle ? Et, au-delà de mouvements de fond, l'actualité locale ou nationale, la médiatisation d'un procès ou d'un événement peuvent-elles faire basculer un jugement ?

Une société normée

L'effet des normes sociales, donc, pour commencer. Le terme de norme peut revêtir différentes acceptions. Nous l'entendrons ici au sens commun d'« ensemble de règles de conduite qui s'appliquent à un corps social ^[2] ». Ces normes peuvent varier d'un groupe à l'autre. Nous nous restreindrons aux normes du groupe social dominant. Deux raisons sont à l'origine de ce choix. D'une part, ces normes sont les plus simples à identifier. D'autre part, nous nous intéressons ici au travail des juges qui sont généralement des personnes bien intégrées et rarement issues de contre-cultures minoritaires ou marginales.

Nous avons déjà vu un aspect du lien entre norme et décision de justice lorsque nous avons abordé la question de ce qui est défini comme un comportement délinquant ou criminel. Comme nous l'évoquions au chapitre 1, la perception collective de ce qui est acceptable ou intolérable évolue constamment. Ces évolutions normatives sont peu à peu intégrées dans le droit et amènent nos sociétés à punir plus sévèrement certains comportements ou au contraire à relâcher le contrôle sur d'autres ^[3]. En un sens, il s'agit là du rapport « normal » de la norme au droit : la norme change, la loi consacre cette évolution, les pratiques policières et judiciaires se transforment en conséquence.

Cependant, il ne s'agit pas du seul rapport que les normes sociales peuvent entretenir avec les décisions de justice. Avec mon collègue Daniel Chen de l'École d'économie de Toulouse, nous nous sommes intéressés à un autre ensemble de normes sociales : celles ayant trait à la célébration ou à la

commémoration d'événements particuliers. Au niveau politique, il s'agit d'une pratique courante. En France, la fête nationale du 14 Juillet a longtemps été l'occasion d'une grâce collective. Instaurée par François Mitterrand en 1991 et supprimée par Nicolas Sarkozy en 2007 ^[4], cette pratique avait vocation à commémorer la Révolution française. Notons au passage que gracier des condamnés pour célébrer un événement marqué par la destruction d'une prison présente une certaine cohérence. Le périmètre de l'indulgence présidentielle changeait chaque année et permettait d'envoyer un signal politique en incluant ou en retirant tel ou tel comportement. L'idée-force restait toujours la même : faire preuve de clémence en ce jour de cohésion nationale. On retrouve des mécanismes analogues dans de nombreux pays et en des occasions diverses. La Corée du Nord a par exemple libéré certains détenus à l'occasion de la première rencontre entre le leader nord-coréen Kim Jong-un et le président des États-Unis Donald Trump. Quelques décennies plus tôt, la République démocratique allemande avait procédé à une amnistie massive en 1979 pour célébrer la première rencontre de haut niveau entre Allemagne de l'Est et Allemagne de l'Ouest ^[5].

Cependant, il s'agit d'actes politiques visant à toucher l'opinion. Les juges, eux, ne sont pas censés envoyer de message politique à l'opinion publique. En revanche, ils sont membres d'une société qui a coutume de célébrer certaines occasions. En tiennent-ils compte dans leurs décisions ?

Pour répondre à cette question, une première idée consiste à regarder si les peines sont moins sévères à l'occasion des fêtes traditionnelles. La fête nationale est une bonne occasion, de même que les autres fêtes du calendrier, en particulier si elles sont associées à des échanges de cadeaux ou à une générosité particulière. Le problème est qu'il s'agit généralement de jours fériés. En France, les juges n'ont pas l'occasion d'être cléments à Noël pour la simple et bonne raison qu'ils ne travaillent pas ce jour-là.

Une deuxième idée consiste à regarder si les peines prononcées à proximité des fêtes sont plus indulgentes. On peut par exemple se demander si elles le sont en France durant l'Avent ou le Carême, périodes qui, selon la tradition chrétienne, sont l'occasion d'une sensibilité particulière à l'égard des plus faibles. Cependant, au-delà du fait que les normes qui leur sont associées sont probablement peu respectées de nos jours, le problème principal est que ces périodes tombent toujours au même moment de l'année. Si les peines s'avéraient plus faibles en décembre (ce qui n'est pas le cas), pourrait-on dire que les juges sont plus cléments parce que c'est Noël... ou simplement que les infractions commises au début de l'hiver sont moins graves en raison de la météo, de la dynamique économique ou du manque de luminosité ^[6] ?

Alors que faire ? Avec Daniel Chen, nous avons pensé à un autre type d'événement charriant une forte norme sociale de bienveillance : l'anniversaire ^[7]. Le jour de notre anniversaire, nos proches nous adressent des vœux, nous offrent des cadeaux

et nous préparent des gâteaux. Quand on pense cadeaux et gâteaux, cela donne peut-être l'impression d'un folklore bon enfant mais aux effets limités. Il n'en est rien et les travaux de recherche consacrés au sens social attaché aux anniversaires en montrent l'importance. À l'échelle individuelle, il apparaît que les gens suicidaires tendent à ajourner leur suicide pour ne pas se donner la mort le jour de leur anniversaire ^[8], mais qu'ils se suicident plus souvent ce jour-là si leurs objectifs personnels n'ont pas été atteints ^[9]. Socialement, les anniversaires sont des moments associés à des valeurs positives ^[10] et utilisés pour s'intégrer. Ainsi, une recherche menée par Michael Windzio a montré que les fêtes d'anniversaire auxquelles sont invités les enfants aident les familles immigrées en Allemagne à s'intégrer en augmentant leur réseau social et en rencontrant des parents issus d'autres pays que le leur (en particulier des Allemands) ^[11]. Il s'agit donc réellement d'un événement social important dans la vie de la plupart d'entre nous.

Les anniversaires présentent des caractéristiques intéressantes : leur date est différente pour chaque personne ; elle peut tomber à n'importe quel moment de l'année ; elle est connue du juge puisque le procès commence par un rappel de l'identité de l'individu et de sa date de naissance ; et, enfin, elle est indépendante du procès, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de raison, *a priori*, de juger les gens le jour de leur anniversaire ou, au contraire, de l'éviter. On a donc bien une « expérience naturelle » nous permettant de tester l'effet des normes sociales : certaines personnes sont jugées le jour de leur

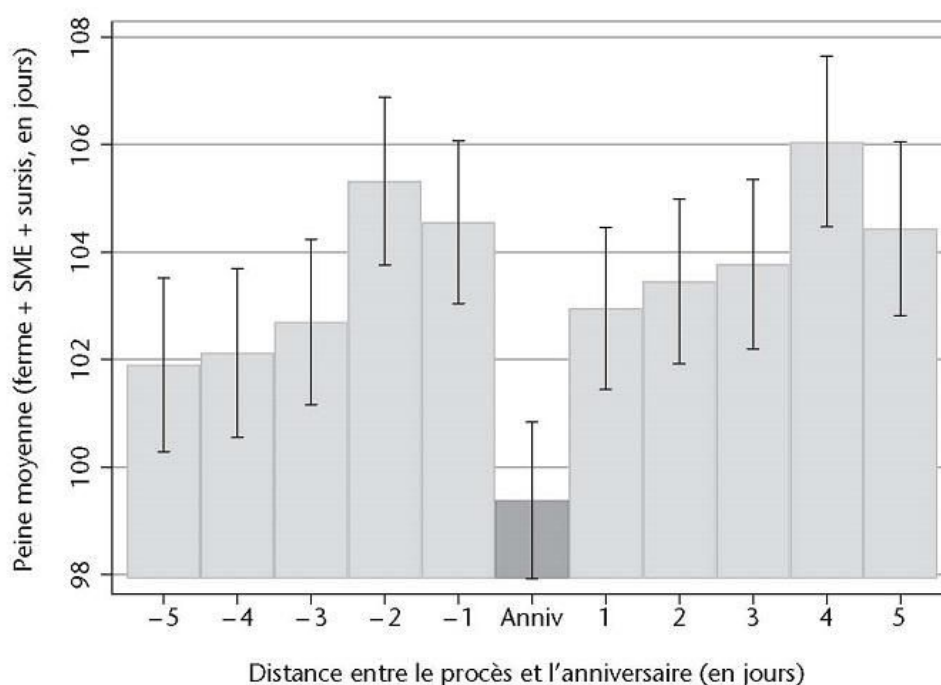
anniversaire, d'autres non, et la différence entre les premiers et les seconds est liée au hasard ^[12].

Notre question devient donc : les juges accordent-ils un « cadeau » aux personnes dont c'est l'anniversaire ? Imaginons trois personnes – Jocelyn, Jacques et Joseph – qui sont jugés le même jour, un 2 juin, à Toulouse. Le délit commis est similaire, ils ont des profils proches (même travail, même situation familiale, etc.), les mêmes antécédents judiciaires et tous se présentent le jour de leur procès. Jocelyn est né un 2 juin, Jacques un 3 juin et Joseph un 10 avril. *A priori*, leurs peines devraient être les mêmes. La loi française ne prévoit pas de condition spécifique pour fêter l'anniversaire de Jocelyn et cette circonstance n'est pas pertinente pour juger des faits. Pourtant, Jocelyn écopera en moyenne d'une peine totale (ferme, sursis simple et sursis avec mise à l'épreuve) de 99 jours tandis que Jacques et Joseph se verront condamnés à 103 jours. Une petite différence de quatre jours apparaît. Cette différence ne s'observe qu'à l'occasion de l'anniversaire. Dès le jour suivant, toute différence a disparu.

On peut dépeindre cet effet de manière très visuelle en représentant les peines moyennes des personnes condamnées cinq jours avant leur anniversaire, quatre jours avant, trois jours avant, etc., jusqu'à cinq jours après. Le résultat est présenté dans la figure 5.1 ^[13]. On voit se dessiner deux « plateaux » et une « vallée ». Clairement, les peines sont significativement plus faibles pour ceux qui sont jugés le jour de leur anniversaire et pour eux seulement. La veille ou le

lendemain, les justiciables ne bénéficient d'aucun « cadeau ». De manière intéressante, on n'observe ce phénomène que lorsque la personne mise en cause est présente à son procès. Lorsqu'elle est absente, les peines sont rigoureusement identiques le jour d'anniversaire et les autres jours. Deux explications peuvent être apportées à ce phénomène. Il peut s'agir du fait que la probabilité que les juges remarquent la particularité du jour est plus faible ou du fait qu'on n'offre de cadeau qu'aux personnes que l'on voit.

Figure 5.1. Peines moyennes et date d'anniversaire, condamné présent au procès (2002-2014)



Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Une question reste ouverte : les juges accordent-ils sciemment un cadeau aux condamnés le jour de leur anniversaire ou s'agit-il d'un biais inconscient ? Il est difficile de répondre précisément à cette question. On observe néanmoins un effet des anniversaires un peu plus élevé lorsque la charge du travail des juges est plus faible ce jour-là. Si l'effet est plus fort lorsque les gens ont le temps de prendre une décision, cela rend moins plausible l'hypothèse d'un biais. Peut-être les juges sont-ils tout à fait à l'aise avec l'idée d'accorder un cadeau à cette occasion. Après tout, la plupart d'entre nous serions spontanément plus agréables avec un inconnu dont nous apprendrions que c'est l'anniversaire.

La clémence des juges peut sembler de faible amplitude. Un cadeau de l'ordre de quatre jours pour des peines de 103 jours en moyenne peut paraître anecdotique. Il faut toutefois considérer cette faiblesse au regard de la dureté de l'expérience carcérale. Pour la plupart d'entre nous, chaque jour passé en détention constituerait un désagrément majeur^[14]. À cela s'ajoute qu'il s'agit d'un effet observable dans de nombreux contextes judiciaires. Aux États-Unis, les juges des *district courts* choisissent une peine de prison ferme qui contient deux composantes indiquées séparément dans le jugement : la partie en mois et la partie en jours. Par exemple, ils décident de condamner une personne à huit mois et deux jours. Si la partie en mois n'est pas affectée, le nombre de jours indiqué est plus faible pour ceux qui sont condamnés le jour de leur anniversaire^[15]. Là encore, l'effet est faible mais tout à fait visible. Il semble même encore plus marqué dans les

juridictions de niveau inférieur, où les juges sont réputés moins compétents ^[16]. Il s'agit donc d'un effet faible en proportion mais qui semble très général en Occident.

Enfin, nous avons ici la preuve que, malgré une norme professionnelle d'impartialité prégnante, une norme sociale largement acceptée et n'ayant absolument rien à voir avec la justice pénale peut avoir une influence sur les jugements. Même si on considère l'effet comme faible, il ne s'agit ici que d'une unique norme que nous avons pu étudier. Il est vraisemblable que d'autres normes non juridiques et extra-judiciaires affectent les peines. Et notre recherche sur les anniversaires peut être vue comme une invitation à s'y intéresser.

Querelles de clochers

Savez-vous que vous n'avez pas le droit d'exercer des sévices graves ou de nature sexuelle sur des animaux ? Sans doute. Ou du moins vous en doutez-vous. Cependant vous ignorez peut-être que la loi française admet deux exceptions et que ces exceptions ne sont valables qu'en certains endroits précis. Ainsi, à Nîmes, il est autorisé de faire courir un taureau, de lui planter des lances dans le dos (on dit des banderilles) et de l'achever sous les vivats à l'aide d'une épée. À Lille, c'est interdit. En revanche, on peut y faire combattre des coqs. En

Guadeloupe et en Martinique aussi. Pas dans le reste de la France.

Juridiquement, le Code pénal français autorise les combats de coqs et la corrida dans les « localités où une tradition ininterrompue peut être établie ^[17] ». De ce fait, la loi ne fait pas qu'évoluer au gré de changements nationaux de perception, mais elle admet également des variations fondées sur la culture locale.

Cet exemple est anecdotique et il n'est clairement pas représentatif du reste du Code pénal. D'une manière générale, la même loi s'applique sur tout le territoire, et les variations géographiques admises sont l'exception et non la règle ^[18]. C'est bien sûr le cas dans un pays centralisé comme la France, république « une et indivisible », mais on retrouve également cet idéal d'homogénéité dans l'application de la loi pénale hors de l'Hexagone. Si les différents cantons suisses ou les différents États des États-Unis peuvent avoir des législations différentes, les règles sont censées être les mêmes en tout point desdits cantons ou États. Un trafic de stupéfiants est peut-être jugé différemment à Chicago et Miami, mais au moins est-il censé être traité de la même manière à San Francisco et Los Angeles ^[19].

Cependant, la prise en compte claire et assumée de différences géographiques dans la loi n'est qu'une des manières dont les normes locales peuvent influencer sur les décisions de justice. Qu'elle soit marginale ne suffit pas à prouver que les verdicts

sont homogènes sur un territoire. Il est tout d'abord possible que certains tribunaux soient plus sévères que d'autres parce que les magistrats qui y siègent sont spécialement répressifs. Une norme professionnelle de ce type peut tout à fait perdurer. Dans la mesure où les magistrats choisissent (pour partie) leur lieu de mutation, un tribunal particulièrement sévère attirera probablement des juges l'étant aussi et fera fuir ceux l'étant moins. Certaines zones de la France sont ainsi réputées être acquises au syndicat le plus à gauche de la magistrature lors des élections professionnelles tandis que d'autres sont au contraire supposées nettement plus à droite^[20]. Ces affirmations sont difficiles à vérifier sans données sur les élections au niveau local (auxquelles je n'ai jamais réussi à avoir accès), mais les juridictions citées restent les mêmes au fil des ans et il est assez plausible que des cultures locales pérennes s'y soient développées, attirant des magistrats à même de les perpétuer. Au-delà de la question des mutations, une norme professionnelle locale pourra être respectée par les juges soucieux de rendre des décisions cohérentes avec celles de leurs collègues.

Il est également possible qu'une norme locale émerge non directement des professionnels mais de la prise en compte des préférences des habitants et de leurs conditions de vie. On pourrait par exemple imaginer que les habitants d'un endroit soient plutôt tolérants à l'égard des trafics de stupéfiants mais très préoccupés par les infractions routières, tandis qu'un peu plus loin la population soit principalement sensible aux cambriolages. Si de telles différences existent, il est possible que

les magistrats les connaissent – ou les apprennent quand ils arrivent – et les intègrent à leur pratique. On retrouverait alors, à l'échelle locale, les variations que l'on peut trouver entre pays ou entre États, à l'instar de la grande variation des législations sur le cannabis aux États-Unis.

Dans sa thèse de géographie portant sur les différences pénales entre territoires, Étienne Cahu est allé interroger des procureurs sur l'importance des spécificités locales et leur prise en compte ^[21]. Si les magistrats interrogés intègrent plus ou moins fortement cette dimension spatiale dans leur discours, leurs réponses mettent en évidence plusieurs paramètres importants. Certaines contraintes sont liées à l'organisation de la justice. On retrouve ici des éléments déjà évoqués précédemment, notamment le fait que les outils à la disposition de la justice ne sont pas les mêmes partout : nombre de places de prison, disponibilité des alternatives aux poursuites, etc. Les contraintes de personnel sont également importantes. Plus les magistrats sont surchargés, plus certaines procédures sont utilisées (celles demandant le moins de temps) et plus certains types de délits seront ciblés ^[22].

Les discours des procureurs mettent également en évidence des différences dans leurs actions en raison des caractéristiques propres des territoires. Étienne Cahu rapporte notamment un exemple éclairant. Un des procureurs interrogés, ayant exercé à Bordeaux et Tulle, souligne la différence qu'il y a à retirer le permis d'un conducteur dans ces deux villes. En théorie, la peine est la même. Cependant, cette sanction s'avère très sévère

dans un espace où la voiture constitue le mode de déplacement principal (comme à Tulle) mais assez légère quand des transports en commun sont largement disponibles (comme à Bordeaux). Le procureur admet alors prendre en compte cette différence géographique dans l'application de la loi.

Ces propos émanent de procureurs et non d'une analyse des jugements. Or le fait que les procureurs disposent d'une certaine souplesse dans l'adaptation de la politique pénale aux contraintes locales est reconnu par la loi (dans l'article 39-1 du code de procédure pénale ^[23]). Ce n'est pas le cas des décisions des juges.

Qu'en est-il donc des différences locales dans les peines ? Afin d'apporter une première réponse à cette question, on peut aisément mesurer les peines moyennes par département et observer les variations. Cependant, ce travail aboutira à des résultats peu convaincants. Si beaucoup de vols avec violence sont commis à un endroit tandis qu'un autre se caractérise par des conduites alcoolisées, on observera des écarts qui seront simplement dus aux différences de délits et non à une plus ou moins grande sévérité des juges.

Il faut donc, *a minima*, raisonner à délit identique. On peut commencer par regarder ce qu'il se passe pour deux délits communs. Prenons le « vol simple », principal type de vol commis en France, et les « violences sur conjoint », principal type de violence (en nombre). En moyenne, entre 2010 et 2014, le vol simple était puni de 18,6 jours de prison ferme dans le

Puy-de-Dôme (minimum) mais de presque 74 jours dans les Alpes-Maritimes (maximum). Les violences sur conjoint (induisant moins de huit jours d'arrêt de travail) étaient, elles, punies de 13,4 jours de prison ferme en moyenne dans le Jura mais de 73 jours dans les Alpes-Maritimes. Des différences très larges apparaissent pour ces deux exemples.

Grâce au casier judiciaire, et comme on l'a déjà fait plusieurs fois dans cet ouvrage, on peut être plus précis. On peut notamment mesurer la « sévérité » d'un département à délit, âge, genre, nationalité, procédure, période de l'année, délais de procédure et antécédents judiciaires constants. C'est-à-dire qu'on peut mesurer les différences entre départements en prenant en compte à peu près tout ce dont on dispose dans les données du casier judiciaire. On obtient alors la figure 5.2 présentée ci-dessous (pour les peines de prison ferme et la période 2010-2014).

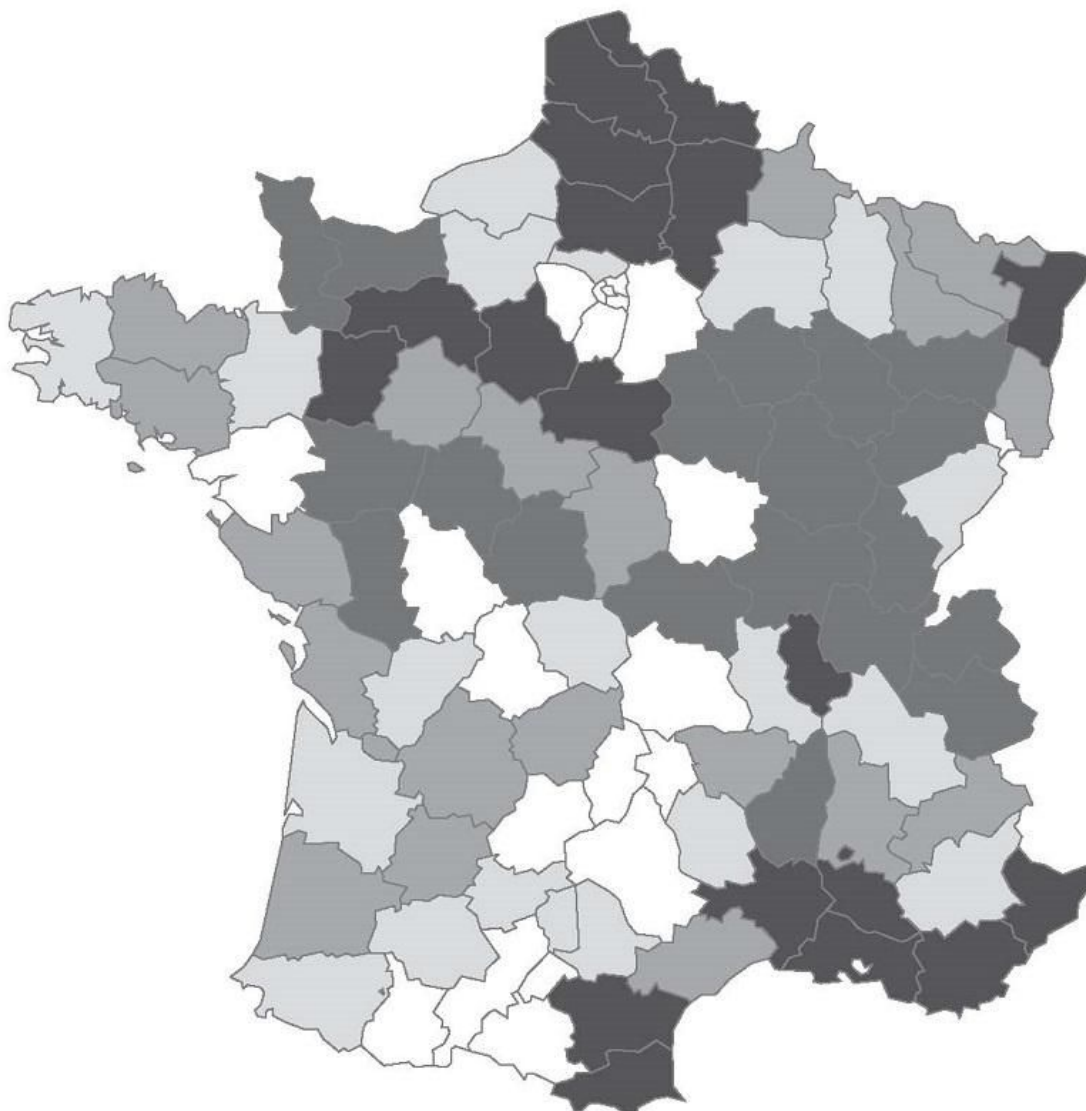
On observe dans la figure 5.2 d'assez grandes variations. Pour un délit identique au regard des caractéristiques mentionnées précédemment, les peines de prison ferme étaient plus élevées de 35,5 jours dans le département le plus sévère – les Alpes-Maritimes – en comparaison du moins sévère – les Hauts-de-Seine.

On observe également une distribution géographique particulière. Les départements où les peines sont les plus élevées sont concentrés sur le pourtour méditerranéen, dans le nord de la France et, dans une moindre mesure, dans l'Est. Le

Centre, la Bretagne et le Sud-Ouest semblent en revanche des zones où les peines sont plus clémentes.

Cette description présente des limites déjà évoquées. Tout d'abord, même si l'on prend en compte un grand nombre d'éléments déterminant les peines, certaines dimensions potentiellement importantes manquent, faute de données (niveau d'études des condamnés, situation familiale, situation au regard de l'emploi, etc.). Les départements où les peines semblent les plus faibles sont peut-être ceux où les condamnés sont les mieux insérés socialement et non les moins sévères ^[24]. Ensuite, même si on raisonne à délit constant, un même délit peut être plus ou moins grave : un vol peut qualifier des larcins de montants variables et une « violence volontaire ayant entraîné une interruption temporaire de travail de plus de huit jours » peut qualifier des blessures d'une grande diversité.

Figure 5.2. Sévérité des départements français en matière correctionnelle (2010-2014)



Les départements les moins sévères sont en blanc. Viennent ensuite dans l'ordre les départements en nuances de gris de plus en plus foncé jusqu'au noir (les plus sévères). À délit, âge, genre, nationalité, procédure, période de l'année, délais de procédure et antécédents judiciaires constants, et en comparaison des peines fermes dans les départements en blanc, les peines dans les départements en gris clair sont de 6,6 jours plus élevées ; elles sont de 11,4 jours plus élevées dans les départements en gris intermédiaire ; de 16,4 jours plus élevées dans les départements en gris foncé et de 23,9 jours plus élevées dans les départements en noir.

**Source : Casier judiciaire national, sous-direction de
la statistique et des études (SDSE), ministère de la
Justice.**

Cependant, cette cartographie présente l'avantage de poser un premier jalon précis dans la description des variations sur le territoire. Peut-on expliquer l'origine des différences ? Précisément, non. Mais on peut mesurer si la sévérité qu'on a calculée est corrélée avec quelques caractéristiques connues des départements. On trouve alors que :

- les départements les plus sévères sont ceux où les partis ayant fait de la sécurité un de leurs thèmes principaux – le « Front national » (rebaptisé depuis « Rassemblement national ») en tête – font les meilleurs scores électoraux ;
- les départements les plus sévères sont ceux où les plus de soixante ans sont les plus nombreux ;
- la sévérité n'est corrélée ni au taux de chômage, ni à la taille de la population, ni au nombre de condamnations pour crime ou délit, ni à la proportion d'étrangers ^[25] .

Ces résultats semblent *a priori* assez sensés. Cependant, pour intéressants qu'ils soient, ils ne doivent pas être considérés comme définitifs. En effet, même si on a regardé les dimensions qui viennent naturellement à l'esprit, on ne peut pas vraiment savoir si on a pris en compte tous les paramètres pertinents. Par exemple, est-ce vraiment la proportion de plus de soixante ans qui importe ou le nombre de personnes relativement aisées ?

Faut-il prendre en compte le chômage ou le nombre de personnes pauvres ? le nombre d'étrangers ou le nombre de personnes d'« origine étrangère » ? On le voit, la tâche est alors sans fin.

À ce stade, on semble dans une impasse : expliquer les différences locales nécessiterait de tout savoir sur le procès et sur le contexte, ce qui paraît impossible. Il faut alors faire un pas de côté et prendre un chemin de traverse. Plutôt que de chercher à mesurer des normes locales, on peut supposer qu'elles existent et en chercher les manifestations. Cette autre façon d'envisager le problème conduit à faire le raisonnement suivant : si les caractéristiques des délits et des personnes mises en cause sont directement observées par les juges, les normes locales, elles, doivent être apprises. Imaginons un juge muté d'un département A à un département B. Lors de ses jugements, ce magistrat saura si les personnes qui comparaissent sont riches ou pauvres, ont une famille, ont fait des études, etc. Bref, il examinera toutes les variables importantes que nous n'avons pas dans les bases de données et qui peuvent expliquer les écarts entre les décisions prises dans des localités différentes. En revanche, à son arrivée, ce nouveau juge ne connaîtra pas la culture locale, les éventuelles normes régionales ou les spécificités du territoire. Toutes ces caractéristiques géographiques, il devra les apprendre avant, éventuellement, d'en tenir compte. Par conséquent, si une norme locale existe, et si elle affecte les jugements, on devrait observer une évolution des décisions du juge au fil du temps passé à un endroit.

En théorie, cette étude peut être menée n'importe où. Cependant, comme on l'a déjà évoqué, elle s'avère impossible en France : les bases de données ne contiennent pas d'identifiants des personnes rendant le jugement, et enregistrer cette information est devenu illégal. Avec David Abrams, Roberto Galbiati et Émeric Henry, nous avons toutefois pu tester cette hypothèse de l'apprentissage local des juges en Caroline du Nord, dans l'est des États-Unis ^[26] .

Cet État présente plusieurs avantages qui le rendent particulièrement adapté à l'étude de l'évolution des décisions dans le temps. Tout d'abord, en termes de données, nous avons pu disposer d'informations sur toutes les condamnations pénales entre 1998 et 2010. Nous connaissons notamment l'infraction commise, la date de jugement, la peine prononcée et l'identité du juge ayant rendu la décision. Ensuite, la Caroline du Nord impose à tous les juges de changer de district, et donc de tribunal, tous les six mois. Avec cinquante districts pour dix millions d'habitants, il faut se figurer un district comme représentant environ la moitié d'un département français. Passer d'un tribunal à un autre n'implique donc pas nécessairement de se déplacer extrêmement loin. Il n'en reste pas moins que les juges sont forcés de changer de juridictions et de « visiter » de nouveaux endroits. Enfin, les juges sont élus dans un district. Le fait qu'ils soient élus ne nous intéresse pas spécialement pour l'instant (on y reviendra au chapitre 8), mais cela signifie qu'ils connaissent particulièrement un endroit – leur district d'élection –... et moins les autres.

On a donc des juges ancrés dans un territoire mais forcés d'en partir au moins tous les six mois. Dans la pratique, on constate que ces magistrats passent six mois par an dans leur district d'élection et six mois ailleurs, souvent dans un ou deux autres districts, tournant au total sur deux ou trois districts. Dans ce contexte, on peut donc mesurer comment les décisions évoluent au fil du temps passé à un endroit.

La façon dont nous avons procédé est la suivante. Imaginez Mr. Smith qui vient d'être élu dans le 1^{er} district de Caroline du Nord. Il passe ses six premiers mois dans ce 1^{er} district puis, forcé, passe les six mois suivants dans le 2^e district. Il revient ensuite dans le 1^{er}, repart dans le 3^e, etc. Pour chacune des décisions prises par Mr. Smith dans les 1^{er}, 2^e et 3^e districts, nous avons mesuré la différence entre la peine prononcée par lui et la peine attribuée en moyenne pour un même délit, dans le même district, par les juges y ayant déjà passé beaucoup de temps. L'idée est que ces « anciens » sont habitués au contexte local et connaissent très bien les normes et spécificités de la juridiction, si elles existent. Par abus de langage, on peut appeler « norme locale » cette moyenne des décisions prises pour un type de délit par les « anciens ». Parfois, Mr. Smith prend des décisions très différentes de celles que ces derniers auraient prises. Parfois, elles sont assez similaires.

Si l'on prend les 400 premières décisions des juges à leur arrivée dans un district, on peut alors définir une distribution des distances à la « norme locale ». Pour caractériser cette distribution, on peut se concentrer sur deux grandeurs : les

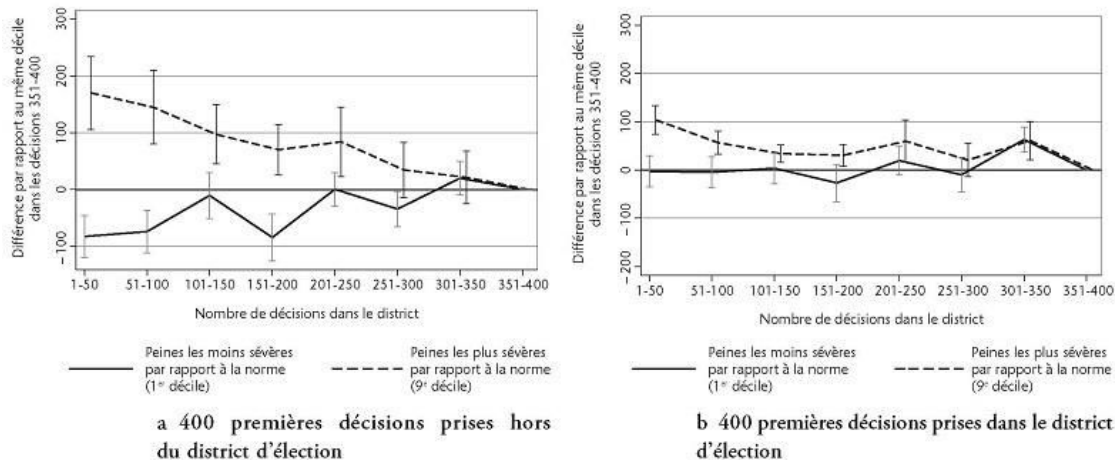
premier et neuvième déciles. Le premier décile donne une idée des peines moins sévères que la norme. Si celui-ci est de – 100 jours, cela signifie que 10 % des peines prises par les « nouveaux » juges sont inférieures d'au moins 100 jours à celles qu'auraient en moyenne données les « anciens ». À l'inverse, le neuvième décile donne une idée des peines plus sévères que la norme. Si le neuvième décile est de 200, cela signifie que 10 % des peines des « nouveaux » sont plus lourdes que la « norme locale » d'au moins 200 jours.

Plus que la valeur de ces deux grandeurs, ce qui nous intéresse ici est leur évolution. Afin de la suivre, nous avons découpé l'ensemble des 400 premières décisions prises par les « nouveaux » juges en huit blocs de cinquante décisions : les 50 toutes premières, les décisions 51 à 100, 101 à 151, etc. Pour chacun de ces sous-ensembles de jugements, nous avons mesuré les valeurs des premier et neuvième déciles. Pour chaque bloc, nous avons alors une idée de la distance des peines les plus sévères (neuvième décile) et les plus clémentes (premier décile) par rapport à la « norme locale ». Si, par exemple, le premier décile est de – 200 jours dans les 50 premières décisions (c'est-à-dire que 10 % des peines sont au moins de 200 jours plus faibles que la norme) mais seulement de – 100 jours dans les décisions 351 à 400, on pourra en conclure que les peines prises par les « nouveaux » juges se rapprochent de celles prises par les « anciens » : les peines moins sévères sont « de moins en moins loin ».

Les évolutions des premier et neuvième déciles sont présentées sur la figure 5.3. La sous-figure a présente les résultats lorsque les juges ne sont pas dans leur district d'élection, la sous-figure b lorsqu'ils y sont. Les lignes continues donnent l'évolution du premier décile, les lignes discontinues l'évolution du neuvième décile. Afin de rendre la figure plus lisible, nous avons pris le dernier bloc (les décisions 351 à 400) comme référence et indiquons la différence des déciles par rapport à cette période ^[27].

Qu'observe-t-on sur la figure 5.3 ? Que la différence entre les décisions des « nouveaux » et des « anciens » diminue. Les premières décisions prises dans un district s'écartent d'abord sensiblement de la « norme locale » mais, plus le temps passe, plus elles s'en rapprochent ^[28]. Là où ils étaient plus sévères, les « nouveaux » juges diminuent les sanctions (le neuvième décile diminue sur la sous-figure a) ; là où ils étaient plus cléments, ils les augmentent (le premier décile augmente sur la sous-figure a). Dans tous les cas, ils identifient la « norme locale » et s'y conforment.

Figure 5.3. Évolution de la distribution de la distance à la norme locale, mesurée par les premier (lignes continues) et neuvième (lignes discontinues) déciles, au fil du temps passé dans un district, par bloc de 50 décisions



Note : les valeurs indiquent la différence entre le premier et le neuvième quantile dans un bloc par rapport à ce même quantile pour les décisions 351 à 400 (groupe de référence à 0 par construction)

Source : North Carolina Administrative Office of the Courts.

Ce phénomène de conformation ou d'apprentissage ne s'observe que hors des districts où les juges ont été élus (sous-figure a). Dans ceux où ils ont fait campagne, les magistrats semblent n'avoir rien à apprendre : ils connaissent déjà le contexte (sous-figure b).

