

Sentencing. La détermination de la peine par le juge.

Étude sur les caractéristiques biographiques des juges influençant la décision pénale.

Mémoire réalisé par

Valentin Schmit

Promoteur

Dan Kaminski

Année académique 2015-2016

Master en criminologie à finalité approfondie / spécialisée : criminologie de l'intervention

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier en premier lieu mon promoteur et professeur Dan Kaminski pour sa grande disponibilité et ses nombreux conseils qui m'ont permis d'affûter ma réflexion. Il a été mon guide dans la réalisation de ce mémoire.

Je tiens ensuite à remercier mon frère Benjamin Schmit pour sa relecture consciencieuse à la recherche de la moindre faute d'orthographe et de grammaire. Il m'a fait gagner un temps précieux et a rendu mon travail meilleur.

Enfin, je remercie l'Université Catholique de Louvain et ses professeurs qui, par leur savoir, pédagogie et passion, m'ont fait grandir intellectuellement et personnellement durant toutes ces années.

TABLES DES MATIERES

REMERCIEMENTS	4
TABLES DES MATIÈRES	5
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	10
PREMIÈRE PARTIE	13
LA PEINE DANS SON CONTEXTE JURIDIQUE ET LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU JUGE	13
0. INTRODUCTION.....	14
1. LA PEINE DANS SON CONTEXTE JURIDIQUE	14
1.1. Notion et caractères.....	14
1.2. Les fonctions de la peine.....	14
1.3. La classification et les types de peines.....	15
1.4. Les mesures alternatives à la peine	16
1.5. Les facteurs légaux pouvant influencer la peine	16
2. LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU JUGE.....	17
2.1. Le pouvoir discrétionnaire comme source des disparités	17
2.2. La dialectique du système pénale.....	19
2.3. Le jugement comme « <i>craftwork</i> »	20
2.4. Le jugement comme pratique sociale.....	22
DEUXIÈME PARTIE	23
LA DÉTERMINATION DE LA PEINE PAR LE JUGE : ÉTAT DE L'ART SUR LES RECHERCHES EN SENTENCING.	23
0. INTRODUCTION.....	24

1. LE PROBLÈME DE LA DISPARITÉ DES RECHERCHES EN <i>SENTENCING</i> : DIFFICULTÉ D'ÉMERGENCE D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE	25
2. THE FORMAL LEGAL THEORY	26
3. THE SUBSTANTIVE POLITICAL THEORY	27
3.1. Le juge en tant que source de disparité dans la détermination des peines	28
3.1.1. Détour conceptuel : la notion de disparité	28
3.1.2. La philosophie pénale	29
3.1.3. Les caractéristiques biographiques des magistrats	30
3.1.3.1. L'âge	30
3.1.3.2. Le sexe	30
3.1.3.3. Les antécédents familiaux	32
3.1.3.4. Les antécédents professionnels	32
3.1.3.5. L'expérience en tant que magistrat du siège	33
3.1.3.6. La différence entre « juge urbain » et « juge rural »	33
3.1.3.7. La charge de travail	33
3.1.4. Les critiques et les limites de cette approche	34
3.2. La personne du prévenu	35
3.3. Conclusion	36
4. THE ORGANIZATIONAL MAINTENANCE THEORY	36
4.1. Le jugement comme pratique collaborative, interactionnelle et subjective	37
4.2. L'influence de la socialisation professionnelle	39
4.3. The courtroom community perspective	39
4.4. L'influence du contexte social et culturel	40
5. LES ÉTUDES COMBINANT LA SUBSTANTIVE POLITICAL THEORY ET LA ORGANIZATIONAL MAINTENANCE THEORY	42

6. CONCLUSION	43
TROISIÈME PARTIE.....	46
MÉTHODOLOGIE ET ANALYSE DES RÉSULTATS	46
0. INTRODUCTION.....	47
1. MÉTHODOLOGIE GÉNÉRALE.....	47
1.1. La question de recherche et la problématique.....	47
1.2. Détour conceptuel : recherche qualitative et recherche quantitative	49
1.3. Les sources d'inspiration et les objectifs	50
1.3.1. Les sources d'inspiration et les types de recherche	50
1.3.1.1. Les sources d'inspiration	50
1.3.1.2. Les types de recherche	51
1.3.2. Les objectifs de la recherche	51
1.4. Le dispositif méthodologique	52
1.4.1. Le questionnaire	52
1.4.2. Les questions standardisées	55
1.4.2.1. La formulation des questions : la théorie	55
1.4.2.2. La formulation des questions : la pratique	55
1.4.3. Le casus	56
1.5. Les hypothèses	59
1.5.1. Les fonctions de l'hypothèse	59
1.5.2. Les hypothèses empiriques	60
1.6. population de travail et échantillonnage quantitatif.....	61
1.6.1. La représentativité de l'échantillon	61
1.6.2. La taille de l'échantillon	62

1.7.	Difficultés et limites propres à l'objet de ce mémoire	64
1.8.	Procédé de récolte d'informations	65
2.	RESULTATS EMPIRIQUES ET ANALYSE DES RESULTATS	66
2.1.	Les caractéristiques de l'échantillon	66
2.2.	Les résultats généraux	68
2.2.1.	Les peines infligées	68
2.2.1.1.	L'emprisonnement	69
2.2.1.2.	La suspension du prononcé	70
2.2.1.3.	La peine de travail	71
2.2.1.4.	Conclusion	71
2.2.2.	Les éléments du casus	71
2.2.2.1.	L'influence des éléments du casus	72
2.2.2.2.	Les éléments manquants susceptibles d'influence	73
2.2.2.3.	Conclusion	74
2.2.3.	La philosophie pénale	74
2.2.3.1.	Les facteurs influençant la peine	74
2.2.3.2.	Les valeurs accordées aux fonctions de la justice pénale	75
2.2.3.3.	L'efficacité « accordée » des fonctions de la justice pénale	76
2.2.3.4.	La cohérence des magistrats	77
2.2.3.5.	Conclusion	77
2.3.	Les résultats en fonctions des caractéristiques biographiques des juges	78
2.3.1.	La peine	78
2.3.1.1.	La peine selon l'âge	78
2.3.1.2.	La peine selon le sexe	79

2.3.1.3.	La peine selon la présence ou l'absence de vie commune.....	80
2.3.1.4.	La peine selon la présence d'enfants.....	80
2.3.1.5.	La peine selon la taille du tribunal	81
2.3.1.6.	La peine selon l'expérience	82
2.3.1.7.	La peine selon les antécédents professionnels	82
2.3.1.8.	La peine selon la spécialisation du juge.....	83
2.3.2.	Les éléments du casus.....	83
2.3.3.	La philosophie pénale	84
2.3.3.1.	Les facteurs entrant potentiellement en compte dans la décision selon les caractéristiques biographiques des magistrats	84
2.3.3.2.	Les valeurs accordées aux fonctions de la justice pénale selon les caractéristiques biographiques des magistrats	85
2.3.4.	Conclusion	86
2.4.	Les peines selon l'influence accordée aux fonctions de la justice pénale	86
2.5.	Critique de l'analyse : l'absence d'analyse factorielle.....	90
CONCLUSION GÉNÉRALE		93
BIBLIOGRAPHIE		95
Annexe : le questionnaire		100

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Ce mémoire est le fruit d'un long processus dont le point de départ se situe autour de la question suivante : Qu'est-ce que condamner ? À l'interprétation et à la compréhension qui ont été mienne de cette question, j'ai décidé d'étudier la question de la peine à travers un de ses acteurs principaux : le juge. Le juge est le dernier maillon du procès pénal sur qui viennent se concentrer toutes les décisions qui ont été prises en amont. En matière pénale, le magistrat a pour fonction de prononcer, ou non, une peine pour autant qu'il a été convaincu de la culpabilité du prévenu. Cette décision quant à la peine reflète indirectement les multiples influences dont le magistrat est le sujet. En effet, l'activité de juger est une activité humaine qui se déroule à l'intérieur d'une constellation d'influences dont le juge est lui-même pourvoyeur. L'idée véhiculée d'une justice impartiale aux yeux bandés ne peut être qu'utopique dans la mesure où elle est rendue par l'homme. Le magistrat apporte son lot d'influences au travers de ses caractéristiques biographiques, lesquelles font résonner en lui de manière particulière, voire singulière, les éléments de l'affaire qui lui est soumise. Par-là, « la décision ne paraît ni méthodique ni même rationalisé » (Vanhamme, 2009, 53).

Penser la peine conduit à s'interroger sur son application et sur le juge lui-même. Cela m'a amené à étudier le *sentencing*, c'est-à-dire à étudier les théories relatives aux disparités dans les peines et dans les décisions en essayant de trouver une explication à cette inégalité dans le choix des peines par la mise en évidence de facteurs ayant un impact sur la peine prononcée par les juges. Les plus courants sont au nombre de quatre : la gravité des faits ; les caractéristiques de l'accusé ; les caractéristiques du magistrat et sa perception du but de la peine (philosophie pénale) ; les contextes organisationnels (culture d'audience, socialisation professionnelle, organisation du tribunal, etc.) et sociaux (la société en tant que telle). L'ancrage qui a été le mien se retrouve dans l'intérêt que j'ai porté à la personne du juge en tant que juge mais aussi en tant qu'être dans son rôle de décideur de la nature et du *quantum* de la peine. Le type et l'importance de la peine ne dépendent pas, en pratique, seulement des critères légaux, mais aussi de multiples facteurs extra-légaux qui affectent la décision finale (Kellens, 1978, 91). Il est reconnu depuis longtemps dans la littérature sur le *sentencing* que les juges prononcent des peines différentes quand bien même les circonstances et les faits sont identiques. La disparité des peines renvoie à leurs « (...) variations dans leur nature ou leur durée pour des faits semblables. Le constat que les affaires pénales sont traitées de manière inégale s'ancore dans le principe de l'État de droit, selon lequel chacun est égal devant la loi » (Vanhamme, Beyens, 2007, 202). Cette impartialité « apparaît contextuellement comme une exigence socialement sanctionnée. Cette exigence n'implique pas nécessairement l'indifférence à l'égard des personnes ou des situations jugées » (Paperman, 2000, 29).

Dans le début de son article, Fernanda Prates (Prates, 2011) met en évidence très simplement mais très justement l'importance de ces recherches, lesquelles fournissent un ensemble d'informations et d'hypothèses quant aux facteurs d'influence sur la prise de décision des

magistrats et, en même temps, soulignent le caractère nécessairement humain de la justice pénale. A cet égard, K. Beyens définit le *sentencing* comme « le processus décisionnel de fixation de la peine par le juge du fond » (Mary, 2002, 177). Les recherches sur ce sujet rendent compte du fait que le processus pénal n'est pas aussi uniforme et impartial que ce que l'on croit (Kellens, 1978, 82) : dans la mesure où ce processus décisionnel est un processus humain, il est inévitable que des éléments liés à la personne du magistrat viennent influencer la décision qui sera prise.

En Belgique, peu de recherches empiriques ont étudié la magistrature assise au pénal dans une optique de comprendre ce qu'on pourrait appeler la boîte noire du processus de détermination de la peine, soit les déterminants propres aux juges ayant un impact sur leurs décisions. Peu d'études se sont penchées sur cette question de savoir quels sont les caractéristiques biographiques des juges, en tant qu'acteurs sociaux, qui les influencent, directement ou indirectement, consciemment ou inconsciemment, dans son travail de bourreau du comportement délinquant reconnu¹. Il en va de même s'agissant de l'importance que le juge accorde, selon ses caractéristiques personnelles, aux différents facteurs propres à chaque cas d'espèce pour déterminer une peine. Pris dans son ensemble, le processus décisionnel de détermination de la peine a fait l'objet d'un certain nombre de recherches nationales dont la majorité prend comme point de départ la disparité des décisions dans des affaires semblables avec la prétention de vouloir expliquer ces inégalités dans le choix de la peine, bien que, comme juste mentionné, celles-ci ne soient que trop peu recherchées dans la personne du juge.

L'étude belge la plus récente en la matière est *La rationalité de la peine : enquête au tribunal correctionnel* de F. Vanhamme (Vanhamme, 2009). Considérant le *sentencing* comme une pratique sociale, F. Vanhamme a opté pour une approche ethnométhodologique et, plus précisément, sociocognitive afin de comprendre « la fabrique de ce fait social qu'est la décision de la peine en tant que traitement contextualisé de l'information. [Elle a voulu comprendre] les logiques pratiques du juge dans son contexte d'action, dans le but d'élaborer un modèle de compréhension qui montre la rationalité de la peine » (Vanhamme, 2007, 321). Pour se faire, l'auteur a questionné « le processus décisionnel de la peine et a voulu objectiver les procédés de raisonnement en contexte qui le forment ainsi que leurs propriétés sociales. En effet, la détermination de la peine se construit dans un contexte social et cognitif, et dans le monde spécifique de l'institution judiciaire à l'intérieure de laquelle le juge procède à des inférences pour que ses activités s'inscrivent dans les formes normales de son monde » (Vanhamme, 2009, 313). Ainsi, la peine, eu égard au processus décisionnel, est « le résultat d'une évaluation interactive de la personne du justiciable [par le juge]. Orientée par le sens de la structure sociale du juge, par l'organisation sociale du procès et régulée par les références

¹ Soulignons que la décision judiciaire ne se cantonne pas à la formulation d'une peine mais comprend, avant tout, une décision sur la culpabilité du prévenu. Ce débat sur l'innocence ou la culpabilité occupe une place importante dans les procès pénaux.

normatives du monde juridico-judiciaire, cette évaluation se caractérise par ses propriétés de sélection et de normalisation au regard des standards sociaux dominants » (Vanhamme, 2009, 325). Et quant à son sens, « la peine est une leçon sur l'ordre social dominant à respecter, expressive de la puissance de la justice. Elle acquiert de la sorte un sens de communication de nature politique » (Vanhamme, 2009, 318).

Ce travail sera divisé en trois parties. La première partie abordera la notion de peine dans son contexte juridique et discutera du pouvoir discrétionnaire reconnu au juge. La seconde partie dressera un état de l'art de la littérature sur le *sentencing* se focalisant sur la personne du juge comme facteur explicatif des disparités dans les peines. La troisième partie présentera mon analyse des résultats tirés de ma collecte de données et opérera une discussion avec les résultats théoriques les plus significatifs. L'objectif sera double : il s'agira d'identifier les caractéristiques biographiques des magistrats influençant leur décision ainsi que de mettre en évidence dans quelle mesure ces variables les influencent.

PREMIÈRE PARTIE

LA PEINE DANS SON CONTEXTE JURIDIQUE ET LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU JUGE

0. INTRODUCTION

Cette première partie sera divisée en deux volets. Le premier volet aura pour objectif d'offrir un aperçu général de la peine en Belgique et de déterminer ce que l'on entend par ce mot. Successivement, il y sera abordé ses caractères (1.1.) et ses fonctions (1.2.), les différents types de peine (1.3.), les mesures alternatives à la peine (1.4.) ainsi que les facteurs légaux pouvant l'influencer (1.5.). Le second volet se concentrera sur le pouvoir discrétionnaire du juge². On y verra, tout d'abord, que le pouvoir discrétionnaire du juge est la source des disparités dans les peines (2.1.). Ensuite, on étudiera la dialectique du système pénal, lequel voyage entre deux pôles : d'un côté, on retrouve un système pénal qui veille à assurer une certaine sécurité juridique et d'un autre côté, on remarque que ce même système fragilise cette prévisibilité et stabilité juridique (2.2.). Enfin, on verra que le jugement pénal est une forme de « bricolage » (2.3.) et aussi une pratique sociale (2.4.).

1. LA PEINE DANS SON CONTEXTE JURIDIQUE

1.1. NOTION ET CARACTÈRES

La peine peut être définie comme la sanction légalement prévue par un texte de loi pour répondre à la transgression d'un comportement interdit et incriminé par la loi (et par conséquent par la société). Elle est imposée par le juge du fond, à la suite d'une déclaration de culpabilité, à l'auteur des faits. Il ressort de cette définition qu'il n'existe pas d'autres peines que celles prévues expressément par la loi. Partant, le juge voit son action limitée quant aux choix de la sanction.

A côté de ce principe de légalité de la peine, celle-ci revêt quatre autres caractères. Ainsi, la peine est aussi personnelle, individuelle, obligatoire et égale (Vandermeersch, 2009, 169-173). Toutefois, je ne développerai pas davantage ces notions dans la mesure où elles ne présentent pas d'intérêt particulier pour mon propos.

1.2. LES FONCTIONS DE LA PEINE

Classiquement la peine remplit cinq fonctions (Vandermeersch, 2009, 175-177).

² Le pouvoir discrétionnaire reconnu au juge fait l'objet d'un point particulier dans la mesure où il est le moyen par lequel la disparité dans les peines pour des affaires semblables se manifeste.

Une première fonction que la peine se voit attribuée est une fonction rétributive. La peine se voit être l'imposition d'un mal à l'encontre de l'auteur du comportement incriminé par la loi en compensation du mal que celui-ci a causé à la société dans son ensemble à travers son acte.

Une deuxième fonction qui lui est reconnue est une fonction réparatrice. A cet égard, par l'infliction d'une peine, le délinquant se voit contraindre de réparer le mal causé par la commission de l'infraction.

Une troisième fonction consiste en la prévention générale. Par son effet dissuasif, la menace qu'elle représente et par sa prévisibilité, la peine préviendrait le passage à l'acte criminel et dissuaderait le potentiel délinquant d'opter pour un comportement répréhensible pénalement.

Une quatrième fonction est la prévention spéciale, soit la prévention de la récidive. Pour les mêmes raisons identifiées que celles liées à la fonction de prévention générale, la peine dissuaderait le délinquant puni de recommencer.

L'amendement et la resocialisation constituent la cinquième fonction classique de la peine. Par-là, le juge prend en compte la situation personnelle du prévenu avant de statuer, ceci dans une optique de permettre à l'intéressé, une fois sa peine purgée, de pouvoir réintégrer la société.

1.3. LA CLASSIFICATION ET LES TYPES DE PEINES

Les peines peuvent être classées de différentes manières. J'en relèverai deux ici.

Premièrement, les peines se partagent entre peines principales, accessoires et subsidiaires. Les peines principales constituent la réponse directe à l'infraction. Elles sont dites « autonomes » dans la mesure où il n'est pas nécessaire qu'elles soient accompagnées d'une autre peine. La réclusion, la détention, l'emprisonnement, la peine de travail et l'amende (lorsqu'elle n'est pas une peine accessoire à une peine privative de liberté) forment les peines principales (Vandermeersch, 2009, 179).

Les peines accessoires sont celles qui sont prononcées, soit obligatoirement soit facultativement selon ce que prévoit la loi, par le juge du fond, complémentirement à une peine principale. On relève, notamment, comme peines accessoires l'amende en complément d'une peine privative de liberté, la confiscation spéciale, la mise à disposition du gouvernement, l'interdiction de certains droits et la destitution (Vandermeersch, 2009, 179).

Les peines subsidiaires sont celles qui s'exécutent en lieu et place de la peine principale dans les cas où cette dernière revêtirait un défaut d'exécution. On en dénombre trois : l'emprisonnement subsidiaire en cas d'amende non payée ; l'emprisonnement ou l'amende en cas de non-exécution de la peine de travail ; et, en matière de roulage, la déchéance du droit de conduire en cas de défaut de paiement de l'amende (Vandermeersch, 2009, 179-180).

Deuxièmement, les peines se distinguent selon la nature de l'infraction (puisqu'elles y sont étroitement associées)³. Ainsi, on distingue les peines criminelles (la réclusion et la détention), les peines correctionnelles et les peines de police que constituent, les unes et les autres, l'emprisonnement, la peine de travail, l'amende, mais à des degrés de sévérité différents (Vandermeersch, 2009, 181-182).

Il est important de préciser que les peines peuvent être modalisées avec un sursis, lequel peut être simple ou probatoire, soit assortie de conditions. Le sursis à l'exécution de la peine est une mesure décidée discrétionnairement par le juge du fond par laquelle il diffère l'exécution de la condamnation par un délai d'épreuve durant lequel l'auteur de l'acte ne peut commettre de fait ou avoir un comportement pouvant causer sa révocation. L'article 8 de la loi du 29 juin 1964 règle cette modalité de la peine.

1.4. LES MESURES ALTERNATIVES À LA PEINE

Notamment, dans une optique d'une justice plus restauratrice et réparatrice que punitive ainsi qu'une justice accélérée et plus économe, des mesures ne constituant pas des peines ont été élaborées. Tel est le cas de la transaction pénale qui permet une réaction sociale face à l'acte délinquant tout en évitant la stigmatisation que la peine peut entraîner, dans la mesure où il n'y a pas d'inscription au casier judiciaire, et tout en épargnant tant à l'auteur de l'acte qu'à la société, la lenteur et le coût d'un procès pénal. Tel est aussi le cas de la suspension du prononcé de la condamnation qui est la décision du magistrat consistant à déclarer le prévenu coupable des faits qui lui sont reprochés tout en ne prononçant pas à son égard de peine si pendant une période de mise à l'épreuve, simple ou probatoire (assortie de conditions), fixée par le juge, l'intéressé n'adopte pas un comportement susceptible d'en causer la révocation (Vandermeersch, 209, 232).

1.5. LES FACTEURS LÉGAUX POUVANT INFLUENCER LA PEINE

Ne seront pas envisagés tous les facteurs pouvant influencer la peine dans un sens comme dans l'autre mais uniquement ceux qui permettent de jeter un éclairage sur mon propos, à savoir les circonstances aggravantes et atténuantes ainsi que la récidive.

Augmentant le degré de sévérité de la peine, les circonstances aggravantes sont celles prévues expressément par les dispositions légales à chaque infraction. Il s'agit des circonstances de temps, de lieu ou celles ayant trait au comportement de l'auteur des faits ou encore à la qualité

³ Remarquons qu'à cet égard, il ne s'agit que de peines principales pouvant, le cas échéant, être assorties d'une peine accessoire.

de la victime qui, en présence de l'acte délictueux, obligent le juge à prononcer une peine plus sévère, soit celle prévue par la disposition même.

A côté de ces circonstances aggravantes, on trouve aussi les circonstances atténuantes. Ces dernières ne sont pas prévues par la loi et répondent, donc, entièrement du pouvoir d'appréciation discrétionnaire du juge du fond qui peut choisir quels que éléments de l'affaire qui lui est soumise pour diminuer la peine légalement prévue. Elles sont donc forcément facultatives.

Outre la réduction de peine associée aux circonstances atténuantes retenues par le juge (lui interdisant de prononcer le maximum prévu par la loi et lui permettant de descendre jusqu'en dessous du minimum légal), ces circonstances ont pour effet de correctionnaliser un crime ou contraventionnaliser un délit, soit saisir le tribunal correctionnel là où la Cour d'assises aurait été compétente et saisir le tribunal de police en lieu et place du tribunal correctionnel avec des conséquences quant aux peines pouvant être prononcées par ces différentes instances judiciaires.

Quant à la récidive, il s'agit de « la situation d'une personne qui fait l'objet de nouvelles poursuites pénales alors qu'elle a encouru précédemment une condamnation définitive » (Vandermeersch, 2009, 272). Plus précisément, il s'agit de l'état d'une personne entraînant la possibilité pour celle-ci (notamment en cas de nouvelles poursuites) d'une augmentation de la peine au-delà de la limite légale fixée pour l'infraction ayant commandées lesdites poursuites. La récidive peut être perpétuelle ou temporaire selon que la nouvelle infraction intervienne ou non dans un délai déterminé pour que l'on reconnaisse qu'il y ait récidive (Vandermeersch, 2009, 275). Cette situation est régie par les articles 54 à 56 du Code pénal.

Citons juste pour l'exhaustivité que les causes d'excuses et les concours d'infraction sont aussi des facteurs influençant le taux de la peine.

2. LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU JUGE

2.1. LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE COMME SOURCE DES DISPARITÉS

En prenant pour une évidence le fait que le juge est une source non négligeable dans la disparité des peines, il ressort que cette différence de traitement trouve sa source dans le pouvoir discrétionnaire reconnu au juge (Vanhamme, Beyens, 2007, 178). Toutefois, cette faculté ne s'exerce pas sans entrave. Dans la mesure où chaque décision est circonstanciée et contextualisée, J.L. Gibson appuie cet argument en considérant que « les juges se décident en fonction de ce qu'ils préfèrent faire (*attitude theory*), tempérées par ce qu'ils pensent pouvoir faire (*role theory*), mais contraints par ce qu'ils perçoivent comme faisable ou non (*host of group-institution theories*). Ce que les juges préfèrent faire correspond à leur attitude

et leur philosophie pénale, ce qu'ils pensent pouvoir faire provient de leur représentation personnelle de la fonction de juge, et ce qu'ils perçoivent comme faisable résulte des contraintes organisationnelles associées à leur environnement social et de travail » (Gibson, 1983, 9, [Ma traduction]⁴). « Cependant, l'importance de ces facteurs est réduite à moins que le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire significatif » (Johnson, 2014, 164). En effet, « les juges utilisent des facteurs légaux tels que la gravité de l'infraction et les antécédents judiciaires du prévenu comme repères initiaux pour choisir la sanction appropriée mais ensuite, ils opèrent des attributions situationnelles à propos des caractéristiques et des risques des défendeurs sur la base d'un schéma de décisions plus subtiles et plus subjectives [pour autant que la loi lui laisse une certaine marge de manœuvre pour le faire] » (Johnson, Ulmer, Kramer, 2008, 745 ; cité dans Anderson, Spohn, 2010, 365). Ainsi par exemple, « si les magistrats perçoivent de manière différente la dangerosité des défendeurs et/ou évaluent différemment les conséquences pratiques de leurs décisions et si, ces évaluations sont basées sur leurs interprétations subjectives des attributs des défendeurs, le résultat pourrait être une disparité inter-juge dans les peines imposées pour des défendeurs dans la même situation » (Anderson, Spohn, 2010, 365)⁵.

En outre, si on prend l'exemple du *quantum* de la peine en Belgique, notre droit autorise le magistrat à choisir une peine dans une fourchette établie par la loi. Il ne peut en aucun cas donner une peine plus lourde que ce que lui autorise le prescrit légal. Par contre, il peut descendre en dessous du minimum prévu par la loi (jusqu'à, même, ne pas prononcer de peine dans le cas de la suspension du prononcé de la condamnation) s'il estime opportun de retenir des circonstances atténuantes, celles-ci relevant entièrement et pleinement de son pouvoir discrétionnaire puisqu'elles ne sont nullement prévues par la loi.

Il est fréquent que les circonstances atténuantes retenues par le juge soient liées aux caractéristiques personnelles du prévenu, comme notamment son statut social, son origine ethnique ou encore son sexe. A cet égard, pléthore de recherches en *sentencing* ont tenté de démontrer si un lien existait entre ces caractéristiques propres aux auteurs d'infraction et les peines prononcées à leur encontre. De manière générale, les résultats ne sont pas assez concluant pour fournir une théorie générale⁶. Toutefois, on peut affirmer deux éléments.

⁴ Les sources anglo-saxonnes citées en français ont fait l'objet d'une traduction libre et personnelle. Pour des raisons stylistiques et pour faciliter la lecture, la référence '[Ma traduction]' ne sera désormais plus utilisée : elle est présumée.

⁵ « *Court actors use legal factors such as the offense seriousness and prior record as initial punishment benchmarks but then make situational attributions about defendant's character and risk based on more subtle, subjective, decision-making schema* » (Johnson, Ulmer, Kramer, 2008, 745; cite dans Anderson, Spohn, 2010, 365). « *If judges have different views of the types of defendants who are dangerous or threatening and/or different assessments of the practical consequences of their sentencing decisions, and if, these assessments are based on subjective interpretation of defendant characteristics, the result might be inter-judge disparity in the sentences imposed on similarly situated offenders* » (Anderson, Spohn, 2010, 365).

⁶ Voy. infra pour les explications concernant ce manque d'uniformité et d'univocité dans les résultats.

Premièrement, ces facteurs se voient octroyer une influence inversement proportionnelle à la gravité de l'acte : moins les faits sont graves, plus les facteurs individuels interviennent (Mary, 2002, 161). Deuxièmement, il existe « une sélectivité négative à l'encontre des groupes marginalisés. Cette sélectivité se traduit par le fait que ces groupes sont en général surreprésentés dans la population pénitentiaire et font moins souvent l'objet d'une peine alternative » (Mary, 2002, 179).

2.2. LA DIALECTIQUE DU SYSTÈME PÉNALE

Les décisions pénales et les peines qui en découlent obéissent à un ensemble de règles contraignantes destinées à en assurer la prévisibilité et la stabilité. Or des processus cognitifs, moraux et affectifs introduisent des éléments de variabilité dans la peine qui pourra être prononcée par le juge (Faget, 2008). Par-là, la peine se situe au cœur d'une « dialectique institutionnelle (celle de la justice pénale) qui voit s'affronter les exigences collectives d'un ordre à cultiver et les impératifs individuels, producteurs de désordre, d'une identité à affirmer » (Faget, 2008). D'un côté se dresse un système pénal organisé de telle sorte que la sécurité juridique soit maximale pour tous. La prévisibilité et la stabilité des décisions est assurée par un ensemble de contraintes (légales, professionnelles, organisationnelles...) jouant une fonction régulatrice et contribuant à homogénéiser et standardiser les jugements (Faget, 2008). Dans cette optique, le juge n'est qu'un simple administrateur de la loi se bornant à confronter les faits qui lui sont soumis aux dispositions légales applicables. La fonction prime sur le sujet. De l'autre côté, on retrouve un juge mû par toute une série d'affects, ayant sa propre rationalité. Le sujet prime sur la fonction. Là où le système pénal recherche de la stabilité et de la prévisibilité, le magistrat, lui, interprète et juge l'affaire qui lui est soumise conformément, à la fois, à ce que lui dicte la loi (il n'en serait être autrement) et aux règles de conduites et normes implicites professionnelles ainsi qu'à ce qu'il pense être juste au cas d'espèce selon ses convictions personnelles. Ce champ d'action libre qui lui est laissé dans son pouvoir d'appréciation discrétionnaire est source d'imprévu. Dès lors, « tout le processus décisionnel est la résultante d'un jeu subtil des asservissements et des anticipations qui en érode la rationalité » (Faget, 2008) car « si la liberté d'action du joueur se ramène, pour une grande part, à la mise en œuvre stratégique des possibilités de choix ouvertes par le jeu lui-même, aussi institutionnalisé et conventionnel soit-il, aucun jeu ne peut se passer de l'intervention créatrice du joueur » (Arnaud, Ost, 1988 ; cité dans Faget, 2008). Par conséquent, « une part de subjectivité subsiste qui permet à l'acteur [le juge] d'affirmer son identité personnelle au détriment des attentes de rôle que son statut suscite. [Il s'en suit que] le système est moins prévisible qu'il n'y paraît car la rationalité des décisions s'en trouve largement limitée » (Faget, 2008).

Ainsi, nonobstant la volonté du système pénal d'offrir les plus hauts garanties en termes de prévisibilité et de stabilité des décisions pénales, il peut être source du contraire dans la marge d'appréciation qu'il laisse au magistrat du fond. A cet égard, les contraintes juridiques offrent un parfait exemple (Faget, 2008). D'une part, elles sont sources de prévisibilité en ce que,

comme le dit les deux adages latins bien connus, il n'y a pas de peine sans loi (*nulla poena sine lege*) et pas de crime sans loi (*nullum crimen sine lege*). Le juge voit son action cantonnée par le prescrit légal ou par la jurisprudence à défaut de lois suffisamment précises ou actuelles. Cette stabilité est renforcée par le droit du justiciable à obtenir un double degré de juridiction, la juridiction d'appel connaissant des voies de recours des décisions rendues en première instance. Ce contrôle hiérarchique des décisions pénales constitue un rempart contre les décisions atypiques. D'autre part, elles sont sources d'imprévisibilité dans la mesure où plus la disposition légale est imprécise, plus le magistrat voit sa marge d'appréciation s'agrandir, laquelle peut avoir un rôle positif sur la variabilité des peines pour des cas semblables.

