

Maurice CUSSON
Professeur à l'École de Criminologie
Chercheur, Centre international de Criminologie comparée,
Université de Montréal.

(1987)

Pourquoi punir ?

Un document produit en version numérique par Jean-Marie Tremblay, bénévole,
professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi

Courriel: jean-marie_tremblay@uqac.ca

Site web pédagogique : <http://www.uqac.ca/jmt-sociologue/>

Dans le cadre de la collection: "Les classiques des sciences sociales"

Site web: <http://classiques.uqac.ca/>

Une collection développée en collaboration avec la Bibliothèque
Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi

Site web: <http://bibliotheque.uqac.ca/>

Cette édition électronique a été réalisée par Jean-Marie Tremblay, bénévole, professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi à partir de :

Maurice CUSSON

Pourquoi punir ?

Paris: Librairie DALLOZ, 1987, 203 pp. Collection Criminologie et droits de l'homme

M Cusson est professeur à l'École de Criminologie, chercheur au Centre international de Criminologie comparée de l'Université de Montréal., nous a accordé le 13 juillet 2006 son autorisation de diffuser ce livre dans Les Classiques des sciences sociales.



Courriel : maurice.cusson@umontreal.ca

Polices de caractères utilisée :

Pour le texte: Times New Roman, 14 points.

Pour les citations : Times New Roman, 12 points.

Pour les notes de bas de page : Times New Roman, 12 points.

Édition électronique réalisée avec le traitement de textes Microsoft Word 2004 pour Macintosh.

Mise en page sur papier format : LETTRE (US letter), 8.5'' x 11''

Édition numérique réalisée le 2 août 2006 à Chicoutimi, Ville de Saguenay, province de Québec, Canada.

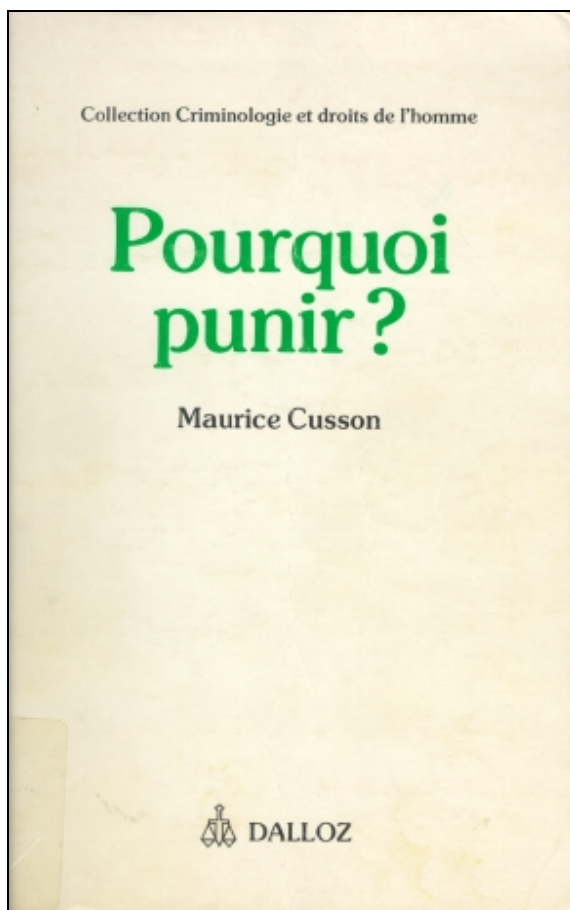


Du même auteur

- Délinquants, pourquoi ?, Armand Colin, 1981.
- Le contrôle social du crime, P.U.F., 1983.

Maurice Cusson (1987)

Pourquoi punir ?



“**Pourquoi punir ?**”. Paris: Librairie DALLOZ, 1987, 203 pp. Collection Criminologie et droits de l'homme

Table des matières

[Remerciements](#)

[Introduction](#)

Première partie. Le droit naturel

Chapitre 1. [Critique du positivisme et du rationalisme](#)

- L'empire de la loi
- L'empiré de la raison
- La révolte des faits
- L'empire de la science

Chapitre II. [Le droit naturel](#)

- La conception universaliste
- La conception réaliste du droit naturel
- La dialectique
- Droit naturel et sciences humaines
- Un savoir conscient de ses limites
- Présentation de l'ouvrage

Deuxième partie. La vengeance

Chapitre III. [La nature de la vengeance](#)

- Le problème
- La vengeance du sang
- Les raisons de la vengeance
- Le devoir, l'honneur et la solidarité
- La rétribution
- L'intimidation mutuelle
- Conclusion : La nature de la vengeance et la nature de la peine

Chapitre IV. [Le contrôle de la vengeance](#)

- Un phénomène relativement rare
- Les tabous de contact
- La protection des fugitifs
- Les vengeances symboliques
- Les mesures réparatrices
- Conclusion : L'ultime recours

Chapitre V. [La peine et les vengeances en chaîne](#)

- L'institution vindicatoire et la vengeance sauvage
- L'ascension aux extrêmes
- L'émergence de la peine
- Sanctions privées et sanctions publiques
- Conclusion

Chapitre VI. [L'émergence de la justice](#)

- Les procédures d'arbitrage
- La reconnaissance des parties et la proportionnalité
- L'héritage de la vengeance

Chapitre VII. [Justice privée et justice publique](#)

- Le recul de la vengeance
- La vendetta corse
- Les « Comités de vigilance »
- L'autodéfense
- La légitimité de la peine

[Troisième partie. Le juste](#)

Chapitre VIII. [La justice](#)

- L'utile et le juste
- La justice : une valeur en soi
- Qu'est-ce que la justice ?

Chapitre IX. [La réparation](#)

- La justice corrective
- L'importance de la réparation
- Difficultés

Réhabilitation, conciliation et réparation
Conclusion

Chapitre X. [La justice rétributive](#)

La rétribution formelle
La réciprocité
Le blâme
La garantie
L'innocence et la culpabilité
La proportionnalité

Chapitre XI. [Le point de vue des victimes](#)

La victime d'hier et d'aujourd'hui,
L'influence de la victime
Les victimes sont-elles vindicatives ?
Le devoir de solidarité
Etre protégé
Les motivations des plaignants Conclusion

[Quatrième partie. L'utile](#)

Chapitre XII. [La sécurité](#)

Chapitre XIII. [La responsabilité Définition utilité](#)

La critique déterministe
Plaidoyer pour l'indéterminisme
Le libre arbitre chez les délinquants
Les degrés de la responsabilité
Démocratie, liberté et responsabilité
Responsabilité et dignité

Chapitre XIV. [La dissuasion](#)

Les sanctions pénales font-elles peur ?
Les sentences exemplaires La constance
La hiérarchie des peines
Le déficit pénal Sévérité et certitude
Homéostasie
Le dosage dissuasif

Chapitre XV. [La neutralisation](#)

Mettre hors d'état de nuire
Une pratique courante
La neutralisation a-t-elle un impact sur la criminalité ?
Courtes carrières et courtes' peines

Chapitre XVI. [La prédiction](#)

L'identification des délinquants prolifiques
« Faux positifs » et « faux négatifs »
La capacité de prédire L'art de la conjecture
A-t-on le droit de punir quelqu'un pour des crimes qu'il n'a pas encore commis ?
Une juste distribution des risques
Conclusion

[Cinquième partie. Les principes de la détermination de la peine](#)

Chapitre XVII. [La règle et le cas particulier](#)

Les allers et retours du balancier
L'état de droit
L'égalité
L'imperfection humaine
L'utilité : le général et le particulier
La justice : le va-et-vient du général au particulier
Les règles de la détermination de la peine

Chapitre XVIII. [La mesure de la peine](#)

Les facteurs à considérer dans l'attribution de la peine
Les préjudices causés et appréhendés
Le délinquant devrait-il être tenu responsable des conséquences réelles de son acte ?
Le partage des torts
Les circonstances aggravantes et atténuantes
Le principe de la proportionnalité

Chapitre XIX. [La place de la victime dans la détermination de la peine](#)

L'information
Les réquisitions
La procédure
Conclusion

[Conclusion](#)

Le glaive et la balance
La pénitence
La place de la réhabilitation
Du « Pourquoi » au « Comment

[Bibliographie](#)

Remerciements

[Retour à la table des matières](#)

Avant la publication de ce livre, j'ai voulu soumettre mes thèses à l'examen de personnes dont l'opinion m'importait. Cette démarche me paraissait d'autant plus nécessaire que je ne suis spécialiste ni de l'anthropologie, ni de la philosophie, ni du droit. Ceci me conduisit à consulter un bon nombre de personnes. Je tiens à remercier plus particulièrement Jean Baechler, Pierre-Henri Bolle, Guy Dubreuil, Hélène Dumont, Raymond Gassin, Guy Guérin, Joseph Pestieau, Alain Peyrefitte, Georges Picca, Jean Pradel, José Rico, Jean Roy et Philippe Thiriart. Leurs critiques et leurs commentaires me furent fort utiles. En maints endroits, mon manuscrit en sortit amélioré. J'ai même été conduit à réviser certaines de mes positions. Mais, d'autres fois, je n'ai pu me rallier à certains avis : la peine n'est pas un sujet sur lequel l'unanimité est facile.

Ces dernières années, j'ai eu l'occasion de travailler en étroite collaboration avec Pierre Tremblay à une recherche sur le jugement pénal et sur la détermination de la peine. Ce travail en commun et les échanges continus que nous avons eus m'ont beaucoup appris. De plus, je considère que ce livre est un produit indirect de cette recherche réalisée au Centre international de criminologie comparée et qui profita de subventions du Conseil de la recherche en sciences humaines du Solliciteur Général du Canada ainsi que du Ministère de la Justice du Canada.

Une subvention du Conseil de la recherche en sciences humaines du Canada m'a permis de mener à terme un certain nombre de recherches liées à ce livre, notamment ce qui a trait à la vengeance.

La première mouture de ce texte ainsi que les innombrables modifications qui ont suivi ont été dactylographiées principalement par Johanne Mercille. Marie-Christine Cohen et Nicole Pinsonneault ont aussi mis la main à la pâte. Toutes ont travaillé avec soin et diligence.

Introduction

[Retour à la table des matières](#)

Le débat sur la peine n'est pas clos. Les idées qu'on lance pour la justifier, la condamner ou l'expliquer sont loin de faire l'unanimité. Aujourd'hui encore, punir reste une activité énigmatique. Les questions qui se posent à son propos ne sont pas insignifiantes. Quelle est la nature de la peine ? Quelles en sont les fonctions ? Quels principes gouvernent les décisions pénales ? Celles-ci ont-elles un sens intelligible ? Une peine peut-elle être juste ? Si oui, à quelles conditions ? Telles sont les questions examinées dans cet ouvrage. La démarche consistera à mener une réflexion sur la nature et les raisons du phénomène pour déboucher ensuite sur les implications pratiques qui s'en dégagent.

Le sadisme est une perversion rare. Aussi la plupart des gens n'acceptent-ils pas de gaieté de coeur l'idée que la paix dont ils jouissent repose sur un système de distribution de souffrances. D'où notre ambivalence devant la peine. Certains jours, elle nous apparaît comme un mal nécessaire ; d'autres jours, comme un mal dont nous devrions pouvoir nous passer. Notre sensibilité est heurtée par le spectacle du recours à la violence publique pour réprimer la violence privée. Et notre raison est troublée par l'idée qu'une démocratie utilise l'enfermement pour défendre la liberté.

Il devait se trouver des intellectuels pour mettre ce malaise en forme. Leurs doctrines ont pour point de départ une « réaction délibérée contre le régime traditionnel de répression rétributive » (Ancel, 1985, p. 31). Se réclamant de l'humanisme et de la science, ils font valoir qu'il est à la fois barbare et inutile de punir les délinquants. Il faut, selon eux, tendre à abandonner cette pratique parce que les traitements peuvent avantageusement remplacer les peines et qu'il faut éviter de faire souffrir des malheureux qui sont souvent eux-mêmes victimes des circonstances. Pourquoi châtier quand il suffit d'aider les délinquants à se reclasser ? La punition du crime serait donc une espèce en voie de disparition. Elle ne survivrait plus qu'à la faveur de l'obscurantisme.

Ce discours était généreux. Mais, s'il a été entendu, il a été peu suivi. Tous les États de la terre continuent de punir leurs criminels et aucun gouvernement ne semble prêt à abroger son code pénal ou à fermer ses prisons. La peine reste solidement implantée au cœur même des institutions démocratiques. Bon an, mal an, il se distribue une quantité relativement stable de punitions, et les doctrines n'y peuvent rien changer. De plus, on ne perçoit nulle part un ralentissement du rythme avec lequel on punit. Le droit pénal est en plein essor dans les pays occidentaux. On légifère de façon immodérée dans toutes sortes de domaines : environnement, fiscalité, économie, sécurité sociale, urbanisme, travail... et, pour donner des dents à la loi, on prévoit des sanctions. Le phénomène de l'inflation législative est bien connu : de nouvelles incriminations apparaissent tous les jours. Parallèlement, l'achalandage des cours criminelles ne cesse de croître. C'est notamment le cas aux États-Unis et en France. Dans un récent article sur la crise des politiques criminelles occidentales, Gassin (1985) signale que, en France, « le nombre total de plaintes, dénonciations et procès-verbaux, toutes catégories d'infractions confondues, est passé de 976 108 en 1955 à 15 232 912 en 1981 » (p. 33). Conséquences : l'appareil judiciaire est engorgé et le taux des affaires élucidées baisse, passant de 61% en 1955 à 40% en 1982. La population des prisons croît, elle aussi, mais à un rythme moins marqué : 19 540 détenus en 1955 et 38 634 en 1984 (p. 36). Bref, le nombre d'infractions rapportées aux pouvoirs publics croît énormément, la population carcérale augmente, mais assez lentement, et la probabilité qu'un crime connu soit puni

diminue. Ceci fait dire à Gassin que les systèmes de politique criminelle « ressemblent de plus en plus à une gigantesque machine qui tourne à vide sur elle-même sans avoir une prise véritablement appréciable sur la criminalité en expansion continue » (p. 38).

Et la machine n'inspire pas tellement confiance au public. Les Français et les Canadiens, pour ne mentionner que ceux-là, en sont profondément insatisfaits. Il ressort de sondages réalisés dans les deux pays que les citoyens croient que justice n'est pas rendue en matière criminelle dans nos palais de justice. Le discrédit dans lequel a sombré le système de justice pénale est inquiétant. Il n'y a guère d'institution qui soit aussi mal vue du public : même la police et les gouvernements sont mieux perçus.

La crise intellectuelle vient couronner le tout. Les doctrines de politique criminelle en vogue n'ont pas de prise sur le réel. Elles n'offrent pas d'outils intellectuels qui nous permettraient de comprendre et d'infléchir les comportements judiciaires. Pas la moindre explication convaincante de la récente évolution du système pénal. Ni la moindre indication qui nous aiderait à en prévoir le cours. Les criminologues et les pénalistes ne comprennent pas ce qui se passe. Ils contemplent avec ébahissement l'évolution de cet appareil dont le sens leur échappe. Ils parlent du système pénal comme d'une machine « incontrôlable ». Pas étonnant : ils en ignorent la nature, la logique et le dynamisme. Les discours de politique criminelle flottent dans de généreuses abstractions sans grands rapports avec les pratiques quotidiennes. On se demande s'il faut dire « individualisation » ou « personnalisation » cependant qu'une mystérieuse main invisible pousse les juges à proportionner la peine à la gravité du délit selon une logique qui ressemble étrangement à celle de la rétribution.

Des idées décrochées de la réalité ont été si souvent ressassées qu'elles ont créé un climat de scepticisme qui se fait sentir jusque dans les parlements. Il en résulte un flottement dans les législations sur la détermination de la peine. D'un côté, le législateur n'hésite pas à créer de nouvelles infractions, de l'autre, il n'ose se prononcer sur les principes que devraient appliquer les magistrats chargés de les sanctionner. La détermination de la peine est devenue affaire d'opinion personnelle. Tel juge se dit partisan de la réhabilitation, tel autre, de la

dissuasion. Tel juge croit que tel crime mérite deux ans, pour tel autre, ce sera cinq ans.

Il se pourrait que la manière dont les sanctions pénales sont distribuées n'ait que peu d'influence directe sur le niveau général de sécurité dans la société globale. Mais, jusqu'à nouvel ordre, des peines continuent d'être infligées dans tous les palais de justice du monde. Et la plupart des gens pensent que c'est chose grave de punir son semblable. Alors autant savoir pourquoi on le fait. Et autant le faire le mieux possible. Ce livre aura atteint son but s'il contribue à ce que nos idées sur la peine soient un peu plus claires, un peu plus cohérentes et un peu plus réalistes.

Première partie

Le droit naturel

[Retour à la table des matières](#)

Première partie : le droit naturel

Chapitre I

Critique du positivisme et du rationalisme

[Retour à la table des matières](#)

Il se pourrait bien qu'un doute plane dans l'esprit du lecteur : les questions qui seront débattues dans ce livre ne sont-elles pas intellectuellement insolubles ? Elles le sont en effet, répondent de nombreux spécialistes des sciences humaines. Selon eux, le domaine des fins et des valeurs échappe à la juridiction du savoir objectif. En la matière, ce n'est pas la science qui tranche mais les intérêts et les passions. Si les préférences subjectives des uns et des autres ne coïncident pas, la discussion ne peut emprunter les voies de la raison. Le rapport des forces ou, encore, un « arbitrage arbitraire » scellera l'issue de la confrontation.

Il est curieux que cette position désespérante soit si répandue. Est-il si sûr qu'il soit impossible de raisonner sur les valeurs ? Pourquoi n'existerait-il pas de « méthodes rationnellement acceptables permettant de préférer le bien au mal, la justice à l'injustice, la démocratie à la dictature ? » (Perelman, 1977, p. 8). À cette question décisive, les auteurs contemporains proposent trois réponses. Pour certains, le critère permettant de distinguer entre le juste et l'injuste ne peut être autre chose que la loi. Selon eux, une peine est légitime si elle est infligée conformément aux stipulations du code pénal. D'autres cherchent

à fonder la politique criminelle sur la raison. Une solution serait juste si elle découle logiquement de quelques principes fondamentaux. La troisième attitude est celle de ceux qui montent sur le char de la science. La mesure pénale appropriée serait celle qui découle d'un examen scientifique du délinquant et dont l'efficacité est empiriquement démontrée. Bref, on nous propose de soumettre notre jugement à l'empire de la loi, à l'empire de la raison ou à celui de la science. Nous verrons qu'aucune de ces trois solutions n'est pleinement satisfaisante.

L'empire de la loi

Le point de vue selon lequel le droit positif est l'ultime critère du juste et de l'injuste est considéré comme allant de soi dans maints quartiers. Hors de la loi, point de droit : tel pourrait être le slogan d'un grand nombre de juristes et de criminologues. La seule réalité juridique serait le droit positif, c'est-à-dire les lois que l'État édicte et sanctionne. La justice en tant que réalité autonome n'existe pas, seule compte la règle légale. Un acte n'est un crime que parce qu'il a été défini comme tel par le code. Et le droit de la peine ne peut être fondé sur rien d'autre que sur le droit positif. C'est au terme d'un processus essentiellement politique que sont définis les délits et sont légitimées les peines.

Cette doctrine laisse plusieurs questions cruciales sans réponse. Une loi vaut-elle seulement parce qu'un parlement l'a proclamée ? Nos conceptions du juste et de l'injuste seraient-elles suspendues au bon vouloir du prince ? Comment peut-on croire que les peuples ont attendu les édits du pouvoir pour condamner le meurtre et le cambriolage ?

Du strict point de vue du positivisme juridique, il est contradictoire de parler de loi injuste, puisque c'est la loi qui crée le juste. En conséquence, il ne nous reste plus qu'à remiser notre jugement critique au vestiaire. Comment remettre en question une loi si elle est le critère ultime du droit ? La servilité semble être l'attitude qui devrait découler de cette doctrine : servilité devant les tables de la loi, servilité devant les décrets du prince. Or il est impossible de s'y résigner. Nous savons très bien que les législateurs ne sont pas tous pétris de sagesse. Le mot

de Cicéron revient à l'esprit quand on pense à certaines de nos législations : il y a des lois qui ne valent guère mieux que les conventions d'une bande de brigands.

Mais nos contemporains qui assimilent loi et droit ne tirent pas toutes les conséquences de leur doctrine. La plupart d'entre eux ne se gênent pas pour critiquer les lois qui leur semblent discutables. Ils réclament des changements législatifs au nom des droits individuels ou de valeurs qu'ils jugent fondamentales. Mais, alors, existerait-il des valeurs qui soient au-dessus de la loi ? Car dès que l'on se permet de critiquer les lois au nom d'une valeur quelconque, on cesse de considérer le droit positif comme la source unique du droit. Pendant plus de deux millénaires, les juristes et les philosophes ont cru à l'existence du droit naturel, droit que la raison peut tant bien que mal discerner dans la nature des choses. Ainsi disposaient-ils d'un critère pour évaluer une loi. Nos contemporains ignorent le droit naturel mais, à les entendre critiquer le droit positif, on serait porté à se dire que, de même que monsieur Jourdain faisait de la prose, ils font du droit naturel sans le savoir. Et c'est inévitable. Pour faire des lois ou pour analyser celles qui existent, on ne peut pas se passer d'un point de référence extralégal. Des notions comme la justice ou le bien commun sont indispensables à celui qui veut faire des lois ou critiquer celles qui existent. Le droit positif ne peut se suffire à lui-même.

D'autre part, la conception selon laquelle l'origine de tout droit est de nature législative ne correspond manifestement pas à ce qui s'est effectivement passé. On peut toujours admettre que la loi a créé de toutes pièces un grand nombre d'infractions, par exemple en matière de circulation routière. Cependant, il est clair que certains chapitres du code criminel plongent des racines bien plus profondes que les statuts légaux qui les ont mis en forme. Les notions de vol et de meurtre existaient bien avant qu'il vienne à l'esprit d'un législateur de les prohiber formellement. Le vol n'est pas un acte injuste parce qu'il est interdit, il est interdit parce qu'il est considéré universellement comme un acte injuste. Les lois ne sont pas toutes de purs commandements, il en est - spécialement en droit pénal - qui sont la proclamation de ce qui est juste et nécessaire à la vie en société. « Ce qui est juste ne découle pas de la règle mais la règle provient de notre connaissance de ce qui est juste »(Digeste).

Les sociologues savent depuis longtemps que tout groupe secrète ses propres normes de conduite. Celles-ci restent bien souvent implicites mais elles n'en gouvernent pas moins le comportement. Les membres de tout groupe sentent qu'il y a des choses qui se font ou ne se font pas. Ces normes naissent insensiblement de l'action et de l'interaction sociale : imitation, ajustements réciproques, attentes implicites, revendications, approbations, blâmes, sanctions... C'est ce que Leclercq (1960, p. 84) appelait le droit implicite :

Le droit implicite serait la nébuleuse formée par l'ensemble des règles de vie sociale, qui s'imposent dans la société ; le droit explicite est celui qui émerge à la surface de la conscience sociale, manifestée ici par le droit formulé. Le premier serait le produit spontané de la vie sociale ; le second, le produit de la conscience réfléchie de ceux qui formulent le droit ; et le litige serait l'étincelle qui amènerait le passage de l'un à l'autre, puisque, nous l'avons vu, le droit n'apparaît que lorsqu'il y a controverse.

Quand les peuples ont voulu se donner, des lois pour garantir le respect de la personne et de la propriété, ils ne les ont pas tirées du néant. Ils sont partis des moeurs. Bien souvent ils se sont contentés de confirmer l'ordre social existant, d'explicitier les règles communément acceptées. En ce sens, l'ordre précède la formule (Villey, 1979, p. 200). Le législateur part de ce qui est pour dire ce qui doit être. Encore faut-il qu'il s'applique à connaître les us et coutumes des gens qui recevront la loi. Aussi peut-on dire qu'un droit positif valable exige un travail de recherche. On ne devrait pas légiférer dans l'ignorance de l'univers normatif de ceux qui devront obéir à la loi. Ainsi conçu, le droit positif n'est pas un pur produit de la puissance législative, il est la validation de règles sociales existantes. « l'État authentifie le droit, il ne le crée pas » (Leclercq, 1960, p. 63).

L'empire de la raison

Prenant conscience de l'incapacité du droit positif de fonder la justice, certains auteurs ont fait appel à la raison. Ils ont adopté une démarche déductive, qui consiste à faire découler les décisions de justice concrètes de quelques principes fondamentaux. Un tel rationalisme est

clairement perceptible dans l'ouvrage de Rawls (1971) « A Theory of Justice ». L'auteur y défend la position que la répartition des biens et des charges dans la société devrait être régie par deux grands principes de justice. Le premier stipule que chacun a un droit égal au système de libertés fondamentales le plus étendu possible qui soit compatible avec la liberté d'autrui. Le second précise que les inégalités doivent être conçues de telle sorte qu'elles profitent aux plus défavorisés et qu'elles soient liées à des postes accessibles à tous dans des conditions d'égalité des chances. C'est de ces deux principes que l'auteur déduit le système de règles qui devraient présider à l'organisation de la société. En politique criminelle, Von Hirsch (1976 et 1985) offre un bon exemple de ce type de démarche. L'édifice repose sur le principe du « juste mérite » (*just desert*) : le délinquant doit recevoir une punition qui soit à la mesure du caractère blâmable de son acte. Tout un système de sentences déterminées découle de ce principe de base.

Une telle démarche ne correspond ni à ce qui se passe ni à la nature même du droit. C'est une erreur de faire du droit un pur produit de la pensée. La justice en soi n'existe pas. Ce qui existe, ce sont d'innombrables tentatives de trouver des solutions justes à autant de problèmes particuliers. Les systèmes de droit sont des compilations raisonnées de ces solutions, ils ne sont pas de pures constructions intellectuelles. Les droits historiques n'ont pas été construits à partir d'un plan préétabli et les quelques tentatives faites en ce sens ont donné des résultats malheureux avant d'être abandonnées. Les codes se développent organiquement. Ils se sont élaborés peu à peu au fil de multiples arbitrages par des acteurs qui tendaient confusément vers une justice dont ils n'avaient qu'une vague idée.

Contrairement à ce que pense le rationaliste, la justice ne peut être conçue indépendamment de l'expérience. Comment pourrait-on décréter dans l'abstrait ce que devrait être une peine méritée ? Pour la déterminer, il faut tenir compte du délit tel qu'il s'est produit concrètement, il faut considérer le délinquant, la victime et toutes les circonstances du délit ; il faut aussi avoir une idée des « tarifs » pénaux en vigueur dans une juridiction donnée. La connaissance concrète est un ingrédient essentiel de la justice.

Si un tribunal développait des syllogismes, on pourrait le remplacer, avantageusement, pour la justice, par un ordinateur. En fait, la recherche du juste procède exactement à l'inverse. Un tribunal, institué comme il convient, ne traite que des cas individuels et recherche le juste dans chaque cas ; il s'aide de la coutume et de la loi pour y réussir mieux et plus rapidement. (Baechler, 1985, p. 268)

Ce rationalisme, comme le positivisme juridique d'ailleurs, est une forme de « constructivisme ». Par ce terme, Hayek désigne une manière de se représenter le droit et la société comme s'ils étaient des constructions artificielles, des produits d'actions organisées selon un plan préconçu. Comme si la vie sociale n'avait pas son dynamisme propre, comme si la raison raisonnante présidait à toutes nos actions, comme si on consultait le code avant d'entrer en relation avec autrui, comme si l'intelligence abstraite était tout et l'intelligence concrète, rien. Le « constructivisme » conduit à vouloir harnacher les faits sociaux et à prétendre façonner la société selon ses visions. Mais la vie ne se décrète pas ; la réalité ne se laisse pas embrigader sans résistance.

La révolte des faits

C'est ce que l'on voit dans les systèmes pénaux contemporains. Ils échappent au contrôle de ceux qui sont censés les diriger. L'inertie de ces appareils est considérable. Il est extrêmement difficile de modifier leur fonctionnement, soit pour l'accélérer, soit pour le ralentir. En droit criminel, combien de réformes avortées, de lois qui restent lettre morte, de directives contournées ! Les lois qui prétendaient forcer les juges à être plus sévères ont rarement atteint leur but ; souvent elles ont suscité des pratiques qui ont eu pour effet d'annuler le résultat désiré. Quand le législateur veut obliger les juges à infliger des peines généralement considérées comme très sévères, il s'ensuit une diminution du nombre de condamnations. Les magistrats et les jurés se donnent le mot pour acquitter. Le ministère public cesse de poursuivre ou ne poursuit plus que mollement. Il arrive même que les policiers se mettent de la partie. Au bout du compte, la peine exemplaire ne frappe que quelques victimes expiatoires et le niveau général de certitude des peines diminue.

Au Canada et aux États-Unis, nous avons connu la vague de la « déjudiciarisation » : l'on voulait réduire le nombre de prévenus devant se présenter au tribunal. A l'expérience, nous découvrons que l'achalandage des tribunaux reste le même ; seul le menu fretin est « déjudiciarisé ». La création d'« alternatives » à l'incarcération produit un résultat semblable. Une fois que celles-ci sont mises en place, les coupables qui, auparavant, prenaient le chemin de la prison empruntent la même voie et les mesures de rechange sont le lot de gens qui, sous l'ancien régime, n'auraient reçu qu'une sanction symbolique. Le système de justice obéit à sa logique propre, qui ne coïncide pas avec celle des réformateurs bien intentionnés. Tel ministre de la justice qui proclame bien haut sa volonté de réduire la population carcérale se découvre impuissant à freiner une irrésistible augmentation du nombre de gens qui, pendant son mandat, sont envoyés à l'ombre.

Les auteurs de doctrines pénales n'ont guère plus de succès. Que de plaidoyers, depuis cinquante ans, en faveur de l'individualisation et de la réhabilitation ! On a cru un moment que l'unanimité s'était faite sur ces thèses. Et pourtant leur mise en œuvre s'est toujours enluee dans la résistance des faits. Quand la réhabilitation est-elle devenue le but réel de la sentence ? Quand les juges ont-ils vraiment cessé de faire payer au coupable le prix de son crime ? Une doctrine de politique criminelle qui éclipsait toutes les autres a tout au plus réussi à égratigner la surface des pratiques réelles. La façade doctrinale des systèmes pénaux contemporains est restée ce qu'elle était : une façade.

Cette résistance opiniâtre des faits se comprend si l'on reconnaît que le droit a sa vie propre. Les milliers de décisions diverses qui se prennent quotidiennement dans les palais de justice obéissent à une logique qui n'est pas celle que le pouvoir ou le doctrinaire voulait leur imposer. On ne peut pas faire faire n'importe quoi aux agents pénaux, du moins pas dans un pays démocratique.

En définitive, la faiblesse principale des conceptions qui fondent le droit sur la loi ou sur la raison, c'est de ne pas avoir de prise sur la réalité ; ni pour la comprendre ni pour la changer. Et en l'occurrence, les deux vont de pair. Pour imprimer un quelconque changement au système pénal, il faudrait en connaître la nature véritable. Quand les ré-

formateurs pénaux prétendent chevaucher et diriger une monture qu'ils connaissent mal, il leur arrive ce qui arrive aux mauvais cavaliers : ils sont désarçonnés et le cheval va son chemin.

L'empire de la science

Il fut un temps où les criminologues se signalaient par leur croyance en la science pour résoudre le problème du crime. On pensait qu'il serait possible de remplacer les peines par des traitements ou des mesures de sûreté. On proposait de fonder le choix de ces mesures sur l'étude scientifique de la personnalité du sujet. De façon plus générale, on préconisait de faire reposer la politique criminelle sur l'analyse scientifique du crime et du délinquant. Nous savons que le programme n'a pu être réalisé que très partiellement parce qu'il s'est heurté, en cours de route, à des obstacles découlant de la lenteur des progrès scientifiques en la matière. En outre, il était destiné à se heurter à une difficulté d'ordre philosophique. La science ne peut, à elle seule, déterminer la politique criminelle parce qu'elle s'interdit à elle-même le passage de l'être au devoir-être. La plupart des gens de science admettent volontiers que les questions de valeur ne sont pas de leur ressort. Max Weber (1919) allait plus loin. Il affirmait qu'il y a une opposition irréductible entre le fait et la valeur, et qu'il ne peut y avoir de vraie connaissance du devoir-être. Selon lui, les prises de position se rapportant aux valeurs sont arbitraires et, en cas de désaccord, il n'y a pas de méthode rationnelle pour trancher.

Il est vrai que, dans le cadre d'une démarche proprement scientifique, il faut maintenir une cloison étanche entre les jugements de valeur et les jugements de réalité. Mais, de là à conclure qu'il n'existe aucune méthode pour faire avancer une réflexion normative, il y a un pas qu'il ne faudrait pas franchir trop rapidement. Du moins, si nous faisons ce pas, faudrait-il en accepter les conséquences et s'enfermer dans le silence quant à la plupart des questions qui nous occupent dans ce livre.

En effet, la justice pénale est une matière pétrie de jugements de valeur et il serait presque impossible d'en traiter si l'on s'interdisait

toute référence normative. Des concepts comme ceux de crime, de faute, de justice sont chargés d'évaluations. Il est évident que la notion de crime est le produit de jugements de valeur. Un acte est qualifié de crime parce qu'il est réprouvé et jugé antisocial. Comment peut-on traiter de la question criminelle si on n'a pas une sensibilité aux valeurs qui nous permettra de distinguer entre un crime grave et une peccadille, entre une crapule et un honnête citoyen ? Il en est de même pour la plupart des notions de la criminologie. Si on ne se réfère pas à des valeurs, il est impossible de saisir ce qu'on entend par victime, punition, justice, innocence, culpabilité, malhonnêteté, violence, dangerosité... Un criminologue qui veut traiter de sujets importants sans s'empêtrer dans les euphémismes et les périphrases doit pouvoir parler de peines excessives, de crimes crapuleux, de prisons totalitaires, de mesures injustes. Il est vrai que l'on a tenté d'échapper à ce langage en inventant un vocabulaire délibérément neutre : déviance, infracteur, situation problème. D'un meurtre on dira que c'est un « comportement censé indésirable ». L'exercice sonne tellement faux que seuls les convertis à l'abolitionnisme acceptent de s'y livrer.

Ainsi, l'adhésion à un credo scientifique pur et dur aurait pour effet de dissoudre notre objet d'étude même : sans référence à des valeurs, le crime ainsi que la justice pénale disparaissent.

Comme l'a fait remarquer Strauss (1953), une autre conséquence de cette position est le nihilisme ou « l'idée que toute préférence, qu'elle soit mauvaise, vile ou folle, doit être regardée par le tribunal de la raison comme aussi légitime que n'importe quelle autre » (p. 57-58). Si les choix entre valeurs divergentes ne peuvent être informés par la raison, étant le produit de préférences aveugles, au nom de quoi pourrions-nous récuser les thèses de ceux qui défendent le terrorisme, les camps de concentration ou le génocide ?

Bref, si on veut respecter scrupuleusement les canons de la science, on ne peut pas se prononcer sur la plupart des questions importantes en politique criminelle. À l'opposé, si on adopte une attitude rationaliste, on risque de se laisser entraîner à vouloir refaire

tout le système selon une quelconque vision de l'esprit. Nous sommes donc guettés par deux excès contraires : ne rien dire ou en dire trop. Mais n'y aurait-il pas un juste milieu ?

Première partie : le droit naturel

Chapitre II

Le droit naturel

Je n'ai point tiré mes principes de mes préjugés mais de la nature des choses.

(Montesquieu, 1748, p. 1)

[Retour à la table des matières](#)

Si la politique criminelle ne peut être fondée ni sur la loi écrite, ni sur la raison pure, ni sur la science, faut-il conclure qu'elle n'est rien d'autre qu'un tissu d'affirmations gratuites auxquelles le prince donne occasionnellement force de loi ? Non, répondent ceux qui s'inscrivent dans une tradition plus que millénaire, il existe un étalon de la justice et une démarche pour distinguer le juste de l'injuste, c'est le droit naturel.

La conception universaliste

C'est par une curieuse expression que les auteurs anciens définissaient le droit naturel. Celui-ci est, disaient-ils, le droit qu'il faut chercher dans « la nature des choses ». La difficulté est, bien sûr, de savoir ce que cela peut vouloir dire. Selon une première acception, il s'agirait de la nature humaine telle qu'elle existe partout et toujours. Le droit naturel est alors conçu comme un ensemble de principes que la raison peut déduire d'une connaissance de l'homme en tant qu'homme. Ces

principes seraient universels parce que la nature humaine est immuable. L'idée s'accorde assez mal avec l'air du temps qui porte à ériger le relativisme en absolu et à prétendre que le propre de la nature humaine est de n'en point avoir ¹. Mais comme il n'existe pas de démonstration irréfutable, du relativisme, il reste possible d'envisager l'hypothèse que tous les droits de l'humanité ont en commun un petit nombre de caractéristiques fondamentales. Que l'on considère un instant la peine elle-même. La diversité de ses manifestations est incontestable mais elle semble bien être une donnée universelle de l'humanité. En effet les manières de punir varient. Le pilori n'existe plus ; la lapidation n'est plus pratiquée. Il y a aussi de grandes variations dans la nature des actes qui sont considérés comme punissables (quoique l'universalité de certains crimes ne puisse pas être exclue). Malgré tout, l'activité qui consiste à infliger une souffrance à l'auteur d'un acte jugé criminel est universelle. On n'a pas réussi à prendre Durkheim (1895, p. 65) en défaut quand il affirmait : « Partout et toujours, il y eut des hommes qui se conduisaient de manière à attirer sur eux la répression pénale. » Le phénomène est non seulement universel, il semble aussi qu'il obéisse à des lois qui le soient elles aussi. Durkheim (1895, p. 72) encore : « Il n'existe pas de société où il ne soit de règle que la peine doit être proportionnelle au délit. » Punir un crime consiste à établir un certain rapport entre ce crime et un quantum de souffrance. Ce rapport ne semble pas être décidé de manière arbitraire, c'est du moins ce que la permanence de la proportionnalité nous autorise à croire. Il se pourrait bien que la détermination de la peine soit un ordre d'activité qui ait sa logique propre. Il se pourrait bien que la peine possède sa nature propre et qu'il existe une manière naturelle de punir.

Quoi qu'il en soit de cette hypothèse, il n'est pas sûr qu'elle ouvre la piste la plus féconde. Elle risque fort de ne faire découvrir que quelques principes tellement abstraits qu'ils en perdent toute utilité. C'est un trait de la nature humaine que de s'adapter aux circonstances, d'inventer des solutions nouvelles et de se donner des formes d'organi-

¹ On aurait pu croire que la criminologie resterait le dernier bastion du relativisme. Mais récemment, quelques spécialistes de la criminologie ont pris conscience qu'il est difficile de se passer du concept de nature humaine : Szabo (1985) ainsi que Wilson et Herrnstein (1985).

sation infiniment variables. Chaque communauté humaine élabore des solutions juridiques qui résultent de son histoire et qui sont adaptées à son mode de vie, à son organisation, à sa situation et à ses valeurs propres. Le droit est variable parce que l'être humain est plastique et que les sociétés humaines diffèrent les unes des autres.

La conception réaliste du droit naturel

Plutôt que de partir à la recherche d'un idéal abstrait et universel, il est préférable de suivre les traces d'Aristote qui pensait que le droit naturel « se découvre par observation de la réalité sociale et confrontation de points de vue divers sur cette réalité » (Villey, 1983, p. 54). Apparaît ici un second sens de « la nature des choses », non pas la nature humaine mais les relations sociales qui se nouent à un moment donné dans une communauté donnée. Le droit naturel est alors conçu en termes réalistes. Il est le droit que l'on recherche dans les rapports entre les hommes parce que le juste est une qualité de certaines relations sociales : il arrive que les gens paient leurs dettes, que des partages se fassent équitablement, que des innocents soient acquittés et que des coupables soient condamnés... Ainsi compris, le droit naturel est *l'ensemble des décisions, des normes et des coutumes par lesquelles, dans un groupe, on s'efforce de rendre à chacun ce qui lui revient.*

La vie sociale est apparue avant que l'on se soit avisé de la mettre en forme. « La société se constitue d'elle-même antérieurement et indépendamment de toute volonté de la faire être » (Varaut, 1986, p. 39). Ainsi en est-il du droit. Il émerge spontanément de l'interaction sociale au fil des arbitrages, des contrats et des conventions. Il peut apparaître à l'occasion d'un litige. Il est perceptible quand une règle est suivie, quand une faute est réprochée, quand un délit est sanctionné, quand un dommage est réparé...

Toute forme d'arbitrage peut être du droit naturel. « Du moment que deux parties s'entendent pour choisir un médiateur, un arbitre ou un juge et porter devant eux leur litige, ces trois personnages deviennent une source du droit » (Baechler, 1985, p. 266). Les membres d'un groupe contribuent aussi à l'élaboration du droit quand ils adoptent

une règle, quand ils suivent une coutume, quand ils développent des attentes et quand ils valorisent une manière de faire. La sanction crée aussi du droit.

Selon cette conception, les mœurs et les coutumes sont à l'origine du droit. « Le droit naturel se comprend comme fondé sur la morale historique d'une communauté vivante, et se comprend ainsi comme essentiellement lié à l'histoire » (Weil, 1956, p. 40). Il est impossible de déterminer précisément ce qui est juste ou injuste dans l'absolu. C'est dans le contexte de la culture d'une communauté particulière, que l'on peut s'en faire une idée.

Ceci suppose que l'aspiration à la justice soit à l'œuvre dans les sociétés humaines. Quand surgit un litige, on a de bonnes chances de trouver des acteurs qui chercheront la solution la plus équitable possible. Quand il s'agira de faire un partage, il se trouvera des gens qui voudront que l'égalité soit respectée. Quand un préjudice est causé, le souci qu'il soit réparé se manifestera.

Le droit naturel s'incarne chaque fois qu'un citoyen rend à autrui ce qui lui revient, chaque fois qu'il s'acquitte d'une obligation vis-à-vis d'une autre personne, chaque fois qu'il opère une distribution équitable de biens ou de charges, chaque fois qu'il répare une faute, chaque fois qu'il respecte un contrat, chaque fois qu'il corrige une injustice.

Au fil de l'interaction sociale, des problèmes de justice naissent et sont, la plupart du temps, résolus tant bien que mal, sans faire appel à la loi ou à un juge. Piaget (1932) a montré que le sens de la justice se manifeste assez tôt chez les enfants. Et il n'est pas seulement appris des adultes. A partir des actions et des réactions des enfants les uns sur les autres, naît peu à peu « la conscience d'un équilibre nécessaire, obligeant et limitant tout à la fois l'« alter » et l'« ego ». Cet équilibre idéal entretenu à l'occasion de chaque dispute et de chaque pacification suppose naturellement une longue éducation réciproque des enfants les uns sur les autres » (Piaget, 1932, p. 254). Il n'en est pas autrement parmi les adultes. Tout au long de notre vie, nous devons nous ajuster aux attentes d'autrui ; nous nous disputons, nous cherchons un compromis honorable, nous approuvons et blâmons, nous sommes approuvés et blâmés. C'est de ce continuel « raboutage » des gens les

uns sur les autres qu'émerge la justice naturelle : de toutes ces décisions résultent la modération, la réciprocité, l'équilibre.

Il s'ensuit que le droit naturel existe indépendamment de la volonté du législateur ou du juriste. Il a une réalité objective au même titre que n'importe quel autre fait social. Le droit n'a pas à être créé, il doit être découvert dans les rapports entre les citoyens au terme d'une démarche qui ressemble à la recherche de la vérité. On connaît le droit naturel par l'observation des comportements sociaux et par l'étude de la manière dont les gens règlent leurs disputes. Étant le produit de l'intelligence concrète des hommes en interaction, le droit naturel est accessible à l'intelligence humaine.

Cette conception du droit impose des limites au législateur. Elle l'oblige à se mettre à l'école des faits, elle l'incite à proposer des législations qui soient en harmonie avec la justice naturelle telle qu'elle s'est élaborée en un lieu et à un moment donné. Si le droit a son existence propre, le parlement ne peut décréter n'importe quoi : ses lois ne seront sages et justes qu'à la condition de porter le sceau du droit qui émerge spontanément de la vie sociale elle-même. On vante souvent le droit romain. Or les jurisconsultes et les législateurs de Rome avaient adopté cette attitude.

Les Romains comprenaient qu'en étudiant avec soin les institutions existantes, on pouvait y trouver quelques parties qui portaient ou pouvaient porter, après quelques réformes, la marque de ce régime de la nature dont ils affirmaient timidement l'existence.

(Maine, 1874, p. 84)

La dialectique

Mais, dira-t-on, comment l'observation de la vie sociale peut-elle nous faire découvrir la justice quand nous savons qu'on y trouve de tout : le pire comme le meilleur ? Il est vrai qu'il n'y a pas que de la justice en ce monde. Chacun sait qu'y sévissent aussi l'injustice, l'arbitraire, l'iniquité, l'erreur, la démesure, la sottise... Et puis, il y a simplement la diversité des solutions qui sont adoptées ici et là. Comment peut-on espérer découvrir le droit dans ce foisonnement chaotique ?

Ce n'est pas en se contentant de décrire fidèlement ce qui se passe que l'on découvrira la justice.

À cette difficulté, les philosophes du droit naturel répondent en proposant une méthode. C'est la dialectique : confrontation d'opinions afin d'en arriver à une meilleure idée sur des sujets comme le juste et l'injuste, le vrai et le faux. Baechler (1985, p. 218) définit la dialectique comme l'« art de rechercher la vérité à plusieurs dans les matières incertaines, chacun développant un point de vue de la manière la plus conséquente et la plus informée possible, mais en sachant que ce n'est qu'un point de vue, qui ne saurait être dépassé que par la confrontation avec d'autres points de vue partageant le même souci dialectique de la vérité ».

Une des caractéristiques de la dialectique qui mérite d'être soulignée est l'acceptation de l'incertitude. On la trouve au départ et à l'arrivée. On démarre avec des prémisses incertaines et des opinions dont la valeur est problématique et on aboutit à des conclusions qui, en principe, nous font avancer vers la vérité mais qui restent provisoires et imparfaites. La dialectique se distingue de la connaissance scientifique par une exigence moindre en ce qui concerne la rigueur et la certitude.

La controverse est une composante essentielle de la dialectique. Elle consiste en une confrontation d'opinions entre deux ou plusieurs interlocuteurs. Durant le débat, chacun des protagonistes s'efforce de défendre son point de vue en utilisant l'argumentation la plus convaincante possible. Diverses thèses sont examinées et critiquées ; certaines sont réfutées et rejetées, d'autres sont retenues parce qu'elles semblent contenir une part de vérité. La controverse permet d'acquérir une vision plus complète de la question en combinant les divers points de vue à partir desquels on peut l'envisager.

Le débat dialectique peut porter sur une affaire concrète. Le procès en est un bel exemple : les points de vue des parties concernées y sont confrontés afin d'établir les faits et de découvrir la solution juste à partir du choc des plaidoiries contradictoires. La dialectique peut aussi s'exercer sur des questions théoriques : Quelle est la nature de la justice ?

La dialectique fait flèche de tout bois. Elle accueille toutes les opinions qui semblent contenir une parcelle de vérité et tous les participants qui sont disposés à débattre raisonnablement une question. La confrontation de points de vue différents se prête particulièrement bien à la recherche de la justice parce que son objet est précisément l'équilibre entre les intérêts en conflit. Le juste ne concerne pas un individu pris isolément mais un rapport entre des individus : la part qui revient à chacun d'eux. C'est pourquoi l'objet du droit ne peut être saisi d'un point de vue unilatéral, il naît du dialogue (Villey, 1978, p. 217). On comprend alors le sens de cette règle de justice naturelle qui veut que, dans un procès, toutes les parties soient entendues. Le juge se doit de prendre connaissance des avis de tous ceux qui sont concernés par la cause. C'est en tenant compte de ces divers points de vue que sera trouvée la solution.

Il n'est pas sûr que ce principe soit parfaitement suivi en droit criminel. Si individualiser la peine signifie que l'on ne doit tenir compte que de l'accusé, on ferme la porte aux autres points de vue pertinents. En réalité, l'individualisation se fait en songeant aussi à l'intérêt de la société. Il n'en reste pas moins que l'évolution du droit criminel depuis quelques siècles s'est poursuivie dans une direction qui nous conduit à ignorer le point de vue d'une autre partie : la victime. La fiction selon laquelle une affaire criminelle se réduirait à une confrontation entre les intérêts de l'accusé et ceux de la société n'est qu'une vision partielle de la réalité. Dans les crimes contre la personne et la propriété, une personne a été lésée ; elle est partie prenante et on ne voit pas pourquoi elle n'aurait pas le droit d'être entendue. Il semble donc équitable que le juge mette dans la balance les intérêts du délinquant, ceux de la société et, enfin, ceux de la victime. S'il ne le fait pas, on ne voit pas comment il pourra rendre à chacun ce qui lui revient.