Avec cette étude sur la Caroline du Nord, nous avons la première preuve quantitative méthodologiquement convaincante (en économie) de la prise en compte de

spécificités locales dans des décisions de justice pourtant supposées indépendantes. Une nuance toutefois : il ne s'agit que d'une preuve indirecte de ce phénomène, liée à la mise en évidence d'une dynamique d'apprentissage.

Le fracas du monde et le silence de la cour

En janvier 1976, Patrick Henry enlève puis tue un enfant de sept ans, plongeant la France dans la stupeur. Après une courte cavale, il est arrêté le 17 février de la même année. Il sera jugé un an plus tard, en janvier 1977. Cette affaire criminelle est restée l'une des plus célèbres en France. Cela tient évidemment, d'abord, à l'horreur qu'elle inspire. Cela tient, aussi, à la phrase d'ouverture du journal télévisé du lendemain, « La France a peur », particulièrement percutante même s'il s'agissait en réalité, pour le présentateur Roger Gicquel, d'exhorter la population à combattre cette peur qui « débouche sur des envies folles de justice expéditive, de vengeance immédiate et directe ». Cela tient, enfin, à la postérité d'un procès que les avocats de Patrick Henry, Robert Bocquillon et Robert Badinter, transformèrent en procès de la peine de mort.

Dans l'ombre de cette affaire s'en tient une autre : celle de Christian Ranucci. Son procès, également pour infanticide, s'ouvre le 9 mars 1976, à Aix-en Provence, alors que la France

entière est encore sous le choc des crimes de Patrick Henry. Compte tenu de l'ambiance électrique et de la proximité des deux affaires, l'avocat de Ranucci, Paul Lombard, craint que le contexte ne pousse le jury à prononcer la peine de mort. Pour tenter de conjurer ce risque, il commence alors sa plaidoirie par ces mots à destination des jurés :

N'écoutez pas l'opinion publique qui frappe à la porte de cette salle. Elle est une prostituée qui tire le juge par la manche, il faut la chasser de nos prétoires, car, lorsqu'elle entre par une porte, la justice sort par l'autre. Je n'ai rien à faire de l'opinion publique. Je ne suis pas un signataire de pétitions humanitaires. Je ne suis pas un militant. Je suis un homme.

Malgré ses efforts, Paul Lombard échouera à sauver son client. Le 10 mars 1976, Christian Ranucci est condamné à mort. Il sera exécuté en juillet, devenant l'une des trois dernières personnes décapitées en France.

La concomitance des affaires Henry et Ranucci est souvent utilisée pour mettre en évidence les effets du contexte médiatique sur le cours de la justice. Pour marquante qu'elle soit, il faut la prendre pour ce qu'elle est : un exemple. Néanmoins, cet exemple invite à se poser la question de l'effet de l'actualité sur les décisions de justice. Il ne s'agit plus alors de considérer l'importance d'une norme générale ou d'un contexte local, paramètres assez stables dans le temps, mais de se pencher sur les conséquences des fluctuations

conjoncturelles, ponctuelles de l'état de l'opinion. Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité que la sécurité et le sentiment d'insécurité sont devenus des sujets d'attention particulièrement importants au cours des dernières années. On se souvient par exemple de l'importance prise par l'agression de « Papy Voise » – un septuagénaire roué de coups avant de voir sa maison incendié – au cours de la campagne présidentielle française de 2002 et dont l'importante couverture médiatique aurait favorisé l'accession au second tour des candidats de droite et d'extrême droite.

De nombreux travaux ont porté sur la montée du discours sécuritaire au cours des dernières années. Plusieurs sociologues, en particulier Laurent Bonelli, ont décortiqué la façon dont cette thématique s'est imposée dans le discours public, à droite depuis les lois « sécurité et liberté » de 1981, à gauche avec le colloque de Villepinte en 1997 (titré « Des villes plus sûres pour des citoyens plus libres ») et la relégation des « causes sociales de la délinquance » (chômage, exclusion, discriminations) au profit d'une rhétorique plus largement fondée sur l'ordre et d'une politique publique mettant en avant l'organisation des forces de police et de gendarmerie^[29]. Ce champ de recherche a pu mettre en évidence les excès manifestes du discours politique sur ces questions. Il a aussi documenté la façon dont les grands médias ont accompagné cette évolution, avec une diffusion de plus en plus massive de reportages portant sur les faits divers et une présentation caricaturale des banlieues en « zones de non-droit »^[30]. De fait, selon l'Institut national de l'audiovisuel (INA), le nombre de

sujets consacrés aux faits divers dans les journaux télévisés du 20 heures est passé de 1 191 par an en 2003 à 2 062 en 2012 ^[31]. Un quasi-doublement donc, les « atteintes aux personnes » représentant plus de la moitié du total de ces reportages.

Cependant, si l'invasion du discours politique et médiatique par les questions de sécurité a été largement étudiée, cela ne suffit pas à démontrer un effet « direct » de ces débats et préoccupations sur le cours de la justice, au-delà des changements législatifs déjà discutés. La question de savoir si, lorsqu'on médiatise des faits divers, on augmente les peines prononcées par les juridictions reste en suspens.

Avec Aurélie Ouss, nous nous sommes penchés sur cette question en croisant les données de condamnations du casier judiciaire avec la description des reportages des journaux télévisés du 20 heures de TF1 et France 2 disponibles à l'INAthèque. Le contexte français est ici très avantageux. En effet, en 2004-2010, l'époque que nous avons étudiée, environ 12 millions de Français regardaient l'un des deux JT chaque soir ^[32]. On a donc, avec la simple description de deux sources médiatiques, une excellente information sur le contenu de l'actualité du jour, tel que perçu par près de 20 % des Français – probablement beaucoup plus, si on suppose qu'une bonne partie des journaux et radios couvrent sensiblement les mêmes informations que les JT.

Par ailleurs, les services de l'INAthèque réalisent un travail formidable de classement, et nous avons pu récupérer une base

de données contenant, pour chaque reportage, une liste de mots-clés décrivant son contenu. Nul besoin donc, pour nous, de regarder six ans de JT. Avec ces données, nous avons pu déterminer, pour chaque jour, le nombre de reportages portant sur la criminalité ainsi que le lieu où se déroulait l'événement. Nous avons également pu établir s'il s'agissait de reportages portant sur les crimes qui venaient de se produire ou sur les procès de ces crimes ^[33]. Enfin, nous avons pu calculer, pour chaque jour, le nombre de reportages portant sur des erreurs judiciaires.

Avec ces données, nous avons mesuré si les peines prononcées étaient différentes lorsqu'un fait divers criminel ou une erreur judiciaire avait été médiatisé la veille. Nous avons également mesuré si les peines étaient différentes selon le reportage diffusé le *lendemain*. Cette seconde série de mesures constituent ce qu'on appelle un placebo, c'est-à-dire un test dont on espère qu'il ne fonctionne pas. En effet, on cherche à savoir si les peines sont affectées par ce qu'il se passe au JT la veille mais, en tout état de cause, il est impossible qu'elles soient affectées par ce qui va se passer le lendemain puisque personne ne le sait encore. Si on trouve un effet des reportages diffusés le jour après le verdict, on pourra en conclure qu'on s'est trompé quelque part.

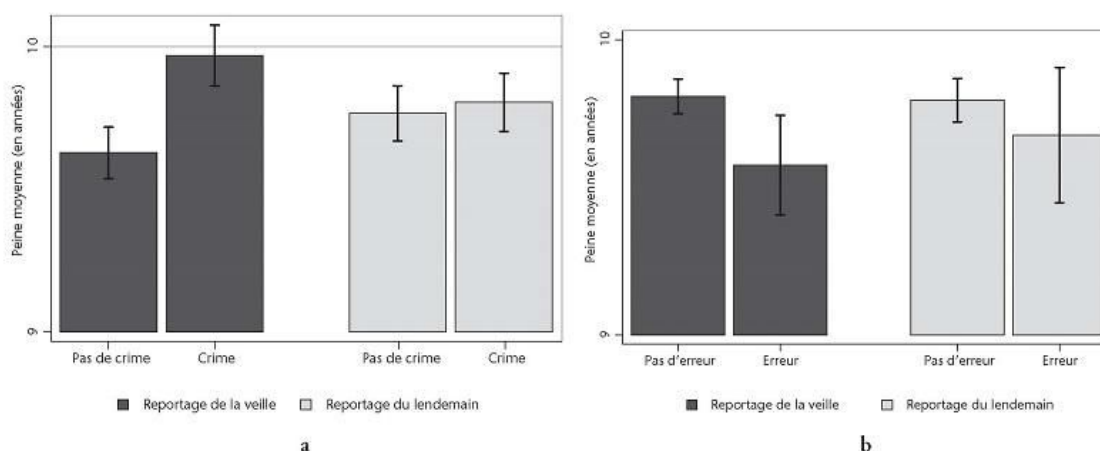
Contrairement aux analyses que j'ai majoritairement présentées dans ce livre, Aurélie Ouss et moi nous sommes intéressés en premier lieu aux peines pour crime (et non pour délit). La raison à cela est, d'une part, qu'on peut dater

facilement le jour de décision du verdict (il s'agit du dernier jour du procès, il n'y a pas de mise en délibéré ^[34]) et, d'autre part, que les faits divers traités par les JT sont principalement d'ordre criminel. Il est important de rappeler ici que les crimes sont jugés par des magistrats professionnels et des jurés (trois et neuf à l'époque de l'étude), et que les peines sont beaucoup, beaucoup plus lourdes que pour les délits : près de dix ans en moyenne.

Toutes ces précisions données, nous avons trouvé les résultats suivants (présentés dans la figure 5.4) :

- en moyenne, les sanctions prononcées par les cours d'assises le lendemain de la diffusion de reportages sur les faits divers criminels sont plus longues de trois mois. En pratique, les peines pour crime étant généralement des nombres d'années pleines, cela signifie qu'une personne sur quatre a eu une peine plus lourde d'un an ;
- en moyenne, les peines prononcées par les cours d'assises le lendemain de la diffusion de reportage sur les erreurs judiciaires sont plus courtes d'environ quatre-vingts jours ;
- les reportages diffusés le lendemain n'ont aucune influence sur les verdicts ^[35], ce qui valide notre méthodologie ^[36] ;
- les médias n'ont pas d'effet sur les acquittements (non présentés dans la figure).

Figure 5.4. Peines moyennes prononcées par les cours d'assises la veille ou le lendemain de reportages sur des faits divers criminels (sous-figure a) ou sur des erreurs judiciaires (sous-figure b)



Les colonnes en gris sombre présentent les moyennes selon les reportages diffusés la veille. Les colonnes en gris clair présentent les peines moyennes selon les reportages diffusés le lendemain (placebo). Le graphique de gauche donne les peines selon qu'il y a ou non des reportages sur les faits divers criminels aux JT. Le graphique de droite présente les peines selon qu'il y a ou non des reportages sur les erreurs judiciaires aux JT.

Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice, pour les données sur les peines ; INAthèque pour les données sur les médias.

On trouve donc bien un effet de la médiatisation des crimes et des erreurs judiciaires sur les peines prononcées dans des affaires qui n'ont rien à voir mais qui ont le « malheur » (ou la « chance ») d'être jugées le lendemain.

D'où vient cet effet ? Une première hypothèse est que les médias fournissent une information sur le nombre de crimes

qui ont lieu et que cette information est prise en compte par les juges et jurés. Si c'était le cas, la cour se fonderait alors sur des informations peu fiables dans la mesure où le nombre de reportages et le nombre de faits réels ne sont en réalité pas corrélés. Cependant, cette explication n'est probablement pas la bonne. En effet, les médias ont une influence à très, très court terme. Si un procès dure trois jours, seul le contenu des JT la veille du verdict a une importance. La veille du premier jour du procès, les médias n'ont aucune influence. L'effet ne semble donc pas être une prise en compte « rationnelle » d'une information – la modification d'une perception suite à la découverte d'une information nouvelle – mais bien une réaction de court terme et plus ou moins inconsciente.

Peut-on déterminer qui, parmi les juges et les jurés, réagit aux médias ? Pas directement. En effet, les votes des cours d'assises sont brûlés à la fin du procès et les jurés ont interdiction de parler des délibérés. On ne peut donc savoir qui a voté quoi. Cependant, on peut faire plusieurs tests. D'abord, on peut regarder l'effet des médias sur les décisions des tribunaux correctionnels – où il y a seulement des magistrats professionnels et pas de jurés –, lorsqu'on connaît précisément la date du verdict ^[37]. Il apparaît qu'on ne trouve pas d'effet.

On peut également s'intéresser aux crimes commis par des enfants. Ceux-ci ont la particularité d'être jugés par des cours différentes selon l'âge de l'accusé. Si le crime a été commis par une personne de moins de seize ans, celle-ci passe devant le tribunal pour enfants où siègent seulement des professionnels.

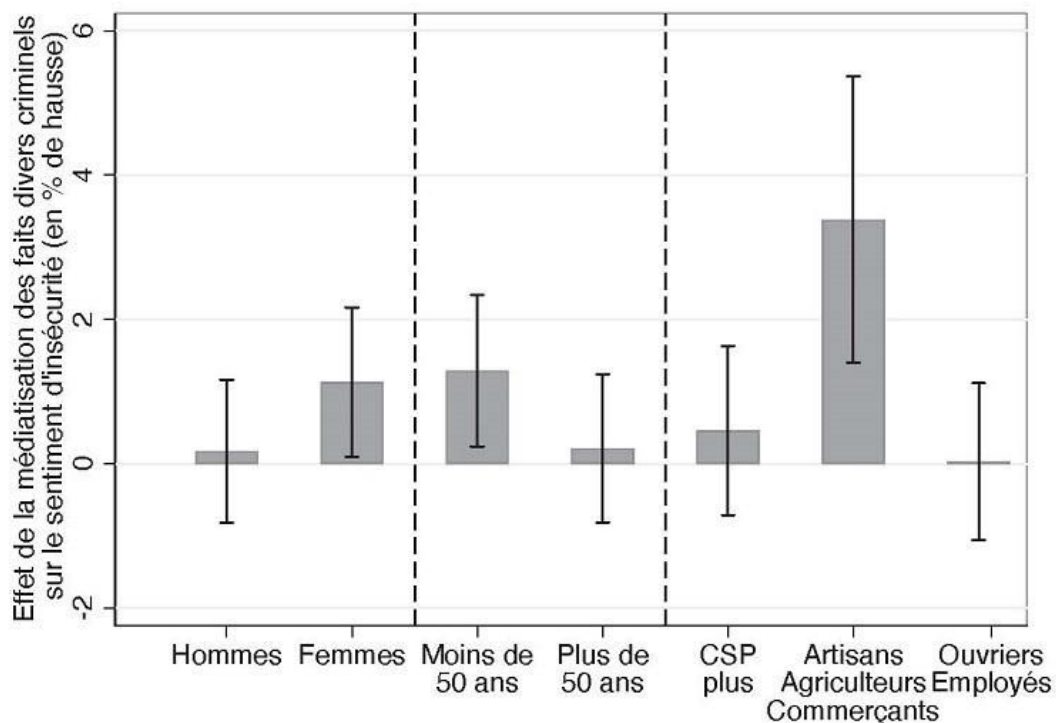
En revanche, si l'accusé a seize ou dix-sept ans, il est alors jugé par la cour d'assises des mineurs, où siègent juges et jurés. On a donc des situations proches – des faits très graves commis par des mineurs – avec des décisions rendues par des groupes différents. On constate que les médias n'ont un effet sur les jugements que dans le cas des inculpés de seize et dix-sept ans. On retrouve bien dans ces deux résultats l'idée que les magistrats professionnels sont peu influencés par les médias tandis que les jurés le sont ^[38] .

Si la réaction aux médias vient des jurés, sait-on qui, parmi eux, est affecté ? Un biais possible est de mesurer l'effet des médias sur le sentiment d'insécurité au lieu de mesurer l'effet sur les peines. On peut faire l'hypothèse que les personnes qui se déclarent le plus en insécurité après la diffusion d'un reportage sur les faits divers criminels sont aussi celles qui ont tendance à augmenter les peines dans les cours. C'est une hypothèse délicate à tester mais qui semble raisonnable.

Pour étudier le sentiment d'insécurité, nous avons utilisé l'enquête de victimation « Cadre de vie et sécurité », menée par l'Insee, pour laquelle nous avons obtenu les jours précis des sondages effectués. On peut alors utiliser exactement la même méthodologie qu'auparavant et mesurer si la probabilité de se déclarer en situation d'insécurité ^[39] change selon les JT de la veille. On observe alors que les enquêtés sont légèrement plus nombreux à avoir peur lorsqu'ils répondent au questionnaire le lendemain de reportages sur la criminalité : 22,9 % contre 22,1 %. Mais cette hausse de la peur n'est pas répartie de

manière homogène dans la population. Dans l'enquête, on dispose d'informations sur le genre, l'âge et la catégorie socioprofessionnelle, qui nous permettent de mesurer la façon dont les médias affectent la perception de chacun de ces groupes.

Figure 5.5. Effet de la diffusion de faits divers criminels dans les journaux télévisés sur le sentiment d'insécurité, par groupe sociaux



Source : Enquête « Cadre de vie et sécurité », Insee, pour les données sur le sentiment d'insécurité ; INAthèque pour les données médias.

On trouve alors que l'augmentation de la peur suite aux reportages sur la criminalité s'observe principalement chez les femmes (+ 1,13 % contre + 0,17 % chez les hommes), chez les

personnes de moins de cinquante ans (+ 1,29 % contre + 0,21 % chez les plus de cinquante ans) et chez les artisans/commerçants/agriculteurs (+ 3,38 % contre + 0,46 chez les cadres, professions libérales, professions intermédiaires, et + 0,03 chez les employés et ouvriers), comme le synthétise la figure 5.5.

Les médias exercent donc une réelle influence sur les perceptions des citoyens. En cela rien d'étonnant : leur rôle est d'informer et il n'est pas surprenant que cette information ait un impact. En revanche, l'effet mis en évidence et décrit dans les paragraphes précédents est plutôt inquiétant. S'il est normal que le système judiciaire intègre l'évolution des préoccupations de la société – en faisant évoluer le droit pour sanctionner ou dépénaliser certains comportements –, il est problématique que des « micro-fluctuations » de l'opinion suite à la médiatisation de tel ou tel fait divers puissent fausser l'égalité des citoyens devant la loi. En l'espèce, ces incidences de court terme sont beaucoup plus clairement négatives que les différences fondées sur des normes générales ou des cultures ou contextes locaux.

Notes du chapitre

[1] ↑ Notons que la question de savoir si des différences géographiques existent est bien différente de celle de savoir si ces différences sont saines ou justifiées. L'influence des cultures nationales est ici sans doute importante. Un Français jacobin et centralisateur aura sans doute tendance à répondre non et préférer une justice homogène sur tout le territoire, tandis qu'un citoyen d'un pays plus décentralisé

verra d'un bon œil une certaine indépendance des différents territoires dans l'application de la loi.

[2] ↑ Définition du *Larousse*.

[3] ↑ De nombreux travaux de sociologues ou d'historiens ont, par exemple, documenté l'évolution de la perception du viol et sa criminalisation croissante (voir Georges VIGARELLO, *Histoire du viol, xvi^e-xx^e siècle*, Seuil, Paris, 1998), les modifications du traitement des mineurs, vus comme des « enfants » au sortir de la Seconde Guerre mondiale puis, petit à petit, comme des « jeunes » souvent issus de « quartiers difficiles » (voir Laurent MUCCHIELLI, *Le Scandale des « tournantes ». Dérives médiatiques, contre-enquête sociologique*, La Découverte, Paris, 2005), les changements en matière de stupéfiants alternant entre guerre à la drogue dans les années 1970 et mouvement international de dépénalisation à l'heure actuelle, ou encore la dépénalisation de l'avortement, de l'homosexualité ou du « vagabondage ».

[4] ↑ Nicolas Sarkozy préféra utiliser son droit de grâce de manière individuelle. Officiellement, il s'agit alors de récompenser les détenus « particulièrement méritants ». Dans la pratique, le seul usage de ce droit lui permit de faire libérer, parmi une poignée d'autres personnes, Jean-Charles Marchiani, ancien préfet du Var proche de Charles Pasqua.

[5] ↑ Les grâces collectives sont fréquemment utilisées par les économistes pour mesurer l'effet des peines de prison. L'avantage est qu'on a alors des personnes condamnées qui, pour une raison n'ayant rien à voir avec leur propre parcours délinquant, se retrouvent libérées prématurément. Voir par exemple F. DRAGO, R. GALBIATI et P. VERTOVA, « The deterrent effects of prison : Evidence from a natural experiment », *Journal of Political Economy*, vol. 117, n° 2, 2009, p. 257-280 ; ou É. MAURIN et A. OUSS, « Sentence reductions and recidivism : Lessons from the Bastille day quasi experiment », Institute of Labor Economics (IZA), n° 3990, 2009.

[6] ↑ Une deuxième solution potentielle consiste à regarder les fêtes non chrétiennes, ne faisant pas l'objet de jours fériés (en France) et tombant des jours différents chaque année. On pense par exemple aux Aïd (Aïd-el-fitr, Aïd el-kebir...) ou à Yom Kippour – le « jour du grand pardon » juif qui serait *a priori* un bon jour pour être clément. Mais, là encore, on se heurte à une difficulté : ce sont des jours rituels de cultures qui ne sont pas majoritaires dans nos pays et nous n'avons aucune idée de la façon dont on pourrait identifier des juges sensibles à l'Aïd ou à Yom Kippour. Sur l'ensemble de la population des juges, en tout cas, nous avons testé et n'avons trouvé aucune incidence de ces jours.

[7] ↑ D. L. CHEN et A. PHILIPPE, « Clash of norms : Judicial leniency on defendant birthdays », SSRN. 3203624, 2020.

[8] ↑ D. P. PHILLIPS et K. A. FELDMAN, « A dip in deaths before ceremonial occasions : Some new relationships between social integration and mortality », *American Sociological Review*, vol. 38, n° 6, 1973, p. 678-696.

[9] ↑ A. WILLIAMS, D. WHILE, K. WINDFUHR, H. BICKLEY, I. M. HUNT, J. SHAW, L. APPLEBY et N. KAPUR, « Birthday blues », *Crisis*, vol. 32, n° 3, 2011.

[10] ↑ D. GREENE, L. BARBER, M. CHORNEY, B. MARTYN, A. TANNEY, N. THURSTON et J. TOMPKINS, « Birthdays », *Journal of Psychosocial Nursing and Mental Health Services*, vol. 25, n° 10, 1987, p. 8-9.

[11] ↑ M. WINDZIO, « Immigrant children and their parents : Is there an intergenerational interdependence of integration into social networks ? », *Social Networks*, n° 40, 2015, p. 197-206.

[12] ↑ Le fait que la différence soit liée au hasard peut être contesté. Il est toujours possible que, lors du choix de la date de procès, les autorités judiciaires prennent en compte la date d'anniversaire. En dehors du fait que cela semble improbable compte tenu de la façon dont les dates de procès sont déterminées, ce caractère aléatoire peut être partiellement testé. On constate que le nombre de personnes jugées le jour de leur anniversaire est exactement d'une sur 365, ce qui est cohérent avec une détermination au hasard, et que les caractéristiques des personnes jugées le jour de leur anniversaire en termes d'âge, de type de délit, de genre, de nationalité, de type de procédure, etc. sont exactement identiques aux autres.

[13] ↑ Échantillon composé des condamnations de 2002 à 2014, chaque barre représente environ 9 000 personnes.

[14] ↑ Notons également qu'il s'agit ici d'un effet moyen. Il est probable que certaines personnes ne bénéficient d'aucun cadeau et d'autres d'un cadeau plus grand selon leur profil (nous y reviendrons) ou selon le juge prenant la décision.

[15] ↑ Une exception intéressante ici : les condamnés peuvent prétendre à des remises de peine s'ils sont condamnés à *plus* de douze mois de prison. On constate que les personnes condamnées à douze mois ont plus de chances d'avoir douze mois et un jour si elles sont condamnées le jour de leur anniversaire. Ces jugements, en apparence plus sévères, le sont en réalité moins puisqu'ils ouvrent la voie de possibles remises de peine. L'exception qui confirme donc la règle !

[16] ↑ Le seul cas dont nous disposons ici concerne les cours du district de La Nouvelle-Orléans dans l'État de Louisiane. Les juges y sont élus, alors que ceux des *district courts* sont nommés par le président des États-Unis et confirmés par le Sénat.

[17] ↑ Article 521-1 du Code pénal.

[18] ↑ Il existe également un certain nombre de dispositions pour adapter la loi pénale aux cas particuliers des territoires ultramarins, en particulier la Polynésie française et la Guyane.

[19] ↑ Notons, pour le lecteur fâché avec la géographie, que ces deux villes sont situées dans l'État de Californie.

[20] ↑ Il s'agit en tout cas d'une récrimination récurrente des hommes et femmes politiques à l'égard des magistrats (voir, par exemple, les attaques répétées de Nicolas Sarkozy à l'encontre des juges « rouges »).

[21] ↑ Étienne CAHU, *Géographie de la justice pénale en France : l'équité à l'épreuve des territoires*, thèse de doctorat en géographie, université de Normandie, 2007.

[22] ↑ Dans un travail de sociologie, Laura Aubert étudie les alternatives aux poursuites à Bordeaux et à Bobigny et trouve des usages très différents : utilisation des alternatives pour les petits délits qui sinon seraient restés impunis à Bordeaux, utilisation des mêmes alternatives pour diminuer le stock d'affaires dans le tribunal surchargé de Bobigny. Voir L. AUBERT, « Systématisme pénal et alternatives aux poursuites en France : une politique pénale en trompe l'œil », *Droit et société*, n° 74, 2010, p. 17-33.

[23] ↑ « En tenant compte du contexte propre à son ressort, le procureur de la République met en œuvre la politique pénale définie par les instructions générales du ministre de la Justice, précisées et, le cas échéant, adaptées par le procureur général. »

[24] ↑ On peut soupçonner que cela est au moins partiellement le cas en constatant que les peines sont relativement faibles dans le département le plus riche de France, les Hauts-de-Seine, et relativement lourdes dans une zone moins riche comme le Nord.

[25] ↑ Ce résultat contredit une étude précédente menée par la sociologue Devah Pager en 2008, qui trouvait des peines plus sévères dans les départements où les étrangers étaient plus nombreux. Plusieurs hypothèses peuvent expliquer cette différence. La période d'étude n'est pas la même. La méthodologie est également plus précise ici. Devah Pager essayait d'expliquer les différences de peine moyenne et non les différences de sanction à délit, âge, genre, nationalité, procédure, période de l'année, délais de procédure et antécédents judiciaires constants. Voir D. PAGER, « The Republican ideal ? National minorities and the criminal justice system in contemporary France », *Punishment & Society*, vol. 10, n° 4, 2008, p. 375-400.

[26] ↑ D. ABRAMS, R. GALBIATI, E. HENRY et A. PHILIPPE, « When in Rome... On local norms and sentencing decisions », *Journal of the European Economic Association*, à paraître.

[27] ↑ Techniquement, les résultats présentés dans la figure sont issus de deux régressions : l'une pour le premier décile et l'autre pour le neuvième. Ces régressions contrôlent pour l'ordre des décisions dans la vie du juge (indépendamment de l'ordre dans le district) et l'identité du juge (certains sont, dans l'absolu, plus sévères que d'autres).

[28] ↑ Cela ne se voit pas sur la figure 5.3, mais, en moyenne, les peines décidées par les « nouveaux » ne sont ni plus sévères ni plus clémentes. Elles sont simplement plus clémentes pour certains juges pour certains délits et plus sévères pour d'autres juges pour les mêmes délits ou d'autres délits pour les mêmes juges. Ces différents effets s'annulent mais il n'en reste pas moins qu'au départ ces décisions sont très différentes... dans un sens ou dans l'autre.

[29] ↑ L. BONELLI, *La France a peur... Une histoire sociale de l'« insécurité »*, La Découverte, Paris, 2010 [2008].

[30] ↑ Voir par exemple Jérôme BERTHAUT, *La Banlieue du 20 heures*, Agone, Marseille, 2013, dont une version très accessible a été proposée en bande dessinée (HELKARAVA, *La Banlieue du 20 heures*, Casterman, Paris, 2016).

[31] ↑ INAstat, n° 30.

[32] ↑ Chiffre de médiamétrie, disponible à l'INAthèque.

[33] ↑ La différence entre reportages portant sur les crimes au moment où ils sont découverts et les crimes au moment où ils sont jugés est très importante dans la mesure où les seconds sont mécaniquement corrélés aux peines prononcées dans les jours qui suivent. En effet, ce n'est pas parce que le procès Fourniret a été médiatisé que la peine a été lourde, mais, plus simplement, parce que la gravité des faits a entraîné à la fois une forte médiatisation et une peine très lourde. Dans ce cas, peine et médiatisation sont toutes les deux des conséquences de la gravité et n'ont pas de lien entre elles. Ce n'est pas le cas avec les reportages sur les crimes au moment où ils sont commis. Ceux-ci sont diffusés aléatoirement dans l'année et, s'ils sont corrélés aux peines, c'est bien que la médiatisation d'un fait divers a affecté le cours de la justice.

[34] ↑ Dans le cas des délits, il est assez fréquent que le jugement soit « mis en délibéré », c'est-à-dire qu'à la fin du procès les juges décident de la date à laquelle le verdict sera rendu. Dans ce cas, on ignore à quel moment les juges prennent la

décision : celle-ci peut intervenir à n'importe quel moment entre la date du jugement et la date où celui-ci est publié.

[35] ↑ Une petite différence s'observe sur la figure b (la veille des reportages sur les erreurs judiciaires) mais celle-ci n'est pas statistiquement significative.

[36] ↑ Une autre validation consiste à mesurer l'effet sur les jugements de reportages ayant trait au chômage, aux catastrophes naturelles, aux grèves, etc. Aucun de ces reportages n'a le moindre effet sur les jugements.

[37] ↑ C'est le cas notamment pour les comparutions immédiates où il n'y a pas de mise en délibéré.

[38] ↑ Dans certains contextes, les magistrats professionnels peuvent néanmoins être affectés par les médias. Dans un article de 2015, Claire Lim, James Snyder et David Strömberg montrent que, aux États-Unis, plus la pression médiatique est forte dans un district, plus les peines sont élevées. Cependant, cet effet ne s'observe que pour les juges élus sans affiliation partisane. Les juges nommés ou élus sur des listes partisans (républicaines ou démocrates) ne sont pas affectés par la pression médiatique. Voir C. S. H. LIM, J. M. SNYDER Jr et D. STRÖMBERG, « The judge, the politician, and the press : Newspaper coverage and criminal sentencing across electoral systems », *American Economic Journal : Applied Economics*, vol. 7, n° 4, 2015, p. 103-135.

[39] ↑ La question exacte que nous avons utilisée est : « Vous arrive-t-il personnellement de vous sentir en insécurité dans votre quartier ou dans votre village ? » Bases disponibles seulement pour 2008, 2009 et 2010.

6. Race, classe, genre

Race, classe, genre^[1] : la trilogie des rapports de domination. Lorsque l'on cherche à comprendre les rapports de force qui structurent nos sociétés, ces trois dimensions reviennent immanquablement. Hommes et femmes, Noirs et Blancs, riches et pauvres ont des expériences du monde différentes à bien des égards, et les opportunités qui s'offrent à eux ou les obstacles qu'ils rencontrent dans leur vie quotidienne varient sensiblement.

Cependant, mettre en évidence de manière rigoureuse le poids de ces caractéristiques dans le traitement des individus par différentes institutions (État, entreprises, bailleurs, etc.) se révèle difficile. Bien sûr, il est aisé de constater, dans les statistiques ou même dans ses observations courantes, que certains groupes sont sous-représentés (ou surreprésentés) dans tel ou tel aspect de la vie sociale. Les femmes sont moins nombreuses à des postes de responsabilité ou parmi les élus, les minorités raciales ont fréquemment des métiers dévalorisés et faiblement payés, les enfants de catégories populaires sont moins présents à l'université, etc. Mais est-ce suffisant pour identifier une discrimination et l'imputer à l'institution concernée ? D'autres paramètres peuvent *a priori* également expliquer ces différences. Si les descendants d'immigrés occupent souvent des fonctions peu valorisées, est-ce parce

qu'ils sont discriminés ou parce que leurs parents n'ont pas pu leur payer de bonnes études ? Si les femmes sont moins représentées parmi les cadres dirigeants, est-ce parce que les ressources humaines bloquent la progression de leurs carrières ou parce qu'elles assument une part plus importante des tâches domestiques et de l'éducation des enfants ? Pour le dire autrement : comment objectiver une discrimination quand toutes les caractéristiques individuelles varient en même temps ? Ou plutôt : comment identifier les principaux moments où s'ancrent les différences de traitement, les étapes des parcours individuels où un « tri » s'effectue entre dominés et dominants ? Comment faire le départ entre ce qui relève de la discrimination, c'est-à-dire d'un traitement inégalitaire imposé par autrui, et ce qui dérive de trajectoires individuelles orientées par des normes et des cultures ?

En économie du travail, une technique particulièrement efficace a été mise au point au cours des dernières années ^[2]. Elle consiste à répondre à des offres d'emploi, à postuler à des formations ou, plus généralement, à faire des demandes, par courrier, en envoyant des CV de candidats fictifs. Ces CV sont totalement identiques à l'exception d'un élément. On peut ainsi faire varier le prénom ou le nom – pour tester l'effet du genre ou de l'origine ethnique –, le lieu de résidence – pour donner une indication du milieu social –, la participation à des associations – pour mesurer l'effet de l'orientation sexuelle en faisant apparaître l'appartenance à une association LGBT, etc. Cette méthode dite de « testing », simple et peu coûteuse, est aujourd'hui couramment utilisée. Malheureusement, elle nous

est peu utile pour l'étude des décisions de justice ^[3]. En effet, celles-ci sont rendues en présence des personnes et non simplement sur dossier. On pourrait bien envoyer des acteurs, mais, outre les problèmes méthodologiques, il serait sans doute un peu difficile de trouver des volontaires, et les chercheurs s'exposeraient probablement à quelques ennuis juridiques ^[4].

Les travaux sur les discriminations dans le monde judiciaire s'appuient donc le plus souvent sur une seconde technique, un peu moins satisfaisante mais simple à mettre en œuvre et plus adaptée au contexte : la comparaison des jugements selon les caractéristiques des personnes mises en cause *et celles de leurs juges*. L'idée est la suivante. Imaginons que, pour des faits très similaires, Pierre et Paul écopent d'une peine de dix jours, tandis que Souleymane et Ousmane sont condamnés à vingt jours de prison. Cet écart peut être dû au fait que Souleymane et Ousmane sont noirs. Dans ce cas, il s'agit d'une discrimination raciale. Cependant, il est également possible que Pierre et Paul soient les seuls des quatre à avoir un emploi ou une famille à charge et que les juges en aient tenu compte dans leurs décisions. *A priori*, ces deux explications sont possibles et il est difficile de les distinguer. Même si l'on dispose de plus d'informations sur la situation familiale ou professionnelle des accusés, il y aura toujours des angles morts dans les bases de données et on ne pourra jamais affirmer avec certitude que la couleur de la peau est à l'origine de la différence de traitement.

Imaginons maintenant que Pierre et Souleymane sont jugés par M. Dupont tandis que Paul et Ousmane sont jugés par

M. Ndoubé. Si les différences de peines sont liées à des facteurs que l'on n'observe pas dans les bases de données, tels que la famille, l'insertion sociale, etc., on aura probablement les mêmes écarts entre accusés noirs et blancs dans les peines prononcées par M. Dupont et par M. Ndoubé. Si, en revanche, les écarts sont liés à une discrimination raciale, on peut s'attendre à ce que M. Ndoubé, qui a éventuellement eu à affronter des problèmes du même ordre tout au long de son existence, soit moins enclin que M. Dupont à s'en rendre coupable. L'idée sous-jacente est que des juges eux-mêmes issus de minorité auront probablement des pratiques moins discriminatoires.