Par ailleurs, la pratique décisionnelle, renversant le raisonnement classique par rapport au *quantum* de la peine, joue aussi un rôle dans la variabilité des peines. En vertu de ce raisonnement, un fait correspond à une qualification, laquelle implique une fourchette de peine définissant la gravité sociale et pénale de l'acte. Cependant, en pratique, le juge évalue le défendeur eu égard à sa responsabilité individuelle couplée à une responsabilité morale et choisit en fonction de cette évaluation une peine puis une qualification. « Le processus décisionnel relatif à la peine repose dès lors sur un procédé interprétatif s'ancrant dans le pouvoir discrétionnaire du juge balisé toutefois par son contexte d'action, la volonté d'affiliation du juge à son monde professionnel, les tarifs et bonnes pratiques en cours au tribunal, le réquisitoire et le contrôle *a posteriori* du jugement » (Vanhamme, 2009, 320). En outre, la peine n'est guidée à aucune étape dans le processus de décision : « le juge pénal navigue dans un vide politique, manque de cadre théorique de référence et se retrouve à manipuler des concepts aussi vagues que la gravité du fait ou la personnalité de l'auteur. L'interprétation est donc inhérente à la prise de décision qui se caractérise par l'incertitude » (Vanhamme, 2009, 35). « Le droit met en forme les dispositions des acteurs et des mécanismes institutionnels dont le fondement et le fonctionnement tiennent plus du bricolage et des rapports de force hiérarchiques et sociaux que des mesures énoncées et fixées dans les codes » (Lenoir, 1995, 363). Par conséquent, la rationalité de la peine s'en trouve largement limitée.

2.3. LE JUGEMENT COMME « CRAFTWORK »

Dans son article *Sentencing as craftwork and the binary epistemologies of the discretionary decision process* (Tata, 2007, C. Tata) assimile le *sentencing* à de l'artisanat, à du bricolage⁷. L'auteur développe une conception du processus de détermination de la peine en tant que processus dynamique, social et interprétatif. Partant, il critique la conception statique qui est fait de ce processus décisionnel selon laquelle la décision pénale est appréhendée de manière

⁷ Il s'agit de ma traduction du mot « *craftwork* ».

binaire, dichotomique ; les catégories binaires étant notamment règles versus discrétion et raison versus émotion⁸ (Tata, 2007, 425).

Classiquement, le processus décisionnel pénal est présenté comme rationnel, légal et objectif pour l'opposer à un processus qui serait régit plutôt par des émotions et serait subjectif (Tata, 2007, 427). Or, pour résumer C. Tata, ces qualités ne sont pas exclusives les unes des autres, figées dans un rapport qui les opposerait. La détermination de la peine serait plutôt un processus dynamique dans lequel l'ensemble de ces qualités (les émotions, la loi, le pouvoir discrétionnaire, la raison...) s'influenceraient mutuellement et amèneraient le magistrat à 'bricoler une peine' à la situation qui lui est présentée, à évaluer et interpréter tous les éléments de la cause ainsi qu'à procéder à des ajustements afin d'établir une peine qui répondrait de la loi mais aussi de son pouvoir discrétionnaire ; d'un raisonnement objectif mais aussi d'une logique subjective influencée par la personnalité du magistrat et par ses émotions. Comme le dit si bien C. Tata : « *Sentencing as craftwork allows us to conceive of the judicial decision process as about both : choice and order ; implicit routine and explicit normative principle ; analysis and intuition ; individualization and consistency ; rationality and emotion ; mind and body. These qualities co-exist dynamically, are synergistic, and inhabit each other* » (Tata, 2007, 427).

« Une telle conception suppose que le pouvoir discrétionnaire reconnu au juge interviendrait à l'occasion de cas particuliers qui mettraient à mal les règles établies (la loi, les règles de procédure) et pour lesquels le juge doit improviser afin d'atteindre les objectifs de la justice » (Tata, 2007, 428). Le pouvoir d'appréciation serait, dès lors, une faculté reconnue au juge par la loi et prenant compte de la réalité empirique de la pratique décisionnelle. En cela, « les règles et le pouvoir discrétionnaire seraient exercées simultanément et ne peuvent être distinguées qu'abstraitemment » (Tata, 2007, 429). « Dans cette perspective, on ne peut plus opposer les règles au pouvoir discrétionnaire ou parler d'une balance entre les deux ou, encore, suggérer que plus de règles signifient moins de pouvoir discrétionnaire et vice versa. Ces deux éléments constitueraient plus des ressources utilisables afin de justifier la peine qui sera prise » (Tata, 2007, 430).

En outre, en ce qui concerne l'opposition raison versus émotions, le concept de *craftwork* « suggère que les décisions ne sont pas exclusivement prises sur une base raisonnée ou émotionnelle mais plutôt sur une synthèse subtile des deux » (Tata, 2007, 431).

En conclusion, penser la détermination de la peine comme un « travail d'artisanat » de la part du juge met en exergue le fait qu'il s'agisse d'un processus subtil et dynamique qui s'ancre, dans les limites légales, autour de la personne du juge, laquelle concentre les influences des différents acteurs du système pénal.

⁸ L'auteur fait référence à d'autres oppositions. Toutefois, seules ces deux oppositions seront retenues pour les besoins de mon propos.

2.4. LE JUGEMENT COMME PRATIQUE SOCIALE

Comprendre le *sentencing* comme pratique sociale signifie reconnaître l'importance de tout ce qui entoure le contexte de la pratique des acteurs (Prates, 2011, 25). Il s'agit alors de regarder le magistrat en tant qu'acteur social et de comprendre sa pratique professionnelle comme phénomène ancré dans un univers collectif plutôt que comme activité strictement individuelle » (Prates, 2011, 2).

Les juges n'agissent pas dans un vide. « L'exercice de leur pouvoir discrétionnaire ne devrait pas être perçu comme un acte personnel hermétique dans la prise de décision mais plutôt comme une pratique sociale » (Hutton, 2002, 578). Au travers de leurs décisions et de leur pouvoir discrétionnaire, les magistrats reproduisent une certaine structure du social. Selon N. Hutton, le *sentencing* en tant que pratique sociale est formé de trois types de normes. Premièrement, on retrouve les normes légales dont l'importance « structurante » dépend du niveau d'appréciation discrétionnaire reconnu aux juges, lequel est, et c'est important de le rappeler pour éviter toute mauvaise compréhension, permis par les normes légales. Cela ne signifie pas que lorsque le juge exerce son pouvoir d'appréciation, il le fait en dépit des règles formelles (Hutton, 2002, 578). Cela signifie plutôt que lorsque le juge exerce un tel pouvoir, la « force structurante » de la loi dans la décision qui sera prise est difficilement évaluable puisque, une telle faculté s'exerce, bien que dans les sentiers battus prévus par la loi, en quelque sorte en dehors de son contrôle. En permettant au juge une marge d'appréciation plus ou moins grande, la loi permet au juge de ne pas fonder sa décision sur des motifs strictement légaux (telles que les circonstances aggravantes) mais sur d'autres motifs qui seront par la suite justifiés dans un vocabulaire juridique (telles que les circonstances atténuantes). C'est la raison pour laquelle plus le pouvoir d'appréciation est important plus la « force structurante » de la loi est difficilement observable et plus la prévisibilité des décisions est difficile. Deuxièmement et troisièmement, les normes professionnelles⁹ et organisationnelles forment une seconde partie de la structure du *sentencing*, lesquelles soutiennent l'idée que les juges sont conscients qu'ils sont membres d'une profession et collaborateurs du système de la justice pénale. Ils savent que l'une des demandes de la justice est la cohérence. A cet effet, les magistrats partagent des accords tacites sur les tarifs des peines en fonction des affaires (Hutton, 2002, 579).

⁹ N. Hutton parle de normes sociales. Toutefois, il me semble que sa notion renvoie aux normes professionnelles telles qu'elles ont été théorisées par D. Monjardet (Monjardet, 1996).

DEUXIÈME PARTIE

LA DÉTERMINATION DE LA PEINE PAR LE JUGE : ÉTAT DE L'ART SUR LES RECHERCHES EN SENTENCING.

0. INTRODUCTION

Les travaux en *sentencing* dont l'objet est d'identifier les facteurs susceptibles d'influencer la peine se distribuent en trois courants théoriques qui peuvent, selon les études, se superposer : *The formal legal theory*, *The substantive political theory* et *The organizational maintenance theory* (Dixon, 1995). Ces trois théories se concentrent toutes sur la rationalité qui préside à la détermination de la peine et sur ses facteurs d'influence. La première de ces théories met en avant le poids des variables juridiques dans la décision : la peine serait déterminée par une rationalité que l'on pourrait qualifier de légale ou de formelle. La seconde ajoute à l'influence des variables juridiques celles qui relèvent du statut social des différents acteurs que sont, notamment et principalement, le juge et le prévenu (rationalité matérielle politique). La troisième théorie se concentre sur le rôle des variables organisationnelles sur le processus de décision (rationalité organisationnelle). A côté de ces trois courants théoriques figurent un certain nombre de recherches qui se sont penchées sur l'étude combinée des variables relevant de *The substantive political theory* et de *The organizational maintenance theory*. Ce sera l'objet des points suivants.

L'état de l'art qui va suivre ne prétend nullement à l'exhaustivité. Cela s'explique par deux raisons principales. La première tient à la foisonnante littérature que connaît le *sentencing* et donc à la difficulté de circonscrire l'ensemble de ses objets d'études, des résultats et des théories afférentes¹⁰. La seconde tient à l'absence de convergence dans les résultats portant sur la décision pénale qui, partant, ne permet pas de dresser une théorie homogène et globale, explicative du phénomène. Eu égard à cela, ma volonté est de dresser un panorama le plus complet possible qui identifie les facteurs d'influence, liés aux caractéristiques biographiques des magistrats, de la peine.

À la lumière de ce qui vient d'être dit, cette seconde partie sera divisée en six volets. Tout d'abord, il sera question de discuter une des grandes critiques (si ce n'est la grande critique), des recherches en *sentencing* : la difficulté d'émergence d'une théorie générale. Une fois cet élément abordé, on étudiera les principales théories anglo-saxonnes explicatives des disparités dans les peines (points 2 à 5). Enfin, une conclusion générale terminera cette deuxième partie.

¹⁰ Pour une étude sur les difficultés de théoriser le *sentencing*, voy. not. R. HENHAM, 2000, « Problems of theorizing sentencing research », *International Journal of the Sociology of Law*, Vol. 28, pp. 15-32.

1. LE PROBLÈME DE LA DISPARITÉ DES RECHERCHES EN *SENTENCING* : DIFFICULTÉ D'ÉMERGENCE D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE

Dans le début de son livre *Sentencing as a human process*, J. Hogarth pose, ce qui constitue selon lui, les problèmes fondamentaux du *sentencing*. Ceux-ci peuvent se résumer à un problème de disparité, soit de manque d'unité, un manque d'accord commun ou encore un manque de convergence dans la manière de penser et théoriser la peine. Les faiblesses des théories tendant à comprendre et à expliquer les différences dans les peines pour des cas semblables, ou à tout le moins présentant des caractéristiques apparentées, tiennent à trois facteurs principaux. Tout d'abord, il y a qu'il n'existe pas d'accord généralisé sur les fins sociales que la peine devrait servir. Ensuite, il n'y a pas de preuves suffisantes mesurant l'efficacité des mesures pénales à atteindre ces objectifs sociaux. Enfin, on constate un manque d'uniformité dans la manière dont la connaissance sur le *sentencing* est utilisée. Dans cette situation, il n'est pas surprenant qu'il existe un manque d'accord entre les juges dans leur approche amenant à une disparité dans leur décision (Hogarth, 1971, 6).

À côté des obstacles identifiés par J. Hogarth dans la quête d'une théorie générale expliquant la disparité dans les peines pour des cas semblables en se focalisant sur la personne du juge, J.L. Gibson soulève que « la plus grande faiblesse des recherches sur le comportement des juges se trouve dans leur manque de modèles théoriques de la prise de décision incluant les différents stimuli affectant les décisions et prédisant une grande partie des variations dans la prise de décision » (Gibson, 1983, 8).

Par ailleurs, une autre difficulté se retrouve « dans la propension des chercheurs à explorer le plus simple, le plus évident, soit les relations directes entre les facteurs susceptibles d'influence. Or, les relations entre les facteurs influençant la décision du juge et le juge lui-même sont bien plus complexes. Comme c'est le cas pour les rôles, les attributs sociaux des magistrats influencent indirectement les peines en déterminant le poids que les juges assignent aux critères sur lesquels ils se basent pour établir la peine la plus adéquate » (Myers, 1988, 650-651). Les liens entre ces facteurs ne sont pas purement causalistes, un facteur entraînant une conséquence directe. Ceux-ci opèrent avec plus de subtilité, empruntant des chemins dérivés par lesquels ils influencent indirectement la peine qui sera prononcée par le juge (Gibson, 1983, 25). « Ceci ne veut pas dire que la disparité dans les peines n'existe pas mais plutôt que due à l'existence de variables difficilement contrôlables propres à chaque cas d'espèce, les chercheurs n'ont pas été capables de déterminer le degré précis de disparité dans les peines » (Austin, Williams, 1977, 306). La décision pénale est tellement sous influence, influencée par une multitude de facteurs, chacun d'entre eux à des degrés divers qu'une telle théorie devrait, pour pouvoir être généralisée, prendre en compte tous ces facteurs de manière intégrée afin de percevoir l'influence que chacun d'eux ont les uns sur les autres et, au final, sur la peine prononcée. Une telle prétention ne peut qu'être utopique étant donné la multitude de facteurs organisationnels, sociaux, humains, psychologiques, légaux, contextuels... pouvant influencer l'*output* pénal. A cet égard, la première question à se poser est celle qui consiste à

se demander ce que l'on entend par cas semblables (Tata, Hutton, 1998) ? La similitude n'étant pas l'identique, les recherches ne peuvent dès lors prétendre à une uniformité de leurs résultats puisque la base de traitement n'est déjà pas identique.

Enfin, un autre obstacle à une théorisation générale et englobante réside dans la diversité des approches et des perspectives offrant souvent des résultats difficilement conciliables. En effet, les études sur le *sentencing* sont traversées par diverses théories, lesquelles avancent leurs propres facteurs prédominant quant à la diversité des peines et à la manière dont celles-ci sont prononcées. Ces théories seront étudiées au point suivant.

2. THE FORMAL LEGAL THEORY

The formal legal theory avance que la détermination de la peine suit une rationalité formelle « soit un processus de rationalisation obéissant à une logique autonome » (Lallement, 2013, 50). Cette rationalité est opposée à la rationalité substantielle ou matérielle qui se veut être « une forme de rationalisation favorisée par des intérêts extérieurs » (Lallement, 2013, 50). Ainsi dans cette perspective, le processus de détermination de la peine suit le droit en tant que rationalité formelle : « le droit formel est un ensemble dont la logique échappe à toute considération extérieure au droit lui-même. A l'inverse, une loi est considérée comme matérielle si elle se conforme à des valeurs et à des intérêts extra-juridiques » (Lallement, 2013, 41).

Par conséquent, le processus décisionnel pénal est perçu comme rationnel et appliqué à tous de manière égale. En plus d'être prévisible, la peine est principalement le résultat d'une application conforme des règles de droit indépendamment du statut social ou de l'origine ethnique de l'intéressé, lesquels ont une influence nulle en présence des variables légales¹¹. La loi est, partant, le facteur déterminant des décisions pénales (Dixon, 1995, 1161). Par conséquent, la gravité des faits et les antécédents judiciaires du prévenu constituent les deux facteurs essentiels dans le choix de la peine (Dixon, 1995, 1158). En effet, dans la mesure où la gravité des faits est reprise dans le prescrit légal, il est évident de considérer que le juge, en tant que bras armé de la loi, se voit influencer principalement par ce que lui dicte celle-ci. Quant au passé judiciaire du prévenu, il serait pour le juge un indicateur négatif de la volonté du prévenu de s'amender (Dixon, 1995, 1159).

A priori, la gravité des faits comme facteur explicatif des disparités entre les peines ne devrait, dès lors, pas être problématique puisqu'il est inclu dans la qualification juridique de l'infraction. Néanmoins, cela ne peut être vrai que pour les infractions recevant une qualification claire et précise. Selon F. Vanhamme et K. Beyens, dans la mesure où la

¹¹ Ce résultat met en avant que le soi-disant racisme de la justice pénale américaine relève plus du mythe que de la réalité (Wilbanks, 1987, in Dixon, 1995, 1162).

qualification juridique de certaines infractions est floue, la gravité d'une infraction peut être source de diverses interprétations. Ces interprétations interviennent à deux moments : « durant l'activité de qualification et au moment de faire le lien entre cette qualification et la peine. Ces deux moments introduisent un facteur d'incertitude et peuvent, via l'interprétation, ouvrir la voie aux disparités » (Vanhamme, Beyens, 2007, 203).

Ainsi, bien que l'ensemble des règles et principes du droit pénal fournissent un cadre délimitant l'office du juge, ces mêmes règles et principes permettent que repose entre les mains de ces derniers une part considérable de flexibilité. Dans la prise de décision, il y a tellement d'éléments à considérer, souvent conflictuels, que cette flexibilité laissée aux juges est inévitable. « Sans pouvoir discrétionnaire, l'injustice est la résultante d'un traitement semblable d'affaires non semblables » (Ashworth, 2010, 41). Le pouvoir discrétionnaire du juge est, dès lors, de rendre aux différents cas qui lui sont soumis toute leur singularité et, c'est dans l'exercice de ce pouvoir que peut s'expliquer la disparité dans les peines.

En conclusion, *The legal formal theory* argumente que la peine est déterminée par le prescrit formel de la loi et ne peut servir d'autres intérêts que ceux de la loi. Dans la mesure où les dispositions légales sont générales et abstraites, c'est-à-dire qu'elles sont vouées à régler une multitude de situations abstraitement définies sans égards aux éléments concrets et subtils de chaque situation, les juges doivent les appliquer uniformément aux cas qu'ils sont amenés à juger. Partant, une telle perspective amène *a priori* une uniformisation des peines et une absence de disparité. Toutefois, en ce que la loi peut être floue, imprécise et incomplète et que celle-ci instaure le pouvoir discrétionnaire du juge, une disparité inter-juges dans les peines est, quasi, inévitable. Ainsi, bien que, d'un côté, la rationalité légale formelle du *sentencing* refuse, *a priori*, toutes disparités inter-juges ; d'un autre côté, elle l'institue en offrant aux magistrats une capacité d'appréciation, pour autant que sont servis uniquement les intérêts légaux.

3. THE SUBSTANTIVE POLITICAL THEORY

Contrairement à la théorie de la rationalité formelle qui vient tout juste d'être expliquée, *The substantive political theory* avance que le processus de détermination de la peine est soumis à une rationalité matérielle et, plus précisément, à une rationalité matérielle politique. La peine n'est plus uniquement le fruit d'une rationalité formelle légale suivant strictement le prescrit de la loi mais elle devient le fruit d'une rationalité extérieure à la loi (d'où la notion de « substantielle »). Cette rationalité substantielle est qualifiée, par les partisans de cette théorie, de politique dans la mesure où la peine traduit une forme de domination servant les intérêts des privilégiés de la société, que constitue le groupe des magistrats, au détriment des moins privilégiés, que sont les prévenus (Dixon, 1995, 1160). Dans cette perspective, la peine est le

résultat du rapport entre la loi et les caractéristiques relatives au statut social du prévenu et du magistrat.

Une première version des études se basant sur *The substantive political theory* affirme que la peine traduit une forme d'oppression politique envers les minorités et les classes sociales plus faibles. « Selon cette version, l'administration pénale est un système politiquement organisé dans lequel les dominants utilisent les pouvoirs de police de l'Etat afin de renforcer leurs positions privilégiées en réduisant leur responsabilité légale » (Dixon, 1995, 1160). Ceux-ci voient dans la peine un outil de puissance publique leur permettant de renforcer leur statut et leur pouvoir au détriment des plus démunis. La peine se voit être influencée par les caractéristiques liées au statut social du prévenu et du magistrat et à la distance sociale qui les sépare. Une seconde version de cette théorie met aussi l'accent sur l'influence qu'ont la classe sociale et/ou le statut social sur la peine, mais expliquent ces effets en terme de bien-être social (*social welfare*). « Selon cette version, la peine dans l'Etat-providence moderne se voit être plus sévère pour les défenseurs de statut économique ou social plus faible, lesquels sont considérés comme des facteurs aggravants » (Dixon, 1995, 1160). Par conséquent, de manière générale, il ressort de *The substantive political theory* que la loi est instrumentalisée à des fins de pouvoir et de domination par les « dominants ». Les facteurs extra-légaux, tels que l'ethnie ou la classe sociale, jouent un rôle aussi important que les facteurs légaux dans la détermination de la peine¹². Ces attributs personnels concernent autant les juges que les délinquants. Néanmoins, pour l'objet de mon propos, je me limiterai aux attributs du juge car comme le conclut J. Hogarth : « *one can explain more about sentencing by knowing a few things about a judge than by knowing a great deal about the facts of the case* » (Hogarth, 1971, 350).

3.1. LE JUGE EN TANT QUE SOURCE DE DISPARITÉ DANS LA DÉTERMINATION DES PEINES

3.1.1. Détour conceptuel : la notion de disparité

Un des objets d'étude du *sentencing* porte sur la disparité dans les peines prononcées pour des cas semblables. Cette disparité des peines, cette différence dans la sanction proposée s'évalue tant au niveau du type de peine choisie que de son *quantum*. Il ne faut pas confondre cette notion de disparité avec celle de sévérité. Parler de la sévérité de la peine n'a aucun sens *a priori*, à tout le moins lorsqu'il s'agit de comparer différents types de peines. La sévérité d'une peine n'est pas une donnée que l'on peut saisir abstraitement en dehors de toutes considérations relatives au destinataire de la peine et aux circonstances de l'infraction. La

¹² Depuis les années 1980, les résultats des études incluant les variables des deux théories mentionnées supportent la première. Ainsi, dès lors que la variable légale est étudiée, celle-ci l'emporte dans l'explication des disparités des peines, peu importe l'origine ethnique ou la classe sociale de l'intéressé (Tata, Hutton, 1995, 1161).

sévérité est, partant, contextualisée, circonstanciée et, forcément, relative. Une peine dite sévère pour une personne donnée est une sanction qui frappe là où ça fait le plus mal (par exemple, est qualifiée de sévère une peine principale d'amende à laquelle est ajoutée une peine subsidiaire de fermeture d'un établissement pour une chef d'entreprise). Toutefois, comme je l'ai sous-entendu ci-dessus, il est évident que plus le *quantum* d'une peine est élevé, plus celle-ci est sévère pour un même type de peine (par exemple, une peine de travail de 200 heures est moins sévère qu'une peine de travail de 300 heures).

3.1.2. La philosophie pénale

Dans son livre *Sentencing as a human process*, J. Hogarth considère que l'infliction d'une peine est une des manières par laquelle la société réaffirme, par son système pénal, les valeurs qu'elle défend et tend à protéger « les honnêtes gens des criminels ». Sur la manière d'opérer pour prévenir le crime, il n'existe pas d'entente généralisée (Hogarth, 1971, 3). « Certains argumentent que la réhabilitation des délinquants est la meilleure méthode pour prévenir la criminalité. D'autres affirment que l'effet dissuasif de la peine offre la plus grande protection face à la délinquance. Certains autres pensent que la détention des auteurs d'infractions catalogués comme dangereux ou anti-sociaux constitue la meilleure garantie qu'ils ne commettront pas de futurs méfaits, à tout le moins durant leur période d'incarcération. D'autres encore sont d'avis que la peine trouve sa justification non pas dans la prévention du crime, mais plutôt dans un prétendu droit et devoir moral dont sont investis les cours et tribunaux dans un objectif d'infliger une sanction aux délinquants reconnus traduisant, par-là l'expression de désapprobation de la société envers leurs actes » (Hogarth, 1971, 3-4). En disant cela, J. Hogarth concède qu'il existe de grandes différences dans la manière qu'ont les juges pour arriver à leurs décisions. Les magistrats diffèrent entre eux à nombreux égards et, notamment, « dans leurs objectifs, leurs avis sur l'effectivité des peines, les critères à appliquer pour décider entre différentes sanctions, la manière dont le conflit entre les besoins du délinquants et la protection de la communauté doit être résolu, et les situations dans lesquelles ils éprouvent des difficultés pour déterminer la peine » (Hogarth, 1971, 91). Néanmoins, les décisions des magistrats seraient largement déterminées par leur philosophie pénale, soit les fonctions qu'ils attribuent à la peine et leurs perceptions de leur rôle et du rôle de la justice (Hogarth, 1971, 91). Ainsi, les inégalités dans le choix des peines peuvent être expliquées par les appréciations personnelles du magistrat et son approche des objectifs de la peine (Mary, 2002, 179), c'est-à-dire par sa philosophie pénale.

A. Anderson et C. Spohn, reprenant plusieurs études, rejoignent la position défendue par J. Hogarth. Cette variabilité de philosophie pénale d'un juge à l'autre influe autant sur la peine imposée que sur les facteurs considérés comme pertinents pour statuer (Anderson, Spohn, 2010, 364). Ainsi, d'un côté, les juges ayant une philosophie pénale rétributive expliquent la sévérité des peines qu'ils imposent par leur lien étroit avec la gravité de l'acte et la culpabilité du délinquant. D'un autre côté, un juge qui suit une philosophie pénale utilitariste argumente que le but ultime de la sanction est la prévention de crime future et que la sévérité d'une peine sert cet objectif. Par-là, la peine serait liée aux besoins de réhabilitation ou à son effet

dissuasif ou incapacitant (Anderson, Spohn, 2010, 364). En outre, cette différence dans la sévérité des peines s'explique aussi par « l'évaluation des juges quant à la culpabilité du prévenu autant que par leur désir de protéger la communauté en incapacitant les délinquants reconnus comme dangereux ainsi que par leur soucis des conséquences pratiques ou du coût social de leurs décisions individuelles » (Anderson, Spohn, 2010, 365).

Toutefois F. Vanhamme affirme que « le juge ne croit que peu au traitement, à l'amendement ou à la capacité qu'aurait la peine de prévenir la récidive. Si ce constat peut évoquer le *Nothing works* soutenu par R. Martinson dans les années 1970, il met surtout en exergue la valorisation de la responsabilité soutenue par la rationalité libérale. Dès lors, le juge reporte la responsabilité de l'effet de sa décision sur le justiciable, qui fera ce qu'il veut de sa liberté le cas échéant ; à sa charge de comprendre la leçon pénale, de l'apprendre et de s'amender » (Vanhamme, 2009, 318). Par conséquent, la philosophie pénale comme facteur explicatif des disparités dans les peines devient peu convaincant : « la détermination des peines est davantage conduite par des considérations pragmatiques liées au contexte que par des principes de philosophie pénale. La peine correspond bien à un but, mais celui-ci n'est pas simplement un but énoncé par la philosophie pénale » (Vanhamme, 2007, 209). Dès lors, la philosophie pénale ne peut expliquer à elle seule les disparités dans les peines : il est nécessaire de la mettre en relation avec d'autres facteurs. Cet élément sera discuté dans la troisième partie de ce mémoire.

3.1.3. Les caractéristiques biographiques des magistrats

3.1.3.1. L'âge

De manière générale, il n'y a pas de relation statistique significative entre l'âge des magistrats et leur philosophie pénale. Néanmoins, il ressort qu'un âge plus avancé soit vecteur d'un sentiment d'indépendance eu égard à la pression sociale et politique, de confiance en soi et de modération dans les attitudes et les croyances (Hogarth, 1971, 368). Par-là, les magistrats plus âgés accordent plus d'importance à l'acte en lui-même qu'à l'auteur de l'acte. Ils offrent une plus grande indépendance quant à leurs décisions, ne faisant pas appel à l'avis d'autres magistrats. Ils sont aussi plus modérés dans leurs sanctions, cherchant par là une uniformité dans les décisions (Hogarth, 1971, 212). En outre, ils font preuve de plus d'indulgence que leurs homologues plus jeunes en ce qui concerne les cambriolages et les délinquants violents tandis qu'ils sont plus punitifs envers les trafiquants de drogues (Myers, Talarico, 1987, 174).

3.1.3.2. Le sexe

Globalement, le sexe du magistrat n'a qu'un faible effet, voire un effet négligeable sur la peine prononcée. Néanmoins, dans les cas où l'effet est faible, on remarque que les femmes juges sont plus sévères que leurs homologues masculins (Steffensmeier, Hebert, 1999, 1166). Cette propension à la sévérité des femmes se manifeste plus particulièrement envers les auteurs de viols mais aussi envers ceux qui ont été reconnus coupables de faits contre la

propriété (vol ou cambriolage par exemple) : elles sont plus enclines que leurs collègues masculins à recourir à l’incarcération des délinquants sexuels et à leur infliger une peine plus longue. Qui plus est, les tribunaux ayant pour président une femme sont moins cléments que ceux ayant pour président un homme (Myers, Talarico, 1987, 124, 174).

En outre, selon M. Myers et S. Talarico, « il n’y a aucune preuve que les juges hommes aient un comportement paternaliste envers les femmes et leur infligent des sentences plus légères que leurs homologues féminins. Il en va même de l’inverse. Ce modèle peut refléter une propension à l’intolérance envers la criminalité féminine dans la mesure où cela viole deux séries d’attentes classiques ayant trait au comportement attendu d’une femme et à leurs comportements criminels (moins violents, moins sérieux). En outre, exception faite de la décision d’emprisonnement, les femmes juges punissent plus sévèrement les délinquants masculins que leurs homologues hommes. Cette attitude reflète un stéréotype sexuel à propos de la plus grande dangerosité des délinquants hommes, aussi bien que la plus grande sympathie (ou paternalisme) envers les délinquantes » (Myers, Talarico, 1987, 125).

De ces considérations, Steffensmeier et Herbert ont dégagé cinq hypothèses de travail (Steffensmeier, Herbert, 1998, 1168-1170).

- 1) Les pratiques pénales des juges hommes et femmes sont plus remarquables pour leurs similarités que pour leurs différences.
- 2) Les antécédents professionnels et les caractéristiques des juges affectent les pratiques des juges identiquement quel que soit leur sexe.
- 3) Les femmes juges sont plus sévères dans les peines qu’elles prononcent que leurs homologues masculins et, plus particulièrement, en ce qui concerne les délinquants hommes, de minorités ethniques et jeunes.
- 4) Les antécédents judiciaires affectent les décisions pénales des juges féminins plus que pour leurs homologues masculins.
- 5) L’effet du sexe du juge est plus manifeste concernant la délinquance contre la propriété que concernant les violences sexuelles.

Concluons que les comportements punitifs des juges hommes et des juges femmes sont plus semblables que différents. Il n’y a pas de différences significatives dans la manière dont les juges, qu’ils soient hommes ou femmes, traitent les délinquants hommes ou femmes. Toutefois, si une différence se manifeste, on constate alors que les femmes juges imposent des peines plus sévères pour les auteurs de viols et de vols (Myers, Talarico, 1987, 100). Cette absence d’influence significative du sexe du magistrat peut s’expliquer par différentes raisons. La principale d’entre elles tient à l’influence puissante de la socialisation professionnelle (Steffensmeier, Hebert, 1999, 1168). On remarque que par-là, c’est plutôt la fonction et non pas l’individu qui façonne le juge.

3.1.3.3. Les antécédents familiaux

Tout individu quel qu'il soit évolue en fonction des rôles qu'il assume et des expériences qu'il vit. Chaque être humain est socialisé, dès sa plus tendre enfance, par les différents groupes sociaux qui vont partager sa vie. Cela commence par la famille et les proches et continue par l'éducation et le monde professionnel. « A travers ces socialisations successives, l'individu s'adapte tant du point de vue de ses croyances que de ses comportements. Les magistrats ne font pas exceptions à la règle. D'un côté, on peut raisonnablement penser que le juge, une fois nommé, apporte avec lui tout son vécu, lequel déterminera sa manière de prendre des décisions pénales ainsi que, pour partie, le contenu de cette décision, laquelle fera transparaître, en quelque sorte, son individualité. D'un autre côté, il est tout autant sensé de penser que la fonction de juge et le rôle qui y est associé prend le pas sur le vécu du juge. Par-là, la fonction commanderait leurs décisions et leurs expériences passées n'auront que peu d'impact sur leurs décisions. Dans cette optique, plus longtemps le juge officiera, moins l'influence de leurs expériences passées sera importante » (Hogarth, 1971, 50).