Droit naturel et sciences humaines

Dans la dialectique, les jugements de valeur sont reçus et conçus comme parfaitement légitimes. Cette attitude est fort différente de celle des sciences humaines. Il n'en reste pas moins que les deux démarches sont complémentaires. Les sciences sociales nous offrent les outils pour observer, mesurer, découvrir les relations entre les variables. La dialectique, de son côté, permet d'organiser la discussion des faits ainsi constatés. Telle coutume observée par le sociologue est-elle juste et raisonnable ? Telle solution juridique est-elle équitable ? Quels sont les traits essentiels du phénomène qui vient d'être décrit ? Les fins poursuivies par ces gens sont-elles conformes à la nature des choses ? Bref, les sciences sociales nous fournissent l'information objective sur les faits sociaux et la dialectique nous permet d'en faire une évaluation raisonnable. Ainsi se réalise le passage du jugement de fait au jugement de valeur, la validité de ce dernier étant assurée (mais non garantie avec certitude) par l'argumentation et la discussion.

Sur la question qui nous occupe, la coopération entre les sciences de l'homme et la philosophie du droit est donc possible. Les premières nous apportent leurs observations sur les pratiques pénales et la seconde nous permet de distinguer dans ces faits ce qui est raisonnable de ce qui ne l'est pas et, surtout, de discerner le juste de l'injuste. Ainsi peut-on passer du jugement de réalité au jugement de valeur : en recherchant ce qui, dans la réalité, est conforme à la justice ; en recherchant le bien dans ce qui existe. « Il ne faut pas séparer l'être et le « devoir-être », mais, au contraire, identifier le, bien avec l'être (...) Il y a coïncidence entre le bien et la plénitude de réalisation de l'être... Le bien et le beau sont des qualités inhérentes au réel lui-même » (Villey, 1979, pp. 138-139). L'être humain a un potentiel à réaliser, une plénitude possible, un « programme ». La fin qu'il poursuit est valable quand elle est en harmonie avec sa nature. Et une action est bonne quand elle contribue à la réalisation de cette fin naturelle.

Le droit naturel apporte, sur les questions de justice, un complément indispensable à la méthode scientifique. Cette dernière nous im-

pose un devoir de réserve contraignant : se taire sur les valeurs, se taire dans l'incertitude. Avec la science, il nous est interdit de dépasser le constat : nous sommes rivés aux faits. C'est pourquoi la science ne peut, à elle seule, offrir de réponses à la plupart des questions que l'on se pose sur la justice pénale. Pour sortir du silence dans lequel nous confine l'exclusivité de la science, il nous faut redécouvrir ce savoir provisoire et raisonnable que connaissaient fort bien nos ancêtres.

Un savoir conscient de ses limites

Le droit naturel ne s'adresse pas aux exaltés. Il nous invite à partir de la réalité pour y rechercher dialectiquement ce qui, de par la nature des choses, revient à chacun. Il nous convie à une quête tâtonnante de conclusions provisoires. Il nous incite à adopter une attitude de respect devant la longue quête de justice de nos prédécesseurs. Et une attitude de scepticisme devant les vues de l'esprit des amateurs de nouveautés. Car, en droit, on peut toujours s'attendre à ce que les réformes engendrent des conséquences inattendues. Une solution juridique qui résiste à l'épreuve du temps sans produire d'effets pervers mérite le respect. « Le temps seul habitue les hommes à la conception des vérités qui étendent et multiplient nos rapports » (Portalès, 1844, p. 97).

Le droit naturel est une école de modération. En effet, en nous imposant l'enracinement dans les faits et le débat contradictoire, il est un garde-fou contre la démesure. Malgré tout, il nous donne des raisons de croire qu'il est possible de se prononcer sur les questions importantes. Il nous convainc que nous pouvons discerner l'intelligible qui se cache dans l'apparente confusion des choses. Et il nous encourage à faire confiance à la capacité des êtres humains de découvrir les solutions de droit qui conviennent à leur nature.

Présentation de l'ouvrage

Cette défense du droit naturel visait à indiquer l'esprit avec lequel le sujet sera abordé. Quant au sujet lui-même, il peut être précisé par les deux questions suivantes. Pourquoi la peine existe-t-elle ? Et comment déterminer la mesure de la peine ?

Il m'a semblé que le sens de l'acte de punir ne peut être vraiment saisi si on n'élucide pas d'abord les rapports d'attirance et de répulsion qu'il entretient avec la vengeance. La peine se définit par et par opposition à la vengeance. La partie qui suit est consacrée à la défense de cette thèse.

Les raisons de punir sont nombreuses. Elles peuvent être regroupées sous deux rubriques : la justice et l'utilité. Après une longue éclipse, l'idée de justice occupe de nouveau une place importante dans les débats contemporains, non seulement en philosophie pénale mais aussi dans les discussions sur le *sentencing*. La position qui sera défendue dans la partie intitulée « Le juste » est que la peine ne saurait avoir un sens recevable que si elle est au service de la justice.

En politique criminelle, l'utilité, c'est la sécurité. A ce propos, deux questions se posent : Jusqu'à quel point les sanctions pénales contribuent-elles à la sécurité ? Comment les considérations d'utilité devraient-elles intervenir dans la détermination de la peine ? L'analyse débutera par une discussion sur la responsabilité afin de savoir si nous avons des raisons de croire que les citoyens sont capables de tenir compte de la menace pénale. Elle se poursuivra par un chapitre sur le rôle de la dissuasion dans le choix de la peine. Et elle se terminera par deux chapitres sur la neutralisation et la prédiction afin de déterminer s'il est possible et légitime de mettre les criminels hors d'état de nuire.

Après avoir tenté de montrer que punir n'est pas une activité totalement dépourvue de sens, l'on se penchera sur les principes susceptibles de guider le magistrat dans la détermination de la peine. Peut-on établir un rapport équitable entre le délit et la punition ? Trois problèmes seront abordés dans cette dernière partie : premièrement, les rôles respectifs des caractéristiques de chaque cas et des règles générales dans l'attribution de la peine, deuxièmement, le principe de la proportionnalité et enfin, la place de la victime dans la détermination de la peine.

Avant de s'attaquer à la prochaine partie, il ne sera peut-être pas inutile d'apporter de brèves précisions sur trois termes qui seront utilisés tout au long de ce livre.

Les mots peine, sanction pénale, punition et châtement seront utilisés dans le même sens pour désigner la conséquence désagréable d'un crime infligée à son auteur par un représentant de la société.

La définition qu'en propose Kellens (1982) me semble excellente. Selon lui, la peine est « une souffrance imposée par l'autorité à titre de sanction de la violation de règles fondamentales de la vie d'un groupe » (p. 11).

La détermination de la peine, est le processus de décision qui conduit au choix de la sanction pénale. On pourrait parler de l'élaboration de la sentence. À l'occasion, *sentencing* et *attribution de la peine* seront utilisés dans le même sens.

Dans ce livre, les mots crime et délit seront utilisés pour désigner essentiellement le vol et la violence criminelle. Je m'en tiens à la définition que j'utilisais dans mes deux derniers volumes : le crime est une infraction punissable aux termes du code pénal et causant un dommage évident à autrui ².

² Je me suis expliqué sur les raisons de cette définition dans *Délinquants pourquoi ?* (1981).

Deuxième partie

La vengeance

[Retour à la table des matières](#)

Deuxième partie : La vengeance

Chapitre III

La nature de la vengeance

Le problème

[Retour à la table des matières](#)

Les rapports qui lient la peine à la vengeance continuent de faire l'objet des affirmations les plus contradictoires. Pour les uns, la vengeance est le repoussoir de la justice pénale, pour les autres, elle en est le fondement même. L'hypothèse d'après laquelle le droit pénal entretient avec la vengeance une liaison quelconque est souvent invoquée. Elle mérite un examen attentif.

L'histoire traditionnelle du droit, héritière de l'évolutionnisme du XIXe siècle, s'articule autour de l'idée selon laquelle la vengeance serait à l'origine de la peine ³. Westermarck (1908, p. 96) était convain-

³ La thèse selon laquelle l'évolution suivrait la séquence : 1° vengeance du sang ; 2° composition ; 3° droit public ne correspond plus aux conceptions des anthropologues du droit sérieux (par exemple Hoebel, 1954 ; Moore, 1972 ; Rouland, 1979 ; Verdier, 1980). Chez un grand nombre de peuples sur lesquels nous avons une information suffisante, la vengeance cohabite avec la composition et la peine collective. Par exemple, la vengeance était inséparable

cu que le désir de rendre le mal pour le mal était à l'origine de nos idées sur le juste et l'injuste. Le grand juriste anglais Stephen (1863) pensait que l'une des fonctions du droit criminel était d'assouvir la soif de vengeance des gens. Selon lui, la passion vindicative est au droit criminel ce que le désir sexuel est au mariage ⁴. L'idée résiste tenacement au passage du temps. De nos jours, elle est reprise par René Girard (1972, p. 32) :

Il n'y a, dans le système pénal, aucun principe de justice qui diffère réellement du principe de vengeance. C'est le même principe qui est à l'oeuvre dans les deux cas, celui de la réciprocité violente, de la rétribution. Ou bien ce principe est juste et la justice est déjà présente dans la vengeance, ou bien il n'y a de justice nulle part.

Ce n'est pas parce que la vendetta est devenue aujourd'hui un phénomène folklorique qu'on peut se permettre d'ignorer l'influence qu'exerce l'idée de vengeance sur les décisions de justice. Le désir de rendre le mal pour le mal n'est pas complètement disparu de l'âme de nos contemporains. Et les fantômes de la vengeance continuent de hanter les palais de justice les plus modernes.

Ceux qui affirment que la justice pénale se définit par opposition à la vengeance et ceux qui maintiennent qu'elle se définit par la vengeance se rejoignent au moins sur un point. C'est que la justice pénale n'entretient pas avec la vengeance des rapports d'indifférence. Si tel est le cas, il se pourrait bien que la confrontation entre la vengeance et la peine nous fasse mieux comprendre cette dernière.

de la composition chez les Indiens de la côte ouest de l'Amérique du Nord, chez les Ifugao, chez les Bédouins, chez les Berbères de l'Atlas, en Corse et en Albanie. Parallèlement, Il se trouve bien des peuples qui employaient alternativement la vengeance et la peine collective. Cette combinaison de sanctions publiques et privées fut observée chez les Ifugao, chez les Bédouins, chez les Balsa du Ghana, chez les Bantou Kavirondo, chez les Inuit et chez les montagnards de l'Albanie.

⁴ « The benefits which criminal law produces are twofold. In the first place, it prevents crime by terror ; in the second place, it regulates, sanctions, and provides a legitimate satisfaction for the passion of revenge. (...) The criminal law stands to the passion of revenge in much the same relation as marriage to sexual appetite » (Stephen, 1863, pp. 98-99).

Il fut des sociétés qui n'avaient pas de système pénal tel que nous l'entendons aujourd'hui : ni droit écrit, ni police, ni tribunaux ayant un pouvoir coercitif, ni institutions carcérales. Dans ces sociétés la vengeance était plus une institution qu'une passion. Cette situation nous fournit l'occasion de réfléchir à la question suivante : Comment se posait le problème de la vengeance dans les sociétés sans système pénal ?

La vengeance du sang

Les termes vengeance, vendetta et « faide » serviront ici à désigner la coutume qui voulait que les parents d'une personne assassinée exercent des représailles contre le meurtrier ou sa famille. Les historiens et les anthropologues ont trouvé des traces de cette coutume sur tous les continents. Elle est attestée chez les Grecs de l'époque homérique, dans les tribus germaniques et chez les Hébreux. Elle fut très répandue au Moyen Age ; en France, on l'appelait alors la faide. Les Indiens des deux Amériques et les Inuit la pratiquaient. La vendetta a survécu jusqu'à l'aube du XXe siècle chez plusieurs peuples du bassin méditerranéen, où elle a fait l'objet d'études précises : chez les Kabyles, les Berbères, les Bédouins, en Corse et en Albanie. En Afrique, en Océanie et en Australie aussi, les anthropologues ont décelé de nombreuses traces de cette coutume (Ellenberger, 1981).

Plusieurs types d'offenses pouvaient être vengées. Ici, l'on se limitera aux représailles qui sanctionnaient les homicides. Il s'agira de décrire le phénomène et d'en proposer quelques éléments d'explication.

Le coup mortel qui enclenchait la mécanique vindicatoire était souvent porté au cours d'une altercation. Sans tarder, la famille de la victime confiait à l'un des siens la mission de laver l'offense par le sang. En règle générale, la responsabilité en était confiée au plus proche parent de la victime : frère, père, fils... Curieusement, même un enfant au berceau pouvait être investi de la redoutable tâche de venger son père. Sa mère se chargeait alors de l'y préparer. Elle lui rappelait la mort cruelle du père. Elle manifestait son amertume de voir le meurtrier continuer de jouir de la vie. Cela se produisait en Albanie au XXe siècle (Hasluck, 1954, p 220) et aussi dans la Grèce antique.

« L'enfant trop faible pour agir est instruit dans son devoir jusqu'à ce qu'il ait la force de le remplir : par une savante culture de la haine, on le prépare au rôle qui lui est destiné » (Glotz, 1904, p. 55).

Certains peuples limitaient l'application de la vengeance au coupable et à lui seul. C'était, par exemple, ce que stipulait la loi mosaïque. Plus souvent, on ne dédaignait pas de tuer un parent du coupable s'il s'avérait trop difficile de frapper ce dernier.

Se sachant en danger, le meurtrier prenait diverses dispositions pour échapper au coup fatal. Quelquefois, il allait se réfugier dans un sanctuaire, par exemple une église, la coutume interdisant la vengeance dans de tels lieux. Cependant, la sécurité qu'assuraient ces sanctuaires n'était que momentanée. Aussi, quand il prévoyait que ses ennemis ne désarmeraient pas, le coupable décidait-il de fuir le plus loin possible. Si ses poursuivants ne réussissaient pas à le rattraper, il s'installait pour toujours en terre étrangère. L'affaire se soldait alors par le bannissement *de facto* du coupable (Glotz, 1904, p. 50). Dans certains cas, le meurtrier pouvait revenir d'exil quand le ressentiment des vengeurs s'était dissipé.

Le meurtrier qui ne fuyait pas s'entourait de précautions. En Albanie, il ne circulait qu'accompagné d'une escorte bien armée ; il ne répondait plus à la porte lui-même ; il construisait un mur autour de sa maison ; il se réfugiait à l'étage supérieur. Il lui arrivait même de supporter un long emprisonnement de fait dans sa propre maison. Hasluck (1954, p. 247) raconte que deux hommes se terrèrent ainsi pendant douze ans n'osant sortir que la nuit tombée. Ils passaient leurs loisirs forcés à tricoter. Après toutes ces années, ils avaient le teint jaune et cireux des cadavres.

La chasse à l'homme pouvait s'étaler sur des années. Le vengeur ne trouvait pas facilement l'occasion propice. Et ce n'était pas une entreprise de tout repos que celle de tuer un homme décidé à vendre chèrement sa peau et qui, de surcroît, avait fait la preuve qu'il pouvait tuer lui-même. Se sachant désigné, il se méfiait. Il ne se séparait jamais de ses armes. Il s'entourait de gens prêts à le secourir. Dans ces conditions, on s'explique pourquoi les délais étaient si longs entre le premier homicide et celui qui le sanctionnait. Lors d'une vendetta qui op-

posa deux clans bédouins, la vengeance prit dix-sept ans à venir (Chelhod, 1971, p. 288-289).

Les modalités de la mise à mort étaient variables. Les Ifugao et les Kalinga (Philippines) avaient une certaine prédilection pour le guet-apens. Un groupe de cinq ou six hommes se tenaient en embuscade près des sentiers empruntés par leurs ennemis. Ils en tuaient un, lui coupaient la tête puis allaient festoyer pour célébrer leur succès (Barton, 1949, p. 237).

En Nouvelle-Guinée, dans certaines régions de l'Afrique et chez les Inuit, on préférait l'expédition punitive (Brown, 1972, p. 56 ; Koch, 1978 ; Garine, 1980 ; Balikci, 1970). Les parents de la victime et les hommes de son village partaient en raid attaquer le village du meurtrier. Cela donnait souvent lieu à une bataille rangée. En l'absence d'armes à feu, le bilan n'était généralement pas très lourd ; on pouvait même s'en tirer avec quelques blessés seulement de part et d'autre.

Les Yanomami qui vivent à la frontière du Brésil et du Venezuela ont la curieuse habitude d'inviter ceux dont ils veulent se venger. Qui plus est, ces invitations étaient souvent acceptées même si l'on en connaissait les dangers. Fousiwe est *touchawa*, c'est-à-dire chef des Namoétéri. Il invite Rohariwe, le chef des Chamatari, sous prétexte d'échanger quelques chiens contre des machettes, en réalité pour le tuer. Rohariwe eut le pressentiment des risques qu'il courait. Mais il se résigna à ce destin avec un étrange fatalisme. Voici ce qu'il dit à son vieux père (Biocca, 1965, p. 259-260) :

Père, les Namoétéri m'ont fait inviter ; ils veulent ces chiens. Je leur porterai ces chiens, mais je crois que je ne reviendrai pas. Je pense qu'ils me tueront. J'y vais pour que personne ne croie que j'ai peur. J'y vais pour qu'ils me tuent. J'ai tué, moi, beaucoup de gens ; même les femmes et les vieilles femmes sont en colère contre moi. Il vaut mieux que les Namoétéri me tuent. Père, je ne rentrerai pas. Quand tu entendas le tonnerre, pense : « On a tué mon fils ! C'est mon fils qui fait entendre son signal ! » Ensuite, dit-on, Rohariwe s'adressa à son fils : a Toi, viens avec moi ; qu'advient-il de toi après ma mort ? »

Bientôt les Chamatari arrivent au village des Namoétéri.

Les Chamatari étaient de l'autre côté de la place, accroupis, attendant les machettes. Fousiwe s'approcha et dit : « Voici les machettes ». Et il les lança vers eux. « A présent, donnez-moi les chiens ». Il prit le premier chien, le second... à ce moment, le plus jeune frère du touchawa frappa Rohariwe d'un grand coup de hache à la tête. La hache ne coupait pas, mais elle ouvrit la tête. À côté, le beau-frère du touchawa frappa à la tête avec une autre hache le frère de Rohariwe, précisément celui qui était venu nous avertir et qui s'appelait Chérékariwe. J'étais penchée, en train de faire cuire quelque chose sur le feu, et j'entendis le cris de la Chamatari-gnouma, épouse du frère du touchawa : « Hélas ! On l'a tué, mon père ! »

Les deux tombèrent. Pendant que leurs compagnons cherchaient à prendre leurs arcs et leurs flèches, les Namoétéri étaient déjà prêts et les fléchèrent. Je vis un jeune homme courir les bras ouverts et je vis une flèche s'enfoncer dans son dos et trembler pendant la course. Puis un autre, la flèche enfoncée dans la poitrine, et un autre encore, la flèche dans les chairs.

Dans certains cas, les proches du meurtrier acceptaient la légitimité du coup qui leur était porté. Alors l'affaire pouvait s'arrêter là. Mais, dans d'autres cas, ils se considéraient justifiés de riposter à leur tour. Ceci fait, la contre-vengeance pouvait, elle aussi, rebondir. Ainsi se forgeait la chaîne de ces interminables vendetta qui restaient longtemps dans la mémoire collective des peuples qu'elles avaient ensanglantés.

Les raisons de la vengeance

Pourquoi se vengeait-on ? Et pourquoi la faide a-t-elle existé ? D'emblée la passion vindicative ne paraît pas une explication suffisante. Le vengeur, tel qu'il nous est présenté par les historiens et les ethnologues, a plus souvent les hésitations de Hamlet que la détermination de Monte-Cristo. Il s'acquitte sans plaisir d'une obligation ; rarement savoure-t-il le crue] plaisir de voir périr son ennemi. Il va de soi que la colère, la rancune et le désir de rendre les coups ont eu un rôle à jouer. Mais il n'a pas été aussi important que la littérature et le cinéma nous l'ont laissé croire. Là où la faide est institutionnalisée, les sentiments s'estompent devant les règles coutumières.

Le devoir, l'honneur et la solidarité

Venger un proche était d'abord une obligation. Une expression revient constamment sous la plume des auteurs qui écrivent sur la vengeance. C'était, écrivent-ils, un « devoir sacré » (Kovalewsky, 1893, p. 237 ; Westermarck, 1908, p. 484 ; Kelsen, 1943, p. 56). Chez les Grecs de l'Antiquité, la vengeance du sang est un « devoir imposé aux parents par le souci de l'intérêt commun et par les légitimes exigences du trépassé » (Glottz, 1904, p. 92-93). Les anthropologues contemporains font la même observation : ils parlent de « devoir strict » et « impératif » (Laburthe-Toïra, 1980, p. 159 ; Verdier, 1980, p. 20).

La vengeance était aussi une affaire d'honneur. Chez les Kalinga, un fils qui venge son père reçoit le meilleur champ de riz de la famille. S'il n'est pas marié, il améliore ses chances d'épouser une fille riche. Enfin, il peut plus facilement accéder à des postes de commande dans son village (Barton, 1949, p. 238). On conçoit alors que celui qui laisse impuni le meurtre d'un proche risque fort d'être pris pour un lâche. Les Bédouins disaient que se venger, c'était « laver la honte » (Chelhod, 1971, p. 269).

L'homme qui n'osait acquitter cette obligation sentait s'appesantir sur lui le mépris de tous. La pression du groupe était implacable. Pendant les fêtes et les réunions, un homicide non vengé attire des remarques désobligeantes sur le courage des survivants (Barton, 1919, p. 76) : on se moque d'eux ; on leur refuse le droit de parole. En Albanie, l'homme qui tardait à se venger risquait de découvrir qu'un voisin avait couché avec sa femme pour bien marquer son mépris (Hasluck, 1954, p. 231). Les femmes se mettaient aussi de la partie. En Australie occidentale, les vieilles femmes vitupèrent constamment celui qui n'ose venger un parent. « S'il est marié, ses épouses ne tardent pas à le quitter ; s'il ne l'est pas, les jeunes filles refusent de lui parler ; sa mère se lamente à grands cris d'avoir donné le jour à un fils si dégénéré ; son père le traite avec mépris ; il n'entend que reproches de toutes parts » (Westermarck, 1908, p. 483). En Grèce, la femme peut aller jusqu'à se

refuser à un mari qui est trop lent à venger un proche (Glutz, 1904, p. 83).

Les Corses avaient un mot pour désigner le reproche adressé à celui qui négligeait le devoir de la vendetta : *rimbecco*. C'était une accusation de lâcheté et de trahison. Selon Busquet (1920, pp. 358-359), la vie de l'individu exposé au *rimbecco* était un enfer.

En Corse, celui qui n'a pas vengé son père, un parent assassiné, une fille trompée, ne peut plus paraître en public. On ne lui parle plus, il doit se taire. Émet-il une opinion ? Venge-toi, lui répond-on, tu diras ensuite ta manière de voir... Il n'a plus de crédit, plus de prestige, ... plus d'influence sur ses concitoyens. *Ce n'est ni l'assassin ni sa famille qui sont déshonorés, ce sont les parents de la victime*. La situation est intenable. Le *rimbecco* peut se produire à tout moment, sous toutes les formes. Il n'a même pas besoin de paroles pour s'exprimer : un rire ironique, une tête qui se détourne dédaigneusement au passage, un certain regard de haut en bas, mille riens insultants viennent à toute heure du jour rappeler au malheureux le mépris en lequel il est tombé dans l'esprit de ses compatriotes. Le supplice ne s'arrête pas au seuil de son foyer : au contraire, il s'aggrave. C'est là, de la part des siens, qu'il supportera les pires reproches, et que sa volonté de n'être pas meurtrier subira un siège de tous les instants.

L'obligation de venger un parent assassiné était considérée comme un devoir envers le disparu et comme un moyen de l'apaiser. Selon une croyance très répandue, l'esprit de la victime assassinée est condamné à une épuisante errance tant qu'elle ne sera pas vengée. Pour trouver le repos, le spectre du mort tourmentera ses parents en criant vengeance. Il apparaîtra dans les rêves du vengeur désigné et, tant qu'il n'aura pas obtenu satisfaction, il troublera son sommeil par d'affreux cauchemars. On trouve de nombreuses histoires de revenants qui mettent en scène l'ombre d'un père assassiné qui harcèle le fils qui tarde à faire justice. Chez les Grecs, dit-on, il arrivait que l'on entende soudainement au coeur de la nuit d'affreux cris d'épouvante. Les devins savaient ce que c'était un trépassé qui rodait en réclamant du sang (Glutz, 1904, p. 62). On avait donc une bonne raison de ne pas laisser un assassinat impuni apaiser les mânes de la victime rendus malfaisants par sa passion vindicative inassouvie.

En somme, la vengeance est une obligation qui s'enracine dans la solidarité familiale et dans le respect du mort. « Le devoir de ven-

geance est l'extension de l'aide mutuelle qu'on se doit entre parents » (Glott, 1904, p. 68).

La rétribution

Une autre raison de la vengeance réside dans le fait qu'elle s'impose comme une évidence première. On n'a pas besoin de longs raisonnements pour être convaincu que la riposte est la conséquence logique de l'offense. Il est tout aussi naturel de rendre le mal pour le mal que le bien pour le bien. La réciprocité négative va de soi comme la réciprocité positive. Les gens rendent les coups comme ils s'échangent les biens et les services. En l'absence d'un organisme spécialisé dans la distribution des peines, il paraissait évident que les intéressés devaient prendre l'initiative de faire payer le criminel (Courtois, 1983, p. 34-35).

La vengeance prend son sens à l'intérieur de relations d'échange. Les peuples qui la pratiquent en parlent en termes de dette dans une comptabilité intergroupe. Quand à l'intérieur d'une ethnie, un sous-groupe A inflige une perte à un sous-groupe B, le déséquilibre apparu dans leur relation induit une dette du premier à l'égard du second ; de même que dans les règles de l'exogamie, un groupe qui a donné en mariage une femme à un autre constitue ce dernier comme débiteur, à son endroit, d'une autre femme. Avant la distinction tranchée de l'économique et du pénal, on constate l'existence d'un vocabulaire de l'échange qui s'applique indifféremment à des valeurs positives ou négatives. Le même lexique : paiement, dette, crédit, remboursement, etc. sert à penser la circulation des biens, des femmes et des violences.

Chez les Massa et les Moussey (Tchad et Cameroun), on dit de l'homme qui va venger la mort de son frère qu'il va « échanger » la vie d'un ennemi contre celle de son frère (Gariné, 1980, p. 96). Chez les Balsa, se venger, c'est contraindre l'agresseur à payer sa dette (Schott, 1980, p. 183). Les Tallensi considèrent le *self-help* comme un moyen légitime de se faire payer une dette (*cancelling a debt*) (Fortes, 1949, p. 215). En Kabylie, « le premier meurtre, le fait qui donne naissance à la dette de sang, s'appelle *ertal*, prêt. C'est bien un prêt, en effet, dont la quittance ne se donne que sur un cadavre » (Hanoteau et Létourneux, 1872, p. 63).

Si le crime est vu comme une créance et la victime comme un créancier, il coule de source que la vengeance apparaîtra comme un recouvrement forcé d'une dette. L'offense est une dette qui s'éteint quand l'offensé commet une offense équivalente à l'encontre de son offenseur.

Offense et vengeance s'inscrivent donc dans l'économie générale des relations réciproques de ces peuples : échanges de biens, échanges de services, échanges de femmes, mais aussi échanges de coups. Et partout la même logique commutative.

L'intimidation mutuelle

La crainte de s'attirer une vendetta est en vérité la plus importante des sanctions légales au sein d'une tribu et la principale garantie pour la vie et les biens d'un individu.

(Evans-Pritchard, 1937, p. 178)

La crainte des conflits est déjà le commencement de la sagesse. (Pestieu, 1984, p. 104)

Aussi étonnant que cela paraisse, l'institution vindicatoire a contribué à la sécurité. Les individus étaient protégés par leur capacité de riposter aux attaques et aux empiètements. Cela s'applique très clairement au Nuer du Soudan. Le premier critère que l'on utilise pour juger un Nuer est celui-ci : est-il capable de se défendre tout seul ? (Evans-Pritchard, 1937, p. 212). Il ne pourra obtenir satisfaction s'il n'est fort que de son bon droit. Il lui faut aussi courage et force. « Un Nuer se battra sur-le-champ s'il s'estime insulté, car il est toujours susceptible et chatouilleux. Quand un homme constate qu'on lui porte préjudice, il ne peut s'en plaindre à aucune autorité ni en attendre réparation de sorte qu'il provoque dans l'instant l'homme qui lui a causé du tort, et il n'y a pas moyen de refuser ce duel. C'est la seule façon possible de

régler la dispute. L'homme n'a que son courage pour se protéger ⁵ » (Evans-Pritchard, 1937, p. 178-179).

La vengeance est une démonstration de force. L'offense place la victime devant une alternative : répliquer ou avouer sa faiblesse. Il s'agit de savoir qui va inspirer la crainte à l'autre. L'offense avait porté la peur dans le camp de la victime ; la revanche la renvoie dans celui de l'agresseur. Se venger, c'est refuser de se laisser intimider. « En se vengeant, on apporte la preuve de sa capacité à réagir. Cette capacité confirmée constitue une menace pour tout offenseur éventuel et remplit donc une fonction dissuasive » (Breteau et Zagnoli, 1980, p. 49).

Plus importante encore était l'intimidation mutuelle entre les groupes constitutifs des sociétés tribales. Mais cette fonction ne peut être comprise si on ne saisit pas d'abord le rôle de l'équilibre dans ces systèmes sociaux. Pour garantir la sécurité des biens et des personnes, et pour prévenir l'extermination d'un groupe par un autre, deux méthodes sont concevables : la domination et l'équilibre. La domination est la méthode que nous connaissons. C'est le Léviathan de Hobbes. L'État s'impose au-dessus de tous. Il monopolise la violence. Il réprime les agressions. Les gens finissent par vivre en paix les uns avec les autres de peur d'être punis et tenant compte du fait que leurs concitoyens sont intimidés par la menace qui pèse sur tout le monde. Il en est tout autrement dans les sociétés sans système pénal. Une des solutions auxquelles elles ont recours pour faire régner la concorde est l'opposition équilibrée entre les groupes. Chez les Nuer, par exemple, la société est constituée de groupes de parenté systématiquement opposés les uns aux autres. Quand surgit un litige, chaque protagoniste, ne pouvant faire appel à la force publique qui n'existe pas, s'en remet à son groupe. Or, la société est ainsi structurée que les deux groupes en

⁵ Les Ifugao avaient une attitude assez proche de celle des Nuer : « An Ifugao's pride as well as his self-interest - one might almost say his self-preservation - demands that he shall collect debts that are owed him, and that he shall punish injuries or crimes against himself. Did he not do so he would become the prey of his fellows. No one would respect him. Let there be but one debt owed him which he makes no effort to collect ; let there be but one insult offered him that goes unpunished, and in the drunken babbling attendant on every feast of social occasion, he will hear himself accused of cowardice and called a woman » (Barton, 1919, p. 96).

présence sont sensiblement d'égale force. Il s'ensuit une « mobilisation d'effectifs armés proportionnés à l'ennemi auquel il faut faire face » (Pestieau, 1984, p. 40). La solution au conflit est alors trouvée dans le cadre d'un affrontement entre des parties qui doivent se résoudre à négocier parce que, étant d'égale force, aucune ne peut exterminer l'autre.

Cet état d'équilibre jouait aussi en faveur de la sécurité. Mais c'est ici qu'intervient la vengeance : la protection est assurée à la condition que chaque groupe soit disposé à venger les offenses commises à l'encontre de l'un des leurs. D'où le devoir de vengeance : la sécurité ne subsiste que si la riposte est probable (Drucker, 1965, p. 72 ; Chelhod, 1971, p. 301 ; Garine, 1980, p. 98). C'est ce qui fait dire à Marcel Mauss (1897, p. 49) : « L'existence de la vengeance du sang suffisait pour protéger la société contre les assassinats trop fréquents. »

On voit comment la sécurité peut être fondée sur la force ou, pour être plus précis, sur une force qui soit à la mesure de celle des rivaux. Afin de se prémunir contre d'éventuelles agressions, il faut disposer d'une puissance suffisante pour dissuader ou pour repousser toute attaque. Mais l'équilibre est essentiel. Si l'adversaire parvient à une supériorité telle qu'il peut se rire de la capacité défensive de ses adversaires, la sécurité cesse d'être assurée. Or dans des groupes de dimensions restreintes, il suffit de la mort de quelques guerriers pour mettre l'équilibre en péril. C'est alors qu'intervient une autre fonction de la vengeance : rétablir l'équilibre dans le rapport des forces. Et tout d'abord l'équilibre physique : cadavre pour cadavre. La famille A se fait tuer un homme aux mains de la famille B ? Cette dernière devra être diminuée d'un homme d'une force équivalente. De cette manière, la vengeance affaiblira la famille du meurtrier proportionnellement à celle de la victime. De cette manière est préservé un équilibre approximatif entre les deux groupes. C'est ainsi que les Bédouins voyaient les choses. La famille endeuillée est affaiblie dans sa force combattante. Il convient donc d'imposer une perte équivalente ⁶ à la famille de l'agresseur (Chelhod, 1971, p. 267).

⁶ Une solution non violente existe au problème de l'équilibre : l'adoption ou le mariage. De cette manière, un nouveau membre vient prendre la place de la victime (voir le chapitre IV).

Il importe aussi de restaurer une égalité morale. Recevoir des coups sans riposter équivaut à reconnaître la supériorité de l'agresseur. Le groupe qui rend les coups réaffirme son statut, restaure son prestige, redore son blason.

Les sociétés dans lesquelles nous vivons sont pacifiées par le haut. Le respect de la personne et des biens y est garanti en dernière analyse par la menace émanant de l'État. Il s'est trouvé, au cours de l'aventure humaine, des sociétés où la dissuasion était décentralisée. Comme la collectivité ne sanctionnait pas certains crimes, les intéressés s'en chargeaient. Le respect des droits de chacun y était ultimement assuré par la menace de représailles exercées par la partie lésée. C'était nécessaire, car les droits d'un individu ne sont pas protégés s'il peut être victimisé impunément. De cette manière, un certain respect mutuel s'instaurait sous le parapluie de l'intimidation mutuelle.

Conclusion : **la nature de la vengeance** **et la nature de la peine**

Quelques constats se dégagent de cette analyse. La plupart du temps, la vengeance ne procède pas d'une motivation pure et *sui generis*. L'acte qui consiste à se venger est le plus souvent le produit d'un ensemble composite de mobiles. Le vengeur agit par colère mais aussi parce qu'il s'y sent moralement obligé, parce que la pression sociale l'y contraint, parce que rendre les coups lui paraît découler d'une nécessité logique, parce qu'il veut intimider ses adversaires... L'institution vindicatoire s'est répandue dans des peuples habitant tous les continents de la terre parce qu'elle contribuait à prévenir la violence et à maintenir l'équilibre entre les familles.

Dans certains cas, la vengeance devient pour l'acteur une fin en soi. Comme n'importe quel comportement, il peut arriver que se développe une motivation vindicative fonctionnellement autonome. On perd de vue les raisons pour lesquelles on voulait se venger à l'origine et on en vient à vouloir la vengeance pour elle-même. Cependant, l'analyse ne

doit pas se contenter de ce constat. Elle doit identifier la diversité des raisons qui font que l'on se venge.

À en juger par les pressions sociales considérables qu'exercent : les parents sur le vengeur désigné, la passion vindicative ne devait pas être toujours très forte. Le danger que court celui qui tente de tuer un tueur est bien réel. Et la peur est une motivation plus puissante que la rancune. Rien ne nous autorise à penser que le désir de se venger soit une motivation univoque et puissante. Le contraire est le plus probable : c'est une motivation composite dont la force s'atténue avec le passage du temps.

Quelques ressemblances entre la vengeance et la peine méritent d'être soulignées. Dans les deux cas, la dimension normative est importante. On se venge et on punit parce qu'une règle l'exige. Autrefois, le fils vengeait la mort de son père par soumission à une norme qui le dictait. Aujourd'hui, le juge inflige une peine en conformité avec la loi et la jurisprudence. La rétribution se trouve aussi dans l'un et l'autre système de réaction sociale. Dans les deux cas, il se noue une relation très étroite entre l'offense et la riposte, entre le délit et la peine. La même logique s'observe dans la faide comme dans la peine : rendre le mal pour le mal, faire payer. Il est clair, enfin, que l'intimidation est une fonction que remplit la vengeance aussi bien que la peine. D'un côté, on se venge pour dissuader l'adversaire de s'en prendre à nos gens ; de l'autre, un État punit pour que la crainte du châtement conduise au respect de la loi.

La principale différence entre la vengeance et la peine n'est pas intrinsèque, elle tient au bras qui frappe : d'un côté, la partie lésée, de l'autre, un délégué de l'État. En outre, la vengeance s'inscrit dans des relations bilatérales à l'intérieur desquelles joue clairement la logique de la réciprocité alors que la peine s'inscrit dans des relations autoritaires dans lesquelles joue surtout la logique de la domination-soumission.

Malgré ces différences, il n'y a pas lieu d'opposer radicalement la vengeance et la peine. Les raisons que l'on avait de se venger ne sont pas tellement différentes de celles que nous avons de punir. On trouve de part et d'autre une combinaison d'obligation, de rétribution et de

dissuasion. La structure des facteurs est à peu près la même. On frappe le criminel d'hier pour des raisons qui sont du même ordre que celles qui sont invoquées aujourd'hui : par devoir, pour faire payer, pour intimider. La vengeance est l'équivalent fonctionnel de la peine.

Deuxième partie : La vengeance

Chapitre IV

Le contrôle de la vengeance

Un phénomène relativement rare

[Retour à la table des matières](#)

Quand on tente de se faire une idée de l'ampleur du phénomène de la vendetta, on en arrive à un constat déroutant. D'une part, on a l'impression qu'elle fut présente chez presque tous les peuples de la terre à un moment ou à un autre de leur préhistoire ou de leur histoire ; d'autre part, on s'étonne de la rareté des épisodes où le sang était effectivement versé. On parlait beaucoup de se venger mais le vengeur n'arrivait pas souvent à tuer son homme. Un examen attentif des ouvrages sur le sujet nous permet de constater que ce qui est fréquent, c'est l'affirmation qu'il est en principe obligatoire de venger un proche qui a été assassiné. Mais, pour une raison ou pour une autre, on ne s'acquittait pas très souvent de cette obligation. En dépit des discours, on ne lavait pas bien souvent les offenses dans le sang. Ce constat, Hoebel (1971, p. 508) l'avait déjà fait. Après plus de 30 années consacrées à l'anthropologie du droit, il fait l'observation que les anthropologues n'ont recueilli que très peu de cas où la vengeance du sang était menée à terme. Chez les Inuit, Sonne (1982) a tenté de faire une estimation

rigoureuse de la fréquence des vendettas au Groenland de l'Est et de l'Ouest. Elle conclut que le nombre réel de meurtres par vengeance n'était pas très élevé, compte tenu surtout de ce que l'on en disait et de la peur qu'on en avait.

Ceci ne veut pas dire que la vie de ces peuples était idyllique. Tout porte à croire au contraire que, dans les sociétés où les représailles étaient légitimes, le niveau de violence interne était relativement élevé. Par exemple, Bloch (1940) affirme que la violence fut véritablement la marque du Moyen Age et, parmi ses causes, on trouve en bonne place la faide « responsable d'une infinité de drames sanglants » (p. 198). Dans l'Italie médiévale, la vendetta contribua à entretenir entre les familles d'une même cité un climat de haine et de violence (Heers, 1981, p. 95). Au Sud de l'Afrique, dans le petit groupe des !Kung San, Lee (1979, p. 392) put faire une compilation assez systématique des homicides commis pendant une période donnée. Il en trouva 22, dont 15 liés à des affaires de vengeance.

Le problème n'en subsiste pas moins. Comment se fait-il que, là où la vengeance du sang était reconnue comme une solution légitime, elle était si rarement menée à terme ? C'est que les systèmes vindicatoires disposaient d'un ensemble de mécanismes qui rendaient difficile la tâche du vengeur, favorisaient les négociations entre les parties et les incitaient à opter pour des substituts à la vengeance. L'équilibre des forces dont il a été question au chapitre précédent contribuait à prévenir la vengeance du sang. En effet, en cas d'affrontement, l'égalité relative des forces en présence rend incertaine l'issue du combat. En cas de lutte à outrance, la victoire ne pourra être obtenue qu'au prix de lourdes pertes. Ceci rendait les protagonistes prudents et les incitait à examiner d'un oeil favorable une proposition qui permettrait de clore l'affaire de manière pacifique.

Les solidarités croisées faisaient aussi obstacle à l'exercice des représailles. Imaginons deux clans. Dans le clan A, on a épousé quelques femmes du clan B et inversement. Un homme du clan A tue quelqu'un appartenant au clan B. En principe, ce dernier doit user de rétorsion. Mais les femmes issues du clan A qui ont épousé des hommes du clan B auront intérêt à préserver la paix pour maintenir leurs relations avec leur famille d'origine. Elles feront donc pression sur

leur famille d'adoption pour qu'on exige une composition au lieu de lancer un raid de représailles. Gluckman (1955, pp. 11-12) a expliqué le processus en utilisant l'exemple des Nuer. Dans ce peuple, les descendants d'un même ancêtre masculin forment un « groupe de vengeance », c'est-à-dire que, si l'un d'eux est tué, les survivants doivent le venger. Cependant, les Nuer étant assez mobiles, les membres du groupe des vengeurs ne résident pas toujours ensemble. Il arrivera qu'un membre de la parenté du meurtrier vive dans le village habité par la parenté de la victime. Pour éviter d'avoir à déménager, il militera en faveur de la réconciliation.

Les tabous de contact

De nombreux peuples interdisent catégoriquement aux protagonistes d'une vendetta d'entrer en relation les uns avec les autres. Cela ne facilite évidemment pas l'exécution de la vengeance. Ces prohibitions sont généralement de nature religieuse ou magique. On croit que l'acte de tuer dresse un mur surnaturel entre la parenté de la victime et celle du tueur. Seul un rite de réconciliation permettra de rétablir les relations. Chez les Massa et les Moussey, on tuait un chien à la frontière des deux groupes antagonistes, et ceci dressait une barrière magique impossible à traverser impunément (Garine, 1980, p. 97).

Plusieurs peuples habitant des continents différents ont inventé une règle d'évitement qui contribua de façon décisive à la paix. Elle consistait à prohiber l'acte de manger avec des adversaires. Chez les Kalingas et les Ifugao, la nourriture d'un ennemi est tabou. Celui qui la consomme risque de tomber malade et d'en mourir (Barton, 1949, p. 241). Les Nuer croient que les gens opposés par une vendetta mourront s'ils mangent ou boivent dans le même plat. Or, dans un village nuer, tout le monde mange chez tout le monde. Le tabou entrave sérieusement l'interaction sociale dans tout le village, ce qui pousse les villageois à rechercher la paix (Mair, 1962, p. 44). Les croyances des Balsa (Ghana) interdisent au meurtrier de toucher aux individus appartenant au clan de la victime ; il lui est aussi défendu d'aller dans leur maison, de boire leur eau ou de manger avec eux. La mort sou-

daine sanctionnera celui qui passe outre à cette prohibition (Schott, 1980, pp. 180-181).

La protection des fugitifs

Une autre manière de freiner la vengeance était de créer des sanctuaires destinés aux tueurs pourchassés. La Bible nous apprend que les auteurs d'homicide involontaire pouvaient fuir dans une ville de refuge consacrée à cet effet. Il était interdit d'exécuter la vengeance dans ces villes (Exode 21 : 13-14 ; Nombres 35 : 9-34 ; Deutéronome 19 : 1-13). En Polynésie et dans l'Ossétie, les lieux de culte étaient considérés comme des asiles inviolables (Hogbin, 1934, p. 280 ; Kowalewsky, 1893, p. 266). Au Tchad, la maison du roi des Moundang et celle des chefs de village étaient des sanctuaires qui permettaient au meurtrier d'échapper à ses poursuivants (Adler, 1980, p. 76). En Kabylie, un village pouvait prendre sous sa protection un homme dont on voulait se venger (Hanoteau et Létourneux, 1872, p. 7780). De tels sanctuaires se retrouvaient aussi en Angleterre au Moyen Age (Holdsworth, 1908, p. 303) et chez les Berbères de l'Atlas au Maroc (Gellner, 1969).

Le facteur temps. On faisait aussi obstacle à la vengeance en lui imposant des contraintes temporelles. Le Moundang n'a que deux jours pour tuer le meurtrier de son frère, ensuite un devin désigne un homme du clan du meurtrier pour être tué. Si, après deux autres jours, rien ne se passe, il y a conclusion rituelle du conflit (Adler, 1980, p. 83). Une autre procédure consiste à interdire à la famille lésée de se venger immédiatement. Une ordonnance de saint Louis stipulait qu'on devait attendre quarante jours avant de se venger. Ceci permettait aux parents du coupable d'être avertis du danger (Bloch, 1939, p. 197).

Les vengeances symboliques

En somme, les conditions favorables à une Issue non violente de l'affaire ne manquaient pas : équilibre des forces qui rendait la vengeance dangereuse ; règles d'évitement et sanctuaires qui la rendaient difficile ; contraintes temporelles qui la ralentissaient ; solidarités

croisées qui conduisaient à des pressions apaisantes. Dans ces conditions, quand un tiers impartial proposait d'agir comme médiateur, ses chances d'être bien accueilli n'étaient pas mauvaises. Il pouvait, dans certaines cultures, proposer à la partie lésée de se contenter d'une vengeance symbolique. Ainsi, chez les aborigènes du sud-est de l'Australie, on a recours à l'affrontement expiatoire. Pour sanctionner un crime grave comme l'homicide, on convoque les agresseurs. Désarmés, à l'exception de leur bouclier, ceux-ci doivent se placer en face des hommes du clan de la victime. Ces derniers leur lanceront des javelots jusqu'au moment où un homme sera blessé. Immédiatement, l'affrontement cesse et on considère que cela suffit comme règlement de l'affaire (Howitt, 1904, pp. 334-335).

Le duel judiciaire est un autre substitut à la vengeance qui mérite d'être signalé. Les Yanomami tentent de régler certains de leurs conflits en organisant un affrontement au cours duquel les adversaires *se* frappent à tour de rôle soit avec les poings, soit avec un bâton (Chagnon, 1968, pp. 113-119). Les Inuit pratiquent eux aussi le duel à coups de poing, mais ils sont mieux connus pour leurs duels de chants. Ils consistent en des compétitions au cours desquelles deux adversaires improvisent à tour de rôle un chant satirique. L'épreuve *se* passe sous les yeux de la communauté, qui encourage les chanteurs, applaudit et, finalement, choisit le vainqueur. Ces affrontements fournissent aux adversaires une occasion de défoulement, mais ils ont surtout pour but de mettre un point final au conflit et de rétablir la paix. La sanction de la procédure « consiste dans la préférence qui a été donnée par le groupe aux chants de l'adversaire et dans l'humiliation qui en résulte pour le perdant » (Rouland, 1979, p. 81 et 91). Ainsi, par des applaudissements, la communauté agit comme arbitre du conflit. Cependant, ses préférences n'iront pas nécessairement à celui qui est dans son droit mais au meilleur improvisateur... « En ce sens, l'acte arbitral peut aussi être arbitraire : le principal est qu'il mette fin au conflit. »

Les mesures réparatrices

La lance sur ta poitrine, achète-la si tu ne veux recevoir le coup ⁷.

La composition (on parle aussi de compensation et de wergeld) est le substitut à la vengeance du sang le plus connu. Pour éviter le coup fatal, l'offenseur offre à l'offensé des biens ou de l'argent à titre de dédommagement. En Angleterre, au début du Moyen Age, la famille de la victime n'avait pas le droit d'entreprendre la faide si elle n'avait pas d'abord tenté d'obtenir le wergeld. On ne pouvait prendre les armes que si l'offenseur refusait de réparer (Pollock. et Maitland, 1898, p. 450-451).

