

*Politique(s)
criminelle(s)*

mélanges
en l'honneur de

*Christine
Lazerges*

DA||LOZ

QUAND LA PEINE EST A LA PEINE

LIBRES PROPOS SUR LE SENS DE LA PEINE

par Simone GABORIAU

Magistrat honoraire

La France bruisse de toute part de débats sur la peine.

Depuis combien de temps débat-on sur la peine ? La question du sens de la peine est infiniment ancienne. Elle se perd dans la nuit des temps.

J'écrirai les mots qui vont suivre essentiellement à la première personne. Comme le dit Antoine Garapon, ce sens n'appartient à personne mais s'installe entre les personnes. Mon témoignage sera fait d'interrogations et d'expériences avec quelques suggestions inspirées par celles-ci. Il souhaite faire circuler une parole entre personnes attentives au débat sur la peine et soucieuses de ne pas se laisser enfermer dans un affrontement caricatural entre « répressifs » et « laxistes ».

Ces propos en partant de la pratique de l'art de punir, s'efforceront de ne pas taire les contradictions de la peine prise entre irrationalité et désir de rationalité.

I - L'ART DE PUNIR

Juge pendant près de 40 ans j'ai pratiqué cet art de punir.

Confrontée à la loi et à la réalité des faits et des personnes, j'ai toujours été habitée, dans ce délicat exercice, par ma conscience.

UNE CONSCIENCE EN QUETE DE SENS

J'ai prononcé des peines, parfois seule, parfois en collégialité de juges, parfois avec un jury populaire et j'ai envoyé des personnes en prison. J'ai pris de telles décisions également dans le cadre de mes fonctions de juge d'instruction, exercées pendant 9 ans à une époque où le juge des libertés et de la détention n'existait pas.

De façon récurrente, je me suis posée la question du sens de la peine et chaque affaire m'a apporté son enseignement. Jamais, au grand jamais, je n'ai acquis la certitude d'avoir trouvé la juste peine mais je me suis efforcée, au fil de mon expérience de juge, d'être à sa recherche. Comme me l'avait écrit un détenu, « la peine je l'admets mais le trop de peine est insupportable ». Il ne faisait qu'énoncer le principe de la peine *strictement et évidemment* nécessaire proclamé par la Déclaration des droits de l'homme de 1789.

En toute lucidité, on a bien conscience du terme asymptotique de cette quête de la « juste peine » et fréquemment, c'est avec scepticisme qu'on prononce les sanctions. Dans le quotidien de la justice pénale, traitant une délinquance d'une gravité relative, le sentiment de renforcement des exclusions est tellement fort qu'il crée souvent une impasse difficilement surmontable. On a la conscience malheureuse dans ces nombreux cas ! Alors, le choix — par défaut — est éminemment difficile si l'on ne veut pas s'incliner devant la fatalité de la prison.

« Nul ne peut être privé de sa liberté, à moins que cette privation de liberté constitue une mesure de dernier recours » affirme le Conseil de l'Europe dans le préambule des Règles pénitentiaires européennes. Cette volonté « du dernier recours » habite tout juge lucide qui ne peut échapper au constat suivant : la prison demeure « l'école du crime » et le lieu où s'acquiert le « statut » de délinquant tant aux yeux de la société que du milieu de la criminalité. Mais comment éviter cette trappe judiciaire qui s'ouvre sur la prison ? L'éventail des peines est réduit surtout pour les récidivistes, trop souvent enkystés dans des processus d'exclusion. Rompre la spirale de l'exclusion/enfermement est un objectif essentiel pour que la justice ne perde pas son âme et la société recouvre un certain apaisement. Cette préoccupation a été au cœur de ma pensée de juge confronté à la peine.

COMMENT SE CONFRONTE-T-ON A LA PEINE QUAND ON DEVIENT JUGE ?

On ne choisit pas d'être juge spécifiquement pour « punir » contrairement à l'image souvent renvoyée aux juges soit pour déplorer une telle vocation soit pour regretter une insuffisante participation à la volonté de punir très sévèrement qui serait celle du peuple au nom de qui nous rendons la justice.