Ainsi, « les juges provenant d'une famille ouvrière (*working-class backgrounds*) apparaissent comme étant plus punitifs alors que ceux issus de familles plus aisées (*professional family backgrounds*) attachent moins d'importance à la justice et à la dissuasion qu'à la réformation. Ces derniers attachent plus d'importance aux antécédents des délinquants et sont, partant, plus enclins à discuter avec eux et aux différentes formes de méthodes correctionnelles » (Hogarth, 1971, 212).

3.1.3.4. Les antécédents professionnels

« Les expériences professionnelles antérieures, surtout dans le domaine de la justice, sont plus étroitement associées aux attitudes et aux croyances des juges que peuvent l'être les autres caractéristiques personnelles des juges telles que la religion ou l'âge » (Hogarth, 1971, 214-15). Ainsi, « les magistrats d'antécédents greffiers, procureurs ou juges d'instruction sont plus orientés vers l'acte criminel que le criminel lui-même et paraissent plus punitifs. Ceux qui ont été, autrefois, avocats de la défense sont plus orientés vers l'auteur de l'acte que l'acte lui-même » (Hogarth, 1971, 369).

En outre, le monde judiciaire considère que le jugement réaffirme les valeurs de la société et exprime, par-là, sa mission de maintien de l'ordre social (Vanhamme, 207, 322). Cette mission de juger n'est de l'apanage exclusif que des magistrats du siège, lesquels s'identifient à la justice qu'ils sont censés rendre, indépendamment des réactions du public et de ses attentes (Vanhamme, 207, 322). Ainsi, ils auraient une rationalité propre, fruit d'une socialisation professionnelle importante, et ce serait le juge, en tant que juge et non pas en tant qu'individu, qui déciderait de la peine à appliquer dans les limites fixées par la loi.

3.1.3.5. L'expérience en tant que magistrat du siège

Il ressort de l'étude de J. Hogarth que « plus un magistrat officie longtemps en tant que tel, plus sa croyance en l'effet dissuasif des peines est grande et moins celle-ci est élevée concernant l'effet rétributif de la peine ou sa potentialité de réformation du comportement délinquant. En outre, ils apparaissent plus modérés dans leurs comportements, attachant une certaine valeur à la psychologie et à la psychiatrie pour expliquer le comportement de l'auteur des faits, sans pour autant que cette valeur tende vers l'un ou l'autre des extrêmes. Ils ont aussi tendance à aller vers une uniformité des décisions pour des cas apparents. En contraste, les magistrats moins expérimentés (durée passée en tant que magistrat du siège) sont moins modérés : soit ils rejettent l'uniformité des décisions soit ils s'y rallient » (Hogarth, 1971, 216).

L'expérience en tant que magistrat a une influence non négligeable sur le développement des standards, valeurs et sentiments associés à la loi et au rôle professionnel du juge. La socialisation professionnelle est de loin l'élément le plus déterminant du comportement du magistrat que le sont les règles de conduite et les dispositions légales (Hogarth, 1971, 366). Cette socialisation professionnelle est l'expression d'un monde judiciaire fort centré sur sa rationalité interne. L'ambiance permanente de contrôle et d'autocontrôle qui y règne en crée les conditions. « Le juge considère que le jugement réaffirmera les valeurs de la société. Toutefois, dans la logique de ce monde, la justice relève de la compétence exclusive des magistrats du siège. Le juge agit comme il estime avoir à le faire, indépendamment des réactions du public et de ses attentes. La distance entre les corps social et judiciaire exprime cette appartenance à un corps sociale spécifique différent du reste de la collectivité, centré sur sa rationalité propre. La peine devient essentiellement l'expression du caractère de pouvoir légitime de l'institution judiciaire quant au maintien de l'ordre social » (Vanhamme, 2009, 317).

3.1.3.6. La différence entre « juge urbain » et « juge rural »

« Les magistrats provenant d'un milieu urbain et pratiquant dans un tel milieu attachent moins d'importance à la réformation et plus à la dissuasion et à la rétribution. Dans l'évaluation de l'information, ils accordent plus de poids au fait lui-même et au casier judiciaire du prévenu qu'à ses caractéristiques personnelles. Ils font prévaloir la protection de la société par rapport aux besoins du délinquant. Lorsqu'ils utilisent la probation, cette utilisation se fait dans une optique de surveillance et non pas dans celle de traitement. Ils sont plus portés vers les peines sans sursis ni probation ainsi que sur la peine de prison » (Hogarth, 1971, 221).

3.1.3.7. La charge de travail

« La charge de travail d'un juge influe directement sa manière de prendre des décisions et la peine qui en découle. Les magistrats ayant une importante charge de travail sont plus intolérants. Ils prononcent aussi plus d'amendes dans la mesure où ces peines requièrent moins de réflexions et considérations que les autres peines. Ils sont aussi plus sévères et stricts

dans l'octroi d'un sursis ou d'une probation ainsi que plus enclins à prononcer des peines privatives de liberté » (Hogarth, 1971, 217-218). Il ressort de ces résultats que les juges ayant une charge de travail très importante ont une pratique plus pénale rigide et expédient les affaires, souvent avec peu de considérations.

3.1.4. Les critiques et les limites de cette approche

En prenant pour vrai que les caractéristiques personnelles des magistrats constituent des variables affectant les peines et prédisent le comportement des juges, il faut adresser deux limites. Premièrement, il existe d'importantes différences concernant l'impact des attributs des magistrats sur la peine prononcée. Un même attribut peut voir son degré d'influence varier selon les contextes et les circonstances de la prise de décision. Deuxièmement, il n'est pas toujours clair pourquoi et comment les variables influencent les décisions (Gibson, 1983, 25).

Une autre limite peut être adressée. Comme l'argumente C. Albonetti, les décisions pénales sont le fruit d'informations limitées et manquantes concernant la dangerosité du délinquant et sa faculté de récidiver. Cette faiblesse d'informations force les magistrats à réduire cette incertitude en se basant sur une rationalité, fruit des habitudes et des structures sociales (Albonetti, 1991, 249). Pour parer à cette difficulté, les juges se basent sur trois préoccupations centrales : la culpabilité du délinquant, la dangerosité du délinquant et, par-là, la protection de la communauté, et les contraintes pratiques entourant le délinquant ainsi que les ressources organisationnelles (Wooldrege, 2010, 542 ; Johnson, 2006, 266). Parce que les juges sont forcés de prendre des décisions dans une double contrainte de temps et d'information, ceux-ci ont une propension à réfléchir en stéréotypes, lesquels reflètent leur interprétation des différentes préoccupations centrales qu'ils appliquent au cas d'espèce. Cette interprétation de la relative importance des trois préoccupations stéréotypées appliquées au cas d'espèce est susceptible de varier d'un juge à l'autre ; ceux-ci étant mues par leurs croyances personnelles, leurs attitudes, leurs expériences, etc. (Johnson, 2006, 267 ; Albonetti, 1991, 249 ; Wooldrege, 2010, 542).

Enfin, les résultats ayant trait à l'influence des caractéristiques personnelles des juges sont critiqués par la littérature dans la mesure où ils proviendraient de simplifications. Ces simplifications varient d'une étude à l'autre mais contiennent : aucune mesure des antécédents judiciaires des délinquants, qui est pourtant l'un des facteurs les plus déterminants dans la peine prononcée ; une analyse limitée à une seule juridiction ; un échantillon d'analyse trop faible ; une absence d'analyse contextuelle évaluant les possibles effets des interactions des caractéristiques des affaires ou des juges sur la pratique des juges ; une absence d'étude sur les critères utilisés par les magistrats pour fixer la peine et le poids qu'ils accordent à ces critères (Steffensmeier, Hebert, 1998, 1166-1668) ; absence d'analyse des décisions pénales comme une décision en deux temps où le premier temps serait le type de peine et le second la sévérité de la peine ; absence de prise en compte d'autres caractéristiques personnelles des magistrats (Steffensmeier, Britt, 2001, 751).

3.2. LA PERSONNE DU PRÉVENU

Puisque la peine se doit d'être individuelle et personnelle, il est normal que le *sentencing* se soit aussi concentré sur la personne du prévenu pour expliquer les disparités dans les peines. Parmi les caractéristiques personnelles du prévenu qui ont été les plus étudiées, nous retrouvons son passé judiciaire, son sexe, sa position sociale et son origine ethnique.

Tout d'abord, le passé judiciaire du prévenu est un facteur légal aggravant la situation du délinquant récidiviste qui se traduit souvent par un emprisonnement ferme. Il est un indicateur d'une délinquance avérée et ancrée dans la personne du prévenu et une preuve de son incapacité à se soumettre à la justice (Vanhamme, Beyens, 2007, 205). Etant un facteur légal, sa contribution explicative s'en retrouve amoindrie. En outre, les recherches portant sur l'influence du genre de l'auteur des faits sur la décision n'ont pas réussi à offrir de résultats concordants. Trop peu d'études se sont concentrées sur la différence entre les justiciables femmes et hommes (Vanhamme, Beyens, 2007, 205). Par ailleurs, le facteur de la position sociale du prévenu s'est souvent limité à la question du chômage et, plus particulièrement, à la probabilité d'emprisonnement en fonction d'une situation de chômage, lequel est considéré comme la suite d'une déficience personnelle et est source de discrimination négative (Vanhamme, Beyens, 2007, 206). Qui plus est, la question du traitement différentiel à l'encontre des minorités ethniques apporte des résultats variés bien qu'il y ait tout de même une propension à une discrimination négative à l'encontre de telles populations. Enfin, les décisions des juges sont influencées en partie par leurs perceptions de la propension des délinquants à récidiver, lesquelles se basent sur des facteurs extra-légaux qui renforcent les stéréotypes et promeut les affectations de dangerosité et de culpabilité (Wooldredge, 2010, 542).

Pour arriver à sa décision, il est évident que le juge n'isole pas chaque facteur pouvant impacter son jugement et l'étudie en dehors de toute relation avec les autres facteurs. Cette approche n'est qu'une méthodologie adoptée par certains chercheurs qui isolent chacune des variables afin de mettre en évidence leurs relations avec la décision du juge (Vanhamme, Beyens, 2007, 207). Une telle pratique ne peut aboutir sur des résultats concluant : une approche holistique est plus que nécessaire ; le tout n'étant pas égal à la somme des parties.

« En comparaison avec les facteurs légaux pertinents, les attributs du délinquant ont des effets relativement faibles sur les peines prononcées. Bien qu'il y ait certaines preuves d'une plus grande punitivité pour les délinquants ayant peu de ressource, un traitement plus dur envers les délinquants "désavantagés" n'est pas constant. On retrouve même des indications allant dans le sens contraire. Le fait que les caractéristiques sociales de ces derniers aient un faible impact sur la peine prononcée par le juge suggère que les juges sont plutôt rationnels dans leurs choix, se basant premièrement sur ces caractéristiques individuelles qui rencontrent une pertinence d'un point de vue juridique. Ce jugement sur la pertinence légale est conditionné par les différents contextes dans lesquels les juges fonctionnent » (Myers, Talarico, 1987, 81).

3.3. CONCLUSION

Il ressort des résultats sur les recherches en *sentencing* une évidence majeure : il existe de grandes différences parmi les magistrats dans presque tous les aspects du processus de détermination de la peine. Les juges diffèrent autant dans leur philosophie pénale que dans leurs attitudes, leurs manières de définir ce que la loi et la société attendent d'eux, la manière d'utiliser l'information et, au final, que dans les peines qu'ils imposent. A ces égards, les juges interprètent le monde subjectivement selon leurs motivations personnelles (Hogarth, 1971, 385-386). Ces divergences dans la détermination des peines commencent avec l'imprécision de la loi (Hogarth, 1971, 388).

Par ailleurs, les caractéristiques des juges ainsi que celles des tribunaux sont relativement faibles en tant que facteurs prédictifs des décisions pénales, et sont éclipsés par les variables perçues comme pertinentes juridiquement (Myers, Talarico, 1987, 173 ; Myers, 1988, 660). L'ensemble des résultats se focalisant sur les attributs des juges illustre l'importance de considérer ces attributs en conjonction avec les attributs des affaires (Myers, 1988, 649). « Les attributs des juges ont une faible incidence directe sur les peines prononcées. Plus précisément, leurs effets sont subtils et indirects, discernables seulement après les avoir considérés conjointement avec les attributs des délinquants et leur comportement. Chaque dimension des attributs sont différentes et leurs influences indirectes dépendent en partie de la peine prise en considération. Ainsi, l'influence des attributs des magistrats est fonction des caractéristiques des délinquants et de leurs comportements » (Myers, 1988, 668). En d'autres termes, c'est la résonance des caractéristiques personnelles des délinquants ainsi que des éléments de l'affaire dans la personne des juges conformément à leur sensibilité et à leurs valeurs, toutes deux conditionnées par leurs expériences, qui va avoir une influence sur la peine que ces derniers prononceront. En effet, les disparités dans les peines peuvent ne pas être imputables directement aux attributs des juges mais plutôt au fait que ces attributs varient en fonction des facteurs légaux pertinents des cas d'espèce mais aussi, au fait qu'il peut exister un lien entre les caractéristiques des délinquants et ceux des juges. (Myers, 1988, 671).

4. THE ORGANIZATIONAL MAINTENANCE THEORY

Les partisans de *The organizational maintenance theory* parlent en termes de système et d'organisation. Ils refusent les arguments prônant un processus de détermination de la peine qui suit une rationalité formelle ou politique. Dans cette perspective, le processus de détermination de la peine est soumis à une rationalité organisationnelle, laquelle est constituée des nombreuses règles informelles provenant des « élites » des cours et tribunaux et poursuit un objectif d'opérationnalité résultant dans le règlement efficace des affaires. Cet objectif traduit la préoccupation des acteurs du système pénal de maintenir un tel système stable, organisé et efficace. Dans la mesure où l'attention n'est pas portée sur des objectifs politiques

ou des règles formelles, celle-ci est donnée aux rôles qu'ont les règles informelles sur le maintien et la survie du système¹³ (Dixon, 1995, 1162).

Approcher l'étude du *sentencing* par la perspective du contexte organisationnel permet d'expliquer les variations de peine à travers les cours et tribunaux en tant que tels. Selon cette théorie, pour un tribunal donné, les peines sont influencées par les contextes politique, social et organisationnel du tribunal (Dixon, 1995, 1164). D'autres versions de cette approche étudient l'influence des contextes social et politique hors des cours et tribunaux sur la détermination de la peine (Dixon, 1995, 1164). Parce que l'attention est divertie des règles formelles et des variables substantielles, ce sont les règles informelles du tribunal qui président à la détermination des peines dans la mesure où elles ont été conçues dans l'objectif de résoudre les affaires efficacement. L'objectif étant de maintenir un système pénale stable et organisé (Dixon, 1995, 1162).

4.1. LE JUGEMENT COMME PRATIQUE COLLABORATIVE, INTERACTIONNELLE ET SUBJECTIVE

Pour reprendre l'approche de F. Prates, la peine prononcée par le juge du fond est le fruit d'une pratique sociale, soit une activité qui s'ancre dans un contexte d'influences sociales faisant intervenir une multitude d'acteurs. En tant que pratique sociale, la prise de décision représente une activité de trois ordres : la prise de décision est une activité collaborative, interactionnelle et subjective (Prates, 2011, 3).

Premièrement, en tant que pratique collaborative, la prise de décision « finale » est précédée de multiples décisions provenant du travail effectué par les acteurs antérieurs dans la chaîne de décision du processus décisionnel du système pénal. Le juge en est le dernier maillon. Il s'agit de l'ensemble des policiers, juges d'instruction, substituts et procureurs, juges, soit tous ceux qui alimentent le dossier sur la base duquel le magistrat du siège prendra sa décision et contribuant à la dynamique du procès (les policiers venant témoigner et le procureur venant faire ses réquisitions). « Le juge n'est qu'un membre de cet univers collaboratif » (Prates, 2011, 11 ; Tata, 2007, 434, 442). La décision est le fruit d'une collaboration à des niveaux différents entre divers acteurs du système pénal. De plus, le juge ne décide pas isolément et en dehors de tout cadre. Sa décision s'inscrit dans une chaîne pénale plus large dont la fin est identifiable à la décision du juge. Dans ce champ pénal, on retrouve à des échelons successifs le tribunal dans lequel le juge officie, la division dont dépend le tribunal, l'arrondissement judiciaire dont lequel se situe le tribunal et ce, jusqu'à l'échelon fédéral et le ministre de la justice arrêtant les grandes lignes directrices de la politique pénale. Bien qu'il incombe *in fine* au juge de prononcer une sentence à un auteur d'infractions, il ne lui appartient pas le

¹³ C'est à partir de cette théorie qu'a émergé les systèmes du *plea bargaining* et du *guilty plea*.

monopole de la décision : son activité est en partie fondée et subordonnée à la pratique des autres acteurs du système pénal (Prates, 2011, 11). Par conséquent, son pouvoir d'appréciation discrétionnaire et l'interprétation qu'il fait des faits s'exercent à l'intérieur d'un univers déjà bâti dont il en est le dernier acteur. La peine prononcée se voit être la résultante de cette collaboration.

Deuxièmement, le jugement est une pratique interactionnelle. Ce caractère rend compte que la prise de décision est issue de rapports entre les différents groupes professionnels de la pénalité qui se déroulent tout au long de la chaîne de décision et qui se cristallisent à l'audience, là où l'interaction atteint son paroxysme¹⁴. L'audience constitue le moment qui permet aux juges de mieux saisir la dynamique de l'infraction jugée et ce grâce, notamment, à la proximité qui existe avec le prévenu (lorsque celui-ci est présent à l'audience) (Prates, 2011, 15). L'interaction qui se crée entre le magistrat et le prévenu place en première ligne l'audience en tant que facteur d'influence de la décision du juge et relègue le dossier pénal à une position secondaire¹⁵. C'est dans ce moment que le juge va apprécier la personnalité du prévenu et pourra apprécier au plus juste la réalité de la situation délictueuse. Pour le dire autrement, « le caractère interactionnel de la prise de décision soulève le fait qu'elle représente l'aboutissement d'une production collective qui se construit au niveau des interactions entre les acteurs pénaux, dans un contexte socio-organisationnel spécifique, plutôt qu'un geste individuel et isolé » (Prates, 2011, 17).

Troisièmement, la prise de décision est une pratique subjective. Ce caractère met en évidence que le jugement pénal se construit au travers des diverses représentations que les magistrats se font du prévenu (à l'audience) et de leur propre rôle (Prates, 2011, 18). La lecture du prévenu que réalise le juge participe à la formation de sa conviction (Prates, 2011, 19). Le magistrat évalue la personne qui se trouve devant lui et choisit en fonction de cette évaluation une peine puis une qualification (Vanhamme, 2009, 320). Ce procédé interprétatif implique que le processus de la prise de décision repose sur des interprétations qui s'ancrent dans le pouvoir d'appréciation discrétionnaire du juge (Vanhamme, 2009, 320). La problématique de la disparité des peines entre différents juges peut se comprendre à partir de ce caractère. En effet, la valeur des éléments pris en compte par le juge peut varier selon les opinions, représentations et valeurs propres à chaque juge (Vanhamme, 2009, 321).

¹⁴ S'agissant de la relation entre le juge et le magistrat du ministère public, il ressort des études en la matière une tendance du parquet à dominer : les réquisitions du ministère public servent de références à la peine que prononcerait le juge tout en voulant prévenir un appel de sa décision par la partie poursuivante (Mary, 2002, 155).

¹⁵ Le comportement du justiciable à l'audience sert d'indice au juge quant à la possibilité de resocialisation et de réintégration du justiciable dans la société (Vanhamme, 2008, 213).

4.2. L'INFLUENCE DE LA SOCIALISATION PROFESSIONNELLE

Comme cela vient d'être mentionné, le juge pénal est en interaction avec une multitude d'acteurs de la pénalité. Parmi ceux-ci, figurent en avant-plan, les autres juges (les pairs) ainsi que le ministère public, les avocats de la défense et du prévenu ainsi que le prévenu lui-même. Par-là, les juges concourent à « un mécanisme de socialisation professionnelle produisant une culture décisionnelle pénale ; dans un environnement judiciaire très ritualisé et hiérarchisé, le jeune juge serait amené de façon implicite à intérioriser les pratiques relatives à la peine et à son tarif, les normes et les valeurs de son tribunal » (Mary, 2002, 154). Comme le relève P. Mandoux, « il existe incontestablement un mécanisme de socialisation professionnelle, une acculturation à des principes et à des pratiques propres au métier de magistrat. Même si les juges d'une juridiction donnée possèdent des sensibilités différentes [selon les matières], leurs décisions ne seront pas diamétralement opposées » (Mary, 2002, 194). L'auteur remarque que cette socialisation professionnelle est surtout présente quant au taux de la peine. S'agissant de la question de la culpabilité du prévenu, le juge fait preuve d'indépendance (Mary, 2002, 195).

4.3. THE COURTROOM COMMUNITY PERSPECTIVE

La théorie *courtroom community* (Ulmer, Johnson, 2004) considère le tribunal comme une communauté unique à part entière, dans laquelle les décisions pénales sont décidées en accord avec les attentes partagées des différents groupes constituant cette communauté (recherche du consensus). Des facteurs tels que le lieu du tribunal, sa taille, son niveau de bureaucratisation et la stratégie de gestion des affaires contribuent à l'émergence d'une culture d'audience. Dès lors, la sévérité de la peine varie selon les juges et les tribunaux ainsi que les effets des facteurs individuels (Johnson, 2006, 268). « Les juges ne fonctionnent pas en vase clos. Leurs préférences et leurs attentes sont conditionnées par l'environnement dans lequel ils travaillent » (Myers, Talarico, 1987, 7). En effet, le tribunal forme une sous-culture créant des règles formelles et informelles dans le processus de traitement des affaires et dans la détermination de la peine et, par-là, produit des disparités entre tribunaux (Ulmer, Johnson, 2004, 140).

Dans cette perspective, la taille du tribunal est un des facteurs les plus cruciaux pour comprendre les variations contextuelles dans le *sentencing* dans la mesure où les caractéristiques organisationnelles et culturelles d'une juridiction varieraient selon sa taille (Ulmer, Johnson, 2004, 141). Ainsi, la sévérité de la peine est inversement proportionnelle à la taille du tribunal : les petits tribunaux condamneraient plus sévèrement que les tribunaux plus grands (Ulmer, Johnson, 2004, 141 ; Johnson, 2006, 270). « Ce résultat s'explique par divers facteurs directement liés à l'importance du tribunal : un relatif haut degré d'autonomie de la juridiction par rapport au contrôle externe que peut exercer d'autres institutions ; une relative faible visibilité du public concernant le traitement des affaires et les peines prononcées (manque de transparence) » (Ulmer, Johnson, 2004, 141).

De ce qui vient d'être dit, deux hypothèses peuvent être formulées :

- les juges officiant dans de « plus petits tribunaux » infligent des peines plus sévères que leurs collègues « des grands tribunaux » ;
- la taille du tribunal influe négativement sur la sévérité de la peine.

Soulignons, avant de passer au point suivant, que suivant cette théorie la disparité dans les peines interviendrait plus entre les cours et tribunaux et moins entre les juges. La peine se joue *in fine* au niveau individuel du juge mais elle est largement déterminée par un niveau plus collectif : le tribunal, voire l'arrondissement judiciaire. A cet égard, en Belgique, les pratiques relatives à la peine et à son tarif sont très liées à la juridiction d'arrondissement bien qu'il n'existe pas de pensée unique (Vanhamme, 2009, 50). Il y aurait de la sorte une culture décisionnelle propre à chaque arrondissement judiciaire influençant les décisions individuelles des magistrats et limitant le risque d'arbitraire. En effet, « l'affiliation principale du juge est le monde juridico-judiciaire. Les principes d'indépendance institutionnelle et fonctionnelle, tout comme l'évaluation et le contrôle par la hiérarchie et par la Cour d'appel, favorisent l'isolement et l'autocensure des juges de première instance. Mais comme en contrepartie, tout un réseau informel d'échange et de coopération se développe au palais. Ce réseau favorise la transmission de tarifs et de bonnes pratiques quant à la peine mais il exerce aussi un contrôle social informel. Dans ce monde où tout se sait, l'intégration des bonnes pratiques et l'affiliation contribuent à la bonne réputation professionnelle : élément non négligeable pour un juge qui cherche la stabilité voire une progression dans sa carrière » (Vanhamme, 2009, 316-317).

4.4. L'INFLUENCE DU CONTEXTE SOCIAL ET CULTUREL

« Au niveau sociétal, les recherches [belges] montrent un juge pénal qui puise sa légitimité dans l'équilibre social et l'opinion publique, tout en écartant l'influence des médias, la dimension politique de sa fonction ou la relativité de la norme. Plus largement, il a été mis en évidence que le juge est partie de la culture pénale qui, à son tour, interagit avec la société, et que le jugement est une pratique de médiation, une pratique sociale complexe au sein d'un environnement structuré et structurant » (Mary, 2002, 21). En effet, la fluctuation dans « les décisions pénales relève d'un spectre d'influence large et complexe. Le juge est partie de la culture pénale qui, à son tour, interagit avec la société, et le jugement est une pratique de médiation, une pratique sociale complexe au sein d'un environnement structuré et structurant » (Mary, 2002, 169). Le juge s'identifie à sa fonction et à la justice qu'il représente. Il fonde sa légitimité sur la préservation de l'ordre social et sur l'opinion publique à qui il doit rendre des comptes (Mary, 2002, 166).

Dans leur recherche, M. Myers et S. Talarico ont étudié le *sentencing* dans trois contextes. Les deux chercheuses ont, dans un premier temps, étudié la relation entre la décision pénale et l'ordre social large, se focalisant plus particulièrement sur les effets directs et indirects de

l'urbanisation, de l'inégalité économique, du chômage, les minorités et le taux de la criminalité. Dans un second temps, elles ont investigué le plus proche contexte dans lequel se meut la décision pénale à savoir l'impact des caractéristiques des tribunaux et des juges. Enfin, elles se sont attelées à prendre en compte l'élément de temps et l'évolution, inévitable, qu'il engendre (Myers, Talarico, 1987, 13).

S'agissant du contexte temporel étudié par M. Myers et S. Talarico, j'aimerais apporter une remarque. L'écoulement du temps fait évoluer la société dans toutes ses composantes ainsi que les mœurs, les valeurs, les attitudes et les modes de pensée. Ainsi, ce qui était tenu pour vrai hier, ne l'est peut-être plus forcément aujourd'hui. La fonction que les magistrats attribuent à la peine pour expliquer leurs décisions évolue. Par conséquent, ces explications peuvent ne plus être valables aujourd'hui. Toutes recherches et tous résultats sont temporellement et géographiquement valables et situés.

S'agissant de l'ordre social, les deux auteurs constatent que les sont occasionnellement corrélées de manière directe par les caractéristiques du milieu urbain ou rural dans lequel le juge officie. Néanmoins, lorsqu'ils le sont, « les magistrats officiant dans des milieux urbains sont légèrement plus enclins à recourir à la peine de prison que leurs collègues ruraux, mais plus réticent à imposer une longue peine de prison à l'encontre des individus incarcérés » (Myers, Talarico, 1987, 80). Par ailleurs, « en analysant la relation directe entre le *sentencing* et la communauté, on peut s'attendre à ce que les peines soient plus sévères dans les communautés caractérisées par de grandes inégalités, un nombre important de noirs ou de chômeurs et une augmentation du taux de la criminalité » (Myers, Talarico, 1987, 80). Par le biais de son pouvoir discrétionnaire, le juge exprimerait, au travers de sa décision, les multiples influences sociétales dont il est porteur, lesquelles offrent un cadre de compréhension aux tendances globales des peines (Vanhamme, 2009, 44).

En conclusion, bien que les attributs des juges sont gommés en partie par la socialisation professionnelle, les normes organisationnelle et la culture d'audience, de manière générale, il existe une incertitude inhérente dans le processus de détermination de la peine qui laisse la porte ouverte aux opportunités de variation dans la peine prononcée (Johnson, 2006, 267). En effet, comme le précise J. Hogarth : « *Judges differ widely in their purposes, their views as to effectiveness of different kinds of sentences, the criteria applied in deciding between different kinds of sentences, the way in which conflict between the offender's needs and community protection is resolved, the amount of information support they have for their views, and the kinds of situation in which they experience difficulty in sentencing* » (Hogarth, 1971, 91).

5. LES ÉTUDES COMBINANT LA SUBSTANTIVE POLITICAL THEORY ET LA ORGANIZATIONAL MAINTENANCE THEORY

Différentes recherches se sont penchées sur l'étude combinée des variables relevant de la *substantive political theory* et de la *organizational maintenance theory*. Selon ces dernières, les facteurs légaux augmenteraient les peines des minorités (Dixon, 1995, 1158). Ainsi, bien que les facteurs légaux influencent la peine, les effets du statut social et de l'origine ethnique ainsi que les règles informelles du tribunal et son contexte l'influencent tout autant (Dixon, 1995, 1163).

Les travaux portant sur les effets contextuels suggèrent que les décisions individuelles varient à travers différents contextes que sont le tribunal (la charge de travail, les ressources du tribunal, etc.) dans lequel le juge officie et la communauté (composition ethnique de la communauté, taux de criminalité, etc.) dans laquelle il évolue. Chaque cour ou tribunal fonctionne selon sa propre rationalité (Johnson, 2006, 264). « Les décisions des tribunaux ne sont pas seulement influencées par les caractéristiques du délinquant et de l'affaire mais ils sont aussi le produit d'influences subtiles associées aux acteurs des tribunaux eux-mêmes et à leurs environnements sociaux particuliers » (Johnson, 2006, 266). Bien que les décisions pénales soient encadrées par la loi, elles sont influencées à la fois par les attributs des magistrats et leur philosophie pénale ainsi que par les particularités du tribunal dans lequel ils officient : « *Differences among sentencing judges and differences among courtroom social environments are both likely to result in significant variations in individual sentencing outcomes* » (Anderson, Spohn, 2010, 364). « *Sentencing outcomes result not only from the formal considerations embodied in sentencing guidelines, but also from the substantive concerns associated with courtroom actor interpretations of individual offender traits that are tied to fundamental courtroom considerations* » (Johnson, 2006, 266).

Toutefois, selon B.D. Johnson, « l'impact collectif des règles formelles, de la socialisation professionnelle et de la culture de travail des tribunaux, pressant vers une uniformité, annulent largement une quelconque différence préexistante liée aux antécédents des juges [pour un même tribunal] » (Johnson, 2014, 160). « *The cumulative effects of sentencing guidelines, legal training, and judicial socialization processes have resulted in the emergence of a largely homogenous judiciary, deciding similar cases in similar ways* » (Johnson, 2006, 262 ; Zatz, 2000).

6. CONCLUSION¹⁶

La critique fondamentale du *sentencing* relève de la disparité des peines imposées par différents juges pour des affaires qui n'apparaissent pas substantiellement différentes entre elles. L'infliction de peines non semblables pour le même fait de gravité comparable, sans justification objective, apparaît, dans l'esprit de l'opinion publique, comme un caprice judiciaire et arbitraire (Hogarth, 1971, 6). De manière générale, l'état de l'art qui vient d'être dressé a mis en évidence quatre éléments essentiels.

Premièrement, la source de disparité dans les peines se situe dans le pouvoir discrétionnaire reconnu aux juges, lequel voit varier son importance en fonction de la clarté et de la précision des qualifications légales. En effet, les décisions pénales concernant des affaires similaires varient en fonction du pouvoir discrétionnaire reconnu au juge et ce même, dans les contraintes posées par la loi, lesquelles sont déterminantes prioritairement. Cette discrétion, soit le pouvoir de juge de statuer en âme et conscience selon ses valeurs personnelles et professionnelles ainsi que selon son interprétation des éléments qui lui sont soumis, est influencée par les attributs du juge (Tiede, 2010, 127)¹⁷. Par conséquent, plus le pouvoir discrétionnaire des magistrats est important, plus leurs attributs devraient influencer leur prise de décision. Cependant, dans les cas où les caractéristiques des juges échouent à démontrer des disparités dans les peines, l'argument de l'importance de la socialisation professionnelle se voit être renforcée (Johnson, 2014, 166).