Presque partout où la composition existait, elle était négociée sous la menace plus ou moins explicite de représailles. Evans-Pritchard (1937, p. 199) rapporte que le Nuer offensé avait peu de chances d'obtenir un dédommagement s'il n'était pas prêt à recourir à la force : « La massue et la lance sont les sanctions du droit. Ce qui pousse les gens à payer compensation, c'est la crainte que l'homme lésé et sa parenté choisissent la violence ». Chez les Kalinga, l'arbitre chargé d'arriver à un accord entre les parties prend un malin plaisir à entretenir la peur dans la famille du meurtrier : « Payez vite le wergeld sinon ils vont vous tuer, disait-il. Je les ai vus, ils sont en colère, ils sont dangereux » (Barton, 1949, p. 166).

Si, au terme des négociations, on en arrive à un accord, tout n'est pas terminé. Encore faut-il que la famille de l'offenseur verse le dédommagement promis. Elle peut être tentée de ne pas tenir parole. Dans ce cas, l'offensé peut reprendre son droit de se venger. « Si l'un des contractants manque à la foi donnée, l'autre n'a aucun moyen de contrainte juridique à son profit, il ne peut que se dédire à son tour d'engagements pris à titre conditionne] et suppléer aux voies de droit par les voies de fait : la guerre recommence » (Glötz, 1904, p. 118).

⁷ C'est la traduction proposée par Bloch (1939, p. 200) du vieux dicton anglo-saxon : Buy off the spear or bear it (cf. Holdsworth, 1903, p. 45).

La composition est une manière de faire des excuses au clan qui a subi un préjudice. De plus, elle vise à apaiser la douleur de la famille de la victime. Enfin, elle peut être considérée comme une rançon du meurtrier que l'on décide alors d'épargner. On paye la famille lésée pour qu'elle renonce à son droit de représailles (Glotz, 1904, p. 106-108).

La coutume permettait d'établir le tarif des indemnités. Il variait - avec la nature du crime, ses circonstances et le statut de la victime. Il est remarquable que, dans les cas d'homicide, la composition pouvait être d'une très grande valeur. En Grèce, à l'époque homérique, la famille en deuil exigeait une « immense rançon » (Glotz, 1904, pp. 125-129). Ces versements pouvaient déposséder totalement le meurtrier et le réduire à la misère. Il était alors nécessaire que toute la parenté fût mise à contribution pour recueillir des biens devant servir à indemniser le clan de la victime. En Angleterre, au temps de la conquête normande, le montant de la compensation était tel qu'il pouvait ruiner un simple paysan. S'il ne pouvait s'exécuter, il était mis hors la loi ou vendu comme esclave (Pollock et Maitland, 1898, p. 460).

Le *mariage* et *l'adoption*. Il arrivait que la composition fût accompagnée ou remplacée par un mariage. C'était le cas durant le Moyen Age (Heers, 1974, p. 130). Cela se produisait aussi en Corse. Les *paci* (traités de paix) signés entre deux familles comportaient assez souvent une clause matrimoniale. Par exemple, le meurtrier épousait la fille de la victime. Par cette mesure, celui qui avait été la cause de la mort entrait dans la famille de la victime et prenait sa place : un homme vivant pour un mort (Busquet, 1920, pp. 225-227). Le mariage présentait un avantage supplémentaire : il transformait les familles ennemies en alliés. Il arrivait, chez les Bédouins, que l'on ajoute à la composition une jeune fille issue du clan du meurtrier. Elle était donnée en mariage au fils ou à un proche parent de la victime. Cette jeune fille pourra quitter son mari le jour où son premier fils sera en âge de porter les armes (Chelhod, 1971, pp. 316-319).

Un certain nombre de peuples avaient développé une coutume intrigante : le meurtrier était donné en adoption à la famille du mort. Ceci se faisait chez les Inuit béringiens (Rouland, 1979, p. 67). C'était aussi assez répandu chez les Indiens de l'Amérique du Nord. Le meur-

trier était livré aux parents du mort pour prendre la place de celui qu'il avait tué. « Le plus grand nombre des femmes adoptent véritablement ces sortes d'esclaves et commencent à les regarder dès qu'ils leur sont livrés avec les même yeux qu'elles regardaient cet enfant qu'elles ont perdu » (Lafitau, 1724, p. 98). Mauss (1896, p. 289) expliquait très bien cette coutume : « Le groupe a encore plus besoin de guerriers que de vengeance. »

Conclusion : l'ultime recours

Il semble bien que l'on ne recourait à la vengeance du sang que parcimonieusement. Ainsi, en dépit d'un niveau de violence assez élevé et en dépit du fait qu'il était légitime de laver une offense dans le sang, on ne le faisait pas souvent. La menace était constamment brandie, elle n'était que rarement exécutée. Pour éviter d'en arriver à cette extrémité, on dressait devant la faide une série d'obstacles qui la rendaient difficile sinon impossible à réaliser. L'attitude des gens devant la vengeance est ambivalente : d'une part, on en reconnaît la légitimité, de l'autre, on empêche le vengeur d'agir. Autour de la vendetta foisonnent un bon nombre d'institutions qui servent à la tenir en échec. Dans ces sociétés, la vie juridique tend à s'organiser autour de la prévention de la vengeance. La faide en tant qu'institution, c'est moins l'acte lui-même que la crainte qu'elle inspire.

La vengeance est l'ultime recours. Le vengeur ne s'exécute que s'il a épuisé les autres possibilités, notamment la composition. Mais elle est indispensable pour forcer le clan de l'offenseur à réparer le préjudice. La vendetta est le côté intransigeant de la composition (Moore, 1972, p. 67). Elle est à la réparation ce que la prison est à l'amende : un moyen de contrainte.

Mais si la vengeance du sang était si rare, pourquoi en parlait-on si souvent ? Parce que, en tant que sanction suprême, elle frappait les imaginations. Il se produisait autrefois avec la faide ce qui se produit aujourd'hui avec la peine de mort : qu'elle soit appliquée ou non, qu'elle soit abolie ou non rien n'y fait, on ne peut la déloger de l'imagination des gens. La sanction suprême, surtout quand elle consiste à

faire périr un être humain, exerce une grande fascination sur les esprits. La vengeance du sang a ceci en commun avec la peine de mort qu'on l'applique rarement mais qu'on en parle constamment.

Deuxième partie : La vengeance

Chapitre V

La peine et les vengeances en chaîne

[Retour à la table des matières](#)

La thèse qui sera défendue dans ce chapitre est que la fonction de la peine primitive ne fut pas de prévenir la vengeance comme telle mais plutôt l'enchaînement des représailles.

L'institution vindicatoire et la vengeance sauvage

Le mot vengeance peut évoquer des réalités très différentes. Pour les uns, c'est une institution quasi juridique ; pour les autres, c'est une forme de conflit qui s'apparente à l'état de nature. Les anthropologues préfèrent adopter le premier point de vue. Ils soulignent le caractère culturel de la vendetta en montrant que, dans plusieurs communautés, elle est approuvée ⁸. Cependant la vengeance a un tout autre visage

⁸ C'est ainsi que Radcliffe-Brown (1962, p. xx) décrit la vendetta de la manière suivante : « Où cela existe, les parents et les membres du clan ou du groupe d'un homme tué ont le droit et, dans quelques sociétés, sont obligés de prendre la vie soit de l'assassin, soit d'un membre de son clan ou groupe. Le sentiment public considère qu'une telle vengeance est juste et normale dans la mesure où la loi du talion est respectée, c'est-à-dire dans la mesure où le dommage infligé est équivalent au dommage subi mais non supérieur. »

quand la violence échappe au contrôle de la communauté. Il arrive, en effet, que la faide dégénère en guerre. À ce titre, elle représente une menace grave à la sécurité de toute la collectivité. L'enchaînement des représailles et l'éparpillement de la violence fera inévitablement des victimes en dehors du cercle des adversaires du début. On comprend alors que la vengeance soit conçue comme l'antithèse du droit : elle risque de plonger la collectivité dans l'état de nature.

Bref, deux formes de réactions vindicatives peuvent être distinguées. La première est une riposte isolée, approuvée et contrôlée par la collectivité. Elle est une mesure paradoxale qui consiste à lutter contre la violence par une violence permise et réglementée. La seconde est un état de violence qui menace la paix et contre lequel s'élaborent les solutions juridiques. Ce que le droit a pour mission de prévenir, ce n'est évidemment pas l'institution mais la spirale de la violence.

L'ascension aux extrêmes

Le risque qu'un acte de vengeance ne déclenche une succession de représailles et de contre-représailles était réel. Ce n'était pas très fréquent mais, quand cela arrivait, cela conduisait à un bain de sang. Garine (1980, p. 99) nous donne un exemple de vengeance en chaîne qui se produisit chez les Moussey, qui vivent au Tchad et au Cameroun ⁹.

⁹ On rapporte ici et là d'autres épisodes de vengeances en chaîne qui ont conduit à l'anéantissement ou à l'émigration de clans complets (Kovalewsky, 1893, pp. 248-249 ; Henry, 1941, pp. 50-58 ; Malaurie, 1955, p. 330 ; Biocca, 1965 ; Brown, 1972, p. 57 ; Breteau et Zagnoli, 1980, p. 52 ; Chagnon, 1968, pp. 77-78 et 102-103). Deux groupes méritent une mention spéciale. Ce sont les Kaingang du Brésil et les Yanomami qui vivent à la frontière du Brésil et du Venezuela. Chez ces gens, la vengeance peut conduire à des guerres d'extermination parce qu'elle n'est peut-être pas soumise à des règles comme ailleurs. Chez les Kaingang, la loi du talion n'est pas respectée. L'absence de tabou de contact entre ennemis mérite aussi d'être souligné. Dans les deux groupes ethniques, on invite une famille ennemie puis on la massacre pendant les festivités. Selon Pestieau (1984, p. 69), l'indétermination des alliances contribue à l'escalade. Les hommes ont souvent des attaches dans deux clans ennemis et ne savent dans quel camp se ranger. L'incapacité de distinguer les alliés des ennemis conduit à des assassinats préventifs. « C'est l'absence de corps sociaux séparés les uns des autres, chacun étant uni par une solidarité prévalant

G., du village Marba de Bala, prend son cheval pour « aller chercher quelqu'un à tuer ». G. a trouvé B. à Léo Koré dans son champ de mil et il l'a tué. On l'a enterré au bout de deux jours. Gw., le père du défunt, est allé au village de Mbala pour se venger. Il a mis le feu au toit de la maison de H. Celui-ci est sorti avec sa femme. Gw. les a tués tous les deux et leur jument a brûlé aussi. Il est revenu au galop à son village annoncer les trois morts à ses parents, qui en furent très contents. Au bout de trois jours, Go., père de H., vint assassiner K., frère de Gw. Ce dernier prit le cadavre, l'enterra et l'affaire se poursuivit. Il peut ainsi se produire une cascade de vengeances mal ajustées qui mettent à feu et à sang toute une région -comme disent les Moussey, *daç çara daç*, « elle s'éparpille, l'affaire s'éparpille ». Il en résulte une mêlée générale qui oppose, au hasard des escarmouches, de très nombreux villages, comme ce fut le cas entre les cantons de Tagal, Berem et Gounou. Plus de cinquante personnes y périrent et, par les mécanismes de la solidarité clanique, des amis de longue date en vinrent à s'entretuer.

Les raisons pour lesquelles toute violence, et pas seulement la vengeance, a tendance à monter aux extrêmes ont été analysées par Clausewitz (1832). L'idée essentielle est que, lors d'un affrontement violent, la conduite d'un des adversaires est déterminée, par celle de l'autre et réciproquement. Si mon ennemi m'attaque, je n'ai pas le choix, je dois contre-attaquer, ou me résoudre à accepter la défaite et la soumission. Si mon ennemi fait un effort supplémentaire pour m'abattre, je suis, moi aussi, obligé de faire un effort équivalent pour lui résister. Et « tant que je n'ai pas abattu l'adversaire, je peux craindre qu'il ne m'abatte. Je ne suis pas mon propre maître, car il me dicte sa loi comme je lui dicte la mienne » (Clausewitz, 1832, p. 54). Ainsi, à cause de cette action réciproque, « chacun des adversaires fait la loi de l'autre » et, en théorie, l'affrontement doit monter aux extrêmes (p. 53).

Une analyse clausewitzienne peut être faite du processus des vengeances en chaîne. Celui-ci s'enclenche quand la vengeance « rebondit », c'est-à-dire quand le clan qui a fait l'objet de représailles décide de se venger de cette revanche. À partir de là, chaque nouvelle revanche en appelle une autre et le mécanisme devient de plus en plus diffi-

contre toute autre solidarité avec l'extérieur qui me semble faire le malheur des Kaingang et des Yanomami. »

cile à arrêter. Un seuil sera franchi dans l'escalade quand on se met à pratiquer le meurtre préventif, qui consiste à tuer simplement pour éviter d'être tué. On prend les devants et on entreprend de massacrer tous ceux qui sont, peut-être, animés d'intentions hostiles. En principe, le conflit devient alors de plus en plus violent. Celui qui ne recule devant aucune violence prendra l'avantage sur celui qui s'embarrasse de scrupules. Les ennemis ont alors perdu la liberté d'agir comme ils l'entendent. Car, si l'un d'eux cesse unilatéralement les hostilités, il se pourrait bien que l'autre en profite pour prendre un avantage décisif. On comprend alors que le déroulement de tels conflits s'impose aux acteurs comme un destin tragique. Quelles que soient leurs intentions initiales, ils deviennent les rouages d'un mécanisme implacable. De plus, le conflit ne peut pas ne pas affecter les tiers. C'est pourquoi Girard (1972, p. 31) a raison de souligner le risque que la vengeance fait courir à toute la collectivité où elle se manifeste.

La vengeance constitue donc un processus infini, interminable. Chaque fois qu'elle surgit en un point quelconque d'une communauté, elle tend à s'étendre et à gagner l'ensemble du corps social. Elle risque de provoquer une véritable réaction en chaîne aux conséquences rapidement fatales dans une société de dimensions réduites. La multiplication des représailles met en jeu l'existence même de la société.

L'émergence de la peine

Les gens qui vivaient dans des sociétés sans système pénal prenaient au sérieux ce risque d'escalade. La mémoire collective de ces peuples conservait le souvenir d'affrontements qui avaient conduit à des bains de sang. Lors des disputes, la peur de l'escalade était ravivée pour calmer les esprits (Colson, 1974, pp. 39-41). Elle faisait hésiter le vengeur désigné. Et, surtout, elle contribua au développement de la peine. En effet, plutôt que de laisser le clan de la victime se faire justice avec le risque d'escalade que cela comportait, la collectivité dans son ensemble prenait l'affaire en main et se chargeait de châtier le coupable.

C'est ainsi que *l'exclusion* a souvent été utilisée comme substitut à la vengeance du sang. En Angleterre, au Moyen Age, le meurtrier qui

refuse de payer la compensation est mis hors la loi. Il doit alors fuir car il est permis à tout homme de brûler sa maison et de le tuer. La mise hors la loi rendait la faide inutile : les parents du mort n'avaient plus de raison de verser le sang (Pollock et Maitland, 1898, p. 449). Plusieurs autres cultures ont aussi développé le bannissement pour éviter les vendettas, notamment en Grèce, en Albanie, en Corse, chez les Cheyennes et chez les Bédouins.

La peine de mort décidée par l'ensemble de la collectivité, et pas seulement pas les proches de la victime, servait aussi de mesure pour éviter les vengeances en chaîne. Ce qui distingue la peine capitale de la vengeance du sang, c'est qu'elle résulte d'une décision collective. Chez les Inuit, il arrivait que tous les hommes de la communauté soient consultés avant de faire périr un meurtrier récidiviste. Ce n'était que sur leur accord unanime que le coupable était exécuté. Padlu avait tué le mari de la femme qu'il convoitait. Il tua ensuite deux parents de la victime qui avaient tenté d'exercer des représailles. Un chef de la région vint alors. Il alla voir tous les hommes du village et leur demanda si Padlu devait être tué. Devant l'accord de tous, il invita Padlu à la chasse et lui tira une balle dans le dos (Hoebel, 1954, pp. 88-89).

Le souci de tuer la vengeance dans l'oeuf pouvait aller jusqu'à solliciter la collaboration des parents du criminel. Les Kamba du Kenya avaient une procédure appelée *kingolle*. Quand un homme s'était rendu intolérable à sa communauté en se livrant au vol ou à la sorcellerie, on allait voir le parent le plus proche du criminel et on lui demandait s'il était d'accord avec son exécution. Si le consentement était donné, il était entendu que les parents du condamné renonçaient à la vengeance et à toute compensation (Mair, 1962, p. 60). Chez les Kikuyu, les parents du criminel devaient non seulement donner leur consentement mais encore tuer eux-mêmes le coupable, par strangulation (Elias, 1956, p. 224). Rouland (1979, pp. 72-73) rapporte que, à l'occasion, les Inuit agissaient de manière semblable : ils désignaient, comme exécuteur du meurtrier, l'un de ses proches parents.

Bien souvent, tous les membres de la communauté participent physiquement à la mise à mort. C'est ainsi que fut exécuté un meurtrier récidiviste chez les !kung. Après quelques escarmouches, l'individu fut encerclé par plusieurs hommes qui le criblèrent de flèches empoi-

sonnées à tel point qu'il avait, dit-on, l'air d'un porc-épic (Lee, 1979, pp. 394-395). Chez les montagnards de l'Albanie, quand un homme commet un crime qui soulève une indignation unanime - par exemple, en tuant son hôte - la communauté se réunit et décide de bannir le criminel à tout jamais. Puis sa maison est brûlée, toutes les bêtes de son troupeau sont tuées et ses arbres fruitiers, coupés. De cette manière, on s'assure que le criminel ne sera pas porté à revenir sur ses terres. Hasluck (1954, pp. 244-245) insiste sur le fait que, lorsque le feu est mis à la maison, tous les membres du village l'attisent parce qu'il est essentiel que tous participent à l'exécution de la sentence.

Sanctions privées et sanctions publiques

Le caractère collectif des exécutions est l'un des critères qui permet de distinguer les sanctions publiques des sanctions privées. Devant un crime, la collectivité peut soit laisser la partie lésée se débrouiller pour que les torts soient redressés, soit prendre en main l'affaire. Dans le premier cas, le délit est considéré comme une atteinte à des intérêts sectoriels (ceux d'un individu ou ceux d'une famille) ; dans le second cas, la faute est considérée comme un acte qui porte atteinte à l'ensemble de la collectivité (par exemple, à la paix intérieure ou à une valeur sacrée). Un conflit qui risque de monter aux extrêmes est évidemment un problème qui concerne toute la communauté ; il représente une menace pour la sécurité de tous. Le délit public ne polarise pas le conflit de la même façon que le délit privé. Il est vu comme une opposition entre la communauté et l'un de ses membres plutôt que d'être considéré comme une affaire privée, c'est-à-dire une dispute entre deux individus ou deux clans ¹⁰.

¹⁰ Si la crainte de l'escalade joua grandement dans l'émergence de sanctions publiques, elle n'en fut pas la seule cause. On eut régulièrement recours à la peine pour sanctionner le délinquant récidiviste - qu'il soit voleur ou meurtrier. Par exemple, chez les Balsa du Ghana, si un homme prend l'habitude de voler et continue malgré les avertissements, il est attaché à un poteau en plein soleil et on le laisse mourir (Schott, 1980, p. 180). Les anthropologues ont rapporté plusieurs cas chez les Inuit, où le meurtrier récidiviste était exécuté (Rouland, 1979, p. 73).

Conclusion

L'enchaînement des violences est un des problèmes politiques les plus graves auxquels soient confrontées les sociétés sans système pénal. Du point de vue de l'intérêt commun, le sujet d'inquiétude n'est pas tellement la vengeance en elle-même -elle est tolérable tant qu'elle est tenue en laisse -mais plutôt la spirale des violences. Et le pôle négatif du droit, ce n'est pas tant une vengeance isolée que l'enchaînement des représailles.

La peine primitive n'a pas eu pour seule et unique fonction de prévenir l'escalade de la violence vindicative. On y eut recours aussi pour punir la sorcellerie, les meurtres jugés particulièrement odieux et le vol récidivant. Il est permis cependant d'affirmer qu'une des fonctions essentielles de la peine fut, à l'origine, de mettre un frein à la vengeance sauvage. La crainte que celle-ci inspirait fut l'un des ressorts du droit pénal.

Deuxième partie : La vengeance

Chapitre VI

L'émergence de la justice

[Retour à la table des matières](#)

« Les vengeances privées, écrivait Leclercq (1965, p. 473), expriment la colère de ceux qui les exercent et ne présentent aucune garantie de justice. » Cette affirmation comporte indiscutablement une part de vérité : être juge et partie n'est pas très propice à la découverte d'une solution juste à un litige. Cependant, elle masque l'étroitesse de la filiation qui relie la justice à la vengeance. La manière dont nous concevons la justice pénale doit beaucoup à la vendetta ou, plus précisément, aux solutions qui furent découvertes au cours de transactions entre deux parties qui risquaient d'en venir aux mains.

Imaginons que deux clans de force approximativement égale se font face à propos d'un crime. Le sang coulera si une solution mutuellement acceptable n'est pas trouvée. Les protagonistes et les amis communs ont intérêt à ce qu'une entente soit conclue. Ce sont là des conditions propices à la recherche d'un compromis honorable, d'une solution raisonnable, d'une mesure équitable... C'est ainsi que furent élaborées, au fil de tâtonnements millénaires pour échapper à l'engrenage de la violence, certaines de nos idées sur le juste et l'injuste. Il en est deux qui laissèrent des traces durables dans nos institutions judiciaires. La première est qu'on a de meilleures chances de découvrir une solution pacifique à un litige si chacun des protagonistes fait va-

loir son point de vue devant un tiers impartial. La seconde est que, si les points de vue des parties sont considérés, on tend à établir une équivalence entre l'importance de l'offense et l'ampleur de la riposte ou de la compensation exigée.

Les procédures d'arbitrage

Un bon nombre de peuples qui connaissaient la vendetta avaient développé des procédures d'arbitrage par lesquelles on évitait que le sang ne soit versé. L'intérêt de ces institutions réside dans le fait qu'on y trouve les germes de nos procédures judiciaires modernes. Deux exemples d'arbitrage seront présentés : le *pacero* corse et le « chef à peau de léopard » des Nuer.

Le rôle du *pacero* Corse est de conduire les négociations entre la famille offensée et celle de l'offenseur puis de les persuader de signer un traité de paix. Avant d'entreprendre la médiation, le *pacero* doit avoir été accepté par les deux parties. Et, pour l'être, il doit avoir la réputation d'être un homme d'honneur, indépendant, impartial et brave. Les *paceri* font le va-et-vient entre les deux familles en s'efforçant d'obtenir de celles-ci des concessions compatibles avec leur honneur et leurs intérêts. Le *pacero* est le garant de la trêve pendant les pourparlers et, quand la paix est signée, il s'assure du respect des clauses du traité. En cas de rupture de la paix, il a l'obligation de prendre fait et cause pour l'offensé contre l'offenseur. Un jour, un *pacero* prononça ce serment : « Je jure par le Très-Saint-Sacrement qui doit me juger et me voit le fond du cœur que je poursuivrai jusqu'à la mort quiconque rompra la parole donnée » (Busquet, 1920, p. 252). Si, à la suite d'une violation du traité, un *pacero* tue un membre de la famille fautive, son geste sera considéré comme une mesure de justice.

Le « chef à peau de léopard » des Nuer est un médiateur qui facilite les négociations et permet souvent d'éviter la vengeance. L'affaire se déroule comme suit. Dès qu'un homme a tué, il se hâte vers la maison du chef à peau de léopard pour y chercher refuge. Tant qu'il ne quitte pas cet asile, le meurtrier est à l'abri. En effet, le chef à peau de léopard est sacré et le sang ne doit pas être versé sur sa ferme. Après

la cérémonie funèbre, le chef entame les négociations en allant s'assurer que la famille du meurtrier est prête à livrer la compensation. Ensuite, il va rencontrer les proches de la victime et leur demande d'accepter l'indemnité. Evans-Pritchard (1937, p. 181) rapporte ceci.

En général ils refusent, car on met son point d'honneur à s'entêter, mais ce refus ne signifie pas qu'on écarte l'idée d'une compensation. Le chef sait, il insiste, il menace même ces gens de les maudire s'ils ne cèdent pas ; des parents éloignés du côté paternel et des cognats, qui n'ont pas à recevoir de bétail, et qui par conséquent n'ont aucune raison de faire montre d'orgueil et d'inflexibilité, qui en revanche ont le droit de faire connaître leur opinion puisqu'ils avaient des liens avec la victime, appuient les discours du chef. La coutume plaide également pour le compromis. Néanmoins, il convient que les proches parents refusent de prêter l'oreille au chef avant qu'il ait épuisé tous ses arguments. Et quand ils finissent pas acquiescer, ils déclarent qu'ils acceptent ce bétail dans le seul souci d'honorer le chef, et non point pour remplacer par des animaux la vie d'un homme qui leur était cher.

Le médiateur est presque toujours un membre influent de la communauté. Il fait le va-et-vient entre les parties et rétablit la communication entre des gens qui ne peuvent plus se voir sans être tentés de se sauter à la gorge. Pour en arriver à une entente, il peut tabler sur la crainte des représailles des uns et sur l'appât du gain des autres. À l'offenseur, il dira que l'adversaire est en train de fourbir ses armes et a du mal à réprimer sa colère. À l'offensé, il prêchera le pardon et fera miroiter la possibilité d'obtenir une grosse indemnité. Le médiateur n'invente pas les solutions qu'il propose, il les trouve dans la tradition. Et c'est largement parce qu'il se contente d'être le porte-parole de la coutume et de l'opinion générale qu'il est écouté (Pestieau, 1984, p. 97).

La justice n'est pas indifférente aux procédures. Celles qu'élaborent les sociétés vindicatoires sont relativement propices à la découverte de solutions justes. Les deux parties se font entendre. Un tiers respecté et impartial facilite les pourparlers. Il tente d'amener les parties à s'entendre sur une solution équilibrée qui rétablira la paix. On retrouve la structure triangulaire du procès moderne : deux adversaires s'engagent dans un débat contradictoire sous le regard impartial d'un tiers.

La reconnaissance des parties et la proportionnalité

On n'avait pas beaucoup de chances de trouver une issue pacifique à l'affrontement vindicatoire si les revendications légitimes des protagonistes n'étaient pas prises en considération. Il fallait d'abord, il va sans dire, tenir compte des demandes de la partie lésée. On savait qu'il était nécessaire de rétablir la victime dans ses droits et de corriger l'injustice qu'elle avait subie. C'est pourquoi on considérait l'ampleur des préjudices qui lui avaient été causés et on prenait bonne note de ses revendications. Il ne serait venu à personne l'idée d'oublier la victime. Réciproquement, le point de vue de l'offenseur était reconnu : après tout il restait armé et, pour peu que sa cause restât défendable, il avait son clan derrière lui. Il pouvait donc se défendre, par exemple se justifier en expliquant que son geste était accidentel ou encore qu'il avait été provoqué. Si on voulait lui soutirer une composition énorme, il pouvait faire valoir que cette exigence était excessive et soumettre une contre-proposition.

De telles négociations avaient tout naturellement tendance à s'acheminer vers un point d'équilibre qui était le moyen terme entre les exigences de l'offensé et la défense de l'offenseur. On comprend alors l'universalité de la règle de la proportionnalité : l'aboutissement logique des négociations était la découverte qu'il doit y avoir commune mesure entre l'offense et la riposte (ou la réparation). La loi du talion n'est qu'une version particulière de la proportionnalité. On sait que le talion fut extrêmement répandu : il a été observé dans presque tous les peuples connus (Hobhouse, 1906, p. 74 ; Westermarck, 1908, p. 187). Sa fonction principale était d'éviter le rebondissement de la vengeance : un meurtre est commis, les représailles s'ensuivent et, si un homme est tué de part et d'autre, on considère que l'équilibre est restauré, et on en reste là.

Le souci de maintenir un minimum de proportionnalité entre la gravité du délit et la sévérité de la peine est une règle d'équilibre sur

laquelle il est naturel que deux adversaires finissent par s'entendre. Et elle reste une exigence de justice importante.

L'héritage de la vengeance

La justice, loin d'être l'antithèse de la vengeance, se découvre au fil des efforts faits pour la domestiquer. C'est ainsi que l'on a appris qu'un litige peut bénéficier d'une solution pacifique si les protagonistes s'expliquent devant un tiers impartial. C'est ainsi que l'on a pris conscience de la nécessité de tenir compte du point de vue de la partie lésée et de l'importance de corriger l'injustice dont elle est la victime. C'est ainsi qu'on s'est rendu compte qu'il devrait y avoir commune mesure entre le crime et le châtement.

Il faut bien voir que nos conceptions du juste et de l'injuste en matière criminelle découlent bien plus de procédures privées que de procédures publiques. La peine primitive était le produit d'une mobilisation collective contre un fauteur de troubles. Fruit de l'exaspération commune, elle n'était pas très soucieuse d'équilibre : le petit voleur récidiviste pouvait être exécuté. Et la peine primitive ne s'embarrassait pas de procédures. Une foule se tournait contre l'un de ses membres. Elle pouvait se permettre d'être excessive. La situation était fort différente quand deux clans à peu près égaux se faisaient face. On avait alors d'excellentes raisons de recevoir le médiateur, de tenir compte du point de vue de l'autre et d'accepter un compromis raisonnable. Bref, la situation favorisait chez les uns et les autres l'émergence de la vertu de justice, qui, disait-on autrefois, est la disposition à rendre à chacun ce qui lui revient.

Deuxième partie : La vengeance

Chapitre VII

Justice privée et justice publique

[Retour à la table des matières](#)

Est-il vrai que la vengeance risque de ressurgir si on cesse de punir les crimes ? Dans leur *Traité de droit criminel*, Merle et Vitu (1984, p. 144) présentent comme une « loi sociologique souvent illustrée par l'histoire » le danger que les victimes ou la foule ne suppléent aux carences de la justice. Mais l'idée est plus souvent affirmée que démontrée. Ceux qui l'acceptent trouvent inutile d'en faire la démonstration et ceux qui la rejettent semblent penser qu'elle ne mérite même pas une réfutation. Mais cette thèse a une telle importance dans une théorie de la peine qu'il est nécessaire de la confronter brièvement aux données de l'anthropologie, de l'histoire et de la sociologie.

Le recul de la vengeance

Les chapitres précédents accordent du crédit à l'affirmation selon laquelle la vengeance prolifère en l'absence de sanctions publiques. Dans le chapitre III, l'on a défendu qu'il y a une équivalence fonctionnelle entre la peine et la vengeance, l'une et l'autre servant à la rétribution et à l'intimidation. Ceci voudrait dire que la vengeance cesse d'être utile ou nécessaire quand on peut avoir recours à la sanction pénale. Dans le quatrième, nous avons vu que la peine sert aussi de frein à l'enchaînement des représailles. Il semble bien que Girard (1972, p.

32) ait raison quand il écrit que la sanction pénale, étant une vengeance qui ne peut être vengée, reste le « dernier mot » de la vengeance.

Il existe des indications supplémentaires. Les anthropologues qui ont examiné l'impact de la colonisation sur diverses sociétés traditionnelles ont maintes fois rapporté le scénario suivant. Les autorités coloniales installent des tribunaux coutumiers dans une région où la vendetta était une institution et, en peu de temps, celle-ci disparaît. Les indigènes prennent vite l'habitude de soumettre leurs litiges au juge ou au policier qui joue ce rôle et ils ne semblent pas mécontents d'être délestés de l'obligation de mener des négociations dans un climat d'affrontement. De telles observations ont été faites par Fortes (1945, p. 236) chez les Tallensi du Burkina, par Brown (1972, pp. 51-57) chez les Chimbu de la Nouvelle-Guinée, par Colson (1974, p. 39) chez les Tonga de la Rhodésie et par Lee (1979, p. 396) chez les !Kung San. En dernière analyse, on trouve qu'il est préférable de soumettre ses différends à un juge qui a les moyens de faire respecter ses verdicts que de faire valoir soi-même ses droits par la menace. Voilà pourquoi les tribunaux surclassent les systèmes vindicatoires.

La vendetta corse

La tenace survivance de la vendetta corse pose un problème intéressant. Elle nous fait prendre conscience que ce n'est pas n'importe quel système pénal qui peut supplanter un système de droit privé. Pendant quatre siècles (de 1312 à 1729, avec de brefs intermèdes), la Corse fut gouvernée par la ville de Gênes. Or, il était notoire que les Génois ne réussirent jamais à implanter en Corse un système judiciaire valable ¹¹. C'est ce qui contribue à expliquer la survie de traditions de vengeance privée qui, ailleurs, disparaissent quand on im-

¹¹ Il est significatif que la Corse ait été sous le contrôle d'une ville qui ne savait pas se gouverner elle-même. En effet, du temps de son indépendance, Gênes avait des institutions faibles et la ville était déchirée par les conflits politiques et les vendettas. Bientôt, elle tomba sous la domination de puissances extérieures : Henri VII, le roi de France puis le duc de Milan (Renouard, 1969, p. 258).

plante une justice moderne. Les tribunaux installés en Corse par les Génois se signalaient par deux lacunes principales : ils offraient souvent l'impunité aux criminels et ils étaient partiaux. Le meurtrier qui avait des protecteurs bien placés échappait à la peine. On lui donnait un sauf-conduit pour qu'il pût quitter l'île mais, peu de temps après, on lui permettait de revenir. Voyant cela, la famille du mort décidait de se faire justice. Par ailleurs, les juges étaient souvent partie liée à certains clans dont ils n'étaient que les instruments. Leur partialité et leur vénalité les poussaient à condamner des innocents et à acquitter des coupables. Ainsi, la vengeance survit quand les tribunaux ne peuvent inspirer confiance aux gens et que ceux-ci perdent l'espoir d'être vengés par les autorités (Busquet, 1920).

Les « Comités de vigilance »

Le cas des « comités de vigilance » américains qui ont sévi à l'ouest des Appalaches pendant les XVIII^e et le XIX^e siècles est aussi instructif. Quand les voleurs de chevaux devenaient trop actifs dans une région, un groupe de citoyens mettait sur pied un comité de vigilance. Celui-ci était formé d'hommes solidement armés et peu regardants sur les moyens. Ces justiciers entreprenaient de pourchasser les bandits. Quand ils en avaient attrapé un, ils organisaient une espèce de procès. Ils n'oubliaient pas de désigner quelqu'un pour jouer le rôle de l'avocat de la défense. Mais les procédures étaient expéditives et les acquittements, rares. La sentence la plus commune était la peine de mort. Quand elle avait été prononcée, on donnait une heure ou deux au condamné pour faire ses prières, puis on le pendait à l'arbre le plus proche.

Les historiens américains ont identifié 326 comités de vigilance. Mais on estime que le chiffre réel serait plus proche de 500. Entre 1860 et 1909, au moins 511 personnes ont été exécutées par ces groupes de justiciers.

Les comités de vigilance comblaient un vide. Dans certaines régions de l'Ouest, il n'y avait ni shérif ni juge et encore moins de prison. Ailleurs, la justice officielle se révélait souvent incapable de faire

face aux malfaiteurs. Ces derniers, jouissant d'une relative impunité, formaient des bandes redoutables. Il leur arrivait même de réussir à prendre le contrôle de tout un village.

Dans un certain nombre de cas, le comité de vigilance, profitant de l'appui d'une majorité de la population, parvenait assez rapidement à démanteler les gangs de bandits auxquels il s'attaquait. Puis, une fois la sécurité rétablie, le comité acceptait de se dissoudre. Mais d'autres fois, le bilan était moins positif. Il arrivait en effet que certains comités de vigilance soient dirigés par des aventuriers sans scrupule. On pouvait trouver dans leurs rangs quelques sadiques qui profitaient de la situation pour assouvir leurs perversions. Le comité devenait alors plus dangereux que les bandits qu'il combattait. À l'occasion, les justiciers débordaient du champ de la lutte contre le crime. Par exemple, ils introduisaient leurs méthodes violentes dans le domaine de la politique municipale. Ces excès suscitaient à leur tour des réactions. Pour contrecarrer les « vigilantes », un parti de « modérateurs » se formait. Les communautés se divisaient en deux clans hostiles. Quelquefois, les affrontements étaient sanglants. C'est ainsi qu'une région du Texas fut emportée pendant des années dans une incontrôlable spirale de violence (Brown, 1975).

L'autodéfense

L'époque contemporaine offre, elle aussi, quelques Matières à réflexion. De nos jours, la survivance la mieux connue de la vengeance est l'autodéfense. En France, entre octobre 1977 et février 1981, 44 meurtres d'autodéfense furent commis (Peyrefitte, 1981, p. 265). Aux États-Unis, les sondages réalisés sur l'usage des armes à feu permettent d'avancer que 2% des Américains ont tiré au moins une fois dans leur vie avec une arme de poing pour se défendre contre une agression quelconque. De plus, dans 2% des vols qualifiés, la victime blesse ou tue son agresseur avec une arme à feu (Wright, 1984, p. 311, 322).

En France, le cas classique d'autodéfense met en scène un individu victime d'une succession de cambriolages. Excédé par l'impuissance de la police, il se procure une arme et monte la garde. Une nuit, il sur-

prend un voleur, il tire et le tue (Dulong, 1983, p. 17). C'est dans de telles circonstances que, pendant la nuit du 17 au 18 décembre 1978, une Française de 73 ans tua un voleur. On lui avait volé plusieurs poules auparavant et ses plaintes étaient demeurées vaines. Elle alla s'acheter un fusil et se mit à surveiller son poulailler. Une nuit, elle vit des ombres furtives s'y introduire et elle fit feu. Le lendemain matin, on trouva un homme mort dans le poulailler (Denis, 1979, p. 24).

Au Québec, les cas les plus connus d'autodéfense se produisent au cours de hold-up chez de petits commerçants. En janvier 1984, deux jeunes hommes armés de longs couteaux étaient entrés chez un commerçant de Montréal. L'un d'eux plaça son arme sur la gorge du propriétaire. Ce dernier recula, prit un revolver qu'il avait placé à portée de la main et tira deux fois. Les deux coups furent mortels. C'était le quatrième hold-up dont avait été victime le commerçant. Le dernier remontait à 15 jours (*Le Journal de Montréal*, 23 janvier 1984).

Certaines formes de violence entre conjoints peuvent aussi être classées parmi les actes d'autodéfense. Wolfgang (1958, p. 253) rapporte l'histoire d'un mari qui avait battu sa femme plusieurs fois. Lors de l'épisode qui devait s'avérer fatal, la femme, après avoir été battue, demanda à son mari d'être conduit à l'hôpital. L'homme refusa. Une nouvelle querelle s'ensuivit durant laquelle la femme fut giflée plusieurs fois. Finalement, elle mit fin à l'affrontement en poignardant mortellement son mari.

Une des clefs pour comprendre les actes d'autodéfense est qu'ils sont posés par des individus qui, auparavant, ont été à maintes reprises « victimisés ». Assez souvent, les justiciers contemporains sont des gens vulnérables et mal protégés contre le crime. La plupart des petits commerçants qui résistent violemment à un hold-up ont déjà reçu la visite des voleurs. À en juger par les cas qui nous sont rapportés, la plupart des Français qui tirent sur des cambrioleurs ont auparavant été cambriolés. Il est très rare que l'on ait recours à l'autodéfense dès le premier délit. Un individu se décide à contre-attaquer après avoir fait l'expérience de la victimisation, de sa vulnérabilité devant le crime et de l'inefficacité de la justice. Après sept vols à main armée, un petit commerçant de Montréal avait pris cette sombre résolution :

Moi, le premier voleur qui fait une erreur, je le descends, je l' descends froidement ; je lui rentre un couteau dans l'coeur ; c'est pas une belle chose à dire mais c'est la façon qu'on reste après. C'est toujours difficile de travailler tout le temps, gagner sa vie honorablement, de voir des morveux comme ça, alors si une journée y'en a un qui fait une erreur, y'é fort probable que ça va être sa dernière erreur qui va faire.

(Baril, Grenier et Manseau, 1977, p. 163)

Les justiciers n'ont pas recours à la violence parce qu'ils ont si envie de se venger, mais parce qu'ils s'y sentent obligés. À la longue, ils en arrivent à la conclusion que leur sécurité ne sera plus assurée tant qu'on pourra les attaquer impunément. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ils vont jusqu'à tirer sur les voleurs en fuite. Ils se rendent compte qu'ils deviennent de plus en plus vulnérables au fur et à mesure que s'accumulent les agressions impunies. « Si on se soumet, ça n'aura plus de fin », disait un commerçant (Baril, Grenier et Manseau, 1977). Celui qui tire sur un voleur pendant qu'il fuit fait savoir aux voleurs du quartier que c'est à leurs risques et périls qu'ils s'en prendront dorénavant à sa boutique. Il s'agit là d'une mesure de défense préventive. Plutôt que de se contenter d'empêcher les vols chaque fois qu'une tentative se présente, on exerce des représailles destinées à intimider les voleurs éventuels. On prévient ainsi de nouvelles tentatives. C'est la logique de la dissuasion : il ne suffit pas d'empêcher ce vol-ci, il faut prévenir sa répétition.

Le même principe s'applique aux femmes brutalisées qui finissent par tuer leur mari. On sait que la violence entre conjoints est peu réprimée : les policiers préfèrent ne pas effectuer d'arrestation et les juges sont enclins à la clémence. La femme battue en arrive aux grands moyens parce qu'elle a la conviction que son mari peut la frapper impunément.

Tous ces faits vont dans le sens de l'hypothèse selon laquelle les simples citoyens se chargeront de punir les criminels si les autorités s'y refusent. Pour reprendre la formule de Black (1983, p. 41) : plus la justice publique est passive, plus la justice privée sera active.

La légitimité de la peine

C'est une loi de la vie que de se défendre quand on est attaqué et de repousser la violence par la violence. Un être qui n'a pas perdu le goût de vivre se défendra tôt ou tard devant des assauts répétés. La violence défensive est profondément ancrée dans la nature humaine. À ce titre, elle est inévitable. Si tel est le cas, de même que le crime se retrouve chez tous les peuples, de la même manière, il y a une part irréductible de violence légitime dans toute société humaine. De ce point de vue, il n'est pas sûr que le problème soit bien posé quand on s'interroge sur le droit de punir. Ce n'est pas une question de droit mais une question de fait. La violence légitime existe et on ne peut pas l'éliminer. Il ne s'agit donc pas de se demander si on a ou non le droit de punir mais de savoir qui, de l'État ou des particuliers, devra punir. Les avantages d'une justice publique sont si manifestes que la réponse ne fait pas de doute. L'État peut assurer la paix intérieure et la justice mieux que les particuliers. De plus, il serait parfaitement irréaliste de vouloir confier aux citoyens la mission de châtier les crimes dont ils sont victimes. Il va de soi que la sanction pénale est une prérogative des pouvoirs publics. Encore faut-il qu'ils s'exécutent. Si l'État n'exerce pas son monopole pénal, les justiciers prendront la relève. Et on se sentira fort embarrassé de les punir, comme en témoigne la tolérance dont ils bénéficient. Les pouvoirs publics ne peuvent pas simultanément interdire la justice privée et s'abstenir de punir.

Troisième partie

Le juste

[Retour à la table des matières](#)

Troisième partie : Le juste

Chapitre VIII

La justice

L'utile et le juste

[Retour à la table des matières](#)

En matière pénale, le XXe siècle a été dominé par l'utilitarisme. On peut en distinguer deux variantes. La première a tendance à ignorer purement et simplement l'idée de justice. Selon ce point de vue, la peine ne saurait être appréciée autrement que comme un moyen pris par la société pour se protéger. Elle n'est qu'un aspect accessoire du rôle de maintien de l'ordre qui revient à l'État. Cela voudrait dire que l'efficacité est la seule dimension à considérer dans la punition du crime et que notre seul critère pour l'évaluer serait sa contribution à la lutte contre le crime. La deuxième variante de l'utilitarisme repose sur une distinction entre le but qui justifie la peine d'une part et son principe distributif d'autre part. C'est la position de Hart (1968). Selon lui, le but de la peine doit être conçu essentiellement en termes utilitaires : elle doit produire des conséquences bénéfiques pour la société. Mais, quand on veut savoir comment distribuer les punitions, il faut respecter un principe rétributif qui stipule que la peine ne devrait être appliquée à un délinquant que pour le délit qu'il a commis. En d'autres termes, la fin du système pénal est la prévention du crime, mais la déci-

sion de punir un individu donné ne peut être dictée par des considérations. exclusivement utilitaires. Elle doit se conformer à des règles de justice rétributive.

Hart a fait avancer le débat mais sa position n'est pas pleinement satisfaisante. Les utilitaristes font comme si l'intérêt - qu'il soit général ou particulier - était la seule valeur méritant considération ; ce qui voudrait dire que la justice n'a de sens que si elle contribue à l'utilité. Mais alors quel est le statut du principe de justice rétributive propose par Hart ? De deux choses l'une : ou bien la justice est une valeur, ou bien elle n'en est pas une. Si elle n'en est pas une, on ne voit pas très bien comment Hart défendrait un principe de distribution qui est strictement de l'ordre de la justice. Si elle est une valeur, alors pourquoi la cantonner dans la distribution des peines ? Pourquoi la justice ne serait-elle pas une des fins de la peine ? Les soucis de justice sont si manifestes tout au long du processus pénal qu'il est difficile de la reléguer à une position auxiliaire. Il me semble plus conforme à l'idéal que se proposent les acteurs du drame pénal d'attribuer une place presque aussi importante à la justice qu'à la prévention du crime. Cette position repose sur l'idée que la justice est une valeur en soi et qu'il est pertinent de s'y référer quand on envisage de punir un criminel.

La justice : une valeur en soi

On peut vouloir que les personnes soient traitées équitablement parce que c'est juste et pour nulle autre raison. L'on n'a pas à « justifier la justice » en faisant appel à autre chose ; elle peut être prise comme une fin en soi. Cette attitude, est communément acceptée dans le monde du travail. On y respecte la règle de l'ancienneté non parce que cela contribue à la productivité mais parce que c'est une manière de réaliser la justice. De façon générale, la plupart d'entre nous pensons qu'il est intrinsèquement souhaitable que les biens et les charges soient équitablement partagés au sein d'un groupe. L'importance que l'on attache à la justice se révèle par la lutte constante que l'on mène contre les injustices. La vie en société nous paraîtrait insupportable sans un minimum de justice. Personne n'accepterait de son plein gré d'entretenir avec autrui des relations totalement exemptes de respect mutuel, de réciprocité, d'égalité, d'équilibre...

Admettre que la justice soit une valeur en soi n'implique évidemment pas que le monde soit parfaitement juste. La justice est une valeur comme la vérité, la sécurité ou la liberté. Dans le monde tel qu'il existe, nous n'atteignons la vérité que de façon partielle et approximative ; nous ne sommes jamais pleinement en sécurité ; notre liberté est restreinte. On ne peut nier pour autant ces valeurs. Toutes les injustices du monde ne devraient pas nous faire nier notre soif de justice, bien au contraire. Elles ne devraient pas non plus nous empêcher de voir les efforts faits dans ce sens et les succès dans l'éternelle lutte de l'homme contre l'injustice.

Si, comme principe général, on admet que la justice puisse être une valeur en soi, on ne voit pas pourquoi le principe cesserait de s'appliquer au prétoire. Si la justice est reconnue comme une considération pertinente dans un domaine comme celui de la politique salariale, on aurait mauvaise grâce à nier son importance dans un domaine dit de justice criminelle. Que cela serve ou non à d'autres fins, il est bon que les innocents soient acquittés et que les coupables reçoivent la peine qu'ils méritent. L'acquittement des innocents et le châtement des coupables contribuent à la lutte contre l'injustice. Cette contribution n'est peut-être pas considérable mais elle ne doit pas être négligée pour autant. La justice est indispensable à un système pénal qui prétend avoir un sens.

Qu'est-ce que la justice ?

Admettons que la justice soit importante ; il reste à savoir en quoi elle consiste. Dans tout groupe humain se pose le problème de l'attribution des biens et des charges. Qu'est-ce qui est dû aux uns et aux autres ? Comment partager la richesse ? Que vaut tel service ? Qui doit assumer cette obligation ? La justice, c'est l'ensemble des principes qui nous aident à trouver des réponses adéquates à ces questions.