Bien sûr, cette approche n'est pas parfaite. On peut tout à fait imaginer que les minorités intègrent les stéréotypes de la majorité et perpétuent les discriminations. Cette méthode conduit donc possiblement à sous-estimer leur ampleur. En revanche, dans les cas où une différence selon les caractéristiques des juges est observée, on peut, quasiment à coup sûr, conclure à un biais. En d'autres termes, l'absence de différences entre les juges n'indique pas de manière infaillible une absence de discrimination, mais, à l'inverse, si différence il y a, cela signe presque certainement une discrimination.

À l'aide de cette technique, on va ici s'intéresser aux discriminations raciales et de genre. Avant de présenter les recherches qui ont pu être menées, il me faut en pointer une faiblesse : il ne sera pas question ici de l'importance du statut social dans les décisions de justice. « Selon que vous serez

puissant ou misérable, les jugements de cour vous rendront blanc ou noir », moralisait La Fontaine au xvii^e siècle. Le constat vaut sans doute encore aujourd'hui ^[5]. Dans tous les cas, cela serait extrêmement intéressant à documenter. Cependant, les études quantitatives sur l'importance de la classe sont très difficiles à mener et, de fait, quasi inexistantes ^[6]. D'une part, le statut social des accusés ou des victimes est rarement enregistré (pas plus en France que dans les autres pays). D'autre part, comme je l'évoquais plus haut, on étudie le plus souvent les discriminations dans le monde judiciaire en comparant les décisions de magistrats appartenant aux minorités à celles des magistrats de la majorité. Or, si on peut trouver des juges noirs et des juges blancs, des hommes et des femmes, on ne peut trouver de magistrats pauvres ou de statut social dévalorisé. Dans les pays développés, les magistrats sont des notables dont la rémunération est supérieure à la moyenne nationale. Certains viennent probablement de milieux populaires, mais il ne s'agit pas de leur situation au moment où ils jugent et, de toute façon, cette information est très difficile à trouver. Pour cette raison, ce chapitre se concentrera donc, à regret, sur deux dimensions seulement du triptyque.

La justice est-elle aveugle à la couleur ?

Le biais racial aux États-Unis

All of Rubin's cards were marked in advance

The trial was a pig-circus, he never had a chance

The judge made Rubin's witnesses drunkards from the slums

To the white folks who watched he was a revolutionary bum

And to the black folks he was just a crazy nigger

No one doubted that he pulled the trigger

And though they could not produce the gun

The D.A. said he was the one who did the deed

And the all-white jury agreed.

Bob DYLAN, Hurricane, 1975

Le 17 juin 1966, vers 2 heures du matin, à Paterson, dans la banlieue de New York, une fusillade éclate dans un bar de la rue Lafayette. Quatre personnes sont touchées. Deux meurent sur le coup, une troisième un mois plus tard. Sur la base de témoignages douteux, Rubin Carter, dit Hurricane, boxeur professionnel (classé parmi les dix meilleurs poids moyens au sommet de sa carrière), et John Artis, un ami à lui, sont arrêtés.

En 1967, les deux hommes, noirs, sont condamnés à la prison à perpétuité par un jury entièrement composé d'hommes blancs.

Carter ne cesse alors de clamer son innocence. Il est soutenu par une mobilisation populaire importante. Des marches sont organisées. Des tribunes sont publiées. Bob Dylan lui consacre une (superbe) chanson. Malgré cela, en 1976, la peine de perpétuité est confirmée en appel. Le combat juridique continue néanmoins. Enfin, en 1985, Carter est libéré. En 1988, il bénéficie d'un non-lieu et d'excuses publiques des autorités juridiques. Hurricane Carter a alors passé plus de quinze ans en prison.

Quelques années plus tard, le 12 juin 1994, Nicole Simpson et Ronald Goldman sont retrouvés morts à Los Angeles. Nicole Simpson est l'ancienne épouse d'O. J. Simpson, dit « the Juice », Noir américain et superstar de football (américain). Ronald Goldman est un ami à elle. Un gant d'O. J. Simpson est découvert sur la scène du crime. Le sang des victimes est par ailleurs identifié sur sa voiture et sur le chemin de sa maison. O. J. est accusé du double meurtre. Son procès s'étale dans toute la presse mondiale. Il est intégralement filmé, suivi par des millions de téléspectateurs, et il reste comme l'un des plus médiatisés et controversés de l'histoire ^[7].

Le 3 octobre 1995, à l'issue du procès pénal, la cour supérieure du comté de Los Angeles déclare Simpson non coupable. Le jury est composé de neuf Noirs, un Hispanique et deux Blancs. Le 4 février 1997, le jury civil de Santa Maria déclare Simpson

coupable du double meurtre et le condamne à payer 33,5 millions de dollars. Le jury est alors composé de huit Blancs, deux Noirs, un Hispanique et un métis. Deux verdicts contradictoires dans une même affaire, rendus par des formations de jugement aux caractéristiques ethnoraciales opposées.

Même si de nombreux autres exemples pourraient être évoqués, ces deux affaires sont probablement les plus célèbres au cours desquelles la couleur de la peau de l'accusé a été considérée comme une dimension déterminante et où le racisme a été âprement débattu dans et hors du tribunal. D'une manière générale, la question des inégalités raciales a une place prépondérante dans le débat public aux États-Unis depuis de nombreuses années – comme on a pu le constater récemment avec l'avènement du mouvement « Black Lives Matter » – et les débats sur le racisme supposé du système judiciaire en sont un des aspects majeurs ^[8].

C'est également le cas dans de nombreux autres pays occidentaux. Cependant, un des avantages du débat états-unien est qu'il peut s'appuyer sur une information précise et fiable. En effet, aux États-Unis, la plupart des institutions récoltent ce que nous appelons en France des « statistiques ethniques ». Toute personne qui a un jour postulé à un emploi aux États-Unis s'est vu demander, en plus de ses nom, prénom, âge et sexe, sa « race ». Les institutions publiques peuvent donc quantifier très précisément la proportion de Noirs, d'Hispaniques, d'Asiatiques, etc., faisant des études,

travaillant... ou ayant été arrêtés par la police, condamnés, incarcérés, exécutés ^[9] .

Avec ces données, on peut appréhender la présence des Noirs américains dans la chaîne pénale. Et les chiffres sont vertigineux. Si les Noirs représentent 12,6 % de la population totale des États-Unis, ils représentent 33 % des personnes détenues dans les prisons d'État et les prisons fédérales (en 2017). Leur taux d'incarcération est six fois supérieur à celui des Blancs ^[10] . Selon un célèbre chercheur en sciences sociales, Bruce Western, en 2000, la probabilité d'être en prison pour un homme noir de dix-huit à soixante-cinq ans était de 7,9 %, contre 1 % pour un Blanc ^[11] . Cette probabilité s'élevait à 32,4 % pour un homme noir de vingt à quarante ans n'ayant pas fini son lycée. Une personne sur trois ^[12] ! Si les Noirs sont surreprésentés dans les condamnations, ils le sont aussi dans les erreurs judiciaires. Selon le *National Registry of Exoneration*, ils représentent 47 % des déclarations d'innocence après des erreurs judiciaires depuis 1989.

On pourrait donner d'autres chiffres – proportion de Noirs arrêtés, condamnés, tués par la police –, tous pointent dans le même sens : les Noirs américains sont particulièrement nombreux à « passer entre les mains de la justice » et ils y sont très lourdement condamnés. Est-ce suffisant pour accuser le système judiciaire de biais racial ? Comme on l'a évoqué plus haut et en toute rigueur, non. Indépendamment du système judiciaire, les Noirs américains souffrent de nombreux handicaps. En moyenne, ils ont grandi dans des foyers plus

pauvres, ont eu accès à de moins bonnes écoles, ont été discriminés à l'entrée à l'université et sur le marché du travail, etc. Les différences observées dans les condamnations ou les peines peuvent alors être le reflet des discriminations opérées par d'autres institutions et des inégalités qui se sont creusées en amont du système judiciaire ^[13]. Soyons toutefois honnêtes, vu l'ampleur du phénomène, il semble improbable que le système judiciaire soit dénué de biais raciaux.

Plusieurs travaux récents se sont attelés à tester l'hypothèse d'une discrimination raciale par le système judiciaire, une fois prises en compte les différences de parcours en amont. Shamena Anwar, Patrick Bayer et Randi Hjalmarsson ont ainsi étudié 785 jugements rendus en Floride entre 2000 et 2010 ^[14]. Les chercheurs ont eu accès aux décisions (coupable ou non coupable), aux caractéristiques des accusés (noir ou blanc, âge, sexe, etc.) et, enfin, aux caractéristiques du *pool* de jurés potentiels. Qu'est-ce que le *pool* de jurés ? C'est l'ensemble des personnes tirées au sort qui peuvent constituer le jury final. *Pool* et jury final sont deux ensembles différents. Le *pool* est tiré au sort sur les listes électorales. Il est donc constitué au hasard. Le jury final, lui, est sélectionné. Il s'agit de la première tâche accomplie lors d'un procès. Là où la sélection est sommaire en France (elle se fonde uniquement sur quelques caractéristiques sociodémographiques données par le président de la cour), aux États-Unis, elle prend une place considérable dans le procès. Les personnes du *pool* sont appelées à tour de rôle et interrogées par les avocats ou le procureur. Les questions peuvent être très poussées et les parties peuvent « récuser » certaines personnes,

c'est-à-dire refuser qu'elles siègent pour ce procès. Le processus s'arrête lorsque le nombre de jurés acceptés est suffisant pour constituer un jury. Cette étape est très importante. Dans le cas (extrême) du procès d'O. J. Simpson évoqué plus haut, la sélection du jury a duré deux mois. À son issue, le jury contenait 75 % de Noirs alors qu'ils étaient seulement 40 % dans le *pool* de départ.

Le jury est donc fortement sélectionné et sa composition raciale peut être manipulée par les parties. En théorie, personne ne peut être récusé sur la seule base de sa couleur de peau, mais, compte tenu des différences entre les caractéristiques moyennes des Noirs et des Blancs aux États-Unis, n'importe quelle sélection sur la base du métier, du niveau d'études ou du lieu de résidence peut conduire à surreprésenter un groupe. Le *pool*, lui, ne peut être manipulé et c'est pourquoi les chercheurs se sont intéressés à sa composition. Pour chaque procès, ils ont mesuré si le groupe tiré au sort contenait au moins un Noir, augmentant la probabilité qu'un juré siégeant au procès soit noir.

Les auteurs ont ensuite comparé les proportions de condamnations des accusés noirs et blancs selon que le *pool* contenait ou non un « potentiel juré » noir. Les résultats sont édifiants. Lorsque le *pool* ne contenait que des Blancs, les accusés noirs avaient 80,6 % de risques d'être déclarés coupables contre 65,6 % pour les Blancs. Une différence de 15 % donc. Lorsque le *pool* contenait au moins une personne noire, les chercheurs n'observent plus aucune différence entre les

accusés de différentes couleurs de peau : leur probabilité d'être condamnés est d'environ 65 % pour tous.

Comment expliquer un tel écart ? Encore une fois, il est important de garder à l'esprit que la composition du *pool* est aléatoire : elle est issue d'un tirage au sort. Il n'y a donc *a priori* aucune raison que les résultats du procès soient affectés par la composition raciale de l'ensemble des jurés potentiels. Le résultat ne peut que s'expliquer par l'existence d'un traitement discriminatoire sur la base de la couleur de la peau dans les tribunaux étudiés.

Un travail analogue avait déjà été réalisé par Max Schanzenbach sur les magistrats professionnels ^[15]. L'échantillon, constitué des jugements des cours fédérales états-uniennes de 1992 à 2001, était alors nettement plus important : 370 000 affaires environ. Si Schanzenbach ignorait les caractéristiques individuelles des juges prenant les décisions, il pouvait utiliser les caractéristiques moyennes des magistrats de la juridiction (sept en moyenne par cour). L'avantage est que ces proportions évoluent dans le temps. Il était donc possible de comparer les décisions d'un même tribunal à différents moments en s'appuyant sur le fait que les proportions de juges noirs ou d'origine hispanique fluctuent. Les résultats de cette étude sont similaires à ceux trouvés par Anvar et ses coauteurs pour les jurés : si les juges issus des minorités ne sont pas moins sévères en moyenne, leur présence réduit notablement les différences de sanctions entre accusés noirs et blancs. Un bémol toutefois : Schanzenbach trouve un effet pour les crimes les

moins graves (dont les peines moyennes sont quand même de 11 mois, soit plus que la moyenne des peines pour délit en France) mais pas pour les crimes les plus graves.

La France, une et indivisible ?

On peut donc prouver l'existence de biais raciaux importants affectant les décisions pénales aux États-Unis. Soit. Qu'en est-il en France ? Si j'ai commencé par parler des résultats obtenus outre-Atlantique, c'est que la situation y est beaucoup mieux documentée. De la France, on sait moins de choses. Des études ont pu documenter, entre autres, les biais raciaux dans les contrôles de police ^[16] ou la surreprésentation des minorités raciales en prison ^[17] ou dans certains types de contentieux ^[18], mais, en l'absence de « statistiques ethniques » et compte tenu de l'interdiction d'identifier les juges, il est impossible de mener des études aussi systématiques et précises que celles développées aux États-Unis.

Afin d'avancer malgré tout sur la question, au moins d'un point de vue descriptif, et sans pouvoir vraiment mettre en évidence de causalité, on peut biaiser et s'intéresser à la nationalité, au lieu de naissance des accusés ou encore à celui de leurs parents. Il s'agit de pis-aller. Comparer les peines des Français et des étrangers pose problème. Au-delà du fait que les caractéristiques des deux groupes divergent (âge, niveau

d'études, etc.), les délits qu'ils peuvent commettre ne recouvrent pas le même périmètre puisqu'un Français ne peut violer les lois sur l'immigration. Par ailleurs, les peines sont potentiellement différentes, puisque les étrangers peuvent être expulsés (c'est la célèbre « double peine », même si cette formule est désormais employée dans de nombreux contextes).

La meilleure des solutions est sans doute d'utiliser le lieu de naissance des parents, mais cette dimension est rarement disponible. Une étude fait exception : l'enquête « Étude de l'histoire familiale », menée par l'Insee, qui, en 1999, a intégré 1 700 personnes détenues aux 380 000 enquêtés ^[19]. On y apprend qu'à cette époque 51,2 % des détenus avaient un père né hors de France (30 % nés en Afrique) contre seulement 25,2 % de la population libre du même âge (7,6 % nés en Afrique). Par ailleurs, 33 % avait une mère (et 29 % un père) leur parlant dans une langue autre que le français contre 6,6 % dans la population générale. Les populations d'origine étrangère s'avèrent donc largement surreprésentées en détention.

Pour l'ensemble de la population condamnée, on peut seulement mesurer le nombre d'étrangers ou le nombre de personnes nées hors de France. On obtient, pour les condamnations au tribunal correctionnel entre 2010-2014 ^[20], les chiffres présentés dans le tableau 6.1.

Avec 13 % d'étrangers et 6 % de Français nés hors de France, la population pénale surreprésente clairement les immigrés (la

somme des Français et des étrangers ne fait pas 100 % car il y a des cas où j’ignore la nationalité). Par comparaison, dans la population générale, seuls 6,4 % des résidents n’ont pas la nationalité française (selon l’Insee).

Les peines des immigrés, en particulier celles des étrangers, sont en moyenne plus lourdes que celles des Français. Les peines de prison totale (sursis plus ferme) et de prison ferme sont plus fréquentes et les quantums plus élevés. Cela peut s’expliquer, au moins en partie, par les différences observées dans les infractions commises. Les étrangers sont moins représentés dans le contentieux routier, où les peines sont faibles, mais plus nombreux dans les atteintes aux biens, délits plus sévèrement punis ^[21] .

Tableau 6.1 - Nombre de condamnations, peines et types d’infractions des Français nés en France, Français nés hors de France et étrangers

		Nombre de condamnations		Prison totale		Prison ferme		Type de délit				
		Nb moyen par an	% du total	% au moins 1 jour	Peine moyenne (en jours)	% au moins 1 jour	Peine moyenne (en jours)	Atteinte aux biens	Routier	Violence	Drogue	Autre
Français	nés en France	436 753	77 %	48 %	95,5	20 %	45,6	15 %	47 %	10 %	11 %	17 %
	nés à l'étranger	31 879	6 %	48 %	99,4	20 %	48,7	16 %	43 %	12 %	7 %	22 %
Étrangers		72 543	13 %	59 %	125,3	29 %	76,9	26 %	34 %	11 %	6 %	23 %

Note : la catégorie « autre » regroupe principalement les outrages, les blessures et homicides involontaires, les fraudes et contrefaçons, les infractions sur les armes, les destructions.

Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Comme on l’a fait dans les parties précédentes, il est possible de mesurer plus précisément les différences de sanction selon

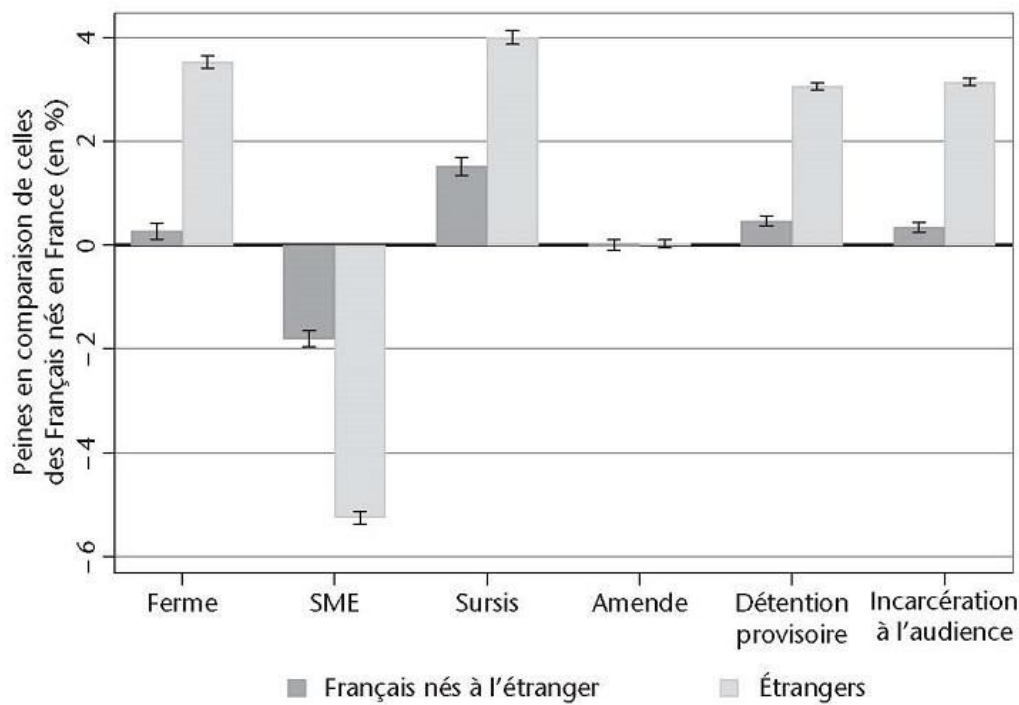
l'origine, net de tout ce qu'on sait par ailleurs : délit, âge, genre, procédure, période de l'année, délais, antécédents judiciaires et juridiction. On obtient alors les résultats présentés dans la figure 6.1 (pour la période 2010-2014) pour les peines de prison, les amendes, mais aussi la détention provisoire et la probabilité d'une incarcération à l'audience (mandat de dépôt).

On retrouve sur la figure 6.1 l'idée que les étrangers sont plus sévèrement condamnés que les Français. Cependant, l'écart s'est assez sensiblement resserré. Si, avec une comparaison « brute », on trouvait que les étrangers avaient, en moyenne, des peines fermes plus sévères de 31 jours (76,9 contre 45,6 dans le tableau 6.1), la différence, une fois les caractéristiques observables prises en compte, diminue à 16 jours (figure 6.1b à gauche). En plus d'être condamnés à des peines fermes de manière plus fréquente et pour des durées plus longues, celles-ci sont également plus souvent mises à exécution à l'audience (c'est-à-dire sans possibilité d'aménagement avant incarcération). Les peines des étrangers en matière de sursis avec mise à l'épreuve (SME) sont moins fréquentes (figure 6.1a) et moins sévères (figure 6.1b), et les peines de sursis simple plus fréquentes (figure 6.1a) et plus sévères (figure 6.1b). Enfin, en amont du jugement, les étrangers ont plus fréquemment été placés en détention provisoire.

Les différences entre Français nés en France et Français nés à l'étranger sont de plus faible amplitude mais évoluent dans le même sens.

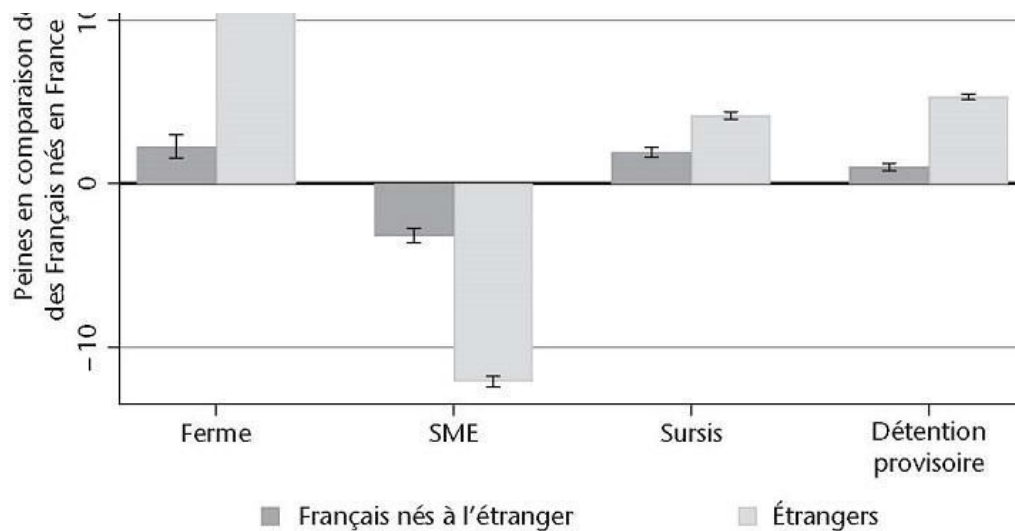
Quoique moins grandes que les différences « brutes », les différences entre Français et étrangers qu'on observe dans la figure 6.1 restent élevées. Si on compare à la peine de prison ferme moyenne sur la période (48 jours), l'écart représente une augmentation de l'ordre de 30 %, ce qui est environ l'écart qu'on trouve entre Noirs et Blancs aux États-Unis (avec des peines moyennes beaucoup plus élevées ^[22]).

Figure 6.1. Effet de la nationalité et du lieu de naissance sur la probabilité d'être condamné à une peine de prison ou d'amende (sous-figure a) et sur les quantums de prison (sous-figure b)



a





b

Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Malheureusement, cet exercice reste très insatisfaisant et on ne peut aller plus loin avec les données françaises. On constate un écart inquiétant des peines prononcées à l'encontre des étrangers et des Français, même en tenant compte de toutes les variables dont on dispose, mais on ne sait toujours rien des variations selon l'origine ethnique – pour les Français nés en France mais de parents ou grands-parents non blancs. On ne peut approfondir l'analyse pour déterminer si les différences observées viennent de facteurs non enregistrés dans la base de données – le niveau d'études, l'insertion familiale et professionnelle, le niveau de gravité d'un délit au sein d'une catégorie pénale, etc. – et potentiellement indépendants de l'institution judiciaire, ou si elles sont dues à un biais racial.

En l'absence d'évolution sur l'accès aux données ethniques et sur l'identité des magistrats, il y a fort à parier que la question en restera là d'un point de vue quantitatif. Nous pourrions continuer à critiquer les États-Unis pour leur discrimination raciale en jetant un voile pudique sur nos propres pratiques. Celles-ci sont peut-être plus vertueuses... ou moins... À dire vrai, personne n'en sait rien.

Des biais accentués par le contexte

Jusqu'à présent, j'ai présenté les biais raciaux qui peuvent affecter les décisions de justice comme des éléments stables, si ce n'est dans l'espace, du moins dans le temps. Pourtant, on ne s'avancerait guère en disant qu'il y a de bonnes chances pour que ceux-ci fluctuent au gré des évolutions de la société et de l'actualité.

Au cours des vingt dernières années, les sociétés occidentales ont été victimes de nombreux actes de terrorisme islamiste. Les New-Yorkais ont vu leurs tours jumelles s'effondrer, les Londoniens leurs bus impériaux exploser, les Parisiens leurs terrasses canardées. Ces drames ont accru les tensions entre l'Occident et plusieurs pays du Proche- et du Moyen-Orient. Ils ont été brandis pour justifier plusieurs guerres ou interventions militaires. Même si la plupart des attentats récents ont été perpétrés par des nationaux, le lien entre terrorisme et

immigration a été fréquemment allégué dans les discours publics de responsables politiques, en particulier ceux issus des partis conservateurs ou d'extrême droite. Nombre d'observateurs politiques ont ensuite rapproché ces crimes de la montée des formations populistes en Europe et aux États-Unis.

Au sein des populations occidentales, le terrorisme a entraîné une recrudescence des violences physiques ou verbales à l'encontre des personnes musulmanes ou supposées telles. À partir de données détaillées sur la date et la localisation des actes haineux (violences ou insultes racistes, islamophobes, etc.) dans la région de Manchester, Ria Ivandic, Tom Kirchmaier et Stephen Machin ont, par exemple, pu mettre en évidence une hausse immédiate, brutale et partiellement pérenne de ces délits à la suite de chaque attentat ayant tué ou blessé des Britanniques ^[23].

Si ces événements affectent la perception des citoyens de nos pays et accentuent leur biais anti-immigration, on peut se demander s'ils influencent également les décisions des juges. Le premier travail à s'être intéressé à cette question a porté non pas sur la justice pénale mais sur la justice civile. Moses Shayo et Asaf Zussman se sont ainsi penchés sur des conflits mineurs (violations de contrat, petits accidents sans dommages physiques, etc.) opposant un Israélien juif à un Israélien arabe et jugés soit par des magistrats juifs, soit par des magistrats arabes ^[24]. Pour ce type de litige, le juge est choisi au hasard et il n'y a pas de sélection sur la base de la confession des uns et des

autres. Les premiers résultats sont dans la lignée de ceux que nous avons évoqués sur les biais raciaux. Dans leur échantillon, un plaignant juif a 79 % de chances de voir ses demandes acceptées si le juge est juif, mais seulement 72 % si le juge est arabe. Inversement, un plaignant arabe a 65 % de chances de gagner si le juge est juif, mais 75 % si le juge est arabe. Un écart de 7 % à 10 %, donc, selon que le plaignant est, ou non, de la même confession que son juge.

Mais Shayo et Zussman ne se sont pas arrêtés à la mesure du biais consistant à favoriser son propre groupe ethno-religieux. Ils ont, dans un second temps, séparé leur échantillon en deux : les procès ayant lieu dans l'année suivant un attentat dans la région et les autres. Cela fait, ils ont pu recalculer les probabilités que le plaignant voie ses demandes acceptées selon sa confession, celle du juge et le contexte. Il s'avère que l'intégralité du biais confessionnel s'explique par les périodes post-terrorisme. En l'absence d'attentat dans la période précédant le procès, l'origine ethnoreligieuse du juge n'a pas d'influence sur les résultats du procès. Après un attentat, en revanche, les biais deviennent importants. Un plaignant juif a alors 12 % de chances supplémentaires de gagner si le juge est juif, un plaignant arabe 13 % de chances en plus si le juge est arabe !

Les tensions communautaires se répercutent donc sur les décisions de justice. Dans le cas d'Israël, les oppositions politiques ou religieuses ont lieu entre des groupes bien identifiés auxquels chaque justiciable peut aisément être

rattaché. Sans que l'appartenance au groupe vaille nécessairement soutien, au moins chaque camp est-il relativement bien défini par les acteurs. Observe-t-on la même chose lorsque les groupes sont moins clairement distincts ? L'animosité générée par un attentat peut-elle se diffuser à des populations moins directement liées (en termes de groupe ethnique/racial/religieux, sans préjuger du soutien réel), comme c'est le cas pour l'ensemble de la population immigrée dans le cas d'attentats islamistes en Europe ?

Brendon McConnell et Imran Rasul se sont intéressés à l'effet des attentats du World Trade Center en 2001 sur les décisions de justice ^[25]. Une des particularités (parmi d'autres) de ce crime est qu'il a été commis par des terroristes saoudiens, égyptiens et émiratis. Autrement dit, les auteurs de la prise d'otages et du détournement des avions n'étaient pas américains, ne venaient pas de pays largement représentés sur le territoire et se réclamaient d'une religion pratiquement absente en Amérique ^[26]. De ce fait, le rapprochement entre les terroristes et une quelconque population locale était *a priori* difficile à établir. Le seul lien éventuellement mobilisable consistait à les identifier aux « étrangers » définis de manière un peu vague, ou aux immigrés, si l'on considère que les terroristes s'apprêtaient à immigrer aux États-Unis (ce qui est un peu curieux quand on parle de personnes prévoyant de se suicider sur le chemin).

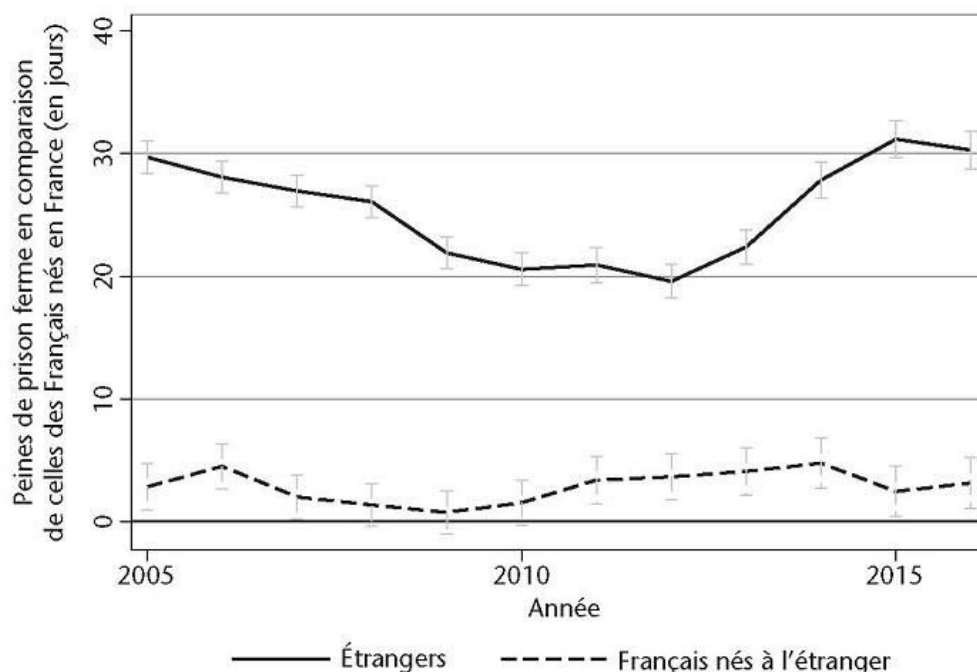
Plus précisément, McConnell et Rasul se sont posé la question de savoir si les attentats du 11 Septembre avaient entraîné une

hausse des sanctions à l'encontre des Noirs et des Hispaniques. Pour ce faire, ils ont mesuré l'évolution des peines pour des crimes commis avant les attentats mais jugés juste avant ou juste après ^[27]. Les chercheurs trouvent que l'écart entre les peines des Blancs et celles des Hispaniques a augmenté après l'effondrement des tours jumelles. En d'autres termes, les Hispaniques ont été plus sévèrement punis après les attentats. Aucun effet de ce type n'est observé pour les Noirs.

À première vue, ces résultats peuvent paraître surprenants, surtout pour un Européen. Les Noirs, population discriminée par excellence aux États-Unis, ne sont pas affectés par les attentats tandis que les Hispaniques le sont... En réalité, deux facteurs peuvent aider à comprendre ces effets. Premièrement, les peines à l'encontre des Noirs sont tellement sévères qu'il est difficile de les augmenter, en particulier dans un contexte d'utilisation de *sentencing guidelines* cadrant les sanctions. Surtout, les Noirs ne sont pas des immigrés ! Là où, en Europe, les populations racialisées sont celles issues des vagues d'immigration récentes, ce lien n'existe pas vraiment aux États-Unis. Les Noirs sont arrivés sur le sol américain au moment de l'esclavage, principalement au XVIII^e siècle, soit bien avant les vagues d'immigration italienne ou irlandaise, par exemple. L'arrivée des Hispaniques, en revanche, est plus récente, voire contemporaine. Ainsi, on peut comprendre qu'un mouvement accru de rejet des « étrangers » ou des « immigrés » affecte les minorités d'origine hispanique mais pas les Noirs américains.

Et en France ? Le pays a payé un lourd tribut au terrorisme au cours des dernières années, en particulier en 2015 et 2016 avec les attentats de *Charlie Hebdo* (7 janvier 2015), du Bataclan, des 10^e et 11^e arrondissements et de Saint-Denis (13 novembre 2015) ou de Nice (14 juillet 2016). À ce jour, aucune analyse systématique précise de l'effet du terrorisme sur les décisions de justice n'a été menée. Au plus peut-on noter que l'écart entre les peines des Français nés en France et celles des Français nés à l'étranger et des étrangers ne semble pas avoir brutalement augmenté suite à ces crimes. Sur la figure 6.2, on peut voir l'évolution comparée des peines de prison ferme prononcées contre des étrangers, des Français nés hors de France et des Français nés en France, de 2005 à 2016. Si les différences semblent légèrement plus élevées à la fin de la période, l'augmentation est faible et de la même amplitude que ce qu'on observait au début. Par ailleurs, l'augmentation commence dès 2014 et elle peut être liée à une question de mesure, la nationalité des justiciables étant mieux répertoriée à la fin de la période qu'au début. Enfin, même si ce n'est pas présenté sur la figure, je n'observe pas spécialement de différences d'évolution entre les étrangers venant de pays à majorité musulmane (Maghreb, Proche- et Moyen-Orient) et les étrangers venant d'autres pays (Afrique subsaharienne, Asie).

Figure 6.2. Différence entre les quantums de prison ferme des étrangers (ligne continue) et des Français nés hors de France (ligne en pointillé) et ceux des Français né en France, conditionnellement aux caractéristiques observables, par an, de 2005 à 2016



Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Bien sûr, les évolutions présentées dans la figure 6.2 ne suffisent pas à exclure un effet des attentats sur les peines. Celui-ci peut être limité à certains types de délits (les violences, par exemple) et les mesures présentées peuvent être brouillées (« bruitées ») par un phénomène concomitant, par exemple la vague de migration en provenance d'Irak et de Syrie due aux conquêtes de l'« État islamique ». Même si la France ne s'est pas

particulièrement illustrée par sa générosité dans l'accueil de ces populations, il est possible que le changement de structure de la population étrangère sur le territoire ait eu une incidence sur les sanctions et que celle-ci vienne contrebalancer les éventuels effets des attentats. En l'état, on peut simplement constater que l'effet d'augmentation des peines à l'encontre des étrangers, s'il existe, doit être d'assez faible amplitude.

Un paternalisme pénal ?

En 1791, deux ans après le vote par l'Assemblée constituante de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Olympe de Gouges rédigeait la Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne. Dans un contexte où les femmes étaient privées de la plupart des droits fondamentaux (droit de vote, droit de travailler librement, etc.), le texte, ironique, avait vocation à promouvoir l'égalité entre les sexes. En son article 10, Olympe de Gouges écrivait : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions même fondamentales ; la femme a le droit de monter sur l'échafaud, elle doit également avoir celui de monter à la Tribune, pourvu que ses manifestations ne troublent pas l'ordre public établi par la loi. » Olympe de Gouges ne monta jamais à la tribune, mais bien à l'échafaud : elle fut guillotinée le 3 novembre 1793.