Deuxièmement, bien que certaines tendances aient été relevées dans la pratique pénale des magistrats en fonction de leurs attributs, il n'existe pas, à l'heure actuelle, de théorie générale explicative ou de modèles prédisant une peine en adéquation avec les caractéristiques socio-biographiques de ces derniers. En effet, les résultats ne sont que trop peu pertinents et cela est dus notamment aux modes d'approches considérés comme réductionnistes voire simplistes ou encore dus aux échantillons de juges étudiés, trop petits et inadéquats (Johnson, 2014, 162).

Troisièmement, une théorie du *sentencing* prise isolément ne permet pas à elle seule de mettre en évidence de manière pertinente lesquels des attributs des juges sont les plus significatifs et d'expliquer dans quelles mesures ils le sont. Chacune des théories avancent ses propres éléments explicatifs alors qu'une multitude de facteurs, provenant des différentes théories, interagissent à différents niveaux et ont un impact sur la peine qui sera prononcée. A cet égard, les effets de l'origine ethnique, du sexe, des années en tant que magistrat ainsi que leur âge n'ont pas fournis de résultats consistants dans ce domaine d'étude (Tiede, 2010, 129). Ces attributs ne doivent pas être étudiés isolément mais en interaction les uns avec les autres

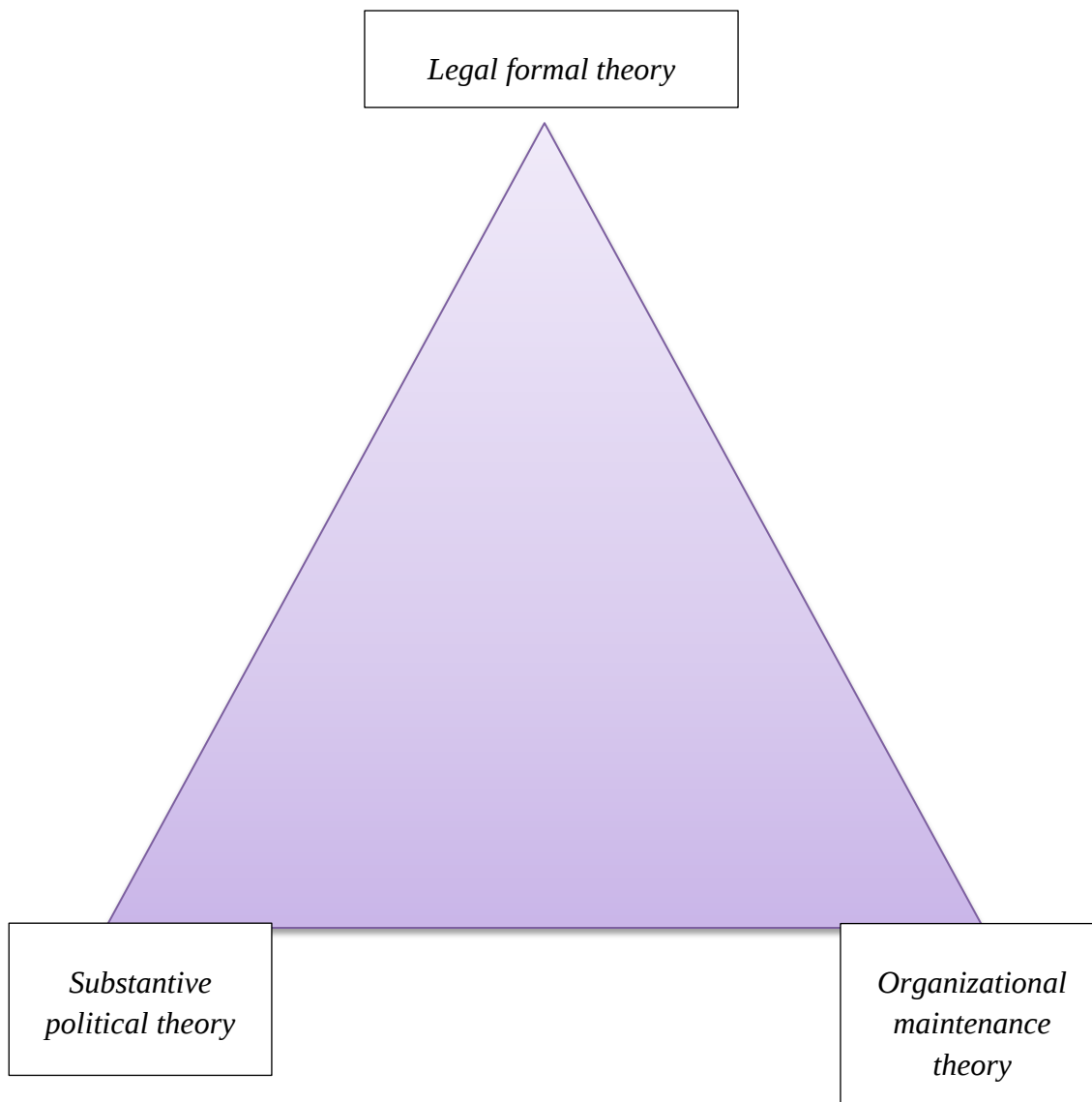
¹⁶ Pour un recensement des principales recherches anglo-saxonnes en *sentencing* se focalisant sur les caractéristiques des juges et de leurs résumés, voy. B. Johnson, 2014, 161-164.

¹⁷ Pour une étude sur l'effet de l'appartenance politique du juge sur les peines, voy. Tiede, 2010.

mais aussi en lien avec d'autres facteurs telles que les caractéristiques de l'affaire ainsi que les éléments contextuels du tribunal, notamment. Ce n'est pas l'attribut en tant qu'élément pris isolément qui influence la décision mais bien l'attribut pris dans des relations d'influences avec d'autres facteurs (Tiede, 2010, 132). Les variables légales, telles que la gravité de l'infraction, dominent la sanction individuelle mais, derrières influences, la personne du juge en tant qu'acteur social et le tribunal en tant qu'environnement structurant comptent (Johnson, 2014, 178).

Enfin, le processus de détermination de la peine est un processus humain se déroulant dans une culture judiciaire structurée et structurante, elle-même s'inscrivant dans un contexte qui l'englobe. « En-deçà d'influences structurelles larges, se trouve un processus de construction sociale de la décision pénale ancré dans le contexte socio-organisationnel dans lequel le juge évolue, dans les rapports de pouvoir et les interactions, qui eux-mêmes prennent leurs fondements dans les structures prévues par le législateur et mises en œuvre par le pouvoir exécutif. La décision pénale est en une pratique sociale complexe au sein d'un environnement structuré et structurant » (Vanhamme, 2009, 46).

Par conséquent, bien que chacune de ces théories ont été présentées comme fermées, chacune d'entre elles avançant ses propres éléments explicatifs de la disparité dans les peines, on ne peut plus accepter un tel clivage théorique. Dans la mesure où la disparité dans les peines est un phénomène complexe faisant intervenir une multitude de variables d'influences à divers niveaux, lesquelles proviennent à la fois des trois théories présentées, il est préférable de parler de pôles théoriques plutôt que de théorie dans un sens stricte, cette notion sous-tendant une sorte d'exclusivité explicative. Par conséquent, la disparité dans les peines pourrait s'expliquer en faisant référence à ces trois théories en reprenant uniquement leurs éléments pertinents. Un tel modèle théorique pourrait se présenter sous la forme suivante : un triangle équilatéral dont chacun des coins représentent une théorie.



TROISIÈME PARTIE

MÉTHODOLOGIE ET ANALYSE DES RÉSULTATS

0. INTRODUCTION

Parmi les études sur le *sentencing*, l'on distingue deux approches dominantes. D'une part, l'approche quantitative de la tradition néopositiviste. Cette tradition se centre sur « le résultat des décisions [des juges] et sur la mise en évidence des variables qui ont produit les différents résultats. [Autrement dit] Elles recherchent les caractéristiques de facteurs préalablement identifiés, afin de détecter et d'expliquer les disparités » (Vanhamme, Beyens, 2007, 202). D'autre part, l'approche qualitative s'intéresse particulièrement « aux processus [contextualisés] d'interprétation et de classification du décideur en tant qu'individu, mais aussi toute la question du contexte professionnel, organisationnel et sociétal dans lequel la décision est prise », qui peut influencer les décisions du juge (Vanhamme, Beyens, 2007, 202). La première approche constitue la perspective dans laquelle se situe ce mémoire.

Cette troisième partie comportera deux volets : la méthodologie et l'analyse des résultats. Le premier volet (méthodologie) sera divisé en huit points ; la volonté est de dresser un cadre théorique de la méthodologie utilisée. Respectivement, il y sera abordé : la question de recherche et sa problématique (1.1.) ; la distinction entre une recherche qualitative et une recherche quantitative (1.2.) ; les sources d'inspirations de la méthode utilisée et les objectifs de ce mémoire (1.3.) ; le dispositif méthodologique, à savoir le recours à un questionnaire comportant des questions standardisées et un cas fictif à résoudre (1.4.) ; les hypothèses retenues et issues de l'état de l'art (1.5.) ; la problématique de la taille et la représentativité de l'échantillon (1.6.) ; les difficultés et limites propres à l'objet du mémoire (1.7.) ; les différentes étapes concrètes de récolte des données (1.8.). Suite à cela, le second volet (analyse des résultats) présentera en quatre points les réponses issues du questionnaire : les caractéristiques de l'échantillon (2.1.) ; les résultats généraux quant à la peine, la philosophie pénale et les éléments du casus (2.2.) ; les résultats quant à la peine en fonction des caractéristiques biographiques des répondants (2.3.) ; les résultats relatifs à la peine en fonction des réponses quant à la philosophie pénale (2.4.).

1. MÉTHODOLOGIE GÉNÉRALE

1.1. LA QUESTION DE RECHERCHE ET LA PROBLÉMATIQUE

La question de recherche à laquelle il est tenté de répondre a été reformulée à plusieurs reprises (principe d'itération). En réalité, il s'agit d'une double question. Reprenant les conseils de M. Myers (Myers, 1988), les études empiriques, eu égard à la complexité des relations entre les attributs des juges et la peine prononcée, doivent répondre à deux questions afin de mieux cerner la relation complexe qui se noue entre les attributs des magistrats et leur

comportement pénal (Myers, 1988, 652). « [Premièrement], est-ce que les caractéristiques biographiques des juges affectent leurs décisions pénales ? [Deuxièmement], dans quelle propension ces caractéristiques affectent les critères, pertinents légalement, qui déterminent les peines prononcées ? » (Myers, 1988, 652). La première question tente de savoir si les caractéristiques personnelles des juges influencent leur comportement quant à la peine. La seconde se donne pour objectif de savoir si les attributs des juges affectent les critères qu'ils utilisent pour arriver à une peine adéquate au cas d'espèce qui leur sont soumis (Myers, 1988, 668). Par conséquent, la question de recherche qui a servi de fil rouge dans la construction de ce mémoire est la suivante :

« Parmi les caractéristiques biographiques du juge, quelles sont celles qui influencent le plus sa décision en ce qui concerne l'infraction d'attentat à la pudeur et dans quelles mesures cette influence joue ? »

Cette double question de départ met en exergue trois objets sur lesquels porte le mémoire : les caractéristiques biographiques du juge, la décision pénale et l'infraction d'attentat à la pudeur. Il est question de discuter les caractéristiques de la personne du juge par un travail quantitatif éclairé aux lumières de la littérature en *sentencing*, en vue de mettre en évidence des disparités (similitudes ?) inter-juges dans les peines prononcées en ce qui concerne la condamnation d'une personne jugée pour attentat à la pudeur. En d'autres termes, il s'agit, dans un premier temps, d'identifier les facteurs d'influence propres aux magistrats jouant un rôle sur la détermination de la peine et, dans un second temps, de mettre en exergue dans quelle mesure ces attributs influencent la peine. Par-là, il est sous-entendu que la décision d'un juge est construite et qu'elle découle d'un processus complexe dans lequel le juge n'est pas un simple administrateur de la loi, mais un acteur social soumis à de multiples influences.

L'attentat à la pudeur n'a pas reçu de qualification légale retenue par le législateur. Toutefois, la Cour de cassation dans son arrêt du 6 octobre 2004 considère que « l'attentat à la pudeur suppose une atteinte contraignante à l'intégrité sexuelle, qui se réalise sur une personne vivante ou à l'aide de celle-ci, sans exiger nécessairement un contact physique avec elle » (Cass., 6 octobre 2004, *J.T.*, 2005, p. 100). Cette qualification laisse une certaine liberté d'appréciation au juge qui connaîtra de l'affaire et, par conséquent, peut amener une disparité dans les interprétations d'un fait que l'on pourrait qualifier d'attentat à la pudeur.

Ce choix arbitraire s'explique au motif que le *sentencing* n'a pas, à ma connaissance, appliqué ses théories à l'infraction d'attentat à la pudeur. En outre, il s'agit d'une infraction qui laisse au juge un large pouvoir d'appréciation tant la définition légale est imprécise. Qui plus est, « l'intégrité sexuelle renvoie à ces choses immatérielles que sont les sentiments ou les valeurs. (...) Elle renvoie à quelque chose, de culturel et de personnel à la fois, qui s'éprouve dans une expérience de vie » (Bosly, De Valkeneer, 2011, 88). La violation de l'intégrité sexuelle d'une personne renvoie à une violation de l'être tout entier dans ce qu'il a de plus personnel et de plus privé : il n'y a pas plus privé que la sexualité. En cela, la réponse des juges envers une

telle agression ne peut être dénuée de toute « sensibilité » et, par conséquent, amener à la disparité dans les peines selon le juge qui se prononce.

1.2. DÉTOUR CONCEPTUEL : RECHERCHE QUALITATIVE ET RECHERCHE QUANTITATIVE

La référence qui est faite au caractère quantitatif ou qualitatif d'une recherche est inappropriée parce que ces appellations sont à la fois « restrictives et mutuellement exclusives » (Pelletier, Demers, 1994, 757). « Les attributs qualitatif et quantitatif accolés au terme 'recherche' peuvent semer la confusion car ils ne s'appliquent de façon correcte qu'aux procédés utilisés dans une recherche et, à l'intérieure de ceux-ci, qu'aux échelles de mesure » (Pelletier, Demers, 1994, 757). En d'autres mots, dire qu'une recherche serait qualitative paraît exclure un quelconque caractère quantitatif alors que les données récoltées et les démarches utilisées, pour une même recherche, peuvent ressortir de l'un et de l'autre attribut. Une recherche n'est pas en soi qualitative ou quantitative. Ce qui l'est, ce sont les méthodes de recherche utilisées ainsi que les données récoltées et non pas la recherche elle-même, laquelle peut combiner ces deux types de procédés selon les différentes étapes de sa progression et recueillir ces données de nature différente. Il est plutôt préférable de parler d'analyse quantitative ou qualitative et de données quantitatives ou qualitatives (Pelletier, Demers, 1994, 766 ; Pires, 1987, 101). Néanmoins, dans la mesure où le traitement quantitatif des données donne lieu à une interprétation de l'ordre du qualitatif, « toute recherche est nécessairement qualitative » (Pires, 1987, 85).

Dès lors, on peut distinguer, d'une part, les données quantitatives qui reposent sur l'usage de chiffres destinés à représenter, comptabiliser et expliquer les réalités sociales. Elles permettent de catégoriser et compter ces réalités en les assimilant quelles que soient leurs différences subtiles. L'approche d'un objet de recherche au travers de ces données s'effectue au moyen de méthodes d'analyse statistiques associant différentes variables (analyse factorielle, analyse des correspondances, analyse en composantes principales (Kaminski, 2012, 10, non publié). A cet égard, « la statistique est une technique privilégiée pour la mise en évidence à la fois des faits sociaux (en l'occurrence, les disparités dans les peines) et des facteurs qui les déterminent » (De Singly, 2005, 16). Les statistiques fournissent le moyen d'isoler les différents éléments constitutifs des faits sociaux (De Singly, 2005, 16). D'autre part, les données qualitatives reposent sur l'usage de lettres et ont pour objectif de mettre en évidence les significations qui se cachent derrière l'action ou le discours. Les méthodes utilisées pour produire et analyser ce genre de données ne disposent pas de protocoles fixes contrairement aux méthodes quantitatives. Les procédés qualitatifs considèrent le monde comme « une construction sociale permanente, assurée par les interactions des individus et non par des forces extérieures aux relations sociales qui seraient objectivement mesurables et statistiquement analysables » (Kaminski, 2012, 10, non publié).

De ce qui vient d'être dit, force est de constater qu'il n'existe pas de cloison hermétique entre ces deux types de démarches productives de données, chacune d'entre elles pouvant intervenir à divers étapes de la recherche en fonction des objectifs visés, lesquels déterminent en première instance le type de procédé à utiliser.

1.3. LES SOURCES D'INSPIRATION ET LES OBJECTIFS

1.3.1. Les sources d'inspiration et les types de recherche

1.3.1.1. Les sources d'inspiration

La méthodologie présentée dans ce mémoire s'inspire largement des études quantitatives en *sentencing* cherchant à identifier les facteurs influençant la peine prononcée par le juge et utilisant les techniques du questionnaire et de la passation de cas fictifs pour la récolte de leurs données (Austin, Williams, 1977 ; Palys, Divorski, 1986 ; Kulik, Perry, Pepper, 2003 ; Davies, Takala, Tyrer, 2004 ; Müller, 2005 ; Kuhn, Villettaz, Willi-Jayet, 2005). A cet égard la méthodologie de l'étude allemande de Susanne Müller, traduite en partie en français (Müller, 2005) a été une de mes plus grandes sources d'inspiration. L'auteur a étudié les décisions et leurs motivations de magistrats français et allemands. A cette fin, elle a recouru à la passation de questionnaires portant, d'une part, sur les représentations de la peine par les juges et, d'autre part, sur les jugements rendus à partir de cas fictifs, lesquels offraient deux ou trois variantes. Ainsi, le questionnaire était formé d'une première partie contenant des cas fictifs proposant des peines et d'une deuxième partie posant aux répondants des questions générales quant aux choix de la peine ainsi que des questions sur la pratique propre des magistrats dans la détermination de la peine. Les *items* relatifs aux finalités de la justice pénale et aux critères détermination de la peine reprennent ceux pensés par l'auteur (Müller, 2005, 319, 321).

Les recherches sur lesquelles prend appui ce mémoire utilisent des outils statistiques aux fins d'analyse des données. Par ces outils, les cas sont découpés en listes de facteurs ayant un impact sur la sévérité du cas et, dès lors, sur la sévérité de la peine prononcée. L'analyse statistique tente de mesurer les effets indépendants des différents facteurs dans le but éventuel de construire un modèle qui pourrait prédire, avec un haut degré de certitude, la peine pour un cas donné selon une série de facteurs donnés (Hutton, 2002, 577).

Le titre de la recherche d'Hogarth (1971) *Sentencing as a human process* met en exergue que la prise de décision n'est pas un mécanisme neutre ou objectif. Elle est déterminée par des processus cognitifs, affectifs et moraux qui sont caractéristiques du traitement humain de l'information. Selon Ph. Robert, C. Faugeron et G. Kellens (1975), la disparité dans les peines incombent aux magistrats. Dans ce sens, J.L. Gibson avance que les variables liées à la situation personnelle, familiale et professionnelle du juge ont une influence sur le comportement décisionnel, mais il précise toutefois que c'est principalement en termes de

variations faibles qu'elles s'expriment (Gibson, 1983, 25-27). Ce mémoire se situera dans le prolongement des conclusions de Robert, Faugeron et Kellens.

Parmi les recherches qui portent sur la personne du juge, les explications avancées sur le lien entre personne du juge et peine portent principalement sur les caractéristiques personnelles du magistrat et sur les facteurs cognitifs et affectifs. « Ces recherches sont moins étoffées et univoques que celles qui se penchent sur les caractéristiques de l'accusé » (Vanhamme, Beyens, 2007, 208) et peu de recherches qualitatives en Belgique ont porté à titre principal sur le juge en tant qu'acteur du *sentencing*¹⁸. Ceci explique le choix de la problématique posée dans le cadre de ce mémoire.

Bien que la recherche vise à discuter les caractéristiques biographiques des magistrats avec les décisions qu'ils prennent en matière d'attentat à la pudeur, d'autres déterminants de la peine dégagés par le *sentencing* seront abordés dans le cadre de cette recherche. Cela s'explique par l'objet même du *sentencing* : la décision judiciaire pénale est le fruit d'un processus d'influences multiples et variées, dont la personne du juge joue, entre autres, un rôle. Toutefois, l'effet des autres déterminants sera contrôlé afin de pouvoir isoler l'influence de la juge sur la détermination de la peine.

1.3.1.2. Les types de recherche

Ce mémoire se conçoit comme une recherche que je qualifierais d'hybride dans sa nature dans la mesure où elle n'appartient pas strictement à un type de recherche prédéfini mais emprunte ses procédés à différents types de recherches que sont les recherches théoriques et expérimentales. L'influence de ces deux types d'études forme, ce que je nomme, une recherche de type théorico-expérimentale à démarche quantitative. Théorique en ce qu'il se base largement sur des postulats, résultats et principes acquis au cours de recherches antérieures (Pelletier, Demers, 1994, 759). Expérimentale dans la mesure où mon mémoire tente d'étudier l'influence de variables contrôlées sur un phénomène : la disparité des peines pour des cas semblables (Pelletier, Demers, 1994, 760). A cet égard, A. Trognon exprime que « la recherche expérimentale a pour idéal de prouver la causalité d'un état de chose ; en somme, de mettre à l'épreuve des faits une relation entre une cause avec un effet. Cela en faisant varier systématiquement les propriétés de la cause et en formulant l'hypothèse qu'une variation de la cause correspond à une variation de l'effet » (Blanchet et al., 2005, 8).

1.3.2. **Les objectifs de la recherche**

Ce mémoire consiste principalement en une recherche quantitative voulant rendre compte des facteurs d'influence de la décision pénale et la considérant comme un processus construit qui

¹⁸ Pour un état des lieux approfondis de la recherche en Belgique sur la magistrature assise en général voy. F. Vanhamme, 2002, 149-176.

s'organise autour de la personne du juge¹⁹. Il y sera discuté du poids des différents déterminismes liés à la personne du juge dans sa construction de la décision judiciaire pénale. Par-là, de manière général, l'objectif sera de mettre en évidence, parmi les caractéristiques biographiques des juges, celles qui influencent le plus leurs décisions et dans quelles mesures. Rappelons que la disparité des peines s'analyse tant au niveau de la nature de la peine choisie que de son *quantum*. Pour le dire autrement, la volonté est d'objectiver ce qui dans la personne du juge influence sa décision. Ces éléments pouvant, bien entendu, agir de manière inconsciente, il ne s'agit pas toutefois d'étudier les mécanismes psychologiques sous-jacents, ni de rentrer dans une analyse psychanalytique ou cognitivo-comportementale des juges afin de comprendre leurs interprétations personnelles des éléments du cas présenté. Il ne s'agit pas non plus d'étudier la manière dont les juges pensent pour arriver à leur décision.

Ce mémoire aura, dès lors, trois objectifs à rencontrer. Premièrement, il faudra déterminer si les juges correctionnels imposent une peine identique (tant au niveau du type de peine que de son *quantum*) à un même auteur placé dans une situation similaire. À cet égard, on sait déjà que la loi porte une volonté d'une lecture uniforme des situations ainsi que d'une limitation de l'arbitraire. Cet élément couplé au fait que les résultats des études en *sentencing* ne sont pas consistants et ne permettent pas de dresser une théorie générale, arrosent l'idée qu'*a priori* les peines seraient semblables en situations semblables. Deuxièmement, le second objectif sera d'examiner si les facteurs pris en compte pour déterminer une peine appropriée varient entre juges. *A priori*, et *a contrario* de ce qui vient d'être tout juste mentionné, il n'y a aucune raison de croire que tous les juges utilisent les mêmes règles de décision pour déterminer la sanction. En effet, comme déjà discuté, le niveau d'importance attaché aux caractéristiques de l'affaire et du défendeur varie selon les philosophies pénales des juges, pour ne citer que cet élément. Dans cette perspective, la disparité se retrouve non pas dans les peines imposées, mais dans les procédés par lesquels les magistrats sont arrivés à leurs décisions. Enfin, le dernier objectif sera d'étudier si les caractéristiques biographiques des magistrats affectent la peine (dans sa nature et dans son *quantum*). Par-là, la volonté sera de savoir s'il existe un lien entre les attributs des magistrats et la peine prononcée et si ces premiers peuvent expliquer une disparité dans les peines pour des cas semblables ; les caractéristiques de l'affaire et du défendeur étant contrôlées.

1.4. LE DISPOSITIF MÉTHODOLOGIQUE

1.4.1. Le questionnaire

Le questionnaire est une des méthodes phares en vue d'expliquer les pratiques. L'élément prépondérant qui détermine le choix de telle ou telle méthode est l'objectif de la recherche (De

¹⁹ L'emphase se concentrera sur le juge bien qu'une série d'autres facteurs influencent fortement la décision finale, celle-ci étant le fruit d'une interaction étroite entre tous ces facteurs.

Singly, 2005, 23). En effet, l'objectif que le chercheur veut atteindre par l'intermédiaire de sa recherche va prédéterminer le choix de la méthode nécessaire pour produire des données. A cet égard, une cohérence entre les niveaux théoriques et méthodologiques (méthodes de recueil de données) de la recherche doit exister, lesquelles se déterminant réciproquement. Néanmoins, relevons que le questionnaire ne permet jamais de décrire complètement une pratique puisque le but visé d'une telle méthode est la production d'une analyse statistique, laquelle réduit la complexité réelle du phénomène étudié (Vilatte, 2007, 4 ; De Singly, 2005, 21).

« Le questionnaire est une méthode nécessairement collective et quantitative qui s'applique à un échantillon (fraction d'une population) devant permettre des inférences statistiques dans la population cible (ensemble). C'est le nombre d'éléments de l'ensemble qui donne au questionnaire sa validité. A l'inverse, dans une observation ou un entretien, c'est la qualité qui constitue le critère de pertinence » (Vilatte, 2007, 3).

Le recours à cette technique sert à la rencontre de trois objectifs précis selon R. Ghiglione (Blanchet et al., 2005) : l'estimation, la description et la vérification d'une hypothèse. L'objectif de l'estimation rend compte que le questionnaire est, avant tout, un outil de collecte de données sans, dans un premier temps, chercher à les comprendre. L'objectif de la description traduit la conception d'un questionnaire qui s'attèle à décrire les systèmes de représentation des enquêtés afin de pouvoir expliquer des phénomènes objectifs. L'objectif de vérification d'une hypothèse met en exergue que le questionnaire est un outil déductif ayant pour but de confirmer ou d'infirmer une hypothèse. Il est construit sur la base des hypothèses de la recherche, lesquelles lui fournissent un axe, une direction pour son élaboration (Vilatte, 2007, 5 ; Blanchet et al., 2005, 127).

L'élaboration d'un questionnaire va de pair avec l'élaboration de chiffres. On distingue deux types de chiffres eu égard aux deux fonctions qu'ils peuvent remplir. D'une part, on retrouve les chiffres descriptifs qui informent le chercheur sur le phénomène qu'il étudie sans lui expliquer le pourquoi (dénombrement, sondage, identification). D'autre part, il y a les chiffres explicatifs produits par l'enquête par questionnaire (De Singly, 2005, 11-15). « Ces derniers mettent en évidence des faits sociaux et les facteurs qui les déterminent » (De Singly, 2005, 16 ; Vilatte, 2007, 4). Ces faits sociaux sont en quelque sorte séparés de tous leurs éléments constitutifs. *A priori*, ils semblent indissociables des formes qu'ils prennent dans les cas particuliers mais, la statistique fournit un moyen de les isoler (De Singly, 2005, 16). Une telle démarche est appelée objectivation (De Singly, 17). L'objectivation est une posture méthodologique par laquelle le chercheur traite les faits sociaux comme des choses, cherchant les causes efficientes qui produisent le monde social, lesquelles sont inaccessibles à la conscience des individus ; ces derniers ne connaissant pas les raisons objectives de leurs actions. Par-là, le chercheur investit hors du monde des acteurs, hors de leurs discours et de leurs valeurs, il recherche de l'extérieur ce qui les pousse à agir de la sorte (De Singly, 2005, 17). « Le traiter les faits sociaux comme des choses renvoie à cette exigence de ne pas saisir le monde social du dedans, avec la vision subjective de chacun, les sentiments, les valeurs qui

se mettent de la partie (De Singly, 2005, 17). Les chiffres permettent ce détachement et « dissolvent les différences individuelles considérées comme secondaires, et ne conservent que les régularités statistiques, témoins de l'action des facteurs déterminants » (De Singly, 2005, 18). Par conséquent, « l'objectivation sociologique et statistique met à jour l'intervention de facteurs sociaux qui ne sont pas perceptibles à la conscience des individus. Cette perspective théorique et méthodologique est plus efficace pour saisir la résultante complexe des contraintes sociales et des stratégies, conscientes ou non, des individus que pour analyser les processus en oeuvre et les justifications données par les acteurs sociaux » (De Singly, 2005, 25). « Ce qui demeure dans la démarche explicative, c'est la rupture avec la logique individuelle et c'est le raisonnement en termes de facteurs influents (approchés par des indicateurs) » (De Singly, 2005, 26).

Concrètement, le dispositif méthodologique de ma recherche recourt à la méthode de l'enquête par questionnaire. Cette méthode comprend deux techniques, lesquelles constituent autant de partie du questionnaire. La première partie reprend diverses questions standardisées réparties en trois pages, chacune d'elles proposant une série de questions affiliées à un même thème (situation personnelle et familiale, situation professionnelle, philosophie pénale, questions relatives au casus). La seconde partie présente sur une page la description d'un casus inspiré de faits réels ainsi que des questions en lien avec l'affaire. Préalablement à ces deux parties, une page de présentation du questionnaire a été pensée et précise, notamment, que toutes les questions sont obligatoires et qu'il est impossible de revenir en arrière²⁰. La réalisation du questionnaire s'est faite au moyen du logiciel *Lime Survey*.

Le logiciel *Lime Survey* mis à disposition gratuitement pour les élèves de l'université suite à une demande d'un membre de l'université a été sollicité afin de créer un unique questionnaire auto-administré destiné à normaliser et à faciliter le recueil des réponses en vue d'une quantification. L'usage d'un tel dispositif offre un triple avantage. Premièrement, il permet au chercheur de travailler à grande échelle sans que le nombre de participants ne se voit limiter par le temps (diffusion rapide, les répondants répondent à leur rythme en dehors de la présence du chercheur) ou par les coûts (déplacements, frais téléphoniques...). Deuxièmement, le questionnaire est un dispositif qui offre une certaine neutralité. Il participe à limiter les effets liés à la présence et à la personnalité du chercheur sur les réponses données par les répondants. Troisièmement, en ce qu'il est auto-administré (en l'espèce), il permet de s'adapter au rythme et à l'emploi du temps des participants. Outre ces avantages, l'utilisation d'un questionnaire est aussi limitée dans la mesure où il ne permet pas aux répondants d'approfondir et de compléter leurs réponses en plus des questions posées (Aubert-Lotarski, 2007, en ligne).

²⁰ Cet élément sera expliqué au point 1.4.2.2.

1.4.2. Les questions standardisées

1.4.2.1. La formulation des questions : la théorie

De manière générale en fonction des données que l'on souhaite collecter et du traitement de ces données, on retrouve deux formes de questions : les ouvertes et les fermées.