La justice échappe à une définition précise. Ses principes restent généraux et peu spécifiques. Elle ne peut être circonscrite dans l'absolu. Voilà pourquoi l'antique formule « rendre à chacun son dû » rend si bien compte de la nature de la justice. Son imprécision même est,

en l'occurrence, une qualité. Bien que la démarche déductive soit souvent utile dans la recherche de la solution juste, la justice ne se déduit pas de quelques principes généraux. Elle n'est pas donnée au départ, il faut la découvrir en partant de ce qui existe.

La justice est le résultat d'une recherche d'égalité, d'équivalence, de proportionnalité, d'équilibre. L'homme juste cherchera à traiter de la même manière tous les êtres d'une même catégorie essentielle (Perelman, 1963, p. 26). Il voudra traiter les cas semblables de manière semblable et les cas différents de manière différente. Lors des échanges, il voudra préserver l'équivalence entre ce qu'il a reçu et ce qu'il donnera. De façon générale, il visera « la bonne proportion entre les biens et les charges partagés dans une cité » (Villey, 1978, p. 144).

La justice émerge des relations entre des individus indépendants les uns des autres qui cherchent une solution pacifique à leurs disputes ¹². Si chaque individu agit de manière autonome, poursuivant ses fins propres, il ne manquera pas d'entrer en conflit avec autrui. En effet, les intérêts des uns et des autres seront à l'occasion incompatibles ou divergents. La solution de compromis qui sera trouvée à la dispute sera qualifiée de juste si elle préserve la paix tout en paraissant raisonnable et équilibrée.

Mais la justice est une des fins du système pénal, elle n'en est pas la seule. Il est incontestable que la peine a un rôle à jouer dans la lutte contre le crime. Il est même possible que sa fonction première soit de contribuer à la sécurité des personnes et des biens. C'est dire que deux grandes préoccupations guident la détermination de la peine : réprimer le crime et rendre justice.

¹² Eckhoff (1974) a consacré un livre à l'émergence de la justice dans l'interaction sociale même.

Troisième partie : Le juste

Chapitre IX

La réparation

La justice corrective

[Retour à la table des matières](#)

C'est une exigence élémentaire de la justice que le mal commis soit autant que possible réparé par son auteur ¹³. Aristote parlait à ce propos de justice corrective. Il concevait le délit comme un acte injuste qui perturbe l'équilibre qui normalement devrait exister entre les citoyens. La sanction vise à corriger l'injustice. « Quand une personne reçoit des coups et qu'une autre en donne, quand un individu cause la mort et qu'un autre succombe, le dommage et le délit n'ont entre eux aucun rapport d'égalité ; le juge tâche à remédier à cette inégalité ; par la peine qu'il inflige en réduisant l'avantage obtenu » (Aristote, p. 131). L'intervention juridique sert à restaurer la balance entre les deux parties en trouvant « le juste milieu entre la perte de l'un et le gain de l'autre » (Aristote, p. 131). La peine est ici conçue à la fois comme une soustraction : on enlève au délinquant le bien mal acquis et

¹³ Les termes réparation et compensation seront utilisés ici comme des synonymes pour désigner le geste que pose le délinquant (y compris la restitution) pour réparer le dommage causé à la victime. Le terme indemnisation sera réservé pour désigner les programmes par lesquels l'État verse une somme d'argent aux victimes d'actes criminels.

comme une restitution : on donne à la victime ce qui lui revient. Pas de séparation ici entre ce que nous appelons droit civil et droit pénal : la peine corrective est simultanément réparation à la victime et punition du coupable.

Le crime est injuste en ceci qu'il est une relation déséquilibrée à cause de l'absence de réciprocité entre l'offenseur et l'offensé. Le premier gagne sans rien donner en échange, l'autre perd sans rien recevoir en contrepartie. L'équilibre est rompu, il s'agit alors de le rétablir. La situation sera corrigée quand l'avantage obtenu par l'offenseur sera annulé pour être versé à l'offensé. La justice corrective consiste donc à remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient avant que le délit n'ait été commis.

L'importance de la réparation

La justice corrective justifie parfaitement les mesures réparatrices qui annulent les gains du délinquant et compensent les pertes de la victime. La réparation ne devrait pas être conçue comme un moyen de lutte contre le crime. Son sens premier doit être cherché du côté de la justice. La compensation vaut d'abord et avant tout parce qu'elle répond à une exigence fondamentale de justice qui est de rendre à chacun son dû. Cependant, on peut lui trouver quelques avantages supplémentaires. En nouant un lien direct entre le délit et la sanction, elle donne au délinquant une leçon concrète de justice qui le fera peut-être réfléchir. En l'obligeant à indemniser quelqu'un, elle peut avoir un effet dissuasif. Enfin, en donnant satisfaction aux victimes, elle les encourage à collaborer avec la justice.

Dans les codes anciens où la réparation occupait une place centrale, il était courant de fixer le montant de la réparation en multipliant la valeur de l'objet volé par deux, par trois, par quatre... Deux raisons justifient cette pratique. Il faut donner une valeur intimidante à la mesure. Si l'on se contentait d'exiger du voleur qu'il ne restitue que les biens volés, la profession de voleur deviendrait payante pour tous ceux qui ne se font pas prendre à tous coups. Du côté de la victime, les préjudices subis ne se limitent presque jamais à la valeur des biens

perdus. Il n'est que justice de tenir compte des séquelles psychologiques laissées par le délit (peur, phobie, perte de confiance...), du temps perdu à cause du délit (le temps passé à l'hôpital, les déplacements divers causés par le délit, y compris les présences à la cour), de la perte de jouissance des biens (dans les cas de vols de voitures, les ennuis peuvent être très réels), de l'impossibilité de remplacer les objets qui ont une valeur sentimentale...

On assiste depuis quelques années au développement de systèmes étatiques d'indemnisation des victimes d'actes criminels. Cette solution permet à la victime de recevoir une compensation même quand l'agresseur est inconnu ou insolvable. Mais, en toute justice, c'est d'abord au délinquant qu'il revient d'assumer la responsabilité du crime dont il est l'auteur. Le rôle de l'État ne devrait être que suppléatif : n'indemniser quelqu'un que s'il est impossible d'obliger le délinquant à le faire.

Difficultés

Les tribunaux manifestent un intérêt réel pour les mesures réparatrices. Au Canada, les avocats de la défense ne manquent pas d'informer le juge que leur client a restitué ou réparé le dommage causé. C'est là un bon préambule à une plaidoierie sur la sentence. Et les juges sont sensibles à de tels arguments. En France, Boulan (1985, pp. 13-14) signale qu'il existe dans la loi plusieurs dispositions qui favorisent la réparation : si le prévenu dédommage la victime, il peut bénéficier d'un ajournement au prononcé de la peine et même en être dispensé ; la réparation est considérée comme une circonstance atténuante et, enfin, le dédommagement peut être une des conditions de la probation ou de la libération conditionnelle. Malgré tout, il n'en reste pas moins que les mesures réparatrices sont plutôt l'exception que la règle. Dès lors se pose la question : Comment expliquer la rareté d'une mesure qui semble si parfaitement justifiée ? Les difficultés d'application ne sauraient être sous-estimées. Il est bien connu que les gens qui ont des démêlés avec la justice ont tendance à être insolvables ou, du moins, incapables de verser immédiatement le montant de la compensation. Il serait à l'occasion possible de leur demander des paiements

par versements, mais ceci semble assez compliqué au personnel de la cour. Il faut aussi compter avec la mauvaise volonté de certains accusés qui n'ont aucune envie de réparer. Il arrive aussi qu'il soit difficile de fixer le montant de la réparation ¹⁴.

Réhabilitation, conciliation et réparation

Une autre cause de la sous-utilisation des mesures réparatrices tient à un phénomène curieux : la réparation est phagocytée par la réhabilitation. Dans une série de programmes correctionnels, on voit les intervenants faire comme si la réparation était une mesure de réhabilitation. Ils l'utilisent pour provoquer une prise de conscience au délinquant, pour le purger de sa culpabilité et pour l'amener à sympathiser avec sa victime. Ils font comme si la réparation devait profiter au délinquant, non à la victime. C'est ainsi que la plupart des programmes américains dits de *victim restitution* ont en réalité pour fin principale le changement du délinquant. La victime devient alors l'instrument d'une leçon de choses. Elle est utilisée pour « responsabiliser » le contrevenant. C'est pourquoi elle sera sollicitée pour participer à des rencontres avec le délinquant et même quelquefois pour contribuer à sa prise en charge (Zeigenhagen, 1977, pp. 111-112).

Quand la réparation est ainsi transformée en instrument de réhabilitation, on la détourne de sa fin véritable qui est d'abord de donner à la victime ce qui lui revient. L'essentiel, dans la compensation, c'est de corriger les torts, ce n'est pas de corriger le coupable. La manoeuvre est d'autant plus discutable que son succès est douteux. Les délinquants développent de solides mécanismes de défense leur permettant d'ignorer les torts qu'ils causent. On ne voit pas pourquoi le simple fait de réparer le dommage ferait changer le délinquant plus efficacement que les efforts de traitement qui durent des mois et même des années.

¹⁴ On peut s'attendre à ce que l'accusé minimise les dommages et que la victime soit portée à gonfler la note. De plus, se pose le problème de l'évaluation des dommages non matériels. Mais ces problèmes sont loin d'être insurmontables. Depuis longtemps, les tribunaux civils, les compagnies d'assurances et les agences d'indemnisation ont développé des méthodes pour attribuer des valeurs monétaires à toutes sortes de torts.

Il arrive aussi que l'on dilue la réparation dans la conciliation. Cette dernière a été depuis quelque temps promue à un rôle considérable par certains. En 1974, la Commission de réforme du droit du Canada (1979, p. 9) écrivait : « La réconciliation du contrevenant et de la victime constitue un des objectifs importants du système pénal ». Aux États-Unis d'Amérique, on a vu se multiplier les *dispute resolution centers*. Un médiateur y reçoit les parties en conflit ; il les incite à exprimer leurs griefs ; il favorise la discussion et cherche un terrain d'entente. Son but sera de trouver une solution de compromis mutuellement acceptable ¹⁵.

On conçoit bien que de telles procédures de conciliation soient utiles pour résoudre des disputes entre conjoints, parents ou voisins. Mais on voit mal leur utilité dans le cas des délits communément jugés par nos tribunaux. Pour les fins de la discussion, divisons-les en deux catégories : les délits dans lesquels des personnes étrangères sont impliquées et ceux qui mettent aux prises des connaissances. Dans la plupart des vols connus de la police, le délinquant et la victime ne se connaissent pas. Dans la plupart des cambriolages, les protagonistes n'entrent même pas en contact l'un avec l'autre. Dans ces conditions, des rencontres de conciliations n'ont pas beaucoup de sens. D'autant plus que, dans les grandes villes, il est probable qu'ils ne se reverront jamais. Malgré tout, il arrive que la victime veuille rencontrer son délinquant pour lui dire ce qu'elle a sur le cœur. Ces confrontations peuvent alors être utiles pour ouvrir les yeux du délinquant.

A priori, les crimes impliquant des gens qui se connaissent pourraient se prêter à la conciliation. Encore faut-il que les intéressés acceptent. Il n'est pas rare que la victime ne veuille pas entendre parler de rencontrer son agresseur (Baril, 1984, p. 344). D'autre part, les délits entre intimes qui aboutissent devant les tribunaux sont souvent graves : coups et blessures, -homicides... On peut alors difficilement se satisfaire d'une entente à l'amiable même si elle était possible.

¹⁵ D'après une étude réalisée dans un centre de Brooklyn, les médiateurs favorisent quatre types d'ententes : 1) l'engagement à cesser de harceler l'autre partie ; 2) l'entente pour mettre un terme à une relation ; 3) la promesse de se contrôler ; et, 4) l'engagement à réparer (Karmen, 1984, p. 245).

Reste les délits moins graves entre gens qui se connaissent. Il serait préférable, comme c'est ce qui se produit dans les centres américains, de « déjudiciariser » l'affaire. Mais, si cette hypothèse est retenue, on sort du système pénal, du moins en principe.

La réparation est discréditée quand elle est noyée dans la réhabilitation ou dans la conciliation. Elle perd alors son sens premier qui est de corriger l'injustice et, par le fait même, elle cesse d'avoir ce caractère d'évidence qui la faisait s'imposer aux anciens. Enfin, elle prête le flanc à la critique. Il est alors facile de la dire inefficace et incompatible avec les autres finalités du système pénal.

Conclusion

La réparation n'a pas encore trouvé sa place dans le système pénal. Elle reste une mesure marginale et risque de le rester tant que l'on n'aura pas les idées claires sur sa finalité et sa justification.

Quelle pourrait être la place de la réparation dans un système de *sentencing* ? Convenons que l'obligation pour le délinquant de corriger le tort qu'il a fait subir à sa victime répond à une exigence de justice fondamentale. La réparation peut être considérée comme une fin légitime et autonome. On n'a pas besoin de la justifier en invoquant d'autres considérations, comme la réhabilitation, la conciliation ou la dissuasion : la justice correctrice se suffit à elle-même. Il arrivera, à l'occasion, qu'une mesure réparatrice ait un effet éducatif ou dissuasif : tant mieux ! mais ce n'est pas son objet premier.

Cependant une réserve s'impose : même si la réparation possède sa justification propre, on ne peut pas lui donner la première place parmi les fins de la *sentence*. Ceci, les victimes elles-mêmes en sont conscientes (Baril, 1984, pp. 343-344) ; à leurs yeux, la priorité ne va pas à la réparation.

À notre surprise, peu de personnes ont suggéré spontanément la restitution ou une autre forme de réparation directe. Ce n'est pas avec un enthousiasme délirant que les interlocuteurs ont accueilli cette suggestion quand elle leur a été faite. Leurs réticences ont pour motif la trop faible

valeur d'intimidation de cette mesure et l'insolvabilité des délinquants ou encore l'impossibilité de réparer une agression physique. Même quand l'idée leur plaît, la plupart n'aimeraient pas être confrontés à leur agresseur.

La plupart du temps, le délinquant n'est pas pris et, quand il l'est, il ne peut ou ne veut pas toujours payer. Les victimes ont de bien meilleures chances d'être indemnisées si elle se tournent vers les compagnies d'assurances ou vers les agences publiques d'indemnisation. Il est aussi significatif que les victimes préfèrent une combinaison de mesures réparatrices et punitives à la réparation seulement (Ziegenhagen, 1977, p. 109).

Le crime n'est pas uniquement une affaire privée qui pourrait se régler par une entente entre le délinquant et la victime. « Toute lésion grave d'un droit privé comporte une atteinte à l'ordre social. La sécurité publique est troublée par le délit, est-ce qu'elle sera suffisamment rétablie par la réparation du préjudice individuel ? » (Proal, 1892, p. 480). La fonction répressive du *sentencing* est essentielle. Il est plus important de prévenir le crime que de le réparer, d'autant plus que les conséquences des crimes graves sont souvent irréparables. La réparation est une des fins de la *sentence*, elle n'en est pas la *seule ni* même la principale. Si les juges se contentaient de mesures réparatrices simples, l'effet répressif de la sanction serait insuffisant dans bon nombre de cas. Il faut donc prescrire la réparation chaque fois que c'est possible et que cela n'entre pas en conflit avec les autres fonctions de la sentence. Et souvent il faudra ajouter quelque chose à la valeur stricte du tort causé.

Bref, la réparation est pleinement justifiée mais, la plupart du temps, elle est soit impraticable, soit insuffisante. De plus, si elle peut s'ajouter à une sanction *répressive*, elle ne peut pas la remplacer. Il y a autre chose : la réparation n'est pas la seule exigence de justice qui découle du crime. Justice ne sera pas rendue si le délinquant ne reçoit pas la peine qu'il mérite. C'est l'objet du prochain chapitre.

Troisième partie : Le juste

Chapitre X

La justice rétributive

(La peine) ne peut jamais être considérée simplement comme un moyen de réaliser un autre bien, soit pour le criminel lui-même, soit pour la société civile, mais doit uniquement lui être infligée pour la seule raison qu'il a commis un crime.

(Kant, 1796, p. 214).

[Retour à la table des matières](#)

En un siècle qui place l'utilité au-dessus de tout, l'idée qu'il soit intrinsèquement juste de rendre le mal pour le mal suscite un malaise considérable. La notion de justice rétributive est tombée en désuétude pendant longtemps. À tel point que l'épithète « rétributif » est disparu des dictionnaires du français moderne ¹⁶. Dans les pays anglo-saxons, l'idée est redevenue à la mode mais le fait que l'on évite le terme reste significatif. On préfère l'expression « just desert » (Von Hirsch, 1976, p. 45). Et pourtant, la rétribution fait partie de la nature même de la peine. Merle et Vitu (1984, p. 767) ne s'y sont pas trompés, comme on

¹⁶ On ne trouve le mot « rétributif » ni dans le Robert, ni dans le Larousse, ni même dans le Littré. Il faut fouiller dans les dictionnaires d'ancien français pour le retrouver. En revanche, les dictionnaires actuels ont conservé l'expression « justice commutative » définie comme l'équivalence des obligations et des charges dans les échanges.

le voit dans la définition qu'ils proposent de la peine : « un châtement infligé au délinquant en rétribution de l'infraction qu'il a commise ».

Dans son sens le plus général, la rétribution peut être définie comme ce que l'on donne en échange de ce que l'on reçoit. On dit, par exemple, que le salaire est la rétribution d'un travail. La justice rétributive a pour fonction de régulariser les rapports réciproques entre deux parties. Elle stipule qu'il doit y avoir équivalence entre l'action et la réaction ou, en d'autres termes, que, dans les divers échanges, on doit tendre à une égalité de compensation. Dans le domaine qui nous occupe, la peine rétributive serait celle qui est donnée en échange d'un délit. C'est une peine qui vise à compenser le crime. Quand on adopte une philosophie rétributive de la peine, on pense que le criminel est puni parce qu'il a commis un crime et non pour prévenir ou réprimer le crime.

Il se trouve des cas extrêmes devant lesquels il est difficile d'esquiver le problème de la rétribution. Ainsi en est-il des criminels de guerre nazis. Ces individus ont fait exécuter des milliers, quelque fois des millions d'êtres humains. Ils ont créé ou dirigé des camps de la mort dans lesquels des quantités incroyables d'innocents ont été exterminés après avoir été plongés dans des conditions abjectes. Mais à quoi servirait le châtement de l'un de ces nazis que l'on capturerait aujourd'hui ? Les Allemands ont tourné le dos au nazisme. On ne voit pas qui pourrait être dissuadé par leur exemple. Et toute possibilité de récidive est évidemment écarté. Faut-il châtier ces vieillards devenus inoffensifs ? Oui ! répondront bien des gens ; pour que justice soit faite.

Quatre variantes de la rétribution peuvent être distinguées, comme on le voit dans les quatre réponses suivantes à la question « Pourquoi punir le criminel ? »

- 1) Pour le crime qu'il a commis.
- 2) Parce qu'il doit payer pour son crime.
- 3) Parce qu'il le mérite.
- 4) Pour donner aux gens honnêtes l'assurance qu'ils ne seront pas les seuls à respecter la loi.

La rétribution formelle

La première raison ne se prête pas à de longs commentaires. L'idée qu'il y ait une relation intrinsèque entre crime et châtement se présente à certains comme une évidence. Par définition, le crime est un acte punissable. Si on cesse de le punir, il cesse d'être un crime. La peine constitue le crime en tant que crime. Ou plutôt la règle qui constitue le crime en tant que tel a pour propriété essentielle d'être « pénale ». La règle qui prohibe le meurtre ou le vol change de nature ainsi que l'acte qu'elle interdit si on lui retire l'appui d'un système de peines.

La réciprocité

L'idée que le criminel doit payer pour son crime suit la logique de la réciprocité. Ici, le crime est assimilé à une dette. Rendre le bien pour le bien, le mal pour le mal... Ce mode de fonctionnement est universel. On le retrouve chez les enfants (Piaget, 1932), et chez tous les peuples connus (Kelsen, 1943). La réciprocité stipule que chacun doit rendre à autrui l'équivalent de ce qu'il a reçu de telle manière que la valeur du second transfert soit équivalente à celle du premier. La réciprocité, c'est la concordance de la réaction avec l'action antérieure. En bien mais aussi en mal. « Un homme a frappé sans provocation, qu'il soit frappé » (Thomas d'Aquin, pp. 146-147). Parmi les relations réciproques, on peut inclure : l'échange, où un bien est donné en contrepartie de celui qui a été reçu ; le respect mutuel, où l'on s'abstient de faire du tort à l'autre en échange d'une abstention semblable de sa part ; la réparation, par laquelle un préjudice est compensé : la rétribution, enfin, par laquelle on rend un mal pour un mal. Dans le présent contexte, la rétribution n'est que la contrepartie de la règle qui veut que l'on rende le bien pour le bien. On comprend alors sa pérennité : elle est solidement ancrée dans la logique de l'interaction qui veut que l'on rende à autrui l'équivalent de ce qu'on a reçu de lui. On comprend aussi la tenace survivance de l'idée, de dette : la réciprocité nous pousse à voir dans le crime une créance, dans le criminel, un débiteur et dans la victime, un créancier.

Le blâme

Quand on dit « Il doit être puni parce qu'il le mérite », nous quittons le monde de la réciprocité pour entrer dans celui de la norme. Nous passons d'une morale de la transaction à une morale de la transgression. Le crime est alors vu comme un acte qu'il faut réprover. Et la peine est conçue comme un blâme qui exprime notre attachement aux valeurs foulées aux pieds par la faute.

Pour désigner cette facette de la sanction pénale, les termes ne manquent pas : dénonciation, réprobation, réaffirmation de la norme, condamnation, blâme... La peine s'érige en protestation contre le mal, en symbole de l'indignation que provoque le crime.

Selon Von Hirsch (1985, pp. 53-60), la peine a deux fondements : la prévention du crime et la réprobation. Si l'on cessait de punir, il se commettrait plus de crimes. Cependant, même si les peines n'avaient aucun effet, il faudrait quand même punir pour condamner le crime. Une réaction moralement neutre à un crime serait inappropriée ; elle ne rendrait pas compte du fait que le crime est fondamentalement un acte répréhensible.

La Commission de réforme du droit du Canada adopte une position assez semblable quand elle propose que le but premier du droit pénal devienne la dénonciation du crime. La peine servirait alors à stigmatiser les atteintes aux valeurs fondamentales de la société et à exprimer l'horreur qu'elle éprouve devant le crime.

Le blâme n'est pas seulement une idée défendue par des réformateurs du droit, il est aussi un fait social dont l'existence est incontestable. Ainsi que l'avait Durkheim (1893, p. 65-66), le crime provoque une « réaction passionnelle ». En tant que faute, le crime heurte nos convictions morales. Or, « une conviction opposée à la nôtre ne peut se manifester en notre présence sans nous troubler. Mais quand il s'agit d'une croyance qui nous est chère, nous ne permettons pas et nous ne pouvons pas permettre qu'on y porte impunément la main.

Toute offense dirigée contre elle suscite une réaction émotionnelle plus ou moins violente, qui se tourne contre l'offenseur ».

Le blâme apporte-t-il une contribution au contrôle du crime ou est-il tout simplement une manière d'exprimer notre attachement à des valeurs essentielles ? On ne peut pas s'attendre à ce que la peine ou la réprobation du crime ait un effet à court terme sur les convictions morales de la population, (Walker et Marsh, 1984). En ce qui a trait aux conséquences à long terme du blâme, je serais tenté de me rallier à l'opinion de Soljenitsyne (1973, p. 134) : « En ne punissant pas le vice, en ne désapprouvant même pas les scélérats, nous ne nous contentons pas simplement de protéger leur mesquine vieillesse : nous saons sous les pas des générations nouvelles toute base de justice » (p. 134).

La garantie

La quatrième variante de la rétribution pourrait s'appeler la garantie. Pour l'essentiel, l'idée est la suivante ¹⁷. La plupart des citoyens sont disposés à se soumettre volontairement aux lois. Mais ils ne le feront que s'ils ont la garantie que les autres feront de même. La peine leur fournit cette assurance. Elle annule l'avantage que le délinquant s'octroie en s'affranchissant d'une contrainte que la majorité s'impose. Et elle leur fournit une raison de croire qu'ils ne se retrouveront pas dans un coupe-gorge après avoir décidé de renoncer à toute violence. Ici on punit, non pour réprimer le crime mais pour honorer la garantie du contrat social. En l'absence de peine, les criminels jouissent d'un avantage décisif sur les non criminels. Ces derniers perdent confiance et sont contraints de riposter, ce qui risque de déclencher un mouvement de violence en chaîne. Reprenons ceci plus en détail.

¹⁷ La paternité de cette thèse peut être attribuée à Hobbes (1651, p. 316). Elle a été reprise surtout par des philosophes, notamment par Kant (1796, p. 194), Hart (1961, p. 237), Morris (1968), Rawls (1971, p. 240), Weiler (1974), Von Hirsch (1976, pp. 47-48), Gross (1979), Finnis (1980, p. 263), Wasserstrom (1980), Ashworth (1983, p. 18), Baechler (1985).

En temps normal, les citoyens s'abstiennent de s'en prendre aux biens et à la personne d'autrui parce que la confiance règne. C'est vraisemblablement la raison première du respect des lois. Il est dans mon intérêt bien entendu de ne pas attaquer autrui si j'ai de bonnes raisons de croire qu'il ne m'attaquera pas. Cette abstention réciproque est si évidemment avantageuse qu'elle est comprise par la majorité des gens. Ils comprennent intuitivement que les sacrifices qu'exige la maîtrise de leurs passions seront compensés par la sécurité résultant des efforts équivalents d'autrui.

Il n'en reste pas moins que cette abstention comporte un coût. Il faut tenir en laisse notre colère, notre cupidité, notre lubricité... il serait plus commode de s'emparer du bien que l'on convoite et de régler ses querelles par la force. Et il serait plus agréable de n'en faire qu'à sa tête. Accepter de se soumettre aux lois revient donc à prendre sur soi un fardeau. La vie en société, requiert à l'occasion le sacrifice de son avantage immédiat.

Tous n'accepteront pas spontanément cette obligation. L'impulsivité, la faiblesse ou l'absence de discernement pousseront certains à transgresser les règles tout en profitant de la sécurité qui résulte de la vertu de ceux qui les entourent. La délinquance peut ici être assimilée à de la tricherie. Le délinquant prétend continuer à jouer tout en passant outre aux règles du jeu social. Tant qu'il n'est pas pénalisé, le tricheur a intérêt à continuer. Il peut ainsi prendre une longueur d'avance sur les conformistes dans la course aux plaisirs, à la richesse ou à la puissance. Cependant, il ne faut pas espérer que les non-tricheurs apprécieront le spectacle du délinquant qui jouirait tranquillement d'une licence dont ils acceptent de se priver. Ils éprouveront le sentiment d'avoir fait un marché de dupes, d'être les dindons de la farce. On comprend alors le sentiment d'injustice que ressentent ceux qui se donnent la peine de respecter la loi. Plus grave encore, ils se diront qu'il est dangereux de persévérer dans le droit chemin si les criminels ne sont pas tenus en échec.

La peine est donc nécessaire. Sans elle, le crime est payant à coup sûr. En effet, la plupart des délits ne comportent que des coûts intrinsèques minimales. Il faut donc une sanction quelconque pour introduire un coût extrinsèque au crime. La peine permettra d'annuler l'avantage

que le délinquant s'est octroyé. De plus, elle le charge de l'équivalent du fardeau dont il s'était délesté, rétablissant ainsi l'équilibre des charges entre lui et ses concitoyens. Plus important encore, la peine offre aux citoyens vertueux la garantie qu'ils ne seront pas attaqués impunément. Grâce à elle, on peut espérer que la plupart des gens joueront selon les règles du jeu et que les tricheurs ne pourront pas facilement s'en tirer à bon compte. Dans ce cas, la conformité devient une option raisonnable et prudente. L'existence du système pénal aide donc le bon citoyen à persévérer dans le respect volontaire de la loi en lui fournissant les raisons de croire que les autres respecteront sa liberté comme il respecte la leur.

De ce point de vue, la peine est le moyen utilisé par le groupe pour se porter garant de la conformité de la majorité des gens. En l'occurrence, la fonction de la punition n'est pas de réprimer directement le crime mais de conforter les citoyens qui sont au départ disposés à respecter la loi en les assurant qu'ils ne se retrouveront pas sans défense au milieu de malfaiteurs. Cet aspect de la sanction pénale peut être comparé à un parapluie à l'abri duquel se maintient la confiance mutuelle, laquelle motive les gens à bien agir.

L'innocence et la culpabilité

Même si on pouvait faire l'économie de l'idée de justice rétributive pour fonder la peine, on ne pourrait s'en passer pour comprendre deux principes essentiels du droit pénal : le principe de l'innocence et celui de la proportionnalité.

Tous conviennent que la seule peine juste est celle qui frappe un coupable. Il nous semble évident qu'il est injuste de « punir » un innocent. Ce qui l'est moins, c'est la raison de ce principe. En tous les cas, il ne peut être fondé sur des considérations strictement utilitaires. Même si une peine infligée à un innocent pouvait prévenir le crime, la plupart des gens s'y opposeraient. En effet, il existe des cas limites bien connus des philosophes du droit où il paraîtrait légitime de punir un innocent si on ne raisonnait qu'en vue de l'efficacité dans le contrôle du crime. Imaginons une vague de crimes. La police se révèle

incapable d'appréhender les coupables. On se dit qu'il serait peut-être efficace de châtier un innocent pour dissuader les autres. D'un strict point de vue utilitaire, la mesure est défendable et pourtant elle nous révolte. Supposons maintenant qu'un individu ait été mis en prison pour un crime qu'il n'a pas commis. Malgré tout, il profite de son incarcération pour lire, étudier, réfléchir. Il se découvre une vocation d'écrivain, En fin de compte, il sort de prison meilleur que lorsqu'il y était entré. Est-ce que ces heureux résultats rendraient la peine justifiée pour autant (Mabbott, 1939, p. 154) ?

En définitive, ce n'est que sur la foi d'une argumentation faite dans le cadre de la rétribution que l'on peut sérieusement s'opposer au châ-timent d'un innocent. Par définition, la peine rétributive ne peut être autre chose qu'une réaction à un délit et elle n'est justifiée que lorsqu'elle répond à un crime. La punition d'un innocent est donc indéfen-dable parce qu'elle n'est pas une riposte à une agression, parce que, pour être justifié de frapper, il faut que l'autre ait frappé d'abord. C'est la distinction entre l'attaque et la défense qui nous fournit le critère extérieur à la loi pour faire la différence entre la peine et le crime. Une différence majeure entre l'incarcération et la séquestration, c'est que, dans le premier cas, la société riposte à une agression initiale. On ne met pas sur le même pied celui qui frappe et celui qui rend les coups (Armstrong, 1961, p. 48). En attaquant le premier, le délinquant a perdu le droit de ne pas être puni qu'il possédait quand il était innocent.

La proportionnalité

Le principe selon lequel la sévérité des peines doit être proportion-née à la gravité des crimes découle, lui aussi, du concept de rétribu-tion.

La quasi-totalité des recherches sur le *sentencing* produisent un ré-sultat convergent : les deux variables qui prédisent le mieux la sévéri-té des sentences sont la gravité du délit jugé et le nombre des délits antérieurs. Ceci veut dire que, malgré un discours encore marqué par la doctrine de l'individualisation, dans la pratique judiciaire, les peines sont largement déterminées par la gravité du délit. On maintient, tant

bien que mal, une commune mesure entre la souffrance infligée au criminel et celle dont il est responsable. En ceci, les juges ne sont pas différents du commun des mortels. En effet, dans la population en général, les corrélations entre l'évaluation de la gravité de divers délits et la sévérité des peines proposées pour ces délits est très forte (Blumstein et Cohen, 1980). La relation est si forte que l'on peut penser que, dans l'esprit des gens, la sévérité de la peine est un moyen d'exprimer un jugement sur la gravité du crime. Tout se passe comme si la proportionnalité faisait partie de la structure mentale des êtres humains.

La proportionnalité s'explique essentiellement en termes rétributifs. S'il y a une relation intrinsèque entre le délit et la punition, il devrait aussi s'établir un rapport entre l'importance de l'un et de l'autre. S'il s'agit de faire payer le criminel, il va de soi que plus la dette contractée est importante, plus le remboursement sera élevé. Une autre justification rétributive de la proportionnalité repose sur la notion de réprobation. Plus la faute est répréhensible, plus la sanction doit exprimer la force du blâme. C'est la position de Von Hirsch (1985, pp. 35-36). La peine, par sa nature même, exprime la réprobation. A partir du moment où l'on a décidé de punir, il faut doser la sanction en fonction du caractère blâmable du délit. Si les crimes ne sont pas tous également fautifs, cela doit se refléter dans les peines. Punir très sévèrement un vol à l'étalage reviendrait à lui accorder trop d'importance. Se contenter d'une peine clémente pour un viol laisserait entendre que l'acte n'est pas tellement répréhensible.

Troisième partie : Le juste

Chapitre XI

Le point de vue des victimes

[Retour à la table des matières](#)

Si le lecteur admet qu'il est légitime de concevoir la justice pénale en termes de réparation et de rétribution, il ne manquera pas de s'interroger sur le statut des victimes de crimes. Faut-il leur donner droit de parole lors des débats ? On serait porté d'emblée à répondre par l'affirmative pour la simple raison qu'une victime est partie prenante à la plupart des affaires criminelles : il n'est que justice qu'elle soit entendue au même titre que les autres parties. Mais cette opinion ne prévaut pas dans les pays de Common Law. C'est ainsi que, au Canada, la victime d'un acte criminel n'a pas vraiment d'existence légale. Elle est considérée comme un témoin qui n'a d'autre droit que celui de répondre aux questions dont on la bombarde. Elle s'étonne que l'on ne reconnaisse pas l'injustice qu'elle a subie aux mains du criminel. Et elle sort profondément insatisfaite de ses contacts avec la justice. Cette insatisfaction est compréhensible. L'équilibre est une composante essentielle de l'idéal que l'on se fait de la justice, comme en témoigne le symbole de la balance. Or, comment peut-on aspirer à une justice criminelle équilibrée quand on laisse de côté l'un des protagonistes du crime ? Si on révoque en doute la fiction selon laquelle le crime n'est qu'une offense à la société, on conviendra que la personne directement lésée par le crime est une des parties au procès criminel. En effet, même en admettant que le crime soit une attaque contre la collectivité,

il n'en est pas moins très souvent une atteinte à des droits individuels. De ce point de vue, le droit criminel a une double nature : il est public et privé. Si on nous l'accorde, on ne verra pas d'objection de principe à la suggestion de conférer à la partie lésée le statut de plaignant privé dans la cause, à côté du ministère public.

Cependant, si on attribue à la victime une place dans le processus pénal, il est à craindre que celui-ci ne soit emporté par une escalade vindicative. Afin de déterminer jusqu'à quel point cette inquiétude est fondée, on se mettra dans la peau des victimes, on prendra la mesure de leur soif de vengeance et, enfin, on examinera ce qu'elles attendent de la justice. Ceci nous aidera à entrevoir les conséquences prévisibles d'une reconnaissance de la partie lésée dans la punition du crime. Mais d'abord, jetons un bref coup d'oeil sur ce qu'était le statut des victimes dans les droits anciens et sur ce qu'il est maintenant.

La victime d'hier et d'aujourd'hui

Les droits de l'Antiquité et du Moyen Age attribuaient une place considérable au plaignant dans les affaires criminelles. Dans la Rome de l'époque classique, les coups et blessures ainsi que les vols sont considérés comme des délits privés. Il font naître une obligation du délinquant vis-à-vis de la partie lésée. C'est cette dernière qui prend l'initiative de la poursuite ; c'est elle qui appelle l'offenseur en justice ; c'est elle qui conduit l'action. Au terme des procédures, la sentence est rendue à son profit. La *poena* est généralement une amende privée versée à l'offensé. Il n'en reste pas moins que la victime n'a pas le droit de faire justice elle-même. Elle doit recourir aux tribunaux par une action pénale. Parallèlement aux délits privés, on trouvait aussi des crimes et des délits publics : la trahison, le meurtre volontaire, le vol nocturne de moissons, l'incendie volontaire... C'était là, pensait-on, des actes qui menaçaient si gravement la société romaine qu'on refusait d'en laisser la répression à l'initiative individuelle (Villey, 1946, pp. 98-99 ; Giffard, 1951, pp. 209-288).

L'évolution séculaire est connue. La notion de délit privé tombe en désuétude et toutes les infractions en viennent à être considérées

comme des attentats contre la société. Leur répression devient exclusivement une affaire d'État. L'individu qui subit le vol ou l'agression cesse d'être considéré comme l'offensé et il perd les prérogatives que les droits anciens lui reconnaissent. Le préjudice qu'il a subi est oublié ; ne subsiste plus que l'offense à la collectivité. La distinction entre droit civil et droit pénal justifie les pénalistes dans leur refus de prendre la victime en considération. Dans la jurisprudence canadienne contemporaine, les tribunaux ne sont pas liés par les désirs des plaignants. Les seuls intérêts dont ils peuvent légalement tenir compte sont ceux de la société et ceux du criminel (R.V. Lauzon, in Hagan, 1983, pp. 16-17).

Au terme de cette évolution, la victime d'actes criminels n'a plus d'existence officielle. N'ayant aucun statut, elle est reléguée à la périphérie de l'activité du tribunal (Christie, 1977). Et la place marginale où on la confine ne laisse pas d'être inconfortable. Au Canada, la victime est réduite au rôle de témoin à charge. Elle n'est plus qu'un élément de la preuve que construit le procureur de la Couronne pour confondre l'accusé. Elle n'est plus qu'un des « pions de la Reine » (Laflamme-Cusson, 1985).

Le manque d'égard avec lequel on traite les victimes pendant les procédures découle tout naturellement de cette absence -de reconnaissance. Non seulement la justice moderne est-elle indifférente aux préjudices subis par la victime mais elle en rajoute. On lui fait perdre un temps considérable en la faisant attendre avant de témoigner et en multipliant les remises. Durant son interrogatoire, l'avocat de la défense l'assaille de questions piégées et se croit tout permis pour la discréditer. A ce jeu, l'offensé est moins bien traité que l'offenseur. Puis les brimades s'accumulent : les biens volés sont confisqués par la justice et on tarde à les remettre à son propriétaire ; dans les salles d'attente, des victimes sont exposées à la présence menaçante de l'accusé et de ses amis, qui ont tout le loisir d'exercer les pressions utiles à leur défense (Baril, 1984 ; Laflamme-Cusson, 1985).

L'influence de la victime

Même si, en principe, la victime n'a pas voix au chapitre, elle n'en continue pas moins d'exercer une certaine influence sur les procédures. En premier lieu, c'est à la victime que revient l'initiative de déclencher ou non les procédures. En 1971, Reiss (p. 11) avait pu montrer que 87% des contacts entre la police et un citoyen se produisaient sur l'initiative d'un citoyen. En Angleterre, Hough et Mayhew (1985, p. 19) rapportent que la police n'est sur la scène du crime que dans 3% des cas. La police avait été informée de l'acte criminel par la victime dans 59% des cas et par une autre personne (un membre de la famille souvent) dans 33% des cas (p. 64). Donc, dans les faits, c'est un plaignant qui décide de faire démarrer le processus pénal. Le premier moment de la réaction sociale contre le crime prend généralement la forme d'une réponse à une demande de l'offensé.

Une certaine influence de la victime continue de s'exercer aux stades ultérieurs des procédures. Ainsi, il arrive qu'elle peut les arrêter. Dans bien des cas, la preuve de la poursuite repose sur le témoignage de la victime. Sans sa collaboration, la culpabilité de l'accusé ne pourrait être établie. Il est toujours possible d'obliger la victime à témoigner mais la poursuite répugne à le faire. C'est particulièrement vrai dans les cas de viols. Si la victime s'oppose à la poursuite, généralement le procureur s'incline et classe l'affaire (Hall, 1975).

Il arrive que le ministère public tienne compte de l'avis des victimes qui suggèrent la clémence ainsi que de l'opinion de celles qui réclament une peine exemplaire. Dans une recherche réalisée à Nashville dans le Tennessee, Hall (1975) a constaté que, dans les cas de délits mineurs (vols simples, chèques sans provision), le procureur tient compte des souhaits du plaignant qui propose la clémence. Par contre, dans de tels cas, il refusera de se laisser influencer par une victime vindicative. Dans les cas de crimes graves, les procureurs prennent en considération le désir de la victime qui veut que son agresseur soit sévèrement puni. Par exemple, un procureur qui hésite à entamer des poursuites dans une affaire d'homicide sera facilement poussé à

aller de l'avant si les proches parents du mort l'exigent. Par contre, si le crime est grave et que le procureur a une preuve solide, il ignorera les représentations de la victime portée à pardonner.

A l'étape de la sentence, les juges tiennent assez peu compte des souhaits de la victime. Malgré tout, cela arrive. Dans l'affaire R.V. Hardy (1976) 29 CCC (2d) 84, 33 C.R.N.S. (Que. C.S.), le juge a tenu compte d'une lettre signée par la mère de la victime, par ses trois soeurs et par son frère en prononçant une sentence suspendue pour homicide. Les signataires de la lettre demandaient la clémence du juge. Ils faisaient état du fait que, pendant des années, l'accusé avait pris soin de sa femme devenue malade mentale et qu'il l'avait fait avec patience, compréhension et tendresse (Nadin-Davis, 1982a, p. 122). Au Royaume-Uni, dans l'affaire Parker, la Cour d'appel a réduit une sentence de trois ans que l'accusé avait reçue pour des vols dans la caisse d'un club social après que 440 de ses membres (sur 500) eurent signé une pétition en sa faveur. Par ailleurs, le même tribunal refusa de réduire une sentence de quatre ans pour viol en dépit d'une lettre dans laquelle la victime plaidait en faveur de la clémence, ajoutant que si elle avait connu d'avance la sentence, elle n'aurait pas porté plainte (Walker, 1980, pp. 135-136).

Selon la doctrine en cours, le juge n'a que faire des désirs du plaignant et, bien souvent, les spécialistes de la justice ne font pas grand cas de ses volontés. Mais comment, quand on juge un crime, ignorer complètement la personne qui a été dévalisée ou violentée. ? Comment pourrait-on s'acharner à punir si la victime s'évertue à excuser son agresseur ? Et comment pourra-t-on prodiguer le pardon et la clémence si la partie lésée crie vengeance ? La doctrine pénale moderne a oublié la victime, elle n'a pas réussi pour autant à la supprimer. Ce qui veut dire que la suggestion de lui redonner la parole est en continuité avec certaines pratiques même si elle est aussi en rupture avec d'autres habitudes.

Les victimes sont-elles vindicatives ?

Les professionnels de la justice craignent qu'une ouverture vers les victimes ne conduise à une surenchère de sévérité. Ils sont portés à prendre pour acquis que l'offensé voudra à tout prix satisfaire des besoins de vengeance. Mais jusqu'à quel point cela correspond-il aux faits ? Les données disponibles nous fournissent d'utiles indications.

Des chercheurs britanniques ont interrogé des victimes de cambriolage afin de savoir quelles sentences elles proposeraient pour l'individu qui les avait volées. Les 322 victimes étudiées par Maguire (1982, p. 139) préconisaient l'incarcération dans 29% des cas, la compensation dans 14% des cas, les travaux d'intérêt général dans 10% des cas. Dix pour cent des répondants seulement étaient prêts à aller jusqu'aux châtiments corporels ou à la torture. Par ailleurs, l'on n'était pas tellement en faveur de la probation (7%) et de l'amende (4%). Le même genre de question avait été posée par les chercheurs du Home Office dans le cadre du British Crime Survey. Les réponses se distribuent comme suit (Hough et Mayhew, 1985, p. 47).

Peines proposées par des victimes de cambriolage pour le délit qu'elles avaient subi.

Peine	%
Un an ou plus de prison	19
Moins d'un an de prison	14
Amende	13
Travaux d'intérêt général	15
Probation et sentence suspendue	17
Compensation seule	7
Libération	10
Autres	5

Les deux sondages présentent quelques concordances, la plus importante étant que, si l'incarcération est la sentence la plus fréquemment proposée, elle ne recueille malgré tout que 29% et 33% des suffrages. De façon générale, le niveau de sévérité des gens qui ont subi un cambriolage ne semble pas excessivement élevé.

Une recherche réalisée par Hagan (1983, p. 114) dans la banlieue de Toronto nous a permis de savoir ce que pensaient les victimes des sentences qui avaient été infligées par le juge dans les affaires qui les concernaient. Les réactions se répartissent comme suit.

Réaction de la victime	%
La sentence n'est pas assez sévère	43,5
La sentence est à peu près juste	41,5
La sentence est trop sévère	15
Pas de réponse	14,5

En outre, Hagan constate que plus le crime est grave, plus la victime est insatisfaite de la sentence ; de plus, les victimes semblent accorder plus d'importance à la gravité du délit que les juges ¹⁸.

Il reste à savoir si les victimes sont plus ou moins punitives que le public en général. Sur ce point, les résultats sont concordants : on ne trouve pas de différence entre les victimes et les citoyens qui n'ont pas subi d'acte criminel. Dans une recherche sur les attitudes du public canadien envers les politiques criminelles (Brillon et coll. 1982), les chercheurs avaient construit une échelle de « punitivité » formée de réponses à des questions sur la peine de mort, sur la sévérité des peines et sur l'incarcération. Cet indice était ensuite mis en relation avec

¹⁸ Shapland et coll. (1981, p. 151) ont comparé les sentences qu'avaient souhaitées des victimes de violence pour leur agresseur et celles qui avaient été données par le juge. Dans 43% des cas, la sentence souhaitée fût plus sévère que la sentence réelle. Dans 33% des cas, la sentence souhaitée concordait avec la sentence réelle. Dans 23% des cas, la sentence souhaitée fut moins sévère que la sentence effectivement infligée.

la victimisation : la corrélation entre les deux variables était à peu près nulle ($\gamma = -,09$) (p. 217).

Les données du dernier British Crime Survey permettent une comparaison encore plus précise. On avait demandé aux répondants de déterminer la sentence que devrait recevoir un cambrioleur âgé de 25 ans qui avait déjà d'autres condamnations à son actif. L'incarcération était préconisée par 61% des répondants victimes de cambriolages et par 62% des non-victimes (Hough et Moxon, 1985, p. 170). On voit que, quand on demande aux victimes de se prononcer sur un délit hypothétique, elles ne sont ni plus ni moins punitives que les gens qui n'ont pas été victimisés. Micheline Baril (1984, pp. 345-346) va jusqu'à écrire : « Il semble même que les victimes soient plus tolérantes que le reste de la population, peut-être parce qu'elles sont mieux renseignées ». Ce n'est pas très loin de la vérité mais c'est quand même exagéré. En réalité, l'état actuel des connaissances peut être résumé en quatre points.

1. Les victimes de cambriolage à qui on demande de suggérer une sentence qui serait infligée à « leur » voleur ne sont pas excessivement sévères et leurs suggestions sont très diversifiées.
2. La gravité des dommages subis par les victimes semble avoir un rôle réel à jouer dans la sévérité des peines qu'elles proposent.
3. Peu de victimes pensent que les juges ont été trop sévères dans l'affaire les concernant. Les réactions du plus grand nombre se partagent entre l'affirmation que la peine est juste et celle qu'elle n'est pas assez sévère.
4. L'expérience de la victimisation ne semble pas modifier le niveau général de punitivité des gens.

Bref les victimes ne forment pas un groupe à part. Elles ne se séparent radicalement ni des juges ni du public épargné par le crime. Elles parlent le même langage. Les peines qu'elles souhaitent ne sont pas très loin de celles qui sont infligées. Entre les juges et les victimes,

une discussion est possible ; il est tout à fait plausible qu'ils tombent d'accord.

Le devoir de solidarité

La détermination du degré de sévérité des victimes est loin d'épuiser la question de leurs attitudes devant la peine. Il reste à savoir pourquoi les victimes souhaitent telle ou telle sentence. Cette question n'a pas été étudiée systématiquement. Malgré tout, il est possible de s'en faire une idée en examinant les raisons pour lesquelles les victimes rapportent un crime à la police. Les gens ne sont pas sans savoir qu'une dénonciation peut conduire à une arrestation, puis à une condamnation. Aussi, les raisons pour lesquelles on rapporte un crime nous fournissent une approximation des motivations punitives des gens.

Quand, en Angleterre et au Pays de Galles, on demande aux victimes qui ont rapporté un crime à la police les raisons de leur geste, on obtient les résultats suivants (Hough et Mayhew, 1985, p. 66).