Indéniablement, la situation s'est depuis améliorée. Au-delà du fait que plus personne ne se fait exécuter en France, les femmes ont le droit de vote (depuis 1944), et, plus généralement, une égalité des droits complète. Rappelons seulement que, sur ce seul aspect juridique, le chemin fut long et les progrès récents. La dernière profession interdite aux femmes, sous-marinier, ne s'est ouverte qu'en... 2017 ! Dans le domaine de la justice, la première femme à plaider, Jeanne Chauvin, ne le fit qu'en 1907, et la magistrature n'est mixte que depuis 1946. L'égalité de fait, elle, attend toujours. Les femmes sont sous-représentées aux postes de pouvoir, elles sont moins payées que les hommes à responsabilités et compétences égales, elles se chargent d'une plus grande part des tâches domestiques, elles ont moins accès aux études les plus prestigieuses, etc. ^[28] .

S'il ne fait aucun doute que la position des femmes dans nos sociétés est moins avantageuse que celle des hommes, un domaine semble échapper à cette règle : la justice pénale. Dans un dossier consacré par l'Insee à l'égalité hommes-femmes, on apprend qu'en 2014 les femmes représentaient seulement 15,6 % des auteurs dans les affaires poursuivies et 10,2 % des personnes jugées devant un tribunal correctionnel ^[29] . Elles bénéficiaient plus fréquemment d'un non-lieu (6 % des cas contre 4 % pour les hommes) et seules 10 % étaient condamnées à une peine de prison ferme contre 23 % pour les hommes.

Cette sous-représentation des femmes tout au long de la chaîne pénale n'est pas du tout spécifique à la France et on la retrouve,

dans des proportions assez similaires, dans tous les pays occidentaux ^[30]. Une première explication assez simple de ce phénomène est que les femmes commettent moins de crimes et de délits. Si l'on se fonde sur les chiffres de la police ou de la gendarmerie, on trouve effectivement que les femmes commettent moins d'infractions. En France, elles comptent pour 18 % des mises en cause. De même, aux États-Unis, une étude récente indique que les femmes ne représentent que 30 % des auteurs d'atteintes aux biens ^[31]. Cependant, si l'appareil répressif se focalise sur les hommes, par exemple en les contrôlant préférentiellement lorsqu'un délit est commis, les statistiques officielles seront biaisées.

Une meilleure approche consiste à se pencher sur les enquêtes de délinquance autoreportée – c'est-à-dire des enquêtes où l'on demande aux interviewés s'ils ont commis des crimes ou des délits. Ces données sont assez rares, mais on dispose, en France, d'un éclairage sur un aspect : la consommation de stupéfiants, grâce à une large enquête (20 000 personnes en 2017) menée par l'Office français des drogues et des toxicomanies (OFDT) ^[32]. L'étude des réponses nous apprend que, pour ce type d'infractions, les femmes commettent effectivement moins de délits, mais dans des proportions nettement inférieures à ce qu'on observe dans les statistiques officielles. 37,2 % des femmes interrogées déclaraient, en 2017, avoir essayé le cannabis contre 52,7 % des hommes. Si tous les consommateurs de cannabis étaient arrêtés, on retrouverait donc 41 % de femmes dans les statistiques officielles. Bien loin des 18 % évoqués plus haut ^[33] !

Quoique réelle, cette sous-représentation des femmes dans les comportements délinquants semble s'atténuer. Une étude menée en Australie montre un resserrement de l'écart entre les sexes au cours des vingt dernières années ^[34]. Surtout, le fait que les femmes commettent moins de délits au départ ne peut expliquer la diminution progressive de leur proportion tout au long de la chaîne pénale ni leur plus faible condamnation. Si 18 % des personnes arrêtées sont des femmes, pourquoi représentent-elles moins de 5 % des détenus ? Est-ce lié à un biais en leur faveur ?

Tableau 6.2 - Nombre de condamnations, peines et types d'infractions des hommes et des femmes

	Nombre de condamnations		Prison		Prison ferme		Type de délit				
	Nb moyen par an	% du total	% au moins 1 jour	Peine moyenne (en jours)	% au moins 1 jour	Peine moyenne (en jours)	Atteinte aux biens	Routier	Violence	Drogue	Autre
Hommes	509 198	90 %	48 %	100,1	22 %	51,9	15 %	46 %	11 %	10 %	18 %
Femmes	59 334	10 %	41 %	63,6	9 %	17,8	25 %	39 %	8 %	6 %	23 %

Note : la catégorie « autre » regroupe principalement les outrages, les blessures et homicides involontaires, les fraudes et contrefaçon, les infractions sur les armes.

Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Pour tenter d'élucider cette énigme, on peut commencer par étudier les peines prononcées à l'encontre des femmes avec la même méthodologie que pour le cas des étrangers avant, cette fois, d'affiner et d'approfondir l'analyse. Commençons par les chiffres « bruts » des écarts entre genres pour les peines prononcées par les tribunaux correctionnels entre 2010 et 2014 ^[35]. Ils sont présentés dans le tableau 6.2.

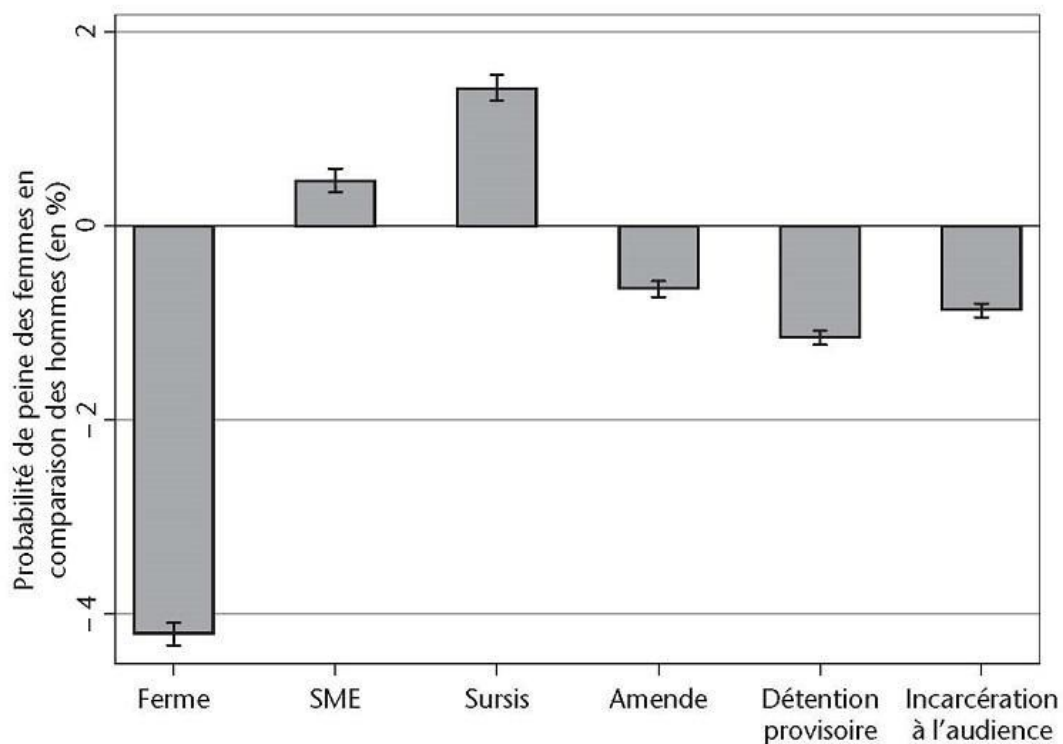
Pas de surprise ici : les femmes sont moins nombreuses et leurs peines plus légères. Pour fixer les ordres de grandeur, on peut garder en tête qu'elles représentent 10 % des condamnations pour délit, qu'elles ont 2,5 fois moins de risques d'être condamnées à de la prison ferme et que leur quantum moyen dans ce cas est presque trois fois plus faible que celui des hommes. Les types de délits commis sont également différents. Cependant, les plus gros écarts s'observent pour les délits routiers – moins fréquents chez les femmes – et les atteintes aux biens – plus fréquentes. Or ces différences de délits devraient *a priori* conduire à de plus fortes peines pour les femmes puisque les atteintes aux biens sont en moyenne plus graves que les délits routiers.

Ces ordres de grandeur étant posés, on peut, comme on l'avait fait pour les étrangers, regarder comment ces écarts évoluent après avoir pris en compte tout ce qu'on observe dans les données – pour rappel : le type de délit, l'âge, la nationalité, la procédure, la période de l'année, le délai de procédure, les antécédents judiciaires et le lieu de jugement. Les résultats sont présentés dans la figure 6.3.

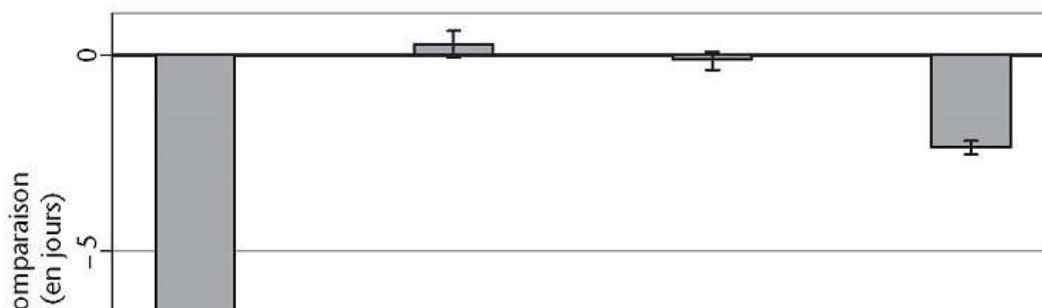
Une fois prises en compte toutes les variables dont on dispose (délit, âge, etc.), l'écart des peines entre hommes et femmes diminue. Là où, dans les données brutes, on observait des peines de prison ferme moyennes près de trois fois supérieures chez les hommes (51,9 jours contre 17,8), elles ne sont plus que d'un tiers plus élevées (– 14,8 jours sur une moyenne de 48 jours, figure 6.3b). Les différences en termes de

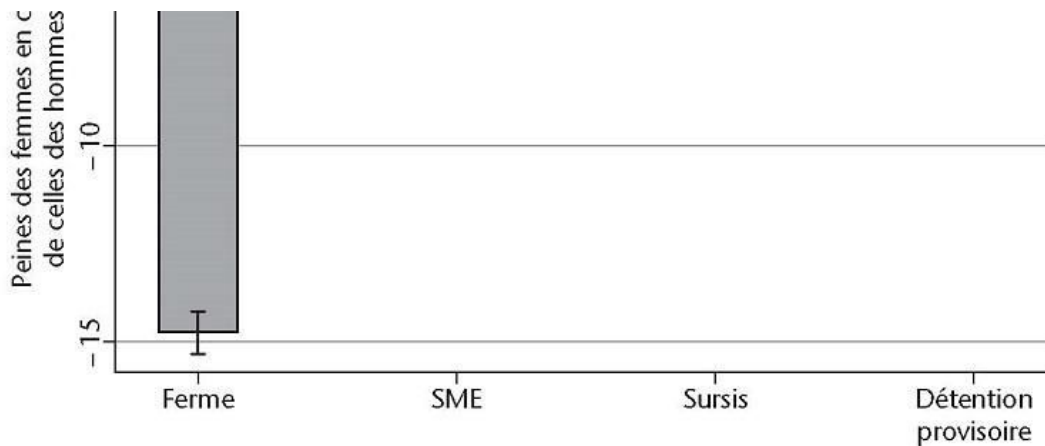
sursis avec mise à l'épreuve et sursis simple ne subsistent que dans la probabilité d'être condamné (figure 6.3a) mais disparaissent en quantum moyen (figure 6.3b). Les amendes, elles, sont assez proches (même probabilité, montant plus faible de 6 euros sur une moyenne de 2 400 euros).

Figure 6.3. Effet du genre sur la probabilité d'être condamné à une peine de prison ou à une amende (sous-figure a) et sur les quantums de prison (sous-figure b).



a Peines





b Quantums

Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Bien sûr, de nombreuses différences entre hommes et femmes peuvent encore expliquer ces différences sans qu'elles soient dues à des biais de genre, mais il est déjà intéressant de constater qu'elles restent substantielles malgré la prise en compte de nombreux facteurs. Même si on restreint l'échantillon aux délits routiers, des délits pourtant assez peu variables (il y a *a priori* peu de différences entre deux « conduites sans permis »), les écarts restent conséquents et les peines fermes en moyenne presque deux fois plus élevées pour les hommes.

Ces traitements différenciés entre hommes et femmes, pondérés par tout ce que l'on sait des affaires, se retrouvent dans tous les contextes où la question a été abordée. Une étude d'Anna Bindler et Randi Hjalmarsson à la profondeur historique assez fascinante montre par exemple un écart constant entre hommes et femmes sur une période de deux

cents ans couvrant les XVIII^e et XIX^e siècles en Angleterre ^[36]. Ces chercheuses peuvent même exclure les explications mettant en avant le fait que les femmes ont plus souvent une famille. En effet, en analysant les arrêts des cours, c'est-à-dire le texte accompagnant la peine décidée, elles constatent que la présence d'enfants n'est pas plus mentionnée pour les accusés masculins et féminins, même si celle-ci revêtait peut-être, à l'époque, une importance moins grande que maintenant aux yeux des juridictions.

Bonnie et Clyde

Afin de mesurer plus précisément les écarts entre les hommes et les femmes, j'ai cherché à comparer des profils aussi similaires que possible et je me suis intéressé au cas des groupes de délinquants ^[37]. Imaginons deux personnes, un homme, Clyde, et une femme, Bonnie, qui commettent des infractions ensemble. Un délit tourne mal et les deux malfaiteurs sont arrêtés puis renvoyés devant le tribunal. Plusieurs scénarios sont envisageables. Il est possible que l'un des membres du duo ait aidé l'autre à commettre son forfait. Dans ce cas, le premier sera condamné pour complicité et le second pour le délit principal. Les deux types d'infractions ne s'équivalent pas et, si on s'intéresse aux peines prononcées, on trouvera sans doute un écart dû à la différence de gravité.

Il est également possible que Bonnie et Clyde soient considérés comme coauteurs du délit. Ce cas est plus intéressant. Il s'agit alors de comparer les peines de deux délinquants condamnés pour des faits *rigoureusement identiques*, commis au même endroit, au même moment, jugés le même jour, par les mêmes magistrats, dans le même tribunal. Si Bonnie est moins sévèrement condamnée que Clyde, l'hypothèse d'un biais lié au genre devient très probable.

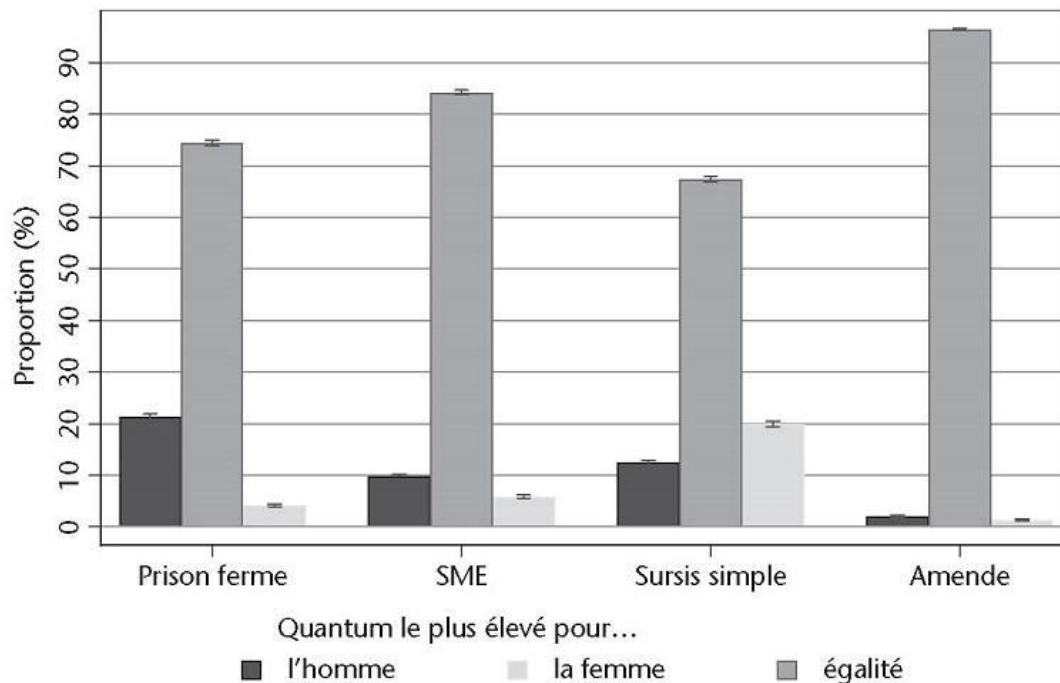
Dans les bases du casier judiciaire, on peut repérer ces groupes mixtes condamnés pour les mêmes faits, commis en réunion. J'ai sélectionné les duos et exclu les cas où un membre n'était que complice. Il peut toujours y avoir, entre les membres, des différences de vie familiale ou professionnelle, mais, au moins, les faits et les circonstances du jugement sont *exactement* identiques. Pour la période 2010-2014, j'observe ainsi 17 100 groupes (et deux fois plus de condamnations, puisque ce sont des duos).

Au sein de ces duos, j'ai calculé le nombre de fois où les deux acolytes étaient condamnés aux mêmes peines, les cas où l'homme était plus sévèrement condamné et ceux où la femme était plus sévèrement condamnée. Dans la majorité des cas, les membres du duo reçoivent la même sanction. Par exemple, les peines de prison ferme sont identiques dans 74 % des cas ^[38]. Cependant, ce chiffre élevé s'explique par le fait que, dans 69 % des cas, aucun des membres du duo n'a été condamné à une peine de prison ferme. Seuls 5 % des groupes sont condamnés à une peine de prison ferme identique *et différente de zéro*.

Plus intéressantes sont les situations où les peines ne sont pas les mêmes. En l'espèce, c'est le plus souvent l'homme qui reçoit la peine de prison ferme ou la peine de sursis avec mise à l'épreuve la plus élevée. Au sein des groupes de délinquants ayant commis le même délit en réunion et étant jugés le même jour au même endroit, l'homme est condamné d'une plus lourde peine de prison ferme dans 21 % des cas, tandis que la femme n'est plus lourdement condamnée que dans 4 % des cas (figure 6.4). À l'inverse, c'est le plus souvent la femme qui reçoit la plus lourde peine de sursis simple.

Malgré des profils *a priori* très similaires, on observe donc toujours cet écart entre les genres. Des analyses complémentaires pour quantifier la différence hommes/femmes au sein des binômes mixtes indiquent même que l'écart se creuse par rapport au cas général : les femmes ont, en moyenne, des peines de prison ferme plus courtes de vingt-cinq jours une fois prises en compte les différences pouvant s'expliquer par l'âge, la nationalité ou les antécédents judiciaires (nombre de condamnations passées, classement comme récidiviste).

Figure 6.4. Inégalité de sanction entre partenaires délinquants de genre différent



Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Bien sûr, malgré des profils proches, il est toujours possible que ce résultat ne provienne pas d'un biais de genre mais du fait que les membres masculins du groupe présentent plus de caractéristiques défavorables – ils sont plus souvent agressifs à l'audience par exemple – ou moins de caractéristiques favorables aux yeux des juges – ils ont moins souvent une famille... C'est en effet possible. Cependant, d'une part, cette étude de binômes est probablement celle qui se rapproche le plus d'une comparaison de deux personnes dont seul le genre diffère et, d'autre part, il est intéressant de constater que, même

quand la femme du groupe présente des caractéristiques plus défavorables que celles de l'homme – par exemple, quand elle est condamnée, outre le délit principal commun, pour un plus grand nombre de délits secondaires –, cela ne suffit pas à inverser la tendance : l'homme reste, le plus souvent, plus lourdement condamné.

Le sexe des juges

À l'instar de la stratégie adoptée pour objectiver le biais racial par la couleur des magistrats plutôt que par celle des condamnés, une bonne solution pour contourner le problème des caractéristiques que l'on ne peut observer est de comparer les peines des hommes et des femmes selon que les juges sont eux-mêmes des hommes ou des femmes.

En France, il est interdit d'identifier les magistrats et de les relier aux décisions. Cependant, pour une caractéristique comme le genre, on peut au moins avoir des données à l'échelle de la juridiction. L'annuaire de la magistrature, qui indique où officient les juges et les procureurs, n'est plus disponible que de manière « vivante » – c'est-à-dire actualisé en temps réel –, mais certaines anciennes éditions ont été imprimées. J'ai ainsi pu emprunter, à la bibliothèque de la Chancellerie, les annuaires de 2000 et 2003. Pour chaque tribunal de grande instance en France (il y en avait 175), j'ai alors compté le nombre de juges,

le nombre de procureurs et la proportion de femmes au sein de ces deux groupes. À l'époque, les femmes représentaient en moyenne environ la moitié des juges et entre 30 % et 40 % des procureurs.

J'ai aussi regardé si le président du tribunal ou le procureur de la République (le chef du parquet) était un homme ou une femme. Sans surprise, il s'agissait d'hommes dans plus de 80 % des cas pour les présidents et dans environ 90 % des cas pour les procureurs de la République. Si les femmes représentaient au début du ^{xxi}e siècle une importante part de la profession, les postes les plus prestigieux leur étaient rarement attribués. C'est encore largement le cas de nos jours ^[39] .

J'ai recueilli cette information sur le genre de la cour pour deux années. Le fait de disposer de plusieurs périodes est important car cela permet de comparer une même cour à différents moments. Entre 2000 et 2003, en raison des mutations fréquentes chez les magistrats, la composition d'une cour peut largement changer. En revanche, en l'espace de trois ans, la population des justiciables change peu, et les caractéristiques des condamnés restent similaires. On peut donc isoler l'effet du genre des magistrats sur les différences de condamnation entre hommes et femmes. Concrètement, j'ai mesuré si l'écart des peines entre hommes et femmes dans une juridiction augmentait ou diminuait entre 2000 et 2003 selon que la proportion de femmes juges ou procureurs augmentait ou diminuait elle aussi.

Le premier résultat est que les femmes ne sont pas plus sévères en moyenne que les hommes. Quelle que soit la proportion qu'elles représentent dans la cour au poste de juge ou de procureur, les peines moyennes à l'encontre des hommes sont les mêmes. En un sens, c'est un résultat rassurant. Formés de la même manière, les magistrats prennent, quel que soit leur genre, des décisions similaires pour la majorité (masculine) des justiciables.

En revanche, les peines prononcées à l'encontre des femmes sont plus sévères lorsque la proportion de femmes juges augmente dans le tribunal. L'effet est assez important. Un tribunal qui passerait d'une composition entièrement masculine à une composition entièrement féminine verrait les peines de prison ferme des femmes augmenter de huit jours. Un tiers de l'écart observé dans le cas général serait annulé.

Le genre des procureurs semble, lui, n'avoir aucun effet. Les peines restent les mêmes quelle que soit la proportion de femmes au parquet. Enfin, le genre du président de la juridiction ou du procureur de la République ne semble pas non plus avoir d'importance. Ces derniers aspects sont cependant moins fiables dans la mesure où, comme on l'a évoqué précédemment, peu de femmes accèdent à ces positions prestigieuses, et les variations sont donc rares (quand le président change, c'est en général un homme qui succède à un autre).

Le fait que la différence de peine hommes/femmes évolue selon le genre de la cour signale clairement l'existence d'un biais dans les décisions. Les juges féminins sont moins biaisés, ce qui signifie aussi que les femmes sont plus sévères avec les femmes. Ce résultat se retrouve dans la plupart des pays où cette mesure a été effectuée. Par exemple, Max Schanzenbach, déjà évoqué pour ses travaux sur les différences selon l'origine ethnique des juges, a également mesuré l'écart entre hommes et femmes selon le genre des magistrats. Ses résultats sont très proches de ceux évoqués ici : plus les femmes sont nombreuses dans le tribunal, moins les biais de genre sont importants.

Pourquoi les hommes sont-ils biaisés en faveur des femmes ? Il est difficile de répondre clairement à cette question, mais la plupart des articles l'expliquent par une tendance au paternalisme juridique. Les femmes seraient vues comme plus fragiles ou moins dangereuses. Cependant, ce biais affectant les hommes peut évoluer selon les expériences de vie et la proximité du juge avec les femmes. Dans un article de 2014, Adam Glynn et Maya Sen, se sont intéressés aux familles des juges des cours d'appel états-uniennes ^[40]. En particulier, les chercheurs se sont posé la question de savoir si les hommes juges votaient plus fréquemment en faveur des femmes lorsqu'ils avaient des filles. Prendre son café tous les matins devant une petite fille puis une adolescente, entendre ses histoires d'école et ses éventuelles frustrations devant les inégalités de genre amènent-ils un juge à prendre des positions plus féministes ? La réponse est oui. Surtout si l'on part de loin et que le juge est républicain (et donc modérément féministe

a priori). Les auteurs ont identifié les thèmes en lien avec les questions de genre (avortement, harcèlement, agression sexuelle, etc.) et classé les votes des juges comme favorables ou défavorables aux femmes. Là où les juges ayant eu des garçons ont environ 39 % de chances de voter en faveur des femmes, ceux ayant eu des filles « votent féministe » dans 46 % des cas (+ 7 %). L'effet est le même, que le magistrat ait une, deux, trois... filles. Cela ne semble donc pas provenir d'un effet de lobbying. Si c'était le cas, on devrait observer que plus les filles sont nombreuses, plus elles font pression sur leur père pour qu'il vote « en faveur » des femmes. Les auteurs expliquent plutôt leurs résultats par un effet d'information : un juge comprendrait mieux les problèmes qui se posent aux femmes du fait de la présence de sa ou ses fille(s).

Si l'article de Glynn et Sen démontre élégamment que la proximité avec des populations discriminées peut changer la discrimination exercée, il faut cependant noter que les auteurs ne trouvent pas d'effet sur le petit nombre de cas pénaux qu'ils observent, mais seulement sur les cas civils. Leur échantillon est limité et il s'agit potentiellement d'un simple problème de mesure. Il est également possible que la position des juges évolue plus largement sur des situations susceptibles d'être vécues par leur entourage (avortement, harcèlement, etc.) que sur des questions moins présentes chez leurs proches (délinquance, criminalité, etc.) et impliquant des représentations potentiellement plus anciennement formées.

Toutes les études menées arrivent à la conclusion que les jugements sont affectés par les caractéristiques personnelles des justiciables et de leurs juges. À ce titre, la justice ne fait pas exception au sein des institutions. Les minorités ethniques sont sanctionnées plus durement et les biais de jugement dont elles subissent les conséquences peuvent être exacerbés par le contexte, comme l'illustre l'impact des attentats. Les femmes sont de leur côté traitées en accord avec les stéréotypes de genre : considérées comme plus douces, moins responsables de leurs actes et plus importantes au foyer... elles sont jugées avec clémence. Ces biais sont plus faibles lorsque les juges sont eux-mêmes issus des groupes discriminés. Cet aspect constitue en lui-même une raison importante de promouvoir la diversité des profils au sein de la magistrature. D'autres études sont probablement à venir pour étudier la prise de conscience récente des problèmes rencontrés par les femmes dans l'espace public et dans la vie professionnelle à la suite de la vague #metoo.

Humains, les juges sont affectés par ce qui se passe dans le monde, comme on l'a vu au chapitre précédent, et par ce qui se passe dans le tribunal, comme on l'a vu dans celui-ci. Humains, ils sont aussi affectés par ce qui se passe dans leur tête. C'est sur leurs erreurs logiques et autres biais cognitifs que nous allons maintenant nous pencher.

Notes du chapitre

[1] ↑ L'emploi du terme « race » déchaîne les passions et il peut difficilement être employé de manière neutre, en tout cas dans un ouvrage en langue française. Il est toutefois omniprésent dans la littérature à laquelle ce chapitre va faire référence et il est difficile d'en faire abstraction. Le plus souvent, il fait référence à une différence de couleur de peau, indépendamment des questions culturelles (langue maternelle, religion, etc.), en particulier pour étudier les inégalités entre Noirs et Blancs. Il diffère alors de la question de l'immigration – les Noirs américains ne sont pas plus des immigrés que les Blancs – ou de celle de l'« origine ethnique » des individus, concepts qui sont fréquemment utilisés dans le débat public français. Même si cette distinction me semble pertinente, j'éviterai l'emploi du mot « race » dans ce chapitre et me rangerai à l'usage classique des expressions « populations d'origine immigrée » ou « origine ethnique ». Il s'agit cependant d'un contournement et, dans la majorité des cas, je fais référence à la couleur de la peau. Pour une discussion de l'usage du terme « race », voir par exemple Sarah MAZOUZ, *Race*, Anamosa, Paris, 2020.

[2] ↑ En particulier depuis l'article de Marianne BERTRAND et Sendhil MULLAINATHAN, « Are Emily and Greg more employable than Lakisha and Jamal », *American Economic Review*, vol. 94, n° 4, 2004, p. 991-1013.

[3] ↑ Elle a en revanche été utilisée pour mettre en évidence les très fortes discriminations à l'encontre des personnes sortant de prison, en particulier les Noirs, sur le marché du travail (D. PAGER, « The mark of a criminal record », *American Journal of Sociology*, vol. 108, n° 5, 2003, p. 937-975) et les difficultés à corriger ces problèmes (A. AGAN et S. STARR, « Ban the box, criminal records, and racial discrimination : A field experiment », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 133, n° 1, 2018, p. 191-235).

[4] ↑ On peut réunir des cours fictives (composées de jurés ou de professionnels) et présenter des cas identiques en faisant uniquement varier un paramètre qui nous intéresse. Néanmoins, on mesure alors la discrimination dans un contexte factice, théâtral, là où les expériences sur le marché du travail utilisent de vraies annonces. Or, on l'a évoqué (et on y reviendra encore), tout le cérémonial de l'institution judiciaire (ses lieux, ses rituels, les habits des participants, etc.) vise à rappeler que ce ne sont justement pas des décisions ordinaires qui s'y prennent. Dès lors, extrapoler les résultats d'expériences de faux tribunaux apparaît problématique.

[5] ↑ On peut du moins le soupçonner en observant que la consommation de cannabis semble assez commune dans toutes les couches de la société, mais que les groupes défavorisés semblent en subir la majorité des conséquences policières et judiciaires.

[6] ↑ On peut néanmoins trouver des « traces » de la différence de traitement judiciaire selon le statut social dans différents articles. Bastien Michel et Camille

Hémet montrent par exemple qu'une réforme danoise permettant aux condamnés pour alcool au volant d'éviter la détention a été appliquée par anticipation aux accusés les plus riches. Voir B. MICHEL et C. HÉMET, « Custodial versus non-custodial sentences : Long-run evidence from an anticipated reform », *CEPR Discussion Paper*, n° DP15047, 2020.

[7] ↑ Une excellente série documentaire, plusieurs fois primée, *O.J. : Made in America*, retrace l'affaire Simpson.

[8] ↑ Comme on l'a déjà évoqué au chapitre 1, l'ouvrage *The New Jim Crow* de Michelle ALEXANDER défend l'idée que le système judiciaire, la sur-incarcération des Noirs et la légalité de la discrimination à l'encontre des sortants de prison permettent de maintenir de fait la discrimination raciale aux États-Unis malgré son interdiction en droit. Cet ouvrage s'est vendu à des centaines de milliers d'exemplaires et a eu un retentissement considérable outre-Atlantique.

[9] ↑ Rappelons ici que les États-Unis sont un des seuls pays développés à encore pratiquer la peine de mort.

[10] ↑ Chiffres du Bureau of Justice Statistics.

[11] ↑ B. WESTERN, *Punishment and Inequality in America*, Russell Sage, New York, 2006.

[12] ↑ Dernier chiffre, que j'ai dû relire deux fois tant il paraît invraisemblable : un homme noir né entre 1965 et 1974 et n'ayant pas fini son lycée avait, à trente-quatre ans, 58,9 % de chances d'avoir un jour été incarcéré. Cela rend la prison plus probable que le mariage !

[13] ↑ Ce processus d'accumulation et d'amplification des discriminations est souvent appelé *cumulative disadvantage*. Voir par exemple les travaux de Rebecca BLANK, notamment « Tracing the economic impact of cumulative discrimination », *The American Economic Review*, vol. 95, n° 2, 2005, p. 99-103.

[14] ↑ S. ANWAR, P. BAYER et R. HJALMARSSON, « The impact of jury race in criminal trials », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 127, n° 2, 2012, p. 1017-1055.

[15] ↑ M. SCHANZENBACH, « Racial and sex disparities in prison sentences : The effect of district-level judicial demographics », *The Journal of Legal Studies*, vol. 34, n° 1, 2005, p. 57-92.

[16] ↑ F. JOBARD, R. LÉVY, J. LAMBERTH et S. NÉVANEN, « Mesurer les discriminations selon l'apparence. Une analyse des contrôles d'identité à Paris », *Population*, vol. 67, n° 3, 2012, p. 423-451.

[17] ↑ Voir notamment les travaux de Didier FASSIN et, en particulier, *L'Ombre du monde. Une anthropologie de la condition carcérale*, Seuil, Paris, 2015.

[18] ↑ Voir notamment F. JOBARD et S. NÉVANEN, « La couleur du jugement. Discriminations dans les décisions judiciaires en matière d'infractions à agents de la force publique (1965-2005) », *Revue française de sociologie*, vol. 48, n° 2, 2007, p. 243-272, fondé sur 680 décisions pour outrage et rébellion rendues dans un tribunal français, précisément codées.

[19] ↑ F. CASSAN (dir.), *L'Histoire familiale des hommes détenus*, Insee, « Synthèses », n° 59, 2002.

[20] ↑ L'échantillon contient les procès en première instance et en appel.

[21] ↑ Il est important de garder en tête que ces chiffres sont « indicatifs » et dépendent de la façon dont on agrège les catégories. Ici, les atteintes aux biens rassemblent les vols et les escroqueries (mais pas les destructions) ; les violences contiennent les violences sexuelles, parfois comptées à part.

[22] ↑ « Black men sentenced to more time for committing the exact same crime as a white person, study finds », *The Washington Post*, 16 novembre 2017.

[23] ↑ R. IVANDIC, T. KIRCHMAIER et S. J. MACHIN, « Jihadi attacks, media and local hate crime », *CEP Discussion Paper*, n° 1615, 2019.

[24] ↑ M. SHAYO et A. ZUSSMAN, « Judicial ingroup bias in the shadow of terrorism », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 126, n° 3, 2011, p. 1447-1484.

[25] ↑ B. MCCONNELL et I. RASUL, « Contagious animosity in the field : Evidence from the Federal Criminal Justice System », *Journal of Labor Economics*, vol. 39, n° 3, 2021, p. 739-785.

[26] ↑ Le Pew Research Center estime la proportion de musulmans au sein de la population des États-Unis à 0,8 %. Cette même proportion est nettement plus élevée en Europe : 4,6 % au Royaume-Uni, 5 % en Allemagne, 7,5 % en France, par exemple.

[27] ↑ Restreindre l'analyse aux crimes commis avant permet d'éviter que les résultats soient « bruités » par un changement de nature des infractions. En effet, comme on l'a dit plus haut, les attentats entraînent souvent une recrudescence de crimes haineux. Comparer les peines d'infractions commises avant ou après les attentats reviendrait à comparer des infractions potentiellement différentes en moyenne.

[28] ↑ Une littérature considérable est consacrée à ces sujets, en économie et dans l'ensemble des sciences sociales. Pour l'économie, Marianne BERTRAND a rédigé un

très intéressant chapitre d'ouvrage sur les nouvelles recherches sur la question : « New perspectives on gender », in O. ASHENFELTER et D. CARD (dir.), *Handbook of Labor Economics*, Elsevier, Amsterdam, 2001, vol. 4b, p. 1543-1590.

[29] ↑ *Femmes et hommes, l'égalité en question*, Insee Références, édition 2017.

[30] ↑ Les femmes représentent, par exemple, entre 2 % et 9 % de la population carcérale de n'importe quel pays du monde : <http://www.prisonstudies.org/news/more-700000-women-and-girls-are-prison-around-world-new-report-shows> >.

[31] ↑ N. CAMPANIELLO et E. GAVRILOVA, « Uncovering the gender participation gap in crime », *European Economic Review*, n° 109, 2018, p. 289-304.

[32] ↑ « Les niveaux d'usage des drogues illicites en France en 2017 », OFDT, tendance n° 128.