On sait cependant que cela fait partie de nos fonctions. Par ailleurs, devenir juge correspond incontestablement à une volonté de faire respecter les règles du vivre ensemble que doivent normalement instituer le droit en général et le droit pénal en particulier. En quelques mots, on n'aime pas le « crime ».

Très vite on réalise que tous les dispositifs légaux à caractère pénal ne sont pas forcément nécessaires. Tous ne concernent pas « des crimes » autrement dit des infractions où les valeurs essentielles sont en cause. Alors, la nécessité de la décroissance pénale vient à l'esprit. Et on se prend à rêver que le célèbre rapport du Conseil de l'Europe sur la décriminalisation, de mars 1980 fasse l'objet d'une confrontation lucide avec la réalité d'aujourd'hui.

L'ATTENTE DE RATIONALITE

On attend toujours une réflexion active sur une « criminalisation rationnelle ». Pour mémoire, parmi les axes de réflexion de ce rapport figuraient les éléments suivants :

- l'hypothèse de la criminalisation d'un certain comportement — ou du maintien de cette criminalisation — implique « logiquement » l'existence d'une situation, ou circonstance, jugée indésirable ou difficile et qui est créée en partie par ce comportement ;

- la responsabilité — au moins partielle — d'individus ;

- l'impossibilité objective ou subjective d'avoir recours à des solutions autres que pénales plus satisfaisantes ;

- la capacité de traiter cette situation — au moins partiellement — dans le cadre du système de justice pénale ;

- des coûts sociaux de la criminalisation qui n'en dépassent pas les avantages en tenant compte dans l'évaluation de ces coûts, d'une inégalité possible quant à leur répartition dans la population.

La répression n'appartient pas seulement à la justice pénale. Combien de décisions civiles sanctionnent, parfois gravement, des personnes ! La société ignore cette problématique sauf quand telle ou telle affaire fait la une des médias. Nous, les juges, n'avons pas, en outre, le monopole de la répression car bien d'autres activités professionnelles sont ressenties comme telle par ceux qui en sont l'objet. Laissons de côté ces aspects-là justifiant à eux seuls une réflexion à part entière.

Nous détenons le monopole de l'atteinte durable à la liberté d'autrui et c'est cela notre spécificité partiellement partagée avec la représentation du peuple au sein des jurys d'assises. C'est notre mission constitutionnelle : nous sommes gardiens des libertés et garants de l'application de la loi pénale. Pour autant, contrairement à ce qui se dit parfois, notre fonction n'est pas ontologiquement de punir mais de rendre la justice. Cette mission, commune à tous les systèmes judiciaires démocratiques, est particulièrement mise en lumière par la disposition de l'article 92 de la Loi fondamentale (la Constitution) allemande, selon laquelle « le pouvoir de rendre la justice est confié aux juges ».

Cet obscur devoir de « punir » nous envahit de tensions internes à nous-mêmes mais aussi au sein du corps judiciaire en l'absence de consensus sur la pratique de cet « art de punir ».

LE CHOC DES REALITES ET LE POIDS DE LA PEINE

C'est une épreuve dans tous les sens du terme.

« On se demande si loin d'aider les délinquants à se réinsérer dans la société, notre justice ne les choisit pas parmi ceux qui sont depuis toujours structurellement exclus [...]. On a l'impression que la pénalité est souvent le renforcement d'une exclusion préalable. » Face au quotidien de la justice pénale, comment dire mieux que René Girard !

Mais aussi, on affronte douloureusement les récits des victimes, on voit les corps meurtris par les violences mortelles, on prend de plein fouet la souffrance humaine. En un mot, on se heurte au « mal ». Car comme le souligne Antoine Garapon, la justice est sans doute la dernière instance d'identification du mal.

Mais aussi, on entend les vies d'abandon social et affectif de ceux qui ont basculé dans la délinquance. À cet égard, il faut dire et redire : cette délinquance atteint des niveaux très variables, car les juges ne rencontrent pas que des assassins.