1. Parce que c'est ce qu'il faut faire (« You should »).	24%
2. Parce que c'est un crime grave	11%
3. Pour empêcher que d'autres personnes ne soient victimes du même crime (« Stop repeat to other »).	9%
4. Pour récupérer les biens volés	17%
5. Pour recevoir l'indemnité de la compagnie d'assurances.	11%
6. Pour ne pas être de nouveau victime d'un crime semblable (« Stop repeat to self »).	13%
7. Pour que le délinquant soit puni.	16%

On voit que les raisons de dénoncer un crime sont assez diverses. On y trouve des raisons utilitaires (récupérer les biens volés et être indemnisé par la compagnie d'assurances), on y trouve de la rétribution (punir le délinquant), on y trouve le besoin d'être protégé. Mais

un résultat surprenant se manifeste : c'est poussées par un sentiment d'obligation que plusieurs victimes dénoncent le crime. Il semblerait que certaines personnes se font un devoir de dénoncer les crimes qu'elles jugent graves par solidarité pour celles qui pourraient être, elles aussi, exposées au même genre de délit.

D'autres chercheurs avaient déjà mis en relief le rôle du sentiment d'obligation dans la décision de rapporter un crime à la police, notamment Smith et Maness (1976, p. 82), Baril, Grenier et Manseau (1977, p. 79) ainsi que Bard et Sangrey (1979, p. 109). Les plaignants appellent la police parce que c'est « la chose à faire », parce qu'il « le faut », parce que c'est « ce qu'il convient de faire ».

Il arrive que le plaignant conçoive de façon explicite son geste comme un moyen de protéger d'autres personnes de l'expérience qu'il vient de subir. Susan Chang est violée vers 3 heures du matin par un homme qui pénètre dans sa chambre par la fenêtre. Malgré le viol, elle ne perd pas son sang-froid. Adoptant une attitude amicale, elle offre au violeur une bouteille de scotch, sachant qu'une surface de verre retient bien les empreintes digitales. C'est ce qui conduira à l'arrestation puis à la condamnation de l'agresseur. Il avait déjà violé 14 ou 15 femmes. Au terme du procès, Susan éprouva une intense satisfaction d'avoir contribué à retirer de la circulation un dangereux criminel et d'avoir peut-être épargné à quelques-unes de ses amies l'expérience du viol (Bard et Sangrey, 1979, p. 110).

Les gestes que posent certains plaignants sont de l'ordre de la solidarité. Il arrive que l'on collabore avec la justice pour protéger certaines victimes potentielles. Punir un crime commis aux dépens d'une personne peut être vu comme un moyen de protéger la catégorie de personnes à laquelle appartient la victime.

Etre protégé

On a vu plus haut que 13% des victimes du British Crime Survey avaient rapporté le crime à la police pour éviter d'être de nouveau victimes d'un crime semblable. Quand un plaignant manifeste une cer-

taine punitivité, ce n'est pas nécessairement parce qu'il veut la peine pour la peine mais parce qu'il veut prévenir de nouvelles attaques. À cet effet, la neutralisation est quelquefois invoquée. « Au moins, pendant qu'il est en dedans, nous, on peut respirer » (Baril, 1984, p. 340). D'autres fois, la volonté de punir s'inscrit dans la logique de la dissuasion. Quand un délit contre quelqu'un réussit et qu'il n'est pas puni, la victime tend à devenir plus vulnérable : on se dira qu'on peut l'attaquer impunément.

À Montréal, on trouve des petits commerçants qui ont été plusieurs fois victimes de vols à main armée. On en trouve aussi qui sont de nouveau dévalisés par les mêmes agresseurs. On en a même trouvé un qui avait été victime de 41 hold-up (Baril et coll., 1977, p. 47). Il semble bien que certains établissements deviennent connus dans le milieu comme des cibles que l'on peut attaquer sans danger. Les intéressés le sentent. « Si tu te laisses avoir une fois, ça se sait dans le monde des voleurs et ils vont revenir. Ils se disent entre eux : " Là, va pas là, le gars se laisse pas avoir " » (Baril, 1984, p. 147). Toutes choses étant égales par ailleurs, les voleurs ont tendance à choisir la cible la plus vulnérable possible. Et un vol impuni fournit aux délinquants une information stratégique sur ce point. Un processus semblable se produit quand un homme bat son épouse et s'en tire à bon compte. L'absence de poursuite risque d'être perçue comme un permis de cogner. C'est ce que se disent certaines femmes battues. « Lui, il se dit qu'il peut battre n'importe qui, qu'il peut revenir me battre ou battre une autre femme parce qu'il ne sera pas puni » (Baril, 1984, p. 341). Ce que les victimes attendent alors de la peine, c'est qu'elle fasse contrepoids à l'augmentation de leur vulnérabilité consécutive à la victimisation.

Ici, la peine a une fonction que l'on peut appeler la *dissuasion spécifique à la victime*. Elle sert à intimider les individus qui seraient tentés de s'en prendre à cette personne-là ; elle communique le message que l'on ne pourra s'en prendre impunément à elle. La sécurité d'un individu tient en partie à ce qu'il existe des instances (autrefois la famille, aujourd'hui l'État) qui se donnent pour mission de le venger. Celui que l'on peut attaquer sans danger est condamné à l'insécurité. Le refus de punir peut très bien faire augmenter la probabilité que de

nouveaux crimes soient commis aux dépens de la victime du premier crime.

Les motivations des plaignants

La conception des buts de la peine que se font les victimes n'est pas radicalement différente de celle que l'on retrouve dans la doctrine. Au-delà des nuances, le fond reste le même. Les plaignants sentent que, lorsque le crime est grave, le délinquant doit être puni. Ils semblent donc croire à la justice rétributive et à la proportionnalité. Ils veulent être protégés et ils veulent que leurs semblables le soient aussi. Ceci veut dire qu'ils attachent de l'importance à la sécurité. Finalement, ils veulent être indemnisés : la réparation. On ne trouve là rien qui soit très particulier aux victimes.

Si l'on définissait la motivation vindicative comme celle qui est propre aux victimes, l'objet risquerait fort de ne pas exister. On retrouve ici un constat déjà fait dans le chapitre III : la vengeance ne se distingue pas fondamentalement de la peine. L'une et l'autre ont les mêmes fonctions, poursuivent les mêmes fins. Il est douteux que la motivation vindicative conçue comme un phénomène spécifique et homogène existe vraiment. Les raisons de se venger sont nombreuses et elles ne sont pas tellement différentes des raisons pour lesquelles l'État punit les criminels.

Conclusion

Les victimes ne semblent pas plus punitives que l'ensemble des citoyens. Cependant, une substantielle minorité d'entre elles croient que les sentences prononcées par les juges sont trop clémentes. Si on leur demandait leur avis, plusieurs se rallieraient au tarif pénal en vigueur, d'autres demanderaient une peine plus sévère mais leurs revendications ne devraient pas aller aux extrêmes. Fait plus important, l'on serait conduit à faire des distinctions plus fines dans les degrés de gravité objective des délits. En effet, si l'on devient attentif aux victimes, l'on découvrira que certains crimes, qui ont l'air graves, n'ont pas cau-

sé de préjudice important et que des crimes qui ne sont pas formellement graves ont eu sur la victime des conséquences désastreuses. Certains vols à main armée affectent assez peu l'offensé alors que certains cambriolages terrorisent et laissent des séquelles durables.

On pourrait toujours comprendre que les victimes soient exclues du *sentencing* si l'on devait en attendre des revendications constamment intempestives. Mais les indices disponibles permettent de croire que cette crainte ne se matérialisera pas souvent, sauf lors des crimes très graves. Ainsi tombe une objection majeure à la reconnaissance de la partie lésée comme participant à part entière dans la détermination de la peine.

Quatrième partie

L'utile

[Retour à la table des matières](#)

Quatrième partie : L'utile

Chapitre XII

La sécurité

[Retour à la table des matières](#)

Il fallait insister sur la justice : un siècle d'utilitarisme l'avait éclipsée. Mais ce serait commettre une erreur symétrique d'en oublier la sécurité. La peine marche, en quelque sorte, sur deux jambes : la justice et la sécurité. Il est incontestable que l'on punit aussi pour réprimer le crime et pour assurer la sécurité. Il est donc légitime de concevoir la peine comme un instrument d'utilité sociale. Les crimes doivent être punis pour que les gens puissent aller et venir en toute quiétude.

La sécurité, c'est l'absence de danger et la tranquillité d'esprit qui en résulte. Le public jouit de la sécurité quand il est et se sent relativement peu exposé au crime. La sûreté tient à la rareté des attentats contre la vie et les biens des gens ; c'est sa dimension objective. Il en découle un sentiment de tranquillité et de confiance ; c'est sa dimension subjective.

La sécurité n'est pas seulement un des objectifs fondamentaux du droit pénal ¹⁹, elle est aussi au coeur même du contrat qui lie les citoyens à l'État. Selon Freund (1983, p. 361), la finalité essentielle de la politique est la protection des membres d'une collectivité contre les dangers venant de l'intérieur ou de l'extérieur.

Cette fin se réalise en empêchant les citoyens de recourir à la violence les uns contre les autres et en assurant la sécurité de tous contre les agressions externes. Ce que les membres d'une unité politique attendent d'abord de leur gouvernement, c'est que leur personne et leurs biens ne soient pas exposés aux attaques d'où qu'elles viennent. Le pouvoir qui se révèle incapable de garantir la sécurité de ses commettants ne saura conserver bien longtemps leur allégeance.

Il n'y a pas lieu d'épiloguer indéfiniment sur les bienfaits de la sécurité. Elle est indispensable à l'émergence d'un tissu social sans lequel l'être humain ne saurait se réaliser. En l'absence de sécurité, la liberté et la prospérité restent des biens inaccessibles. Il faut être à l'abri des attaques pour pouvoir entretenir un commerce confiant avec ses semblables. L'effet dévastateur de l'insécurité sur le tissu social est observable dans le centre de certaines villes américaines. Quand les crimes deviennent trop fréquents, les gens restent en permanence sur le qui-vive. Ils deviennent méfiants et suspicieux. La peur les pousse à se replier sur eux-mêmes. L'isolement qui s'ensuit compromet la solidarité et affaiblit les contrôles sociaux élémentaires (Conklin, 1975). L'insécurité freine la coopération, l'échange et enfin l'amitié. Elle contribue à la désintégration des communautés dont les êtres humains ont un besoin vital. Jouvenel (1955, p. 151) explicite ce point de vue :

Il est clair que les actions humaines sont fondées sur la confiance en autrui ; la condition de l'homme serait misérable et, pour mieux dire, il ne serait même pas devenu homme s'il lui fallait à chaque instant être en garde contre les actions imprévisibles de tout autre homme. Notre progrès

¹⁹ « L'objectif fondamental du droit pénal est d'assurer la coexistence pacifique des membres de la collectivité en protégeant de façon rigoureuse certains biens juridiques essentiels et socialement acceptés ; cette protection se réalise à travers l'interdiction pénale de diverses conduites ou omissions susceptibles de causer un grand préjudice aux personnes ou à la collectivité » (Rico, 1986, p. 130).

vers et dans « l'état d'homme » suppose que nous vivions au sein d'un cercle de paix et d'amitié, non seulement ne nous attendant point aux attaques, mais escomptant des secours éventuels.

Mais la sécurité ne va pas sans renonciation. Elle exige de chacun qu'il s'abstienne de tout recours à la force pour avoir le dessus sur ses ennemis et qu'il se prive du plaisir que lui apporterait le bien d'autrui. Ces sacrifices sont conformes à notre intérêt bien entendu.

Cependant l'expérience nous apprend que le penchant à la violence et à la malhonnêteté subsistent. Des sanctions sont donc nécessaires. Elles servent de contrepoids à la tentation de poser des actes qui compromettraient la sécurité. La peine est l'une de ces sanctions servant à réprimer les conduites génératrices d'insécurité. De concert avec d'autres contrôles sociaux, elle pousse les gens à respecter la loi ²⁰.

Parmi les questions qui se posent quand on envisage la peine sous l'angle de l'utilité, il en est trois qui méritent d'être examinées avec attention : la responsabilité, la dissuasion et la neutralisation. Elles feront l'objet des trois chapitres suivants.

²⁰ Je me permets de renvoyer le lecteur au *Contrôle social du crime* (1983) où je traite longuement de cette question. [Texte disponible dans [Les Classiques des sciences sociales](#). JMT.]

Quatrième partie : L’utile

Chapitre XIII

La responsabilité

[Retour à la table des matières](#)

Dans ce chapitre, le lecteur renouera avec l'idée que la peine est réservée aux personnes responsables et dosée selon leur degré de responsabilité.

Définition

En droit criminel, être responsable, c'est être punissable. « La responsabilité est la qualité de ceux qui doivent, l'irresponsabilité la qualité de ceux qui ne doivent pas, en vertu d'une règle, être choisis comme sujets passifs d'une sanction » (Fauconnet, 1920, p. 11). Au Canada, le terme est utilisé dans cette acception : « La responsabilité pénale consiste dans l'obligation de répondre d'un acte par la satisfaction d'une peine » (Fortin, 1972, p. 104) ²¹. Mais ces définitions n'épuisent pas le sens du mot. En droit civil, la responsabilité est l'obligation de réparer le dommage que l'on a causé par sa faute. Ici on voit poindre l'idée que le transgresseur doit être la cause effective de

²¹ Cette définition s'inscrit dans une vénérable tradition en « Common law » « I understand by responsibility nothing more than actual liability to legal punishment » (Stephen, 1883, p. 96).

l'acte que l'on prétend sanctionner. Au civil comme en droit pénal, c'est parce qu'il est à l'origine du tort ou du délit que son auteur est tenu d'en répondre. Le concept de responsabilité établit une relation entre deux notions : l'aptitude à la sanction, d'une part, et la cause de la faute, de l'autre. Un individu est responsable quand il est passible d'une peine parce qu'il a été la cause effective d'un délit.

Mais à partir de quel moment sommes-nous autorisés à avancer qu'un délinquant est vraiment la cause de son délit ? Quand il l'a commis volontairement et en connaissance de cause. Le criminel est responsable lorsque son crime procède de son libre arbitre. La jonction entre responsabilité et liberté s'observe dans les régimes juridiques les plus divers. S'appuyant sur un grand nombre d'études historiques et anthropologiques, Fauconnet (1920, p. 90) constatait ceci : « De toutes les situations génératrices de responsabilité, la plus commune (...) peut être appelée : l'intervention active et volontaire dans la perpétration d'un crime ». La personne qui n'a pas de discernement ou qui ne peut pas contrôler ses actes ne peut pas être tenue responsable.

Utilité

La responsabilité s'inscrit dans la logique de la loi conçue comme un système de commandements assortis de sanctions. Selon cette logique, le comportement des êtres humains peut être modifié par une loi parce que les hommes ont assez de contrôle sur leurs actes pour tenir compte de la menace pénale et agir en conséquence. La loi et la peine s'adressent au libre arbitre considéré comme la cause du crime. La punition a pour fin de détourner le délinquant potentiel de l'acte qu'il envisage de poser. Elle ne peut donc être efficace que sur ceux qui peuvent prendre conscience de son existence et en tenir compte. La menace pénale vise à agir sur l'homme en tant que calculateur ; il est donc normal qu'elle ne frappe que les individus capables de calculs. « Si nous sommes tenus, sous peine de mort ou d'emprisonnement, de ne pas tuer, de ne pas voler, c'est parce que le législateur croit qu'il dépend de nous de n'être ni assassins ni voleurs, et que nous méritons un châtement si nous devenons coupable » (Proal, 1892, p. 346). Voilà pourquoi la sanction est réservée à ceux qui auraient pu

respecter la loi qu'ils ont violée. A l'impossible, nul n'est tenu. À quoi servirait-il de punir le crime que le criminel était destiné à commettre ?

La critique déterministe

Comme chacun sait, cette manière de voir est loin de rallier l'adhésion de nos contemporains. Nous sommes tous fortement influencés par le déterminisme. Nous prenons pour acquis que l'étude scientifique du comportement criminel suppose le rejet du libre arbitre. L'image qui domine encore est celle d'un criminel déterminé par son économie psychique, conditionné par son origine sociale, manipulé par les forces sociales et programmé par le « système ».

Cette représentation n'est pas fondée sur une démonstration ni même sur une argumentation. Nous sommes en présence d'un déterminisme amorphe qui est moins raisonné qu'accepté comme allant de soi. En effet, ce n'est pas en énumérant les facteurs psychologiques, sociologiques et autres qui, hypothétiquement, agissent sur la délinquance que l'on construit une démonstration en faveur d'un déterminisme sans faille. Le seul fait que les chercheurs n'obtiennent que de faibles corrélations entre les facteurs qu'ils étudient et le comportement criminel est déjà un indice parmi d'autres que le déterminisme n'est pas aussi absolu qu'on le croit.

Plaidoyer pour l'indéterminisme

Or le problème crucial est précisément celui du déterminisme absolu. Si le comportement humain est totalement déterminé, il va de soi que le libre arbitre devient une hypothèse fautive. En revanche, s'il n'est que partiellement déterminé, la thèse du libre arbitre n'est pas nécessairement ruinée. Il pourrait bien subsister un espace plus ou moins grand à l'intérieur duquel la liberté pourrait se mouvoir. C'est une chose d'observer un certain nombre de relations causales, c'en est une autre de conclure que tout l'univers est soumis à un déterminisme sans faille. Or Popper (1982) a soumis cette dernière thèse à une critique dévastatrice. Popper définit le déterminisme comme étant « la

doctrine selon laquelle la structure du monde est telle que tout événement peut être rationnellement prédit, au degré de précision voulu à la condition qu'une description suffisamment précise des événements passés, ainsi que toutes les lois de la nature, nous soit donnée » (p. 1). Ainsi défini, le déterminisme est beaucoup plus que l'affirmation qu'il existe des causes, c'est aussi l'idée que la connaissance de ces causes nous permettrait de prédire un événement, quel qu'il soit, avec toute la précision désirée. Ceci pourrait vouloir dire, par exemple, qu'il aurait été en principe possible d'écrire toute *la Symphonie en sol mineur* de Mozart si on avait eu une connaissance parfaite du cerveau du compositeur et de toutes ses lois. Le fait que nous sentions qu'il s'agit là d'une hypothèse intuitivement absurde est à lui seul une objection au déterminisme universel. Il nous semble en effet inconcevable qu'un créateur puisse être programmé jusque dans les moindres détails. Il nous semble beaucoup plus vraisemblable que, si Mozart l'avait voulu, il aurait pu composer une symphonie bien différente. Mais le déterminisme absolu soulève d'autres difficultés.

La principale objection de Popper au déterminisme repose sur le constat que toute connaissance scientifique est intrinsèquement approximative. Les théories scientifiques sont comme « des filets créés par nous pour capturer le monde » (p. 36). Or les meilleures théories sont imparfaites. Elles sont loin de nous donner une représentation complète de tous les aspects du monde réel. À cause de leur parti pris en faveur de la simplicité et de la généralisation, elles ne peuvent pas rendre compte de la complexité et de l'unicité des phénomènes. Ainsi les gens de science ne produisent -et ne peuvent produire, - que des filets dont les mailles sont trop larges pour les déterministes. Elles laissent toujours échapper quelques petits poissons. Il y aura donc « toujours assez de jeu pour l'indéterminisme » (p. 40).

La doctrine déterministe fait comme si le futur pouvait être vu comme le passé. Or il existe une différence de nature entre le passé et le futur. Il est loisible de penser que le passé a été déterminé par ce qui a eu lieu : c'est inscrit dans sa définition même. Mais il en est tout autrement du futur : il nous paraît, à l'évidence, ouvert. Nous agissons constamment pour qu'il soit autre qu'il n'aurait été sans nous. « Nous regardons le futur comme n'étant pas encore tout à fait fixé. Le futur, à l'inverse du passé qui est pour ainsi dire clos, est encore ouvert. Il n'est

pas encore déterminé : nous pouvons agir sur lui » (Popper, 1982, p. 48). L'homme d'action a le regard tourné vers l'avenir. Il croit à la causalité puisqu'il croit que son action présente peut influencer sur le futur. Mais il croit aussi qu'il subsiste des zones indéterminées puisqu'il agit pour infléchir le cours des événements à venir. Et il croit à la liberté puisqu'il pense pouvoir choisir parmi une gamme de possibles. L'univers est ouvert à son action. Il change à cause du développement libre des productions de l'esprit humain, comme en témoignent les gratte-ciel et les centrales nucléaires.

Popper conclut que le déterminisme universel est totalement dépourvu de fondement. Dans l'histoire de la science, il n'est pas exclu que la thèse déterministe ait stimulé les chercheurs et ait conduit à des découvertes. Mais faire comme si le déterminisme existe est une chose, prétendre que l'univers est totalement déterminé en est une autre. Cette dernière idée n'est tout simplement pas scientifique. « Jusqu'ici, on n'a pas encore réussi à fournir de bonnes raisons contre l'ouverture dans l'univers, ou contre le fait qu'il en sort constamment des choses radicalement nouvelles ; et on n'a pas encore trouvé de bonnes raisons pour jeter le doute sur la liberté et la créativité humaine » (p. 107).

Ceci ne veut évidemment pas dire qu'il faille conclure à l'indéterminisme absolu. Il y a des événements très prévisibles et il y en a d'autres qui le sont beaucoup moins : il y a des horloges et il y a des nuages. « Notre univers est partiellement causal, partiellement probabiliste et partiellement ouvert : il est émergent » (Popper, 1982, p. 107). Si donc le monde n'est pas complètement déterminé, il y a un certain jeu entre les rapports de causalité. Il peut donc y avoir place pour la liberté humaine.

Le déterminisme radical est contesté en sociologie comme il l'est en philosophie des sciences. Boudon (1977, pp. 187-188) a fait observer que cette doctrine comporte pour le sociologue des inconvénients majeurs : elle le rend impuissant à expliquer des phénomènes aussi importants que les conflits, le changement social et les effets pervers. Pour comprendre de telles réalités, il faut de toute nécessité faire appel aux notions de choix, de décision, d'anticipation et de liberté.

Les systèmes sociaux sont ouverts : ils ne conditionnent pas complètement les individus qui en font partie,. Dans un grand nombre de situations sociales, les individus sont en présence de plusieurs options distinctes et, souvent, ils n'ont pas de préférences tranchées quant à ces options (Boudon et Bourricaud, 1983, pp. 160-162). Cependant, il faut souligner que l'autonomie des individus est affaire de degrés. Il y a effectivement des situations où l'acteur n'a pas le choix. Il évolue donc dans un univers social qui lui impose des contraintes tout en lui laissant une certaine marge de manoeuvre.

Quand on passe à la psychologie, on ne trouve pas, là non plus, de preuve irrécusable en faveur du déterminisme. Il ne s'agit pas de nier l'existence de comportements compulsifs. Il arrive en effet que certains individus ne puissent pas s'empêcher de poser tel ou tel geste. Mais ce sont là des phénomènes rares et généralement liés à des troubles psychiques repérables. La plupart du temps, nous n'avons pas l'impression d'être contraints de faire ce que nous faisons. L'hypothèse du déterminisme psychologique général ne résiste pas à l'examen des faits (Searle, 1984, p. 97). Dans la vie de tous les jours, nous agissons constamment avec la conviction que nous pourrions faire autre chose que ce que nous sommes en train de faire. Au restaurant, il ne tient qu'à moi de choisir tel plat plutôt que tel autre. Si je commande des ris de veau, je sais très bien que j'aurais pu tout aussi bien prendre le cassoulet ou la soie dieppoise qui étaient également au menu. L'agent de probation qui, après quelques hésitations, recommande au juge que l'accusé fasse 50 heures de travaux communautaires sait très bien qu'il aurait pu recommander l'incarcération. La vie quotidienne est remplie d'occasions dans lesquelles plusieurs options nous sont offertes : nous avons le pouvoir de choisir l'une plutôt que l'autre. Ce n'est qu'exceptionnellement, par exemple, dans un mouvement de colère extrême, que nous perdons le contrôle de nos actes. Le reste du temps, nous pouvons nous dire : « je suis la cause du geste que je pose et, si je l'avais voulu, il en aurait été autrement ».

L'évidence que nous agissons librement s'impose à notre conscience de manière irrécusable. Chaque fois que nous posons un geste volontaire et intentionnel, nous éprouvons l'intime conviction que nous sommes libres. C'est sur cette certitude indéfectible qu'est fondée notre croyance en la liberté (Searle, 1984, p. 95). On ne trouve

nulle part dans le déterminisme d'argument assez fort pour contrebalancer l'expérience subjective de notre libre arbitre. Les criminologues déterministes ne s'y trompent pas : s'ils sont prêts à nier la liberté du délinquant, ils ne sont pas prêts à aller jusqu'à nier la leur. Dans ce cas, ne voient-ils pas qu'ils placent les criminels hors de l'humanité commune ? Car dire : « Nous sommes libres et eux sont des pantins », cela revient à dresser une barrière infranchissable entre le délinquant et soi-même.

Le libre arbitre chez les délinquants

La science n'exclut pas le libre arbitre. Il reste encore possible d'affirmer qu'il subsiste une plage de liberté dans le comportement humain. La question maintenant est de savoir si le fait de commettre un crime ou de n'en point commettre relève d'une décision libre. Une réponse affirmative fait beaucoup de sens : il est à la portée d'un adulte normal de décider de voler ou de ne pas voler, de tuer ou de ne pas tuer. Néanmoins des nuances s'imposent. Les gens qui commettent des crimes peuvent être divisés en trois catégories : les irresponsables, les individus pleinement responsables et ceux qui ne le sont que partiellement.

Les irresponsables sont ceux qui sont affectés par un trouble psychique qui abolit leur volonté ou leur discernement. Il est logique qu'ils ne soient pas passibles d'une peine. A l'autre extrême, nous avons les individus tout à fait normaux qui ont commis leur crime délibérément et qui avaient le contrôle entier de leurs actes. Le voleur de Montréal qui décide de « faire » une banque pour se payer un voyage en Floride dispose sans doute d'une marge de manoeuvre suffisante pour que l'on puisse dire qu'il agissait librement. Il aurait pu décider de rester à Montréal. Il aurait pu décider de faire des économies pour se payer le voyage. Il aurait pu décider de faire quelques cambriolages au lieu d'un holdup. Il est bien entendu que sa liberté est limitée. Il ne touche pas un gros salaire, qui lui aurait permis de se payer facilement le voyage. Il est bien possible que sa capacité de différer une satisfaction soit moindre que celle de la plupart des gens. Mais qui voudra

prétendre que l'effort pour se retenir d'organiser un vol de banque était hors de sa portée ?

Qu'en disent les délinquants eux-mêmes ? Ceux qui n'ont pas intérêt à simuler l'irresponsabilité n'ont généralement pas besoin de se faire prier bien longtemps pour revendiquer la paternité de leurs actes. Ils admettent être les auteurs de leurs délits et ils expliquent leur actions en termes fort peu déterministes. Ils diront qu'ils les ont commis pour de l'argent, pour le plaisir, pour se venger, etc. A les entendre, ils savaient fort bien ce qu'ils faisaient. Plus tard, quand vient le jour où ils cessent de commettre des crimes, ils sont fiers d'affirmer que c'est le résultat d'une décision libre et volontaire (Pinsonneault, 1985).

L'action peut être dite libre quand elle est gouvernée par la volonté et la raison. L'être humain qui possède des capacités intellectuelles normales, qui sait ce qu'il fait, qui peut distinguer entre le bien et le mal et qui n'est pas soumis à la contrainte peut se déterminer à commettre ou à ne pas commettre un crime. Il est libre, ce qui ne veut pas dire que sa décision échappe à toute influence. Notre voleur de banque est attiré par les plages et le soleil de la Floride. Mais cette influence n'est pas irrésistible.

Les degrés de la responsabilité

Entre les délinquants totalement responsables et les irresponsables, on trouve une troisième catégorie vraisemblablement assez importante : les délinquants partiellement responsables. Ce sont les individus qui n'ont pas agi en pleine connaissance de cause ou qui n'avaient pas le contrôle total de leurs actes. La responsabilité peut être affaire de degrés parce que la rationalité et le libre arbitre sont affaire de degrés chez les êtres humains. Il est donc légitime d'en tenir compte et de mesurer la peine au degré de lucidité et de volonté de l'acte. Tout ce qui affaiblit, sans les supprimer, la rationalité et la volonté de l'acteur peut être assimilé à une circonstance atténuante.

La responsabilité peut être considérée comme diminuée quand un crime a été commis impulsivement. On comprend aisément qu'un in-

dividu ne soit pas totalement maître de ses actes quand, au cours d'une altercation, il est giflé ou gravement insulté. Un acte commis sous le coup de la provocation ne saurait être considéré comme aussi responsable que celui qui est posé froidement et avec préméditation. La même logique voudra que la délibération puisse être citée comme signe que la responsabilité de l'accusé était pleine et entière. On juge plus sévèrement les crimes qui ont été longuement planifiés et préparés parce qu'on en déduit que les accusés savaient très bien ce qu'ils faisaient.

La responsabilité d'un délinquant est amoindrie quand sa capacité de résister aux tentations est affaiblie pour toutes sortes de raisons : l'immaturité, la pauvreté, l'alcoolisme, la pression des circonstances... Les délits commis par les jeunes sont vus avec indulgence parce qu'il leur est plus difficile de contrôler leurs impulsions. Le pauvre aura plus de difficulté à respecter le bien d'autrui que le riche. Il est plus difficile de contrôler sa violence lorsqu'on est ivre que lorsqu'on est sobre. Il arrive qu'il ne soit pas facile de résister à certaines tentations. Selon Ashworth (1983, p. 178), le fait d'avoir été exposé à des conditions criminogènes devrait atténuer la responsabilité. En effet, il n'est pas facile de rester dans le droit chemin quand on a eu des parents criminels, quand on a eu une éducation familiale gravement inadéquate, quand, à l'école et au travail, on n'a connu qu'échecs et déboires, quand on a été exposé à l'influence de pairs délinquants...

Démocratie, liberté et responsabilité

L'ensemble de l'édifice juridique des régimes démocratiques repose sur la responsabilité au sens fort, c'est-à-dire au sens de l'obligation de répondre des actes qui procèdent du libre arbitre.

Une démocratie cesserait d'en être une si elle ne protégeait pas les libertés individuelles contre les empiétements d'où qu'ils viennent : du pouvoir comme des simples citoyens. Une des finalités essentielles du droit des régimes démocratiques est donc de permettre à la liberté de chacun de coexister avec celle des autres. Les lois visent à assurer au citoyen la plus grande liberté compatible avec celle d'autrui en délimi-

tant pour chacun une sphère à l'intérieur de laquelle il est protégé contre les empiétements de quiconque. Le souci majeur du législateur sera donc de limiter la liberté des gens pour assurer une plus grande liberté à tous. Ses lois interdiront aux citoyens certains actes mais, du même coup, elles leur donneront la liberté de faire d'autres actes en les assurant qu'autrui n'aura pas le droit de les en empêcher.

Tout cet effort pour aménager des libertés concurrentes serait vain si les êtres humains ne disposaient pas du pouvoir de se déterminer eux-mêmes. Il va de soi, en effet, que l'on ne peut valoriser la liberté si on nie le libre arbitre. Quel sens pourraient avoir les libertés individuelles si les êtres humains étaient des pantins incapables d'autodétermination ?

D'autre part, les lois qui visent à assurer la liberté seraient inopérantes si les gens n'avaient pas de discernement ou de volonté. Ils ne pourraient en saisir le sens ou s'y conformer. En d'autres termes, les lois qui protègent la liberté seraient sans effet si les êtres humains étaient incapables de comprendre un message comme celui qui dit : Respectez les libertés d'autrui. Ainsi, le droit tend à assurer la liberté en s'adressant au libre arbitre de chacun. Le droit pénal n'est pas fondé sur le conditionnement. C'est à la raison qu'il parle. On comprend alors que la responsabilité soit au cœur des institutions démocratiques. Sa fonction- est de réserver la sanction pénale à la majorité des gens qui sont capables de comprendre le sens des règles et d'en tenir compte.

Responsabilité et dignité

Était-ce une bonne chose de nier la responsabilité des délinquants comme nous l'avons si souvent fait ? On peut en douter. Car exclure les délinquants de la responsabilité, c'est les exclure de ce qui est au centre d'une société libre. C'est aussi les mépriser et) leur niant des qualités que nous sommes convaincus de posséder nous-mêmes.

Quotidiennement nous faisons l'expérience qu'il est possible de choisir librement. Pourquoi les criminels seraient-ils si différents de nous ? Reconnaître la responsabilité des délinquants, ce n'est pas une entorse à l'humanisme, bien au contraire ; c'est reconnaître leur dignité d'êtres humains. Nier la capacité d'un homme de faire des choix rationnels équivaut à le nier en tant que personne (Morris, 1968).

Quand on dit de quelqu'un qu'il ne sait pas ce qu'il fait ou qu'il est manipulé par des forces qui le dominent, on laisse entendre qu'il n'est pas pleinement un homme. Certains avocats et certains experts ne semblent pas se rendre compte qu'ils avilissent leurs clients quand ils étalent en public leur enfance malheureuse, leurs parents indignes et tous leurs déboires. Sous prétexte de les défendre, ils les dépossèdent de leur dignité et de leur humanité. En les présentant comme les jouets des circonstances, ils les dégradent et les humilient.

Quand on prétend traiter un être humain comme une personne, on doit reconnaître ses choix pour ce qu'ils sont : des choix. Et on doit admettre que sa conduite découle de ces choix même si l'on s'y objecte. La peine participe de cette attitude. On punit le criminel parce qu'il a choisi de passer outre à la loi. C'est pourquoi on réserve la peine à ceux qui en sont dignes parce qu'ils sont en possession de leurs moyens. Les autres, ceux qui ne savent pas ce qu'ils font ou qui ne peuvent se contrôler, sont simplement neutralisés. Ils ne méritent pas d'être punis. C'est pourquoi on peut soutenir sans paradoxe que le langage de la peine est le langage du respect.

Quatrième partie : L’utile

Chapitre XIV

La dissuasion

[Retour à la table des matières](#)

Il est d'usage de distinguer dissuasion générale et dissuasion spéciale. Par la dissuasion générale, on vise à intimider les individus qui seraient tentés de suivre l'exemple de celui que l'on punit. La loi pénale est ici conçue comme une interdiction assortie de menaces et la peine, comme le moyen de la rendre crédible. Une règle qui n'est pas sanctionnée n'est pas une règle mais simplement un souhait. La punition du crime sert à rappeler que le code pénal n'est pas seulement un chiffon de papier. Par la même occasion, elle incite le délinquant potentiel à résister à la tentation.

La dissuasion spéciale ou individuelle s'adresse au délinquant qui est puni. On veut l'empêcher de recommencer en lui inspirant la crainte du châtement. Le but sera réalisé si cette peur pousse le délinquant à ne plus commettre de délits, à en commettre moins ou à en commettre de moins graves.

Les sanctions pénales font-elles peur ?

Il se trouve des criminologues qui affectent de croire que la crainte du châtement ne contribue pas au respect des lois. Cette position est assez fréquente chez les abolitionnistes mais tous ne l'adoptent pas. L'un d'eux, N. Christie (1981, pp. 30-31) reconnaît l'existence de l'effet intimidant de la peine ²².

Il est en effet difficile de contester sérieusement l'idée que les sanctions pénales peuvent intimider au moins certains délinquants potentiels. Quand la police se met en grève ou quand elle est immobilisée pour une raison ou pour une autre, la criminalité augmente de manière significative (Andenaes, 1974). Ceci ne fait que confirmer l'expérience du sens commun. Nous savons tous, en effet, que la peur est une puissante motivation. Elle nous fait faire bien des choses et elle nous en fait éviter bien d'autres. Et nous savons tous que nous obéissons à de nombreuses lois non par conviction mais simplement parce que nous craignons la sanction. Qui prétendra que les automobilistes continueraient de respecter les règlements sur le stationnement si on cessait de distribuer des contraventions ? En la matière, le sens commun et la recherche empirique se valident réciproquement.

Mais se pourrait-il que cette affirmation vaille pour la plupart des citoyens qui, de toute manière, sont disposés à obéir aux lois et qu'elle ne vaille pas pour les délinquants ? Ces derniers ne seraient-ils pas trop impulsifs, trop imprévoyants et trop déraisonnables pour pouvoir tenir compte d'une peine lointaine et incertaine ? Il est vrai que de nombreux délinquants répondent à cette description. Us se laissent guider par le désir du moment et ils ne calculent pas vraiment les avantages et les inconvénients de l'acte qu'ils sont sur le point de poser. C'est justement une des raisons pour lesquelles il se commet des

²² « Still, it is obvious that punishment does deter. Some sorts of punishment deter some actions in some situations. Without any punishment, chaos might emerge. When the police go on strike, trouble ensues. I agree completely. In its most elementary form, the basic premise of deterrence-theory is completely valid » (Christie, 1981, pp. 30-31).

crimes en dépit de la menace pénale. Si elle était parfaitement efficace, le crime ne serait plus qu'un souvenir. C'est d'un monde imparfait qu'il est ici question : d'un monde où les peines sont imparfaitement efficaces parce que les êtres humains sont imparfaitement rationnels. Cette idée de rationalité limitée est décisive. Elle vaut pour les délinquants, elle vaut pour nous tous. L'homme n'est pas pleinement rationnel. Il s'efforce tant bien que mal d'agir raisonnablement, mais son information est incomplète, ses déductions ne sont pas très rigoureuses, sa raison se laisse trop souvent aveugler par ses passions. Ces remarques ne prétendent pas à la nouveauté, elles visent seulement à mettre en relief les limites et la portée de l'effet intimidant des peines. En cette matière, on ne peut raisonner en termes absolus. Il est tout aussi faux de prétendre que les punitions influencent tout le monde tout le temps que d'avancer qu'elles n'ont jamais agi sur qui que ce soit. La vérité est entre ces deux extrêmes. Mais où ?

Les sentences exemplaires

Le problème est mal posé quand il l'est sur le plan des sentences exemplaires. Il n'est pas vrai que seules des peines très sévères peuvent intimider. Le stationnement illégal peut être contrôlé en distribuant systématiquement des amendes mineures. L'intimidation découle beaucoup plus du fonctionnement régulier du système que de l'application sporadique de sentences exemplaires. Comme elles ne sont prononcées qu'exceptionnellement, les criminels potentiels se diront, avec raison, qu'une telle chose ne leur arrivera pas. Les sentences exemplaires résultent plus de l'exaspération du juge que de sa raison et l'idée que ces sentences découlent de la doctrine de la dissuasion résulte plus de l'ignorance que du jugement informé.

On comprend mieux le phénomène si l'on considère non la sévérité des sentences prises une à une mais l'activité de l'ensemble du système pénal. Il se pourrait bien qu'une peine isolée n'ait pas beaucoup d'effet alors que le fonctionnement d'un appareil qui, bon an mal an, distribue un volume donné de peines ait un impact dissuasif substantiel. L'expérience des grèves de corps policiers nous porte à croire que la pratique qui consiste à punir les criminels de manière relativement systémati-

que encourage fortement les citoyens à respecter la loi. Si l'on supprimait la police, les tribunaux et les prisons, on assisterait à coup sûr d'abord à la prolifération du crime et ensuite à la multiplication des actions privées contre le crime comme l'autodéfense. Par conséquent, pour maintenir la criminalité à un niveau tolérable, il faut que le système pénal continue de fonctionner avec un minimum de régularité.

La constance

Et, vraisemblablement, plus le système fonctionne régulièrement, plus son effet dissuasif sera élevé. C'est pourquoi, en dépit des propos sur l'individualisation, l'opportunité de la peine n'est pas vraiment décidée cas par cas. On observe plutôt dans le système pénal une tendance à établir une relation quasi automatique entre l'infraction et la sanction. Dès qu'un crime prend de l'importance et que la preuve est solide, on se sent obligé de punir. C'est que, pour maximiser l'effet dissuasif, il faut que le contrevenant pense qu'il sera puni dès qu'il se fera attraper. « Pour l'institution pénale, la crédibilité nécessaire à son efficacité ne sera atteinte que lorsque le criminel sait qu'il sera, puni non pour des raisons d'utilité mais parce qu'il sera trouvé coupable » (Lazaridis, 1983, p. 100).

Dans cette perspective, un mode de fonctionnement commode consiste à considérer la peine comme le corollaire de la violation d'une loi par un citoyen. On punit un délinquant simplement parce qu'il a violé la loi. À partir du moment où le parlement décide de rendre punissables certains actes, l'engagement est pris : quand la preuve d'un crime est faite, il faut tenir parole. De ce point de vue, la peine est le résultat de deux décisions : celle du législateur et celle du délinquant. Le juge ne fait que tirer les conséquences de ces deux décisions (Mabbott, 1939, pp. 60-61).

La hiérarchie des peines

Il est évidemment souhaitable que la menace de la sanction empêche tous les crimes. Mais ce n'est pas réaliste. Il se trouvera toujours des gens prêts à violer la loi. On peut alors tenter de les inciter à préférer le délit le moins grave possible en sanctionnant plus sévèrement

les crimes les plus graves. C'est ce que préconisaient les philosophes des lumières. Dans *De l'esprit des lois* (pp. 97-98), Montesquieu écrivait « Il est essentiel que les peines aient de l'harmonie entre elles parce qu'il est essentiel que l'on évite plutôt un grand crime qu'un moindre, ce qui attaque la société que ce qui choque moins. (...) En Moscovie, où la peine des voleurs et celle des assassins sont les mêmes, on assassine toujours. Les morts, y dit-on, ne racontent rien. » Il faut canaliser la délinquance que l'on ne peut prévenir vers des formes mineures. Ce que Von Hirsch (1983) appelle la proportionnalité ordinaire se justifie non seulement par le « juste mérite » mais aussi par la dissuasion. Il faut que l'ordre relatif de la sévérité des peines attribuées à divers délits soit déterminé par l'ordre de gravité de ces délits ²³.

Le déficit pénal

« Pour qu'un châtement produise l'effet voulu, écrivait Beccaria (1764, p. 47), il suffit qu'il surpasse l'avantage résultant du délit. »

Pour dissuader un délinquant, il doit être forcé de conclure qu'il a été perdant dans l'affaire. Il faut que les coûts découlant de la peine soient plus élevés que les bénéfices résultant de son délit. Cependant, il n'est pas rare qu'un délinquant se sente durement puni par l'arrestation, la comparution et tous les désagréments qui accompagnent ces expériences. C'est le cas de nombreux délinquants primaires : ils sont suffisamment punis avant même que la sentence ne soit prononcée. Le juge se dira alors, avec raison, que toute sanction supplémentaire est inutile.

Sévérité et certitude

On a tendance à prendre pour acquis la thèse de Beccaria selon qui la certitude de la peine a une plus grande valeur intimidante que sa sévérité. La proposition semble rester valable quand la sévérité est mesurée par la durée des sentences d'incarcération. Mais il est permis

²³ La rétribution et la dissuasion se rejoignent. La dissuasion conduit à insister sur l'ordre relatif des peines, la rétribution incite à établir une commune mesure entre la souffrance du délinquant et celle de sa victime.

de la mettre en doute en matière d'amende. Et il y a tout lieu de douter que la probation intimide autant que la prison.

Dans l'état actuel des connaissances -état bien insatisfaisant, il faut l'admettre -, la thèse de Beccaria résiste quand on l'applique à la durée de l'incarcération. Il semble bien que l'augmentation de la certitude des peines de prison aura plus d'effet qu'une augmentation proportionnelle de leur longueur. Par exemple, les gens seront plus intimidés par une probabilité de 10% de recevoir un an de prison que par une probabilité de 5% de recevoir deux ans de prison (Cook, 1980, p. 231). La vraisemblance de cette idée ressort quand on adopte le point de vue des intéressés. Nombreux sont ceux pour qui le simple fait d'aller en prison fait peur. Ils seront intimidés par l'idée d'être incarcérés même si ce n'est qu'une seule journée. Dans ce cas, la longueur de la peine ne sera qu'une considération secondaire. Par ailleurs, ce que l'on sait de l'expérience subjective de l'incarcération nous porte aussi à croire que les premiers jours ou les premiers mois sont plus difficiles à supporter que les jours ou les mois suivants. Après un certain temps derrière les barreaux, on se fait tant bien que ma à la routine de cette vie-là. On peut donc penser que chaque mois ou chaque année supplémentaire de prison aura une valeur intimidante décroissante. Si cette analyse est fondée, on peut penser que l'allongement des peines carcérales n'augmentera pas substantiellement leur valeur dissuasive.

L'argumentation qui précède ne s'applique pas aux sanctions pécuniaires. Quand il s'agit d'amende, des recherches en laboratoire, nous autorisent à croire que les gens seront plus sensibles à la sévérité qu'à la probabilité de la peine. Par exemple, on serait plus intimidés par une amende de 2000 \$ dont la probabilité serait de 5% que par une amende de 1000 \$ avec probabilité de 10% (Cook, 1980, p. 231).

Si l'on considère la probation, le sens commun et la recherche empirique (Carroll, 1978 ; Murray et Cox, 1979) se rejoignent : l'effet intimidant de la probation est plus bas que celui de l'incarcération. Ceci s'applique tout spécialement aux délinquants multirécidivistes : on ne peut espérer les dissuader simplement par une mesure probatoire.

Homéostasie

L'histoire récente des tentatives pour réprimer le crime dans les démocraties occidentales est jalonnée d'échecs. Ceux-ci ne s'expliquent pas seulement par la relative inefficacité de la sévérité des peines mais plus encore par certaines réactions surprenantes des agents qui participent au processus des décisions pénales. Il ne suffit pas de faire voter une loi répressive pour qu'elle conduise à une augmentation réelle du niveau des peines. C'est que les pouvoirs rencontrent à l'intérieur même du système pénal une force d'inertie considérable. La collaboration des agents pénaux ne va pas de soi. C'est une des raisons pour lesquelles la marge de manoeuvre des pouvoirs publics dans le domaine de la lutte contre le crime n'est pas aussi large qu'on se l' imagine. A ce propos, un processus homéostatique mérite tout particulièrement d'être souligné : la fréquence des peines a tendance à diminuer quand leur sévérité augmente. Dès 1748, Montesquieu signalait le phénomène : « L'atrocité des lois en empêche donc l'exécution. Lorsque la peine est sans mesure, on est souvent obligé de lui préférer l'impunité » (p. 95). Il rapporte que le sénat de Rome refusait d'édicter des châtiments « immodérés » parce que les sénateurs pensaient qu'on ne trouverait plus personne ni pour accuser ni pour condamner (p. 95). Tremblay (1985 et 1986) fait des observations qui vont exactement dans ce sens quand il étudie l'évolution des taux d'incarcération à Montréal entre 1845 et 1913. Dans les prisons communes, la corrélation entre la fréquence des peines et leur sévérité est de -0,82. Une baisse du taux de personnes condamnées s'accompagne d'une hausse de la sévérité des peines. « Lorsqu'on punit plus souvent, on punit moins durement et inversement » (Tremblay, 1985, p. 19). Dans les pénitenciers, un phénomène semblable se produit mais avec un décalage d'un an. La sévérité des tribunaux influe sur le taux de condamnation de l'année suivante ($R = -0,47$). Vraisemblablement, lorsque les juges se mettent à prononcer des sentences sévères, les policiers deviennent plus sélectifs, les procureurs portent moins d'accusations et les jurys acquittent plus souvent. Il n'est pas exclu, d'autre part, qu'une baisse de la certitude des peines ait aussi tendance à pousser les juges à une plus grande sévérité. C'est, semble-t-il, ce qui se produit en

France pendant l'Ancien Régime. Les criminels échappaient bien souvent aux poursuites, mais ceux qu'on attrapait étaient châtiés féroce-ment. « Lorsque, pour une fois, un délinquant est identifié, arrêté et traduit en justice sans qu'il ait entre temps réussi à s'évader, il paie pour les autres » (Laingui et Lebigre, 1979, p. 118).

Ainsi, soit que l'on punisse souvent, 'soit que l'on punisse durement. On ne fait pas les deux à la fois. Dans les pays démocratiques, la capacité du pouvoir de forcer la main des acteurs pénaux est limitée. Comment obliger les policiers à arrêter ceux qu'ils ne veulent pas arrêter et les procureurs à poursuivre vigoureusement les suspects qui risquent une peine excessive ? Il est très difficile de fixer la sévérité des peines à un niveau supérieur à celui que les agents pénaux trouvent acceptable sans qu'il ne se produise une baisse correspondante de la fréquence des peines. Toute décision en un point du système qui prescrit des peines que l'on juge excessives en un autre point provoquera des réactions tendant à en limiter la portée. Les lois jugées trop sévères seront rarement invoquées. Les juges implacables auront moins de causes à juger. Et, quand la sévérité des peines augmentera dans une juridiction donnée, le volume des affaires qui y sont traitées aura tendance à baisser.