[33] ↑ L'écart est plus grand pour les autres substances, mais les comportements sont plus marginaux. Par exemple, les hommes sont quatre fois plus nombreux à avoir essayé le crack, mais cela représente « seulement » 1,1 % d'entre eux contre 0,3 % de femmes.

[34] ↑ T. BEATTON, M. P. KIDD et S. MACHIN, « Gender crime convergence over twenty years : Evidence from Australia », *European Economic Review*, vol. 109, 2018, p. 275-288.

[35] ↑ L'échantillon contient les procès en première instance et en appel. Les procédures simplifiées et les compositions pénales, qui ne peuvent aboutir à des peines de prison, sont exclues de l'analyse.

[36] ↑ A. BINDLER et R. HJALMARSSON, « The persistence of the criminal justice gender gap : Evidence from 200 years of judicial decisions », *Journal of Law & Economics*, vol. 63, n° 2, 2020, p. 297-339.

[37] ↑ A. PHILIPPE, « Gender disparities in sentencing », *Economica*, vol. 87, n° 348, 2020, p. 1037-1077.

[38] ↑ Même peine de sursis avec mise à l'épreuve dans 84 % des cas, même peine de sursis simple dans 67 % des cas et même amende dans 96 % des cas.

[39] ↑ Y. DEMOLI et L. WILLEMEZ, « Les magistrats : un corps professionnel féminisé et mobile », *Infostat Justice*, n° 161, 2018.

[40] ↑ A. N. GLYNN et M. SEN, « Identifying judicial empathy : Does having daughters cause judges to rule for women's issues ? », *American Journal of Political Science*,

vol. 59, n° 1, 2015, p. 37-54.

7. Dans la tête des juges

En 1974 paraissait dans la prestigieuse revue *Science* « Judgment under uncertainty : Heuristics and biases ^[1] » de Daniel Kahneman (prix Nobel d'économie en 2002) et Amos Tversky. Cinq ans plus tard, en 1979, les deux chercheurs publiaient « Prospect theory : An analysis of decision under risk ^[2] ». Ces deux articles sont, encore aujourd'hui, parmi les plus cités de la littérature économique ^[3]. Ils sont à l'origine d'une nouvelle branche de la discipline : l'économie comportementale. Ce champ de recherche a constitué une rupture avec la façon de penser les comportements. Alors que les économistes modélisaient principalement les humains comme des acteurs rationnels prenant des décisions tendant à maximiser leur bien-être – leur « utilité » –, Kahneman et Tversky ont présenté dans leurs travaux un ensemble d'expériences (principalement en laboratoire) mettant en évidence des biais de raisonnement manifestes, des erreurs de logique, des réactions contradictoires face à des cas aux conséquences similaires mais présentés différemment.

Dans les années 1970, on savait évidemment déjà que les individus font parfois des choix incohérents avec leurs objectifs. Cependant, les économistes s'attachaient davantage à comprendre la rationalité des décisions et, en matière d'« incohérence », les recherches menées alors portaient plutôt

sur les problèmes d'information ^[4]. On refusait en outre de partir du principe que les individus sont ignorants ou idiots, ou encore qu'ils ne s'adaptent pas aux changements politiques, économiques et sociaux ^[5]. De ce point de vue, l'économie comportementale n'a pas découvert l'existence de hiatus entre choix et objectifs. Elle en a en revanche structuré l'analyse. Elle a identifié des situations dans lesquelles nos raisonnements sont presque systématiquement pris en défaut et a expliqué certains mécanismes de ce phénomène. Les « erreurs » sont devenues des « biais ».

Pour schématiser les mécanismes de décision et appréhender les biais cognitifs, Daniel Kahneman a proposé de considérer nos processus de pensée comme structurés autour de deux systèmes : l'un intuitif, rapide, inconscient, prenant la majorité des décisions et sujet à de nombreuses erreurs (le système 1) ; l'autre conscient, lent, demandant un effort de concentration, mobilisé seulement en cas de nécessité (le système 2) ^[6]. Une des premières illustrations présentées dans l'ouvrage repose sur des énoncés du type :

« 5 machines fabriquent 5 badges en 5 minutes. Combien de temps faut-il à 100 machines pour fabriquer 100 badges ? »

« Une batte et une balle coûtent 11 euros. Sachant que la batte coûte 10 euros de plus que la balle, combien la balle coûte-t-elle ? »

On voit ici le problème. À la lecture de ces questions, des réponses intuitives, immédiates, nous viennent à l'esprit :

100 minutes, 1 euro. Évidemment, ces réponses sont fausses, mais cela nous demande du temps et des efforts (et la prise en compte du fait que, si la question est posée, c'est qu'elle contient un piège) pour nous en rendre compte. On retrouve alors les deux systèmes évoqués par Kahneman.

Les jugements pénaux, situations de prise de décision par excellence, n'échappent pas aux biais mis en évidence par l'économie comportementale. Les verdicts peuvent alors se retrouver affectés non par la loi, non par les circonstances du procès ou les caractéristiques des participants, mais bien par les erreurs de logique ou les systématismes de raisonnement des juges.

De regrettables erreurs de logique

Sally Clark est une avocate anglaise. En 1996, elle accoucha d'un premier enfant qui mourut en bas âge. On diagnostiqua alors un syndrome de mort subite du nourrisson. Quelques mois plus tard, les Clark conçurent un deuxième enfant qui naquit en 1997. Malgré un suivi médical renforcé, il mourut également en bas âge. À l'horreur de perdre deux enfants s'ajouta, pour Sally, celle d'être accusée de les avoir tués. Son procès eut lieu en 1999. Au cours de celui-ci, l'accusation fit comparaître comme expert sir Roy Meadow, médecin pédiatre. Il déclara : « Des études statistiques ont montré que la probabilité que la mort

subite du nourrisson survienne dans une famille comme celle des Clark est de 1 sur 8 543, ce qui signifie que la probabilité que deux morts subites surviennent dans la même famille est égale au carré de ce chiffre, soit environ une chance sur 73 millions ^[7]. » Ce témoignage fut interprété comme une quasi-condamnation : l'accusée avait, selon l'expert, une chance sur 73 millions d'être innocente !

Sally Clark fut condamnée en novembre 1999. La peine fut confirmée en appel un an plus tard et la Chambre des lords rejeta la possibilité d'un second appel. Il fallut attendre 2003 pour que Sally Clark soit innocentée et libérée de prison, après trois ans d'enfermement. Entre-temps, la mobilisation de ses proches avait permis de mettre en évidence les inégalités d'information entre les parties du procès (un rapport médical concluant à la mort naturelle du second enfant n'avait pas été donné à la défense) et la prestigieuse Royal Statistical Society avait diffusé un communiqué pointant les erreurs d'utilisation des statistiques lors du procès.

Cette histoire choque parfois pour une raison différente de celle pour laquelle je la raconte ici. En effet, certaines personnes font part de leur incompréhension face à l'usage d'un argument probabiliste dans un procès. Comment peut-on condamner une personne simplement parce que les probabilités jouent contre elle ? Ne doit-on pas prouver qu'elle a tué ses enfants plutôt que de simplement montrer que « les morts ne peuvent être dues au hasard » ? Une chance sur 73 millions, c'est très, très peu, mais cela signifie que l'événement est possible...

Évidemment, il ne s'agissait pas du seul élément mentionné pendant le procès, et les arguments médicaux ou la psychologie de Sally Clark ont également été discutés. Cependant, même sans rentrer dans les autres arguments exposés, il est intéressant de noter que les probabilités sont presque toujours présentes et prises en compte lors d'un procès, même s'il est peu fréquent qu'elles le soient de manière aussi transparente (et abrupte) que dans le cas de Sally Clark. Un expert balistique décrit les trajectoires les plus probables, mais cela reste des conjectures ; la comparaison de deux ADN n'est jamais parfaite et les séquences retrouvées sur une scène de crime et sur un suspect ne sont que plus ou moins probablement les mêmes ; une personne qu'un témoin a identifiée alors qu'elle tenait un couteau pouvait toujours être en train de préparer des sushis, bien que cela soit peu probable si la victime poignardée gisait à ses pieds, etc. En France, on demande aux juges de condamner l'accusé lorsqu'ils ont acquis l'« intime conviction » qu'il est coupable. La formule sonne comme une certitude. Aux États-Unis, le précepte est moins catégorique : on attend d'eux qu'ils se soient forgé une opinion *beyond a reasonable doubt*, « au-delà d'un doute raisonnable ». Le doute existe toujours. Il n'est pas nié. Simplement, il arrive un moment où les juges, professionnels ou jurés, considèrent ce doute comme très faible. La probabilité de se tromper devient négligeable, et l'accusé se transforme en coupable.

Que vous soyez ou non convaincus par cet aspect statistique, le problème qui nous intéresse ici est plutôt le suivant : les chiffres présentés par Roy Meadow sont faux et ils donnent une

perception déformée de l'affaire. Deux erreurs, une grosse et une énorme, se sont glissées dans son exposé.

Non-indépendance des événements

Commençons par la première. Si la probabilité d'un syndrome de mort subite du nourrisson est de 1 sur 8 543, la probabilité que deux enfants d'une même fratrie en soient successivement victimes est-elle de 1 sur $8\,543 \times 8\,543$, soit 1 sur 73 millions ? La réponse est non. Ce calcul n'aurait été juste que si les syndromes de mort subite du nourrisson étaient des événements « indépendants ». Ce terme mathématique désigne des événements qui n'ont pas d'influence l'un sur l'autre, dont les probabilités n'interfèrent pas. Dans le cas du syndrome de mort subite du nourrisson, cela signifierait que le fait qu'il y ait eu un cas dans une famille ne change rien à la probabilité qu'il y en ait un deuxième.

Prenons un exemple simple pour illustrer plus clairement la notion d'« indépendance » en mathématiques. En France, la probabilité d'être blond est de 1 sur 10 (10 % donc). Si on prend deux Français au hasard dans la population, la probabilité d'avoir deux blonds est de 1 sur 10 $\times$ 1 sur 10 (soit 1 sur 100). Les événements sont indépendants, les deux personnes n'ont rien à voir l'une avec l'autre et on multiplie simplement les

probabilités de chaque blondeur pour savoir quelle est la probabilité d'une « double blondeur ».

Imaginons maintenant que l'on tire au sort une personne dans la population, puis qu'on tire au sort une autre personne au sein de sa famille (au lieu d'une autre personne au hasard dans la population). Le premier individu choisi a une chance sur dix d'être blond. À ce niveau-là, rien ne change. En revanche, si cette première personne est blonde, la probabilité que la seconde soit blonde est-elle encore de 1 sur 10 ? Il n'y a pas besoin d'être un fin statisticien pour savoir que non. Si je suis blond, il est probable que mes frères, mes sœurs ou encore mes parents le soient aussi. Mes parents m'ayant transmis des gènes de « blondeur », il y a de bonnes chances pour que ces gènes s'expriment chez eux aussi. De même, ces gènes ont une forte probabilité d'avoir été transmis à mes frères et sœurs. De façon générale, la probabilité pour qu'un membre de ma famille pris au hasard soit blond est bien supérieure à 1 sur 10 et, au final, la probabilité d'avoir deux blonds dans le tirage est alors bien plus élevée que les 1 % du premier cas. Dans ce second tirage, les deux événements ne sont pas indépendants et on ne peut pas multiplier les probabilités entre elles.

La définition du syndrome de mort subite du nourrisson n'est pas très précise et on utilise ce terme pour désigner les décès inexpliqués d'enfants de moins d'un an. Néanmoins, ces drames surviennent probablement soit en raison de prédispositions génétiques, soit à cause d'éléments de l'environnement non identifiés. Or deux frères ont des terrains génétiques proches,

puisque'ils ont les mêmes parents, et des environnements similaires, puisqu'ils vivent au même endroit avec les mêmes personnes (le plus souvent). Dans ces conditions, si un premier décès survient, la probabilité d'en déplorer un second est bien plus élevée puisque les paramètres importants sont similaires.

Dans un article de 2004, le professeur de mathématiques Roy Hill calculait que la probabilité d'un second syndrome de mort subite du nourrisson après un premier était dix fois supérieure à la probabilité de départ ^[8]. Même en reprenant les chiffres de l'expert présent au procès – chiffres qui ont été discutés par la suite et semblent plutôt sous-estimer la probabilité du syndrome –, on se retrouve avec une probabilité de double décès naturel de l'ordre de 1 sur 7 millions. Cela reste une probabilité faible, mais avec près de 700 000 naissances par an au Royaume-Uni, il n'est pas surprenant que cela se produise à intervalle régulier dans une famille.

Sophisme du procureur

La seconde erreur est en réalité beaucoup plus grave. On peut la résumer ainsi : la probabilité de 1 sur 73 millions, même si elle était correctement calculée, n'a aucun intérêt. Dans le cadre du procès, la probabilité que deux enfants meurent de mort naturelle dans une famille où deux enfants sont nés ne nous intéresse pas. Pas plus d'ailleurs que la probabilité que deux

enfants soient tués par leurs parents dans une famille où deux enfants sont nés. Dire que « la probabilité qu'une mère tue ses deux enfants est de 1 sur 400 millions » ne serait pas davantage un bon argument pour défendre l'innocence de Sally Clark que la probabilité de double mort subite du nourrisson ne l'était pour justifier sa condamnation.

Dans le cadre du procès, on *sait* que deux enfants sont morts. La seule probabilité (peut-être) intéressante serait celle que deux enfants soient morts de mort naturelle *dans les familles où deux enfants sont morts*. C'est ce qu'on appelle en mathématiques une probabilité conditionnelle et c'est une question tout à fait différente de celle évoquée au procès. Dans la statistique présentée par l'expert, on compare le nombre de doubles décès naturels par rapport au nombre de fois où les enfants ont survécu (et le nombre de fois où il n'y a qu'un enfant qui décède). Le premier chiffre est heureusement petit par rapport au second et on arrive à une probabilité très faible, mais on compare alors une possibilité réelle – la double mort naturelle – à un événement dont on sait déjà qu'il n'est pas advenu – les enfants ont grandi en bonne santé. Dans le cas de Sally Clark, deux possibilités seulement existent : les nouveau-nés ont été assassinés ou ils sont morts naturellement. Certes, le double syndrome du nourrisson est peu probable, mais le double homicide l'est également. La seule question statistique éventuellement pertinente est de savoir lequel de ces deux événements est le plus rare. Dans son article publié en 2004, Ray Hill évaluait la probabilité de double syndrome de mort subite comme étant 4,5 à 10 fois plus grande que celle d'un

double meurtre. Si l'on considère ce chiffre comme réaliste, cela donne donc une probabilité que les enfants soient morts « naturellement » comprise entre 81 % et 91 %. On est alors très loin de la « chance sur 73 millions » avancée par l'expert.

Négligence des probabilités de base

Le cas de Sally Clark est dramatique. D'autres fautes de logique, souvent fondées sur une mauvaise interprétation des statistiques et aboutissant à des erreurs judiciaires, ont pu être documentées ^[9]. Cependant, monter en généralité et systématiser l'étude de ces types d'errements est difficile. L'oralité des débats et l'absence d'enregistrement empêchent de connaître précisément les arguments avancés et la façon dont les raisonnements se construisent dans la majorité des procès.

Compte tenu de ces difficultés, les recherches portant sur les erreurs logiques dans le cadre des jugements se sont souvent reportées, faute de mieux, sur des études à partir de cas fictifs et de questionnaires. Utiliser des reconstitutions pour étudier les déterminants des décisions de justice n'est pas très satisfaisant dans la mesure où les conditions du procès ont justement vocation à s'éloigner des conditions normales de prise de décision (un problème similaire à celui des sondages, sur lesquels nous reviendrons). Cependant, pour le type de questions qui nous intéresse ici, l'outil peut s'avérer intéressant.

En effet, il ne s'agit pas tant de mesurer si les personnes en position de juger prennent en compte tel ou tel élément (le genre, le contexte, etc.), mais de déterminer s'ils sont perméables à certains types d'erreurs. Ce qui nous intéresse alors n'est pas le résultat mais le processus : le raisonnement plutôt que le verdict. Dans la mesure où l'on peut déterminer que certains arguments sont objectivement faux, les recherches fondées sur des cas fictifs permettent de savoir si, hors des conditions particulières d'un procès réel, les magistrats sont perméables à certaines erreurs. Peut-être sont-ils plus attentifs dans des conditions « réelles » mais au moins cela permet-il de fixer un premier jalon.

Ce type de travail a été réalisé par Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski et Andrew Wistrich à l'occasion d'un congrès de magistrats en Floride en 2006 ^[10]. Pendant ce rassemblement, les chercheurs ont fait passer un questionnaire permettant de tester certaines erreurs logiques. Voyons donc quelques questions. La première qui va nous intéresser est la suivante :

Un passant a été heurté violemment par une barrière métallique en passant devant un entrepôt. Le plaignant accuse l'entreprise propriétaire de l'entrepôt d'avoir mal sécurisé la barrière. Afin de déterminer l'origine de l'accident, une expertise est demandée. Les inspecteurs déterminent que :

1) une barrière mal sécurisée a 90 % de chances de tomber ;

2) une barrière correctement sécurisée a 1 % de chances de tomber ;

3) les ouvriers sécurisent mal les barrières dans 1 cas sur 1 000.

Quelle est la probabilité que le plaignant ait été blessé à cause d'un défaut de sécurité ?

a) entre 0 % et 25 % ;

b) entre 26 % et 50 % ;

c) entre 51 % et 75 % ;

d) entre 76 % et 100 %.

Comme dans les exemples de Kahneman et Tversky, la réponse intuitive et la bonne réponse diffèrent. Spontanément, la plupart des gens penchent pour la solution d : la probabilité d'un défaut de sécurité doit être comprise entre 76 % et 100 %. Cette réponse est intuitive car nous avons tendance à ignorer ce qu'on appelle les probabilités de base. Ici, on se focalise sur le fait que les barrières mal sécurisées ont beaucoup plus de chances de tomber que les autres, en l'occurrence 90 fois plus (informations 1 et 2). Cela revient à ignorer la troisième information dont on ne sait trop que faire. Pourtant, celle-ci est fondamentale.

Imaginons 10 000 barrières. Selon l'information 3, 1 sur 1 000 est mal sécurisée. On a donc 10 barrières mal sécurisées et

9 990 bien sécurisées. Selon l'information 1, 9 des 10 barrières mal sécurisées vont tomber (90 %). Selon l'information 2, 1 % des barrières bien sécurisées vont tomber. 1 % de 9 990, cela fait 99,9 barrières, que l'on peut arrondir à 100. Au total, on aura donc $100 + 9 = 109$ barrières qui vont tomber, dont seulement 9 avaient été mal sécurisées. Quand une barrière tombe, la probabilité qu'elle ait été mal sécurisée au départ est ainsi de 8,3 %. Loin de la fenêtre 76-100 % donc.

Comment les magistrats participant au congrès de Floride s'en sont-ils sortis ? 40 % ont choisi la bonne réponse (0-25 %), 40 % la réponse intuitive (76-100 %) et 20 % une autre réponse. 60 % d'entre eux ont donc mal évalué la probabilité de responsabilité de l'entreprise.

On retrouve ici une erreur proche de celle observée dans le cas de Sally Clark – dans des cas fictifs mais avec une mesure systématique –, à savoir la prise en compte de certains éléments seulement dans un problème de probabilité. Les faits, une fois exposés, distordent la manière d'aborder les statistiques et conduisent à des raisonnements faux.

Il ne s'agit pas de blâmer les magistrats : avant de l'avoir vu expliqué, la plupart d'entre nous sommes sujets au biais de négligence des probabilités de base. Guthrie et ses coauteurs notent par exemple que, dans une enquête similaire, seuls 20 % des médecins avaient trouvé une réponse correcte. Les magistrats interrogés ne s'en sortent donc pas si mal, mais la proportion d'erreurs n'en est pas moins inquiétante au sein

d'une population chargée de prendre des décisions aussi lourdes de conséquences.

Systematismes et biais cognitifs

Considérer que deux événements corrélés sont indépendants, se focaliser sur des probabilités inutiles ou négliger les probabilités de base sont des fautes logiques. Des cas où l'on peut démontrer que le raisonnement ne tient pas. Cependant, ce n'est pas la seule forme de biais cognitif. Bien que procédant du même mécanisme – en général inconscient –, certains biais ne consistent pas en des erreurs manifestes mais plutôt en des systematismes aboutissant à prendre des décisions qui penchent toujours dans un sens sans que l'élément pris en compte soit pertinent. Même s'il n'y a pas d'erreur à proprement parler, des justiciables se trouvent alors jugés de manière différente pour des raisons qui n'ont que peu à voir avec leur affaire. Illustrons.

Poser l'ancre ne permet pas d'arriver à bon port

Les questionnaires diffusés par Guthrie et ses coauteurs aux juges floridiens n'étaient en réalité pas tous les mêmes. Pour certaines questions, les chercheurs avaient fait varier la description du cas. Ainsi, la moitié des juges ont reçu le texte suivant :

Imaginez que vous présidiez un cas d'accident de la route au cours duquel un enseignant de trente et un ans a été percuté par un camion. La victime a eu trois côtes brisées et des blessures sévères au bras. Elle a dû être hospitalisée une semaine, et arrêtée pour six semaines. Les blessures au bras étaient si profondes que le membre a dû être amputé. L'avocat demande des dommages et intérêts élevés compte tenu des préjudices irréversibles subis par son client.

Quels dommages et intérêts accorderiez-vous au plaignant ?

Tandis que l'autre moitié des juges ont eu :

Imaginez que vous présidiez un cas d'accident de la route au cours duquel un enseignant de trente et un ans a été percuté par un camion. La victime a eu trois côtes brisées et des blessures sévères au bras. Elle a dû être hospitalisée une semaine, et arrêtée pour six semaines. Les blessures au bras étaient si profondes que le membre a dû être amputé. L'avocat demande 10 millions de dollars de dommages et intérêts compte tenu des préjudices irréversibles subis par son client.

Quels dommages et intérêts accorderiez-vous au plaignant ?

La différence est faible. Elle tient seulement à ce que l'avocat demande, dans le premier cas, des « dommages et intérêts élevés » et, dans le second, « 10 millions de dollars ». Ce chiffre a été choisi par les chercheurs car il est nettement supérieur aux montants attribués pour ce type de cas dans le contexte floridien. Une différence minime... qui a eu des conséquences énormes sur les réponses. La moyenne des montants accordés par les juges ayant reçu le premier questionnaire est de 808 000 dollars, contre 2,2 millions pour ceux ayant reçu le second type de questionnaire. Un triplement des dommages et intérêts !

Le phénomène mesuré par cette expérience est peut-être le plus célèbre des biais cognitifs. C'est en tout cas un des plus fiables et solides tant il a été fréquemment observé. On l'appelle le « biais d'ancrage ». Il consiste à prendre un nombre suggéré ou simplement présent dans l'environnement comme point de départ d'une réflexion visant à estimer une quantité inconnue.

On doit sa découverte à Daniel Kahneman et Amos Tversky ^[11]. Dans une expérience célèbre, les chercheurs ont truqué une roue de la fortune afin qu'elle tombe systématiquement sur 10 ou 65. Ils ont demandé à des volontaires de la faire tourner avant de les interroger sur la proportion de pays africains parmi les pays de l'ONU. La plupart des gens ignoraient totalement la réponse et devaient l'estimer. Évidemment, la roue de la fortune n'avait aucun rapport avec la question et il ne faisait aucun doute que son résultat ne fournissait pas d'information utile. Pourtant, les participants tombant sur le

nombre 10 estimaient (en moyenne) que 25 % des pays de l'ONU étaient des pays africains, contre 45 % pour ceux qui tombaient sur 65. L'expérience est ici parfaite dans la mesure où elle met en évidence l'influence d'un chiffre de l'« environnement », celui déterminé par la roue de la fortune, sur une évaluation dénuée de lien avec l'issue de la loterie. La roue fournit ce qu'on appelle une « ancre », un chiffre qui servira de base de raisonnement ^[12].

Il existe plusieurs explications au phénomène d'ancrage. L'une d'entre elles (peut-être la plus pertinente dans le cas des décisions de justice) est que, face à une question dont nous ignorons la réponse, nous partons du premier chiffre qui nous vient à l'esprit et nous l'ajustons dans le sens qui nous semble le plus pertinent. Dans le cas de l'expérience de Kahneman et Tversky, la moitié des candidats seraient ainsi « partis » de 10 %, l'ancre fournie par la roue. Le chiffre paraissant trop faible, ils l'auraient ajusté à la hausse : 11 % ? Mesquin ! 12 % ? Encore insuffisant ! Etc., jusqu'à s'arrêter à 25 %, non pas parce que c'était la meilleure estimation, mais simplement parce que c'était le premier chiffre crédible qu'ils envisageaient. Les candidats tombés sur 65 auraient suivi le même processus en sens inverse.

L'ancre n'est pas nécessairement un chiffre sans rapport avec la question. Dans le cas de l'expérience de Floride, l'ancre est le chiffre de 10 millions. Ce chiffre a bien un rapport avec le problème des dommages et intérêts, mais il est nettement plus élevé que les montants généralement attribués. On parle donc

d'ancre haute. On aurait aussi pu imaginer introduire dans l'expérience l'avocat des assurances qui, lui, aurait logiquement cherché à introduire une « ancre basse » en proposant par exemple 100 000 dollars de dommages et intérêts.

Le biais d'ancrage semble particulièrement important, et éventuellement problématique, dans le cas des décisions pénales pour au moins deux raisons. La première est que les juges passent leur temps à estimer des quantités pour lesquelles il n'y a pas de « bonne réponse ». Tel justiciable mérite-t-il un mois de prison ferme ? deux mois ? un mois ferme et un mois de sursis ? Dans le fond, personne n'en sait rien et, on l'a vu, la loi ne fournit qu'un cadre lâche.

La seconde raison est avancée par Julien Goldszlagier, magistrat français, dans un article de la revue de l'École de la magistrature ^[13]. Son argument est le suivant : le biais d'ancrage est particulièrement problématique dans le contexte du procès pénal en raison de l'ordre de la procédure. En effet, à la fin des débats, le président donne d'abord la parole au procureur pour son réquisitoire, puis à la défense pour sa plaidoirie. Cet ordre a été conçu pour favoriser la défense. Dans la mesure où elle s'exprime en dernier, elle peut répondre aux arguments de l'accusation et laisser la dernière impression aux juges. Il s'agit d'un avantage indéniable, en particulier lorsqu'il s'agit de débattre de la culpabilité d'une personne. C'est aussi une conséquence logique du principe selon lequel c'est à l'accusation de démontrer la culpabilité et non à la défense de prouver l'innocence. Si l'avocat s'exprimait en premier, il

devrait non pas prouver que son client n'a rien fait (il n'a pas la charge de la preuve), mais casser les arguments l'accablant, arguments qui n'auraient pas encore été présentés par le procureur. Cela n'aurait que peu de sens et il est donc logique que le procureur s'exprime en premier.

Cependant, en réalité, la culpabilité est rarement l'objet des débats. En France, seules 5 % des personnes mises en cause sont relaxées par le tribunal correctionnel ^[14]. Une large part des 95 % de personnes restantes admettent totalement ou partiellement les faits. Aux États-Unis, 94 % des condamnés par les tribunaux fédéraux le sont dans le cadre d'une procédure de « plaider coupable ». Si l'enjeu du procès consiste rarement à établir la culpabilité, que reste-t-il à apprécier ? La gravité des faits, la personnalité de la personne mise en cause, les raisons qui ont dicté son acte... Des paramètres qui doivent être pris en compte dans l'évaluation de la sanction mais qui ne sont pas facilement quantifiables. Dans ce contexte, être le premier à fixer l'ancre est potentiellement un avantage important. Le procureur se retrouve en position de poser le repère, de proposer une peine à partir de laquelle la défense va devoir se positionner. Être le second à s'exprimer revient à se laisser dicter l'ancre par son adversaire et constitue potentiellement un handicap conséquent.

Assurer les gains, risquer les pertes

Un autre biais connu résulte de la présentation des propositions alternatives. Nous savons tous que la façon dont une question est posée influence la réponse qui lui est apportée. C'est d'ailleurs une des critiques fréquemment énoncées à l'encontre des sondages et autres enquêtes d'opinion^[15]. Dans le cadre d'un procès, la présentation des différentes issues possibles peut fortement varier selon que celles-ci sont présentées comme des gains ou comme des pertes. Prenons un exemple, un peu compliqué, toujours issu de l'enquête sur les juges de Floride. Les auteurs ont exposé le cas civil (états-unien) suivant :

Vous présidez un litige sur une question de propriété intellectuelle. Les deux parties sont des entreprises de taille comparable. Vous estimez qu'en cas de procès le plaignant a environ 50 % de chances d'obtenir les 200 000 dollars qu'il demande et 50 % de chances d'obtenir 0. S'il n'y a pas d'accord avant le procès, vous estimez que les deux parties vont dépenser environ 50 000 dollars en procédure et ces frais ne seront pas compensés.

Les juges étaient ensuite divisés aléatoirement en deux groupes à qui des questions différentes étaient posées :

Groupe 1 : « Vous avez entendu que le défendeur était prêt à offrir 60 000 dollars au plaignant. Conseillez-vous au plaignant d'accepter ? »

Groupe 2 : « Vous avez entendu que le plaignant propose de retirer sa plainte s'il reçoit 140 000 dollars. Conseillez-vous

au défenseur de payer 140 000 dollars ? »

Cette expérience peut sembler étrange tant les deux questions diffèrent. Dans un cas, on conseille le plaignant qui peut gagner beaucoup ; dans l'autre, on conseille la défense qui peut perdre énormément. Que testent donc ces deux questions ? Voyons cela de plus près en regardant ce que peuvent espérer les deux parties.

Si l'on se place du côté du plaignant (groupe 1), un procès coûterait 50 000 dollars de manière certaine et rapporterait 200 000 dollars en cas de victoire, avec une probabilité de 1 sur 2. On peut donc soit gagner 150 000 dollars, si l'on est chanceux, soit perdre 50 000 dollars, si l'on est malchanceux. En moyenne, le gain est de 50 000 dollars ($[150\,000 - 50\,000] \div 2$). La proposition de la défense de clore le procès avec 60 000 dollars est donc une proposition qui permet de gagner 10 000 dollars de plus que la moyenne des options. C'est aussi un résultat certain, en comparaison d'un résultat incertain pouvant être meilleur ou pire.

Si l'on se place du côté de la défense (groupe 2), un procès coûterait 50 000 dollars de manière certaine et éventuellement 200 000 dollars de plus avec une probabilité de 1 sur 2. On peut donc soit perdre 50 000 dollars, si l'on est chanceux, soit perdre 250 000 dollars, si l'on est malchanceux. En moyenne, la perte est de 150 000 dollars ($[-250\,000 - 50\,000] \div 2$). La proposition du plaignant de retirer sa plainte contre 140 000 dollars est donc une proposition qui permet de gagner 10 000 dollars de

plus que la moyenne des options du procès (de ne pas les perdre en l'occurrence). C'est aussi un résultat certain, en comparaison d'un résultat incertain pouvant être meilleur ou pire.

Ces deux descriptions détaillées étant faites, une chose apparaît alors clairement : les deux positions ont beau être tout à fait différentes, les options sont en réalité identiques en ceci qu'elles consistent à choisir entre certitude et aléa, et entre des résultats moyens différents de 10 000 dollars. Dans la mesure où les options sont les mêmes, il devrait donc y avoir à peu près autant de juges conseillant d'accepter la négociation dans le cas 1 que dans le cas 2. Pourtant, les réponses obtenues par les chercheurs ont été largement différentes. Dans le groupe 1, près de 40 % des juges auraient conseillé au plaignant d'accepter les 60 000 dollars. Dans le groupe 2, seuls 25 % des magistrats auraient conseillé au défendeur de payer les 140 000 dollars.

Comment expliquer cette différence et pourquoi est-elle importante ? L'écart entre le groupe 1 et le groupe 2 résulte du fait que la plupart des gens ne se comportent pas de la même façon face au risque de perte et face au « risque » de gain ^[16]. Voulant à tout prix éviter les pertes, nous sommes facilement enclins à choisir une solution risquée, mais qui peut aboutir à une absence de coût. À l'inverse, voulant sécuriser les gains, la plupart d'entre nous avons tendance à préférer la certitude d'un bénéfice modeste à l'aléa du jackpot.

Ce biais a des conséquences évidentes dans les procès civils (comme dans l'expérience de Guthrie et ses coauteurs). En effet, dans ce type de contentieux, il y a en général une personne qui peut perdre de l'argent tandis que l'autre peut en gagner. La première sera plutôt encline à aller au contentieux pour « tenter sa chance de ne rien perdre », tandis que la seconde favorisera spontanément la négociation au préalable. Cette différence de comportement face au risque peut aider à comprendre les échecs fréquents des solutions de médiation. Par exemple, en France, les procédures devant les tribunaux prud'homaux commencent par une tentative de conciliation... qui n'aboutit que dans 5 % des cas ^[17] .

Dans le domaine de la justice pénale, ce biais d'aversion à la perte peut sembler plus lointain. Cependant, on retrouve là aussi plusieurs processus de négociation. Aux États-Unis, un accord entre victime et accusé peut éteindre les poursuites ^[18] et, on l'a évoqué, plus de 90 % des décisions pénales sont issues d'une procédure de plaider coupable. En France, si la négociation entre les parties est limitée, la procédure de « condamnation sur reconnaissance préalable de culpabilité » tend à se banaliser : créée en 2004, elle était utilisée dans 11 % des procès en 2017 ^[19] . Dans ce contexte, l'accusé, qui fait face à un risque de perte important (ici, la perte de sa liberté), va avoir tendance à prendre des risques pour éviter les coûts. Pour rendre le plaider coupable intéressant, et compte tenu des biais, ces procédures doivent donc proposer des peines nettement moins lourdes que celles risquées au procès.

Du passé (ne) faisons (pas) table rase

Les biais que nous avons évoqués jusqu'à présent découlent des caractéristiques des affaires prises isolément. Ils peuvent conduire à des systématismes problématiques ou à des erreurs manifestes. À ces problèmes s'en ajoute un supplémentaire : la plupart des décisions de justice ne sont pas isolées mais s'insèrent dans des séries. En effet, rares sont les situations où un seul dossier va occuper la cour jusqu'à sa dissolution. En France, cela se produit pour quelques affaires particulièrement graves, médiatiques ou complexes, comme les longs procès d'assises pour crime contre l'humanité (ou « complicité de... ») de Maurice Papon ou de Klaus Barbie, ou ceux pour pédophilie et meurtre de Michel Fourniret ou Francis Evrard. Mais, la plupart du temps, les verdicts se succèdent : les audiences s'enchaînent pendant une journée ou un après-midi au tribunal correctionnel, et les cours d'assises s'organisent en sessions au cours desquelles plusieurs affaires sont jugées à la suite. Cette mise en série peut-elle avoir une influence sur les décisions ? Un verdict est-il affecté par celui qui le précède à l'audience ? Et, plus généralement, les expériences passées d'un magistrat, les références, barèmes, niveaux, etc. inconscients qu'il forge au long de sa carrière au gré de ses expériences peuvent-ils affecter sa façon de juger ?

À quoi ressemble le hasard ?

Si l'on prend une pièce de monnaie et que l'on joue cinq fois de suite à pile ou face, quelle séquence a-t-on le plus de chances d'obtenir : pile, face, face, pile, face ; ou pile, pile, pile, pile, pile ?

La première séquence est une alternance de piles et de faces tandis que la seconde est une succession de piles. Spontanément, la première nous semble en général plus probable. C'est ce qu'on appelle le sophisme du joueur (ou l'erreur du parieur) et c'est inexact. Les deux séquences ont en réalité la même probabilité de survenir. Une autre version de cette erreur consiste à penser qu'on a plus de chances d'obtenir « face » si on a précédemment tiré une série de piles. Sauf qu'en réalité les différents tirages sont « indépendants ». Contrairement au cas des morts subites du nourrisson évoqué avec Sally Clark – qui ne sont pas des événements indépendants (si un drame est survenu, la probabilité d'en avoir un deuxième est plus élevée) –, quelle que soit la séquence que l'on a déjà obtenue, il y a exactement une chance sur deux d'obtenir « face » à un nouveau tirage. Les événements passés n'ont pas d'importance.