On a de l'empathie voire de la sympathie, selon les récits de chacun, pour l'auteur ou la victime, pour les deux parfois, ou pour aucun. Mais peu importe ! Chaque récit mérite d'être entendu. L'écoute est un préalable essentiel au prononcé d'une sanction lorsque la culpabilité est établie.

Car, il n'y a pas de peine sans culpabilité, sans acte violant le contrat social, exprimé par la loi, et imputable à la personne sanctionnée. Souvent, le débat public qui se cristallise sur une sorte d'entité indifférenciée de la délinquance et des délinquants, associée à « l'insécurité » oublie ce principe essentiel de légalité des délits et des peines.

Il ne saurait être question d'éliminer une catégorie de la population composée de prétendument « socialement dispensables » (*socialmente non indispensables*¹) et dangereux.

L'indispensable recherche d'une rationalité de la peine ne doit pas faire l'impasse de la prise de conscience d'une irrationalité sous-jacente que tout juge a en lui et que la société porte en elle-même.

¹ Le concept de « dispensabilité sociale » *social expandability*, est emprunté à Ezzat Fattah professeur émérite à l'Université Simon Fraser de Vancouver.

II. - LA RATIONNELLE IRRATIONALITE DE LA PEINE

C'est à Paul Ricœur que j'emprunte cette idée pour tenter de décliner ce que cache la peine et comment on peut tenter d'avancer vers plus de rationalité.

LA VENGEANCE EN EMBUSCADE

L'origine de la peine, il faut le reconnaître, est la vengeance. Cette matrice originelle « impure » est réanimée périodiquement, et singulièrement par la politique pénale de ces dernières années, en raison de la tendance à vouloir faire de la peine un processus de deuil des victimes et de sa mesure une équivalence de leur souffrance.

Une telle conception est la négation même de la justice, instituée pour se substituer au lynchage public et à la vengeance privée. On peut parfaitement comprendre qu'un tel sentiment habite la victime mais la justice ne peut le partager ; son rôle est, par sa réponse, de conduire, sereinement, la demande de vengeance vers un silence assumé si ce n'est apaisé. Les Érinyes ne sont-elles pas devenues les Euménides, les « bienveillantes », transformées en gardiennes de la justice après avoir renoncé, sous l'influence de la déesse Athéna, à la vengeance contre Oreste ? La *peine-vengeance* est incompatible avec les valeurs juridiques qui fondent actuellement notre société à savoir les droits fondamentaux de l'homme. L'idée sous-jacente de rendre la « pareille », de faire souffrir l'auteur à la hauteur de la souffrance de la victime mène nécessairement à une conception, humainement dégradante, de la peine.

Quelle que soit l'horreur des faits commis il s'agit de remettre à sa place humaine l'auteur des faits. « C'est l'honneur et la force des droits de l'homme de protéger ceux-ci, même pour les personnes qui les ont le moins respectés » souligne Françoise Tulkens vice-présidente honoraire de la Cour européenne des droits de l'homme.

« Il faut faire de la peine un instrument, non plus de vengeance mais de la réintégration de ceux que notre société ne peut pas se dispenser de punir » dit René Girard.

EN TOILE DE FOND LA PENITENCE ET LE RACHAT

J'ai, siégé pendant de longues années, lors des audiences correctionnelles, dans une salle du tribunal de grande instance de Bordeaux comportant un tableau du Christ en croix. Malgré un débat au sein de la juridiction, initié par certains dont moi-même, nous n'avions pas pu obtenir une solution permettant la laïcisation de cette salle. La construction du nouveau palais de justice permet de changer l'état des lieux. D'autres tribunaux ont dû faire face à une telle présence, vestige de références religieuses chrétiennes révélant, par leur persistance dans le paysage judiciaire, l'impensé religieux de la peine.