Les premières, les questions ouvertes, sont généralement destinées aux méthodes qualitatives telles que l'entretien. Elles ne cadrent absolument pas le répondant qui peut exprimer ses idées en toute liberté. Par-là, elles ne permettent pas un traitement efficace de l'information recueillie : un codage ultérieur devra intervenir. En outre, le répondant attend d'un questionnaire que celui-ci se fasse « sans trop réfléchir », le plus vite possible. Or une question ouverte contraint à une réflexion non prévue, le risque étant qu'on la passe ou qu'on y mette seulement qu'une poignée de mots (Vilatte, 2007, 16). Toutefois, les réponses étant souvent plus nuancées que ce que permet une question fermée, il est possible de pallier « cette frustration de la réponse contrainte » par l'adjonction d'un encart permettant des commentaires.

Les secondes, les questions fermées, peuvent prendre diverses formes : questions à choix multiples, questions à choix unique, questions à tableau de valeurs, etc. Ces questions facilitent la tâche à la fois du répondant, auquel il n'est pas demandé d'effectuer un trop gros effort de réflexion, et du chercheur lors de la phase de dépouillement des résultats. Néanmoins, ce genre de questions ne permet pas aux répondants d'exprimer la réponse qu'ils attendaient. Pour remédier à cette difficulté, une option « Autre réponse » peut être prévue (Vilatte, 2007, 17).

1.4.2.2. La formulation des questions : la pratique

Les questions sont divisées en quatre groupes dans un souci de cohérence. Le premier groupe se réfère aux questions relatives à la situation personnelle et familiale du magistrat (âge, sexe, nombre d'enfants, état civil). Le second groupe est lié à sa situation professionnelle, laquelle propose différentes questions selon que le magistrat réponde qu'il exerce toujours ses fonctions ou non (branchement conditionnel). Le troisième groupe interroge le répondant sur sa philosophie pénale en générale par des questions sous forme d'un tableau proposant des *items* (facteurs généraux influençant la peine, fonctions de la justice pénale) auxquels une valeur devait être attribuée. Le dernier groupe de questions est relatif au casus.

En vue de maximiser le nombre potentiel de répondants, le questionnaire est conçu de telle sorte qu'il réduise le plus possible le temps que ceux-ci doivent consacrer à l'enquête (pas plus de quinze minutes). Cette conception s'est matérialisée en la formulation de questions majoritairement fermées proposant des questions pré-encodées tentant de prendre en compte les différentes hypothèses possibles pour la situation visée et n'appelant pas d'encodage libre. Néanmoins, l'option « autre » est laissée afin de permettre aux répondants d'encoder librement une réponse lorsque celles envisagées ne rencontrent pas une pleine satisfaction ;

celle-ci pouvant relever soit du fait que la formulation de la réponse n'était pas adéquate, soit que les hypothèses de réponses ne rencontraient pas l'exhaustivité. Concrètement, ces réponses, exclusives les unes des autres, se présentent sous la forme de menu déroulant, de choix multiples ou d'un tableau proposant des items auxquels un indice de valeur allant de 1 (du minimum) à 10 (au maximum) doit être attribué.

Cette faible liberté laissée aux répondants dans le choix de leurs réponses poursuit un double objectif. Premièrement, comme déjà mentionné, la volonté est d'obtenir un taux de participation le plus élevé possible. Cet objectif ne peut être atteint que si le coût lié à la participation que doit supporter les magistrats est minime. Deuxièmement, l'analyse des réponses s'en trouve facilitée. Plus les réponses sont contraignantes et laissent peu de place à la créativité personnelle des répondants, plus l'analyse, qui s'en suit, se trouve facilitée ; chaque réponse se trouvant sous un même format identique. Outre ces deux objectifs, ce choix relève aussi d'une considération méthodologique. Comme déjà expliqué, les réponses ouvertes, amenant à des développements de la part des répondants, relèvent d'une approche qualitative au moyen d'entretiens. Les réponses contraintes relèvent d'abord d'une approche quantitative d'un phénomène dont le but est mettre en évidence, d'identifier les facteurs d'influence.

La pertinence des questions et les réponses ont été pensées à partir d'une posture interrogative tentant d'anticiper autant que possible les réponses potentielles et pouvant se traduire de la sorte : « Eu égard à mon objet de recherche et à mes hypothèses, quelles sont les réponses attendues ? ». La question posée ne concentrait pas d'abord sur les questions à poser mais bien sur les réponses attendues, lesquelles devaient se trouver dans un rapport possible avec ma problématique et mes hypothèses de recherche. Il s'agit d'une logique inverse au raisonnement questions puis réponses, les questions étant secondaires aux réponses.

1.4.3. *Le casus*

La détermination de la sanction pénale est le fruit d'un long processus faisant intervenir une multitude de variables influençant, chacune à des degrés divers, la peine qui sera prononcée en fonction de la situation soumise au juge du fond. La technique de la passation de cas fictifs tend à neutraliser, voir exclure, une série de facteurs influençant, tantôt directement, tantôt indirectement, la peine prononcée. Ainsi, la problématique du caractère similaire ou semblable des affaires (Tata, Hutton, 1998) et des éléments sur base desquels les juges s'appuieront pour trancher se verront neutraliser.

Conformément à la méthode des cas fictifs et en m'inspirant d'affaires criminelles réelles (relatées pour partie dans la presse écrite), j'ai rédigé une description d'affaires pénales d'attentat à la pudeur contenant toutes les informations nécessaires pour le prononcé de la sentence (récit circonstancié de l'infraction, caractéristiques de l'accusé et de la victime, antécédents judiciaires, etc.). Ces cas ont ensuite été présentés à un échantillon de magistrats (magistrats correctionnels des tribunaux de première instance des arrondissements judiciaires

francophones) auxquels il a été demandé d'attribuer une peine principale et une peine accessoire²¹ le cas échéant (nature et *quantum*) au prévenu, sa culpabilité ne faisant aucun doute. Dans la mesure où les répondants étaient amenés à se prononcer sur une même affaire, les disparités dans les peines proposées ne peuvent être attribuables qu'à des différences propres aux interrogés. Si une telle méthode est intéressante du fait qu'elle contrôle tous les éléments liés à la gravité de l'infraction, à la personnalité du délinquant et à ses antécédents, elle comporte toutefois aussi un inconvénient majeur : celui de n'être qu'une simulation. En effet, la principale limite de la méthode des cas fictifs est qu'elle ne prend pas en compte toute la dimension interactionnelle, toute la dynamique qui peut exister entre le magistrat et le prévenu. Il se pourrait que les répondants aient une attitude différente face à un cas fictif, contenu dans un questionnaire, que face à un cas réel. Cependant, il me semble que cette méthode est la plus à même à me permettre de soumettre mes hypothèses à un contrôle empirique (Kuhn, Villettaz, Willi-Jayet, 2005, 223).

Avant d'aborder la construction du casus, j'aimerais souligner une difficulté que soulève cet outil. Pour comparer les pratiques en *sentencing*, il est nécessaire de comparer les peines infligées par les juges pour des cas similaires. Un problème se pose toutefois. Il s'agit de savoir ce qu'on entend par cas similaires. En effet, « il y a une multitude d'informations qui peuvent être prises en considération pour évaluer la gravité d'un cas. Les juges affirment communément qu'il n'existe pas deux cas qui sont identiques dans la mesure où le même total de combinaisons de circonstances n'apparaît jamais deux fois » (Hutton, Tata, 1998, 342). C'est à cette limite que les cas simulés tentent de répondre et de la pallier. A cet égard, la recherche de Palys et Divorski a été l'une des premières à utiliser la passation de cas simulés à un échantillon de juges dans l'objectif de comparer les peines prononcées par ces derniers. Depuis lors, on remarque que les peines diffèrent non seulement dans leur *quantum* mais aussi dans leur type. L'approche par cas simulés ou fictifs offre l'avantage d'obtenir une multitude de jugement pour des cas dans lesquels les variables restent constantes. Ainsi, contrairement à la majorité des études qui se contentent de comparer des décisions pénales pour des affaires semblables, mais variables, il est possible d'isoler précisément les variables les plus significatives et d'en connaître le poids en termes d'influence. En d'autres termes, cela permet d'étudier la source de la disparité ainsi que son degré d'influence et, partant, de maximiser la validité interne. Toutefois, étant donné que les affaires ne sont pas réelles dans leurs conséquences, à la fois pour l'auteur des faits et la société, la validité externe doit être nuancée (Palis, Divorski, 1986, 350).

Chacun des répondants a été soumis au même casus et à ses variantes afin de pouvoir contrôler l'impact des caractéristiques de l'affaire, du défendeur et de la victime et, partant, de contrôler leurs effets sur la décision qui a été prise. La littérature scientifique sur le *sentencing*

²¹ Cette notion empruntée à la sphère juridique n'est pas à entendre de la sorte mais plutôt dans un sens de « seconde peine ».

a été convoquée aux fins d'analyse dans une optique de croisement des résultats théoriques et empiriques.

Concrètement, le casus tient en une page²². Il reprend un abstract du fait et des circonstances du fait ainsi que précise la situation personnelle de l'auteur et de la victime. Figure aussi le comportement du prévenu à l'audience et lors de l'interrogatoire de l'enquête préliminaire, cela afin de fournir aux répondants un cas le plus proche possible de la réalité. À la suite de cet abstract, le juge a le choix entre différentes peines légales ainsi qu'entre différentes modalités d'exécution sous la forme d'un menu déroulant. Chaque juge doit choisir la nature et la modalité de la peine qu'il aurait lui-même proposé. Toutefois, la durée de la peine est laissée à la totale appréciation des magistrats : un encadré permettant un encodage libre est laissé pour cette réponse. Une fois que les magistrats ont répondu à ces deux premières questions, il leur est demandé, au moyen d'un tableau reprenant les différents éléments de l'affaire, l'importance, sur une échelle allant de 1 à 10, qu'ont joué ces éléments dans la détermination, qui a été la leur, de la peine. Suite à cela, il leur est laissée la possibilité de s'exprimer librement quant à d'éventuels éléments manquants du casus qui auraient pu avoir une influence sur leur décision. Enfin, deux variantes sont proposées. Elles sont toutes deux rédigées de la même manière et proposent les mêmes réponses sous la forme d'une question à choix unique. Ainsi, au moyen des deux variantes, la volonté est de savoir si dans les hypothèses où le prévenu avait fait défaut et où il n'avait témoigné d'aucun remords, le juge aurait accordé une peine identique, plus sévère ou moins sévère par rapport à la peine initialement infligée. Un encart permettant un commentaire est prévu pour laisser aux répondants la possibilité de justifier de leurs autres décisions. L'utilisation de variantes²³ a permis d'élargir la recherche et d'augmenter les potentielles sources de disparités.

Comme déjà mentionné, le casus présente une affaire relevant de l'attentat à la pudeur. Eu égard à la particularité de cette infraction, deux remarques doivent être formulées. Tout d'abord, dans l'hypothèse visée dans le casus, l'attentat à la pudeur représentait une infraction criminelle ressortissant *a priori* de la compétence de la Cour d'assises. Dans la mesure où la Cour d'assises est une juridiction ayant des règles de fonctionnement différentes d'un tribunal ordinaire (douze jurés formant un jury participent au processus de détermination de la peine) sortant de l'objet de ma recherche, il a été indiqué, que due à l'admission de circonstances atténuantes (non précisées), le crime d'attentat à la pudeur était requalifié en infraction d'attentat à la pudeur. Par-là, le fait infractionnel ressortissait de la compétence des tribunaux correctionnels. Ensuite, puisque ce genre de faits relève de la catégorie des infractions contre les mœurs, ils doivent être jugés par une chambre spéciale du tribunal correctionnel composée de trois juges dans laquelle la règle décisionnelle est le consensus. Toutefois, dans la mesure où une telle exigence est difficilement réalisable en pratique et qu'il n'est pas pertinent pour

²² Voy. Annexe.

²³ Les deux variantes choisies représentent celles qui, eu égard au cas proposé, ont été les plus pertinentes et les plus intéressantes pour mettre en évidence des disparités dans les peines.

l'objet de ce mémoire d'étudier cette pratique, il n'en a pas été tenu compte ; chaque magistrat prononçant une peine de manière individuelle en âme et conscience.

Une autre remarque quant à la réalité du cas présenté doit être faite. Un tribunal ou une cour ne peut siéger sans la présence du ministère public, représenté par le Procureur du Roi ou un de ses substituts dont le rôle est, notamment, d'émettre des réquisitions quant à la peine qu'il estime adéquate. Or, dans l'affaire soumise, il n'est pas fait allusion à la fonction de ce magistrat pour une bonne raison. En effet, cette omission volontaire s'explique en ce que je voulais éviter que les magistrats du siège ne se prêtent pas « sérieusement » à l'exercice qui leur était proposé. La crainte était qu'ils ne fournissent pas l'effort intellectuel de proposer une peine précise en se simplifiant la tâche en recourant simplement à la peine proposée par le procureur ou son substitut. Un tel comportement aurait biaisé mon étude dans l'hypothèse où un grand nombre de répondants auraient choisi cette facilité²⁴.

1.5. LES HYPOTHÈSES

1.5.1. Les fonctions de l'hypothèse

« L'organisation d'une recherche autour d'hypothèses de travail constitue le meilleur moyen de la mener avec ordre et rigueur sans sacrifier pour autant l'esprit de découverte et de curiosité propre à tout effort intellectuel digne de ce nom. Fondée sur une réflexion théorique et sur une connaissance préparatoire du phénomène étudié, elle se présente comme une présomption non gratuite provisoire [demandant à être vérifiée et] portant sur le comportement des objets réels étudiés » (Van Campenhoudt, Quivy, 2011, 127).

« L'hypothèse procure à la recherche un fil conducteur remplaçant la question de recherche dans cette fonction. Parmi l'ampleur des données recueillies par le chercheur, l'hypothèse fournit le critère de sélection des données pertinentes, c'est-à-dire des données utiles pour tester les hypothèses » (Van Campenhoudt, Quivy, 2011, 127).

Pour qu'une hypothèse soit valable, il faut qu'elle remplisse la condition de « falsifiabilité », pour reprendre l'expression de Karl R. Popper. Dans la mesure où la connaissance résulte de corrections successives, une hypothèse ne pourrait que tendre que vers une objectivité, c'est-à-dire vers un caractère absolument et définitivement vrai, sans jamais l'atteindre. Par conséquent, celles-ci doivent être formulées de telle sorte qu'elles puissent être infirmées ou

²⁴ Pour rappel (point 4.2. de la seconde partie), s'agissant de la relation entre le juge et le magistrat du ministère public, il ressort des études en la matière une tendance du parquet à dominer : les réquisitions du ministère public servant de références à la peine que prononcerait le juge tout en voulant prévenir un appel de sa décision par la partie poursuivante (Mary, 2002, 155).

« falsifiées » (Van Campenhoudt, Quivy, 2011, 134). Afin de remplir une telle condition, une hypothèse doit satisfaire à deux critères. D'une part, elle doit revêtir un caractère de généralité et non pas constituer une donnée relative à un phénomène particulier et non reproductible (Van Campenhoudt, Quivy, 2011, 135). D'autre part, « il faut qu'elle accepte des énoncés théoriques contradictoires susceptibles d'être vérifiées : une hypothèse ne peut être tenue pour vrai que si tous ses contraires sont tenus pour faux » (Van Campenhoudt, Quivy, 2011, 136).

1.5.2. Les hypothèses empiriques

Cette recherche criminologique se concentre principalement sur les caractéristiques biographiques des juges et plus précisément, sur l'influence qu'ont les attributs suivants sur la peine prononcée : le sexe, l'âge, la présence d'enfants²⁵, l'état civil, l'expérience en tant que magistrat du siège, les antécédents professionnels, le ressort du tribunal et la spécialisation du juge quant aux affaires de mœurs. Il s'agit des variables indépendantes, soit les causes de la variation de la variable dépendante, la peine en l'occurrence.

À la vue de ce choix, l'hypothèse principale est qu'en fonction du juge qui connaîtra de l'affaire, pour une même affaire, la décision ne sera pas identique et variera soit dans sa nature, soit dans sa durée, soit dans les deux. Ce postulat est repris par Palys et Divorski (1986, 349) : « *The issue of sentencing disparity questions whether the disposition received is dependent upon which judge hears the case. Given Hogarth's demonstration that (a) judges vary in their attitudes and perceptions; and that (b) variability in these attitudes and perceptions is systematically related to sentencing variability, then this strongly suggests that if one were to pose a particular case to a group of judges (who ostensibly differ on these attitudes and perceptual variables), sentencing disparity would be observed* ». En bref, les inégalités dans le choix des peines peuvent être expliquées par les appréciations personnelles du magistrat influencées par ses caractéristiques biographiques et son approche des objectifs de la peine (philosophie pénale).

Les hypothèses qui vont suivre proviennent des résultats des différentes recherches exposées dans la première partie. Seuls les résultats qui permettent une vérification empirique seront retenus comme hypothèses.

Premièrement, la philosophie pénale influe autant sur la peine imposée que sur les facteurs considérés comme pertinents pour statuer (Anderson, Spohn, 2010).

Deuxièmement, les magistrats plus âgés accordent plus d'importance à l'acte en lui-même qu'à l'auteur de l'acte. Ils offrent une plus grande indépendance quant à leurs décisions, ne faisant pas appel à l'avis d'autres magistrats. Ils sont aussi plus modérés dans leurs sanctions,

²⁵ La question posée à cet égard concernait le nombre d'enfants. Toutefois, j'ai décidé d'analyser ces résultats sous une forme binaire, le nombre d'enfant précis ne me semblant pas pertinent.

cherchant par là une uniformité dans les décisions (Hogarth, 1971). En outre, ils font preuve de plus d'indulgence que leurs homologues plus jeunes en ce qui concerne les cambriolages et les délinquants violents, mais ils sont plus punitifs envers les trafiquants de drogue (Myers, Talarico, 1987). Par conséquent, deux hypothèses peuvent être dégagées : (i) les juges plus âgés sont uniformes dans leurs décisions et (ii) l'âge a une influence sur la nature de l'acte quant à l'indulgence que pourrait bénéficier l'auteur des faits.

Troisièmement, les pratiques pénales des juges hommes et femmes sont plus remarquable pour leurs similarités que pour leurs différences (Steffensmeier, Herbert, 1998). Toutefois, là où des différences existent, les femmes juges sont plus punitives que les hommes, particulièrement envers les auteurs de viols. Elles sont aussi plus enclines à recourir à l'incarcération des délinquants sexuels et à leur infliger une peine plus longue. (Myers, Talarico, 1987).

Quatrièmement, les magistrats d'antécédents procureurs ou juges d'instruction paraissent plus punitifs (Hogarth, 1971).

Cinquièmement, les magistrats ayant une grande expérience propose une uniformité dans leurs décisions (Hogarth, 1971).

Enfin, les juges officiant dans de « plus petits tribunaux » infligent des peines plus sévères que leurs collègues « des grands tribunaux ». Ainsi, la taille du tribunal influe négativement sur la sévérité de la peine (Ulmer, Johnson, 2004).

1.6. POPULATION DE TRAVAIL ET ÉCHANTILLONNAGE QUANTITATIF

1.6.1. La représentativité de l'échantillon

Le principe de l'échantillonnage quantitatif est de recueillir, selon un principe d'économie, de l'information sur une fraction de travail, en vue de généraliser à l'ensemble de la population de travail, les conclusions tirées de l'analyse des données fournies par l'échantillon. Ainsi, abstraitement, le terme de population de travail désigne « un ensemble d'éléments constituant un tout » sur lequel porte la recherche (Van Campenhoudt, Quivy, 2011, 147). Le terme échantillon désigne, quant à lui, une sélection d'une partie de cette population. Concrètement dans le cadre de ce mémoire, la population fait référence à l'ensemble des magistrats des audiences correctionnelles des tribunaux de première instance des arrondissements judiciaires francophones ; et l'échantillon, aux nombres de répondants. Même si la population est délimitée, il peut ne pas être possible ou même opportun de récolter des données sur chaque individu qui compose cette population. Par conséquent et eu égard au principe d'économie, la procédure d'échantillonnage quantitatif à la prétention d'inférer, de généraliser sur la population totale la vérité des conclusions fondées sur l'étude de l'échantillon (Van Campenhoudt, Quivy, 2011, 147).

Pour que l'échantillon quantitatif puisse se prêter à une généralisation, le chercheur doit se limiter à un échantillon dit représentatif de la population cible, c'est-à-dire à une fraction de la population de travail présentant ses caractéristiques (Van Campenhoudt, Quivy, 2011, 147). Ce procédé s'impose lorsque, d'une part, la population est très large et qu'il est nécessaire de récolter un grand nombre d'informations pour chaque unité (Van Campenhoudt, Quivy, 2011, 148) et lorsque, d'autre part, « il est important de recueillir une image globalement conforme à celle qui serait obtenue en interrogeant la totalité de la population cible » (Van Campenhoudt, Quivy, 2011, 148).

Dans le cadre de ce mémoire, l'échantillon a regroupé l'ensemble des répondants des magistrats correctionnels en fonction des tribunaux de première instance des arrondissements judiciaires francophones, ces derniers constituant la population de référence. Ainsi, ont été concernés :

- Les magistrats correctionnels en fonction du tribunal de première instance du Brabant Wallon ;
- Les magistrats correctionnels en fonction du tribunal de première instance de Bruxelles francophone ;
- Les magistrats correctionnels en fonction du tribunal de première instance du Hainaut (Division Mons, Charleroi et Tournai) ;
- Les magistrats correctionnels en fonction du tribunal de première instance de Liège (Division Liège, Verviers et Huy) ;
- Les magistrats correctionnels en fonction du tribunal de première instance de Namur (Division Namur et Dinant) ;
- Les magistrats correctionnels en fonction du tribunal de première instance du Luxembourg (Division Arlon, Neufchâteau, Marche-en-famenne).

1.6.2. La taille de l'échantillon

Comme le dit si bien L. Albarello, « l'échantillon est au cœur de l'enquête quantitative. La caractéristique essentielle qui procure à l'approche quantitative son originalité et sa spécificité est sa représentativité par rapport à la population de référence. De ce point de vue, l'aspect déterminant de la méthode est bien la qualité de l'échantillon » (Albarello, 2012, 129).

Afin de déterminer la taille d'un échantillon, divers éléments doivent être pris en considération : la marge d'erreur acceptable pour le chercheur, l'homogénéité de la population visée, le niveau d'analyse souhaité et le coût de l'enquête (Albarello, 2012, 130). Ces éléments participent à la validité de la méthode quantitative permettant de fournir de résultats pertinents et exploitables. Ainsi, tout d'abord, la taille de l'échantillon ne dépend pas du nombre de personnes composant la population cible. Dire qu'un échantillon est représentatif parce qu'il comporte un pourcentage X de la population de référence est inexact. Ce n'est pas en termes de pourcentage de répondants par rapport à la population de référence qu'il faut raisonner mais plutôt en fonction de la marge d'erreur avec laquelle le chercheur accepte de

travailler. C'est par rapport à la marge d'erreur que la taille de l'échantillon se décide. La marge d'erreur²⁶ est fonction de la taille de l'échantillon et ce, quelle que soit la taille de la population. Ensuite, l'homogénéité d'une population couplée à une interrogation sur des aspects très spécifiques permettent de travailler sur des échantillons plus petits : plus la population de référence est homogène moins il est nécessaire d'avoir un échantillon important. Enfin, plus les hypothèses de travail engendrent la nécessité d'effectuer des comparaisons entre des sous-échantillons précis, plus la taille de l'échantillon doit être grande de sorte que chaque sous-échantillon soit représentatif d'une fraction donnée de cette population. L'accroissement de la taille de l'échantillon devient nécessaire, non pas pour augmenter le niveau de représentativité de l'ensemble de l'échantillon, mais pour permettre de vérifier les hypothèses en comparaison de groupes spécifiques de l'échantillon. Un échantillon n'est pas forcément plus représentatif qu'un autre (à faible différence de la marge d'erreur), il permet seulement de réaliser des analyses plus approfondies et de comparer divers sous-échantillons qui sont eux-mêmes représentatifs de catégories spécifiques (Albarelo, 2012, 130-132).

Aux vues des éléments théoriques sur la taille d'un échantillon, je dois concéder que mon échantillon ne rencontre pas les exigences nécessaires de représentativité pour en tirer des résultats statistiquement significatifs²⁷ et généralisables. Toutefois, mon échantillon reste assez pertinent que pour être étudié dans le cadre de ce mémoire. En effet, mon nombre de répondants manifeste une certaine force de pénétration, non négligeable, dans le corps social que constituent les magistrats correctionnels des tribunaux de première instance des arrondissements judiciaires francophones. Bien que les résultats, que je pourrais tirer des réponses apportées à mon questionnaire, ne puissent être généralisés, il n'en demeure pas moins qu'ils restent valables pour mon étude. Qui plus est, comme susmentionné, « certaines populations particulièrement homogènes et interrogées sur un aspect très spécifique permettent de travailler sur des échantillons plus réduits » (Albarelo, 2012, 130). A cet égard, vu que mon échantillon présente une certaine homogénéité dans sa constitution²⁸, par extrapolation à la population de référence, on peut la considérer comme homogène. Par conséquent, vu aussi la question posée, il me semble que, dans le cadre de mon mémoire, mon échantillon acquiert une certaine légitimité statistique me permettant de le considérer comme pertinent.

Enfin, concernant la modalité d'échantillonnage, soit la manière dont les individus constituant l'échantillon sont choisis, j'ai recouru à la technique de l'échantillon aléatoire. « L'échantillon

²⁶ Pour obtenir un tableau des marges d'erreur en fonction de la taille de l'échantillon, voy. Albarelo, 2012, 131. Par exemple, pour une marge d'erreur de 9,75% équivaut au minimum un échantillon de 100 personnes.

²⁷ « L'idée de signification statistique n'a de sens que si elle inclut un phénomène aléatoire, une source de répartition aléatoire » (Hirschi, Selvin, 1975, 226).

²⁸ Voy. le tableau 1.

aléatoire, idéal statistique, est obtenu par le tirage au sort d'individus ou de ménages appartenant à la population de référence. Un membre de cette population doit avoir la même probabilité que les autres de figurer dans l'échantillon. Cela présuppose de disposer d'une liste exhaustive de la base de sondage, de la population de référence pour opérer au tirage au sort » (De Singly, 2005, 41). Concrètement, mon échantillon a été contacté par l'intermédiaire de leurs présidents respectifs, lesquels en agissant de la sorte, ont contacté toute la population. Etant le fruit des répondants de la population, il est considéré comme aléatoire puisque, bien que je n'aie pas moi-même décidé aléatoirement, sur la base d'une liste, qui allait répondre, chaque répondant avait la même probabilité que les autres de répondre à l'enquête.

1.7. DIFFICULTÉS ET LIMITES PROPRES À L'OBJET DE CE MÉMOIRE

Dans la mesure où la plupart des recherches sur lesquelles se base ce mémoire sont anglo-saxonnes, une minorité étant francophones, les éléments théoriques ainsi que les résultats qui suivront seront sélectionnés avec soins afin d'éviter toute non-pertinence. En effet, comparer les résultats de telles études rencontre certaines difficultés dans leur généralisation et dans leur application à l'étude de notre système pénal dans la mesure où il existe de nombreuses différences concernant tant l'organisation du système pénal que son fonctionnement (différence des éléments constitutifs des infractions, différences des pratiques pénales, différence dans la procédure...) (Davies, Takala, Tyrer, 2004, 741).

En outre, comme le rappelle R. Lenoir et par extrapolation de sa recherche qualitative basée sur des entretiens avec des magistrats (Lenoir, 1996), la relation qui peut exister entre, d'un côté le magistrat-répondant et, de l'autre côté, le chercheur-interrogateur est empreinte de méfiance. Les juges sont en quelque sorte fermés au travail du sociologue, lequel est dans une posture visant à comprendre et à mettre en évidence leurs pratiques. « Ces premiers ne voient dans l'enquête que l'intervention d'un étranger à leur corps, loin de leur réalité » (Lenoir, 1996, 133). « Ils sont réfractaires à toute démarche d'objectivation les concernant, notamment la passation de questionnaires ou d'autres formes d'enquêtes, qu'elles portent sur leur vie privée ou professionnelle » (Lenoir, 1996, 135). On peut facilement comprendre que, étant les seuls détenteurs du pouvoir de juger, ils perçoivent, dans la posture du chercheur, une sorte d'immixtion dans leur fonction de juger où les rôles s'inversent. Là où ils ont la primauté de pouvoir de juger, ils se voient à leur tour source d'un jugement critique pouvant mettre à mal leur réalité et leur rationalité. Cette problématique reflète un des potentiels obstacles de cette étude résultant en l'absence d'intérêt et, par-là, de réponse, ou en l'utilisation de « propos de convenance » (Lenoir, 1996, 134) ne permettant pas de voir ce qui se passe sous la première face visible de l'iceberg, ou même en l'usage de « discours d'usage, reprenant les formes les plus officielles et publiques de documentation » (Lenoir, 1996, 135) de la part des magistrats à la présente recherche, laquelle nécessite leur collaboration pour exister. Or comme le précise R. Lenoir « toute recherche de la part de celui qui l'entreprend et de ses interlocuteurs une implication effective » (Lenoir, 1996, 133). Cette implication effective (Lenoir parle aussi de connivence entre le chercheur et les magistrats), suppose de la part des répondants à la

recherche qu'ils trouvent un intérêt personnel sur le sujet proposé par le chercheur, qu'ils se posent eux-mêmes des questions identiques à celles posées par le chercheur (Lenoir, 1996, 135).

1.8. PROCÉDÉ DE RÉCOLTE D'INFORMATIONS

Une phase de validation du questionnaire a précédé son envoi. Cette phase s'est réalisée avec l'aide de mon promoteur D. Kaminski. Il s'agit d'une phase fondamentale qui consiste à tester le questionnaire en évaluant notamment la clarté et la précision des termes utilisés et des questions posées, la forme des questions, l'ordre de celles-ci, l'efficacité de la mise en page, éliminer toutes les questions ambiguës ou refusées, repérer les omissions, voir si le questionnaire est jugé trop long, ennuyeux, indiscret, etc. (Vilatte, 2007, 9).

Suite à cette première phase, il a été question d'obtenir les adresses e-mails professionnels des magistrats. Pour mener à bien cette première étape, j'ai d'abord contacté le service du personnel de la magistrature ainsi que les différents greffes correctionnelles des tribunaux de première instance des arrondissements judiciaires francophones, dont les coordonnées se trouvent sur le site www.juridat.be. Suite au faible taux de succès de cette démarche (absence de réponses, refus dû au respect de la vie privée...), j'ai décidé de contacter, dans un second temps, tous les présidents des tribunaux de première instance des arrondissements judiciaires francophones, tantôt par téléphone, tantôt par e-mail. Étant des personnages publics, il a été facile d'obtenir leurs coordonnées professionnelles. Par ce moyen, j'espérais obtenir l'autorisation du président de diffuser mon étude à l'ensemble des magistrats correctionnels qui ressortissaient du tribunal de première instance de l'arrondissement judiciaire duquel il était le président (ainsi que sa participation) sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'adresse e-mail professionnelle de tous les magistrats des audiences correctionnelles.

Cette première diffusion de mon enquête en ligne auprès de tous les magistrats correctionnels des tribunaux de première instance des arrondissements judiciaires francophones²⁹ a donné un taux de participation de 25% à 31% (selon mon estimation du nombre de magistrats). Ce taux de participation regroupait autant les réponses complètes que celles incomplètes qui ne permettaient pas de les prendre en compte. Par conséquent, la participation effective, entendue comme celle qui donnait des résultats exploitables, baissait pour atteindre un pourcentage oscillant entre 11% et 14%. Vu ce faible taux de participation, une seconde salve de diffusion a été menée suite à une nouvelle demande de diffusion effectuée auprès des présidents. Suite à cette deuxième sollicitation, la participation a augmenté entre 36% et 44% et la participation effective entre 23% et 28% pour arriver à un taux de participation effective de 35% à 42%, la participation générale étant de 62,5% à 75%.

²⁹ Le nombre de ces magistrats est estimé à plus ou moins 100, 120 magistrats.