Bien que ce raisonnement soit assez simple et connu, la plupart d'entre nous sommes sujets à l'erreur du parieur. Quand on tire une mauvaise main au poker, on se dit que la prochaine sera bonne. Quand on corrige une mauvaise copie, on pense que la

suivante sera excellente, etc. Notons – et c’est là que le raisonnement est un peu contre-intuitif – que, après une mauvaise copie, il y a effectivement une forte probabilité que la suivante soit *meilleure*. Mais il n’est pas plus probable qu’elle soit *bonne* dans l’absolu. Prenons un exemple. Imaginons qu’il y a quatre mains possibles au poker : les mauvaises, les moyennes, les bonnes et les très bonnes. À chaque partie, on a 25 % de chances de tomber sur chacun de ces cas. Si l’on tire une mauvaise main, la probabilité que la main suivante soit *meilleure* est élevée. Ce sera le cas si l’on tire une main moyenne, bonne ou très bonne, et cela a 75 % de chances d’arriver ^[20]. Cependant, la probabilité que la main suivante soit bonne ou très bonne reste de 50 %. Le tirage à cette partie n’a pas d’influence sur le suivant.

Le sophisme du joueur conduit à penser qu’un « bon » dossier suivra un « mauvais » dossier. Cette simple erreur d’estimation peut-elle conduire à juger différemment des affaires selon le cas qui les précède ? En pratique, deux problèmes se posent pour répondre à cette question. Premièrement, si une décision sévère suit une décision sévère, cela peut découler d’une influence de la première sur la seconde (selon un mécanisme qui serait en l’occurrence opposé au sophisme du joueur) ou, plus simplement, du fait qu’elles ont été rendues par le même juge et que celui-ci est répressif. Deuxièmement, si les audiences se suivent, rares sont les cas où leur ordre est laissé au hasard. Par exemple, au sein des sessions des cours d’assises pour lesquelles j’ai pu collecter l’ordre de comparution, les dossiers d’homicides volontaires, les plus graves en droit

français, sont plus fréquents à la fin qu'au début. S'ils représentent 16 % des premiers dossiers jugés lors d'une session, ils comptent pour 29 % des quatrièmes affaires entendues. De la même manière, 87 % des premières affaires n'ont qu'un seul accusé, contre « seulement » 75 % des quatrièmes affaires^[21]. Bref, la gravité et la complexité semblent aller croissant. En l'absence d'ordonnancement aléatoire des décisions, il est difficile de mesurer l'influence de la mise en série.

Ce mécanisme a cependant pu être mesuré dans des conditions réelles par Daniel Chen, Tobias J. Moskowitz et Kelley Shue^[22]. Les auteurs se sont intéressés à différentes séries de décisions dans des contextes très différents aux États-Unis : fautes au baseball, prêts accordés par des banques... et attributions du statut de réfugié par les cours du droit d'asile. Aux États-Unis, les décisions concernant les demandes d'asile sont prises par un juge unique. Les cas sont traités les uns après les autres dans l'ordre d'arrivée. Il n'y a pas de tri, pas de regroupement des dossiers similaires, ce qui est très important ici puisque cela permet de considérer l'ordre comme aléatoire. Les auteurs ont rassemblé une base de données importante : 150 000 jugements pris par plus de 350 juges – identifiés pour chaque verdict – entre 1985 et 2013.

Au sein de l'échantillon analysé, les chercheurs ont donc pu comparer les décisions prises *par un même juge* selon que le dossier précédent avait été rejeté ou accepté. En moyenne, les magistrats accordent l'asile dans 29 % des cas. Cependant, ce

taux est notablement plus faible si la précédente décision était positive : 3,3 % moins fréquemment quand le dernier dossier a été jugé le même jour et que le cas est similaire ^[23]. L'effet est encore plus fort s'il y a eu une série de décisions dans le même sens. Il est en revanche moins marqué si le juge a plus d'expérience.

Les résultats obtenus sur les cours du droit d'asile se retrouvent dans les deux autres contextes étudiés par les auteurs. À chaque fois, une décision négative a plus de chances de survenir après une décision positive et inversement. Dans le cas des prêts accordés par les banques, les chercheurs ont même pu mener une expérience : les mêmes dossiers ont été présentés dans un ordre différent (choisi par les chercheurs) à plusieurs agents de crédit. Daniel Chen et ses coauteurs ont donc pu comparer les résultats pour une même demande évaluée après un dossier très solide ou après un dossier bancal. Là encore, le passé importe et ce d'autant plus que le décideur a une expérience limitée.

Si je présente les résultats obtenus par Chen, Moskowitz et Shue comme des illustrations du sophisme du joueur, c'est en grande partie parce qu'il s'agit de l'explication qu'ils privilégient. Cependant, une interprétation alternative (et envisagée par les auteurs eux-mêmes) est possible. Il se peut que les juges soient enclins à rejeter une demande d'asile après en avoir accepté une, non pas en raison d'une prédisposition fondée sur le sophisme du joueur, mais par effet de comparaison. Une des premières démonstrations de ce mécanisme dans un contexte

réel ^[24], quoique trivial, a été fournie par Saurabh Bhargava and Ray Fisman dans le contexte du *speed dating* ^[25]. Avant l'avènement des sites de rencontre, dans la seconde moitié des années 2000, le *speed dating* proposait de faire la connaissance d'une série de partenaires potentiels (amoureux ou sexuels), les uns à la suite des autres, pendant de très courtes durées (quelques minutes en général). À l'issue de chaque rencontre, les deux personnes indiquaient si elles avaient envie de revoir l'autre, et les coordonnées étaient échangées si et seulement si les deux participants le souhaitaient. Le caractère séquentiel, ultrarapide et clairement dirigé vers un objectif précis rend la comparaison des profils assez naturelle. Bhargava et Fisman ont donc cherché à déterminer si les chances de plaire dépendaient de la personne qui précédait et, en particulier, de son attractivité physique. En pratique, ils ont demandé à des assistants de recherche de noter la beauté des participants sur une échelle de 1 à 10, puis ont mesuré les chances qu'une même personne plaise – c'est-à-dire que celle qu'elle rencontre demande ses coordonnées – selon la note de son prédécesseur. Sans surprise, les auteurs ont trouvé que plus la personne précédente était belle, moins les chances de succès étaient grandes.

Ce mécanisme peut également être à l'œuvre dans le cas des résultats obtenus par Chen, Moskowitz et Shue. De même que peu de gens regardent la personne assise à côté de Brad Pitt, il est peut-être plus difficile d'obtenir l'asile lorsque l'on passe après le dossier d'un demandeur à l'histoire particulièrement tragique. En réalité, comparaison et sophisme du joueur

reviennent exactement au même et soulignent l'importance de la mise en série des décisions. La principale différence est théorique et porte sur le moment où se forme le biais. Dans le cas du sophisme du joueur, il se matérialise avant même l'ouverture du dossier et découle juste de la mise en série. Dans le cas du biais de comparaison, il apparaît lorsque le cas étudié est mis en regard de celui qui l'a précédé. Cette différence est peut-être identifiable dans une expérience de laboratoire mais, dans la pratique, il est difficile d'imaginer une « expérience naturelle » qui permettrait de distinguer les deux mécanismes.

Sophisme et cohérence

Il est intéressant de constater que le biais mis en évidence par Chen, Moskowitz et Shue entre en contradiction avec d'autres recherches. En particulier, Anna Bindler et Randi Hjalmarsson ont mesuré la probabilité de condamnation selon le verdict du procès précédent dans le cas de crimes graves, en Angleterre, aux XVIII^e et XIX^e siècles ^[26]. Les autrices trouvent qu'au sein d'une même session les verdicts de culpabilité sont de 6 % à 14 % plus fréquents après une condamnation. Avec une question extrêmement proche, Bindler et Hjalmarsson obtiennent donc des résultats opposés.

Comment expliquer cette opposition ? La réponse la plus honnête est de dire qu'on l'ignore et que de plus amples

recherches sont nécessaires. Cependant, on peut émettre quelques hypothèses. La principale explication avancée par Bindler et Hjalmarsson est que Chen, Moskowitz et Shue identifient un biais, une réaction inconscience, tandis qu'elles-mêmes mettent en évidence un processus réfléchi de mise en cohérence. Cependant, cela ne fait que repousser la question : pourquoi les jurés anglais veilleraient à la cohérence de leurs décisions et ne seraient pas biaisés, tandis que les juges du droit d'asile seraient victimes du sophisme du joueur ? Là encore, nous en sommes réduits à des conjectures, mais plusieurs éléments de réflexion peuvent être avancés. D'une part, les cas criminels sont étudiés au cours d'une audience relativement longue (par rapport à l'examen des demandes d'asile qui dure quelques minutes), ce qui peut atténuer les biais et, au contraire, augmente les chances que la question de la cohérence soit posée. Deuxièmement, les décisions criminelles sont rendues par plusieurs juges, ce qui a les mêmes effets : les biais peuvent être atténués par la délibération collective, et les chances qu'une personne s'interroge sur la cohérence de la cour augmentent. Troisièmement, les juges du droit d'asile prennent beaucoup de décisions dans leur vie. Le fait de maintenir une cohérence à court terme entre deux cas leur semble peut-être moins crucial qu'à des jurés qui sont amenés à ne statuer au total que sur un petit nombre de crimes.

Le poids de l'expérience

Changeons d'échelle. La carrière d'un juge professionnel peut aussi être vue comme une série de décisions. Une série nettement plus longue, certes, mais une série quand même. De ce fait, et de même qu'à court terme une décision peut influencer la suivante, à long terme, dans la vie d'un magistrat, les décisions prises à un instant donné, la façon de faire héritée d'un contexte peuvent affecter durablement, et plus ou moins consciemment, la pratique professionnelle.

Cette influence de long terme est un élément que nous avons cherché à identifier avec Roberto Galbiati, Émeric Henry et David Abrams dans notre étude sur la Caroline du Nord évoquée précédemment ^[27]. Rappelons que dans cet État des États-Unis, les juges doivent changer de tribunal tous les six mois. Ils sont élus à un endroit puis alternent entre leur district d'élection et les autres. En pratique, ils passent environ six mois par an « chez eux » et six mois dans une autre cour. Au chapitre 5, nous avons vu que, lorsqu'ils arrivaient pour la première fois dans une nouvelle juridiction, les magistrats avaient tendance à prendre des décisions assez différentes de celles des « anciens » et que, avec le temps, leurs décisions se rapprochaient de la norme locale jusqu'à ne plus s'en distinguer. Cette évolution met en évidence à la fois l'existence d'une norme locale et son apprentissage.

Mais s'ils ne connaissent pas la norme locale en arrivant, comment les juges décident-ils des peines ? Afin de répondre à cette question, nous avons procédé en deux temps. Pour chaque type de crime et chaque district, nous avons calculé la peine

moyenne prononcée par les « juges expérimentés » – c’est-à-dire ceux ayant déjà passé beaucoup de temps dans la juridiction. Appelons cette moyenne la « norme » pour un type de délit dans un district. Nous avons ensuite regardé les cent premières décisions prises par les juges novices arrivant dans un district pour la première fois. Pour chacune de ces décisions, nous avons mesuré si l’écart entre la peine prononcée et la norme était corrélé à la différence entre la norme locale et la norme dans le district d’origine du juge.

Prenons un exemple. Deux juges, Simon et Garfunkel, viennent d’arriver dans le district 1 et doivent chacun prendre une décision dans un cas de trafic de stupéfiants. En moyenne, les peines pour ce type de délit dans le district 1 sont de vingt-quatre mois. Cela, Simon et Garfunkel ne le savent pas encore vraiment : ils viennent juste de poser leurs valises. Simon vient du district 2, où il a été élu et où les peines pour trafic de stupéfiants sont très différentes : trente-six mois en moyenne. Garfunkel vient, lui, du district 3 où les peines sont plus proches : vingt-six mois en moyenne. Dans la mesure où Simon et Garfunkel n’ont pas eu le temps d’apprendre la norme du district 1 au moment où ils arrivent, leurs peines seront-elles influencées par la norme de l’endroit d’où ils viennent ? Si c’est le cas, on s’attend à ce que la décision de Garfunkel soit assez proche de la norme du district 1 et, à l’inverse, que la décision de Simon soit plus éloignée (et plus sévère).

Ce test est présenté dans la figure 7.1. Chaque barre représente la distance moyenne entre les cent premières peines

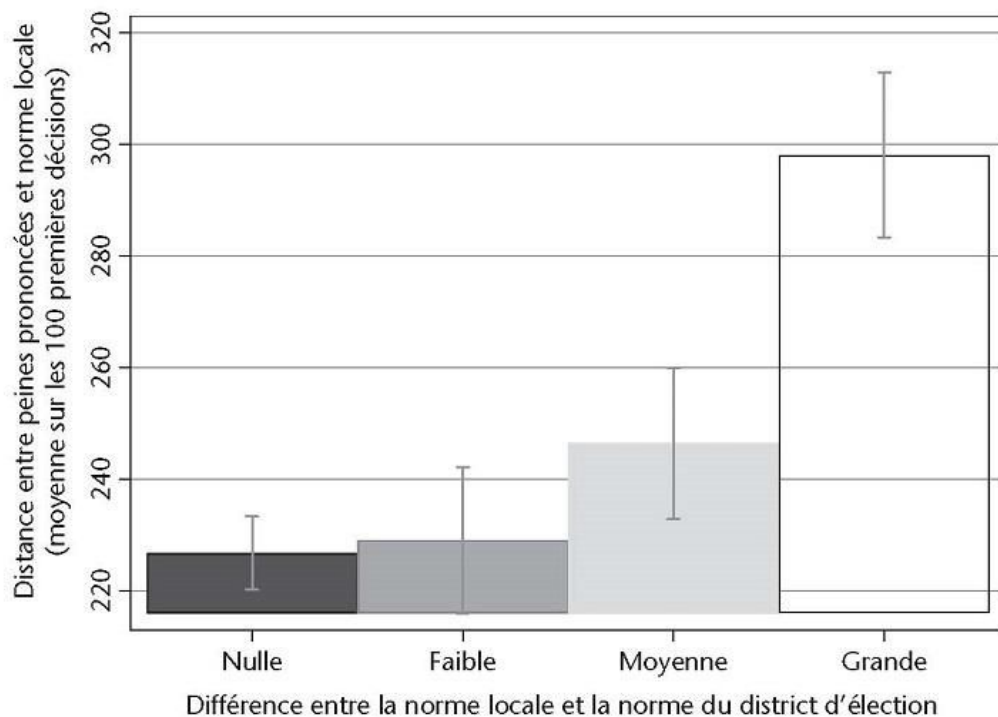
prononcées par un juge et la norme du district (formellement : la valeur absolue de la différence). Plus la « barre est grande », plus les décisions sont différentes de la norme locale. Cette différence est présentée dans quatre situations. La barre la plus à gauche présente la distance moyenne pour les juges élus dans le district. Comme on l’a évoqué dans le premier chapitre de la seconde partie, ces juges connaissent bien la norme locale. La distance moyenne entre leurs décisions et la norme est assez faible. Les trois autres barres, de gauche à droite, présentent les distances moyennes pour des juges dont la norme de référence est un peu, moyennement ou très différente. Pour reprendre l’exemple précédent, la barre la plus à droite contient les décisions de Simon ; tandis que les décisions de Garfunkel sont dans une des barres du centre.

Le résultat de la figure 7.1 est clair : plus la norme du district d’élection d’un juge est différente de celle du district dans lequel il arrive, plus sa décision sera éloignée de cette dernière. Tout se passe comme si, en arrivant dans un nouveau tribunal, les juges, ne sachant quelle est la norme locale – la peine optimale dans ce contexte si on considère les décisions comme très rationnelles –, se fondaient sur leurs expériences passées. L’endroit où ils ont été élus constitue alors leur « option par défaut », le point de référence auquel ils se rattachent, faute de mieux.

Une autre recherche, menée par Adi Leibovitch, vient conforter l’hypothèse d’un biais ^[28]. Cette chercheuse s’est intéressée aux décisions prises par de nouveaux juges en Pennsylvanie

entre 2001 et 2012. Dans cet État, les magistrats se voient assigner des cas de manière aléatoire. De ce fait, à long terme, la gravité moyenne des affaires qu'ils ont à juger est la même. Cependant, au hasard des dossiers, certains commencent leur carrière avec des crimes particulièrement graves, d'autres avec des cas qui le sont relativement peu (et la majorité d'entre eux ont un mixte des deux) ^[29]. C'est cette différence initiale qui a intéressé Adi Leibovitch. Elle a commencé par identifier ces juges ayant eu, au gré des circonstances, des débuts de carrière extrêmes dans un sens ou dans l'autre. Elle les a ensuite assortis par paire, mettant ensemble deux juges du même district, ayant commencé la même année, mais dont l'un avait été confronté à des affaires particulièrement graves à ses débuts et l'autre à des affaires sans commune mesure. Enfin, elle a confronté leurs décisions une fois ces premiers temps passés, plus loin dans leur carrière, à une période où les magistrats avaient été, en moyenne, confrontés aux mêmes cas. Pour schématiser à outrance, imaginez les juges Jack et John. Jack s'est, par hasard, retrouvé à ne juger que des vols avec arme et violence pendant les deux premiers mois de sa carrière, tandis que John n'a eu, lui, qu'à statuer sur des petits vols à la tire pendant la même période. Le reste de l'année, Jack et John ont jugé un mixte de vols de toutes sortes. La question de Leibovitch est alors : les décisions de Jack et John après les deux premiers mois sont-elles les mêmes ? Et la réponse est non. Plus les premiers cas étaient graves, moins les peines sont lourdes à moyen terme. Cet effet tend à diminuer avec le temps.

Figure 7.1. Distance moyenne entre les cent premières décisions prises par un juge et la norme locale, selon que le juge est dans son district d'élection (en noir), dans un district où la norme est proche (gris foncé), moyennement éloignée (gris clair) ou très éloignée (transparent) de celle de son district d'élection



Source : North Carolina Administrative Office of the Courts.

À une autre échelle, Adi Leibovitch retrouve donc l'effet mesuré sur les cours du droit d'asile (et sur les agents de crédit) : une décision dans un sens à un moment donné augmente la probabilité d'une décision dans l'autre sens ultérieurement. Cependant, ici, on ne peut plus l'attribuer au sophisme du joueur, dans la mesure où les jugements ne se suivent pas

nécessairement. On ne sera alors pas surpris d'apprendre que l'autrice avance l'autre mécanisme qui pouvait expliquer le phénomène : celui de la comparaison. Plus les premiers cas étaient sévères, plus les nouvelles affaires apparaissent comme mineures en comparaison et, donc, plus les peines sont faibles.

Les erreurs systématiques de jugement et autres biais cognitifs sont nombreux. D'autres auraient pu être évoqués ici : biais d'excès de confiance – qui conduit 87,7 % des magistrats enquêtés en Floride à penser qu'ils sont moins contredits en appel que la moyenne des magistrats (ce qui est mathématiquement impossible) ; biais de disponibilité – qui nous conduit à surestimer la probabilité d'un événement rare si on a un exemple qui nous vient facilement à l'esprit, etc. ^[30]. J'ai limité ce chapitre aux biais les plus pertinents dans le contexte pénal et pour lesquels des travaux et des exemples en illustrent l'importance.

Ajouter d'autres dimensions n'aurait de toute façon pas changé la conclusion générale : les décisions de justice sont susceptibles d'être biaisées par des erreurs logiques ou des systématismes hors de propos. Il ne s'agit pas, en disant cela, de jeter la pierre aux magistrats. Il s'agit plutôt de souligner à quel point ces erreurs peuvent être graves quand elles engagent la liberté des gens et, surtout, de contribuer à les rendre visibles.

Notes du chapitre

[1] ↑ A. TVERSKY et D. KAHNEMAN, « Judgment under uncertainty », art. cité. L'article présente une suite d'expériences mettant en évidence une série de biais devenus célèbres et dont certains sont développés dans ce chapitre : biais de représentativité, biais d'ancrage, biais de disponibilité.

[2] ↑ D. KAHNEMAN et A. TVERSKY, « Prospect theory : An analysis of decision under risk », *Econometrica*, vol. 47, n° 2, 1979, p. 363-391. L'article met en évidence les différences de comportement face au gain et face à la perte. Il montre que les participants aux expériences tendent à prendre des risques pour éviter les pertes mais sécurisent les gains. L'article propose un modèle simple pour prendre en compte ces différences.

[3] ↑ J. M. MERIGÓ, A. ROCAFORT et J. P. AZNAR-ALARCÓN, « Bibliometric overview of business & economics research », *Journal of Business Economics and Management*, vol. 17, n° 3, 2016, p. 397-413.

[4] ↑ Voir, par exemple, les travaux de George AKERLOF (prix Nobel 2001) – montrant dans « The market for “lemons” » (*Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n° 3, 1970, p. 488-500) que le marché des voitures d'occasion (les *lemons* en anglais) peut être considérablement limité par les différences d'information : le vendeur connaissant l'état du véhicule et l'acheteur potentiel l'ignorant – ou ceux de Joseph STIGLITZ (prix Nobel 2001) sur les asymétries d'information.

[5] ↑ Pour être précis, cette évolution est plutôt concomitante des travaux de KAHNEMAN et TVERSKY. On la retrouve notamment dans la critique de Robert LUCAS, exprimée en 1976 dans « Econometric policy evaluation : A critique », reprochant à certains modèles keynésiens de considérer que les individus ne s'adaptent pas aux changements politiques.

[6] ↑ D. KAHNEMAN, *Système 1-système 2. Les deux vitesses de la pensée*. Flammarion, Paris, 2012.

[7] ↑ Une description bien plus longue du cas de Sally Clark se trouve dans le premier chapitre de l'excellent ouvrage *Les Maths au tribunal* de Coralie COLMEZ et Leila SCHNEPS (Seuil, Paris, 2015). C'est de cet ouvrage que j'ai tiré la traduction de la citation de Roy Medow.

[8] ↑ R. HILL, « Multiple sudden infant deaths – coincidence or beyond coincidence ? », *Paediatric and Perinatal Epidemiology*, vol. 18, n° 5, 2004, p. 320-326.

[9] ↑ Voir notamment C. COLMEZ et L. SCHNEPS, *Les Maths au tribunal*, *op. cit.*, où le cas de Sally Clark est exposé.

[10] ↑ C. GUTHRIE, J. J. RACHLINSKI et A. J. WISTRICH, « Inside the judicial mind », *Cornell Law Review*, n° 86, 2000, p. 777.

[11] ↑ A. TVERSKY et D. KAHNEMAN, « Judgment under uncertainty », art. cité.

[12] ↑ Pour information, il y a, à l'heure actuelle, 193 pays membres à l'ONU, dont 54 pays africains (soit 28 %).

[13] ↑ J. GOLDSZLAGIER, « L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire », *Cahiers de la justice*, n° 4, 2015, p. 507-531.

[14] ↑ F. BÜSCH et O. TIMBART, « Un traitement judiciaire différent entre hommes et femmes délinquants », *Insee Références*, 7 mars 2017.

[15] ↑ Dans le domaine de la justice, une enquête réalisée par une association de victimes demandait par exemple aux sondés s'ils trouvaient normal que les coupables de crimes bénéficient de clémence si la victime était majeure. Un grand nombre de sondés répondaient que non, et l'association concluait qu'il fallait augmenter les peines. Il y a fort à parier que les conclusions auraient été différentes si la question avait été : « Trouvez-vous normal que les peines prononcées à l'encontre de criminels soient plus sévères lorsque la victime est mineure ? »

[16] ↑ Ce résultat est au cœur d'un des trois articles les plus cités en économie à ce jour : D. KAHNEMAN et A. TVERSKY, « Prospect theory », art. cité.

[17] ↑ C. DESRIEUX et R. ESPINOSA, « Analyse économique des conseils de prud'hommes : enjeux et perspectives », *Revue française d'économie*, n° 23, 2017, p. 137-168.

[18] ↑ Il est d'ailleurs intéressant de constater que c'est une voie de résolution fréquente de la part des personnes célèbres qui vont rarement au procès. À première vue, cela ne semble pas correspondre au biais d'aversion à la perte que l'on a évoqué, dans la mesure où les accusés sont censés être enclins à prendre des risques pour éviter toute perte. Cependant, si l'on est riche et célèbre, le principal risque est peut-être le procès en lui-même, qui dégrade énormément l'image publique, et non les coûts financiers qu'il engendre. Dans ce cas, on peut être prêt à dépenser des sommes importantes dans un arbitrage.

[19] ↑ R. HOULLÉ et G. VANEY, « La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, une procédure pénale de plus en plus utilisée », *Infostat Justice*, n° 157, 2017.

[20] ↑ C'est ce qu'on appelle le phénomène de régression vers la moyenne.

[21] ↑ Chiffres pour les sessions composées de quatre affaires au moins afin d'homogénéiser l'échantillon.

[22] ↑ D. L. CHEN, T. J. MOSKOWITZ et K. SHUE, « Decision-making under the gambler's fallacy : Evidence from asylum judges, loan officers, and baseball umpires », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 131, n° 3, 2016, p. 1181-1241.

[23] ↑ « Similaire » veut ici dire que soit les deux dossiers ont été présentés spontanément par le demandeur, soit ils ont tous les deux été déposés après une arrestation par les services de l'immigration. Par ailleurs, ce résultat vaut pour les juges qui ne sont pas « extrêmes », c'est-à-dire après avoir exclu les magistrats qui rejettent ou acceptent presque toutes les demandes.

[24] ↑ Après de nombreuses études dans des conditions expérimentales, voir par exemple J. J. RACHLINSKI et F. JOURDEN, « The cognitive components of punishment », *Cornell Law Review*, n° 88, 2002, p. 457, qui rapporte plusieurs expériences menées en laboratoire sur des étudiants de l'université d'Oregon. Des cas fictifs leur ayant été présentés mettent en évidence que la comparaison des différents cas amène à des « jugements » parfois très différents de ceux prononcés lorsqu'un seul cas est étudié.

[25] ↑ S. BHARGAVA et R. FISMAN, « Contrast effects in sequential decisions : Evidence from speed dating », *Review of Economics and Statistics*, n° 96, 2014, p. 444-457.

[26] ↑ A. BINDLER et R. HJALMARSSON, « Path dependency in jury decision making », *Journal of the European Economic Association*, vol. 17, n° 6, 2019, p. 1971-2017.

[27] ↑ D. ABRAMS, R. GALBIATI, E. HENRY et A. PHILIPPE, « When in Rome... », art. cité.

[28] ↑ A. LEIBOVITCH, « Relative judgments », *The Journal of Legal Studies*, vol. 45, n° 2, 2016, p. 281-330.

[29] ↑ La gravité des cas n'est pas mesurée ici par les peines prononcées mais par une échelle de sévérité (*l'offense gravity score*) similaire à ce qu'on pourrait construire à partir de la peine maximale prévue par le Code pénal en France.

[30] ↑ Voir C. GUTHRIE, J. J. RACHLINSKI et A. J. WISTRICH, « Inside the judicial mind », art. cité, pour les résultats en Floride ; et D. KAHNEMAN, *Système 1-système 2*, *op. cit.*, pour la présentation complète des autres biais documentés.

8. Choisir des juges, choisir ses juges

Se pencher sur le mode de sélection des juges conduit rapidement à constater la grande diversité des procédures utilisées. Si l'on se limite au pénal et à la France, on trouve majoritairement des juges fonctionnaires de carrière sélectionnés par concours, des citoyens tirés au sort sur les listes électorales (les jurés) et des citoyens intéressés et volontaires (les assesseurs des tribunaux pour enfants). Dans d'autres pays, on trouve également des juges élus (aux États-Unis principalement, mais aussi pendant longtemps en Angleterre, où la Chambre des lords a fait office de Cour suprême jusqu'en 2009) et des juges nommés par le pouvoir politique (dans le cas des cours suprêmes notamment, en Allemagne, au Royaume-Uni ou encore aux États-Unis)... Cette diversité reflète les choix effectués par les États pour adapter le mode de sélection aux contraintes qu'ils veulent voir s'imposer aux juges.

Deux dimensions principales semblent déterminer le choix du mode de sélection. La première est celle de la compétence et elle engage la question de la formation. Les juges doivent dire le droit et donc le connaître. Ils doivent s'affranchir autant que possible de la pression extérieure – médiatique, politique, éventuellement relationnelle – et pour cela disposer d'un cadre

institutionnel et professionnel de référence. Ils doivent rendre des décisions cohérentes avec celles de leurs collègues. Ces raisons poussent au recrutement de juristes longuement formés et à la professionnalisation du corps. Cependant, plus la sélection est poussée et, surtout, plus la formation est longue, moins les personnes sélectionnées sont représentatives de l'ensemble de la population, tant en termes d'intérêt ou de sensibilité qu'en termes de mode de raisonnement. Le droit pénal, plus que les autres branches du droit, se situe au cœur de cette tension. La technicité juridique y est plutôt faible – en comparaison du droit fiscal ou administratif, par exemple – et la difficulté à déterminer l'intentionnalité de l'acte, à prendre en compte le « facteur humain » ou à mesurer la gravité des faits fait de la diversité des points de vue et du recrutement social des juges une meilleure garantie d'équité.

La seconde dimension est celle de l'indépendance. Ou plutôt celle du type de dépendance. En théorie, un juge est censé être guidé par le droit et appliquer des règles générales à des cas particuliers. Cependant, comme on l'a évoqué tout au long de cet ouvrage, les magistrats disposent d'une marge d'appréciation (et de biais) réelle dans l'application de la loi. La question se pose alors de savoir dans quel sens et selon quels critères leur pouvoir discrétionnaire ou, pour le dire autrement, leur latitude d'interprétation va se déployer. Le problème devient épineux. Si l'on opte pour des juges recrutés sur concours, on leur reprochera d'être homogènes socialement, de défendre les intérêts de leur groupe et d'ignorer les évolutions sociales minoritaires dans leur classe. Si l'on opte

pour des juges nommés, on les accusera de défendre les intérêts de ceux à qui ils doivent leur poste – que ce soit par la promotion de leurs idées et préférences ou, plus concrètement, par une mansuétude à l'égard de leurs turpitudes. Si l'on opte pour des juges élus, on prendra le risque d'avoir des décisions motivées par des soucis de réélection plutôt que par l'application de la loi. Enfin, si l'on choisit des jurés, on critiquera la versatilité des décisions due au caractère aléatoire de la composition de la cour.

Si les avantages et les inconvénients de chaque système sont théoriquement identifiables, il est nécessaire d'en mesurer la réalité et l'amplitude. Cela s'avère délicat dans la mesure où, dans un même pays et pour un même contentieux, il existe généralement un seul mode de sélection des juges. Il est alors difficile de savoir ce qu'aurait donné une autre formation de jugement. Difficile, mais pas impossible, et c'est aux travaux qui se sont attelés à la tâche que je voudrais consacrer ce dernier chapitre en étudiant les deux principales alternatives observées en Occident : juges professionnels ou juges citoyens, juges sélectionnés ou juges élus.

Le peuple crie-t-il vengeance ?

Les jurys populaires se retrouvent dans toute l'Europe et en Amérique du Nord. Ils ont récemment été introduits en Corée

du Sud (en 2008) et réintroduits au Japon (en 2009). Dans les lignes de force évoquées précédemment, la présence de citoyens tirés au sort doit permettre de mieux ajuster les décisions de justice aux préoccupations de la société, au prix toutefois d'une moindre compétence technique et d'une efficacité relative. Le principal intérêt du dispositif ainsi qu'il est présenté est quoi qu'il en soit d'éviter que les professionnels n'établissent une hiérarchie des sanctions qui ne représenterait pas la gravité des infractions telle que l'évalue le reste de la population. Mais a-t-on raison de penser que les magistrats ont des perceptions différentes de celles de leurs concitoyens ?

De l'opinion à la décision

« Les Français pour une justice plus sévère, selon un sondage », pouvait-on lire en titre d'un article du *Figaro* du 21 mars 2013. On y apprenait que « 76 % des sondés estiment que les peines devraient être plus sévères » et que « 66 % des Français souhaitent, selon ce sondage, que la justice des mineurs soit plus ferme et davantage tournée vers la sanction et le placement en centres fermés ». Cinq mois plus tard, le même journal nous apprenait que « les Français sont 62 % à estimer que les peines prononcées ne sont pas assez sévères dans les affaires de petite délinquance ^[1] ».

Généralement commandé par des journaux ou des associations de droite et d'extrême droite, ce type de sondage revient à intervalle régulier et conclut invariablement à une forte demande de sévérité. Les réponses à ces enquêtes d'opinion ont-elles un intérêt ? À mon avis, assez peu. Au-delà du fait que les questions posées portent toujours sur les faits – « les peines sont-elles assez sévères pour les dealers, les voleurs, les meurtriers, etc. » – et rarement sur les auteurs – « les peines sont-elles assez lourdes pour les marginaux, les SDF, les adultes maltraités pendant leur enfance, les personnes souffrant de troubles mentaux, etc. » –, trois faiblesses rendent leurs résultats peu intéressants.

La première renvoie à une critique classique des sondages : interroger une personne sur une question qu'elle ne s'est jamais posée dans un domaine où ses connaissances sont (au mieux) limitées a peu de chances de fournir des résultats passionnants. Or, si la justice pénale est souvent perçue comme laxiste, elle est aussi très méconnue. En France, dans la troisième vague d'une enquête « sur les connaissances et représentations des Français sur la prison » menée en 2009 par le ministère de la Justice, on peut par exemple lire que 10,5 % des Français pensent qu'il y a moins de 50 000 détenus en France, 16,2 % qu'il y en a entre 50 000 et 100 000, 12,4 % entre 100 000 et 400 000, 17,5 % plus de 400 000 ^[2]. Les autres, près de la moitié, répondent franchement qu'ils ne savent pas. Pour être précis, il y en avait 63 000 à la date de l'enquête. Seule une personne sur six a donc une estimation correcte de la population carcérale, quand une sur trois en donne une

évaluation deux à dix fois supérieure à la réalité. Pourtant, il est difficile de discuter de la sévérité des peines si on n'a aucune idée de leur niveau réel. C'est pour cette raison qu'il m'a semblé important, même si les descriptions chiffrées peuvent paraître fastidieuses, d'ouvrir cet ouvrage avec une présentation des ordres de grandeur, des évolutions récentes et des différences entre pays.

La deuxième faiblesse n'est pas commune à tous les sondages mais à beaucoup : les réponses dépendent d'un contexte médiatique qui peut changer très rapidement. On l'a évoqué au début de cette seconde partie, les réponses des sondés à l'enquête de victimation « Cadre de vie et sécurité » menée par l'Insee sont influencées par le contenu des journaux télévisés de la veille (voir chapitre 5). Dans ce contexte, les résultats d'un sondage mené sur trois ou quatre jours sont à prendre avec précaution, surtout si le sujet est chargé émotionnellement, comme c'est le cas avec la justice pénale, et encore plus si l'enquête ne prévoit aucune mise en situation de la question qui, du coup, renvoie nécessairement à des perceptions plus ou moins erronées.

Le ministère de la Justice britannique mène une étude à cet égard beaucoup plus intéressante que les sondages pour surmonter ces deux problèmes et essayer de mesurer la perception que les citoyens ont de la justice pénale. Le site *You be the judge* ^[3] (« Soyez le juge ») demande tout d'abord aux enquêtés quel est leur sentiment à propos des peines prononcées : trop sévères, justes, pas assez sévères. On retrouve

ici les caractéristiques du sondage classique. La différence est que les répondants ont choisi de se connecter au site. Mais l'expérience ne s'arrête pas là. Une fois mesurée cette première impression, *You be the judge* propose de considérer les éléments d'une affaire réelle au choix : menace, vol à l'arraché, meurtre, violence juvénile, etc. Pour chacun de ces cas, l'internaute se voit expliquer, dans une série de vidéos d'une ou deux minutes, le fonctionnement de la justice dans le cas considéré, les faits dans une affaire réelle, les pièces du dossier, les circonstances aggravantes ou atténuantes, les peines possibles et, enfin, la peine prononcée. Les vidéos sont présentées comme des mises en situation réelles. Les discours sont tenus par des gens parés des atours de la justice : robe pour les avocats, robe et perruque pour les juges. Le tout est filmé au sein d'un palais de justice. L'accusé comparaît dans un box et arrive menotté et accompagné par un policier... Entre deux vidéos, le site pose des questions à l'enquêté et, en particulier, il lui demande quelle peine il aurait prononcée avant de lui donner le verdict (réel) de la cour et d'expliquer cette décision. Enfin, l'enquête repose à l'internaute la question de sa perception de la justice pénale.