La représentation du Christ en croix ne devait-elle pas rappeler au coupable le sacrifice divin pour racheter ses péchés ? Je ne suis pas certaine de la disparition des représentations religieuses dans tous les palais de justice mais je sais que certaines ont été voilées — au moins périodiquement — ou retirées.

C'est ainsi qu'à Metz, la Crucifixion présente dans la salle de la cour d'assises depuis 1866 a, en 2006, sur décision du ministre de la Justice, rejoint l'église abbatiale de Saint-Avold alors qu'elle était recouverte d'un voile depuis six ans. Sa présence ancienne ne paraissait pas avoir suscité de remous jusqu'en septembre 2000. Alors, un avocat s'était ému de « cette atteinte intolérable au principe constitutionnel de laïcité ». Dans cette salle, quelques mois plus tôt, un magistrat avait invoqué le « pardon de Dieu » pour tenter de recueillir les aveux d'un accusé, Francis Heaulme ; à la suite de cet incident, ses avocats avaient obtenu le renvoi de l'affaire. À Pau, un vitrail de très grande dimension représentant le Christ en croix est présent à la première chambre de la cour ; équipé d'un dispositif de rideau, il peut être voilé ; ainsi, il a été masqué lors du procès (question du non-lieu psychiatrique) de Romain Dupuy accusé de meurtre de deux infirmières, dans un hôpital psychiatrique.

La *peine-pénitence* laïcisée, correspondant à l'expression « payer sa dette à la société », est centrée sur le coupable à partir de l'examen subjectif de son cas et des circonstances de l'affaire. Elle est orientée sur la capacité du coupable à prendre conscience de sa culpabilité. À une époque où l'on se soucie légitimement de la place de la victime dans le procès pénal, son incompréhension peut se faire jour en raison de l'effacement apparent de sa place. Paradoxalement, cette conception la surestime aussi en ce sens qu'elle peut créer une attente forte, et pouvant être vaine, d'aveu et repentance publiques ; s'ils ne viennent pas, la déception de la victime peut fortement entamer sa confiance en la justice.

À mon sens, l'abandon, par le nouveau Code pénal, du concept juridique des *circonstances atténuantes* a mis à l'écart cette conception de la peine ancrée dans l'ancienne pratique pénitentiaire chrétienne fondée en grande partie sur la *circonstance* et l'*intention*, la quelle survit encore actuellement, au moins dans les inconscients.

LE NOUVEAU CODE PENAL

A PLACE L'INDIVIDUALISATION AU CŒUR DE LA PEINE

Comme l'écrit Michel Foucault « L'individualisation apparaît comme la visée ultime d'un code exactement adapté ». Le code a ainsi laissé une entière liberté d'appréciation au juge bornée seulement par le maximum, conformément au principe de légalité des peines. Mais l'étendue de ce pouvoir du juge, sans limite basse, alors qu'il n'a plus à

faire état des circonstances atténuantes, est souvent mal perçue par le public. Ainsi, le maximum est devenu un chiffre fatal agité, notamment dans la presse, comme un chiffon rouge alors que sa dimension est souvent démesurée par rapport à la peine prévisible selon les pratiques judiciaires. Nul, en effet, ne donne d'explications sur la démarche judiciaire du prononcé de la peine qui doit conduire à la peine *strictement* nécessaire. C'est ainsi que naît l'incompréhension de l'opinion publique qui croit, en quelque sorte, à un arbitraire à rebours là où il y a recherche de la juste peine *individualisée*. Et c'est au moment du prononcé de la peine que cette quête est criante.

L'INSTANT DE LA PEINE

Il s'agit de traiter le coupable comme un individu, une personne, et normalement les débats d'audience devraient permettre précisément de faire émerger la juste peine. Encore faudrait-il que ceux-ci prennent le temps d'en parler et que le jugement explique le pourquoi de la peine prononcée. Dans le temps d'une audience, les instants consacrés au prononcé de la peine sont presque toujours les plus courts et la peine n'est pas motivée ou de façon stéréotypée. Bien souvent, la personne condamnée — si elle n'est pas détenue — est absente lors du prononcé de la peine (pour différentes raisons notamment les heures excessivement tardives de fin d'audience, moment où fréquemment sont rendus les délibérés des dossiers du jour).