2. RESULTATS EMPIRIQUES ET ANALYSE DES RESULTATS³⁰

2.1. LES CARACTÉRISTIQUES DE L'ÉCHANTILLON

Au 14 janvier 2015, les tribunaux de première instance des arrondissements judiciaires francophones contenaient 356 magistrats du siège³¹. Parmi ceux-ci, on compte environ 120 juges correctionnels (les juges d'instruction n'étant pas considérés). Ce nombre a été recensé au moyen d'appels téléphoniques auprès des greffes correctionnels de chaque tribunal. Mon échantillon s'élève à 42 magistrats. Toutefois, le nombre de répondants offrant des résultats exploitables s'arrête à 38 magistrats dans la mesure où quatre des 42 répondants n'ont pas répondu à la partie casus du questionnaire.

Les tableaux 1 à 3^{ter} présentent les caractéristiques biographiques des répondants, soit les variables (caractéristiques récoltées pour chaque individu) indépendantes. En vue de faciliter l'analyse des données et de donner aux résultats une plus grande « significativité », j'ai décidé de regrouper certaines modalités (valeurs de la variable) de variables en classes de modalités. Par exemple, au lieu d'avoir pour la variable âge des valeurs allant de 34 à 65, j'ai regroupé ces modalités en classes, comme suit : moins de 40 ans, entre 40 et 50 ans, entre 50 et 60 ans, plus de 60 ans. En outre, les résultats seront arrondis au nombre entier près afin d'éviter les nombres décimaux, peu pertinents pour mon faible effectif.

Des tableaux 1 à 3^{ter}, on remarque en substance que le nombre de femmes magistrats ayant répondu s'élève à 21 contre 17 hommes, soit un pourcentage respectif de 55% et 45%. L'âge des répondants varie entre 34 et 62 ans avec un âge moyen de 48 ans. La différence d'âge moyen entre les hommes et les femmes n'est pas significativement différente : il se situe autour de 48 ans pour ces premiers et de 46 ans et demi pour ces secondes. Une majorité des répondants partage une vie commune³² et a des enfants. Les tableaux 2 à 3^{ter} indiquent la répartition des répondants en fonction des variables professionnelles retenues pour cette étude : je ne commenterai pas plus en profondeur ces données. S'agissant des caractéristiques professionnelles, dans la mesure où il n'a pas été possible de classer les réponses quant à la ou

³⁰ L'analyse des résultats s'est faite au moyen du logiciel gratuit *Trideux* conçu par Philippe Cibois.

³¹ Cette information m'a été transmise par le Service du personnel de la magistrature.

³² L'état civil laissait le choix aux répondants de choisir entre cinq états : « marié(e) », « divorcé(e) », « cohabitant(e) », « célibataire » et « veuf(ve) ». Toutefois, dans la mesure où les options « marié(e) » et « cohabitant(e) » peuvent être assimilées à un partage de vie commune et que les options « divorcé(e) » et « célibataire » à l'absence de vie commune, elles ont été classées en deux catégories. L'option « veuf(ve) » ne rentre pas dans l'analyse puisqu'elle n'a jamais été choisie.

les compétence(s) de la chambre dans laquelle le juge répondant officie, cette variable n'a pas été retenue pour la suite de l'analyse.

Un certain nombre de « refusants » m'ont transmis des explications sur les causes de leur refus. A ce titre, il a été souligné la difficulté de répondre de manière générale sur les critères d'un dossier particulier dans la mesure où toute décision est singulière et dépendante de l'individu (attitude) et du dossier. En outre, la particularité procédurale dans le traitement des affaires de mœurs (chambre à trois juges) non respectée en l'espèce a été un frein dans la participation.

Tableau 1. Répartition du nombre de répondants en fonction de leurs caractéristiques personnelles.

	Age				Enfants		Vie commune	
	- de 40 ans	40-50 ans	50-60 ans	+ de 60 ans	Oui	Non	Oui	Non
Hommes (45%)	6%	65%	23%	6%	77%	23%	65%	35%
Femmes (55%)	10%	52%	24%	14%	86%	14%	67%	33%

Tableau 2. Répartition du nombre de répondants en fonction du tribunal.

Tribunal	Nombre de répondants	Effectif*
TPI du Brabant Wallon	3%	4
TPI de Bruxelles francophones	29%	
TPI du Hainaut	18%	16+10+
TPI de Namur	26%	
TPI de Liège	13%	20
TPI du Luxembourg	11%	8

*Le pourcentage de répondants est à relativiser par rapport à l'effectif du tribunal.

Tableau 3. Répartition du nombre de répondants en fonction de leur expérience en tant que magistrat du siège.

Expérience en tant que magistrat du siège	- de 5 ans	42%
	5 – 15 ans	32%
	+ de 15 ans	26%

Tableau 3bis. Répartition du nombre de répondants en fonction de leurs fonctions antérieures*.

Fonctions antérieures	Stagiaire judiciaire	24%
	Parquet	42%
	Juge d'instruction	13%
	Avocat	37%
	Juriste cabinet ministériel ou administration publique	5%

*Un même magistrat peut exercer plusieurs fonctions avant de devenir magistrat du siège.

Tableau 3ter. Répartition du nombre de répondants en fonction du pourcentage moyen d'affaire de mœurs traitées par an.

	- de 10%	61%
Pourcentage d'affaires de mœurs par an (spécialisation)	10% - 30%	26%
	+ de 30%	13%

2.2. LES RÉSULTATS GÉNÉRAUX

2.2.1. Les peines infligées

Avant de rentrer dans l'analyse des résultats quant à la peine, deux considérations terminologiques en lien avec la suspension du prononcé doivent être faites. Premièrement, la suspension du prononcé de la condamnation n'est pas une peine mais une modalité de la peine. Il s'agit, plus précisément, d'une mise à l'épreuve d'un délinquant avec ou sans conditions (L.29/06/64, art. 1, § 1, 1^o) et sans qu'aucune peine ne soit prononcée, pour autant que la prévention soit déclarée établie (L.29/06/64, art. 3, al. 1). Dès lors, les terminologies « peine » et « peine principale » ne sont pas juridiquement adéquates. Néanmoins, elles seront utilisées pour des facilités d'écriture. Deuxièmement, puisque la suspension du prononcé n'est pas une peine principale, aucune peine accessoire ne peut l'accompagner. Cependant, les résultats montrent que des magistrats ayant statué en faveur d'une suspension du prononcé ont aussi choisi des peines accessoires. A cet égard, il est légitime de penser que les juges conçoivent ces éléments non pas comme des peines accessoires mais plutôt comme des conditions particulières à la suspension du prononcé. Néanmoins, cette terminologie sera aussi gardée pour la même raison que celle juste mentionnée.

De manière générale, les réponses données quant à la peine principale se distribuent entre un emprisonnement avec sursis probatoire et une suspension probatoire du prononcé. Pour des facilités d'analyse, les peines principales seront regroupées en trois classes (tableau 4) : l'emprisonnement, la peine de travail et la suspension du prononcé. Dans la mesure où l'amende n'a jamais été sélectionnée, il n'en sera pas fait allusion.

S'agissant de la peine accessoire (tableau 5), l'amende n'a pratiquement pas été choisie. L'interdiction d'exercer une profession en lien avec des mineurs a accompagné, dans presque tous les cas, l'emprisonnement. La confiscation spéciale est relativement bien représentée à la fois pour l'emprisonnement (presque tous les cas) et pour la suspension du prononcé (un cas sur deux).

Tableau 4. Réponses quant à la peine

Peine principale	Réponse
<i>Emprisonnement</i>	53%
<i>Peine de travail</i>	8%
<i>Suspension du prononcé</i>	39%

Tableau 5. Réponses quant à la seconde peine en fonction de la peine principale prononcée*

	Emprisonnement	Suspension du prononcé	Peine de travail
Amende	5%	0%	33%
Interdiction d'exercer une profession en lien avec des mineurs	75%	20%	33%
Confiscation de l'ordinateur et des dessins de Monsieur	55%	40%	100%

*Les peines accessoires peuvent être cumulées.

2.2.1.1. L'emprisonnement

L'emprisonnement a été choisi comme peine principale dans plus d'un cas sur deux.

S'agissant de la peine accessoire, on constate que trois-quarts des juges ont recouru à l'interdiction d'exercer une profession en lien avec des mineurs et qu'un peu plus de la moitié ont choisi la confiscation spéciale. A cet égard, il existe une grande variabilité dans le choix de la seconde peine, le choix de l'une n'entraînant pas nécessairement le choix d'une autre et inversement. En outre, remarquons que quelques juges ont considéré que la confiscation spéciale n'est pas applicable au cas d'espèce dans la mesure où aucune infraction n'a été établie en rapport avec l'objet de la confiscation³³. Certains autres ont prononcé une interdiction des droits civils et politiques.

S'agissant du *quantum* de la peine principale (tableau 6), celle-ci varie de huit mois à trois ans d'emprisonnement avec une très grande majorité de magistrats prononçant une peine allant de douze mois à 18 mois d'emprisonnement. Le *quantum* quant à la peine accessoire n'a que trop peu été mentionné que pour l'analyser.

Tableau 6. Réponses quant à la durée de la peine d'emprisonnement

Durée de l'emprisonnement	Nombre de répondants*
Moins de 12 mois	6%
12 mois – 18 mois	76%
Plus de 18 mois	18%

*Pour cette question le taux de réponse atteint 85%

S'agissant des variantes, dans la première hypothèse (en cas de défaut du prévenu à l'audience), tous les magistrats se sont prononcés en faveur d'une peine plus sévère se traduisant en l'absence de sursis puisque qu'une telle faveur ne peut être accordée qu'avec l'accord du prévenu pour autant que celui-ci, de par son attitude à l'audience, influence positivement le magistrat. Dans la seconde hypothèse (aucun remord témoigné), une grande majorité des juges ont prononcé une peine plus sévère alors qu'une minorité restait à l'identique. La plus grande sévérité de la peine se traduit par une absence de sursis et

³³ Cette explication provient des commentaires figurant sous l'option « autre ».

constitue une réponse donnée à l'absence d'amendement du prévenu qui, par-là, ne prend pas conscience de la gravité de son comportement et n'offre aucune garantie contre une potentielle récidive. Le caractère identique de la peine s'explique d'une part, par un regard critique que les magistrats ont vis-à-vis de la sincérité des remords et d'autre part, par le fait que c'est la peine minimale qui a été choisie.

2.2.1.2. La suspension du prononcé

La suspension du prononcé a été choisie comme peine principale dans presque un cas sur deux.

S'agissant de la peine accessoire, on remarque que très peu de magistrats ont choisi l'interdiction d'exercer une profession en lien avec des mineurs et qu'ils ont une vision très partagée quant à la peine accessoire de confiscation spéciale. A cet égard, une moitié d'entre eux ont accompagné la suspension du prononcé d'une confiscation spéciale alors qu'une autre moitié a considéré qu'elle était inapplicable dans la mesure où aucune infraction n'a été établie en rapport avec l'objet de la confiscation³⁴.

S'agissant du *quantum*, celui-ci n'étant pas applicable à la suspension du prononcé, il concerne le délai d'épreuve maximale qui varie entre 18 mois à 5 ans.

S'agissant des variantes, dans la première hypothèse (en cas de défaut du prévenu à l'audience), tous les magistrats ayant opté pour la suspension du prononcé ont répondu prononcer une peine plus sévère (emprisonnement). Cela s'explique en ce que la suspension est impossible en cas de défaut du prévenu, laquelle ne peut être accordée que si une telle demande est effectuée en audience, et en ce que les conditions de la suspension doivent être ratifiées par le prévenu à l'audience. Les juges voient dans ce défaut l'absence d'une attitude d'amendement de la part du prévenu et expriment, dès lors, être contraint d'imposer une peine d'emprisonnement (affirmation de la loi) afin que celui-ci puisse faire opposition et qu'un jugement contradictoire faisant état de sa culpabilité et de sa dangerosité puisse être établi. Dans la seconde hypothèse (aucun remord témoigné), tous les magistrats ont répondu donner une peine plus sévère (emprisonnement), à l'exception d'un. Ceux-ci l'expliquent par l'absence de remords exprimés est vue comme une absence d'amendement et de prise de conscience de la gravité des faits, lesquels peuvent se traduire, en cas de suspension du prononcé, par un risque de récidive accru et une banalisation de ce genre de faits par le prévenu.

³⁴ Cette explication provient des commentaires figurant sous l'option « autre », laquelle n'a pas été utilisé, en l'espèce, pour proposer une autre peine accessoire.

2.2.1.3. La peine de travail

La peine de travail n'a été choisie que très singulièrement. Ne seront présentés que les résultats « significatifs ».

S'agissant de la peine accessoire, on remarque que tous les juges ont choisi l'interdiction d'exercer une profession en lien avec les mineurs. S'agissant du quantum de la peine, celui varie entre 150 et 200 heures. S'agissant des variantes, dans les deux hypothèses, les juges ont prononcé une peine plus sévère pour les mêmes raisons que celles exposées ci-dessus.

2.2.1.4. Conclusion

Deux conclusions peuvent être dressées suite à l'analyse générale des résultats relatifs à la peine. Premièrement, on constate bien qu'il existe une disparité inter-juge quant à la peine principale prononcée, à la fois dans son *quantum* que dans sa nature. En effet, trois types de peines ont été choisis (l'emprisonnement, la peine de travail et la suspension) et il n'y pas de consensus quant à la durée de la peine d'emprisonnement bien qu'une tendance puisse être dégagée (12 à 18 mois d'emprisonnement). En outre, s'agissant de la seconde peine, les juges ne s'accordent pas non plus sur son prononcé : tantôt elle accompagne la première peine, tantôt pas à la raison qu'elle ne peut être appliquée au cas d'espèce. Enfin, s'agissant des variantes, on remarque que, pour l'hypothèse du défaut du prévenu, les juges s'accordent sur une peine plus sévère. Pour la seconde hypothèse dans laquelle le prévenu ne témoigne d'aucun remord, une majorité des juges s'accordent sur une peine plus sévère aussi, une minorité marginale ne modifiant pas la décision prise.

Deuxièmement, on ne remarque pas de cohérence spécifique à l'intérieure d'un groupe de peine³⁵, exception faite de la première variante. Les magistrats ayant prononcé une peine d'emprisonnement ne sont pas plus cohérents entre eux, en ce qui concerne le *quantum* (inapplicable à la suspension sauf pour son délai d'épreuve), la seconde peine ou les variantes, que ceux qui ont opté pour une suspension du prononcé ou une peine de travail.

2.2.2. *Les éléments du casus*

Pour cette question, il ne sera tenu compte que de 37 répondants puisque quatre répondants n'ont pas répondu aux questions relatives au casus et un répondant n'a pas terminé cette dernière partie. Le tableau 7 montre les valeurs moyennes pour chaque élément du casus.

³⁵ Vu le faible taux de peine de travail prononcée, la peine de travail n'a pas été considérée comme suffisamment pertinent pour être exposé dans la conclusion

2.2.2.1. L'influence des éléments du casus

A la question « Parmi les informations présentes dans le casus, veuillez indiquer, sur une échelle allant de 1 à 10, l'influence qu'elles ont eues sur votre décision », les répondants avaient la possibilité d'évaluer sur une échelle allant de 1 à 10 l'influence de chaque élément du casus retenu sur leur décision. Néanmoins, en vue de faciliter le traitement des résultats et l'analyse des données, j'ai classé ces valeurs d'influence en trois classes : les valeurs allant de 1 à 3 ont été classées en « pas ou peu influent », les valeurs allant de 4 à 6 ont été classées en « moyennement influent », les valeurs allant de 7 à 10 ont été classées en « influent ou très influent » (tableau 7).

Le tableau 7 nous montre que le fait que le prévenu n'a jamais été marié, qu'il n'a pas d'enfant et qu'il soit en couple n'a pas ou peu d'influence sur la décision, quelle que soit la peine (97% - 97% - 76%). On constate à cet égard que les magistrats, de manière générale³⁶, ne prennent pas en compte la situation affective du prévenu. A l'inverse, le fait que le prévenu dispose d'une autorité sur sa victime, son attitude à l'audience et son absence d'antécédent judiciaire, a une influence voire une influence importante sur la peine prononcée (84% - 73% - 84%). Ces constatations ne sont pas surprenantes puisque les éléments relatifs aux antécédents judiciaires et au pouvoir de commandement sont des circonstances aggravantes prévues par le législateur. L'attitude à l'audience, quant à elle, est un élément maintes fois soulignés par les juges comme important dans leur prise de décision³⁷. Les magistrats reconnaissent que la profession du prévenu et les résultats de la perquisition exerce une influence sur leur décision, laquelle varie de moyenne à très influente. S'agissant de l'attitude du prévenu à l'interrogatoire, du fait que le prévenu est un instituteur respecté et qu'il suit la victime depuis un an déjà, ces éléments donnent des résultats très dispersés sans qu'il soit possible de dégager une tendance. Enfin, l'âge du prévenu n'exerce qu'une faible influence, celle-ci variant de pas ou peu à moyennement, une minorité l'ayant considéré comme influent.

³⁶ « De manière générale » est utilisé dans le cadre précis de ce mémoire dont les résultats ne sont pas généralisables. Au risque d'une extrapolation abusive et erronée, il ne peut être étendu à l'ensemble des magistrats de Belgique, mais uniquement à l'échantillon de cette étude.

³⁷ Voy. not. ce qui a été écrit à ce sujet dans le point 4.1. de la seconde partie.

Tableau 7. Influence des éléments du casus

	Pas ou peu influent	Moyennement influent	Influent ou très influent
Monsieur a 36 ans	54%	32%	14%
Monsieur n'a jamais été marié	97%	3%	0%
Monsieur n'a pas d'enfant	97%	3%	0%
Monsieur est en couple	76%	19%	5%
Monsieur est instituteur	3%	30%	67%
Monsieur est un instituteur respecté	30%	27%	43%
Monsieur dispose d'une autorité sur Louise	0%	16%	84%
Monsieur suit Louise depuis une année déjà	27%	38%	35%
L'attitude de Monsieur lors de l'interrogatoire	24%	30%	46%
Les résultats de la perquisition	8%	32%	60%
L'attitude de Monsieur à l'audience	5%	22%	73%
L'absence d'antécédents judiciaires de Monsieur	0%	16%	84%

2.2.2.2. Les éléments manquants susceptibles d'influence

Cette question a donné lieu à 36 réponses. On constate que quatre réponses reviennent assez souvent. Celles-ci sont relatives à :

- un avis motivé d'un service spécialisé dans la guidance et le traitement des délinquants sexuels (obligatoire en vertu de l'article 9bis de la loi de 1964) ainsi qu'une analyse psychologique (expertise mentale) donnant des éclaircissements sur la personnalité du prévenu et le risque de récidive ;
- une prise en charge préalable de la problématique démontrant une prise de conscience du prévenu ;
- l'expression de regrets vis-à-vis de la victime ainsi qu'en la proposition par le prévenu de conditions probatoires ;
- l'importance du traumatisme infligée à la victime (rapport psychologique de la victime).

Outre ces réponses, dans un rapport identique, les magistrats considèrent que le casus est assez complet pour évaluer de la situation. Au surplus, il a été fait mention singulièrement qu'une explication du prévenu à propos de son comportement, qu'une audition d'autres élèves et des enseignants et que le caractère isolé des faits ou s'inscrivant dans une tendance pulsionnelle déviante, constituent des éléments manquants susceptibles d'influencer la peine prononcée.

2.2.2.3. Conclusion

L'influence des éléments du casus sur la peine prononcée est très variable d'un magistrat à l'autre. S'il est possible de distinguer certaines tendances, il n'est pas possible de dégager de consensus sur tel ou tel élément de l'affaire, chaque juge appréciant souverainement la portée d'un élément par rapport à une autre.

2.2.3. *La philosophie pénale*

2.2.3.1. Les facteurs influençant la peine

A la question « Parmi ces facteurs potentiels entrant en compte dans le choix de la sanction pénale, veuillez indiquer, sur une échelle allant de 1 à 10, ceux qui vous prenez le moins (1) ou le plus (10) en considération », les répondants avaient la possibilité d'évaluer sur une échelle allant de 1 à 10 l'influence de ces facteurs potentiels sur leur décision. Néanmoins, en vue de faciliter le traitement des résultats et l'analyse des données, j'ai classé ces valeurs d'influence en trois classes : les valeurs allant de 1 à 3 ont été classées en « pas ou peu influent », les valeurs allant de 4 à 6 ont été classées en « moyennement influent », les valeurs allant de 7 à 10 ont été classées en « influent ou très influent » (tableau 8).

Le tableau 8 nous montre tout d'abord qu'aucun magistrat ne conçoit que les dispositions légales et la situation personnelle du prévenu soient des facteurs pas ou peu influents sur leurs décisions. En effets, ces deux éléments sont considérés par plus de 80% des magistrats comme influents ou très influents. Nous pouvons constater ensuite que les facteurs « moyens de défense soulevés par l'avocat », « réquisitions du Ministère public », « comportement du prévenu à l'audience », « temps écoulé entre le fait et l'audience », « réparation du dommage causé avant jugement » sont considérés, à la fois, comme influents ou très influents par une majorité des magistrats (entre 50% et 65%) et moyennement influents par 30% des magistrats. Les facteurs « présence d'une partie civile à l'audience », « potentialité de voir le jugement réformé en appel », « potentiels effets néfastes de la peine sur la famille du prévenu », « politique criminelle de l'arrondissement judiciaire » et « opinion publique/affaire médiatisée » sont considérés comme pas ou peu influents par une majorité de magistrat, allant de 55% à 92%. Néanmoins, on constate que pour les trois premiers facteurs que 20% à 30% magistrats les estiment moyennement influents. Enfin, la situation personnelle de la victime et la valeur du dommage causé offre des résultats plus dispersés avec une tendance à l'influence moyenne.

Tableau 8. Réponses quant aux facteurs influençant la peine

	Pas ou peu influent	Moyennement influent	Influent ou très influent
Moyens de défense soulevés par l'avocat	8%	37%	55%
Réquisitions du Ministère public	8%	32%	60%
Situation personnelle du prévenu	0%	18%	82%
Situation personnelle de la victime	37%	45%	18%
Présence d'une partie civile à l'audience	63%	26%	1%
Dispositions légales	0%	5%	95%
Comportement du prévenu à l'audience	13%	34%	53%
Opinion publique/affaire médiatisée	92%	5%	3%
Potentiels effets néfastes de la peine sur la famille du prévenu	55%	32%	13%
Politique criminelle de l'arrondissement judiciaire	87%	11%	2%
Temps écoulé entre le fait et l'audience	2%	32%	66%
Réparation du dommage causé avant le jugement	5%	37%	58%
Potentialité de voir le jugement réformé en appel	74%	24%	2%
Valeur du dommage causé	13%	66%	21%

2.2.3.2. Les valeurs accordées aux fonctions de la justice pénale

A la question « Parmi ces fonctions de la justice pénale, veuillez indiquer, sur une échelle allant de 1 à 10, celles qui vous inspirent le moins (1) ou le plus (10) », les répondants avaient la possibilité d'évaluer sur une échelle allant de 1 à 10 l'influence de ces fonctions de la justice pénale sur leur décision. Néanmoins, en vue de faciliter le traitement des résultats et l'analyse des données, j'ai classé ces valeurs d'influence en trois classes : les valeurs allant de 1 à 3 ont été considérées comme « faible », les valeurs allant de 4 à 6 comme « moyenne », les valeurs allant de 7 à 10 ont été classées en « forte » (tableau 9).

Le tableau 9 nous montre tout d'abord qu'aucun juge n'accorde aucune influence à la fonction « prévention spéciale » et une forte influence à la fonction « représentation d'une réaction sociale vindicative ». A l'inverse, près de 90% des juges valorisent hautement la prévention spéciale et près de 80% d'entre eux estiment faiblement la représentation d'une réaction sociale vindicative. Nous pouvons constater ensuite que les fonctions « réaffirmation de la norme violée », « lutte contre le désordre social », « réinsertion du condamné », « protection

de la victime » et « réparation du dommage causé » sont valorisées fortement par 60% à 80% des magistrats. Les fonctions « prévention générale » et « rétribution » offrent des résultats partagés avec, cependant, une tendance à la haute valorisation. Enfin, la satisfaction des attentes de la victime est estimée faiblement par un peu plus de 50% des magistrats. Ce pourcentage diminue au fur et à mesure que la valeur monte.

Tableau 9. Réponses quant à l'influence accordée aux fonctions de la justice pénale

	Faible	Moyenne	Forte
Prévention générale	21%	37%	42%
Prévention spéciale	0%	10%	90%
Rétribution	34%	18%	48%
Réaffirmation de la norme violée	2%	24%	74%
Lutte contre le désordre social	8%	26%	66%
Représentation d'une réaction sociétale vindicative	76%	24%	0%
Satisfaction des attentes de la victime	55%	37%	8%
Réinsertion du condamné	2%	16%	82%
Protection de la victime	16%	24%	60%
Réparation du dommage causé	14%	26%	60%

2.2.3.3. L'efficacité « accordée » des fonctions de la justice pénale

A la question « Parmi ces fonctions de la justice pénale, veuillez indiquer, sur une échelle allant de 1 à 10, l'efficacité que vous leur accordez », les répondants avaient la possibilité d'évaluer sur une échelle allant de 1 à 10 l'efficacité qu'ils accordent à aux fonctions de la justice pénale sur leur décision. Néanmoins, en vue de faciliter le traitement des résultats et l'analyse des données, j'ai classé ces valeurs d'influence en trois classes : les valeurs allant de 1 à 3 ont été classées en « pas ou peu efficace », les valeurs allant de 4 à 6 ont été classées en « moyennement efficace », les valeurs allant de 7 à 10 ont été classées en « efficace ou très efficace » (tableau 10).

Le tableau 10 nous montre des résultats très partagés, sans qu'il soit réellement possible de dégager une nette tendance, exception faite des fonctions « représentation d'une réaction sociétale vindicative » et « satisfaction des attentes de la victime » qui sont considérées par, respectivement, près de 70% et 50 % des magistrats comme pas ou peu efficaces. Cette absence de nette tendance traduit une absence de consensus quant à l'efficacité des fonctions de la justice pénale.

Tableau 10. Réponses quant à l'efficacité accordée des fonctions de la justice pénale

	Pas ou peu efficace	Moyennement efficace	Efficace ou très efficace
Prévention générale	45%	34%	21%
Prévention spéciale	16%	47%	37%
Rétribution	39%	29%	32%
Réaffirmation de la norme violée	20%	40%	40%
Lutte contre le désordre social	26%	40%	34%
Représentation d'une réaction sociétale vindicative	68%	29%	3%
Satisfaction des attentes de la victime	50%	42%	8%
Réinsertion du condamné	16%	50%	34%
Protection de la victime	21%	47%	32%
Réparation du dommage causé	32%	45%	23%

2.2.3.4. La cohérence des magistrats

La cohérence ou l'incohérence des magistrats s'évalue eu égard à l'efficacité qu'ils donnent aux fonctions dans lesquelles ils croient. Pour le dire autrement, est-ce que les juges accordent une valeur importante à une fonction qu'ils jugent inefficace ? Croient-ils que la fonction à laquelle ils croient est efficace ?

Si on regarde attentivement les réponses des magistrats, on s'aperçoit que les juges sont globalement cohérents. Seulement 18% des juges manquent de cohérence sur plus de trois fonctions sur dix alors que 68% d'entre eux sont cohérents sur au moins huit fonctions sur dix. Les 14% restants manquent de cohérence sur trois fonctions. Ce manque de cohérence se manifeste surtout dans les fonctions dans lesquelles les juges croient. Ces magistrats en déficit de cohérence accordent peu d'efficacité aux fonctions qu'ils estiment. A l'inverse, les magistrats font preuve d'une plus grande cohérence lorsqu'ils ne croient pas en une fonction. Dans ces cas-là, ils s'accordent aussi pour lui attribuer une faible efficacité. Par-là, les fonctions qui montrent le plus haut taux de cohérence sont celles de représentation d'une réaction sociétale vindicative (100%) et de satisfaction des attentes de la victime (92%), lesquelles sont celles qui reçoivent le moins d'influence de la part des juges. En ce qui concerne les autres fonctions, le taux de cohérence moyen tourne autour des 76%

2.2.3.5. Conclusion

Deux conclusions peuvent être dressées suite à l'analyse générale des résultats relatifs à la philosophie pénale.

Premièrement, s'agissant des facteurs potentiels entrant en compte dans le choix de la peine, l'influence de ces éléments est très variable d'un magistrat à l'autre. S'il est possible de

distinguer certaines tendances, il est difficile de dégager un consensus sur un facteur déterminé, chaque juge appréciant souverainement la portée d'un facteur. Bien qu'un facteur puisse être considéré par une majorité de juge comme influent ou très influent, il y en a toujours une minorité qui va évaluer ce même facteur différemment. Une raison pouvant expliquer ce manque d'uniformité peut être le caractère général de la question. En effet, il est raisonnable de penser que, globalement, un juge affecte à un facteur une certaine valeur mais que celle-ci peut être tout autre en fonction de l'affaire qu'il traite. Qu'un juge considère qu'un facteur déterminé est pas ou peu influent, de manière générale dans sa pratique, peut renvoyer au fait que les types d'affaires qu'il traite le plus souvent ne permettent pas à ce facteur de se dévoiler comme influent.

Deuxièmement, s'agissant de l'influence des fonctions de la justice pénale sur la peine, à nouveau, des tendances peuvent être dégagées sans qu'il soit possible d'établir de consensus, exception faite du caractère influent ou très influent de la fonction « représentation d'une réaction sociétale vindicative », lequel est nul. On remarque une disparité et une dispersion des résultats. Les mêmes conclusions peuvent être adressées quant à l'efficacité que les juges accordent aux fonctions de la justice pénale. A cet égard, cela peut être expliqué, d'une part, par la pratique quotidienne des juges et leurs expériences ainsi que, d'autre part, par les affaires qu'ils traitent. Sur ce dernier point, peut être qu'une fonction est efficace pour uniquement une certaine catégorie de faits et pas pour une autre.

2.3. LES RÉSULTATS EN FONCTIONS DES CARACTÉRISTIQUES BIOGRAPHIQUES DES JUGES

Les analyses qui vont suivre procéderont d'une lecture des résultats quant à la peine, aux éléments du casus et à la philosophie pénale (variables dépendantes), filtrés par les caractéristiques biographiques des magistrats (variables indépendantes). La volonté est de mettre en évidence la potentielle influence de ces variables indépendantes sur les variables dépendantes, laquelle influence s'analyse d'une part, par les tendances des différentes modalités de la variable entre elles et, d'autre part, par l'écart à la tendance générale des résultats.

2.3.1. La peine

2.3.1.1. La peine selon l'âge

Pour rappel, les hypothèses quant à l'âge du magistrat sont les suivantes :

- les juges plus âgés sont plus uniformes dans leurs décisions³⁸ ;

³⁸ La décision du magistrat porte sur quatre éléments : la peine principale (nature et *quantum*), la peine accessoire et les deux variantes.

- l'âge a une influence sur la nature de l'acte quant à l'indulgence que pourrait bénéficier l'auteur des faits.

Le tableau 11 nous montre la répartition des peines en fonction de l'âge du juge. On constate que la première hypothèse est à la fois vérifiée et contredite. Même si les juges plus âgés ont tendance à proposer des peines similaires (suspension du prononcé), il en va de même pour les plus jeunes (emprisonnement). Si l'on creuse plus loin cette question, d'un côté, la tendance à l'uniformité des décisions des magistrats plus jeunes s'applique à l'intégralité de leur décision. En effet, si l'on croise le tableau 11 et les résultats généraux quant à la peine, on remarque que les juges plus jeunes (âges de 50 ans ou moins) prononcent une peine d'emprisonnement de 12 à 18 mois accompagnée d'une peine accessoire. Dans l'hypothèse des deux variantes, ils prononceraient une peine plus sévère. De l'autre côté, concernant les juges plus âgés (plus de 50 ans) l'uniformisation ne touche pas l'intégralité de leurs décisions. Bien que ceux-ci s'accordent sur une suspension du prononcé et sur l'effet aggravant des variantes sur leurs décisions, ils sont mitigés quant au *quantum* et à la seconde peine. En conclusion, ce serait plutôt les juges plus jeunes qui seraient vecteur d'uniformisation dans leurs décisions.

S'agissant de la seconde hypothèse, elle est vérifiée puisqu'on remarque que les juges de 50 ans ou moins prononcent majoritairement une peine d'emprisonnement alors que ceux âgés de plus de 50 ans optent pour la suspension du prononcé pour une même infraction.