Dans une analyse de *You be the judge* publiée par le ministère de la Justice britannique en 2013, on apprend que 45 % des 74 000 internautes ayant fait l'expérience (bien au-delà des 1 000 personnes participant habituellement aux sondages cités) ont choisi une peine inférieure à celle effectivement prononcée par les juges dans le cas présenté, et que 39 % ont choisi la même peine ^[4]. Seuls 16 % ont opté pour une peine plus sévère.

Mieux : si 41 % des « sondés » trouvaient la justice trop clémentine avant de se pencher sur un cas réel, seuls 13 % avaient encore cette opinion une fois l'expérience faite. On voit ici à quel point le simple fait de se pencher sur un cas réel et sa complexité modifie drastiquement la perception des individus.

La troisième critique des sondages sur la sévérité des peines est la plus importante : on ne juge pas en place publique. La symbolique des palais de justice, la ritualisation des procès, les robes des magistrats et des avocats, les serments, les formulations ampoulées, etc., tout a été conçu pour faire sentir aux participants que rendre la justice est une chose grave et sérieuse. Tout concourt à accentuer la solennité de la procédure et également à maintenir présent à l'esprit des juges – professionnels et jurés – qu'une décision n'est pas l'expression de leur avis, mais un jugement rendu « au nom du peuple ». Dans ces conditions, les sondages, en particulier ceux portant sur la perception de telle ou telle affaire particulière, semblent un peu absurdes : on demande à des gens d'émettre une opinion au beau milieu d'une journée normale alors que tout est fait pour que ceux qui prennent effectivement les décisions ne se sentent justement pas dans une situation normale. Dès lors, qu'apprend-on sur les préférences réelles des enquêtés ? Leur état d'esprit s'ils étaient jurés serait à mille lieues de celui qui est le leur au moment où on les interroge. Il est facile d'affirmer que tel ou tel justiciable mérite dix ans de prison lors d'une conversation au téléphone avec un sondeur, mais assumer cette décision en tant que juré dans la salle magistrale

d'un tribunal après deux journées d'audience est une autre affaire.

Bien sûr, beaucoup de questions posées par les sondeurs correspondent à des situations fictives, et on ignore si les réponses à un sondage seraient vraiment les choix des sondés dans la réalité. Cependant, dans le cas de la justice, tout est fait pour que les situations *soient* différentes. Ce n'est pas qu'elles peuvent l'être, c'est qu'elles *doivent* l'être. De ce fait, l'extrapolation des résultats recueillis par sondage y est encore plus problématique.

« Que dit le peuple français ? Qu'il veut une plus grande sévérité »

Si les sondages sont des mesures peu fiables de la perception qu'ont les citoyens de la justice pénale, peut-on en avoir une idée plus précise par d'autres moyens et, surtout, peut-on savoir s'ils prendraient des décisions différentes à la place des juges professionnels ? Oui, grâce à une expérience naturelle survenue en France au début des années 2010, qui nous permet de dépasser le problème de comparaison évoqué plus haut (le fait que des cours différentes jugent généralement des faits différents).

Comparés à des « petits pois » sans « saveur », régulièrement critiqués pour leurs décisions jugées laxistes ou incompréhensibles^[5], les juges ne suscitaient guère l'affection de Nicolas Sarkozy. Non content de chercher à limiter le pouvoir des magistrats avec les peines planchers, de les exposer à une intense pression médiatique par ses prises de position publiques – affirmant qu'untel « doit payer », que tel autre n'a « pas de courage », etc. –, l'ancien président proposa également rapidement de leur adjoindre des jurés. Cette perspective fut d'abord évoquée dans quelques interventions publiques en 2010^[6] avant de se concrétiser avec un projet de loi débattu en 2011 et finalement définitivement adopté le 10 août 2011.

Officiellement, il s'agissait, comme toujours, d'assurer « que les décisions juridictionnelles ne [soient] pas déconnectées des évolutions de la société^[7] ». Cependant, comme le notent deux magistrats chargés d'un rapport sur la réforme quelques années plus tard, il est « certain qu'en amont de cette affirmation existaient des préoccupations nettement plus connotées, consistant à promouvoir un dispositif favorisant le prononcé de jugements plus sévères, voire à laisser croire que, pour le jugement de certaines affaires, les magistrats allaient être encadrés, sinon contrôlés, par des citoyens^[8] ». Cet objectif de sévérité s'appuyait alors sur une conviction affirmée par le président de la République lors de la mise en place de la réforme : « Que dit le peuple français ? Qu'il veut une plus grande sévérité^[9] . »

Sur la base de cette conviction, la loi du 10 août 2011 introduisit donc des « citoyens assesseurs » dans les tribunaux correctionnels où la justice était jusqu'alors exclusivement rendue par des professionnels. Leur participation fut limitée aux jugements des délits les plus graves, passibles d'au moins cinq ans de prison et troublant gravement l'ordre public, principalement les violences lourdes, les vols les plus importants et quelques infractions routières^[10]. La sélection retenue suivait une procédure certes complexe mais globalement assimilable à un tirage au sort sur les listes électorales. Il fut décidé que les jurés seraient au nombre de deux et viendraient s'ajouter aux trois magistrats qui composaient jusqu'alors la cour – l'incursion d'un groupe minoritaire, donc.

Chose extrêmement rare, la loi fut d'abord expérimentée : plutôt qu'affirmer qu'il s'agissait d'une idée brillante et de l'appliquer aussitôt sur l'ensemble du territoire, le gouvernement français décida d'une application graduelle. En tête de pont, les « juridictions des ressorts des cours d'appel de Dijon et Toulouse », c'est-à-dire tous les tribunaux correctionnels dépendant de ces deux cours d'appel, virent la réforme mise en application au 1^{er} janvier 2012. Les autres cours devaient suivre un peu plus tard. Arrivée au pouvoir en mai 2012, la gauche annula d'abord l'élargissement prévu avant de supprimer purement et simplement le dispositif, qui disparut en avril 2013.

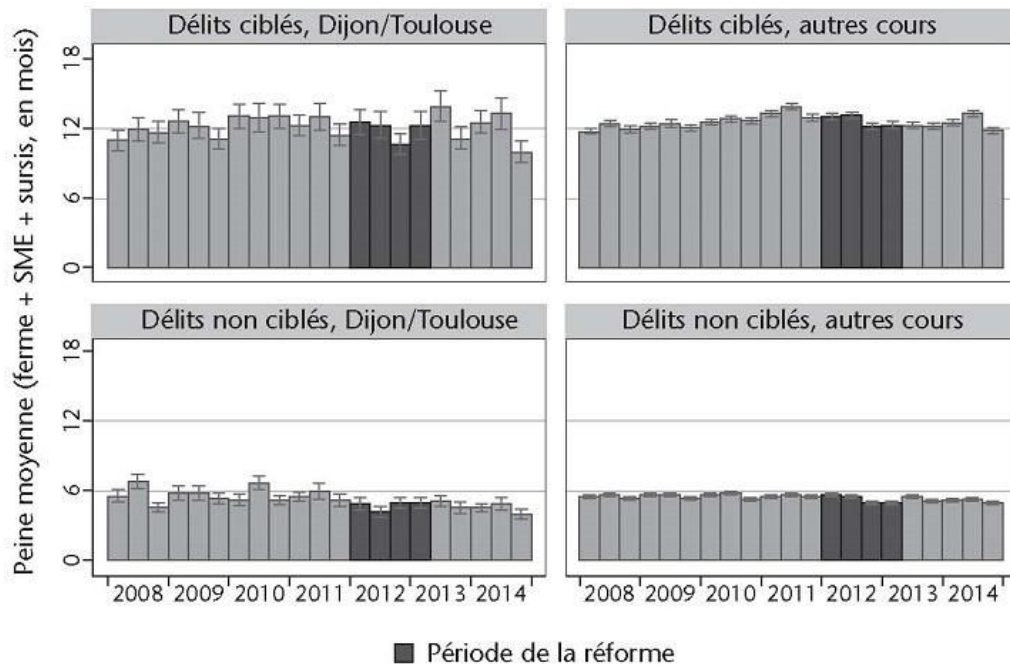
La mise en œuvre de cette réforme offre une formidable opportunité de mesurer les différences de sévérité entre citoyens et magistrats professionnels. On a, pendant une période limitée (un an et trois mois) en certains endroits précis du territoire (autour de Dijon et Toulouse) et seulement pour certains délits, des cours avec jurés. Cette expérience naturelle nous offre donc un groupe traitement : les délits ciblés par la réforme à Toulouse et Dijon ; et deux groupes contrôle : les délits ciblés dans les autres juridictions et les délits non ciblés à Toulouse et Dijon. La figure 8.1 présente l'évolution des peines dans le temps pour ces trois groupes, en y ajoutant un quatrième et dernier : les délits non ciblés hors de Toulouse et de Dijon.

De ces quatre groupes, seul celui des délits ciblés à Toulouse et Dijon (en haut à gauche sur la figure) est susceptible de changer du fait de la réforme. Les autres n'ont eu aucun changement de composition de la juridiction pendant la période.

Qu'observe-t-on ? Rien ! Il n'y a eu aucune évolution notable au moment de la mise en œuvre de la réforme ou au moment de sa suppression. Les peines moyennes pour les délits ciblés restent les mêmes avant, pendant et après. De surcroît, ces peines sont similaires à celles prononcées en dehors des deux cours d'appel tests (Dijon et Toulouse), et aucune différence d'évolution n'apparaît. On observe la même absence d'effet si on mesure l'évolution de la proportion d'acquittements ou si on distingue les délits. Bref, l'introduction de deux citoyens assesseurs en plus des trois magistrats professionnels n'a eu aucune incidence

délectable sur les peines prononcées par les juridictions. Bien sûr, formellement, on ne peut pas exclure qu'il y ait eu un effet : comme on l'a déjà évoqué en introduction, en toute rigueur, le statisticien ne peut jamais en écarter totalement l'hypothèse. On ne peut que constater qu'on a « échoué à mesurer un effet », c'est-à-dire qu'il n'y en a pas ou qu'il est trop faible pour être décelable avec notre méthode. Cependant, dans la mesure où on a ici près de 10 000 observations dans le groupe traitement (dont 1 700 jugements rendus par des juridictions incluant des jurés, les autres l'ayant été avant ou après la réforme) et des dizaines de milliers de décisions « contrôle », notre capacité de détection est bonne. Les moyennes sont précisément estimées et les intervalles de confiance sont petits. De ce fait, on peut conclure (rigoureusement) que, s'il y a un effet, celui-ci est particulièrement faible.

Figure 8.1. Effet de l'introduction des citoyens assesseurs dans les ressorts des cours d'appel de Toulouse et Dijon



Note : les moyennes sont calculées pour des périodes de 4 mois (janvier-avril, mai-août, septembre-décembre). La réforme est mise en œuvre sur quatre périodes : les trois de 2012 ainsi que la première de 2013.

Source : Casier judiciaire national, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), ministère de la Justice.

Pourquoi la réforme n'a-t-elle pas eu d'impact ? Plusieurs explications sont possibles. La première est que les deux jurés aient été systématiquement mis en minorité par les trois juges professionnels. Que leurs préférences soient allées vers plus de sévérité mais qu'ils aient dû céder face à plus nombreux qu'eux. Cette hypothèse est en théorie recevable mais très peu

probable car elle nécessite que les professionnels soient systématiquement d'accord entre eux. Dans ce cas, en effet, les citoyens assesseurs ne peuvent rien changer car ils sont minoritaires. En revanche, si la moindre dissension existe parmi les magistrats, les jurés modifieront l'équilibre des forces et changeront le verdict. Si l'on a, par exemple, un professionnel implacable, un autre moyennement ferme et un dernier laxiste, alors, en imaginant que les assesseurs « veulent une plus grande sévérité », ils feront pencher la balance en faveur du juge le plus dur. Le magistrat « moyen » qui, avant la réforme, avait gain de cause en cas de vote, se retrouve dans le groupe des « mous », mis en minorité, et les peines augmentent. Ce n'est pas le cas.

La deuxième explication est que les jurés s'en sont remis aux juges et ont peu pris part aux décisions sur la peine. Dans ce cas, on peut raisonnablement supposer que cela signifie qu'ils n'avaient pas des visions tranchées et radicalement en rupture avec celles des juges.

Enfin, la dernière explication est que les jurés n'avaient tout simplement pas des représentations des justes peines différentes (en moyenne) de celles des professionnels. Ponctuellement, certaines décisions ont sans doute été plus sévères que ce qu'elles auraient été sans citoyens assesseurs, mais cela a été compensé par le fait que d'autres ont été plus clémentes et, en moyenne, rien n'a changé.

Ce résultat signifie-t-il que les jurés n'ont jamais d'impact sur les décisions de justice ? Non. Plusieurs autres travaux indiquent que cela dépend de la représentativité des juges et de celle des citoyens tirés au sort. Dans un article de 2017, Shamena Anwar, Patrick Bayer et Randi Hjalmarsson se sont intéressés à l'ouverture de la possibilité pour les femmes de participer à des jurys en Angleterre à une époque où la magistrature était entièrement masculine ^[11]. Les chercheurs ont recueilli des informations sur trois mille procès ayant eu lieu à la cour pénale de Londres entre 1918 et 1926. Au cours de cette période, en 1921 (suite à une loi de 1919), les femmes ont été autorisées à siéger dans les jurys. Cette modification de la cour n'a pas abouti, en moyenne, à des changements importants du taux de condamnation. En revanche, certains crimes ou délits ont été largement affectés. En particulier, le taux de condamnation augmenta fortement pour les accusés d'infractions sexuelles ou de violences à l'encontre des femmes. On retrouve ici l'idée que les jurés, lorsqu'ils sont tirés au sort dans la population générale, permettent de prendre en compte certaines évolutions sociales ou les intérêts d'un groupe dominé. Dans un contexte où les magistrats anglais étaient exclusivement des hommes issus de la bonne société, voire de l'aristocratie, certaines évolutions majoritaires ou certaines préoccupations, en l'occurrence les violences faites aux femmes, n'étaient pas assez prises en compte par les tribunaux. Ce problème se pose *a priori* moins si les magistrats sont recrutés de manière plus large, s'ils sont représentatifs de la population (hommes et femmes, issus de milieux pauvres ou

riches, descendants d'immigrés, natifs des différentes régions du pays, etc.) et s'ils restent connectés à la société.

À l'inverse, des jurés sélectionnés de manière biaisée peuvent distordre les décisions de justice. Dans un autre article, Anwar et ses coauteurs se sont intéressés aux *nämndemännen* suédois ^[12]. Il s'agit d'un système de jurés un peu particulier. Les *nämndemännen* sont nommés pour une durée de quatre ans par une municipalité sur proposition d'un parti politique. La liste est composée de manière à prendre un nombre de personnes proposées par chaque parti correspondant au poids de ce parti dans la juridiction. Si un parti politique a obtenu 20 % des voix aux dernières élections, 20 % des *nämndemännen* de la liste finale doivent être des noms proposés par ce parti. Pour chaque procès, on tire ensuite au sort trois personnes sur la liste finale.

Cette structure singulière aboutit à ce que chaque cour soit composée de trois personnes différentes, non professionnelles, et politiquement orientées ^[13]. Les auteurs peuvent donc comparer les décisions selon l'orientation politique de la cour. La très grande majorité des quelque 1 150 verdicts sont rendus par des jurys incluant au moins un membre des deux grandes formations politiques suédoises, les sociaux-démocrates et les libéraux-conservateurs. Isoler l'effet de ces convictions politiques est donc impossible puisque des représentants de ces deux partis sont (presque) toujours présents. En revanche, on peut regarder ce qu'il se passe lorsque la cour contient un membre d'une formation moins importante numériquement.

Deux partis sont intéressants car leurs convictions sont très marquées : les « Démocrates suédois », parti d'extrême droite anti-immigration et favorable à un allongement des sanctions ; le « Parti de gauche », parti d'extrême gauche aux positions féministes marquées et défavorable à l'augmentation des peines de prison. Les auteurs peuvent donc mesurer les différences de verdict selon que des jurés issus de ces deux formations politiques sont ou non présents.

En moyenne, la couleur politique des jurés affecte peu la décision. Cependant, deux sous-cas sont remarquables : les accusés ont une probabilité nettement plus élevée d'être condamnés lorsqu'ils ont un nom à consonance arabe et qu'un des jurés est d'extrême droite ; les accusés ont une probabilité nettement plus élevée d'être condamnés lorsque la victime est une femme et qu'un des jurés est d'extrême gauche.

Il est intéressant de noter que, dans ces deux situations étudiées – introduction des femmes dans les jurys britanniques, jurés politisés en Suède –, des différences s'observent dans certains cas précis mais que, sur l'ensemble des décisions, l'effet n'est pas ou est peu perceptible. Dans l'ensemble, les préférences en matière de punitivité semblent relativement stables. Cependant, ces deux exemples soulignent également l'importance d'avoir des jurés représentatifs de la population, et ce *à chaque procès*. Plus le nombre de jurés est faible, plus le risque que certaines tendances ou certaines convictions soient surreprésentées est grand. Il en découle naturellement que les jugements risquent

alors d'être en moyenne équivalents mais beaucoup plus aléatoires.

Enfin, l'expérience suédoise souligne les risques qu'il y a à politiser la justice. C'est sur un aspect de ces risques que l'on va désormais se pencher, avec la question de l'élection des magistrats.

Splendeur et misère de la démocratie judiciaire

« Pourquoi ne pas réfléchir à l'élection des juges de l'application des peines, voire à celle des présidents de tribunal correctionnel ? Sous la Révolution française, pour rompre avec l'Ancien Régime, certains juges étaient élus. Les pères de la Déclaration des droits de l'homme ont inspiré la loi des 16 au 24 août 1790, qui instaura notamment un nouveau statut des magistrats, fondé sur le principe démocratique de l'élection des juges pour six ans. Je garde à l'esprit la phrase de Roederer, alors député à la Constituante : "Le pouvoir judiciaire, le pouvoir d'appliquer les lois est le plus voisin du pouvoir de les faire : il y touche de si près qu'il ne peut jamais être aliéné par le peuple." »

Quelques jours après le viol et l'assassinat d'une femme par un récidiviste libéré avant la fin de sa peine, Brice Hortefeux, alors ministre de l'Intérieur de Nicolas Sarkozy, tire à boulets rouges sur la magistrature française ^[14]. Élargissement de la place des jurés, mise en cause de la responsabilité des juges dans des cas de récidive, révision du seuil d'application de la rétention de sûreté, mise en scène de la « blessure » des policiers qui voient les condamnés sortir du tribunal sans incarcération, affichage de la volonté de punir les mineurs « comme ils le méritent »... Au milieu de ce florilège, le ministre propose une modification rarement envisagée en France : élire les juges. Certains juges au moins. De préférence pour remplacer ceux qui plaisent le moins au pouvoir en place : les juges de l'application des peines, coupables d'aménager les fins de peine des détenus et donc de libérer d'affreux individus.

Dans la pratique, peu de pays choisissent leurs juges par élection. Cette procédure est principalement utilisée aux États-Unis ^[15]. Les magistrats peuvent être élus sur listes partisanses – c'est-à-dire en se revendiquant comme démocrates ou républicains –, élus sur liste non partisane, nommés par le gouverneur, nommés par le pouvoir législatif, nommés par une commission mais soumis à un vote révocatoire après une sorte de période d'essai. Des raisons historiques expliquent ces différences, mais il est intéressant de noter que le mode de désignation des juges professionnels reste un sujet de controverse important et récurrent dans le pays. L'association représentative des avocats, de même que plusieurs grandes associations professionnelles font campagne pour la

suppression des élections, les journaux prennent parti ^[16], les universitaires écrivent des livres sur la question, etc.

L'utilisation des élections comme mode de sélection des juges répond à un objectif similaire à celui poursuivi avec les jurés : s'assurer que les décisions de justice reflètent l'état de l'opinion. Le vote permet de choisir ceux qui semblent le plus en phase avec leurs concitoyens et, surtout, d'écarter ceux dont les décisions les choqueraient. Ces avantages sont contrebalancés par deux problèmes potentiels. Le premier est que, si les juges sont élus, ils risquent de ne plus suivre le droit mais leurs électeurs, de chercher à gagner des voix au lieu de dire la justice ^[17]. Le second risque, connexe, est que les décisions de justice se mettent à varier selon le cycle électoral, que les juges, désireux d'envoyer un signal à leur électorat, modifient les verdicts quand la campagne bat son plein.

Les arguments en faveur ou en défaveur de l'élection des juges sont aisés à identifier, mais, comme bien souvent, mesurer leur validité est plus compliqué. D'une part, comme on l'a abondamment évoqué plus haut, savoir « ce que les gens veulent » n'est pas facile à déterminer. D'autre part, les endroits où la sélection des juges se fait par élection et ceux où elle se fait par nomination sont différents.

La justice par les urnes

Brock Allen Turner est un jeune homme blanc, étudiant et athlète (il existe un statut combinant les deux aux États-Unis) à Stanford, une des plus prestigieuses universités du monde. Le 18 juin 2015, alors âgé de dix-neuf ans, il agresse sexuellement une femme alors qu'elle est ivre et inconsciente. Deux étudiants suédois le surprennent. Turner prend la fuite. Il est arrêté quelques heures plus tard et poursuivi pour viol. Son procès, le cas « People of the State of California vs. Brock Allen Turner », a lieu en mars 2016. Turner est reconnu coupable d'agression sexuelle aggravée, un crime passible de quatorze ans de prison à Santa Clara en Californie. Le procureur requiert six ans de prison, son avocat demande une peine modérée. Le 2 juin, le juge Persky condamne Turner à six mois de prison ferme et trois ans de probation.

Tempête. La décision du juge choque par sa clémence. Le cas est longuement débattu dans les médias américains. La faiblesse de la peine est mise en rapport avec le statut, blanc et privilégié, de l'auteur. En quelques jours, une pétition réclamant le « renvoi ^[18] » du juge engrange plus de cent mille signatures. Le 5 juin 2018, le juge Persky est sèchement démis de ses fonctions : plus de 60 % des électeurs du comté de Santa Clara votent contre le prolongement de son mandat.

Si le cas du juge Persky est devenu célèbre aux États-Unis, c'est qu'il illustre l'intérêt des systèmes avec des juges élus : permettre de renvoyer un magistrat qui ne prendrait pas en compte les évolutions sociales, en l'occurrence la plus grande sensibilité de l'opinion aux violences faites aux femmes. Pour

intéressant qu'il soit, ce cas est cependant une exception : il s'agit du premier « renvoi » d'un juge en Californie en quatre-vingts ans ^[19]. Par ailleurs, si la décision du juge peut légitimement paraître choquante, surtout dans un pays où les sanctions sont aussi élevées, il n'en reste pas moins qu'elle ne constitue pas une faute professionnelle au sens où le jugement est parfaitement valide juridiquement. De plus, les débats consécutifs à l'affaire ont induit le changement de la loi californienne et, en particulier, l'élargissement de la définition du viol à toute pénétration sexuelle non consentie. Prendre en compte les évolutions sociales par le biais d'un changement législatif affectant les règles applicables à tous plutôt que par le renvoi d'un juge dans un cas particulier (où la loi antérieure a été appliquée) peut sembler un fonctionnement institutionnel plus sain. C'est en tout cas sur cette base que le barreau des avocats du comté de Santa Clara prit position contre le renvoi du juge en estimant que cette sanction constituait une menace contre l'indépendance de la justice.

Même si le renvoi d'un juge en Californie est chose rare, cet exemple est-il révélateur de la plus grande prise en compte des préférences locales dans les décisions de justice ? Après tout, si la menace de renvoi ou de défaite est crédible, elle n'a pas besoin d'être mise à exécution fréquemment pour avoir des effets tangibles. Les magistrats peuvent prendre en compte le risque de déplaire à la population, s'adapter à ses exigences et, de fait, être très rarement mis en minorité dans une élection.

Les quelques recherches menées sur le sujet indiquent en effet que les juges élus tendent à prendre en compte les préférences de leurs électeurs. Ainsi, Paul Brace et Brent Boyea ont mesuré la probabilité que la Cour suprême d'un État casse une condamnation à mort selon, d'une part, que la cour est élue ou non et, d'autre part, que la population est plus ou moins favorable à la peine de mort (rappelons une fois encore que les États-Unis sont, avec le Japon, un des seuls pays développés à encore exécuter leurs citoyens sur décision de justice) ^[20]. L'avantage de cette approche est qu'on s'intéresse ici à une question pour laquelle les préférences des citoyens sont très bien documentées par de nombreuses enquêtes ou sondages ^[21]. Les auteurs trouvent que les juges sont moins enclins à casser une condamnation à mort quand la population est favorable à l'existence de cette sanction. Cependant, cet effet ne s'observe que dans les États où les juges sont élus. Là où ils sont nommés, le lien entre jugement et opinion de la population n'apparaît pas.

L'étude de Brace et Boyea présente une limite de taille : on ignore comment les juges choisissent les États où faire carrière. Les endroits où les juges sont élus et où la peine de mort est appliquée ne sont probablement pas les États les plus progressistes, et, selon toute vraisemblance, les magistrats qui choisissent d'y officier le font en connaissance de cause. Une approche plus satisfaisante a été utilisée récemment par Joshua Boston et Bernardo Silveira ^[22]. Elle consiste à s'appuyer sur une réforme de Caroline du Nord qui, en août 1996, modifia son système d'élection des juges. Celui-ci est passé d'un suffrage à

l'échelle de l'État à des scrutins locaux à l'échelle du district (comme évoqué plus haut, il y a cinquante districts en Caroline du Nord, ce qui, avec une population de 10 millions d'habitants, fait donc des unités de l'ordre d'un demi-département français). Les auteurs ont donc pu suivre les jugements d'un même magistrat avant et après la réforme, et mesurer la façon dont les décisions évoluent.

Prenons Barack et Donald, deux juges de Caroline du Nord. Avant 1996, Barack et Donald ont été élus par l'ensemble de l'État. S'ils ont été choisis, c'est que leurs prises de position et éventuellement leurs décisions ont plu à plus de la moitié des votants. Ils avaient donc nécessairement des positions « centristes » à l'échelle de l'État et, en tout cas, les contraintes électorales qui pesaient sur eux étaient identiques. Barack et Donald ne prenaient pas forcément les mêmes décisions, mais les différences entre eux ne s'expliquaient pas par la disparité des électorats. Après 1996, en revanche, Barack se retrouve à concourir à une élection dans un district « libéral » (c'est-à-dire « de gauche »), tandis que Donald est établi, lui, dans un district conservateur. Si les décisions entre les deux juges se mettent à diverger (ou si elles se mettent à *plus diverger qu'auparavant*) on pourra alors dire que le changement d'électorat a affecté les peines prononcées. En matière pénale, on ne prend en général pas beaucoup de risques à considérer que les électeurs les plus conservateurs sont aussi ceux exprimant la plus grande demande de sévérité. On s'attend donc à ce que, si les électorats locaux sont pris en compte, Donald se mette à être plus sévère, tandis que Barack diminue les peines.

C'est effectivement ce qu'on retrouve dans cette expérience naturelle. Les juges étant passés d'une élection étatique à une élection dans un district libéral ont eu tendance à devenir moins sévères, tandis que ceux passés de l'échelle de l'État à un district conservateur ont, eux, eu la main plus lourde.

En définitive, il semble donc que les juges élus tendent à s'adapter à leur électorat. On peut approuver ou non cet objectif, mais il est au moins intéressant de constater qu'il est atteint.

Justice à vendre

Le problème est que dire que les juges s'adaptent « à leur électorat » n'est pas équivalent à dire que les juges s'adaptent « aux citoyens de la juridiction ». Pire, pour gagner une élection, il faut faire campagne... et donc trouver des financeurs. Il y a donc un risque que les magistrats concourant à une élection ne cherchent pas à suivre les préférences de tous les citoyens, ni même celles du groupe qui leur permettra de gagner, mais bien celles des gros contributeurs de leur campagne. Ce risque est d'autant plus grand qu'aux États-Unis une grande partie des financements proviennent de cabinets d'avocats ou de sociétés de conseil juridique. Dans un article de 2007, le politiste Dammon Cann indiquait par exemple que, pour les élections des juges de la Cour suprême de Géorgie en 2002 et 2004, 65,5 %

des contributions financières aux campagnes provenaient d'avocats, de compagnies d'avocats ou de lobbyistes ^[23] .

On a donc, aux États-Unis, des juges élus qui se retrouvent à trancher des litiges entre deux parties dont l'une est défendue par un avocat ayant contribué à leur élection. Difficile d'imaginer plus flagrante violation de l'égalité devant la loi.

On peut toujours (quoique difficilement) imaginer que les magistrats élus aient l'impartialité chevillée au corps, au point de ne pas avantager leurs soutiens de campagne. Mais cela ne semble pas être le cas. Dans une étude portant sur plus de 28 000 cas, Joanna Shepherd a mesuré la probabilité qu'un juge tranche en faveur d'une partie selon les organisations ayant contribué à sa campagne ^[24] . Quel que soit le groupe d'intérêt observé, le résultat est toujours le même : les verdicts sont plus favorables aux groupes qui ont financé l'élection. Si le juge a été financé par des organisations promouvant la liberté d'entreprendre, il a plus de chances, dans un litige opposant une entreprise et un individu, de trancher en faveur de la première. Financé par une organisation de défense des salariés, il aura moins tendance à donner raison à l'employeur. Financé par des médecins ou des hôpitaux, il votera moins fréquemment pour des verdicts les défavorisant, etc.

On peut encore envisager que ce soit parce que ces juges prennent souvent des décisions dans un sens qu'ils sont financés par un type d'organisation (et non l'inverse). Cependant, Dammon Cann confirme cet effet en montrant (sur

un échantillon assez petit) que les chances de gagner sont plus élevées pour l'une des parties quand le cabinet d'avocats qui la représente a financé la campagne. Dans ce cas, on n'a pas de cause commune entre une organisation et un juge, mais simplement un magistrat qui penche du côté de son financeur.

Souvent juge varie (s'il est élu)

Avec Roberto Galbiati, Émeric Henry et David Abrams, nous nous sommes intéressés à un deuxième problème posé par les élections : le fait qu'elles peuvent faire varier les décisions dans le temps, au fur et à mesure que le vote se rapproche ^[25]. Pour étudier cette question, nous avons à nouveau utilisé nos données de Caroline du Nord. Le contexte s'y prête bien. D'une part, c'est indispensable, les juges y sont élus. Tous les huit ans. D'autre part, comme je l'ai évoqué plus haut, ils doivent changer de juridiction tous les six mois. Cela veut dire qu'à chaque instant certains juges officient dans le district dans lequel ils ont été élus et souhaitent éventuellement être réélus, tandis que d'autres siègent dans une autre cour où ils n'ont pas d'enjeux électoraux. On peut donc comparer les décisions qu'un juge prend quand il est « chez lui » à celles qu'il prend quand il est « ailleurs », selon qu'il est en période électorale ou non. À cela s'ajoute une seconde dimension : certaines élections sont contestées, c'est-à-dire que plusieurs candidats s'affrontent, tandis que d'autres ne le sont pas et une seule personne se

présente aux suffrages. Ce contexte particulier crée une expérience naturelle permettant de mesurer si les peines changent selon le cycle électoral, et le cas échéant d'en identifier les raisons.

A priori, trois mécanismes peuvent provoquer une variation des sanctions selon le cycle électoral. Premièrement, les juges peuvent devenir plus sévères par pur souci électoraliste. S'ils pensent que les électeurs veulent de la sévérité, les peines augmenteront à l'approche du scrutin. Deuxièmement, le stress ou l'anxiété face à la possibilité de perdre son emploi peut modifier la façon de juger. Cela peut infléchir les peines dans un sens ou dans un autre, mais le stress rend rarement plus souple. Troisièmement, il est possible que les peines soient affectées non par l'élection des juges mais par d'autres élections potentiellement concomitantes – par exemple, celles du shérif (le chef de la police) ou du procureur général – et éventuellement par l'augmentation de la pression médiatique et populaire sur les jugements.

Le contexte de la Caroline du Nord permet de tester chacun de ces mécanismes. On peut alors formuler trois hypothèses :

1. si les juges sont électoralistes, on devrait observer une augmentation des peines à l'approche des élections, mais seulement dans le district où les juges veulent se faire élire et seulement lorsque l'élection est contestée ;
2. si les juges sont stressés par l'éventualité de perdre leur travail, on devrait observer une augmentation des peines à

l'approche des élections, quel que soit le district où la décision est prise, mais seulement lorsque l'élection est disputée ;

3. si les élections des juges sont synchronisées avec d'autres élections et si ces dernières affectent le rendu de la justice, on devrait observer, en période électorale, une modification des décisions dans tous les districts pour tous les juges.

Afin de tester ces hypothèses, nous avons mesuré la différence entre les peines fermes prononcées par un juge à proximité de l'élection (avant ou après) et celles prononcées à distance du suffrage. Cela nous permet de mesurer la cyclicité des peines due à l'élection. Si l'une au moins de nos trois hypothèses est vraie, on devrait observer un changement des sanctions juste avant le suffrage et un retour « à la normale » juste après. Pour être plus précis, et afin de distinguer ces hypothèses, nous avons mesuré la cyclicité pour quatre types de décisions :

- celles prises dans le district où le juge souhaite être élu et à proximité d'une élection contestée ;
- celles prises *hors* du district où le juge souhaite être élu et à proximité d'une élection contestée ;
- celles prises dans le district où le juge souhaite être élu et à proximité d'une élection qui *n'est pas* contestée (le juge est seul candidat) ;

– celles prises *hors* du district où le juge souhaite être élu et à proximité d’une élection qui *n’est pas* contestée (le juge est seul candidat).

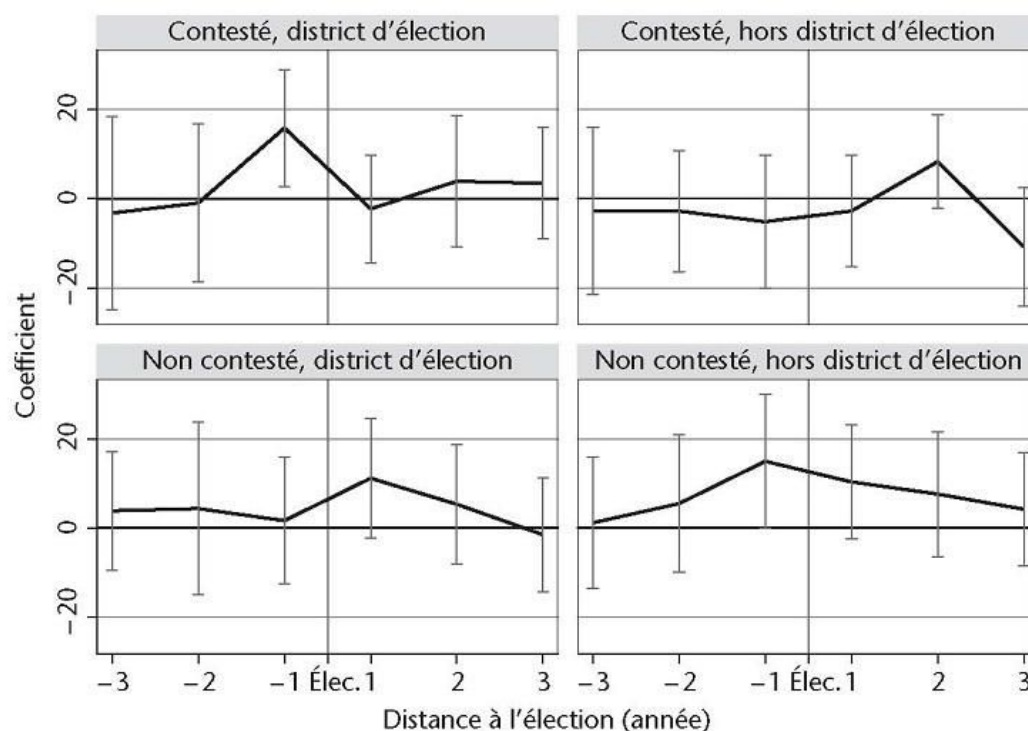
Les résultats sont présentés dans la figure 8.2. En haut à gauche, on constate qu’il y a effectivement une cyclicité des décisions d’un juge lorsqu’il est dans le district où il souhaite être élu et lorsque son élection est contestée par un autre candidat. En comparaison des peines décidées quatre ans avant ou après le suffrage (la période de référence par rapport à laquelle chacune des autres années est comparée), les peines sont, en moyenne, de quinze jours plus sévères dans l’année qui précède le vote. Cette hausse des sanctions disparaît aussitôt après le scrutin. Plus généralement, les sanctions prononcées à toutes les autres périodes – deux ans ou trois avant le suffrage, un an, deux ans, trois ans après – sont identiques à celles de la période de référence.