Si l'on poursuit le raisonnement, l'on devrait aussi s'attendre à une augmentation de la fréquence des peines quand leur sévérité se met à baisser. Selon cette logique, le développement des « alternatives » à l'incarcération, comme la probation et les travaux compensatoires, devrait provoquer une augmentation de l'activité pénale. C'est ce qui semble se produire. Si, au départ, la prison est considérée par les juges comme une mesure à utiliser parcimonieusement, le développement de « solutions de rechange » nettement moins sévères ne leur paraîtra pas indiqué pour le genre de cas qui, à leurs yeux, méritent la prison. Ils utiliseront alors les « alternatives » pour les délinquants qui, auparavant, n'étaient pas sanctionnés parce qu'on trouvait l'incarcération trop sévère. Ceci pourrait vouloir dire que des mesures comme la probation et les travaux d'intérêt général ne servent pas de solutions de rechange à l'incarcération. Par contre, il est permis de penser qu'elles font augmenter la fréquence des peines.

Du coup, on comprend et la stabilité des peines et les frustrations des réformateurs de tous bords. Les partisans de la clémence font adopter des « alternatives » qui feront augmenter la fréquence des peines. Et les partisans de la sévérité font voter des peines exemplaires qui feront baisser le niveau de certitude des peines.

Le dosage dissuasif

Selon des auteurs comme Von Hirsch, la dissuasion ne fournit guère d'indication en matière de dosage des peines. Il est vrai que la prescription principale découlant de la dissuasion est que le système doit fonctionner avec un minimum de régularité pour maintenir la crédibilité des lois et ceci ne dit strictement rien, sur le dosage des peines. Néanmoins, on peut faire découler de la doctrine de la dissuasion pas moins de cinq propositions qui éclaireront celui qui veut doser le mieux possible la punition.

1. *La hiérarchie des peines.* La sévérité des peines devrait être graduée selon un ordre qui suit la gravité des délits.
2. *Le déficit pénal.* La punition devrait causer au coupable un désagrément plus grand que l'avantage qu'il escomptait tirer de son délit.
3. *La durée de l'incarcération.* L'augmentation de la longueur des sentences de prison ne semble pas produire une augmentation correspondante de leur effet dissuasif.
4. *Les amendes.* Plus une amende est élevée, plus elle est susceptible d'intimider.
5. *La probation.* La mesure probatoire n'a pas un effet dissuasif bien élevé, spécialement sur les délinquants récidivistes.

Quatrième partie : L'utile

Chapitre XV

La neutralisation

Mettre hors d'état de nuire

[Retour à la table des matières](#)

Neutraliser un criminel, c'est le mettre hors d'état de nuire pendant un certain temps pour protéger la société. Au XXe siècle, c'est par l'incarcération que l'on rend un délinquant incapable de commettre de nouveaux délits. Il va sans dire que l'effet neutralisant ne durera que la durée du séjour en prison.

La neutralisation ne peut se produire que dans l'hypothèse où le délinquant commettrait de nouveaux délits s'il avait été en liberté au lieu d'être derrière les barreaux. La mesure repose donc sur une prédiction de l'activité délinquante de l'accusé. Par exemple, une sentence neutralisante de deux ans suppose que l'on ait prédit que, pendant ces deux années, la récidive de l'accusé serait assez importante pour que cela vaille la peine de le priver de sa liberté pendant tout ce temps.

Depuis quelques années, les criminologues américains se sont beaucoup intéressés aux politiques pénales axées sur la neutralisation. Dans un pays où la lutte contre le crime n'apparaît que comme une

suite de déconvenues, on se détourne des politiques qui reposent sur des présuppositions fragiles et on se rabat sur des mesures qui ont un impact limité mais sûr. Or, comme le souligne Wilson (1983, p. 146), une mesure de neutralisation est efficace presque par définition. Encore faut-il que trois conditions soient remplies. Premièrement, elle doit être appliquée à des délinquants qui, sans elle, auraient commis de nouveaux crimes. Deuxièmement, les délinquants qu'elle immobilise ne doivent pas être systématiquement remplacés au sein des groupes où ils opéraient. Troisièmement, le séjour en prison ne doit pas avoir une influence criminogène telle que les crimes neutralisés soient compensés par une recrudescence de l'activité criminelle après le séjour en prison. Pour se permettre un jeu de mots : il ne faut pas que la « prisonnisation » neutralise la neutralisation.

La première condition est partiellement satisfaite. On sait en effet que les prisons et les pénitenciers hébergent un bon nombre de récidivistes. Au Canada, 44% des détenus des pénitenciers récidivent dans les trois années qui suivront leur libération (Nuffield, 1982, p. 35). On peut bien penser que, si ces récidivistes n'avaient pas été incarcérés, ils auraient renoué plus vite encore avec leur activité antisociale.

La seconde condition - le remplacement des criminels retirés de la circulation - est satisfaite dans la mesure où bon nombre d'entre eux agissent seuls. Ceci s'applique surtout aux auteurs de crimes de violence : meurtriers, violeurs, agresseurs. Par contre, là où il existe une demande de biens illicites et une organisation pour y répondre - drogue et prostitution par exemple -, il se peut très bien qu'un délinquant mis sous les verrous soit remplacé par un nouveau venu. Dans le cas des petits groupes de voleurs, deux effets opposés peuvent être anticipés : soit le remplacement du membre qui a été incarcéré, soit le démantèlement du gang désorganisé par la perte d'un de ses éléments clés.

La troisième condition est que le séjour en prison n'ait pas une influence criminogène marquée. Un examen des recherches évaluatives nous permet de croire que les gens ne sortent pas de prison avec une propension au crime plus grande que quand ils y entrent. En effet, un bon nombre d'évaluations reposent sur une comparaison entre l'incarcération et une forme quelconque de traitement en milieu ouvert. Or,

la plupart du temps, on ne trouve pas de différence significative entre le niveau de récidive observe après un séjour en prison et après un traitement en milieu ouvert. Devant ce fait, deux hypothèses peuvent être retenues : soit que la prison n'a pas d'effet criminogène, soit que son effet criminogène est annulé par un effet de dissuasion spéciale.

La neutralisation ne peut donc être écartée a priori d'une réflexion sur la peine. Encore faut-il prendre la mesure de ses coûts : coûts monétaires bien sûr, mais aussi coûts du côté des souffrances que le détenu devra endurer. C'est pourquoi on ne voit pas comment une sentence neutralisante pourrait être infligée quand les délits appréhendés sont mineurs ou que les risques de récidive sont bas. Elle ne devrait l'être que lorsque les crimes que l'on veut conjurer sont relativement graves et que la probabilité de récidive est élevée.

Une pratique courante

De tout temps, on a voulu neutraliser les individus inquiétants et imprévisibles. On les expulsait ; on les mutilait ; on les mettait à mort. Dans la France de l'Ancien Régime, la peine de mort était généralement prononcée contre le voleur récidiviste, reconnaissable par l'absence d'une oreille (Laingui et Lebigre, 1979, p. 126).

De nos jours, la volonté de mettre hors d'état de nuire les individus dangereux se fait sentir à toutes les étapes du processus pénal. Le policier songe au danger que représente un suspect quand il décide de l'arrêter. Le juge pense aux crimes que pourrait commettre l'accusé quand il le place en détention préventive ou quand il choisit la peine. L'agent de probation spéculé sur les risques de récidive quand il rédige le rapport qu'il destine au juge. Le commissaire des libérations conditionnelles doit tenir compte de la menace que représente le détenu pour la société. Plus un individu présente un risque de récidive élevé, plus il subira les rigueurs de la loi.

Un critère domine tous les autres dans l'appréciation des risques de récidive, c'est l'activité criminelle passée. Plus le dossier judiciaire de l'accusé est chargé, plus le pronostic sera sombre et plus la sentence

sera sévère. La gravité des crimes antérieurs entre aussi en ligne de compte. Au Canada, l'accusé qui a commis dans le passé des crimes de violence risque de se voir attribuer une sentence plus sévère. L'on tient aussi compte de l'intervalle de temps qui s'est écoulé entre le délit actuel et la dernière condamnation. Si plusieurs années se sont écoulées, le juge pourra considérer les antécédents comme « caducs » (Nadin-Davis, 1982a, pp. 67-68).

Il est certain que les crimes passés sont vus comme des signaux annonciateurs des crimes futurs. Mais ce n'est pas la seule raison pour laquelle ils influent sur la sévérité de la sentence. La rétribution y est aussi pour quelque chose. Le délinquant primaire nous semble moins blâmable que le récidiviste. De ce dernier, on dira qu'il savait à quoi s'en tenir et qu'il a fait preuve d'une plus grande perversité en décidant de recommencer. On dira qu'il a eu sa chance et que, si une erreur isolée est excusable, sa répétition l'est beaucoup moins.

La neutralisation a-t-elle un impact sur la criminalité ?

Combien de crimes sont prévenus du simple fait que des milliers de délinquants sont empêchés de passer à l'acte parce qu'ils sont derrière les barreaux ? Pour estimer l'ampleur de l'effet neutralisant de l'incarcération, il faut avoir des informations sur les trois points suivants : 1) le nombre moyen de délits que commettent annuellement les détenus quand ils sont en liberté ; 2) le nombre d'individus qui sont incarcérés à un moment donné ; et 3) la durée de la carrière criminelle des délinquants, c'est-à-dire la durée de la période pendant laquelle ils sont actifs dans le crime. L'on peut se faire une idée de l'ampleur de la neutralisation en multipliant le nombre de délinquants actifs qui sont incarcérés par une estimation du nombre de délits moyen qu'ils commettent annuellement quand ils jouissent de leur liberté. Malheureusement, il est fort difficile d'obtenir les estimations nécessaires pour faire ce calcul.

Pour avoir une idée de ce nombre de délits moyen, on utilise deux méthodes. La première consiste à combiner trois informations : 1) le

nombre d'arrestations par détenu par année de liberté ; 2) les taux de solution (le nombre de délits qui conduisent à une arrestation sur le nombre de délits connus de la police) ; et 3) les taux de dénonciation (le pourcentage des délits connus par les « sondages de victimisation » qui sont rapportés à la police). Cette méthode a été utilisée par Blumstein et Cohen (1979). Ils ont ainsi calculé que le nombre moyen annuel de crimes commis par des détenus de Washington, D.C., se situait entre 9 et 17. Une autre méthode pour atteindre la même fin est simplement d'aller demander aux détenus combien de crimes ils commettent par année quand ils ne sont pas en prison. Peterson et Braiker (1981) ont réussi à faire remplir un questionnaire de « délinquance révélée » à des détenus de Californie. Ils ont ainsi pu estimer à 14 le nombre annuel moyen de délits commis par les détenus quand ils sont en liberté.

Selon les évaluations disponibles, les délinquants américains sont plutôt actifs quand ils sont en liberté. C'est la raison pour laquelle on peut penser que, dans ce pays, l'effet neutralisant de l'incarcération n'est pas négligeable. D'après Blumstein, si du jour au lendemain on vidait toutes les prisons américaines, on aurait une augmentation de la criminalité qui serait de l'ordre de 10 à 30%. L'augmentation ne saurait être tellement plus élevée parce qu'une bonne partie de la criminalité est le fait de délinquants primaires. Comme de nouveaux venus entrent constamment en scène dans le monde du crime, on ne peut espérer trop de la neutralisation qui, par sa nature même, n'agira que sur les récidivistes.

Courtes carrières et courtes peines

Il va de soi qu'il faut incarcérer un délinquant pendant qu'il est encore actif si on veut le neutraliser. Ceci ne saurait être réalisé si

on l'envoie en prison au moment précis où il est sur le point de mettre un terme à sa carrière criminelle. Blumstein et Cohen (1982) ont calculé que la durée moyenne de la carrière criminelle d'individus dont les débuts en tant qu'adulte se situaient à dix-huit ans est de l'ordre de cinq ans. Si cette estimation est généralisable, on se trompe

quand on croit que la neutralisation ne peut se faire qu'avec de longues peines. Si la carrière d'un criminel donné est de cinq ans et qu'il en est à sa troisième année, il suffit d'une peine de deux ans pour le mettre hors d'état de nuire. Selon Cohen (1983, p. 65), l'augmentation de la durée des peines ne produit pas une réduction proportionnelle du nombre de délits neutralisés. Dans son échantillon, deux ans de prison produisait une réduction des vols qualifiés estimée à 8%, quatre ans, une réduction de 10% et huit ans, une réduction de 11%. On voit que le gain obtenu en quadruplant la longueur des peines serait minime.

Malheureusement, la longueur des carrières criminelles est très variable. Il ne manque pas de délinquants qui commencent leur carrière d'adulte à 18 ans et qui continuent jusqu'à la quarantaine. Ceci invalide une politique de neutralisation qui miserait exclusivement sur de courtes peines. Il est cependant possible d'avancer que, contrairement à une opinion courante, la neutralisation n'exige pas nécessairement de longues peines. S'il est vrai que l'activité criminelle se concentre souvent sur une période assez courte de la vie d'un individu, des peines de quelques années infligées au bon moment réduiront de manière sensible le nombre de délits qu'il aurait pu commettre s'il avait été hors de prison.

Quatrième partie : L'utile

Chapitre XVI

La prédiction

L'identification des délinquants prolifiques

[Retour à la table des matières](#)

La délinquance est la chose du monde la moins bien partagée. On sait qu'il existe des délinquants qui commettent beaucoup plus de crimes que d'autres sur une période beaucoup plus longue. Même s'il n'est pas nécessaire de recourir aux longues peines pour le commun des délinquants, celles-ci pourraient bien avoir un effet appréciable si elles frappaient au bon moment les gros « producteurs » de crimes. Les criminologues anglo-saxons parlent à ce propos de *selective incapacitation* : neutralisation sélective. Elle consiste à infliger des sentences relativement longues à la minorité active dans le crime.

Dans la cohorte de garçons de Londres étudiée par West et Farrington, 17% des délinquants avaient à leur actif 49% des condamnations (Farrington, 1986). Ceci rejoint, à peu de choses près, les chiffres rapportés par Wolfgang et coll. (1972). Dans les prisons du Texas, Greenwood (1983, p. 261) a pu identifier trois catégories de détenus qui variaient considérablement au chapitre de l'activité criminelle, comme on le voit dans le tableau qui suit.

Catégorie de délinquants	Nombre moyen de cambriolages par année
Délinquants peu prolifiques	6
Délinquants modérément prolifiques	20,5
Délinquants très prolifiques	51

Pour réussir une opération de neutralisation sélective, il ne suffit pas d'identifier les délinquants qui ont été les plus prolifiques dans le passé, encore faut-il avoir une idée de l'avenir. Continueront-ils à ce rythme ? Il n'est pas du tout sûr que la réponse soit toujours positive. Il peut arriver qu'un délinquant soit très productif pendant un an ou deux à cause d'une certaine conjoncture : une crise personnelle, la rencontre d'un comparse, une succession d'opportunités intéressantes, l'impunité... Un jour ou -l'autre, la chance finit par tourner et notre délinquant se fait prendre. S'il avoue la plupart de ses délits, il se retrouvera dans la catégorie des délinquants très productifs. Mais il n'est pas destiné à recommencer au même rythme à sa sortie de prison. Si à ce moment-là les circonstances ne sont plus les mêmes ou s'il a décidé de changer de vie, il se pourrait bien qu'il mette un terme à ses activités criminelles.

« Faux positifs » et « faux négatifs »

Les erreurs que l'on peut faire quand on tente de prédire la récidive appartiennent à deux classes. La première classe d'erreurs est dite des « faux positifs ». Elle consiste à prédire que des individus récidiveront pour constater ensuite qu'ils respectent la loi. (Le terme « positif » désigne le caractère positif de la proposition : il va récidiver.) La seconde classe d'erreurs, dite des « faux négatifs », consiste à avancer que des individus ne récidiveront pas pour se rendre compte au bout de la ligne qu'ils commettent de nouveaux délits. Si l'on imposait des mesures de sûreté uniquement sur la foi de prévisions, les « faux positifs » seraient enfermés inutilement et les « faux négatifs » seraient mis en liberté, commettant alors de nouveaux crimes qui auraient pu être empêchés. Les criminologues sont, en général, plus préoccupés

par les incarcérations qui auraient pu être évitées que par les « victimisations » qui auraient pu être empêchées.

Le problème des erreurs de prédiction se pose de façon aiguë en matière de crimes de violence non seulement à cause de leur gravité mais aussi parce qu'ils sont difficiles à prévoir. Les crimes de violence sont rares et plus un événement est rare, plus il est imprévisible. Les meilleures méthodes de prédiction des crimes violents comportent deux tiers de « faux positifs ». Ceci signifie que, sur trois individus dont on dit qu'ils commettent un crime de violence, il n'y en aura qu'un seul qui confirmera cette prédiction ; chez les deux autres, la violence ne se manifestera pas. Comme on ne sait évidemment pas lequel des trois passera à l'acte, pour empêcher le crime d'un des trois, il faudrait les enfermer tous.

Toute politique de neutralisation sélective se heurte donc à l'indépassable limite de la prédiction. C'est la raison pour laquelle elle prêle le flanc à une objection que l'on peut formuler en ces termes. Quand on prolonge l'incarcération de délinquants sur la foi d'une prédiction, il est inévitable que certains seront considérés par erreur dangereux et ils devront purger une peine plus lourde que celle qu'ils auraient eu à subir normalement.

Mais s'agit-il vraiment d'une erreur ? Supposons que je dise : Michel est dangereux parce qu'il a été trouvé coupable d'une douzaine de crimes de violence. Suis-je dans l'erreur si, dans les deux ans qui suivent, il cesse d'agresser ses semblables ? Je le suis si le seul critère de dangerosité est le comportement futur, mais non s'il est vrai qu'une longue série d'actes violents permet de dire quelque chose sur l'agressivité de son auteur. Il arrive qu'un malade chez qui on a diagnostiqué un cancer guérisse. On ne peut en conclure que le diagnostic était erroné, tout simplement parce qu'il arrive qu'un cancer correctement diagnostiqué se résorbe. La guérison ultérieure ne peut donc être considérée comme un signe d'erreur. Le médecin se trompe quand, par exemple, il prend une tumeur bénigne pour une tumeur maligne, non quand son patient survit à son cancer. La dangerosité peut être perçue un peu de la même manière. Il est -légitime de considérer dangereux l'individu qui a souvent des réactions violentes.

Mais on sait que la violence finit assez souvent par se résorber avec l'âge. Il est normal qu'un individu qualifié de violent devienne un jour pacifique. Mais tant qu'on n'a pas la preuve de cette évolution, on est en droit de le craindre. La plupart des fusils chargés ne tuent pas accidentellement ceux qui les manipulent. Doit-on en conclure que l'on fait une erreur quand on prétend qu'ils sont dangereux ²⁴ ?

La capacité de prédire

Le débat autour des « faux positifs » a fini par masquer le fait que, compte tenu des limites de la prédiction dans les affaires humaines, nos prévisions de la récidive ne sont pas trop mauvaises. Aux États-Unis, Gottfredson et coll. (1978, p. 59) ont construit, pour la Commission fédérale des libérations conditionnelles, un instrument formé de neuf items associés à la récidive. Cet instrument a permis de classer les sujets de l'échantillon de validation en 12 catégories, dont les taux de récidive vont de 0% à 75%. Au Canada, Nuffield (1982, p. 45) obtenait des taux de récidive allant de 16 à 66. Sur le plan de la récidive violente, les taux allaient de 7 à 31 (p. 54). Dans le dernier cas, la probabilité de récidive de celui qui appartient au pire groupe est quatre fois plus élevée que celle de l'individu classé dans le meilleur groupe. Une probabilité de récidive violente de 30%, voilà une donnée qui devrait être évaluée de manière relative. Pour en apprécier l'ampleur, on pourrait la comparer à la probabilité qu'un citoyen ordinaire commette un crime de violence. Celle-ci est difficile à estimer mais il est clair qu'elle est considérablement plus basse que 30%.

À la réflexion, les simples citoyens paraissent remarquablement pacifiques, remarquablement prévisibles. Si la dangerosité est difficile

²⁴ Nettler (1982, p. 99) avait exprimé cette idée mieux que personne : « The trade-off is of this nature : we recognize that most loaded guns do not go off accidentally and kill people and that most grizzly bears do not attack human beings. It would be foolish to argue, therefore, that loaded guns were not « dangerous » and that grizzly bears were no more potentially lethal than say, rabbits. So too, with people. Not all persons loaded with hostility are triggered, any more than guns are. But safety ties in taking care with loaded guns, grizzly bears, and violent actors. »

à prédire, la sécurité ne l'est pas tellement. Le sentiment de sécurité que nous éprouvons avec la plupart des gens repose sur la prédiction implicite qu'ils sauront tenir en laisse leurs pulsions agressives. Le délinquant dangereux n'est pas jugé tel parce qu'on est certain qu'il se livrera à la violence, mais bien plutôt parce qu'on n'est pas tellement sûr de lui. En jargon médical, on dit que le pronostic est réservé.

Dans les sociétés modernes, l'attente normale en matière de violence est qu'il n'y en ait pas. On attend de nos compatriotes qu'ils soient prévisibles dans ce domaine. Aussi quand on se trouve en présence d'un individu de qui on dit qu'il a une chance sur trois de commettre une agression, on se dit que c'est beaucoup, beaucoup trop. Dire d'un individu qu'il est dangereux, ce n'est pas dire qu'on est certain qu'il agira avec violence, c'est plutôt lui reprocher d'être imprévisible.

Ce qui devrait nous surprendre, ce n'est pas qu'il soit si difficile de prédire le crime, c'est plutôt que l'on réussisse à obtenir des approximations aussi bonnes de la probabilité de récurrence de divers groupes de délinquants.

L'art de la conjecture

La construction intellectuelle d'un futur vraisemblable est, dans la pleine force du terme, un ouvrage d'art. (Jouvenel, 1964, p. 29)

La conduite criminelle n'est ni totalement prévisible ni totalement imprévisible. Un effort intelligent pour anticiper l'avenir peut résorber une partie de l'incertitude dans laquelle nous nous trouvons. Mais il y a de bonnes raisons de croire que la certitude en la matière est inaccessible. S'il est vrai que la plupart des délinquants jouissent du libre arbitre, leurs décisions futures ne peuvent être toutes prédites. Tout en reconnaissant qu'il existe des limites intrinsèques à notre capacité de prédire, il peut être utile de donner quelques indications sur l'art de conjecturer la récurrence.

Dans l'état actuel des connaissances, l'expertise clinique est moins utile à la prédiction de la récidive que les « tables de prédiction ». Les cliniciens qui s'appuient sur leur formation, sur leur expérience et sur l'examen en profondeur de leur patient pour prédire réussissent moins bien que les instruments créés par des méthodes statistiques. En 1974, un groupe de -travail de l'American Psychiatric Association admettait qu'il n'existait pas d'expertise spécialisée permettant de prédire la violence ²⁵.

Les « tables de prédiction » sont des instruments qui sont élaborés en mettant en corrélation les caractéristiques de plusieurs groupes de délinquants à un moment donné et leurs taux de récidive quelque temps après. Un grand nombre de tables de prédiction ont été ainsi construites. Celle de Greenwood (1982-83) sera présentée non seulement parce qu'elle est l'une des plus récentes mais aussi parce qu'elle a été spécifiquement conçue pour identifier les délinquants qui commettent un grand nombre de délits assez sérieux.

Les « prédicteurs » qui permettent à Greenwood de classer les détenus selon la fréquence de leur délinquance sont au nombre de sept : 1) avoir été condamné avant l'âge de seize ans ; 2) avoir fait l'objet d'un placement en institution pour jeunes délinquants ; 3) avoir consommé de l'héroïne ou des barbituriques au moment de l'adolescence ; 4) être un consommateur d'héroïne ou de barbituriques ; 5) avoir été sans travail plus de 50% du temps durant les deux années précédant la dernière condamnation ; 6) avoir été incarcéré plus de 50% du temps pendant les deux dernières années ; et 7) avoir été condamné pour le même genre de délit que celui que l'on tente de prédire.

Un grand nombre de tables de prédiction ont été construites dans divers pays. Elles produisent des résultats variables mais qui n'en sont pas moins convergents. Si on utilise l'information ainsi obtenue, il est

²⁵ « Neither psychiatrists nor anyone else have reliably demonstrated an ability to predict future violence or "dangerousness". Neither has any special psychiatric "expertise. in this area been established » (p. 28). *Task Force of. the American Psychiatric Association (1974)* in Nettler, 1982, p. 95.

possible d'avancer cinq propositions qui donnent une idée des principales variables généralement associées à la récidive.

1. *La délinquance passée.* Plus un délinquant a commis de délits dans le passé, plus il risque d'en commettre dans l'avenir.
2. *La précocité de la délinquance.* Plus un délinquant était jeune quand il a été trouvé coupable pour la première fois, plus il aura tendance à récidiver.
3. *L'âge.* Plus un délinquant est jeune, plus il aura tendance à commettre de nouveaux délits.
4. *L'instabilité au travail.* Plus un délinquant change souvent d'emploi, plus il risque de commettre de nouveaux délits.
5. *Les excitants.* Plus un délinquant consomme de la drogue ou de l'alcool, plus il aura tendance à récidiver.

L'activité criminelle antérieure est une variable qui mérite d'être soulignée. En Angleterre, la probabilité de récidive est de 29% quand un délinquant n'a aucun antécédent, elle est de 54% quand il a eu une condamnation antérieure et elle monte à 87% quand il en a eu cinq ou plus (Ashworth, 1983, p. 29). Une histoire de délinquance violente permet d'anticiper des délits contre la personne. Le meilleur facteur pour prévoir la violence est la violence passée (Marceau, 1985, p. 281).

Une table de prédiction valable dans un échantillon peut très bien ne plus l'être dans un autre. Les variables qui permettent de prédire la récidive des détenus des prisons de l'État de New York, par exemple, ne sont pas les mêmes que celles qui valent en Californie. Comme il est très rare qu'une table de prédiction soit disponible dans une juridiction donnée, il faut presque toujours se résigner à s'en passer. Est-ce à dire qu'il est impossible d'estimer les risques de récidive ? Non. Car il est toujours possible de se rabattre sur le sens commun. En effet, les résultats des recherches sur la prédiction et les intuitions du sens commun concordent fort bien. C'est ainsi que si on traduisait les in-

formations fournies par les recherches dans le langage du sens commun, on obtiendrait à peu près ce qui suit.

1. Le passé est garant de l'avenir. Plus une habitude est fortement enracinée, plus il est difficile de s'en débarrasser.
2. La consommation excessive d'alcool et de drogue ne favorise pas un bon contrôle de soi et crée des besoins d'argent.
3. Les gens qui ont un emploi Stable et intéressant ont beaucoup à perdre s'ils se font prendre la main dans le sac.
4. Avec l'âge, les passions finissent par s'apaiser.

Ce n'est ni très original ni bien compliqué, mais c'est là où nous en sommes. Dans l'état actuel des connaissances, nous risquons moins de nous égarer avec le sens commun qu'avec la pseudo-science de ceux qui croient avoir un accès direct à l'âme criminelle.

A-t-on le droit de punir quelqu'un pour des crimes qu'il n'a pas encore commis ?

S'il est possible de se faire une idée des crimes que pourrait commettre quelqu'un dans l'avenir, est-il légitime d'en tenir compte lors de l'attribution de la sanction pénale ? Certainement pas, répondent plusieurs criminologues. Tenir compte, disent-ils, du comportement futur de l'accusé revient à le punir non pour le crime qu'il a commis mais pour ceux qu'il pourrait commettre plus tard. Mais au nom de quel principe devrait-on se limiter au délit que l'accusé vient de commettre dans la détermination de la peine ? Il faut être un rétributionniste pur pour défendre ce point de vue. Sinon on peut être ouvert à d'autres considérations. Parmi les données qui méritent considération, les antécédents criminels occupent une bonne place. Or, c'est précisément l'information cruciale dans la prédiction de la récidive. Si l'on accepte que la sécurité est une fin aussi légitime que la justice, on serait mal avisé d'ignorer cette information. On ne voit pas pourquoi on devrait s'interdire de profiter de l'occasion qui s'offre lors du *sentencing* pour

mettre temporairement hors d'état de nuire un délinquant qui a un lourd dossier et qui semble faire peser une menace sur autrui. D'autant plus que, ce faisant, on ne sacrifie pas nécessairement la justice à la sécurité.

Une juste distribution des risques

En effet, Floud et Young (1981) ont bien vu que la question de la neutralisation renvoie à celle du conflit entre les droits du criminel et ceux de ses victimes potentielles. Une sentence qui tient compte de la probabilité de récidive tente d'opérer une juste redistribution de deux séries de risques : ceux que le récidiviste fait courir à ses victimes potentielles et ceux qu'il court d'être incarcéré inutilement à cause de l'inévitable incertitude de nos prédictions ²⁶.

En l'occurrence, la réconciliation entre utilité et justice s'opère en posant le problème du danger sur le terrain de la justice elle-même. Quelle est la juste répartition des inconvénients liés à la conduite dangereuse ? Faut-il que les victimes éventuelles des criminels dangereux en supportent tout le poids ? Il est tentant, pour les agents pénaux, de faire bon marché de la sécurité des inconnus qui seront exposés aux coups des délinquants dangereux et de réserver leur sollicitude à ces derniers. Mais est-il juste d'exposer les gens à des dangers évitables ?

Il n'en reste pas moins que la difficulté des sentences prédictives est qu'elles reposent sur des hypothèses. Quelle que soit la décision, elle comporte une large dose d'incertitude. Une longue sentence évitera peut-être de nouveaux crimes mais imposera, peut-être, un surcroît inutile de souffrances. Une courte sentence fait moins souffrir l'accusé mais conduira, peut-être, à de nouveaux crimes.

²⁶ « Just redistribution of certain risks of grave harm : the grave harm that potentially recidivist serious offenders may do to their unknown victims and the grave harm which is suffered by offenders if they are subjected to the hardship of preventive measures which risk being unnecessary because they depend on predictive judgments (...) which are inherently uncertain »(Moud et Young, 1981, p. XVII).

Conclusion

La neutralisation n'est pas la fin la plus importante de la sentence, elle ne concerne qu'une minorité de délinquants et sa mise en œuvre suppose d'incertaines prévisions. Pour ces trois raisons, la neutralisation ne saurait occuper une place importante dans l'attribution de la peine bien qu'il soit tout à fait légitime de vouloir mettre hors d'état de nuire les délinquants dangereux. Par contre, on ne peut déduire de la rétribution ou de la dissuasion des stipulations très précises sur le dosage de la peine. Tout ce qui découle de la dissuasion, c'est que la peine doit au moins annuler les gains du délinquant, pas tellement plus. La rétribution exige que soit maintenu un minimum de proportionnalité entre la sévérité de la sanction et la gravité du délit. Mais quand on veut opérationnaliser cette règle, rien n'est évident. Une large part est laissée à l'appréciation. L'équivalence entre le délit et la peine ne sera jamais qu'approximative. C'est pourquoi il subsiste une marge de manoeuvre pour celui qui veut introduire dans la sentence une dose de neutralisation sélective ²⁷.

Deux procédures peuvent être envisagées pour concilier la neutralisation et les autres fins de la peine, principalement la rétribution. La première consiste à fixer d'abord le maximum et le minimum que mérite le délit actuel puis à tenir compte de la dangerosité pour établir la peine en un point précis de la fourchette. Ceci voudrait dire que, dans un premier temps, on spécifie le « plafond » et le « plancher » de la sentence. Dans un second temps, la probabilité de récidive grave devient le critère permettant de décider du niveau auquel la peine devrait se situer. Plus les risques de récidive sont élevés, plus la peine se rapprochera du maximum.

²⁷ Cependant, il semble bien que cette marge de manoeuvre ait tendance à se rétrécir, du moins au Royaume-Uni. C'est ainsi que, selon Floud (1982, p. 217), les juges anglais évoluent vers un régime de peines rétributives relativement courtes, même pour les crimes graves. Si on en arrivait à des fourchettes très fermées, si par exemple, pour tel crime, le minimum était de 12 mois et le maximum de 18 mois, il serait difficile de faire jouer les jugements prédictifs avec suffisamment de force.

La seconde procédure pourrait être simplement d'intégrer les antécédents dans une règle de proportionnalité. Les activités criminelles passées fournissent les meilleurs indicateurs de la probabilité de récidive. De plus, l'utilisation de cette information lors de la détermination de la peine ne contrevient pas aux exigences de la justice. La règle serait donc que la peine est proportionnée à la gravité du délit et aux antécédents de l'accusé. Les deux chapitres suivants apporteront des précisions supplémentaires sur ce point.

Cinquième partie

Les principes de la détermination de la peine

[Retour à la table des matières](#)

Cinquième partie :
Les principes de la détermination de la peine

Chapitre XVII

La règle et le cas particulier

[Retour à la table des matières](#)

Pendant des siècles, l'« arbitraire » des juges fut l'un des traits distinctifs du droit de l'Ancien Régime français. Les magistrats disposaient d'un très large pouvoir d'appréciation dans le choix de la peine. Au XVIIIe siècle, cette latitude fut rudement prise à partie. Le moment fort de cette critique date de 1764, année de la publication du fameux traité « Des délits et des peines » de Beccaria. « Les lois seules, écrivit-il, peuvent déterminer les peines des délits » (p. 10). La Révolution française devait fournir l'occasion de mettre ces idées en application. En 1791, l'Assemblée constituante instaure un régime de peines rigoureusement fixes. Mais cette disposition fit problème, et elle ne resta en vigueur pas même vingt ans. C'est que le système de peines à taux invariable heurtait le sens de la justice de ceux qui devaient l'appliquer. Les jurys préféraient acquitter plutôt que de se faire à l'idée de la peine qui s'abattrait inéluctablement sur l'accusé s'ils le trouvaient coupable. À la fin du XIXe siècle et pendant une bonne partie du XXe, la restauration du pouvoir discrétionnaire du juge se poursuit sous l'impulsion de la doctrine de la défense sociale et de la thèse de l'individualisation. « La nature de la peine, c'est la nature de l'individu qui doit la déterminer », écrivait Saleilles en 1898, (p. 172).

Il ajoutait que les délinquants ayant une criminalité « de surface » devraient être réformés, que ceux qui avaient une criminalité « de fond » devaient faire l'objet de mesures de sûreté et que ceux qui n'avaient pas de criminalité propre pouvaient être intimidés (p. 255). L'individualisation reste encore vivante de nos jours. Pour adapter la sanction à la personnalité du délinquant, il faut, croit-on, laisser au juge toute la latitude nécessaire, Qui plus est, comme on ne peut pas prévoir à l'avance le temps qu'il faudra pour traiter le délinquant, il faut que la durée de la peine ne soit pas fixée d'avance. Sa durée dépendra des progrès du sujet sur le chemin de la réhabilitation.

Ces idées connurent une grande vogue. Il n'en reste pas moins qu'elles se heurtèrent à une opposition plus ou moins larvée. En France, maints juristes résistèrent sourdement à cette justice sans règle qui veut que chaque jugement soit l'occasion d'une nouvelle plongée dans les profondeurs de la personne. Ils ne pénétraient qu'à reculons dans ce que Peyrefitte (1981, p. 29) appela les brouillards de la subjectivité. Aux États-Unis d'Amérique, où on avait été très loin dans le sens de l'individualisation et de l'indétermination, on décidait, il y a peu, d'appliquer les freins brutalement. En quelques années, une vingtaine d'États américains adoptent des lois qui vont dans le sens d'un retour aux sentences déterminées (Normandeau, 1985, p. 4). On entreprend de limiter étroitement le pouvoir discrétionnaire du juge. La durée réelle des peines est dorénavant fixée au moment de la sentence et plusieurs commissions des libérations conditionnelles sont abolies. Bref, on prend diverses dispositions qui vont toutes dans la même direction : faire en sorte que les crimes semblables soient punis de manière semblable.

Il ne semble donc pas facile d'échapper à l'alternance entre l'arbitraire et le légalisme ; entre ce qu'au Royaume-Uni et au Canada on appelle le « traitement individualisé », d'une part, et le « tarif », d'autre part (Thomas, 1970 ; Nadin-Davis, 1982a). Mais sommes-nous condamnés à opter soit pour un régime où les décideurs sont laissés à eux-mêmes, soit pour un système où ils n'ont qu'à appliquer des lois de façon mécanique ? Le fait que l'on oscille constamment entre ces deux pôles signifie peut-être quelque chose, à savoir que nous sommes en présence de deux exigences également légitimes : épouser le plus parfaitement possible les contours de chaque cas d'espèce et, si-

multanément, garantir la même justice pour tous en soumettant le *sentencing* à des principes. Si la justice se réalise par l'application correcte de règles à des cas particuliers, on ne voit pas comment on pourrait ignorer l'un des pôles de l'alternative. Et alors, le problème revient à déterminer la part qu'il faut laisser, dans le *sentencing*, à l'application de règles et celle qu'il faut réserver à l'examen des données concrètes de l'affaire.

L'État de droit

Une société laisse d'autant plus de liberté à ses membres que ceux-ci courent moins de risque d'être punis pour des actes qu'ils ne jugeaient pas contraires aux lois ou qui n'étaient effectivement pas interdits.

(Aron, 1965, p. 222)

Les raisons qui militent en faveur de la régulation du *sentencing* sont nombreuses et solides. Je commencerai par rappeler celles qui ont une valeur assez générale, en ceci qu'elles s'appliquent à toute intervention de l'État dans la vie des citoyens.

En démocratie, la légalité est indispensable pour limiter le pouvoir et rendre son action prévisible. Pas de crime sans loi. Pas de peine sans loi. La liberté existe à la condition que le pouvoir de l'homme sur l'homme soit limité par des lois et que l'État ne puisse punir les actes qui ne violent pas une loi. Les codes circonscrivent la sphère de liberté qui appartient à chacun. « Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché... » (Déclaration des droits de l'homme de 1789). Non seulement faut-il que les citoyens sachent précisément ce qui est permis et défendu, il importe aussi qu'ils sachent à quoi s'en tenir s'ils passent outre aux injonctions de la loi. C'est pourquoi, les peines doivent être suffisamment prévisibles pour que les citoyens sachent à quoi ils s'exposent quand ils commettent une infraction. Pour que les citoyens puissent jouir d'une liberté véritable et mener à terme leurs projets, ils doivent pouvoir évoluer dans un univers prévisible, et ceci suppose un État prévisible et des sanctions prévisibles. La sécurité des citoyens est assurée par une justice régulière, c'est-à-dire par l'applica-

tion constante de principes clairs (Perelman, 1963, p. 157 ; Rawls, 1971, p. 235). Il est juste que ce qui a été décidé dans un cas le soit aussi dans tous les autres cas semblables.

L'égalité

L'égalité est une composante importante de la justice, à tel point que Perelman (1963, p. 55) écrit que la justice formelle « consiste à observer une règle énonçant de traiter d'une certaine manière tous les êtres d'une catégorie déterminée ». Deux délinquants qui sont semblables sur les critères pertinents, qui ont commis le même délit dans des circonstances semblables devraient être traités de la même façon. L'égalité entretient d'étroits rapports avec l'application de règles. Celles-ci sont indispensables d'abord pour obliger les juges à traiter les justiciables de la même manière mais aussi pour déterminer les critères qui seront pertinents à la décision.

Cependant, on a tendance à se laisser obnubiler par l'égalité, comme c'est le cas au Canada dans les débats sur le *sentencing*. S'il fallait croire certains, le seul problème serait celui des disparités et la seule qualité d'une sentence serait l'uniformité. La justice ne se réduit pas à l'égalité. Si on la veut à tout prix, on sera conduit à imposer des peines fixes pour chaque catégorie d'infractions. Mais on n'obtient alors qu'une égalité formelle : des délits apparemment semblables seront sanctionnés de la même manière. Aucune personne raisonnable n'acceptera de croire que tous les vols par effraction se valent.

La seule manière de réaliser l'égalité est de retenir un ou quelques critères pour comparer les causes. Mais toute la question est de distinguer entre les critères pertinents et ceux qui ne le sont pas. La plupart des gens trouveront qu'il est légitime de tenir compte des crimes commis dans le passé par l'accusé mais s'opposeront à la prise en compte de la race ou de la classe sociale. L'égalité est juste quand deux cas véritablement semblables sur les critères pertinents sont traités de manière semblable. Comme le souligne judicieusement Perelman (1963, pp. 52-53), l'égalité ne constitue pas le fondement de la justice, elle n'est que la conséquence logique de l'application correcte

d'une règle à tous les membres d'une même catégorie essentielle. L'égalité vraie présuppose donc deux choses : 1) l'identification des critères sur lesquels il est pertinent de comparer les divers cas ; et 2) l'étude de chaque cas d'espèce à la lumière de ces critères pour déterminer s'ils sont véritablement semblables. Si on saute ces étapes, on n'aura qu'une pseudo-égalité. Les raccourcis vers l'égalité mènent tout droit à l'iniquité.

L'imperfection humaine

Les règles sont aussi nécessaires pour protéger contre leurs propres faiblesses des hommes qui travaillent dans des conditions difficiles. Les juges et leurs collaborateurs risquent à tout moment de se laisser emporter par leurs antipathies ou de se laisser fléchir par leurs sympathies. Ils peuvent manquer de sagesse, de discernement ou de courage. Ils risquent de se laisser obnubiler par le cas qui est devant eux et perdre de vue la portée générale de leurs décisions. Ces manquements sont d'autant plus probables que les conditions dans lesquelles se prennent les décisions sont difficiles. En effet, 60% des procès correctionnels étudiés par Herpin (1977, p. 19) dureraient moins d'un quart d'heure. Ceci ne donne pas beaucoup de temps pour l'individualisation. Quand on pense que le cerveau humain ne peut pas traiter beaucoup plus de 7 ou 8 éléments d'information à la fois, (Wilkins, 1984, p. 45), on ne voit pas comment les agents pénaux pourraient se passer de règles. Il leur est tout simplement impossible de repartir à zéro à chaque nouveau cas, de percer la personnalité et les mobiles du délinquant, de tenir compte de tout, de peser le pour et le contre de toutes les solutions imaginables. Il leur faut des règles, des lois, des précédents qui éliminent d'emblée certaines options, qui dictent quelques principes clairs, qui indiquent les critères pertinents, qui économisent l'énergie intellectuelle.

Les règles ont d'ailleurs la vie dure. Elles prolifèrent même là où la doctrine voudrait les exclure. Au Canada, elles foisonnent dans les châteaux forts de l'individualisation : à la Commission des libérations conditionnelles, au service de probation et dans le service correctionnel canadien où on a fabriqué un énorme « manuel de gestion de cas »

qui dicte dans les moindres détails la conduite des « agents de gestion de cas ». Malgré ses défauts, cette réglementation répond à un besoin chez ceux dont elle guide les décisions. Elle les dispense de trancher seuls en leur âme et conscience, elle les déleste d'une part de la responsabilité de décisions aussi pénibles que celles d'incarcérer ou de prolonger une incarcération.

Une conclusion s'impose : qu'on le veuille ou non, il y aura des règles. Les agents pénaux s'en donneront s'ils n'en ont pas. Aussi, la vraie question n'est pas : Faut-il ou non des règles ? mais bien : Quelles règles aurons-nous ?

L'utilité : le général et le particulier

La sécurité de la vie publique comme celle du corps individuel, repose sur l'automatisme de sa défense.

(Giraudoux)

Envisagée sous l'angle de l'utilité, la peine a des fonctions particulières : la neutralisation, la réhabilitation et la dissuasion spéciale, ainsi qu'une fonction générale : la prévention générale. La distinction a son importance. Sous le premier aspect, la peine est vue comme une mesure particulière décidée cas par cas et, sous le deuxième aspect, elle est conçue comme une institution et renvoie au système pénal dans son ensemble. ²⁸

²⁸ Cette distinction recoupe d'assez près celle qui a été proposée par Mabbott (1939) et par Rawls (1955). Ces deux philosophes insistaient sur la différence qu'il y a entre la justification d'une peine conçue comme une action particulière et la justification d'un système de peines. Dans ce dernier cas, la sanction pénale est considérée en tant qu'institution définie comme pratique habituelle. Selon eux, la justification de l'institution pénale est d'ordre utilitaire : la prévention du crime. D'autre part, la justification d'une sentence particulière est la rétribution. Je ne crois pas que l'on puisse suivre Mabbott et Rawls sur ce dernier point malgré la part de vérité qu'il contient. Ceci pour deux raisons que je me contenterai d'indiquer. 1) La rétribution ne peut être confinée à un rôle de justification d'une peine particulière, sa portée étant plus générale. 2) La peine a une utilité particulière que l'on ne saurait ignorer.

La première dimension de la peine ne pose pas de problème conceptuel particulier. C'est ce que l'on voit d'abord de la peine : son effet sur celui qui la subit. Elle pourra l'empêcher de nuire pendant un certain temps ou prévenir la récidive par la réhabilitation ou l'intimidation individuelle. Le problème, nous le verrons, est que l'on a tendance à surévaluer l'importance de ces fonctions dans le *sentencing*.

La deuxième dimension de la peine échappe souvent à l'attention des praticiens. La peine est ici conçue comme une institution qui, en tant que telle, a une utilité générale. Le phénomène considéré n'est pas la sanction infligée à tel contrevenant mais plutôt la coutume qui veut que les crimes soient en principe punis. Cette pratique institutionnalisée réalise une fonction de prévention générale. Elle dissuade bon nombre de délinquants potentiels et donne aux citoyens honnêtes la garantie qu'ils ne seront pas les seuls à respecter la loi. Il importe ici de rappeler que ces fins ne seront pas réalisées par une sentence particulière (par une peine « exemplaire ») mais par le fonctionnement régulier du système. La prévention générale se réalise essentiellement par la distribution constante d'un certain volume de punitions. La criminalité globale se stabilise à un certain niveau parce que la machine à punir continue de tourner tant bien que mal. Au Canada, le juge Farris l'a fort bien compris. Dans un jugement souvent cité, il disait que la dissuasion générale n'était pas l'objectif d'une sentence particulière mais un sous-produit de l'ensemble des opérations du système de justice ²⁹.

L'utilité générale de la peine est, selon toute probabilité, nettement plus importante que son utilité particulière (neutralisation et préven-

²⁹ « It is my view that general deterrence is a by-product of the whole system of justice and not necessarily an aim of any particular sentence. (...) Prevention follows from awareness of the system and of the efficiency of its operation. This knowledge guides the behavior of some by appealing to their reason and sympathy. Others it inhibits more through fear, and in this case is properly spoken of as a deterrent. But every sentence need not have as its object the deterrence of others. The effectiveness of the principle of general deterrence (such as it is) is not diminished by refusing to imprison a person who should not be imprisoned. » ((R.V. Harrison et Garrison (1978, 1 W.W.R., 162, p. 164 (Cf. Ruby, 1980, p. 10).

tion à la récidive). Le système pénal contribue beaucoup plus à la sécurité des citoyens en prévenant la masse des crimes que pourraient commettre l'ensemble des gens qu'en contrôlant les délinquants qui ont fini par se faire prendre. La prévention spéciale est un bénéfice secondaire que l'on peut tirer de la sentence mais l'essentiel est d'empêcher le plus grand nombre de céder à la tentation.

Cependant l'importance relative de ces fonctions générales et particulières sera perçue de manière très différente selon le poste d'observation que l'on occupe. Si on adopte le point de vue du parlement, on sera tout naturellement porté à privilégier la prévention générale. Mais si on adopte le point de vue d'un agent pénal qui doit se prononcer dans un cas précis, le souci principal sera la récidive et, de plus, les raisons de punir sembleront beaucoup moins évidentes. En effet, si le législateur pense tout d'abord aux avantages sociaux que l'on peut tirer de la menace pénale, le juge, lui, sera surtout sensible aux inconvénients de la peine. Le juge sera porté à se dire : le mal est fait, nous n'y pouvons plus rien, à quoi cela servirait-il de faire souffrir ces pauvres gens ? Bref, au moment de rendre punissable un acte nuisible à la société, l'utilité de la peine paraît évidente, puis elle s'estompe quand vient le moment de mettre la menace en application (Buchanan, 1975, pp. 134-136) ³⁰.

À quelques exceptions près, les gens répugnent à faire délibérément souffrir ceux qui ne leur ont rien fait. Si le juge s'écoute, il refusera d'être un distributeur de souffrances apparemment inutiles. L'érosion de la peine est inévitable si la décision de punir est dominée par les considérations qui s'imposent au moment de punir.