Enfin, outre les hypothèses, on constate que la tendance générale n'est respectée par aucune tranche d'âge. On remarque même que les juges de moins de 50 ans sont plus sévères que la normale et que ceux de plus de 50 ans sont moins sévères que la normale. Ainsi, plus les juges sont jeunes, plus ils ont tendance à recourir à une peine d'emprisonnement sans pour autant être les plus sévères puisque les juges ayant prononcés les peines les plus sévères (emprisonnement de plus de 18 mois) se situent dans la tranche des 40 – 50 ans. *A contrario*, plus les juges sont âgés, plus ils ont tendance à recourir à une suspension du prononcé. On peut dès lors en conclure que plus l'âge du magistrat est corrélé positivement à une peine clémente.

Tableau 11. La peine principale selon l'âge

	Emprisonnement	Peine de travail	Suspension
Moins de 40 ans	100%	0%	0%
Entre 40 ans et 50 ans	68%	5%	27%
Entre 51 ans et 60 ans	11%	22%	67%
Plus de 60 ans	25%	0%	75%

2.3.1.2. La peine selon le sexe

Pour rappel, les hypothèses quant au sexe du juge sont les suivantes :

- les pratiques pénales des juges hommes et femmes sont plus remarquables pour leurs similarités que pour leurs différences ;

- les femmes juges sont plus punitives que les hommes, particulièrement envers les auteurs de viols.

Le tableau 12 nous montre la répartition de la peine principale selon le sexe des magistrats. On constate que les deux hypothèses sont vérifiées. En effet, s'agissant de la première hypothèse, il ne ressort pas des résultats que le sexe influence significativement les pratiques des juges. S'agissant de la seconde, on remarque qu'une plus grande majorité de femmes que d'hommes prononcent une peine d'emprisonnement. Qui plus est, ce sont elles aussi qui prononcent les peines les plus sévères (deux femmes ont statué sur un emprisonnement de 36 mois). En outre, les juges masculins prononcent moins d'emprisonnement que la moyenne, contrairement à leurs homologues féminins. Dès lors, on peut conclure que les juges féminins sont plus sévères que leurs homologues masculins pour ce genre d'infraction.

Tableau 12. La peine principale selon le sexe

	Emprisonnement	Peine de travail	Suspension
Homme	47%	12%	41%
Femme	57%	5%	38%

2.3.1.3. La peine selon la présence ou l'absence de vie commune

La littérature sur le *sentencing* n'a pas étudié le fait de partager une vie commune (être en couple) comme facteur susceptible d'influencer les pratiques pénales des magistrats.

Le tableau 13 nous montre la répartition de la peine principale selon que le magistrat partage ou non une vie commune. Il en ressort que, d'une part, les magistrats en couple prononcent un peu plus facilement une peine de prison que la moyenne. Qui plus est, ce sont eux aussi qui ont prononcés les peines les plus sévères (24 et 36 mois d'emprisonnement). D'autre part, les juges célibataires recourent beaucoup moins à l'emprisonnement que la normale et que leurs collègues en couple. Par conséquent, on peut conclure que le fait d'être en couple influe positivement sur la sévérité de la peine, au contraire du fait d'être célibataire.

Tableau 13. La peine principale selon la présence ou l'absence de vie commune

	Emprisonnement	Peine de travail	Suspension
Présence	60%	8%	32%
Absence	38%	8%	54%

2.3.1.4. La peine selon la présence d'enfants

La littérature sur le *sentencing* n'a pas étudié le fait d'avoir des enfants comme facteur susceptible d'influencer les pratiques pénales des magistrats.

Le tableau 14 nous montre la répartition de la peine principale selon le fait que le magistrat ait ou non des enfants. Il en ressort que les juges n'ayant pas d'enfants recourent deux fois moins souvent à l'emprisonnement que leurs homologues qui en ont, ces premiers étant, de plus, largement en dessous de la tendance générale. En outre, les peines les plus sévères ont été

prononcées par des magistrats ayant des enfants et même, ayant plusieurs enfants (3 ou 4). Par conséquent, on peut avancer l'hypothèse que le fait qu'un juge ait des enfants favorise le recours à l'emprisonnement et aux peines plus sévères. Cette tendance peut s'expliquer en ce que le magistrat, pouvant identifier la victime (Louise, un enfant de 16 ans) comme son propre enfant, souhaite la protéger ou prévenir une récidive par le prononcé d'une peine exemplaire.

Tableau 14. La peine principale selon la présence d'enfants

	Emprisonnement	Peine de travail	Suspension
Non	29%	0%	71%
Oui	58%	10%	32%

2.3.1.5. La peine selon la taille du tribunal

Pour rappel, la littérature a dégagé l'hypothèse que les juges officiant dans de « plus petits tribunaux » infligent des peines plus sévères que leurs collègues « des grands tribunaux ». Ainsi, la taille du tribunal influe négativement sur la sévérité de la peine (Ulmer, Johnson, 2004).

Le tableau 15 nous montre la répartition de la peine principale selon la taille du tribunal. On constate que l'hypothèse n'est pas vérifiée. En effet, les grands tribunaux que sont les TPI de Bruxelles francophone, du Hainaut et de Liège ne prononcent pas des peines moins sévères que les tribunaux du Luxembourg et de Namur : on remarque une tendance à l'emprisonnement. En outre, les peines les plus sévères ont été prononcées par les tribunaux de Bruxelles francophone et du Hainaut, soit par les deux plus grands tribunaux.

Outre l'hypothèse, on constate que le TPI du Hainaut est le seul tribunal qui offre une tendance à la peine de prison largement inférieure à la normale.

Tableau 15. La peine principale selon la taille du tribunal

	Emprisonnement	Peine de travail	Suspension
TPI Brabant Wallon³⁹	0%	0%	100%
TPI Bruxelles francophone	55%	9%	36%
TPI Hainaut	43%	0%	57%
TPI Liège	60%	20%	20%
TPI Luxembourg	50%	25%	25%
TPI Namur	60%	0%	40%

³⁹ Dans la mesure où le TPI du Brabant Wallon ne compte qu'un répondant. Il ne sera pas pris en compte dans cette analyse-ci.

2.3.1.6. La peine selon l'expérience

Pour rappel, la littérature a dégagé l'hypothèse que les magistrats ayant une grande expérience proposent une uniformité dans leurs décisions (Hogarth, 1971).

Le tableau 16 nous montre la répartition de la peine principale selon l'expérience du juge. S'agissant de l'hypothèse, les analyses sont les mêmes que celles données pour l'âge des magistrats puisque la plupart des magistrats ayant plus de 15 ans d'expérience sont aussi ceux qui sont les plus âgés.

Outre l'hypothèse, d'autres constatations peuvent être faites. En effet, on constate que les « nouveaux juges » recourent beaucoup plus à l'incarcération que la tendance générale, *a contrario* des « anciens juges » qui prononcent beaucoup plus de suspension du prononcé. Ainsi, on remarque que plus le juge a une grande expérience du métier, plus il a tendance à ne pas recourir à l'emprisonnement et à proposer des peines clémentes. Qui plus est, les peines les plus sévères ont été prononcées par les juges ayant moins de 5 ans d'expérience. Par conséquent, on peut conclure que l'expérience du juge est corrélée positivement à des peines plus clémentes.

Tableau 16. La peine principale selon l'expérience du juge

	Emprisonnement	Peine de travail	Suspension
Moins de 5 ans	81%	6%	13%
Entre 5 ans et 15 ans	50%	0%	50%
Plus de 15 ans	10%	20%	70%

2.3.1.7. La peine selon les antécédents professionnels

Pour rappel, la littérature a dégagé l'hypothèse que les magistrats d'antécédents procureurs ou juges d'instruction paraissent plus punitifs (Hogarth, 1971).

Le tableau 17 nous montre la répartition de la peine principale selon les antécédents professionnels des juges. S'agissant de l'hypothèse, on constate qu'elle n'est pas vérifiée. Bien que les magistrats ayant exercés une fonction au sein du ministère public tendent à recourir plus souvent à l'emprisonnement qu'aux autres peines, tel n'est pas le cas des magistrats d'antécédents juges d'instruction qui proposent des peines diversifiées. Par ailleurs, les magistrats ayant prononcés les peines les plus sévères proviennent de tous horizons. Outre l'hypothèse, les tendances ne sont pas assez significatives pour être pertinentes.

Tableau 17. La peine principale selon les antécédents professionnels

	Emprisonnement	Peine de travail	Suspension
Stagiaire judiciaire	56%	0%	44%
Ministère public	56%	6%	38%
Juge d'instruction	40%	40%	20%
Avocat	36%	14%	50%
Juriste⁴⁰	100%	0%	0%

2.3.1.8. La peine selon la spécialisation du juge

La spécialisation du juge se réfère à ses compétences en matière d'infractions aux mœurs. Plus son taux annuel moyen d'affaires qu'il traite par an est élevé, plus il est considéré comme spécialisé.

Le tableau 18 nous montre la répartition de la peine principale selon la spécialisation du juge. On remarque que quel que soit le niveau de spécialisation du magistrat, celui-ci ne semble pas avoir d'influence sur la nature de la peine choisie puisque l'emprisonnement intervient en première position, conformément à sa récurrence générale. Toutefois, on constate que la peine de travail à chaque fois été choisie par des magistrats peu spécialisés. En outre, les peines les plus sévères ont été prononcées par des juges peu à moyennement spécialisés. Ces deux derniers éléments nous incitent à penser que la faible spécialisation du magistrat a une influence positive sur le prononcé de peines atypiques, à considérer que les peines prononcées par les magistrats spécialisés soient la norme.

Tableau 18. La peine principale selon la spécialisation du juge

	Emprisonnement	Peine de travail	Suspension
Moins de 10%	52%	13%	35%
Entre 10% et 30%	50%	0%	50%
Plus de 30%	60%	0%	40%

2.3.2. *Les éléments du casus*

Globalement, les caractéristiques biographiques des magistrats, prises isolément, n'ont qu'une influence marginale sur l'importance donnée aux éléments du casus : peu de contradictions avec les résultats généraux apparaissent. Toutefois, là où une influence existe, elle se manifeste par les variables « sexe », « présence ou absence d'enfants », « partage d'une vie de couple ». En effet, tout d'abord, les juges n'ayant pas d'enfants considèrent les facteurs 1, 6 et 9 comme plutôt moyennement influents. En outre, s'agissant de la variable « sexe », il ressort que les juges femmes et les juges hommes se distinguent en ce que ces derniers font preuve de plus d'incertitude que les femmes quant à l'intérêt à apporter à certains éléments de l'affaire. En exemple, pour les éléments « Monsieur est un instituteur respecté », « L'attitude

⁴⁰ Dans la mesure où le TPI du Brabant Wallon ne compte qu'un répondant. Il ne sera pas pris en compte dans cette analyse-ci.

de Monsieur lors de l'interrogatoire » et « Les résultats de la perquisition », les juges masculins offrent des valeurs disparates ou hésitent entre deux alors que leurs homologues féminins proposent des résultats plus uniformes qui suivent la tendance. A cet égard, l'élément « Monsieur suit Louise depuis une année déjà » est pondérée comme influent voire très influent par une majorité de femmes. Enfin, si le fait d'être en couple suit les tendances générales ou les accentue, il en va tout autre autrement du fait d'être célibataire. Les magistrats ne partageant pas une vie de couple sont plus modérés dans leurs pondérations des éléments de l'affaire. Là où les tendances sont à l'influence voire à la haute influence, les juges célibataires préfèrent opter pour une influence moyenne (facteurs 5, 6 et 8 à 11). Il y a une sorte de transfert du poids de l'influence du haut vers le bas sans pour autant que les facteurs considérés comme pas ou peu influents aient un taux plus élevé, exception faite du facteur 1.

2.3.3. La philosophie pénale

La philosophie pénale se partage en trois éléments : les facteurs généraux potentiellement influents sur la décision (2.3.3.1.), l'influence générale des fonctions de la justice pénale (2.3.3.2.) et l'efficacité accordée à ces fonctions. Néanmoins, il ne sera pas traité de l'efficacité accordée aux fonctions de la justice pénale dans la mesure où aucune tendance significative n'a pu être dégagée des résultats généraux.

2.3.3.1. Les facteurs entrant potentiellement en compte dans la décision selon les caractéristiques biographiques des magistrats

L'âge et le sexe pris isolément n'influencent que marginalement les facteurs entrant potentiellement en compte dans la décision du juge dans la mesure où ces deux variables n'offrent pas de nouvelles tendances : tantôt elles accentuent la tendance générale, tantôt elles l'atténuent. Les autres variables influencent, quant à elles, les facteurs de manière plus importante. Précisons toutefois qu'il s'agit plutôt de certaines modalités d'une variable, la variable « entière » n'influençant pas en elle-même les facteurs. L'influence de ces modalités se traduit par une disparité de tendance entre les résultats généraux et ceux donnés par la modalité en question. Ainsi, le fait pour un magistrat d'être célibataire tend à faire baisser l'influence des facteurs « moyens de défense soulevés par l'avocat », « réquisitions du ministère public » et « temps écoulé entre le fait et l'audience » de « influent ou très influent » à « moyennement influent ». Par ailleurs, les magistrats n'ayant pas d'enfant considèrent majoritairement comme moyennement influent les facteurs « potentiels effets néfastes de la peine sur la famille du prévenu » (au lieu de « pas ou peu influent ») et « temps écoulé entre le fait et l'audience » (au lieu de « influent ou très influent »). En outre, les juges ayant moins de 5 ans d'expérience pondèrent moins les facteurs « comportement du prévenu à l'audience » et « réparation du dommage causé avant le jugement » que la normale, mais un peu plus le facteur « présence d'une partie civile à l'audience ». De surcroît, les juges d'antécédent « stagiaire judiciaire » ont tendance à diminuer l'influence des facteurs « moyens de défense soulevés par l'avocat » et « réparation du dommage causé avant le jugement » par rapport aux

résultats généraux. Il en va de même pour ceux d'antécédent « juge d'instruction » pour les facteurs « moyens de défense soulevés par l'avocat », « réquisitions du ministère public », « temps écoulé entre le fait et l'audience » et « réparation du dommage causé avant le jugement » ainsi que pour ceux d'antécédent « avocat » pour le facteur « moyens de défense soulevés par l'avocat ». Qui plus est, les juges moyennement spécialisés (entre 10% et 30% d'affaires de mœurs traitées par an en moyenne) ont tendance à diminuer l'influence des facteurs « moyens de défense soulevés par l'avocat » et « réquisitions du ministère public » par rapport aux résultats généraux. Il en va de même pour les juges spécialisés (plus de 30% d'affaires de mœurs traitées par an en moyenne) s'agissant des facteurs « comportement du prévenu à l'audience » et « réparation du dommage causé avant le jugement ». *A contrario*, ces derniers accordent plus d'importance au facteur « valeur du dommage causé ». Enfin, de manière générale, le facteur « situation personnelle de la victime » suscite beaucoup de divergences d'opinions selon les variables et leurs modalités.

2.3.3.2. Les valeurs accordées aux fonctions de la justice pénale selon les caractéristiques biographiques des magistrats

Bien que les tendances générales sont majoritairement respectées avec tantôt une accentuation, tantôt une atténuation, certaines modalités des variables indépendantes influencent les valeurs accordées à certaines fonctions de la justice pénale. Ainsi, les vieux juges (plus de 50 ans) valorisent moins les fonctions « prévention générale » et « rétribution » que les autres juges pris dans leur ensemble. En outre, les juges femmes pondèrent plus faiblement la fonction « prévention générale » alors que les hommes sont partagés pour la fonction « réaffirmation de la norme violée », oscillant entre les valeurs « neutre » et « importante ». Par ailleurs, le fait de ne pas avoir d'enfants influe négativement sur la valeur accordée aux fonctions « prévention générale », « rétribution » et « lutte contre le désordre social ». De surcroît, les magistrats célibataires valorisent moins les fonctions « prévention générale » et « rétribution » et sont partagés entre les modalités « neutre » et « importante » pour la fonction « lutte contre le désordre social ». Qui plus est, les juges ayant moins de 5 ans d'expérience sont plus à mesurer comme neutre les fonctions « représentation du réaction sociétale vindicative » et « satisfaction des attentes de la victime ». Ceux ayant plus de 15 ans d'expérience attribuent une plus petite valeur aux fonctions « prévention générale » et « rétribution » et sont partagés entre les valeurs « neutre » et « importante » pour la fonction « réparation du dommage causé ». S'agissant des antécédents, les juges ayant été stagiaires ont des visions antagonistes pour les fonctions « prévention générale » et « rétribution » (« faible » ou « importante »). Ceux d'antécédent « substitut ou procureur » suivent la tendance des juges plus vieux tout en étant partagés pour la fonction « lutte contre le désordre social » entre les modalités « neutre » et « importante ». Les juges ayant été juges d'instruction accordent moins de valeur à la fonction « rétribution » et un peu plus à « satisfaction des attentes de la victime ». Ceux d'antécédent « avocat » sont plus partagés entre les modalités « faible » et « neutre » pour la fonction « représentation du réaction sociétale vindicative ». Enfin, les juges moyennement spécialisés valorisent moins les

fonctions « prévention générale » et « rétribution » ; les magistrats spécialisés valorisant encore moins la fonction « prévention générale ».

2.3.4. Conclusion

En guise de conclusions intermédiaires, on peut avancer d'une part que les caractéristiques biographiques des magistrats, prises isolément, n'influencent que très peu leur philosophie pénale et la pondération des éléments de l'affaire. S'agissant plus particulièrement de la philosophie pénale, premièrement, les fonctions de prévention générale, de rétribution et de lutte contre le désordre sociale sont celles qui engendrent le plus de disparité inter-juges alors que les résultats généraux leur impriment une nette tendance. Deuxièmement, les facteurs « moyens de défense soulevés par l'avocat », « réquisitions du Ministère public », « situation personnelle de la victime », « temps écoulé entre le fait et l'audience » et « réparation du dommage avant le jugement », sont ceux qui offrent le plus de disparité. D'autre part, s'agissant de la peine, il ressort que les peines les plus clémentes sont prononcées par les juges plus âgés ainsi que ceux qui ont une grande expérience. Les peines les plus sévères sont, quant à elles, décidées par les femmes, les juges ayant des enfants et ceux étant en couple.

Cette absence d'influence significative des caractéristiques biographiques du magistrat peut s'expliquer par différentes raisons. La principale d'entre elle tient à l'influence puissante de la socialisation professionnelle (Steffensmeir, Hebert, 1999, 1168). On remarque que par-là, c'est plutôt la fonction et non pas l'individu qui façonne le juge. Dire que la situation personnelle d'un magistrat n'influence jamais sa décision serait inexacte. Cependant, toute la formation du juge est précisément tournée vers un apprentissage d'une distance à avoir par rapport au cas particulier vis-à-vis duquel le juge doit se prononcer.

Enfin, les écarts aux tendances des résultats généraux se manifestent le plus souvent pour les modalités des variables ayant le plus faible effectif. Ceci n'est pas surprenant puisqu'on sait qu'une tendance suit généralement les réponses du plus grand nombre.

2.4. LES PEINES SELON L'INFLUENCE ACCORDÉE AUX FONCTIONS DE LA JUSTICE PÉNALE⁴¹

Pour rappel, il ressort de la littérature que la philosophie pénale influe autant sur la peine imposée que sur les facteurs considérés comme pertinents pour statuer (Anderson, Spohn, 2010). Les décisions des magistrats seraient largement déterminées par leur philosophie pénale, soit les fonctions qu'ils attribuent à la peine et leurs perceptions de leur rôle et du rôle de la justice (Hogarth, 1971, 91). Cette variabilité de philosophie pénale d'un juge à l'autre influe autant sur la peine imposée que sur les facteurs considérés comme pertinents pour

⁴¹ La peine de travail ne sera pas étudiée dans la mesure où le nombre de répondants ayant opté pour ce choix n'est pas assez élevé que pour être pertinent.

statuer (Anderson, Spohn, 2010, 364)⁴². Toutefois F. Vanhamme affirme que « le juge ne croit que peu au traitement, à l'amendement ou à la capacité qu'aurait la peine de prévenir la récidive. Par conséquent, la philosophie pénale comme facteur explicatif des disparités dans les peines devient peu convaincant : la détermination des peines est davantage conduite par des considérations pragmatiques liées au contexte que par des principes de philosophie pénale » (Vanhamme, 2007, 209).

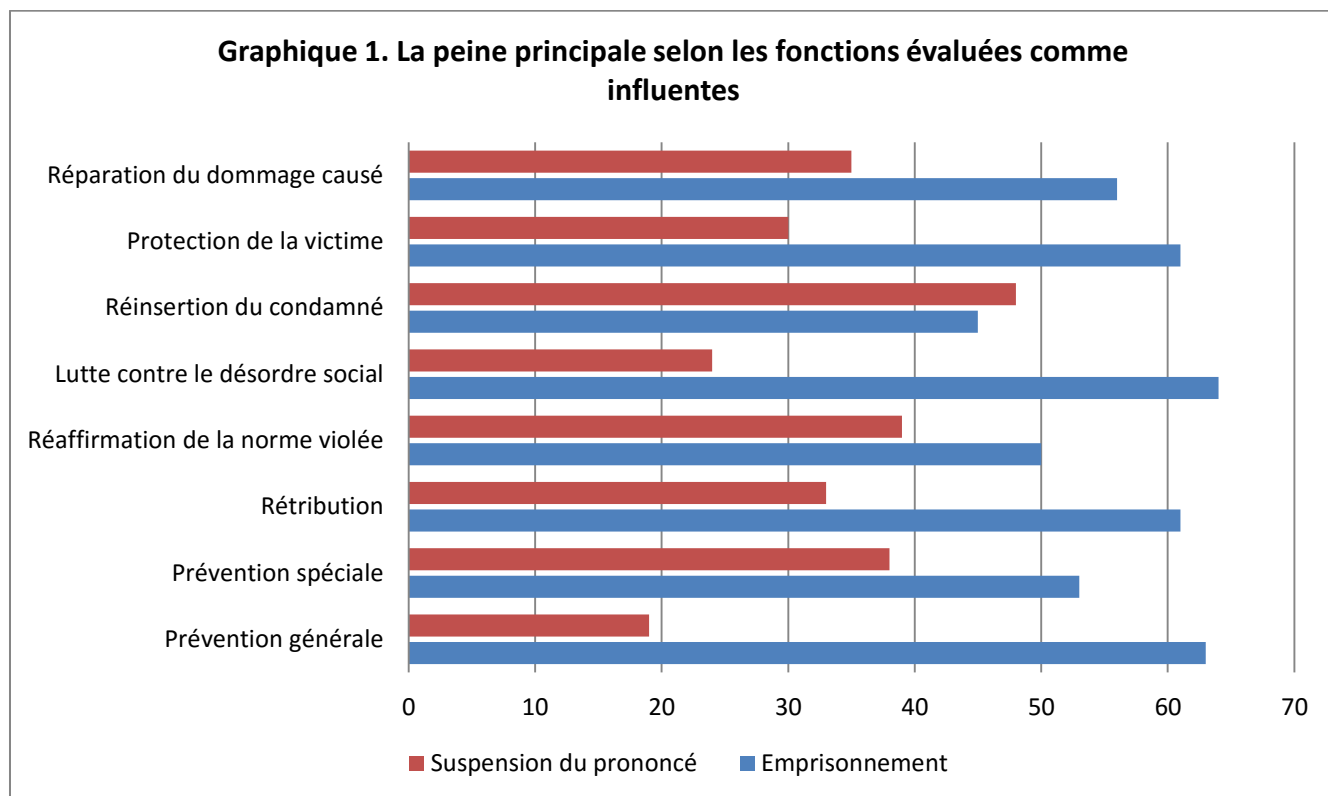
Ceci étant dit, il est important de préciser qu'aucun juge ne croit en aucune fonction de la justice pénale. Si un juge peut concevoir que telle ou telle fonction n'influence pas sa décision, telle ou telle autre fonction l'influencera.

Le graphique 1 met en évidence la peine d'emprisonnement et la suspension du prononcé selon les fonctions considérées comme influentes par une majorité de magistrats. Etant donné que les fonctions de représentation d'une réaction sociétale vindicative et de satisfaction des attentes de la victime sont considérées comme peu influentes par les magistrats, elles ne figurent pas sur le graphique 1. Les magistrats ne « croyant » pas en ces deux fonctions, celles-ci n'ont pas d'influence quant à la décision finale : elles suivent les tendances générales.

On constate que lorsque les magistrats estiment que les fonctions de la justice pénale influencent leurs décisions, ces dernières suivent globalement la tendance des résultats généraux tantôt en les accentuant (comme la fonction de prévention générale), tantôt pas. Il subsiste que la fonction de réinsertion du condamné inverse légèrement la tendance et favorise l'absence de peine. En effet, les juges croyant en cette fonction, prononcent plus favorablement une suspension du prononcé qu'une peine de prison, à l'inverse de leurs homologues qui croient en les autres fonctions. Comment peut-on expliquer cette différence ? A la lumière des effets de la peine de prison. En effet, si on envisage, par exemple, l'effet incapacitant de l'incarcération, cet effet est un frein à la récidive et protège la victime en privant le délinquant de sa liberté d'action. Il est donc logique pour les magistrats, se déclarant influencés par les fonctions de protection de la victime et de prévention spéciale, d'y recourir. Tel est aussi le cas du caractère exemplaire de la peine d'emprisonnement qui permet de lutter contre le désordre social et favorise la prévention générale. *A contrario*, en prononçant une suspension du prononcé, les magistrats, influencés par la fonction de réinsertion du condamné, manifestent en quelque sorte leurs doutes quant au caractère resocialisant de la peine privative de liberté. De manière générale, dans la mesure où un magistrat, agent de la justice pénale, considère que la justice pénale remplit ou doit remplir telle ou telle fonction, il exprimera cette fonction à travers sa décision. Ainsi, par exemple, si un juge estime que la justice pénale remplit une fonction de lutte contre le désordre social, il

⁴² Cette affirmation n'a pas pu être vérifiée dans le cadre de ce mémoire. Une future recherche utilisant la méthode de l'analyse factorielle pourrait combler cette carence.

est raisonnable de penser que la peine qu'il prononcera aura pour vocation à remplir cette même fonction.



L'axe des ordonnées représente les fonctions de la justice pénale. L'axe des abscisses représente le pourcentage de réponse.

Les graphiques 2 et 3 mettent en exergue les rapports entre l'emprisonnement et la suspension du prononcé lorsque, respectivement, les juges considèrent les fonctions de la justice pénale comme moyennement influentes (graphique 2) et comme faiblement influentes (graphique 3).

Il ressort de ces deux graphiques deux grandes observations. Premièrement, les fonctions de prévention spéciale, de réaffirmation de la norme violée, de représentation d'une réaction sociétale vindicative et de satisfaction des attentes de la victime ainsi que de réinsertion du condamné n'apparaissent pas influencer la décision des juges quant à la peine choisie⁴³, laquelle suit la tendance générale si l'influence accordée à ces fonctions baisse. En d'autres mots, les juges qui ne croient pas en ces fonctions, ne se voient pas influencer par elles puisque leurs décisions suivent la tendance des résultats généraux. Deuxièmement, les magistrats qui consacrent une influence moindre aux fonctions de prévention générale, de rétribution, de lutte contre le désordre social, de protection de la victime et de réparation du dommage causé, apparaissent prononcer plus facilement une suspension du prononcé et,

⁴³ Il s'agit bien de l'influence *quant à la peine choisie*. Il y a certainement une influence de ces fonctions (puisque les juges en témoignent), mais l'analyse opérée ici ne permet pas d'identifier sur quel(s) élément(s) de la décision porte cette influence.

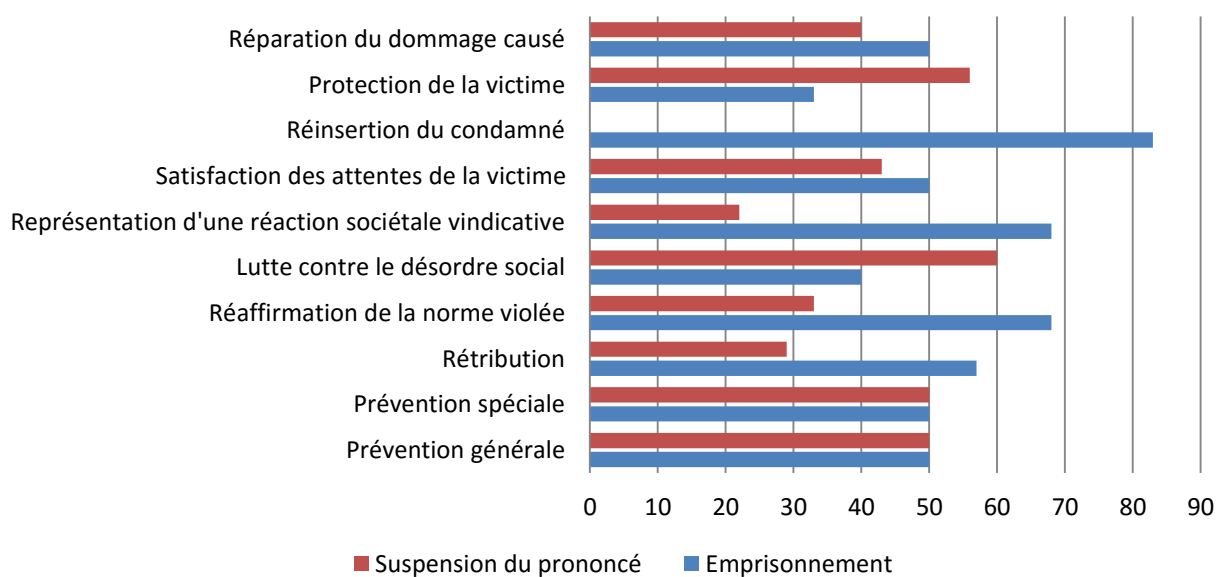
partant, ne pas suivre la tendance générale. Ce résultat suppose que la faible influence de ces fonctions est contrebalancée par une plus grande influence des autres fonctions puisqu'aucun magistrat ne considère aucune fonction comme non influente. Dans cette mesure, ces autres fonctions justifieraient le recours à la suspension du prononcé⁴⁴. Par ailleurs, une autre hypothèse explicative consiste à dire que la philosophie pénale des magistrats n'influence pas leurs décisions mais est plutôt une source de justification, parmi d'autres, de leurs décisions. La philosophie pénale serait plutôt mobilisée en dernier ressort (et non pas en premier ressort), une fois le jugement prononcé, pour justifier ou non la décision prise.

L'analyse des résultats qui vient d'être effectuée contredit les hypothèses théoriques relatives à la philosophie pénale. S'agissant de la position d'Anderson et Spohn, il ne semble pas que la philosophie pénale prise isolément influence, autant qu'ils le disent, les décisions des juges. S'agissant des propos de F. Vanhamme, mes résultats nuancent les siens⁴⁵. D'une part, les juges croient fortement en l'amendement (60% des juges croient en la fonction de réparation du dommage causé), le traitement (82% des juges croient en la fonction de réinsertion du condamné) et la prévention de la récidive (90%). D'autre part, la philosophie pénale prise isolément n'a pas une grande influence sur la décision prise. Néanmoins, dans la mesure où les juges ont une philosophie pénale, elle permet quand même de justifier leurs décisions.

⁴⁴ L'identification de ces fonctions n'a pas été rendue possible par mon analyse. Dans une telle perspective, une future recherche pourrait utiliser la méthode de l'analyse factorielle permettant d'étudier les rapports d'attraction et de répulsion entre les différentes fonctions de la justice pénale afin de pouvoir dégager un ordre d'influence à mettre en lien avec la peine choisie.