Cette cyclicité ne se retrouve ni dans les autres districts, ceux dans lesquels le juge est envoyé mais où il ne concourt pas à l’élection (sous-figures en haut à droite), ni lorsqu’il est le seul candidat (sous-figure en bas à gauche). Si on peut observer de petites fluctuations, celles-ci ne sont pas statistiquement significatives et l’on n’observe pas de modification juste avant l’élection, disparaissant juste après.

À la lumière de ces résultats, on peut reprendre nos trois hypothèses formulées plus haut. Si les variations étaient liées au stress (hypothèse 2), on devrait observer des fluctuations

dans tous les cas où l'élection est contestée. Ce n'est pas le cas : hors du district où souhaite être élu le juge, on n'observe pas de cyclicité. Si les variations étaient liées à d'autres élections ou au contexte (hypothèse 3), on devrait toujours observer un changement des peines avant le vote. Ce n'est pas non plus le cas. La cyclicité qui apparaît semble bien liée à un souci électoraliste. Souhaitant être réélus et considérant que les électeurs veulent de la sévérité, les juges tendent à augmenter les peines juste avant l'élection.

Figure 8.2. Cyclicité des peines en Caroline du Nord selon le district de jugement et le type d'élection



Source : North Carolina Administrative Office of the Courts.

Cette interprétation est renforcée par plusieurs résultats complémentaires. Premièrement, la hausse des sanctions juste avant l'élection est particulièrement marquée chez les juges qui, hors période électorale, sont moins sévères que la moyenne. Seuls ces magistrats avaient, *a priori*, le risque d'être qualifiés de « laxistes ». Deuxièmement, la cyclicité est nettement plus prononcée pour les infractions les plus graves. Celles-ci étant les plus visibles dans l'opinion, c'est par elles que les juges signalent leur sévérité aux électeurs. Troisièmement, l'analyse de la couverture médiatique des journaux locaux indique que les magistrats ont effectivement plus de chances de faire l'objet d'articles dans la presse lorsqu'ils sont dans le district où ils souhaitent être élus que lorsqu'ils rendent des décisions ailleurs. Dès lors, il est logique que l'on n'observe une cyclicité que dans les premières juridictions et pas dans les secondes.

En pratique, élire les juges semble donc poser de nombreux problèmes. Dans la mesure où l'incorporation de jurés, pour des raisons pratiques, ne peut se faire qu'à la marge, la plupart des décisions sont rendues par des magistrats professionnels. Dans ces conditions, les types d'influences qui vont être pris en compte par les juges dépendent largement de leur formation.

Notes du chapitre

[1] ↑ « Trois quarts des Français veulent plus de sévérité pour les mineurs », *Le Figaro*, 13 août 2013.

[2] ↑ Z. BELMOKHTAR et A. BENZACRI, « Les Français et la prison », *Infostat Justice*, n° 122, 2013.

[3] ↑ <<http://ybtj.justice.gov.uk>>.

[4] ↑ S. CUTHBERTSON, « Analysis of complete “You be the Judge” websites experiences », Ministry of Justice, 2013, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/203006/Analysis_of_complete_You_be_the_Judge_website_experiences_web_.pdf>.

[5] ↑ « Cinq phrases qui expliquent la relation de Sarkozy avec les juges », *Le Nouvel Observateur*, 19 mars 2014.

[6] ↑ « Nicolas Sarkozy envisage des jurés populaires au niveau correctionnel », *Le Monde*, 10 septembre 2010.

[7] ↑ Exposé des motifs de la réforme.

[8] ↑ Xavier SALVAT et Didier BOCCON-GIBOD, *Rapport à madame la garde des Sceaux, ministre de la Justice, sur l'expérimentation des citoyens assesseurs dans les ressorts des cours d'appel de Dijon et Toulouse*, Cour de cassation, parquet général, février 2013, p. 13.

[9] ↑ Allocution publique prononcée le 26 janvier 2012 à Dijon à l'occasion de la mise en place des juridictions citoyennes.

[10] ↑ Précisément, il s'agissait de certains faits de violence routière (homicides involontaires commis par les conducteurs, notamment ceux commis sous l'empire d'un état alcoolique ou de produits stupéfiants), d'agressions et atteintes sexuelles, de violences présentant une particulière gravité (soit parce qu'elles ont entraîné des lésions irréversibles, soit parce qu'elles ont été commises à l'encontre de personnes vulnérables), de violences ayant entraîné une incapacité temporaire de travail supérieure ou égale à huit jours lorsqu'elles ont été commises avec deux ou trois circonstances aggravantes (telles que réunion, menace d'une arme, ou commises au sein du couple ou sous l'emprise de l'alcool ou de stupéfiants ou de façon habituelle, ou sur un enseignant dans un établissement scolaire, ou en réunion dans un véhicule de transport en commun, ou contre les forces de l'ordre, les pompiers, les agents des entreprises de transport public), de violences urbaines, destructions par incendie et incendies de véhicules, des menaces les plus graves (notamment de mort et sous conditions, de nature raciste ou homophobe ou commises sur des policiers, pompiers, enseignants, médecins ou infirmiers, ainsi que sur leur famille,

d'extorsions (« racket ») et vols aggravés (notamment les vols précédés, accompagnés ou suivis de violences).

[11] ↑ S. ANWAR, P. BAYER et R. HJALMARSSON, « A jury of her peers : The impact of the first female jurors on criminal convictions », *The Economic Journal*, vol. 129, n° 618, 2017, p. 603-650.

[12] ↑ ID., « Politics in the courtroom : Political ideology and jury decision making », *Journal of the European Economic Association*, vol. 17, n° 3, 2018, p. 834-875.

[13] ↑ Les *nämndemännen* n'ont pas nécessairement exercé de responsabilités politiques, mais ils sont proposés par un parti et on peut donc raisonnablement supposer qu'ils en épousent les convictions.

[14] ↑ « Les propositions chocs de Brice Hortefeux », *Le Figaro*, 16 septembre 2010.

[15] ↑ Pour une synthèse, voir : « Judicial selection in the states », <https://ballotpedia.org/Judicial_selection_in_the_states>.

[16] ↑ Voir par exemple la tribune du *Washington Post* en défense du système électif, <https://www.washingtonpost.com/opinions/why-we-should-keep-judicial-elections/2011/05/26/AGt08HCH_story.html>, répondant aux critiques parues dans le *New York Times*, <<https://www.nytimes.com/2011/04/14/opinion/14thu2.html>>.

[17] ↑ Le problème se pose pour tous les élus, mais, pour un parlement, il existe des contre-pouvoirs, une opposition, des corps intermédiaires, des manifestations, etc., qui viennent tempérer son pouvoir. Les intérêts de tous seront sinon pris en compte, au moins connus et exprimés. Pour un juge qui prend des décisions solitaires ou avec un ou deux collègues, le risque sera plus grand que seules les préférences des électeurs soient prises en compte.

[18] ↑ Le dispositif n'existant pas en France, il est difficile de trouver une traduction exacte.

[19] ↑ « California voters remove judge Aaron Persky, who gave a 6-month sentence for sexual assault », *The New York Times*, 6 juin 2018.

[20] ↑ P. BRACE et B. D. BOYEA, « State public opinion, the death penalty, and the practice of electing judges », *American Journal of Political Science*, vol. 52, n° 2, 2008, p. 360-372.

[21] ↑ Les critiques à l'encontre des sondages sur la justice peuvent pour partie s'appliquer à la question de la peine de mort. Cependant, il s'agit là d'une question de principe pour laquelle une incarnation n'est pas forcément nécessaire et où l'information ne fait pas ou fait peu défaut. Indépendamment de tout cas concret à

discuter, la question est de savoir si les personnes interrogées pensent que la peine capitale peut ou ne peut pas être envisagée comme sanction.

[22] ↑ J. BOSTON et B. S. SILVEIRA, « The electoral connection in court : How sentencing responds to voter preferences », 2019, <http://www.bernardosilveira.net/resources/Boston_Silveira_06_22.pdf>.

[23] ↑ D. M. CANN, « Justice for sale ? Campaign contributions and judicial decisionmaking », *State Politics & Policy Quarterly*, vol. 7, n° 3, 2007, p. 281-297.

[24] ↑ J. M. SHEPHERD, « Money, politics, and impartial justice », *Duke Law Journal*, vol. 58, n° 4, 2009, p. 623-685.

[25] ↑ D. ABRAMS, R. GALBIATI, E. HENRY et A. PHILIPPE, « Electoral sentencing cycles », *The Journal of Law, Economics and Organization*, à paraître. La façon de présenter les résultats est légèrement différente de celle utilisée dans l'article afin de faciliter la lecture et les explications.

Conclusion

Au cours d'un procès pénal, des parties s'affrontent et une décision se construit. En plus des arguments de la défense, du ministère public et des parties civiles, le verdict intègre, parfois à son corps défendant, un ensemble de contraintes et d'influences potentiellement contradictoires.

Des pouvoirs séparés mais imbriqués

Les premières contraintes sont évidemment légales. Les condamnations prononcées viennent sanctionner des comportements interdits par le Code pénal, et les peines décidées s'inscrivent dans un intervalle borné par les textes. Au minimum, elles ne peuvent excéder un maximum ; au maximum, elles sont contraintes par un minimum.

Ce cadrage législatif s'avère à la fois lâche et instable. Au cours des vingt dernières années, et dans un mouvement commun à plusieurs pays occidentaux, le Parlement français a voté un nombre considérable de lois élargissant l'ensemble des comportements passibles de poursuites et alourdissant les

sanctions à l'encontre de multiples infractions. Cette avalanche de textes ont occasionné des changements dans les codes, mais finalement assez peu de modifications d'ampleur dans la manière de punir. La plupart des infractions créées ont été peu ou pas utilisées, les hausses d'encours ont concerné des délits rarement punis et, quand elles ont visé des agissements relativement courants, elles n'ont pas eu d'effet sur les peines prononcées. Au final, cette intense activité législative a donc essentiellement servi au pouvoir politique à mettre en scène son volontarisme.

Deux réformes font exception. Premièrement, la correctionnalisation de certains délits routiers a abouti à un alourdissement significatif des sanctions pour ce type d'infractions. Originellement seulement passibles d'amendes, les conduites sans permis ou sans assurance sont devenues punissables et effectivement punies de prison à partir de 2004. Deuxièmement, l'introduction des peines planchers à l'encontre des récidivistes en 2007 a donné lieu à la plus forte hausse de la sévérité observée depuis le nouveau Code pénal de 1994. Cette augmentation des sanctions s'est même inscrite dans la durée malgré l'abrogation de la loi en 2014. Ces deux réformes ont en commun d'avoir modifié les contraintes pesant sur les magistrats. Là où la plupart des textes ont affecté des maximums qui n'étaient de toute façon jamais atteints, la correctionnalisation des délits routiers a levé une limite – ne punir ces comportements qu'avec des peines non carcérales – tandis que les peines planchers ont introduit une obligation – des sanctions minimums pour les récidivistes.

Aux contraintes légales décidées par le Parlement s'ajoutent les contraintes institutionnelles déterminées par le pouvoir exécutif. En amont du procès, forces de l'ordre et procureurs sélectionnent les affaires qui seront portées devant les juridictions. En aval, les investissements des pouvoirs publics déterminent les peines qui pourront être utilisées et les places de prison qui seront disponibles. Dans la lignée des modifications législatives, la mise en œuvre des politiques publiques et les consignes données à l'administration ont poursuivi un double objectif d'accroissement de la population sous contrôle pénal et d'augmentation de la sévérité des sanctions. Sur la base d'indicateurs statistiques, policiers et procureurs ont été incités à augmenter les arrestations et à diminuer le nombre d'affaires classées tandis que, dans le même temps, des prisons étaient ouvertes pour permettre le prononcé de peines plus lourdes.

Cependant, là encore, les résultats apparaissent moins importants que ce qu'on aurait pu penser. Bien sûr, les contraintes imposées aux forces de l'ordre ont effectivement modifié les flux d'affaires, faisant notamment diminuer le nombre de vols simples et augmenter le nombre d'infractions à la législation sur les stupéfiants arrivant au jugement. Cependant, la pression exercée sur les procureurs semble avoir été largement inefficace et l'agrandissement du parc pénitentiaire semble ne pas être à l'origine de l'augmentation de l'incarcération observée sur la période.

Le juge, le politique et le citoyen

Au terme de cet examen des contraintes légales et institutionnelles, le système judiciaire s'affirme finalement comme une institution résistant aux injonctions politiques et limitant les effets des lois de circonstance. Face à des réformes nombreuses, parfois inapplicables ou contre-productives, les juges agissent alors comme contre-pouvoir. Lorsque les textes se font contraignants, ils assurent l'insertion des nouvelles lois au sein de l'édifice juridique qui leur préexiste et assurent la cohérence des décisions et des peines à travers le temps quand le Parlement a négligé de le faire – comme ce fut le cas lors de la loi sur les peines planchers.

Bénéfique pour lisser certains soubresauts politiques, cette indépendance se révèle néanmoins pour partie problématique. D'une part, parce qu'il est toujours gênant, dans une démocratie, que la volonté qui s'exprime au Parlement ne soit pas suivie d'effet. D'autre part, parce que l'institution judiciaire se retrouve dotée de responsabilités qui ne devraient pas lui échoir, et en particulier celle de définir l'échelle des peines. En théorie, celle-ci devrait être établie par le Code pénal et refléter la perception qu'a la population de la gravité des infractions. Cependant, dans une situation où les peines maximales prévues par les textes sont extrêmement élevées et modifiées au gré de l'actualité médiatique ou des intérêts politiques immédiats sans

logique d'ensemble, les juges se retrouvent de fait chargés de définir et de préserver la cohérence de l'échelle des sanctions.

Le rôle de contre-pouvoir et les compétences élargies échues aux juges témoignent de l'équilibre insatisfaisant qui s'est instauré entre les sphères politique et judiciaire. Parce que bon nombre de lois ne sont pas suivies d'effet, le Parlement peut envoyer des signaux politiques en créant des sous-catégories de délits inutiles ou en modifiant des encourus sans souci de cohérence avec le reste des infractions. Parce que le politique vote des textes trop nombreux instaurant des peines maximales extrêmement élevées ou introduisant des incriminations redondantes, les juges peuvent ignorer la volonté exprimée par ces réformes exemptes de contraintes formelles. Si le Parlement ne votait que quelques textes mûrement réfléchis et témoignant des évolutions de long terme de l'opinion publique, il y aurait évidemment un scandale démocratique à ce que l'intention énoncée dans ces réformes n'ait pas de traduction concrète dans les juridictions. Mais, en l'occurrence, si les magistrats se pliaient effectivement aux hausses incessantes d'encourus, l'Hexagone aurait un taux d'incarcération au moins égal à celui des États-Unis, les prisons françaises exploseraient et une part considérable du budget de l'État serait dévolue à la construction d'établissements pénitentiaires.

Cette situation n'est clairement pas optimale. Il serait préférable que l'échelle des peines soit établie par le Code pénal, que les encourus ne soient pas exagérément élevés et que les modifications soient rares, soigneusement pesées et

effectivement suivies d'effet. Mais cet équilibre a peu de chances d'évoluer tant que la demande de sévérité exprimée sera forte. Or les sondages déjà évoqués, très mauvais prédicteurs du comportement des jurés, sont probablement de bons indicateurs du comportement des électeurs et viennent clairement témoigner de cette attente. De plus, des études récentes sont également venues mesurer le coût électoral qu'il pouvait y avoir, pour un élu, à ne pas se montrer « dur avec la délinquance ^[1] ».

Cette demande de sévérité exprimée par les citoyens dans les sondages et dans les urnes n'est pas immuable. D'une part, elle fluctue avec la médiatisation des faits divers et elle semble à ce titre plus attisée que naturelle. On a déjà vu que le sentiment d'insécurité augmentait le lendemain de la diffusion de certains reportages, et des travaux récents ont également montré que l'arrivée de chaînes de télévision relativement peu enclines à médiatiser les crimes et délits aboutissait à une diminution de l'importance accordée à ceux-ci par les téléspectateurs ^[2]. D'autre part, la demande de sévérité repose largement sur une ignorance des réalités de la justice pénale. Dans l'expérience *You be the judge* menée en Angleterre, une simple mise en situation accompagnée d'une présentation un peu complète et complexe d'un procès suffisait à modifier sensiblement la perception des participants.

Dès lors, améliorer les connaissances de la population sur la justice pénale semble être une condition nécessaire à la mise en place d'un équilibre plus vertueux entre perception des

citoyens, représentation de leur volonté par le Parlement et application par les juridictions. C'était, à une échelle modeste et avec un angle particulier, l'un des objectifs assignés à ce livre.

Des jugements sous influence

Les contraintes pesant sur le procès et les influences s'y rencontrant ne s'arrêtent pas à celles du droit et des institutions. Quoique à l'écart de la place publique, le tribunal n'en est pas moins dans la cité. Les événements affectant le corps social, en particulier les faits divers, peuvent entrer en résonance avec les affaires jugées et en modifier le cours. Là encore, cette interférence semble prospérer sur la forte médiatisation des affaires sordides et sur une certaine méconnaissance de la justice, rendant les jurés, citoyens tirés au sort, plus perméables aux fluctuations de l'actualité que les magistrats aguerris.

Par ailleurs, les juges, même professionnels, vivent au sein de la société et peuvent en épouser les normes. On retrouve ainsi la trace (et l'apprentissage) des normes locales ou nationales dans les variations de verdicts d'une cour à l'autre pour des faits similaires jugés suivant le même droit. On retrouve également l'effet des assignations raciales ou de genre prégnantes dans l'ensemble des sociétés occidentales (et au-delà). Les femmes, stéréotypées comme douces et indispensables au foyer, sont

ainsi moins sévèrement punies que les hommes. Les minorités raciales ou ethniques tout comme les étrangers semblent à l'inverse plus durement traités – même si cela ne peut être parfaitement démontré que dans les quelques pays autorisant et permettant l'exploitation de données sur ces questions.

Enfin, les jugements peuvent être modifiés en raison des biais cognitifs, des automatismes acquis et entretenus pour simplifier l'ensemble des prises de décision de la vie quotidienne, mais dont les erreurs ou les systématismes peuvent avoir des conséquences tragiques dans le cadre d'un jugement pénal. Négligence des probabilités de base, effet d'ancrage, comparaison entre dossiers, sophisme du joueur, etc. sont alors autant d'écueils dont les débats devraient se prémunir mais dont on retrouve néanmoins les manifestations dans les verdicts.

Quand les sciences sociales changent le monde

Certaines influences extérieures affectant les procès peuvent éventuellement être considérées comme bienvenues. Peut-être est-il sain que des normes locales ou certaines préférences de la population soient prises en compte par les juridictions afin que les décisions soient bien acceptées. Cependant, la majorité de ces effets de contexte, et en particulier les biais cognitifs et les

assignations raciales ou de genre, sont problématiques. Ils rompent l'égalité de traitement des citoyens devant la loi et sapent la confiance dans la justice. Limiter leur influence apparaît alors comme une nécessité pour l'institution.

À cette fin, diffuser la connaissance sur ces mécanismes et, plus précisément, permettre aux individus de prendre conscience de leurs propres biais semblent être un moyen efficace pour réduire ces interférences. Un exemple connu de l'utilité de cette sensibilisation vient du basket-ball. En 2007, Joseph Price et Justin Wolfer publiaient un article mettant en évidence les discriminations raciales dans le championnat de la NBA. Leur recherche montrait que le nombre de fautes sifflées contre les joueurs noirs était plus élevé lorsque les arbitres étaient blancs que lorsqu'ils étaient noirs ^[3]. Cet article a eu un retentissement énorme, allant jusqu'à faire la une du très respecté *New York Times* ^[4]. La découverte de cette discrimination et sa forte médiatisation ont alors suffi à régler le problème. Un second article publié en 2018 montre en effet que les fautes sifflées ne diffèrent plus selon la composition du corps arbitral dans la période 2007-2010, après publication du premier papier ^[5].

Ces résultats ont, depuis, été confirmés dans d'autres contextes. Avec ma collègue Anne Boring, nous avons par exemple montré que les discriminations de genre exercées par les étudiants d'une grande université n'étaient pas affectées par un rappel à la norme – en l'occurrence, à l'impératif de traiter hommes et femmes de la même manière –, mais qu'elles diminuaient fortement lorsqu'on leur faisait prendre conscience de leurs

biais ^[6]. Lorsque nous avons présenté à certains étudiants les résultats d'une étude menée sur une cohorte précédente, montrant une sous-notation des femmes par les élèves ^[7], les évaluations des enseignantes se sont mises à augmenter en comparaison de celles des autres étudiants tandis que les évaluations des enseignants (hommes) n'ont pas changé ^[8].

Ces résultats viennent souligner deux choses. Premièrement, que ce n'est pas parce qu'un groupe adhère à une norme qu'il s'y conforme en pratique. Les biais raciaux ou de genre observés dans les verdicts viennent peut-être de quelques personnes racistes ou misogynes, mais ce n'est sans doute qu'une (petite) partie du problème. Il est probable que la plupart des magistrats essaient de traiter l'ensemble des justiciables de manière égale mais sont, comme nous tous, inconsciemment biaisés. Le second enseignement est que ces biais peuvent être largement diminués dès lors que les acteurs en prennent conscience. Cela vaut sans doute aussi pour les erreurs logiques et les systématismes cognitifs, même si aucune recherche ne semble l'avoir encore montré. Pour ces raisons, discuter et diffuser les travaux sur l'ensemble de ces biais peuvent contribuer à améliorer le fonctionnement de la justice. Il s'agissait là d'un deuxième objectif de ce livre.

Pour le meilleur et pour le pire

Le troisième objectif de cet ouvrage, au-delà de l'ensemble des résultats de recherche discutés, était de présenter une méthode, une démarche, appliquée au contexte de la justice pénale. Ce livre est un livre d'économie. Les travaux que nous avons présentés s'appuient sur des bases de données, souvent volumineuses, proposent des hypothèses et testent leur véracité à partir d'expériences (« naturelles » pour la plupart). Ils reflètent la « révolution empirique » opérée par la science économique au cours des trente dernières années, qui a vu la part des publications académiques fondées sur ce type d'analyse augmenter rapidement pour être aujourd'hui majoritaires ^[9].

Pourtant, l'économie, et en particulier l'économie du droit, ce n'est pas que cela. Pendant longtemps, ça n'a même pratiquement pas été cela. L'acte fondateur de l'étude de la pénalité par l'économie est généralement attribué à Gary Becker (prix Nobel 1992) avec la publication d'un article intitulé « Crime and punishment : An economic approach ^[10] ». Dans ce papier, Becker propose un modèle (mathématique) simple et élégant des comportements illégaux et de la meilleure réaction des autorités face à eux. Dans son modèle, un individu devient délinquant si le gain espéré – ce que l'auteur peut obtenir, moins la probabilité d'être puni, multiplié par le coût de la sanction – est supérieur au revenu qu'il tirerait d'une activité légale. Cette formalisation possède de nombreuses vertus : elle ne fait aucune distinction entre « bons citoyens » et « délinquants ^[11] » ; elle rassemble toutes les infractions dans

un même modèle ^[12] ; elle propose des explications claires et testables ainsi que des politiques publiques.

Même s'il représente une étape intellectuelle majeure, le modèle de Becker n'en est pas moins aujourd'hui considéré par beaucoup comme limité, voire problématique. Certaines de ses prédictions ne semblent pas se réaliser dans la majorité des situations – en particulier l'effet dissuasif de l'augmentation des sanctions ^[13] –, et de nombreux aspects, considérés à l'heure actuelle comme des déterminants importants de la délinquance, ne sont pas pris en compte ^[14]. Pourtant, pendant longtemps, ce modèle a constitué la vision qu'avaient les économistes de la criminalité et de la pénalité, et il a été très largement enseigné. Il l'a en particulier été à des juges fédéraux états-uniens dans le cadre d'un programme de formation à l'économie du droit à la tonalité ouvertement conservatrice et pro-marché ^[15]. La diffusion de cette approche a eu des effets concrets sur la façon de juger. Les juges formés se sont mis à utiliser plus fréquemment le vocabulaire des économistes pour justifier leurs décisions et à prononcer des peines plus sévères au nom de l'effet dissuasif des sanctions modélisé par Becker.

Du point de vue de ses fondateurs, ce programme fut un succès. Pourtant, son contenu, daté et biaisé, serait aujourd'hui encore plus vivement critiqué qu'il ne l'était il y a trente ans, et la majorité des économistes (et plus largement des chercheurs en sciences sociales) se distancieraient sans doute de cette approche ultrarationaliste des comportements délinquants

ayant accompagné et nourri le triplement de l'incarcération aux États-Unis à la fin du xx^e siècle.

Cet exemple peut ici servir de rappel. Il rappelle d'abord que n'importe quelle approche disciplinaire a des limites et que même la plus féconde ne peut prétendre à elle seule épuiser son objet d'étude. L'économie empirique permet de présenter un panorama intéressant des décisions de justice pénale et d'éclairer un certain nombre de chaînes causales. Cependant, les travaux qui en relèvent et qui ont été discutés dans ce livre ne sont pas exclusifs des recherches produites par d'autres méthodologies utilisées par d'autres disciplines : formalisation mathématique, dépouillement d'archives, analyse des textes juridiques, recueil d'entretiens, observations participantes... Surtout, si les sciences sociales changent réellement le monde, il ne s'agit pas toujours d'un progrès incontestable. Certaines analyses, intellectuellement stimulantes, peuvent avoir des conséquences pratiques désastreuses. Des résultats qu'on croyait solides peuvent dépendre d'un contexte précis et se révéler rapidement caducs. D'autres peuvent être tout bonnement faux, parcellaires ou biaisés. En définitive, les connaissances produites par les sciences sociales ne peuvent prétendre ni à l'intemporel ni à l'universel, et celles présentées dans cet ouvrage ne font pas exception.

Notes du chapitre

[1] ↑ F. DRAGO, R. GALBIATI et F. SOBBRIO, « The political cost of being soft on crime : Evidence from a natural experiment », *Journal of the European Economic Association*, vol. 18, n° 6, 2020, p. 3305-3336.

[2] ↑ N. MASTROROCCHO et L. MINALE, « News media and crime perceptions : Evidence from a natural experiment », *Journal of Public Economics*, n° 165, 2018, p. 230-255. L'article porte sur l'Italie et étudie le passage du signal analogique au signal digital, ayant, à différents moments dans différentes régions, entraîné une moins grande concentration de l'audience.

[3] ↑ La version finale de l'article sera publiée en 2010 : J. PRICE et J. WOLFERS, « Racial discrimination among NBA referees », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 125, n° 4, 2010, p. 1859-1887.

[4] ↑ « NBA : A study of the NBA suggests that racial bias exists among referees », *The New York Times*, 2 mai 2007.

[5] ↑ D. G. POPE, J. PRICE et J. WOLFERS, « Awareness reduces racial bias », *Management Science*, vol. 64, n° 11, 2018, p. 4988-4995.

[6] ↑ A. BORING et A. PHILIPPE, « Reducing discrimination through norms or information : Evidence from a field experiment on student evaluations of teaching », *Journal of Public Economics*, n° 193, 2021, 104323. L'expérience prend appui sur le fait que l'université a sept campus. Dans deux campus, nous n'avons rien fait (groupe contrôle) ; dans trois campus, nous avons envoyé des e-mails « normatifs », rappelant qu'il ne fallait pas discriminer les femmes ; dans les deux derniers campus, nous avons envoyé des e-mails « informatifs », présentant les résultats de l'article précédemment cité, montrant les discriminations dans l'université les années précédentes. Seules les évaluations des enseignantes (par les élèves) dans les deux derniers campus ont augmenté après la campagne d'envoi d'e-mails.

[7] ↑ A. BORING, « Gender biases in student evaluations of teaching », *Journal of Public Economics*, n° 145, 2017, p. 27-41. L'article montre que les étudiants, surtout les garçons, notent mieux les chargés de TD hommes que les femmes à compétences égales.

[8] ↑ Voir également, toujours dans le contexte scolaire, A. ALESINA, M. CARLANA, E. LA FERRARA et P. PINOTTI, « Revealing stereotypes : Evidence from immigrants in schools », National Bureau of Economic Research, n° w25333, 2018.

[9] ↑ J. ANGRIST, P. AZOULAY, G. ELLISON, R. HILL et S. FENG LU, « Economic research evolves : Fields and styles », *American Economic Review*, vol. 107, n° 5, 2017, p. 293-297.

[10] ↑ G. S. BECKER, « Crime and punishment : An economic approach », *Journal of Political Economy*, vol. 76, n° 2, 1968, p. 169-217.

[11] ↑ Ce modèle s'oppose notamment aux conceptions fondées sur l'idée que les « délinquants » auraient des caractéristiques physiques, sociales, morales, culturelles, etc. différentes de celles du reste de la population.

[12] ↑ En particulier, ce modèle rassemble ce qui est généralement présenté comme la « petite délinquance quotidienne » (vols, petits trafics, etc.), le crime organisé (gros trafic, extorsion, etc.) et la « délinquance en col blanc » (corruption, fraude fiscale, etc.). Si l'on prend une définition large du « gain » de l'infraction, on peut aussi inclure tous les crimes et délits ne procurant pas de rétribution matérielle mais dont on peut supposer qu'ils procurent une « satisfaction » en eux-mêmes (destruction symbolique par exemple) ou une rétribution sociale (violence de défense d'un « territoire » ou d'un « honneur » supposé, infraction montrant l'appartenance à un groupe, etc.).

[13] ↑ Il faut cependant noter que d'autres prédictions ont été largement validées par la littérature, en particulier la hausse du nombre d'infractions lorsque les conditions économiques se dégradent et que le chômage augmente.

[14] ↑ Pour citer quelques exemples récents, la littérature s'est depuis intéressée : au contexte social (voir, par exemple, J. R. KLING, J. LUDWIG et L. F. KATZ, « Neighborhood effects on crime for female and male youth : Evidence from a randomized housing voucher experiment », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 120, n° 1, 2005, p. 87-130) ; à la santé mentale (E. JÁCOME, « Mental health and criminal involvement : Evidence from losing medicaid eligibility », 2020, <https://elisajacome.github.io/Jacome/Jacome_JMP.pdf>) ; à la pollution (E. HERRNSTADT, A. HEYES, E. MUEHLEGGGER et S. SABERIAN, « Air pollution and criminal activity : Microgeographic evidence from Chicago », *American Economic Journal : Applied Economics*, vol. 13, n° 4, 2021).

[15] ↑ Appelée « programme Manne », du nom de son fondateur, cette formation a été dispensée à près de la moitié des juges fédéraux entre 1976 et 1999. Les participants apprenaient les principaux modèles en droit des contrats, droit pénal, droit de la propriété intellectuelle, droit de l'environnement, etc. Ils étaient incités à remplacer l'analyse juridique des problèmes fondés sur la loi et la jurisprudence par une analyse coût-bénéfice caractéristique des économistes. Voir la description dans E. ASH, D. L. CHEN et S. NAIDU, « Ideas have consequences : The impact of law and economics on American justice », *Center for Law & Economics Working Paper Series*, n° 4, 2019.

Remerciements

En 1537, par une matinée de décembre qu'on imagine belle et fraîche, François I^{er}, qui ne faisait pas que mener des batailles, signa l'édit de Montpellier, créant ainsi le premier dépôt légal. Depuis, après quelques péripéties, les non moins célèbres articles L131-1 à L133-1 du code du patrimoine ont pris le relais. Ceux-ci stipulent en particulier que quelques exemplaires de tout manuscrit publié dans l'Hexagone soient remis et conservés à la Bibliothèque nationale de France. Cette contrainte légale, à laquelle ce livre ne saurait se dérober, me donne l'opportunité de faire conserver pour une quasi-éternité dans un temple du savoir la liste des personnes admirables ayant permis l'existence de ce livre.

Il me faut tout d'abord remercier la sous-direction de la statistique et des études du ministère de la Justice (SDSE) qui m'a accueilli en ses murs pendant une décennie. En plus de produire les bases de données utilisées à peu près partout dans ce livre et de m'avoir fourni un cadre de travail agréable et convivial au cours de ces nombreuses années, les agents de ce service m'ont fait profiter de leur précieux savoir technique et juridique, ainsi que de leurs critiques lors des présentations successives de mes résultats. Que soit particulièrement remercié ici Benjamin Camus, qui m'a fait confiance en signant

ma première « convention d'accueil de chercheur » et a couvert mes recherches, et mes errements, d'un œil bienveillant.

De ces bases je n'aurais su que faire si je n'avais bénéficié de la formation, des conseils et du travail d'un ensemble de personnes m'ayant apporté les compétences économiques et juridiques nécessaires à l'analyse du matériau.

Les travaux présentés dans cet ouvrage sont issus de recherches menées en collaboration avec plusieurs coauteurs et amis tous plus formidables les uns que les autres. Par « ordre d'apparition » : Roberto Galbiati ; Aurélie Ouss, relectrice attentive de ce livre ; Anne Boring ; Emeric Henry ; Daniel Chen ; David Abrams.

Mes propres aptitudes se sont développées au sein d'un ensemble d'institutions qui ont eu la générosité de m'employer et de me faire grandir : le Centre de recherche en économie et statistique (CREST) de Paris, où j'ai préparé ma thèse, le Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW) de Berlin, où j'ai passé un semestre en visite, l'Institute for Advanced Study (IAS) de Toulouse, où j'ai fait mon postdoctorat, et l'université de Bristol, où je suis actuellement enseignant-chercheur. Les travaux présentés dans ce livre se sont enrichis des échanges que j'ai eus avec les chercheurs de ces laboratoires, que ce soit en séminaire ou à la machine à café.

Au côté des économistes, mes travaux sur la justice pénale ont également bénéficié de mes échanges avec les plus grands noms des prétoires de France : maître Catherine Puig du barreau

d'Ariège et maître Solal Cloris du barreau du Val-de-Marne ; ainsi qu'avec plusieurs magistrats intéressés par les approches quantitatives, en particulier Patrick Krief et Laetitia Brunin. Ils se sont aussi nourris de mon expérience en prison dans le cadre du Groupement étudiant national d'enseignement aux personnes incarcérées (Genepi). Que ceux qui ont fait vivre cette belle association jusqu'à son agonie et sa consternante disparition soient ici remerciés.

Pour transformer des recherches en livre, il m'aura fallu l'inspiration, la confiance et le soutien de nombreuses personnes. Merci en particulier à Julia Cagé de m'avoir mis le pied à l'étrier et à Bruno Auerbach d'avoir accepté d'éditer cet ouvrage.

Enfin, l'écriture de celui-ci a grandement bénéficié de l'entourage, des encouragements et des critiques de mes amis et de ma famille. Merci notamment à Ariane et Marguerite dont les réveils nocturnes m'ont donné le temps d'affiner mon plan et mes idées, et, surtout, merci à Barbara Bauduin pour sa patience, son enthousiasme, ses relectures attentives et ses remarques acérées qui ont grandement amélioré le contenu de ce livre et sa fluidité.