Comme les agents pénaux ont tendance à perdre de vue l'utilité générale de la peine, il faut que leurs décisions soient liées par des règles. On comprend pourquoi la première décision de punir n'est pas prise à l'étape judiciaire mais législative, où on peut peser les avantages et les inconvénients de rendre punissable un acte donné. Une fois

³⁰ Ceci explique peut-être l'engouement des criminologues pour des doctrines comme la défense sociale et l'abolitionnisme. Ils adoptent le point de vue des délinquants punis ou sur le point de l'être et ils ont tendance à perdre de vue l'utilité générale de la peine.

cette décision prise, le reste est surtout affaire d'application ; le juge n'a pas à justifier chacune de ses sentences en invoquant des considérations utilitaires. Un système pénal axé sur la prévention générale visera à instaurer une relation quasi automatique entre l'infraction et la peine. De cette manière, la tendance des agents pénaux de raisonner en fonction de l'utilité immédiate est tenue en échec. Rawls (1955, p. 24) a bien vu que le bon fonctionnement de la justice exige que celui qui prononce la sentence ne dispose pas de la pleine liberté de trancher chaque cas au mérite. Il se peut très bien qu'une personne qui vient d'être trouvée coupable d'homicide n'ait besoin d'être ni réhabilitée, ni intimidée, ni neutralisée. Elle n'en sera pas moins punie quand même pour maintenir la crédibilité de la menace du châtement. Si la peine était décidée cas par cas en ne tenant compte que de ses effets directs, le système de justice deviendrait imprévisible et cesserait d'être pris au sérieux.

Quand Hood (1972, p. 149) entreprit d'interroger un groupe de magistrats sur les raisons de leurs sentences, il fut frappé par la pauvreté des réponses qu'il obtint. Ses interlocuteurs ne savaient pas très bien comment expliquer leurs décisions. Cette incertitude dérive, me semble-t-il, du fait que la sentence n'est pas vraiment une décision stratégique prise en pesant les avantages et les inconvénients de chaque option. Elle est plutôt une décision normative : son sens doit être cherché dans la soumission à une norme et non dans la poursuite d'un but précis. Le souci principal des agents pénaux est de se conformer à des règles (écrites ou non écrites) et non de trouver le meilleur moyen de contrôler la récidive. C'est dans l'idée de devoir qu'il faut chercher le sens de leur action, non dans l'idée de calcul. Et il est bien qu'il en soit ainsi. C'est le fondement même du droit qui serait en cause si les jugements en venaient à être dominés par des considérations d'opportunité.

Mais alors reste-t-il une place pour l'utilité particulière dans le *sentencing* ? Oui, mais elle est limitée. La raison en est que les variations dans la sévérité et la nature des peines n'ont que peu d'effets sur la récidive, du moins peu d'effets connus. Que l'on punisse avec clémence ou avec sévérité, que l'on impose une amende ou que l'on incarcère, le niveau de récidive auquel on peut s'attendre n'en sera pas ou peu affecté. On ne connaît pas de sanction pénale qui soit vraiment plus ef-

ficace qu'une autre pour réhabiliter ou intimider les délinquants. Voilà pourquoi la réhabilitation et la dissuasion spéciale ne peuvent pas justifier un dosage précis de la peine.

Reste la neutralisation. On a vu au chapitre précédent que la probabilité de récidive varie de façon sensible avec les délits antérieurs et qu'il est défendable de mettre hors d'état de nuire un délinquant qui présente un risque élevé de récidive. La neutralisation peut donc être invoquée dans le dosage de la peine.

Ainsi, sauf la neutralisation, l'incertitude concernant la mesure de la peine ne peut pas être diminuée par une analyse faite en termes utilitaires. Dans la mesure où on ne sait pas très bien comment agir sur la récidive, on n'a pas d'indication qui nous permettrait de choisir une sentence plutôt qu'une autre. Quant à la dissuasion générale, une incertitude semblable persiste. Le niveau optimal de sévérité des peines est tout simplement inconnu. On comprend alors pourquoi des auteurs comme Andenaes (1983) et Wilkins (1984) croient que la sévérité des peines pourrait varier sans que le volume général de la criminalité en soit affecté ³¹.

La justice : le va-et-vient du général au particulier

C'est en prenant appui sur l'idée de justice que l'on trouvera les indications les plus précises sur la part du général et du particulier dans le dosage de la peine.

Commençons par une donnée d'observation courante : la peine varie en fonction de la gravité du délit. Ceci veut dire que, dans les faits, la mesure de la peine est moins affaire d'individualisation ³² que de

³¹ « It seems unlikely that the details of a sentencing system will have any decisive impact on crime rates » (Andenaes, 1983, p. 19).

« The absolute levels of punishment in terms of severity may vary within extremely wide limits without any major impact upon the preservation of social norms » (Wilkins 1984, p. 143).

³² Les termes individualisation et personnalisation prêtent à confusion. Ils laissent tous les deux entendre que la peine devrait être adaptée à la personnalité

rétribution et moins un problème d'utilité que de justice. C'est au nom de la rétribution que l'on voudra donner au délinquant exactement la peine qu'il mérite, ni plus ni moins. Pour ce faire, il faudra se pencher sur les dimensions concrètes de l'affaire : le délit, mais aussi son impact, son auteur, ses intentions et les diverses circonstances aggravantes et atténuantes. La peine vraiment juste est celle que cet individu mérite parce qu'il a commis tel acte dans telles ou telles circonstances. Or pour ajuster le plus exactement possible la sentence aux dimensions concrètes du cas, le juge doit disposer d'un pouvoir d'appréciation assez large. Ceci veut dire que, contrairement à ce que l'on croit souvent, c'est la justice et non l'utilité qui nous dicte de laisser aux agents pénaux un certain pouvoir discrétionnaire. La doctrine de l'individualisation nous a mis sur une fausse piste. Elle veut que les juges utilisent leur pouvoir d'appréciation non pour rendre la meilleure justice possible mais pour prescrire le traitement le plus efficace. C'était leur demander de délaissier une mission qu'ils pouvaient remplir convenablement au profit d'une chimère.

Mais il va de soi que la recherche de la justice ne peut être menée sans règle. Toute la question est alors de déterminer la part qui tient à l'examen des faits de la cause et la part qui tient à l'observation de règles dans la détermination d'une juste punition.

Le premier mouvement du juge consiste à se pencher sur les données concrètes du problème qu'on lui soumet pour en saisir la configuration unique. Dans un second temps, il se demandera quelles sont les règles qui s'y appliquent, mais d'abord il voudra savoir ce qui s'est passé. « Dans tout conflit humain, il y a possibilité d'une décision juste, réclamée par la situation et fondée sur l'examen exhaustif des circonstances »(Strauss, 1953, p. 173). De plus, les questions de justice concrètes sont moins incertaines que celles qui portent sur les principes généraux de la justice. « Dans la plupart des cas, il est beaucoup plus facile de voir avec netteté que tuer était dans tel cas particulier un acte juste que de poser clairement la différence qui existe entre meurtre juste et injuste en soi » (Strauss, 1953, p. 173).

du délinquant : Or les partisans de l'individualisation admettront eux-mêmes qu'il faut tenir compte aussi du délit et du contexte dans lequel il a été commis.

Cependant, la recherche de la solution juste à un cas d'espèce est grandement aidée par un corpus de principes qui appuient la raison au cours de sa démarche. Les agents pénaux doivent savoir ce qu'on attend d'eux ; ils doivent avoir une idée claire de ce qu'ils peuvent faire et ne pas faire ; ils doivent disposer de critères d'appréciation ; ils doivent connaître la marche à suivre. Quand le juge entreprend l'étude d'une cause, il doit savoir ce qu'il cherche, comment il le cherche et pour quelles raisons il le cherche.

Ainsi va-t-on du particulier au général et du général au particulier. « Le droit n'est ni règle générale, ni solution particulière mais cheminement de l'une à l'autre » (Atias, 1985, p. 185). On commence par l'examen d'un cas qui est forcément unique. Mais cet examen ne saura être mené convenablement s'il ne se fait pas selon les règles de l'art, lesquelles peuvent être ou non codifiées. Et finalement la décision à laquelle on arrive consiste en l'application de règles. Mais celles-ci, précisément à cause de leur caractère général, ne peuvent embrasser toute la complexité du réel. C'est alors qu'intervient l'équité pour permettre un nouveau retour sur les données concrètes. Car l'équité n'est rien d'autre qu'un effort d'appliquer la loi en tenant compte des circonstances particulières. C'est l'équité qui permet « d'adapter la règle écrite aux contours de chaque cas d'espèce » (Villey, 1979, p. 244).

Ce va-et-vient entre le particulier et le général s'effectue fort bien dans la jurisprudence. On part du particulier : chaque jugement porte sur une affaire unique. Puis, très vite, on débouche sur le général : le jugement devient source de droit. Ainsi, chaque décision vaut à un double titre : en tant que contribution directe à la justice dans l'affaire qui est jugée et en tant que créatrice de droit pour tous les cas à venir ou elle est susceptible de servir de précédent. Ainsi se crée la jurisprudence qui sert à préciser le texte de loi, à l'enrichir de nouvelles interprétations et à fournir des points de comparaison pour d'autres affaires. De ce point de vue, le jugement est une leçon de justice (Vaurat, 1986, p. 127). Un jugement excellent sert de modèle et, à ce titre, contribue simultanément à la justice particulière et à la justice générale. L'aspiration du juge est de trouver la solution la plus juste possible au cas que les justiciables viennent lui soumettre et, simultanément, de contribuer à une meilleure justice pour un nombre indéter-

miné de causes qui seront jugées dans l'avenir. C'est ainsi que, pierre par pierre, se construit la justice. Chaque jugement juste valant pour l'affaire jugée et par l'exemple qu'il donne à tous ceux qui recherchent la solution juste à un problème semblable.

Les règles de la détermination de la peine

La régulation du *sentencing* doit échapper aux deux extrêmes de l'arbitraire et de la surréglementation. Le juste milieu à découvrir doit tenir compte de deux exigences. Premièrement, la sentence équitable se découvre par l'étude des données particulières de chaque cas d'es-pèce. Deuxièmement, la justice consiste en l'application correcte de principes généraux. Les règles sont donc indispensables. Elles peuvent d'ailleurs prendre des formes diverses : loi codifiée, règlements ou jurisprudence. Leur rôle serait de fixer le cadre général à l'intérieur duquel les agents pénaux disposeraient de la marge de manoeuvre pour juger chaque cas au mérite et pour aller et venir entre le général et le particulier.

Une régulation du processus d'attribution de la peine est indiquée dans trois secteurs : 1) les principes ; 2) la tarification ; et 3) la procédure ³³.

1. *L'énoncé de principes*. La situation est plutôt confuse en ce qui concerne les buts et les principes de la détermination de la peine. On a tendance à assigner à la sentence un grand nombre de buts qui n'informent pas la décision. Un travail de clarification s'impose pour que la détermination de la peine se fasse selon des principes qui s'appliquent uniformément à tous les justiciables.

Il ne semble pas que l'on ait beaucoup à gagner en énonçant les buts de la peine dans un texte de loi. En effet, nous l'avons vu, les variations dans la nature et la sévérité des punitions n'ont que peu d'ef-

³³ La régulation de la procédure fera l'objet de quelques remarques au chapitre XIX.

fets observables sur la criminalité. Les rapports entre le *sentencing* et la réalisation des buts de la peine sont si lâches et si mal connus que leur invocation ne peut pas réduire l'incertitude des agents pénaux. Il se pourrait même qu'il soit contre-indiqué d'insister dans un texte de loi sur les objectifs de la peine. Ceci risquerait d'attirer l'attention des agents pénaux sur des fins qu'ils ne peuvent pas réaliser de toute manière et de les amener à avoir une conception opportuniste de leur mission.

Par contre, il serait utile de rendre explicite le ou les principes sur lesquels repose la détermination de la peine. Une formulation claire du principe de la proportionnalité serait utile aux juges et à leurs collaborateurs. Le chapitre suivant sera consacré à l'examen des éléments à considérer dans l'application de la proportionnalité.

2. *La tarification*. La fixation d'un niveau de sévérité de peine pour chaque catégorie d'infractions pose des problèmes difficiles. Un tarif sera toujours arbitraire parce qu'il est impossible de justifier un niveau absolu de peine par un quelconque principe. Pourquoi telle infraction devrait-elle être sanctionnée par un an de prison et non un an et demi ? Le seul critère perceptible est ce qui est considéré comme juste dans une communauté donnée à un moment donné. Pour cette raison, la jurisprudence devrait avoir un rôle prépondérant dans la fixation des tarifs pénaux. C'est au fil des jugements successifs et des réactions qu'ils suscitent que pourra s'établir le niveau de peine qui paraîtra acceptable à la plupart des membres d'une communauté donnée. Une autre raison pour laquelle il est difficile d'établir un tarif précis tient à l'impossibilité de classer les infractions en catégories vraiment homogènes. La catégorie « vol avec violence », par exemple, peut inclure des faits extrêmement divers, allant du vol avec un minimum de violence jusqu'au hold-up bien planifié et exécuté avec une grande brutalité.

Il n'en reste pas moins que des tarifs indicatifs pourraient offrir aux agents pénaux d'utiles points de repère. Il serait possible de les établir à la suite d'un examen raisonné des sentences médianes infligées dans une juridiction donnée pour un certain nombre de délits typiques. Il ne serait peut-être pas inutile ici de consulter la population. La tarification apporterait aux juges un élément d'information. Elle leur indique-

rait, par exemple, la sentence « typique » par laquelle on sanctionne normalement telle ou telle infraction dans ses manifestations les plus courantes. De tels taux pourraient servir de points de repère pour comparer d'autres délits plus ou moins semblables. Il serait aussi possible de proposer des « fourchettes » qui consisteraient en l'indication de minima et maxima à l'intérieur desquels se fixeraient la plupart des sentences pour différentes catégories d'infractions.

Cinquième partie :
Les principes de la détermination de la peine

Chapitre XVIII

La mesure de la peine

[Retour à la table des matières](#)

La mesure de la peine, c'est la détermination de la juste quantité de punition qui doit être infligée au délinquant. C'est, comme le dit Kellens (1982, p. 5), « la mesure par opposition à la démesure dans l'application d'une règle distributrice de souffrance ». Le problème central du *sentencing* est d'établir un certain rapport entre la quantité de peine qui sera infligée au délinquant et autre chose. Il reste à connaître cette « autre chose ». A quoi précisément la peine devrait-elle être proportionnée ? La réponse consistera à indiquer les caractéristiques d'une affaire criminelle (le délit, le délinquant, la victime et les circonstances) qu'on peut légitimement considérer dans le dosage de la peine. C'est de cette manière que sera spécifié le principe de la proportionnalité.

Dans les faits, la peine est dosée selon la gravité du délit et les antécédents judiciaires de l'accusé (Hood et Sparks, 1970, p. 146 ; Konecni et Ebbesen, 1982 ; Blumstein et coll. 1983, p. 83)³⁴. La prise en considération de la gravité de l'acte est un fait universel : dans toutes

³⁴ Contrairement à ce que croient maints sociologues, des variables comme la classe sociale, la race ou le sexe n'ont pas ou très peu d'influence sur la sentence.

les sociétés humaines connues, la sévérité de la peine est déterminée par la gravité du délit.

Cependant la notion de gravité n'est pas limpide. L'assassinat est un crime grave parce qu'il cause des préjudices importants mais aussi parce qu'il a été prémédité. Quand un homme est tué au cours d'une bagarre dont il est l'initiateur, on dira qu'il y a eu provocation et la peine sera beaucoup plus clémente que celle qui attend l'assassin. Le jugement de gravité est multidimensionnel. Supposons que l'on veuille se faire une idée de la gravité d'un acte que le journal a décrit de la manière suivante : « Un récidiviste éméché tue une jeune fille qui venait tout juste de le traiter publiquement d'impuissant ». Notre évaluation pourra légitimement tenir compte de quatre éléments distincts : 1) la mort de la victime ; 2) l'insulte ; 3) l'impulsivité de l'acte ; et 4) le fait qu'il ait été commis par un récidiviste. Ces quatre dimensions ne sont pas réductibles l'une à l'autre. Et il n'est pas du tout sûr que l'on puisse en faire des éléments de la gravité. Pour cette raison, une clarification des facteurs qui interviennent dans la mesure de la peine n'est pas inutile. L'on commencera par une énumération des principales catégories de facteurs à prendre en considération lors de l'attribution d'une peine. Ceci permettra au lecteur d'avoir une vue d'ensemble de la matière. Par la suite, certains aspects de la question qui n'ont pas été traités jusqu'à maintenant feront l'objet de quelques développements.

Les facteurs à considérer dans l'attribution de la peine

1. *Les préjudices causés et appréhendés.* Plus les dommages que le crime a causés (ou qu'il risquait de causer) sont importants, plus le crime est grave. Trois types de préjudices peuvent être distingués : a) la violence, b) les atteintes à la propriété, c) l'impact psychologique et social.

2. *La responsabilité du délinquant.* Plus l'accusé a agi délibérément et en connaissance de cause, plus il est responsable et plus il mérite d'être jugé sévèrement.

3. *Le partage des torts.* L'accusé devrait bénéficier d'une certaine clémence quand, dans le conflit qui s'est soldé par le crime, une partie des torts incombe à la victime.

4. *Les antécédents judiciaires de l'accusé.* Plus les antécédents d'un délinquant sont lourds (en tenant compte du nombre et de la gravité des délits), plus il mérite une peine sévère.

5. *Les circonstances aggravantes et atténuantes.* Toutes sortes de circonstances peuvent légitimement être évoquées soit pour augmenter la sévérité de la peine, soit pour la réduire. Cependant, la diversité des situations concrètes qui peuvent autoriser une telle modulation de la sanction est si grande qu'il est impossible d'en établir une liste exhaustive.

Parmi les cinq catégories de facteurs qui viennent d'être énumérées, il s'en trouve deux qui ont déjà été traitées précédemment. La question de la responsabilité a été débattue au chapitre XIII et le problème des antécédents judiciaires a été examiné aux chapitres XV et XVI (la neutralisation et la prédiction). Il n'y a pas lieu de revenir sur ces points. Par contre, il importe d'apporter des éclaircissements sur les trois autres dimensions à savoir sur les préjudices, sur le partage des torts et enfin sur les circonstances aggravantes et atténuantes.

Les préjudices causés et appréhendés

L'impact du crime sur la victime forme le gros de ce qu'on entend par la gravité du crime dans le sens restreint du terme. De toute évidence, le tort causé effectivement est essentiel à l'appréciation de la gravité. Mais il ne faut pas négliger les dommages appréhendés, c'est-à-dire les risques que font courir certains actes délictueux. On punit celui qui place une bombe dans un lieu public même si, en explosant, elle ne tue personne. Et on n'est pas tendre pour les énergumènes qui s'amuse à tirer des coups de fusil dans la foule même si, par chance, ils n'atteignent aucun passant.

Il n'est pas toujours facile de prendre la mesure de l'ampleur des torts causés par le crime parce que ses conséquences peuvent être fort différentes d'un cas à l'autre. L'impact du crime peut être décomposé en trois éléments : 1) la violence ; 2) les atteintes à la propriété ; et 3) les séquelles psychologiques et sociales.

La violence. La violence d'un crime désigne soit les moyens utilisés, soit les blessures infligées. Ainsi, on dira d'un crime qu'il est fort violent parce que la victime, a été menacée avec une arme à feu plutôt qu'avec un bâton. Par ailleurs, on dira d'un autre crime qu'il a été très violent parce qu'il s'est soldé par des blessures tellement graves qu'un membre a dû être amputé. Quand vient le moment d'apprécier l'importance des atteintes à l'intégrité physique, on peut tenir compte non seulement des handicaps permanents mais aussi du temps que la victime a pris pour récupérer. Il s'en trouve qui perdent plusieurs mois de travail parce que le crime les a rendues incapables de travailler. Bref, un crime sera d'autant plus grave que les moyens utilisés auront été violents et ses conséquences physiques importantes.

La violence était plus facilement tolérée autrefois qu'aujourd'hui. L'ancien droit criminel français était fort indulgent pour les coups et blessures ; seuls les homicides étaient vraiment réprimés (Laingui et Lebigre, 1979, p. 147). Pourquoi sommes-nous devenus plus intolérants à la violence ? On peut penser que la vie était courte et dure autrefois ; les gens étaient plus habitués à la souffrance et à la mort. La religion encourageait les peuples à croire à l'existence de valeurs supérieures à la vie. La croyance en un au-delà conduisait à une attitude de résignation devant la mort. Aujourd'hui, l'espérance de vie est beaucoup plus longue. La conservation de la vie est devenue une valeur suprême. Parallèlement, la sécurité est mieux assurée, précisément parce que la violence est fortement réprouvée, mais aussi parce que l'État défend jalousement son monopole de la violence en réprimant ceux qui prétendent l'entamer.

Encore maintenant subsistent des formes de violence tolérées ou même carrément approuvées. Les parents corrigent leurs enfants ; ces derniers pratiquent des sports violents et on ne fait pas grand cas de leurs bagarres. Sur un autre plan, la légitime défense peut être invoquée pour excuser l'homicide d'un agresseur. Il est évident que toute

violence n'est pas criminelle. Elle le devient à certaines conditions : quand elle est excessive, quand elle accompagne le vol, quand elle est gratuite, non provoquée ou déloyale, quand elle frappe une personne vulnérable...

Les atteintes à la propriété. Il est un critère simple et direct pour évaluer la gravité des délits contre la propriété ; c'est l'ampleur des pertes financières encourues par la victime. Quand ce n'est pas de l'argent qui a été volé, la valeur de remplacement des biens volés ou détruits est une indication de l'importance du tort causé. Des préjudices d'une autre nature peuvent aussi avoir été causés. Les répondants du British Crime Survey qui s'étaient fait voler leur voiture rapportaient que la pire conséquence du vol avait été de ne pas pouvoir se déplacer comme ils l'entendaient (Hough et Mayhew, 1985, pp. 29-30). Une des conséquences d'un vol de portefeuille est l'obligation de remplacer les cartes et les permis que celui-ci contenait : l'on connaît les démarches longues et fastidieuses que cela impose.

À valeur égale, un vol sera plus grave s'il est commis au détriment d'un pauvre que d'un riche parce qu'il cause un préjudice plus important.

Le cambriolage dans une résidence a, de tout temps, été considéré comme un crime relativement grave. En France, sous l'Ancien Régime, le vol par effraction, surtout de nuit, pouvait facilement conduire son auteur sur le gibet (Laingui et Lebigre, 1979, p. 193). Le domicile est un refuge ; il importe que l'on s'y sente en sécurité. Sa violation ne peut être traitée à la légère. D'autant plus que le cambriolage peut avoir un impact plus grand qu'on ne se l'imagine. Il a été démontré qu'une substantielle minorité de gens subissent un choc quand ils découvrent que leur maison a été visitée par les monte-en-l'air. Ils ressentent l'effraction comme une invasion, comme la violation de leur intimité. Certaines victimes l'assimilent à un viol. L'événement peut laisser des séquelles : on cesse de se sentir en sécurité dans sa propre maison et on dort mal. On comprend alors pourquoi certaines victimes considèrent le cambriolage comme un crime de violence (Bard et Sangrey, 1979, pp. 18-20 ; Maguire, 1982, pp. 124-129 ; Baril, 1984, pp. 167-168 ; Hough, 1984).

L'impact psychologique et social. Les récentes recherches en victimologie nous ont fait découvrir l'ampleur des séquelles psychologiques d'un crime. Il arrive que l'expérience de la victimisation fasse perdre le sentiment de la sécurité, plongeant certains dans un climat de peur constante. Après s'être fait arracher son sac à main, une femme n'osera plus sortir le soir ; le jour, elle sera craintive dans la rue (Bard et Sangrey, 1979, p. 12). Certaines victimes de vol par effraction transforment leur maison en forteresse, s'y barricadant de jour comme de nuit. D'autres vont jusqu'à déménager parce qu'elles ne se sentent plus à l'abri dans leur appartement (Baril, 1984, pp. 218-219). Certains caissiers et commerçants qui ont subi un hold-up sont envahis par une peur panique quand ils retournent sur les lieux où ils travaillent. N'en pouvant plus, ils abandonnent leur emploi, vendent leur commerce ou font faillite (Baril, 1984, p. 226).

Les crimes, en particulier les crimes violents commis par de purs inconnus, administrent à ceux qu'ils frappent la démonstration que le milieu dans lequel ils vivent est imprévisible et dangereux. Ceci les rend méfiants ; ils se ferment sur eux-mêmes. A la longue, l'insécurité conduit à une détérioration des rapports sociaux, les gens n'osant plus entrer en relation les uns avec les autres.

Généralement, la victime ressent une vive humiliation quand elle a été subjuguée par des moyens violents. Elle a honte de s'être soumise sans résister. Mais le problème est sans solution : si elle résiste, elle risque de se faire tuer. De là vient un sentiment d'impuissance assez souvent observé. Quelquefois, l'estime de soi de la victime se ressent de ce mélange de honte et d'impuissance ; elle en vient à se mépriser (Baril, 1984, p. 233).

Dans les cas les plus graves, le crime traumatise durablement la personne qui le subit et laisse derrière lui diverses perturbations psychologiques : cauchemars, nervosité, obsessions, troubles du sommeil et de la mémoire, léthargie, désordres psychosomatiques et dépression (Maguire, 1982, pp. 126-128 ; Baril 1984, pp. 228-234).

Finalement, le crime peut se répercuter sur les proches de la victime. Quand une personne a été gravement traumatisée, elle ne peut plus fonctionner normalement, du moins pendant un certain temps. Il

est alors inévitable que ses parents et ses amis subissent les contre-coups de cet état. Les meurtres causent aux proches du mort des préjudices dont on mesure mal l'ampleur. La mère, le père, les frères, les soeurs et les amis intimes de la personne assassinée sont très souvent irrémédiablement perturbés par le drame. La mort d'un proche est toujours un événement traumatisant, mais le choc est encore plus dur quand il est cause par une mort violente délibérément provoquée (Bard et Sangrey, 1979, p. 13).

Le délinquant devrait-il être tenu responsable des conséquences réelles de son acte ?

Lors du choix de la peine, les tribunaux accordent quelquefois plus d'importance à la catégorie légale à laquelle appartient le délit qu'à son impact réel. Il est permis de s'interroger sur cette pratique. Elle assure une égalité formelle, mais est-ce là la justice ? Il y a des cambriolages qui ne causent que quelques désagréments mineurs aux intéressés et il en est d'autres qui les traumatisent à tel point qu'ils cessent de se sentir en sécurité dans leur propre maison. Est-il équitable de traiter de la même manière des actes qui ont des conséquences si différentes ? Les classifications légales des infractions sont-elles à ce point parfaites que l'on doive sanctionner de la même manière le délit qui dérange à peine et celui qui laisse des marques durables ? Si l'on pense que la justice doit s'incarner dans les cas particuliers, il importe plutôt de tenir compte des circonstances concrètes du délit et, tout spécialement, de son impact. Dans le cas de crimes comme les coups et blessures, les vols par effraction, les hold-up et les viols, les conséquences réelles de l'acte sont extrêmement variables. Ceux qui se livrent à ce genre d'activités devraient le savoir. Le criminel doit être tenu responsable des conséquences de ses actes, y compris de celles qu'il n'a pas voulues mais qu'il aurait dû prévoir. Il faut prendre pour acquis- que le cambrioleur sait qu'il expose ses victimes à un choc d'une intensité très variable. S'il se fait prendre et que l'impact du crime est mineur, tant mieux pour lui. Mais si son passage affecte gravement sa victime, tant pis pour lui : ce n'est que justice qu'il en supporte l'odieux.

En droit civil, le montant des dommages-intérêts est déterminé à partir des torts subis par le demandeur. En droit criminel, le préjudice effectivement subi devrait être non le critère exclusif, mais un critère important dans la mesure de la peine. Et il arrive assez souvent que ce soit le cas. Si je tire un coup de fusil dans la direction de mon ennemi et que je le manque, on ne me condamnera que pour tentative de meurtre. Si je le tue, on me condamnera pour meurtre et la peine que je recevrai sera beaucoup plus sévère. A un niveau inférieur de gravité, les coups et blessures sont punis de façon bien différente selon qu'il s'agit de blessures bénignes ou graves. Cette politique, pourtant pleine de bon sens, n'est pas suivie systématiquement. On ne juge pas toujours bon de s'intéresser au sort que le criminel a fait à sa victime. C'est que, en droit pénal, on a eu la fâcheuse tendance à tout rapporter à la subjectivité du délinquant. On a pris l'habitude de se livrer à d'incertaines spéculations sur les intentions, la personnalité et les états d'âme de l'accusé. Quand le droit s'égaré dans la vie intérieure, il cesse d'être du droit. En effet, les Anciens nous ont enseigné que le droit porte sur des réalités objectives ; il n'a que faire des secrets dissimulés dans les replis de la conscience. Il n'est ni possible ni souhaitable de pénétrer dans le monde intérieur du criminel, et tout particulièrement dans les recoins qu'il tient à nous cacher. En revanche, il est tout à fait possible de faire une évaluation, au moins approximative, de l'ampleur des torts réellement causés à la victime. On lâche la proie pour l'ombre quand nos futiles tentatives de connaître l'âme de l'accusé se font au détriment de l'appréciation des préjudices causés.

On ne voit pas comment une peine juste pourrait ignorer la gravité du crime. Or celle-ci ne peut être appréciée dans l'ignorance de l'impact du crime sur la victime. S'il est juste que l'on rende en proportion de ce qu'on a reçu, il sera juste que l'on inflige au délinquant une punition qui soit à la mesure de la souffrance qu'il a causée.

Le partage des torts

Dans une minorité d'affaires criminelles, le juge ne peut s'empêcher de s'interroger sur l'innocence de la victime. Ainsi, quand un crime de violence met aux prises des proches parents ou des partenai-

res de jeu, il ne peut exclure *a priori* l'hypothèse que les torts soient partagés. Si, à l'examen, il découvre qu'il y a eu provocation, il sera enclin à l'indulgence. Il se dira que l'accusé ne devrait pas subir toutes les rigueurs de la loi dans la mesure où son crime répondait à une offense.

Cette attitude n'est pas sans rapport avec une conception rétributive de la peine ou, pour être plus précis, avec une sensibilité rétributive. Cette dernière fait naître le sentiment que l'accusé, dont le crime s'explique par un préjudice subi, n'est pas aussi blâmable que celui qui s'est livré à une attaque non provoquée. L'accusé n'a pas à supporter tout l'odieux du crime si la victime y est pour quelque chose.

Quand un crime de violence est commis au cours d'une rixe, il ne sera pas facile de départager les responsabilités. En général, il faudra que l'un des protagonistes ait causé une blessure pour qu'il se retrouve sur le banc des accusés. Et alors, il aura de bonnes chances de profiter du bénéfice du doute. Quand il y a mort d'homme au terme d'une bagarre, les juges et les jurys inclineront vers l'acquittement ou la clémence s'il est démontré que le mort avait été le premier à brandir une arme ou à infliger un coup. La légitime défense pourra alors être invoquée. Même si cette excuse n'est pas retenue, la peine sera atténuée parce que l'on se dira qu'une partie des torts incombait à la victime.

À côté de ces provocations assez manifestes, il se trouve d'autres situations que l'on peut mettre en évidence pour excuser la violence même si ce n'est pas toujours très clair. Toutes sortes d'offenses peuvent déclencher de la violence qui sera relativement peu blâmée sinon excusée : atteintes à l'honneur, injures, dettes non payées, harcèlement, adultère... Plus le préjudice subi est grave et immédiat, plus la violence qu'il provoque sera perçue avec indulgence.

La compréhension manifestée à l'égard des actes violents qui répondent à une offense quelconque s'explique par deux raisons distinctes. La première est que la provocation diminue la responsabilité du délinquant : elle lui fait perdre le contrôle de soi. On comprend que, sous le coup d'une offense grave, le sang ne fasse qu'un tour et que l'on frappe son offenseur dans un mouvement impulsif. La seconde raison est que le dosage de la peine doit prendre en compte les torts

éventuels de la victime. On se soucie « de tenir compte de la faute de la victime et de la faire venir en déduction de celle du délinquant » (Merle et Vitu, 1984, p. 919). La culpabilité du criminel varie en raison inverse de celle de sa victime.

Un crime est un crime d'abord parce que c'est un acte injuste : il fait subir à la victime un préjudice inéquitable. Il s'ensuit que, lors de l'appréciation d'un crime, il faut se demander : Jusqu'à quel point le tort subi par la victime est-il injuste ? C'est une plus grande injustice de frapper celui qui ne nous a rien fait que celui qui nous a causé un tort sérieux. On peut difficilement être aussi sévère avec celui qui frappait pour être quitte d'une offense qu'avec celui qui s'est livré à une agression gratuite. On conviendra qu'il est interdit de se faire justice soi-même et qu'il est nécessaire de punir celui dont le crime avait pour fin de tirer réparation pour un mal causé. Il n'en reste pas moins qu'il serait excessif de lui infliger une peine aussi sévère que celle que l'on réserve à l'auteur d'une attaque non provoquée. Les violences en réponse à une offense peuvent être vues comme des tentatives maladroites pour corriger une injustice subie. Ce n'est pas à de tels gestes que la loi réserve toute sa rigueur.

Les crimes impliquant des proches. Une observation étonnante a été rapportée maintes et maintes fois par les sociologues du droit : on est plus clément lorsque le criminel et sa victime se connaissaient que lorsqu'ils étaient des inconnus l'un pour l'autre. Le meurtre d'un conjoint ou d'un ami semblerait moins grave que celui d'un inconnu. Tout se passe comme si l'intimité favorisait l'impunité (Black, 1976, pp. 40-50 ; Gottfredson et Gottfredson, 1980, p. 330).

Il semble que le droit pénal soit une forme de contrôle social mieux conçue pour régler les litiges entre inconnus qu'entre connaissances. On hésite à y recourir quand des proches en viennent aux mains. Les intéressés eux-mêmes ont de semblables réticences. Bien des gens qui sont victimes d'un proche ne rapportent pas le crime à la police parce que, disent-ils, « c'était une affaire privée » (Hindelang, 1976, in Gottfredson et Gottfredson, 1980, p. 32). De leur côté, les agents pénaux ne manifestent aucun enthousiasme pour faire avancer les affaires impliquant des proches. La police préfère les ignorer quand elle le peut. Le ministère public, de son côté, aura tendance à les classer « sans

suite ». Le droit criminel apparaît comme un intrus dans le cercle des intimes. Par exemple, on trouvera saugrenue l'idée de faire appel à la justice quand un vol a été commis par le fils au détriment de ses parents. Le droit pénal a clairement pour mission de protéger les gens qui se trouvent sur la voie publique. Mais a-t-il aussi pour fonction de protéger les intimes les uns contre les autres ? C'est beaucoup moins évident.

L'intervention juridique au sein du tissu familial semble inopportune à cause de la nature même des relations qui s'y nouent. Entre intimes, il n'y a pratiquement pas de contrats, pas de règles explicites, pas de droits formels, pas d'intérêts délimités clairement. On y trouve plutôt le partage, les attentes implicites, les intérêts communs. Les intimes se respectent mutuellement parce qu'ils se connaissent et non parce que la loi les y oblige. Nous sommes dans le monde des relations d'individu à individu. L'affection, l'admiration, la réciprocité régularisent les rapports. C'est ce que Piaget (1965, p. 191-193) appelle le fait moral. Les sentiments personnels y prédominent. L'autre est considéré comme un être unique. Par opposition, le fait juridique est fondé sur un sentiment impersonnel : la reconnaissance du droit de l'autre quel qu'il soit. Ce droit vaut dans l'abstrait. Je respecte la propriété d'autrui non parce que je l'aime, mais parce que je reconnais qu'il détient un droit. Entre intimes, la justice pénale n'a pas, en principe, à intervenir parce que les partenaires ont pris l'un sur l'autre. Ils devraient pouvoir régler leurs problèmes eux-mêmes. Si un conflit surgit, chacun met de l'eau dans son vin pour préserver une relation à laquelle il tient, et la difficulté est surmontée. Le droit est inutile quand les moyens purement relationnels pour agir sur l'autre suffisent. L'intervention juridique risque même d'envenimer la situation et de compromettre irrémédiablement la relation. Les agents pénaux ont donc raison de n'intervenir qu'avec réserve dans ce domaine.

On comprend pourquoi les affaires domestiques qui aboutissent devant les tribunaux sont bien souvent graves et délicates. L'écheveau des torts réciproques ne sera pas facile à démêler. Quand un homme ou une femme tue son conjoint ou son partenaire, on voudra, au moment de juger, replacer le crime dans son contexte relationnel. L'acte fatal sera vu comme le dernier épisode de l'histoire d'une relation. Son sens sera cherché dans un éventuel contentieux qui opposait les ac-

teurs du drame ou encore dans une quelconque action coupable de la part de celui qui a finalement été tué. Dans de telles affaires, le procès de la victime s'inscrit en filigrane dans celui de l'accusé.

Il n'y a donc pas à se surprendre si les crimes passionnels, même ceux qui sont clairement prémédités, jouissent d'une indulgence qui peut aller jusqu'à l'acquittement. Les juges et les jurys ne peuvent s'empêcher d'inclure dans leurs considérations les rapports qui avaient lié le futur criminel et son éventuelle victime. Et ils sont naturellement portés à la clémence s'ils découvrent que les torts étaient surtout du côté de la victime. C'est particulièrement clair dans certains procès où on juge une femme qui a tué son conjoint. Bien souvent, elle sera acquittée et, si elle ne l'est pas, elle profitera de la clémence de la cour. Il est vraisemblable que la perception de la femme comme étant un être vulnérable ait pu jouer. Mais il y a autre chose. Bien souvent, la balance des torts pesait du côté du mari : il vivait aux crochets de sa femme ; il était infidèle, alcoolique, despotique... La femme est alors traitée avec commisération parce que son acte ne paraît pas intrinsèquement injuste, compte tenu du comportement du mari. De ce dernier, on dira : il ne l'a pas volé, il a reçu ce qu'il méritait. On peut difficilement s'empêcher d'être indulgent devant un crime qui restaurait l'équilibre d'une relation marquée par l'exploitation.

Les homicides provoqués par une longue séquence de harcèlement peuvent être analysés selon la même logique. Avant de passer à l'acte, certains meurtriers avaient été véritablement persécutés, subissant pendant de longs mois insultes, humiliations et provocations. Quand finalement le persécuté tue son persécuteur, il a de bonnes chances de s'en tirer à bon compte. L'accumulation des offenses excuse l'acte : on se dit que le tourmenteur a fini par payer pour tout ce qu'il a fait endurer à sa victime.

Les circonstances aggravantes et atténuantes

Il arrive assez souvent qu'un juge croie que certaines circonstances particulières de l'affaire militent en faveur d'une aggravation ou d'une atténuation de la peine. Comme il est impossible de prévoir à l'avance

toutes les circonstances concrètes qui conduiront à une modification de la peine, il faut prévoir une catégorie résiduelle. Les circonstances aggravantes et atténuantes sont les caractéristiques d'une affaire qui conduiront à une modification de la peine par rapport au niveau ou elle aurait été établie si l'on n'avait tenu compte que des préjudices, de la responsabilité, du partage des torts et des antécédents.

Étant donné que la fonction de cette catégorie est précisément de favoriser la prise en compte de la diversité des situations concrètes, il serait contre-indiqué d'en faire une liste qui se voudrait exhaustive.

Les circonstances aggravantes et atténuantes sont matière d'appréciation. Leur sens et leur poids ne sauraient être déterminés autrement que par l'examen du contexte dans lequel le crime s'est déroulé. Il n'en reste pas moins qu'il existe quelques circonstances dont l'importance est généralement reconnue. Il en est deux qui seront examinées Ici à titre d'exemples : le rapport des forces et le fait d'occuper un poste de confiance.

Le rapport des forces. Dans les crimes de violence, plus le rapport des forces entre la victime et le criminel est à l'avantage de ce dernier, plus la peine sera sévère. Les gens acceptent très mal que l'on s'en prenne aux faibles. Par contre, ils jugent avec indulgence un combat qui met aux prises des adversaires d'égale force, surtout si ceux-ci se battent loyalement. Au Canada, on punit sévèrement l'homme qui s'en prend à une femme, à un enfant, à un vieillard ou à un infirme (Ruby, 1980, p. 130 ; Nadin-Davis, 1982a, pp. 105 et 114 ; Hagan, 1983, p. 214). La vulnérabilité de la victime est une circonstance aggravante.

Ce souci d'offrir une protection supplémentaire aux faibles se comprend aisément. Notre sens de la justice est heurté par le spectacle d'une attaque d'un fort contre un faible. De plus, une mission importante du droit pénal est de protéger les personnes sans défense. La sanction pénale rétablit l'égalité en empêchant les gens qui possèdent une force physique supérieure d'en abuser pour dominer autrui. La loi tient en respect les puissants qui seraient tentés de tyranniser les faibles. Elle efface ou atténue les inégalités qui résultent du fait que la force physique est inégalement répartie.

Les atteintes à la confiance. Les accusés qui profitent de la confiance qui leur avait été accordée pour commettre une fraude ou tout autre crime sont jugés sévèrement. Ainsi en est-il des comptables et des gérants de banque qui escroquent de l'argent en falsifiant leurs livres ; des notaires qui s'approprient l'argent qui leur est confié ; des policiers qui revendent la drogue qu'ils ont confisquée et des enseignants qui agressent sexuellement leurs élèves.

La confiance est quelquefois indispensable à des activités qui sont elles-mêmes vitales pour la société. Si on cessait de faire confiance aux gérants de banque, le système financier tout entier en subirait les contrecoups. Et les pays où les policiers se conduisent comme des criminels ne sont pas des endroits où il fait bon vivre. C'est pourquoi, trahir la confiance est une faute grave qui mérite d'être réprimée sans faiblesse.

Le principe de la proportionnalité

Le présent chapitre avait pour but de donner un contenu plus précis au principe selon lequel il doit y avoir une correspondance entre la sévérité de la peine, d'une part, et la gravité du délit et les antécédents, du délinquant, d'autre part. L'identification de cinq éléments à considérer dans le dosage de la peine nous permet de spécifier le principe de la proportionnalité de la manière suivante. Il doit y avoir commune mesure entre la sévérité de la peine et l'ampleur des préjudices dont le délinquant est responsable compte tenu de ses antécédents, des torts éventuels de la victime et d'un nombre indéterminé de facteurs aggravants et atténuants.

Cinquième partie :
Les principes de la détermination de la peine

Chapitre XIX

La place de la victime dans la détermination de la peine

[Retour à la table des matières](#)

Il reste à répondre à une dernière question : si l'on accepte de donner à la victime un droit de parole dans le processus de détermination de la peine, selon quelles modalités devrait-elle intervenir ? Les Français ont résolu le problème par la constitution de la partie civile cependant que, dans les pays de Common Law, les réticences à une reconnaissance juridique de la victime persistent. La participation de la victime pourrait être de deux ordres : d'abord informer la cour sur toute question pertinente à la mesure de la peine, puis requérir une indemnisation et une peine.

L'information

Nous avons vu, dans le chapitre précédent, qu'un dosage judicieux de la peine exige que soient connus, notamment, les préjudices, le partage des torts, la responsabilité du délinquant et les circonstances aggravantes et atténuantes, Sur tous ces points, la victime peut disposer d'informations susceptibles d'éclairer la cour. Sa version sera évidemment décisive quant aux torts causés. Qui d'autre que celui qui a

subi le crime peut mieux aider le juge à prendre la mesure de l'ampleur des torts subis ? La victime a une connaissance directe du crime, souvent elle l'a ressenti dans sa chair. Il est essentiel que cette connaissance soit communiquée à la cour et à tous ceux qui s'y trouvent, y compris au délinquant qui, espérons-le, y puisera matière à réflexion.

Dans les causes d'homicide ou de meurtre, les proches du mort (père, mère, enfants, frères, soeurs, amis intimes) devraient être assimilés à la partie lésée. Leurs témoignages permettraient de répondre aux deux questions suivantes. Quels préjudices ont-ils subi du fait de la perte brutale de ce parent ou ami ? Et qui était, concrètement, le mort ? En effet, pour prendre la mesure de la gravité réelle d'un homicide, il faut avoir une image précise de la personne qui a été retirée du rang des vivants. C'est de personnes en chair et en os dont il est question lors d'un procès pour meurtre : l'accusé n'est pas une abstraction, et sa victime non plus ³⁵.

Le témoignage de la partie lésée est indispensable pour percevoir un des aspects essentiels du crime et pour en apprécier la gravité concrète ; c'est d'abord pour servir la vérité qu'il faut donner la parole aux victimes.

Les réquisitions

La partie lésée devrait aussi pouvoir soumettre à la cour ses demandes concernant l'indemnisation qui pourrait lui être versée ainsi que la punition à infliger au coupable. Le premier point ne devrait pas soulever de difficultés de principe pour ceux qui croient à la justice corrective. Mais la victime peut-elle aussi requérir une peine ? Si elle a des attentes précises qu'elle peut étayer sur divers arguments, on ne

³⁵ Dans un livre consacré au meurtre d'une étudiante de Yale intitulé *The Killing of Bonnie Garland*, Gaylin (1982, p. 239) a fait d'émouvantes remarques sur l'évocation de la personnalité de la victime assassinée : a The jury should have been reminded constantly of Bonnie, because it was her loss that the state was concerning itself with. They should have been moved by the richness and promise of her life in order to appreciate the magnitude of the crime that deprived her of life. ».

voit pas au nom de quelle logique il faudrait lui imposer le silence. La justice ne gagne rien à laisser le juge dans l'ignorance du point de vue d'un des plaignants. Il semble donc juste et raisonnable de lui accorder le droit de s'exprimer sur la peine.

Cependant, dira-t-on, en admettant que les réquisitions des victimes ne seront pas nécessairement excessives, elles ne seront certainement pas dépourvues d'un élément vindicatif. C'est juste. À ceci on répond que c'est une réalité avec laquelle il faut composer. La justice pénale est liée à la vengeance par des liens si étroits qu'il est impossible de séparer l'une de l'autre. Un droit criminel épuré de sa composante vindicative est une utopie. Il est préférable de laisser la vengeance s'exprimer à visage découvert plutôt que de perpétuer cette longue hypocrisie qui consiste à pratiquer une justice inévitablement vindicative tout en faisant semblant de faire autre chose. Cette position semblera peu chrétienne et pourtant Saint Thomas d'Aquin affirmait que le plaignant a le droit de requérir une peine et que le juge, dans ce cas, ne peut remettre la peine. Traitant de l'« accusateur », il écrivait qu'il « a parfois le droit d'exiger que le coupable soit puni, par exemple, pour le tort qui lui a été fait. Alors aucun juge n'est libre d'acquitter, car il est tenu d'assurer le respect des droits d'un chacun » (Ila Ilae Qu. 67 art. 4).

Il va de soi que le juge ne saurait être lié par les revendications excessives de la victime. Il n'en reste pas moins qu'il doit les entendre et les mettre dans la balance au même titre que les représentations de la défense et que celles de la poursuite. Ceci pour deux raisons.

En premier lieu, un contrat implicite lie l'État aux citoyens et, tout particulièrement, à ceux qui subissent un préjudice du fait d'un crime. Les autorités demandent à ces derniers de ne pas se faire justice eux-mêmes et, en contrepartie, elles s'engagent à punir leurs agresseurs. Les particuliers renoncent à se venger parce qu'ils escomptent que l'État le fera à leur place. Si celui-ci ne tient pas son engagement, les victimes s'estimeront à bon droit trompées.

Le deuxième argument est fondé sur la justice corrective qui veut que la victime d'un délit ait droit à une réparation. Il arrive, notamment dans les causes de viol et de meurtre, que la seule réparation qui

saura satisfaire le plaignant soit le châtement du violeur ou du meurtrier, et rien d'autre. La partie lésée peut très bien faire valoir que la peine est la seule compensation qui soit à la mesure du préjudice irréparable que le coupable lui a infligé délibérément. Si, dans de tels cas, le juge refuse de punir ou s'il est excessivement clément, il prive la victime de ce qui lui est dû. Par son crime, le criminel a contracté une dette envers ceux qu'il a lésés. Ces derniers sont en droit de réclamer une compensation et celle-ci peut être une peine. Quand le juge donne une sentence dérisoire contre la volonté de la victime, il s'arroge une prérogative qui ne lui appartient pas. « La clémence est l'apanage de la victime, non de ceux qui ont la redoutable tâche de juger. Il n'appartient à personne de pardonner pour autrui et à sa place » (Vullierme, 1983, p. 170). « C'est être généreux à bon compte que de l'être avec ce qui ne nous appartient pas. Nous ne pouvons pas nous montrer généreux envers l'une des parties avec ce qui appartient à l'autre : ses biens, sa douleur ou son bonheur » (Béteille, 1984, p. 4). La même logique, bien entendu, voudra que l'avis de la victime soit pris en considération si elle demande la clémence pour l'accusé. À titre de créancière, elle peut effacer la dette qui lui est due.