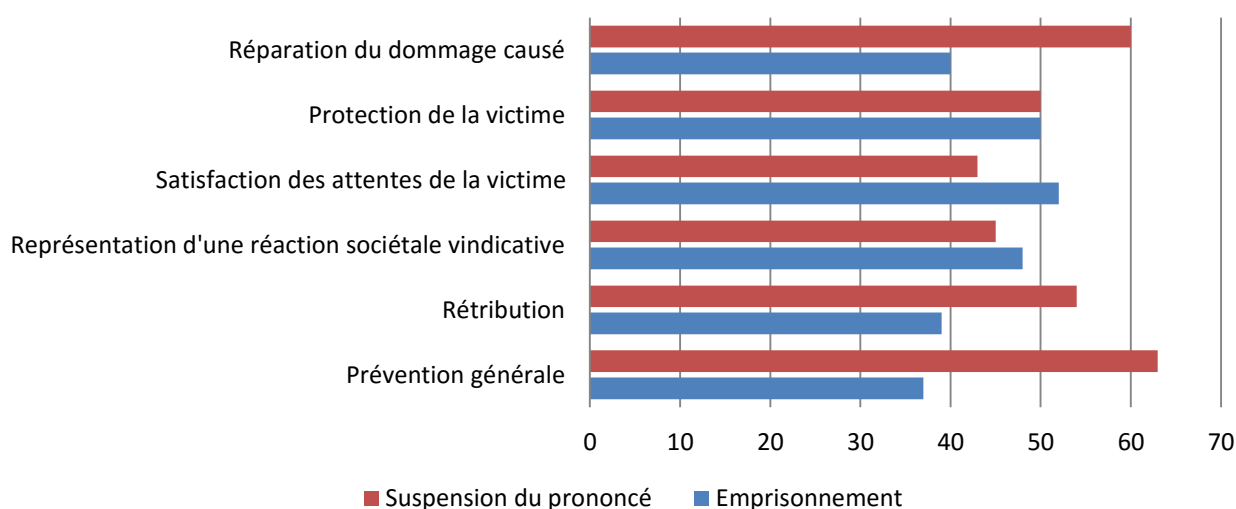
⁴⁵ Il est important d'avoir à l'esprit que l'étude de F. Vanhamme est une étude qualitative dont l'objet et la méthode diffèrent des miens.

Graphique 2. La peine principale selon les fonctions évaluées comme moyennement influentes



L'axe des ordonnées représente les fonctions de la justice pénale. L'axe des abscisses représente le pourcentage de réponse.

Graphique 3. La peine principale selon les fonctions évaluées comme peu influentes



L'axe des ordonnées représente les fonctions de la justice pénale. L'axe des abscisses représente le pourcentage de réponse.

2.5. CRITIQUE DE L'ANALYSE : L'ABSENCE D'ANALYSE FACTORIELLE

Comme le dit très justement T. Hirschi et H. Selvin, « le méthodologue remet souvent en question les résultats d'une recherche grâce à la complexité légèrement plus grande du réseau

de relations entre variables qu'il propose pour remplacer la configuration examinée par le chercheur. Le chercheur lui-même est sensible au fait que l'étude de configurations plus complexes le forcerait à modifier l'interprétation de la configuration qu'il a examiné » (Hirschi, Selvin, 1975, 147). Tel est la source de ma critique.

Les résultats qui viennent d'être présentés ont été analysés au moyen du logiciel Trideux conçu par Philippe Cibois. Ce logiciel disponible gratuitement permet d'analyser une base de données selon quatre techniques : le tri à plat, le tri croisé, l'analyse factorielle et la régression (linéaire ou logistique)⁴⁶. Deux de ces techniques ont été utilisées pour ce mémoire : le tri à plat et le tri croisé. Le premier consiste à présenter les pourcentages de réponse pour toutes les modalités d'une seule variable. Le second élabore un tableau permettant de croiser deux variables. Malheureusement, je n'ai pas pu recourir à l'analyse factorielle, à mon plus grand regret. Cette absence d'analyse factorielle, ne me permettant pas d'exploiter au maximum mes données, constitue la principale critique je voudrais adresser à mon analyse. Là où l'analyse factorielle « permet, quand on dispose d'une population d'individus pour lesquelles on possède de nombreux renseignements, de voir les rapprochements et les oppositions entre les caractéristiques des individus » (Cibois, 2006, 1), mes résultats « ne donnent que » des indices de corrélation d'un ou de deux facteurs avec la peine prononcée. Comme le précise aussi T. Hirschi et H. Selin, « ces indices de corrélation qui s'expriment souvent sous la forme de comparaisons de moyennes ou de pourcentages, ne résolvent pas le problème de la relation des différents facteurs entre eux, et ne peuvent permettre de définir la dépendance fonctionnelle du [phénomène étudié] par rapport à un ensemble de facteurs associés » (Hirschi, Selvin, 1975, 147).

L'absence d'analyse multivariée⁴⁷ est une des critiques les plus adressées aux chercheurs voulant expliquer la disparité dans les peines par la personne du juge. En effet, dans le début de son article, F. Prates (Prates, 2011) adresse une critique générale aux études en *sentencing* qui privilégient l'approche quantitative et l'analyse statistique, laquelle approche, prise isolément, ne communique que trop peu sur le processus décisionnel menant à la décision pénale. Pour pallier ce manque, diverses recherches (Beyens, 2000 ; Tata, Hutton, 2002 ; Faget, 2008 ; Hutton, 2006 ; Tata, 2007 ; Vanhamme, 2009 ; Prates, 2011), se sont penchées sur les « conditions de production de la décision pénale par une meilleure compréhension du processus décisionnel en tant que pratique sociale qui émerge dans un contexte sociale et politique spécifique. Il s'agit alors de regarder le magistrat en tant qu'acteur social et de comprendre sa pratique professionnelle comme phénomène ancré dans un univers collectif plutôt que comme activité strictement individuelle » (Prates, 2011, 2). Comprendre le

⁴⁶ La dernière technique (la régression) ne sera pas discutée dans la mesure où je n'y ai pas pensé pour réaliser mon analyse.

⁴⁷ « L'analyse multivariée suppose que tous les facteurs qui se conjuguent pour produire le phénomène étudié aient une action simultanée. Elle cherche à découvrir quelle variable ou quelle combinaison de variables prédira le mieux le comportement étudié » (Hirschi, Selvin, 1975, 68).

sentencing comme pratique sociale signifie reconnaître l'importance de tout ce qui entoure le contexte de la pratique des acteurs (Prates, 2011, 25). Néanmoins, il ne m'a pas été possible de résoudre cette difficulté. Le fait qu'une telle analyse n'a pu être réalisé dans ce mémoire s'explique pour deux raisons principales. Tout d'abord, mon manque de temps et mon manque de connaissance à la fois du logiciel Trideux et de l'analyse factorielle ne m'ont pas permis de mobiliser valablement cette méthode d'analyse des données afin de pouvoir en tirer des résultats pertinents et exempts de faute. En effet, j'ai longuement hésité quant à la manière de traiter mon corpus de données eu égard à mon nombre de répondants. J'étais partagé entre une analyse quantitative de mes données et le fait qu'il pouvait s'agir d'une première étape exploratoire en vue d'une seconde étape, plus qualitative, où l'entretien serait privilégié pour expliquer ces résultats. Une fois décidé, je n'ai eu connaissance que tardivement des possibilités de l'analyse factorielle et du logiciel gratuit Trideux me permettant de l'utiliser. A partir de ce moment-là, il ne me restait plus assez de temps que pour pouvoir mettre en œuvre une telle analyse, d'autant plus que mes connaissances en la matière sont très limitées. Ensuite, la taille de mon échantillon soulève des soucis de validité et de pertinence. A la lecture d'ouvrages sur l'analyse factorielle, j'ai constaté que les auteurs prennent en exemple des recherches ayant un échantillon de plusieurs centaines, voire de plusieurs milliers de répondants. Or, mon mémoire n'en contient que quelques dizaines⁴⁸. Par conséquent, il peut être intéressant de considérer ce mémoire comme une première étape d'un autre mémoire ou d'une autre recherche qui pourrait soit, utiliser les résultats présentés afin de les confronter aux discours des juges (par entretiens) ou soit, accroître l'échantillon (voire la population de travail) afin de donner des résultats qui permettent une généralisation.

⁴⁸ Pour une introduction aux principes de l'analyse factorielle, voy. Cibois, 2006.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Parmi les caractéristiques biographiques du juge, quelles sont celles qui influencent le plus sa décision en ce qui concerne l'infraction d'attentat à la pudeur et dans quelles mesures cette influence joue ? Telle est la question qui a été le fil conducteur tout au long de ce mémoire. Ce travail a consisté principalement en une recherche quantitative voulant rendre compte des facteurs d'influence de la décision pénale et en la considérant comme une pratique qui se construit autour de la personne du juge. De manière générale, l'objectif poursuivi était celui de discuter du poids des différentes caractéristiques biographiques du juge dans sa construction de sa décision pénale. Par-là, la volonté était de mettre en évidence, parmi leurs caractéristiques, celles qui influencent le plus leurs décisions et dans quelles mesures. Pour rappel, la disparité des peines s'analyse tant au niveau de la nature de la peine choisie que de son *quantum*.

En vue de répondre à la question, tout d'abord, un état de l'art des recherches en *sentencing* a été dressé afin d'établir de manière générale les influences des caractéristiques biographiques des juges sur les peines qu'ils prononcent. Ensuite, l'analyse des résultats tirés d'un questionnaire présentant des questions standardisées et un cas à résoudre a été sollicitée. Elle a mis en évidence pour l'infraction d'attentat à la pudeur présentée que les magistrats ne sont pas homogènes dans leurs décisions. Globalement, ils se séparent en deux groupes : ceux qui ont prononcés une peine d'emprisonnement et ceux qui ont prononcés une suspension du prononcé. A cet égard, il a été identifié lesquelles des caractéristiques biographiques des juges sont corrélées à l'une ou l'autre peine. Il s'agit de la première partie de la question de recherche. Il a aussi été mis en exergue les corrélations qui existent entre les peines prononcées et la philosophie pénale des magistrats. Rappelons que l'analyse de l'influence des éléments du casus n'a pas dégagée de résultat pertinent. Il s'agit de la seconde partie de la question de recherche.

Il a été vu que le jugement, par lequel la peine est prononcée, est une pratique sociale qui prend place dans un environnement d'influences multiples et variées. La peine est le produit d'une grande variété de facteurs qui tiennent à la fois du juge et de ses expériences, des éléments de l'affaire et du prévenu, de la loi, et de son environnement professionnel, social et culturel. Aucun de ces facteurs ne peut expliquer à eux seuls la disparité dans les peines pour des cas semblables, laquelle disparité trouve sa source et se cristallise dans le pouvoir discrétionnaire reconnu au juge. C'est la conjonction des « modalités » de ces éléments qui vont donner dans un cas particulier une peine particulière et ce, à travers le juge qui est le réceptacle de toutes ces influences. C'est en cela que ces influences sont indirectes. En effet, les liens entre ces facteurs ne sont pas purement causalistes, un facteur entraînant une conséquence directe. Ceux-ci opèrent avec plus de subtilité, empruntant des chemins dérivés par lesquels ils influencent indirectement la peine qui sera prononcée par le juge (Gibson, 1983, 25). La disparité dans les peines est donc de l'ordre de l'indirecte. Par-là, la

détermination de la peine ne sera toujours que moyennement transparente et comportera une dimension inexplicable, voire irrationnelle. Il est vain de vouloir essayer d'établir une théorie générale explicative de cette activité ; les recherches doivent se cantonner à un niveau plutôt microsocial.

S'agissant de la méthodologie de cette recherche, deux grandes critiques ont été adressées. La première critique tenait à la question de la représentativité de l'échantillon. La seconde critique était relative à l'absence d'analyse multivariée des résultats. Eu égard à cela, il faut concéder que les conclusions tirées des résultats ne peuvent être généralisables. Néanmoins, dans la limite stricte de ce mémoire, elles restent tout à fait pertinentes. Par conséquent, comme déjà mentionné, il peut être intéressant de considérer ce mémoire comme une première étape d'un autre mémoire ou d'une autre recherche ultérieure qui pourrait soit, utiliser les résultats présentés afin de les confronter aux discours des juges (par entretiens) ou soit, utilisant une analyse multivariée, accroître l'échantillon (voire la population de travail) afin de donner des résultats qui permettent une généralisation.

BIBLIOGRAPHIE

ALBARELLO L., 2012, *Apprendre à chercher*, De Boeck.

ALBONETTI C., 1991, « An integration of theories to explain judicial discretion », *Social problems*, n°38, pp. 247-266.

ANDERSON A. et SPOHN C., 2010, « Lawlessness in the federal sentencing process : a test for uniformity and consistency in sentence outcomes », *Justice quarterly*, Vol. 27, n° 3, pp. 362-393.

ASHWORTH A., 2010, *Sentencing and criminal justice*, Cambridge University Press.

AUSTIN W. et WILLIAMS T.A., 1977, « A survey of judges' responses to simulated legal cases : Research note on sentencing disparity », Northwestern University school of law, *The journal of criminal law and criminology*, Vol. 68, n° 2, pp. 306-310.

BLANCHET A., GHIGLIONE R., MASSONNAT J., TROGNON A., 2005, *Les techniques d'enquêtes en sciences sociales : observer, interviewer, questionner*, Paris, Dunod.

BOSLY H.-D., DE VALKENEER C., 2011, *Les infractions : Volume 3 – Les infractions contre l'ordre des familles, la moralité publique et les mineurs*, Bruxelles, Larcier.

BRODEUR J.-P., 1989, « Truth in sentencing », *Behavioral sciences & the law*, Vol. 7, n° 10, pp. 25-49.

CHESTER S. et al., 1972, « Sentencing as a human process by John Hogarth : an international review symposium », *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 10, n° 1, pp. 233-280.

CIBOIS P., 1933 (version 2006), « Principe de l'analyse factorielle », *Educational psychology*, vol. 24, 417-441.

DAVIES M., TAKALA J.P., TYRER J., 2004, « Sentencing burglars and explaining the differences between jurisdictions. Implications for convergence », *British Journal of Criminology*, 44, 741-758.

DE SINGLY F., 2000, *L'enquête et ses méthodes : le questionnaire*, Paris, Nathan.

DIXON J., 1995, « The organizational context of criminal sentencing », New York University, *A.J.S.*, Vol. 100, n° 5, pp. 1157-1198.

EDWARDS H.T., 20003, « The effects of collegiality on judicial decision making », University of Pennsylvania, *Law review*, Vol. 151, n° 5, pp. 1639-1690.

FAGET J., 2008, « La fabrique de la décision pénale. Une dialectique des asservissements et des émancipations », *Champ pénal* [En ligne], Vol. 5. URL : <http://champpenal.revues.org/3983>

GIBSON J., 1983, « From simplicity to complexity : The development of theory in the study of judicial behavior », *Political behavior*, Vol. 5, n° 1, pp. 7-49.

HENHAM R., 2000, « Problems of theorizing sentencing research », *International Journal of the Sociology of Law*, Vol. 28, pp. 15-32.

HIRSCHI T., SELVIN H., 1975, *Recherches en délinquances. Principes de l'analyse quantitative*, Paris, Mouton.

HOGARTH J., 1971, *Sentencing as a human process*, Toronto, University of Toronto Press.

HUTTON N., 2002, « Reflections », in TATA C., HUTTON N. (Eds), *Sentencing and society*, Aldershot, Ashgate.

HUTTON N., 2006, « Sentencing as a social practice », in ARMSTRONG S., McARA L. (Eds), *Perspectives on Punishment: the contours of control*, Oxford, Oxford University Press, 155-174.

GRUHL J., SPOHN C., WELCH S., 1981, « Women as policymakers : the case of trial judges », *American journal of political science*, Vol. 25, n° 2, pp. 308-322.

JOHNSON B., 2006, « The multilevel context of criminal sentencing : integrating judge and county level influences », University of Maryland, *Criminology*, Vol. 44, n° 2, pp. 259-298.

KAMINSKI D., 2013, « Méthodologie qualitative de la criminologie », Louvain-la-Neuve, UCL École de criminologie (non publié).

KELLENS G., 1978, « La détermination de la sentence pénale : de la lunette au microscope », *Déviance et Société*, Vol. 2, N°1, pp. 77-95.

KUHN A. et al., 2005, « L'influence de l'unité de sanction dans les peines infligées par les juges et celles désirées par le public », *Déviance et société*, Vol. 29, pp. 221-230.

KUHN A. (dir.), JAYET A., VILLETETAZ P., 2001, « La punitivité et le rôle de l'unité de sanction dans le quantum de la peine », *Rapport scientifique final présenté au Fonds National Suisse de la Recherche Scientifique*, Université de Lausanne.

KULIK C., PERRY E., PEPPER M., 2003, « Here comes the judge : The influence of judge personal characteristics on federal sexual harassment case outcomes », *Law and human behavior*, Vol. 27, n° 1, pp. 69-86.

LALLEMENT M., 2013, *Tensions majeures. Max Weber, l'économie, l'érotisme*, Gallimard.

LENOIR R., 1995, « Processus pénal et mise en détention provisoire », *Droit et Société*, n° 30-31, pp. 357-365.

LENOIR R., 1996, « Le sociologue et les magistrats. Entretien sur la mise en détention provisoire », *Genèses*, n° 22, pp. 130-145.

MARY P. (dir.), 2002, *Le système pénale en Belgique. Bilan critique des connaissances*, Bruxelles, Bruylant.

MEYERS M., 1988, « Social background and the sentencing behavior of judges », University of Georgia, *Criminology*, Vol. 26, n° 4, pp. 649-675.

MYERS M., TALARICO S., 1987, *The social contexts of criminal sentencing*, New York : Springer-Verlag.

MÜLLER S., 2005, « Douceur en deçà, sévérité au-delà ? », *Déviance et Société*, Vol. 29, N° 3, pp. 313-333.

PALYS T.S., DIVORSKI S., 1986, « Explaining Sentence Disparity », *Canadian journal of criminology*, Vol. 28, pp. 347-362.

PIRES A. P., 1987, « Deux thèses erronées sur les lettres et les chiffres », *Cahiers de recherche sociologique*, vol. 5, n° 2, pp. 85-106.

ROBERT PH., FAUGERON C., KELLENS G., 1975, « Les attitudes des juges à propos des prises de décision », *Annales du Droit de Liège*, Vol. 1, N° 2, pp. 23-152.

ROBERTS D., 1984, « Effects of court officials on sentence severity : Do judges make a difference. Comment », *Criminology*, Vol. 22, pp. 135-138.

STEFFENSMEIER D., BRITT C.L., 2001, « Judges' race and judicial decision making : Do black judges sentence differently ? », *Social science quarterly*, Vol. 82, N° 4, pp. 749-764.

STEFFENSMEIER D., HEBERT C., 1999, « Women and men policymakers : Does the judge's gender affect the sentencing of criminal defendants ? », The University of North Carolina Press, *Social forces*, Vol 77, n° 3, pp. 1163-1196.

OUIMER M., 1990, « Profil d'une recherche appliquée sur le sentencing », *Canadian Journal of Criminology*, Vol. 32, pp. 471-477.

PELLETIER M., DEMERS M., 1994, « Recherche qualitative, recherche quantitative : expressions injustifiées », *Revue des sciences de l'éducation*, Vol. XX, n°4, pp. 757-771.

POUPART J. et al., 1997, *La recherche qualitative. Enjeux épistémologiques et méthodologiques*, Gaëtan Morin.

PRATES F., 2011, « Le jugement comme pratique sociale : une réflexion sur la justice pénale brésilienne », *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Vol. VIII | 2011, consulté le 07 octobre 2015. URL : <http://champpenal.revues.org/8171>

TATA C., HUTTON N., 1998, « What rules in sentencing ? Consistency and disparity in the absence of “rules” », *International Journal of the Sociology of Law*, Vol. 26, pp. 339-364.

TATA C., 2002, « Accountability for the sentencing decision process: towards a new understanding », in TATA C., HUTTON N. (Eds), *Sentencing and society*, Aldershot, Ashgate.

TATA C., 2007, « Sentencing as craftwork and the binary epistemologies of the discretionary decision process », *Social & Legal Studies*, 16, 3, 425-448.

TIEDE L., CARP R., MANNING K., 2010, « Judicial attributes and sentencing-deviation cases : Do sex, race, and politics matter ? », *The justice system journal*, Vol. 31, n° 3, pp. 125-148.

ULMER J., JOHNSON B., 2004, « Sentencing in context: a multilevel analysis, *Criminology*, 38, 4, 1231-1243.

VAN CAMPENHOUDT L., QUIVY R., 2011, *Manuel de recherche en sciences sociales*, Paris, Dunod, 4^{ème} éd.

VANDERMEERSCH D., 2009, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, La Charte, 3^{ème} éd.

VANHAMME F., 2007, « Le juge, le pénal, l'hérésie », *Actes du colloque Le pénal aujourd'hui : pérennité ou mutations*, Montréal, pp. 320-329.

VANHAMME F., BEYENS K., 2007, « La recherche en sentencing : un survol contextualisé », *Déviance et Société*, Vol. 31, N° 2, pp. 199-228.

VANHAMME F., 2009, *La rationalité de la peine. Enquête au tribunal correctionnel*, Bruxelles, Bruylant.

VILATTE J.-C., 2007, « Méthodologie de l'enquête par questionnaire », *Formation « Evaluation*, Université d'Avignon, pp. 1-31.

WOOLDREDGE J., 2010, « Judges' unequal contributions to extralegal disparities in imprisonment », University of Cincinnati, *Criminology*, Vol. 48, n° 2, pp. 539-567.

ZATZ M., 2000, « The convergence of race, ethnicity, gender, and class on court decision making : Looking toward the 21st century », *Criminal justice : The national institute of justice journal*, Vol. 3, pp. 503-552.

Site internet

AUBERT-LOTARSKI A., 2007, Questionnaire, ESEN. [En ligne], consulté le 04 novembre 2015. URL : <http://www.esen.education.fr/conseils/recueil-de-donnees/operations/construction-des-outils-de-recueil/questionnaire>,

ANNEXE : LE QUESTIONNAIRE

Informations préalables :

1. Ce questionnaire comprend tout d'abord des questions générales, puis des questions relatives à une situation (fictive) d'attentat à la pudeur.
2. La plupart des questions sont fermées : des réponses vous sont présentées sous la forme d'un menu déroulant.
3. Toutes les questions exigent une réponse, sans quoi le passage à la page suivante sera impossible.
4. L'option "autre" vous permet d'encoder librement une réponse dans l'hypothèse où celles proposées ne vous conviennent pas.
5. Une fois une page soumise, il ne vous sera plus possible de revenir en arrière pour modifier vos réponses.
6. Le traitement des réponses restera anonyme.

Merci d'avance pour votre si précieuse participation !

Partie 1. Questions standardisées

Situation personnelle et familiale

- Age (25 ans – plus de 65 ans)
- Sexe
- Nombre d'enfants (0 – 7)
- Etat civil (marié, célibataire, cohabitant, divorcé, veuf)

Situation professionnelle

- Etes-vous toujours en fonction ? [OUI]
 - o Dans quel tribunal de première instance officiez-vous ? (menu déroulant reprenant les divisions des TPI des arrondissements judiciaires francophones)
 - o Quel est la compétence de la chambre dans laquelle vous officiez majoritairement ? Quels types d'affaires y sont traités ? (encodage libre)
 - o Depuis combien d'années officiez-vous en tant que magistrat du siège ? (moins d'un an ; entre 1 an et 3 ans ; entre 3 ans et 5 ans ; entre 5 ans et 10 ans ; entre 10 ans et 15 ans ; plus de 15 ans)

- Quelle(s) fonction(s) occupiez-vous avant de devenir magistrat du siège ? (*stagiaire ; substitut/procureur ; juge d'instruction ; avocat ; juriste d'entreprise ; juriste dans une administration publique ou dans un cabinet ministériel ; autre*)
- Quel est le pourcentage d'affaires de mœurs que vous traitez par an en moyenne ? (*0% ; moins de 1% ; entre 1% et 5% ; entre 5% et 10% ; entre 10% et 20% ; entre 20% et 30% ; entre 30% et 40% ; entre 40% et 50% ; plus de 50%*)
- Etes-vous toujours en fonction ? [NON]
 - Pendant combien d'années avez-vous exercé la fonction de magistrat du siège ? (*moins de 5 ans ; entre 5 et 10 ans ; entre 10 et 15 ans ; entre 15 et 20 ans ; entre 20 et 25 ans ; plus de 25 ans*)
 - En moyenne, durant votre carrière, combien d'affaires de mœurs avez-vous traitées ? (*moins de 10 ; entre 10 et 20 ; entre 20 et 30 ans ; entre 30 et 40 ; entre 40 et 50 ; entre 50 et 100 ; plus de 100*)
 - Quelle(s) autre(s) fonction(s) avez-vous exercée(s) ? (*magistrat de parquet ; juge d'instruction ; avocat ; juriste d'entreprise ; juriste dans une administration publique ou dans un cabinet ministériel ; autre*)

Philosophie pénale générale

- Parmi ces facteurs potentiels entrant en compte dans le choix de la sanction pénale, veuillez indiquer, sur une échelle allant de 1 à 10, ceux qui vous prennent le moins (1) ou le plus (10) en considération. (*Moyens de défense soulevés par l'avocat ; Réquisitions du Ministère public ; Situation personnelle du prévenu ; Situation personnelle de la victime ; Présence d'une partie civile à l'audience ; Dispositions légales ; Comportement du prévenu à l'audience ; Opinion publique/affaire médiatisée ; Potentiels effets néfastes de la peine sur la famille du prévenu ; Politique criminelle de l'arrondissement judiciaire ; Temps écoulé entre le fait et l'audience ; Réparation du dommage avant le jugement ; Potentialité de voir le jugement réformé en appel ; Valeur du dommage causé*)
- Parmi ces fonctions de la justice pénale, veuillez indiquer, sur une échelle allant de 1 à 10, celles qui vous inspirent le moins (1) ou le plus (10). (*Prévention générale (dissuasion à l'égard des tiers) ; Prévention spéciale (dissuasion à l'égard du condamné/prévention de la récidive) ; Rétribution : nécessité de punir le mal ; Réaffirmation de la norme violée ; Lutte contre le désordre social ; Représentation d'une réaction sociétale vindicative ; Satisfaction des attentes de la victime ; Réinsertion du condamné ; Protection de la victime ; Réparation du dommage causé*)

- Parmi ces fonctions de la justice pénale, veuillez indiquer, sur une échelle allant de 1 à 10, l'efficacité que vous leur accordez. (*Prévention générale (dissuasion à l'égard des tiers) ; Prévention spéciale (dissuasion à l'égard du condamné/prévention de la récidive) ; Rétribution : nécessité de punir le mal ; Réaffirmation de la norme violée ; Lutte contre le désordre social ; Représentation d'une réaction sociétale vindicative ; Satisfaction des attentes de la victime ; Réinsertion du condamné ; Protection de la victime ; Réparation du dommage causé*)

Partie 2. Casus

Monsieur Jean A. a 36 ans. Il n'a jamais été marié et n'a pas d'enfant. Depuis trois ans, il entretient une relation avec Maëlle B. Il est instituteur à l'Athénée Royale de Luizon depuis cinq ans où il enseigne les mathématiques à des élèves âgés de 14 à 16 ans. Outre son activité d'enseignant à l'école, il donne aussi des cours privés.

Louise a 15 ans et rencontre de grosses difficultés en mathématiques. Sa maman est professeur de français dans la même école que Monsieur Jean A. Ce dernier suit Louise depuis une année déjà.

A la suite d'une séance, Louise confie à sa mère que Mr. Jean A. lui a fait un massage et lui a caressé les fesses et les seins en lui disant qu'elle devient une très belle femme. Consciente de la gravité de ces allégations, la maman de Louise décide de porter plainte.

Suite à cette plainte, Mr. Jean A., dans le cadre de l'enquête préliminaire, est entendu par deux officiers de police judiciaire. Lors de cet interrogatoire, Mr. Jean A. reconnaît avoir adopté une attitude inadéquate en pratiquant un massage qui avait peut-être mis la fille mal à l'aise. Mais il affirme qu'il s'était limité aux épaules et au haut du dos, contestant donc de quelconques attouchements à caractère sexuel.

Une perquisition a été ordonnée à son domicile et dans son ordinateur où l'on retrouve des photos d'adolescentes en sous-vêtements ainsi que des dessins réalisés par Monsieur et représentant des actes sexuels.

Suite à la phase d'enquête, le procureur décide de poursuivre Monsieur Jean A. du chef d'attentat à la pudeur commis sur la personne d'enfant âgé de moins de seize ans accomplis. Le fait a été correctionnalisé en vue d'être déféré devant votre tribunal.

A l'audience Monsieur Jean A. adopte un tout autre comportement que celui dont il a fait preuve durant l'interrogatoire des policiers. Il reconnaît les faits et témoigne de regrets.

Son avocat précise que Monsieur possède un casier judiciaire vierge de toute infraction et qu'il est un professeur respecté dans son école.

La victime est présente avec sa maman sans toutefois s'être constituée partie civile. Sa volonté n'est pas d'obtenir des dommages et intérêts mais plutôt que l'auteur des faits reconnaissent sa responsabilité et exprime de profonds regrets.

A la vue de ces éléments, vous reconnaissez Monsieur Jean A. coupable des faits qui lui sont reprochés.

- Quelle peine principale comptez-vous lui attribuer ? (Emprisonnement ferme ; emprisonnement avec sursis simple ; emprisonnement avec sursis probatoire ; amende ; peine de travail ; peine de travail avec sursis simple ; peine de travail avec sursis probatoire ; suspension simple du prononcé ; suspension probatoire du prononcé ; autre)
- Quelle(s) peine(s) accessoire(s) comptez-vous lui attribuer ? (amende ; interdiction d'exercer une profession en lien avec des mineurs ; confiscation de l'ordinateur et des dessins de monsieur ; autre)
- Quel est le *quantum* de la peine que vous comptez attribuer ? Veuillez répondre autant pour la peine principale que pour la(les) peine(s) accessoire(s). (encodage libre)
- Parmi les informations présentes dans le casus, veuillez indiquer, sur une échelle allant de 1 à 10, l'influence qu'elles ont eue sur votre décision. (*Monsieur a 36 ans ; Monsieur n'a jamais été marié ; Monsieur n'a pas d'enfant ; Monsieur est en couple ; Monsieur est instituteur ; Monsieur est un instituteur respecté ; Monsieur dispose d'une autorité sur Louise ; Monsieur suit Louise depuis une année déjà ; L'attitude de Monsieur lors de l'interrogatoire ; Les résultats de la perquisition ; L'attitude de Monsieur à l'audience ; L'absence d'antécédent judiciaire de Monsieur*)
- Quel(s) élément(s) manquant(s) auraient pu avoir une influence sur votre décision ? Justifiez. (*encodage libre*)
- Variante. Quelle aurait été votre décision dans l'hypothèse où le prévenu avait fait défaut ? Précisez la peine et justifiez. (*identique ; plus sévère ; moins sévère + commentaire libre*)
- Variante. Quelle aurait été votre décision dans l'hypothèse où le prévenu n'avait témoigné d'aucun remords ? (*identique ; plus sévère ; moins sévère + commentaire libre*)

Vous avez terminé !

Merci de votre si précieuse participation !

Sentencing. La détermination de la peine par le juge : Étude sur les caractéristiques biographiques des juges influençant la décision pénale.

Promoteur : Professeur Dan Kaminski

Quelles sont les caractéristiques biographiques des magistrats qui influencent la peine qu'ils prononcent ? Dans quelle mesure ces attributs influencent-ils le juge dans sa prise de décision ? À cet égard, peut-on constater des disparités dans les peines prononcées ? C'est en vue de répondre à ces questions que j'ai tenté, dans le cadre de ce mémoire, de mettre en évidence les attributs des magistrats les plus significatifs dans la détermination de la peine pour les auteurs d'attentat à la pudeur. Il s'agit surtout d'identifier et d'expliquer si et comment les caractéristiques biographiques des juges influencent leur décision pour un cas d'attentat à la pudeur. C'est donc selon approche quantitative et par la diffusion d'un questionnaire reprenant des questions standardisées ainsi qu'un cas à résoudre, que j'ai essayé d'expliquer et de mettre en évidence deux éléments : (i) la disparité dans les peines (ii) les caractéristiques propres aux juges qui les influencent dans le choix de la peine et la manière dont ils sont influencés.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve (Belgique)
www.uclouvain.be/criminologie