On peut donc conclure que le juge est dans l'obligation de punir quand le crime est relativement grave et quand la victime s'oppose à la clémence. « Ne pas réagir contre le crime est injuste pour la victime, pour d'autres victimes en puissance et pour nous tous » (Commission de réforme du droit du Canada, 1976, p. 1).

Cependant, il est sûr que les réclamations des plaignants ne sauraient être le dernier mot de la justice. Elles ne sont qu'un des éléments pris en considération par le juge. Il lui faut aussi entendre la défense et la poursuite, et tenir compte de leurs arguments. Sa préoccupation majeure sera de proportionner le plus parfaitement possible la peine à tous les éléments pertinents de l'affaire. En dernière analyse, il lui revient de faire le partage et de trancher après avoir déposé tous les points de vue dans la balance : celui de l'accusé, celui de la société et enfin celui de la partie directement lésée.

La procédure

Des règles de procédure à l'étape de l'attribution de la peine devraient être conçues pour favoriser la participation et la confrontation dialectique des trois parties concernées par l'affaire. La recherche de la peine juste et adéquate devrait donc être menée conjointement par l'accusé (et son avocat), le représentant de la société et la victime (la partie civile). Le débat entre les trois parties devrait être facilité par la procédure afin que la vérité soit découverte dialectiquement. Le juge aurait alors un double rôle : présider les débats puis trancher en tenant compte des éclairages complémentaires qu'il en a reçus.

Ceux qui, dans les pays de *Common Law*, envisagent de donner une place à la victime dans la procédure pénale pourraient méditer avec profit sur l'exemple français. Dans l'Hexagone, l'individu qui a subi un préjudice matériel ou moral du fait d'une infraction peut se constituer partie civile dans le procès criminel pour demander réparation. La finalité de l'action civile est principalement réparatrice. Elle vise à la restitution et à l'allocation d'une indemnité. Cependant, comme l'indique Pradel (1986, no 183), c'est aussi « une action à finalité répressive puisqu'elle met en mouvement l'action publique si celle-ci n'a pas été exercée par le parquet ». Certains juristes français vont même jusqu'à reconnaître une dimension vindicative à l'action civile. Il n'en reste pas moins que son sens premier est la réparation.

Toujours dans le but de donner un plus grand poids à la victime dans la justice criminelle, deux suggestions supplémentaires seront faites. L'une porte sur le rapport préalable à la sentence et l'autre sur le droit d'en appeler de la sentence ³⁶.

La version de la victime devrait faire partie intégrante des rapports qui sont soumis aux juges afin de les éclairer dans le *sentencing*. Au Canada et aux États-Unis, les agents de probation occupent une position stratégique dans le processus de détermination de la peine. Leur influence est non négligeable comme en témoigne le fait que les juges

³⁶ L'une et l'autre ont été évoquées par Coffee et Tonry, 1983, pp. 196-199.

suivent très souvent leurs recommandations. A l'étape du choix de la peine, leur travail consiste à recueillir et à analyser l'information pertinente puis de faire les recommandations qui en découlent. Toute la question cependant est de savoir quelle devrait être l'information réellement pertinente. J'ai défendu, dans le chapitre XVIII, qu'elle devrait relever de l'une ou l'autre des cinq catégories suivantes : les préjudices, la responsabilité du délinquant, le partage des torts, les antécédents et les circonstances aggravantes et atténuantes. Quand un rapport « présentence » est soumis à la cour, il va de soi qu'il devrait être discuté par les trois parties prenantes à l'affaire.

Dans les remarques sur la tarification qu'on trouve à la fin du chapitre XVII, il était question du rôle crucial de la jurisprudence dans le développement de tarifs pouvant servir de points de comparaison aux juges. Le développement d'une telle jurisprudence suppose que les sentences puissent être portées en appel et que les jugements des tribunaux d'appel soient publiés comme c'est le cas dans plusieurs pays. Ce qui manque cependant, c'est la possibilité, pour la partie lésée, d'en appeler de la sentence. Celle-ci devrait pouvoir le faire au même titre que le ministère public ou que la défense.

Conclusion

Contrairement à ce que prétend une doctrine qui a eu trop longtemps cours, le droit pénal n'est pas un droit purement public. Il est aussi un droit privé. Le crime n'offense pas seulement la société mais aussi, le plus souvent, un particulier. C'est même lui qui a subi le dommage le plus direct. À ce titre, il est demandeur. La justice exige donc que la victime d'un crime soit reconnue comme participant à part entière du processus pénal. Il est essentiel de « civiliser » le droit criminel pour le sortir du marasme dans lequel il a sombré. Dans les sociétés occidentales, la justice pénale figure au rang des institutions les plus discréditées. Elle donne au public le spectacle d'une chasse gardée où des spécialistes s'embarlificotent dans le formalisme et les manœuvres dilatoires. C'est d'abord parce qu'il a cessé d'être l'affaire des gens concernés que le droit criminel a perdu sa crédibilité. Et c'est parce qu'il ignore le point de vue d'un des plaignants qu'il a perdu

l'une des propriétés essentielles de la justice : l'équilibre. Ceci, les gens le sentent. Dans un sondage réalisé par le Centre international de criminologie comparée en 1985 auprès d'un échantillon de 300 citoyens de Montréal, il s'est trouvé 90% des répondants qui se disaient d'accord avec cet énoncé : « Un coupable peut toujours s'en sortir s'il a un bon avocat ». On conviendra que le jugement est excessif : les bons avocats perdent souvent leur cause. Il y a quand même lieu de s'inquiéter. Les gens ont l'impression que l'équilibre n'est pas assuré par notre justice. De plus, 54% des répondants du même sondage pensent que « la cour traite mieux les accusés que les victimes ». L'impression qui prévaut est que la balance s'est détraquée, penchant toujours en faveur du délinquant. On devine pourquoi : il ne reste pas grand chose dans l'autre plateau. Une certaine conception, du droit a fait croire aux juristes que la victime n'avait pas à être prise en considération. Reste l'intérêt de la société. Mais en un siècle où l'on ne reconnaît plus de valeurs au-dessus de l'individu et où le développement de l'État suscite de plus en plus de réserves, l'intérêt de la société est devenu une abstraction dénigrée. Cette partialité condamne notre justice aux yeux du public et aux yeux de la justice elle-même. Si l'on ne redonne pas la parole à la victime, notre droit pénal y perdra définitivement son équilibre et son âme.

Conclusion

Le glaive et la balance

[Retour à la table des matières](#)

Il n'est pas très difficile de comprendre pourquoi la justice est représentée le glaive à la main : elle n'a jamais totalement perdu sa violence originelle. Ceci s'applique tout particulièrement à la justice pénale : elle naît à l'ombre de la vengeance et ses procédures se soldent plus souvent qu'autrement par une mesure coercitive.

La sanction pénale est proche parente de l'institution vindicatoire. La dimension rétributive est évidente chez l'une et l'autre. Et la fonction dissuasive est présente dans ces deux institutions, avec cette différence que l'intimidation est centralisée dans la peine alors qu'il y a intimidation mutuelle dans les systèmes fondés sur la vengeance. La sanction pénale et la vendetta sont des institutions fonctionnellement équivalentes. Elles peuvent donc servir de substitut l'une à l'autre, ce que vérifie l'histoire et l'anthropologie. Là où la justice pénale prend racine, les institutions vindicatoires tombent en désuétude. Inversement, la vengeance survit quand l'État est incapable d'implanter un système pénal crédible. La peine présente, sur la vengeance, l'avantage d'empêcher l'enchaînement des représailles. Elle joue le rôle d'un contre-feu : la violence publique circonscrit la violence privée et l'empêche de s'éparpiller.

La mise hors-la-loi de la vengeance est un acquis fragile de la civilisation. Les réactions populaires à l'autodéfense démontrent que bon nombre de gens ont tendance à approuver la violence défensive. Une des fonctions du système pénal est de lutter contre le sentiment qu'il est légitime de rendre les coups. C'est parce que les crimes ont quelques chances d'être sanctionnés que l'opinion ne porte pas trop souvent les justiciers aux nues. Mais, à terme, la multiplication des crimes impunis fera réapparaître l'obligation morale de se faire justice soi-même ; il redeviendra déshonorant de ne pas se venger ou de ne pas venger ses proches. Le fonctionnement normal du système pénal sert à prévenir la vengeance et à empêcher sa légitimation. C'est pourquoi, s'opposer au système pénal tout en s'opposant à la justice privée revient à vouloir une chose et son contraire. La justice ne peut garder son glaive au fourreau.

Paradoxalement, la vengeance, en même temps qu'elle arme le bras de la justice, lui fournit sa balance. L'histoire des origines du droit pénal est l'histoire d'une laborieuse recherche de l'équilibre au cours d'innombrables affrontements. Quand un litige met aux prises deux clans qui hésitent à en découdre parce qu'ils sont d'égales forces, la situation est propice à la découverte d'une solution de juste milieu. Si les négociations sont facilitées par un tiers impartial, il y a des chances que les parties en arrivent, de concession en concession, à s'arrêter sur un point d'équilibre entre les exigences de l'offensé et l'offre de l'offenseur. Ainsi les adversaires tendent à s'acheminer vers le type d'entente que symbolise la balance. Dans les affaires criminelles, ce mouvement poussera à rechercher une équivalence entre la gravité de l'offense et l'importance de la réparation.

La pénitence

Cette vision fort classique n'a pas, c'est le moins qu'on puisse dire, la faveur de nos contemporains. Aujourd'hui encore, nous sommes sous l'influence d'une réinterprétation du droit pénal qui nous empêche de percevoir clairement la nature propre de la peine. Dans un petit livre fort perspicace, Merle (1985) retrace les étapes de l'évolution qui a conduit à la conception moderne de la peine. Il démontre que la ma-

nière dont l'Église concevait le péché et la pénitence a eu une influence considérable sur les conceptions contemporaines du crime et du châtement. Aux yeux de l'Église catholique, le péché appelle la pénitence laquelle est une opération spirituelle désirée par le pécheur qui se repent de sa faute. Sous l'Ancien Régime, on « fait nettement la distinction entre la pénitence, qui est une affaire privée entre le pécheur et Dieu avec l'assistance des prêtres -, et la peine, qui est une opération publique de police sociale » (Merle, 1985, p. 69). Dans un cas, on vise le salut de l'âme et l'amendement du pécheur ; dans l'autre, on veut inspirer la crainte et préserver l'ordre public. Pendant les XIXe et XXe siècles, la distinction s'estompe et on en arrive à penser la sanction pénale dans les termes de la pénitence. Le vocabulaire du confessionnal fait son entrée au palais de justice et en prison : amendement, repentir, réforme... Avec la « science » pénitentiaire, la peine cesse d'être le prix que le délinquant doit payer pour son crime, elle devient oeuvre de rachat et de rédemption.

On confond les genres quand on applique à la sanction pénale une grille de lecture empreinte de religiosité. Il est évidemment souhaitable que le condamné devienne meilleur, mais le but principal de la punition n'est pas d'abord la transformation spirituelle de celui qu'elle frappe. Ce n'est pas dans le sermon sur la montagne que se trouvent les principes du droit pénal. La religion du Christ s'adresse à la personne et à sa vie intérieure. Le droit s'intéresse aux relations entre les citoyens et aux choses extérieures. Il n'est pas du tout sûr que les préceptes chrétiens sur la rédemption, la charité et le pardon doivent occuper une place centrale dans l'administration de la justice.

Qu'on le veuille ou non, la réaction au crime comporte une part de coercition, une part de rétribution et une part d'intimidation. La négation de ces réalités risque fort de nous faire sombrer dans l'hypocrisie et la démesure. Hypocrisie, parce que l'on est conduit à dire une chose et à en faire une autre. Démesure, parce que les forces dont on nie l'existence continuent de peser sur les esprits ; il est alors à craindre qu'elles ne se manifestent de manière incohérente et anarchique.

La place de la réhabilitation

Mais alors, faut-il ranger la réhabilitation au musée des utopies ? Non. Car, quoi qu'en disent les cyniques, la réhabilitation est un fait : il est fréquent qu'un délinquant, même récidiviste, change de voie. Les données bien connues sur les relations entre l'âge et le crime nous permettent d'affirmer que l'immense majorité des délinquants finissent par abandonner le crime. Ceci veut dire que, si la réhabilitation est définie comme la cessation des activités criminelles, la plupart des délinquants se réhabilitent tôt ou tard. Cependant l'abandon du crime ne résulte pas de l'application d'une mesure pénale ou thérapeutique précise, mais arrive au terme d'une évolution encore mai connue au cours de laquelle le délinquant acquiert assez de maturité pour prendre conscience qu'à long terme le crime lui attire plus de déboires que de satisfactions. Il prend alors la résolution de cesser de commettre des crimes. Les ex-délinquants présentent leur décision d'abandonner le crime comme le fruit d'un acte libre et volontaire (Pinsonneault, 1985). La réhabilitation est le terme d'une évolution intérieure ; elle est une affaire privée. Les juges outrepassent leur juridiction quand ils tentent de s'immiscer dans la conscience du délinquant pour opérer des changements peut-être souhaitables mais qui ne concernent que l'intéressé.

Malgré tout, la réhabilitation a sa place dans le système de justice pénale. Dès 1833, Beaumont et Tocqueville l'avaient entrevue :

Le premier objet de la peine n'est pas de réformer le condamné, mais bien de donner dans la société un exemple utile et moral : on y parvient en infligeant au coupable un châtement proportionné à son crime. Toute peine qui n'est pas en harmonie avec le délit choque l'équité publique, et est immorale soit par sa rigueur soit par son indulgence. Mais il est important aussi pour la société que celui qu'elle punit pour l'exemple se corrige dans la prison : voilà le second objet de la peine, moins grave que le premier, parce qu'il a des conséquences moins étendues (p. 183).

Aujourd'hui, aux États-Unis et au Canada, les pénalistes conviennent de plus en plus que le traitement n'est pas un motif suffisant pour

incarcérer les gens et qu'on ne doit pas fixer la durée des peines de prison en fonction de la réhabilitation (Morris, 1974, p. 15). La Commission de réforme du droit du Canada a pris position sur cette question en 1976 : « On ne doit pas imposer une peine d'emprisonnement pour des motifs de traitement et le besoin de traitement ne devra pas influencer sur la durée de la peine d'emprisonnement » (p. 32). Le principe est reconnu dans la jurisprudence canadienne (ce qui ne veut pas dire que tous les juges s'y rallient sans réserve). Dans un jugement prononcé en 1975, le juge MacKeigan affirmait qu'on ne doit pas incarcérer quelqu'un pour une période plus longue que celle qui aurait été imposée si aucun traitement n'avait été envisagé³⁷. Cependant cela n'exclut pas que soient créées les conditions favorables à la réhabilitation pendant que le délinquant purge sa peine. Il importe ici de distinguer la détermination de la peine de son organisation. C'est la conclusion de Merle (1985, p. 150) : « L'État doit la peine afflictive et coercitive, à la victime, à la société, au délinquant lui-même. Mais l'organisation de la peine doit favoriser la pénitence volontaire du coupable ».

Les clients du système pénal ont bien souvent besoin d'assistance, de soins et d'éducation. Aussi, une fois la sentence prononcée, il importe de leur offrir aide, traitement et enseignement. Dans les prisons et dans le cadre des autres mesures correctionnelles les programmes et l'organisation de la vie quotidienne devraient favoriser la rééducation et la réinsertion sociale du détenu. À cette étape de l'intervention, c'est l'objectif prioritaire.

Du « Pourquoi » au « Comment »

Au terme de notre enquête, nous nous retrouvons avec une surabondance de raisons de punir. Pas moins de dix fonctions de la peine ont été identifiées. Elles peuvent être regroupées sous deux rubriques : la justice et la sécurité.

³⁷ « It is wrong in principle to imprison a man purportedly for treatment purposes for a period longer than would be imposed if no treatment of any sort were proposed or contemplated » (R.V. Chaisson (1975), 3 C.R. (ed) S-17, S-20, 11 N.S.R. (2d), 170-173 (C.A.)).

La justice

1. La réparation
2. La rétribution formelle
3. La réciprocité
4. Le blâme
5. La garantie

La sécurité

6. La dissuasion générale
7. La dissuasion spéciale
8. La neutralisation
9. La réhabilitation
10. La prévention de la vengeance

Selon une formule qui eut son heure de gloire, le délinquant ne doit être puni « ni plus qu'il n'est utile, ni plus qu'il n'est juste ». Cette solution n'est pas vraiment satisfaisante, non pour des raisons de fond, mais parce que, en la matière, le « comment » ne se déduit pas directement du « pourquoi ». La multifonctionnalité même de la peine nous en empêche : comment poursuivre tous ces lièvres à la fois ? Et il y a d'autres difficultés : il est impossible d'établir un ordre de priorité qui nous permettrait de hiérarchiser les fonctions qui viennent d'être énumérées ; les sentences qui réaliseraient le plus efficacement telle ou telle fin ne sont pas connues et nous ne savons pratiquement rien du quantum optimal de la peine.

Le principal obstacle au développement d'un système de détermination de la peine rationnel est que l'efficacité relative de diverses sentences varie fort peu, à tout le moins, ces variations sont très mal connues. On n'a pas découvert de relation entre les fluctuations dans la nature et la sévérité des peines, d'une part, et les taux de criminalité d'autre part. Les taux de récidive varient peu quand des groupes de délinquants comparables passent un plutôt que deux ans en prison ou quand ils sont incarcérés plutôt que mis à l'amende. Le rendement répressif différentiel des peines est faible. Les liens entre diverses sentences et leurs effets sont si lâches qu'il se pourrait que de substantiel-

les variations dans la nature et la sévérité des peines n'aient qu'une incidence mineure sur le niveau de la criminalité. La neutralisation est la seule fin utilitaire de laquelle se dégagent des indications précises pour le *sentencing* : quand les antécédents d'un accusé nous autorisent à prédire qu'il risque fort de récidiver, une incarcération prolongée peut être indiquée. Par ailleurs, l'on a de bonnes raisons de penser que le fonctionnement régulier du système pénal dissuade bon nombre de délinquants potentiels tout en donnant aux citoyens honnêtes l'assurance qu'ils ne seront pas les seuls à respecter la loi. Mais ceci ne réduit nullement l'incertitude dans laquelle est plongé celui qui doit choisir une peine et en fixer la sévérité.

Pour le moment, il est exclu de faire de la détermination de la peine une opération purement rationnelle. Elle ne peut être gouvernée par l'efficacité pure à cause de la multifonctionnalité de la punition, des limites de nos connaissances et de la faiblesse du rendement répressif différentiel des sanctions pénales. Le juge qui prononce des sentences peut être comparé à un chasseur qui utiliserait plusieurs fusils assez semblables et qui ne réussirait pas à déterminer lequel est le plus précis et lequel est le plus approprié à tel ou tel gibier. Force est de conclure que l'individualisation scientifique de la peine est une illusion : elle présume de nos connaissances, elle présume de l'effet différentiel des sanctions pénales. On comprend alors pourquoi la détermination de la peine a tendance à se soumettre à des normes. Dans l'impossibilité de connaître la mesure qui permettrait le mieux d'atteindre les résultats escomptés, les magistrats se donnent des règles qui, au moins, leur permettent d'agir de manière prévisible, raisonnable et équitable. Plutôt que de poursuivre une vaine recherche de la sanction la plus efficace, ils se soumettent à des normes qui semblent favoriser la justice et la sécurité. Cette solution prudente est défendable : c'est faire preuve de sagesse de savoir que l'on ne sait pas.

La proportionnalité est le principe qui a tendance à émerger de ce cheminement. En s'y conformant, le juge fait d'une pierre deux coups : il satisfait aux exigences tenaces de la justice rétributive et il respecte le principe utilitaire selon lequel il doit s'établir une correspondance entre l'ordre de sévérité des peines et l'ordre de gravité des délits.

Bibliographie

[Retour à la table des matières](#)

ADLER, A. (1980). « La vengeance du sang chez les Moundang du Tchad » in : VERDIER, R., *La vengeance (T.I.)*. Paris : Cujas pp. 75-90.

ANCEL, M. (1985). *La défense sociale*. Paris : Presses Universitaires de France (Que sais-je ?).

ANDENAES, J. (1974). *Punishment and Deterrence*. Ann Arbor : The University of Michigan Press.

ANDENAES, J. (1983). The choice of sanction. A Scandinavian perspective in TONRY, M. ; ZIMRING, F. (eds.) *Reform and punishment*, Chicago : The University of Chicago Press.

ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*. Traduction par J. Voilquin (1965). Paris : Garnier-Flammarion.

ARMSTRONG, K.G. (1961). « The Retributionist Hits Back ». *Mind*, vol 70, pp. 471-490.

ARON, R. (1965). *Essai sur les libertés*. Paris : Calmann-Lévy.

ASHWORTH, A. (1983). *Sentencing and Penal Policy*. London : Weidenfeld and Nicolson.

ATIAS, C. (1985). *Épistémologie juridique*. Paris : Presses Universitaires de France.

BAECHLER, J. (1985). *Démocraties*. Paris : Calmann-Lévy.

BALIKCI, A. (1970). *The Netselik Eskimo*. Garden City : The Natural History Press.

BARD, M. ; SANGREY, D. (1979). *The Crime Victim's Book*. New York : Basic Books.

BARIL, M. (1984). *L'envers du crime*. Montréal : Centre International de Criminologie Comparée (Les cahiers de recherches criminologiques), Université de Montréal.

BARIL, M. ; GRENIER, H. ; MANSEAU, H. (1977). *Les petits commerçants victimes de vol à main armée : en quête de justice*. Montréal, Centre international de criminologie comparée, Université de Montréal.

BARTON, R.F. (1919). *lfugao Law*. Berkeley : University of California Press.

BARTON, R.F. (1949). *The Kalingas : their Institutions and Custom Law*. Chicago University of Chicago Press.

BEAUMONT, G. de, TOCQUEVILLE, A. de (1833). *Système pénitentiaire aux États-Unis et de son application en France*. Paris : Charles Gosselin (3e éd. : 1845).

BECCARIA, C. (1764). *Des délits et des peines*. Genève : Librairie Droz (1965).

BÉTEILLE, R. (1984). La criminologie de papa. *La Revue de l'Association Professionnelle des Magistrats*. 5 : 4.

BIOCCA, E. (1965). *Yanoama*. Paris : Plon (Terre Humaine) (Traduction française 1968).

BLACK, D. (1976). *The Behavior of Law*. New York : Academic Press.

BLACK, D. (1983). Crime as social control. *American Sociological Review*, vol. 48, pp. 34-45.

BLOCH, M. (1939). *La société féodale - I - La formation des liens de dépendance*. Paris : Albin Michel.

BLOCH, M. (1940). *La société féodale - II- Les classes et le gouvernement des hommes*. Paris : Albin Michel.

BLUMSTEIN, A. ; COHEN, J. (1979). Estimation of Individual Crime Rates from Arrest Records. *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 70, pp. 561-585.

BLUMSTEIN, A. ; COHEN, J. (1980). « Sentencing of Convicted Offenders : An Analysis of the Public View ». *Law and Society Review*, 14, 223.

BLUMSTEIN, A. ; COHEN, J. (1982). *The duration of adult criminal career. Report submitted to National Institute of Justice*, Pittsburgh : Carnegie-Mellon University.

BLUMSTEIN, A. ; COHEN, J. ; MARTIN, S.E. ; TONRY, M.H. (eds) (1983). *Research on Sentencing : the Search for Reform*. Washington : National Academy Press.

BOUDON, R. (1977). *Effets pervers et ordre social*. Paris : Presses Universitaires de France.

BOUDON, R. ; BOURRICAUD, F. (1983). *Dictionnaire critique de la sociologie*. Paris : Presses Universitaires de France.

BOULAN, F. (1985). Les droits de la victime : un choix de politique criminelle in BOULAN, F. (et al.) *Problèmes actuels de science criminelle*. Aix en Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille.

BRETEAU, C.H. ; ZAGNOLI, N. (1980). « Le système de gestion de la violence dans deux communautés rurales méditerranéennes : la Calabre méridionale et le N.E. Constantinois » in VERDIER, R. (ed.) *La vengeance* T.I. Paris : Cujas.

BRILLON, Y. ; LOUIS-GUÉRIN, C. ; LAMARCHE, M.C. (1982). *Les attitudes du public canadien envers les politiques criminelles*. Montréal : Centre International de Criminologie Comparée.

BROWN, P. (1972). *The Chimbu. a Study of Change in the New Guinea Highlands*. Cambridge, Mass. : Schenkman.

BROWN, R.M. (1975). *Strain of violence : Historical Studies of American Violence and Vigilantism*. New York : Oxford University Press.

BUCHANAN, J.M. (1975). *The Limits of Liberty*. Chicago : The University of Chicago Press.

BUSQUET, J. (1920). *Le droit de la vendetta et les paci corses*. Paris : Pedone.

CARROLL, J.S. (1978). A Psychological Approach to Deterrence : The Evaluation of Crime Opportunity, *Journal of Personality and Social Psychology*, 36 (12) pp. 1512-1520.

CHAGNON, N. (1968). *Yanomamo, the Fierce People*. New York : Holt, Rinehart and Winston.

CHELHOD, J. (1971). *Le droit dans la société bédouine*. Paris : Marcel Rivière.

CHRISTIE, N. (1977). « Conflicts as property ». *The British Journal of Criminology*, vol. 17, no. 1 pp. 1-15.

CHRISTIE, N. (1981). *Limits to Pain*. Oslo : Universitetsforlaget.

CLAUSEWITZ, C. von, (1832-4). *De la guerre*. Trad. française : Paris : Les éditions de Minuit (1955).

COHEN, J. (1983). Incapacitation as a Strategy for Crime Control : Possibilities and Pitfalls, in TONRY, M. ; MORRIS, N. (eds.) *Crime and Justice*, Vol. 5, Chicago University of Chicago Press, pp. 1-84.

COFFEE, J.C. ; TONRY, M. (1983). « Hard Choices : Critical Trade-offs in the Implementation of Sentencing Reform through Guidelines » in TONRY, M. ; ZIMRING, F. (eds.). *Reform and Punishment*. Chicago : University of Chicago Press.

COLSON, E. (1974). *Tradition and Contract : the Problem of Order*. Chicago : Aldine.

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA (1974). *Études sur la responsabilité stricte*. Ottawa : Information Canada.

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA (1976). *Notre droit pénal*. Ottawa : Information-Canada.

CONKLIN, J.E. (1975). *The Impact of Crime*. New York : Macmillan.

COOK, P.J. (1980). Research in criminal deterrence : laying the groundwork for the second decade. in : MORRIS, N. ; TONRY, M. (eds.). *Crime and Justice - an Annual Review of Research*. Chicago : University of Chicago Press.

COURTOIS, G. (1983). La vengeance chez Aristote et Sénèque à la lumière de l'anthropologie juridique. in : *Archives de Philosophie du droit*. Tome 28 : 29-66.

CUSSON, M. (1981). *Délinquants pourquoi ?* Paris : Armand Colin, Montréal : Hurtubise HMH.

CUSSON, M. (1983). *Le contrôle social du crime*. Paris : Presses Universitaires de France. [Texte disponible dans [Les Classiques des sciences sociales](#). JMT.]

DENIS, G. (1979). Légitime défense et autodéfense. *Revue de la Police Nationale*, no. 109, pp. 17-24.

DRUCKER, P. (1965). *Cultures of the North Pacific Coast*. Scranton, Penn. : Chandler.

DULONG, R. (1983). *L'autodéfense*, Paris : Librairie des Méridiens.

DURKHEIM, E. (1893). *De la division du travail social*, Paris : P.U.F. (7e édition : 1960). [Texte disponible dans [Les Classiques des sciences sociales](#). JMT.]

DURKHEIM, E. (1895). *Les règles de la méthode sociologique*. Paris : Presses Universitaires de France (15e. éd. : 1963). [Texte disponible dans [Les Classiques des sciences sociales](#). JMT.]

ECKHOFF, T. (1974). *Justice. Its Determinants in Social Interaction*. Rotterdam Rotterdam University Press.

ELIAS, T.O. (1956). *The Nature of African Customary Law*. Manchester : Manchester University Press.

ELLENBERGER, H.F. (1981). La vendetta. *Revue internationale de criminologie et de police technique*, no. 2, pp. 125-142.

EVANS-PRITCHARD, E.E. (1937). *Les Nuers*. Paris : Gallimard (traduction de : « The Nuer », 1968).

FARRINGTON, D. (1986). « Les signaux précoces de l'agir délinquant fréquent ». *Criminologie*, XIX, 2, pp. 9-31.

FAUCONNET, P. (1920). *La responsabilité*. Paris : Félix Alcan (2e édition, 1928).

FINNIS, J. (1980). *Natural Law, Natural Rights*. London : Oxford University Press.

FLOUD, J. (1982). Dangerousness and Criminal Justice. *The British Journal of Criminology*. vol. 22, no. 3, pp. 213-228.

FLOUD, J. ; YOUNG, W. (1981). *Dangerousness and Criminal Justice*. London : Heinemann.

FORTES, M. (1945). *The Dynamics of Clanship among the Tallensi*. London : Oxford University Press.

FORTES, M. (1949). *The Web of Kinship among the Tallensi*. London : Oxford University Press.

FORTES, M. (1962). « Le système politique des Tallensi des territoires du Nord de la Côte d'Or » in : FORTES, M. ; EVANS-PRITCHARD, E.E. (eds). *Systèmes politiques africains*. Paris : Presses Universitaires de France (traduction en 1969 de African Political Systems).

FORTIN, J. (1972). *Droit pénal général* (1). Montréal : Université de Montréal, Faculté de droit.

FREUND, J. (1983). *Sociologie du conflit*. Paris : Presses Universitaires de France.

GARINE, I. de (1980). « Les étrangers, la vengeance et les parents chez les Massa et les Moussey (Tchad et Cameroun) in : VERDIER, R. (ed). *La vengeance*, Paris : Cujas, pp. 91-124.

GASSIN, R. (1985). « La crise des politiques criminelles occidentales » in : Boulan, F. (et al.) : *Problèmes actuels de science criminelle*. Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille.

GAYLIN, W. (1982). *The Killing of Bonnie Garland*. New York : Simon and Schuster.

GELLNER, E. (1969). *Saints of the Atlas*. Chicago : The University of Chicago Press.

GIFFARD, A.E. (1951). *Précis de droit romain*. Paris : Dalloz (3e ed.).

GIRARD, R. (1972). *La violence et le sacré*. Paris : Grasset.

GLOTZ, G. (1904). *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*. Paris : A. Fontemoing.

GLUCKMAN, M. (1955). *Custom and Conflict in Africa*. Glencoe, Illinois : the Free Press.

GOTTFREDSON, D.M. ; WILKINS, L.T. ; HOFFMAN, P.B. (1978). *Guidelines for Parole and Sentencing*. Lexington, Mass. : Lexington Books.

GOTTFREDSON, M.B. ; GOTTFREDSON, D.M. (1980). *Decisionmaking in Criminal Justice : Toward the Rational Exercise of Discretion*. Cambridge Mass. : Ballinger Publ.

GREENWOOD, P.W. (1982). *Selective Incapacitation*. The Rand Corporation.

GREENWOOD, P.W. (1983). « Controlling the crime rate through imprisonment » in WILSON, J.Q. (ed.) *Crime and Public Policy*. San Francisco, Cal. ICS Press.

GROSS, H. (1979). *A Theory of Criminal Justice*. New York : Oxford University Press.

HAGAN, J. (1983). *Victims before the Law*. Scarborough, Ontario : Butterworths.

HALL, D.J. (1975). « The role of the victim in the prosecution and disposition of a criminal case ». *Vanderbilt Law Review*, vol. 28 no. 5, pp. 932-985.

HANOTEAU, A. ; LETOURNEUX (1872). *La Kabylie et les coutumes kabyles* (3 vol.). Paris : Challanel.

HART, H.L.A. (1961). *The Concepts of Law*. Oxford : Oxford University Press. Traduction française : « Le concept de droit ». Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis.

HART, H.L.A. (1968). *Punishment and Responsibility*. Oxford : Clarendon Press.

HASLUCK, M. (1954). *The Unwritten Law in Albania*. Cambridge : Cambridge University Press.

HEERS, J. (1974). *Le clan familial au Moyen Age*. Paris : Presses Universitaires de France.

HEERS, J. (1981). *Les partis et la vie politique dans l'Occident médiéval*. Paris : Presses Universitaires de France.

HENRY, J. (1941). *Jungle People : a Kaingang Tribe of the Highland of Brazil*, Richmond, Virginia : J.J. Augustin (réédition : 1964 : Random House).

HERPIN, N. (1977). *L'application de la loi*. Paris : Éditions du Seuil.

HOBBS, T. (1651). *Léviathan*. Traduction française par F. Triaud (1971) Paris Sirey. [La traduction française de le livre, réalisée par Philippe Folliot, est disponible dans [Les Classiques des sciences sociales](#). JMT.]

HOBHOUSE, L. T. (1906). *Morals in Evolution : a Study of Comparative Ethics*. London : Chapman and Hall.

HOEBEL, E.A. (1954). *The Law of Primitive Man*. New York : Atheneum.

HOEBEL, E.A. (1971). ((Feud : Concept, Reality and Method in the Study of Primitive Law)) in DESAI, A.R. (ed.) *Essays on Modernization of Underdeveloped Societies*, Vol. 1, pp. 500-513, Bombay, Thacker and Co.

HOGART J. (1971). *Sentencing as a Human Process*. Toronto : University of Toronto Press.

HOGBIN, H.J. (1934). *Law and Order in Polynesia*. New York : Cooper Square Publ.

HOLDSWORTH, W. (1903). *A History of English Law* Vol. II. London : Methuen (1966).

HOLDSWORTH, W. (1908). *A History of English Law* VIII. London : Methuen

HOOD, R. (1972). *Sentencing the Motoring Offender*. London : Heinemann.

HOOD, R. ; SPARKS, R.F. (1970). *Key Issues in Criminology*. London : World University Library.

HOUGH, M. (1984). « The impact of victimization : finding from the British Crime Survey ». Paper prepared for Third International Institute on Victimology, Lisbon.

HOUGH, M. ; MAYHEW, P. (1985). *Taking Account of Crime : Key Findings from the second British Crime Survey*. London : Her Majesty's Stationery Office.

HOWITT, A.W. (1904). *The Native Tribes of South-East Australia*. London : Macmillan.

JOUVENEL, de, B. (1955). *De la Souveraineté*. Paris : Génin.

JOUVENEL, de, B. (1964). *L'art de la conjecture*. Monaco : Éditions du Rocher.

KANT, E. (1796). *Métaphysique des mœurs*, 1ère partie Doctrine du droit. Paris : J. Vrin (traduction par Philonenko, 1971).

KARMEN, A. (1984). *Crime Victims. An Introduction to Victimology*. Belmont, Cal. Wadsworth.

KELLENS, G. (1982). *La mesure de la peine*. Liège : Faculté de Droit, d'Économie et de Sciences sociales de Liège.

KELSEN, H. (1943). *Society and Nature*. Chicago : University of Chicago Press.

KOCH, K.F. (1978). Pigs and Politics in the New Guinea Highlands : Conflict Escalation Among the Jalé in NADER, Laura ; TODD, H.F. (eds) *The Disputing Process - Law in Ten Societies*. New York : Columbia U. Press.

KONECNI, V.J. ; EBBESSEN, E.B. (eds.) (1982). *The Criminal Justice System : a Socio-Psychological Analysis*. San Francisco : Freeman.

San Francisco : Freeman.

KOVALEWSKY, M. (1893). *Coutume contemporaine et loi ancienne. Droit coutumier ossétien éclairé par l'histoire comparée*. Paris : L. Larose.

LABURTHE-TOLRA, P. (1980). « Notes sur la vengeance chez les Beti » in : VERDIER, R. (ed) *La Vengeance V.I : Vengeance et pouvoir dans quelques sociétés extra-occidentales*. Paris ; Cujas. pp. 157-166.

LAFITAU, J.F. (1724). *Mœurs des sauvages américains comparées aux mœurs des premiers temps*. Paris : La Découverte-Maspero (1983).

LAINGUI, A. ; LEBIGRE, A. (1979). *Histoire du droit pénal 1 - Le droit pénal*. Paris : Cujas.

LAFLAMME-CUSSON, S. (1985). Les pions de la Reine ou la place des témoins et des victimes dans le droit criminel canadien. *Déviance et Société*. vol. IX no. 1. p. 47-58.

LAZARIDIS, S.A. (1983). La rétribution dans la philosophie pénale anglo-saxonne d'aujourd'hui. *Archives de philosophie du droit*. tome 28, p. 91-108.

LECLERCQ, J. (1960). *Du droit naturel à la sociologie*. Vol. I. Paris : Spes.

LECLERCQ, J. (1965). Réflexions sur le droit de punir. *Estudios de deusto*, vol. XIII, pp. 469-487.

LEE, R.B. (1979). *The !Kung San*. Cambridge : Cambridge University Press.

MABBOTT, J.D. (1939). « Punishment » *Mind*, vol. XLVII pp. 152-167.

MAGUIRE, M. (1982). *Burglary in a Dwelling*. London : Heinemann.

MAINE, H.S. (1874). *L'Ancien Droit*. Paris : Durand et Pedone Lauriel (Trad. de la 4e ed. anglaise).

MAIR, L. (1962). *Primitive Government*. Harmondsworth : Penguin Books.

MALAURIE, J. (1955). *Les derniers rois de Thulé*. Paris : Plon (Réédition : Union Générale d'Éditions (10-18) 1965).

MARCEAU, B. (1986). *Le délinquant violent devant la science et devant la loi*. Thèse de philosophiae doctor criminologie. Montréal : Université de Montréal.

MAUSS, M. (1896). La religion et les origines du droit pénal 1. *Revue de l'histoire des religions*. vol. 34 pp. 269-295.

MAUSS, M. (1897). La religion et les origines du droit pénal, II. *Revue de l'histoire des religions*. Vol. 35, pp. 31-60

MERLE, R. (1985). *La pénitence et la peine*. Paris : Cerf-Cujas.

MERLE, R. ; VITU, A. (1984). *Traité de droit criminel*, T.I. Paris : Cujas. (5e édition).

MONTESQUIEU (1748). *De l'esprit des lois*. Paris : Garnier.

MOORE, S. F. (1972). « Legal Liability and Evolutionary Interpretation : Some aspects of strict liability self-help and collective responsibility », In : GLUCKMAN, M. (ed) *The Allocation of Responsibility*, Manchester, Manchester University Press.

MORRIS, H. (1968). *Persons and Punishment*, *The Monist*, Vol. 52, pp. 475-501.

MORRIS, N. (1974). *The Future of Imprisonment*. Chicago : University of Chicago Press.

MORRIS, N. ; MILLER, M. (1985). « Predictions of Dangerousness » in TONRY, M. : MORRIS, N. (Eds.). *Crime and Justice*. Vol. 6. Chicago : University of Chicago Press, pp. 1-50.

MURRAY, C. ; COX, L.A. (1979). *Beyond Probation, Juvenile Corrections and the Chronic Offender*. Beverly Hills : Sage.

NADIN-DAVIS, R.P. (1982A). Principles of Sentencing in : NADIN-DAVIS, R.P. ; SPROULE, C.B. (eds) *Canadian Sentencing Digest*, Toronto, Carswell.

NADIN-DAVIS, R.P. (1982B). *Sentencing in Canada*. Toronto : Carswell.

NETTLER, G. (1982). *Responding to Crime* (Criminal careers, vol. 4) Cincinnati, Ohio : Anderson.

NORMANDEAU, A. (1985). *Faut-il abolir ou réformer les libérations conditionnelles au Québec et au Canada ?* Montréal, Centre International de Criminologie Comparée, Université de Montréal.

NUFFIELD, J. (1982). *Parole Decision-making in Canada : Research toward decision guidelines.* Ottawa : Solicitor General.

PERELMAN, C. (1963). *Justice et raison.* Bruxelles : Presses universitaires de Bruxelles (2e édition : 1970).

PERELMAN, C. (1977). *L'Empire rhétorique.* Paris : Vrin.

PESTIEAU, J. (1984). *Guerres et paix sans État.* Montréal : L'Hexagone.

PETERSON, M.A. ; BRAIKER, H.B. (1981). *Who Commits Crimes.* Cambridge, Mass. : Oelgeschlager, Gunn and Hain.

PEYREFITTE, A. (1981). *Les chevaux du Lac Ladoga.* Paris : Plon.

PIAGET, J. (1932). *Le jugement moral chez l'enfant.* Paris : Presses Universitaires de France.

PIAGET, J. (1965). *Études sociologiques.* Genève : Droz.

PINSONNEAULT, P. (1985). L'abandon de la carrière criminelle : quelques témoignages. *Criminologie*, Vol. XVIII, no. 2. pp. 85-116.

POLLOCK, F. ; MAITLAND, F.W. (1898). *The History of English Law Before the Time of Edward I*, Vol. II. Washington DC. : Lawyers' Library Club (1959).

POPPER, K. (1982). *L'Univers irrésolu. Plaidoyer pour l'indéterminisme.* Paris : Hermann (Traduction en 1984 de : *The Postscript of*

the Logic of Scientific Discovery II. The Open Universe. London : Hutchinson).

PORTALIS, J.E.M. (1844). *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil.* Paris : Joubert.

PRADEL, J. (1986). *Procédure pénale* (3e édition). Paris : Cujas.

PROAL, L. (1892). *Le crime et la peine*, Paris : Félix Alcan (4e édition : 1911).

RADCLIFFE-BROWN, A.R. (1962). Preface. in FORTES, M.A. ; EVANS-PRITCHARD, M.A. (eds). *African Political Systems*, London : Oxford University Press pp. XIII-XXIII. Traduction française : 1964, P.U.F.

RAWLS, J. (1955). Two Concepts of Rules. *The Philosophical Review. Vol. 64*, pp. 3-32.

RAWLS, J. (1971). *A Theory of Justice.* Cambridge, Mass. : The Belknap Press of Harvard University Press.

REISS, A. (1971). *The Police and the Public.* New Haven : Yale University Press.

RENOUARD, Y. (1969). *Les villes d'Italie de la fin du Xe siècle au début du XIVe siècle.* T.I. Paris : Société d'Édition d'Enseignement Supérieur.

RICO, J.M. (1986). Le droit de punir, *Criminologie* Vol. XIX no. 1, pp. 113-140.

ROULAND, N. (1979). « Les modes juridiques de solution des conflits chez les Inuit », *Études Inuit*, no. spécial, 3, 170 p.

RUBY, C.C. (1980). *Sentencing* (2e édition). Toronto : Butterworths.

SALEILLES, R. (1898). *L'individualisation de la peine*. Paris : F. Alcan (3e édition : 1927).

SCHOTT, R. (1980). « Vengeance and violence among the Balsa of Northern Ghana » in VERDIER, R. (ed.) *La vengeance* (T.I.). Paris : Cujas (pp. 167-200).

SEARLE, J. (1984). *Minds, Brains and Science*. Cambridge, Mass. : Harvard University Press.

SHAPLAND, J. ; WILLMORE, J. ; DUFF, P. (1981). *The Victim in the Criminal Justice System*. Oxford : Center for Criminological Research, University of Oxford.

SMITH, A.E. ; MANESS, D. (1976). « The decision to call the police : reactions to burglary » in McDONALD, W.F. (ed.). *Criminal Justice and the Victim*. Beverly Hills : Sage.

SOLJENITSYNE, A. (1973). *L'archipel du Goulag*, T.I. Paris : Le Seuil.

SONNE, B. (1982). « The ideology and practice of blood feuds in East and West Greenland » *Études Inuit*, 6, 2.

STEPHEN, J.F. (1863). *General View of the Criminal Law of England*. London : Macmillan.

STEPHEN, J.F. (1883). *A History of the Criminal Law of England*. New York : Burt Franklin.

STRAUSS, L. (1953). *Natural Right and History*. Chicago : The University of Chicago Press (Traduction : Droit naturel et histoire, Paris : Plon, 1954).

SZABO, D. (1985). Nature et culture, l'inné et l'acquis. Quelques considérations sur la réactualisation du débat et ses incidences sur la criminologie. *L'Année sociologique*. Vol. 35 pp. 233-271. [Texte disponible dans [Les Classiques des sciences sociales](#). JMT.]

THOMAS, D.A. (1970). *Principles of Sentencing*. London : Heinemann.

THOMAS D'AQUIN. *Somme théologique, La Justice* T. III. Paris. Éditions de la revue des Jeunes, Desclée.

TREMBLAY, P. (1985). *Punir le crime avec constance : le cas de Montréal de 1845 à 1913*. Montréal, Université de Montréal. Thèse de doctorat.

TREMBLAY, P. (1986). La stabilité de la peine : une perspective anti-évolutionniste. *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*. Vol. XXXIX, no 1, pp. 31-49.

VARAUT, J.M. (1986). *Le droit au droit*. Paris : Presses Universitaires de France.

VERDIER, R. (ed.) (1980). *La Vengeance*, Vol. 1. Paris : Cujas.

VERDIER, R. (1980). « Le système vindicatoire » in VERDIER, R. (ed). *La Vengeance* Vol. I : Vengeance et pouvoir dans quelques sociétés extra-occidentales. Paris : Cujas (pp. 11-42).

VILLEY, M. (1946). *Le droit romain*. Paris : Presses Universitaires de France.

VILLEY, M. (1978). *Philosophie du droit Vol. 1. Définition et fin du droit*. Paris : Dalloz (2e édition).

VILLEY, M. (1979). *Philosophie du droit. Vol. II. Les moyens du droit*. Paris : Dalloz.

VON HIRSCH, A. (1976). *Doing Justice, The Choice of Punishments*. New York : Hill and Wang.

VON HIRSCH, A. (1983). Commensurability and Crime Prevention : Evaluating Formal Sentencing Structures and their Rationale. *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 74 (1), pp. 209-248.

VON HIRSCH, A. (1985). *Past or Future Crimes*. New Brunswick, N.J. : Rutgers University Press.

VULLIERME, J.L. (1983). *La fin de la justice pénale*. Archives de philosophie du droit. Tome 28, pp. 155-179.

WALKER, N. (1980). *Punishment, Danger and Stigma*. Totowa, New Jersey : Barnes and Noble Books.

WALKER, N. (1985). *Sentencing. Theory, Law and Practice*. London : Butterworths.

WALKER, N. ; MARSH, C. (1984). « Do sentences affect public disapproval ? » *British Journal of Criminology*, 24, 1 ; p. 27

WASSERSTROM, R. (1980). « Punishment ». *Philosophy and Social Issues*. Notre Dame : Notre Dame University Press p. 112-151.

WEBER, M. (1919). *Le savant et le politique*. Paris : Pion (traduction de J. Freund 1959). [Texte disponible dans [Les Classiques des sciences sociales](#). JMT.]

WEIL, E. (1956). *Philosophie politique*. Paris : J. Vrin.

WEILER, P.C. (1974). « La réforme de la peine » in *Études sur le sentencing*. Commission de réforme du droit du Canada. Ottawa : Information Canada p. 103-232.

WESTERMARCK, E. (1908). *The Origin and Development of the Moral Ideas*. London : Macmillan.

WILKINS, L.T. (1984). *Consumerist Criminology*. London : Heinemann.

WILSON, J.Q. (1983). *Thinking about Crime*. New York : Basic Books (1e édition : 1975).

WILSON, J.Q. ; HERRNSTEIN, R.J. (1986). *Crime and Human Nature*. New York ; Simon and Schuster.

WILSON, M. (1951). *Good Company*. London : Oxford University Press.

WRIGHT, J.D. (1984). « The ownerships of firearms for reasons of selfdefense » in KATES, D.B. jr. (ed). *Firearms and Violence*. Cambridge, Mass. : Ballinger.

WOLFGANG, M.E. (1958). *Patterns in Criminal Homicide*. Philadelphia : University of Pennsylvania Press.

WOLFGANG, M.E. ; FIGLIO, R.M. ; SELLIN, T. (1972). *Delinquency in a Birth Cohort*. Chicago : The University of Chicago Press.

ZIEGENHAGEN, E.A. (1977). *Victims, Crime and Social Control*. New York : Praeger Publisher.

Fin du texte