S'il est encore donné du temps au temps de justice lors des procès d'assises, il en va différemment pour les affaires du quotidien de la justice pénale. En effet, ce temps d'audience, sacrifié sur l'autel de la rentabilité et de la « performance », se réduit comme peau de chagrin.

Il importe que l'audience trouve le chemin du sens de la peine à l'issue de séquences successives où les faits sont évoqués, l'infraction caractérisée et la culpabilité établie. Ce moment de catharsis doit être accompagné par un rituel maîtrisé (et non écrasant), favorisant la circulation de la parole dans le respect, avec la juste distance, de la place de chacun.

La qualité des débats sur la peine se réaliserait plus aisément avec la césure du procès : une audience sur la culpabilité une audience sur la peine, fût-elle, en certains cas, dans une continuité de temps ; cela imposerait que le dossier contienne une évaluation pré-sentencielle, objet actuellement rarissime.

L'individualisation de la peine que la justice doit faire sienne se heurte à des vagues de fond, qui ont pris des formes variées selon les époques.

L'OMBRE DE LA RELEGATION ET LA GRANDE EXCLUSION

Qu'il y ait une volonté dans la peine de mettre à l'écart une personne considérée comme coupable et « nuisible » est certain. La peine de mort en était l'expression la plus radicale ; dans toute l'Europe, elle appartient désormais à un passé barbare irréversible.

Au cours de ces dernières années, la *peine-exclusion* s'est aussi inspirée de l'idée de « peine-incapacitation » sous l'influence des pratiques nord-américaines, fondées sur la « dangerosité » du coupable, caractérisée par la réitération d'infractions (qui conduit à des peines automatiques d'une très longue durée voire sans fin), et/ou des évaluations faites à partir d'outils statistiques actuariels (susceptibles d'aboutir à des enfermements de même durée).

Une telle conception a inspiré la mesure de rétention de sûreté destinée à neutraliser « un dangereux » et non à punir le coupable d'un acte répréhensible, l'homme concerné par cette mesure y étant soumis après la fin de sa peine. On donne à l'évaluation une apparence scientifiquement fondée avec un aval psychiatrique et le but de la mesure est, en quelque sorte, le « redressement thérapeutique » de la personne sous couvert de protection de la sécurité de la société. Sans développer ici les questions soulevées par ce dispositif, je tiens seulement à souligner la nécessité d'abroger cette mesure qui dénature notre droit pénal par l'abandon de son soubassement : la responsabilité individuelle.

La relégation, fondée sur cette même volonté d'exclusion, voulut écarter de la société métropolitaine les récidivistes avec une ouverture sur une possible intégration économique dans la colonie de l'époque, qui ne se fit jamais. Après l'abandon de cet exil forcé associé aux travaux forcés en réalité à perpétuité, lui succéda, en 1970, la tutelle pénale qui fut supprimée en 1981 seulement. La loi française a ainsi condamné, entre 1887 et 1953, plus de 17 000 hommes et femmes qui ont été envoyés en Guyane, où ils ont enduré, sans autre espoir que l'évasion, les terribles conditions de vie et de détention d'une relégation dans un bagne colonial. L'élimination sociale de ces hommes, condamnés pour récidives des délits de vol simple, d'escroquerie ou de vagabondage, s'est effectuée selon un critère juridique indigne car reposant sur une « présomption irréfragable d'incorrigibilité² ».

L'idée de mise à l'écart définitive reste présente dans les esprits comme les orientations de la politique pénale de ces dernières années l'ont démontré.

² V., J.-L. Sanchez, *À perpétuité. Relégués au bagne de Guyane*, Vendémiaire, 2013, ouvrage qui a directement inspiré ces lignes sur la relégation et le bagne qui en sont la fidèle reprise.

La figure du récidiviste est depuis toujours la cible de cette conception de la peine. L'ordonnance de 1549 déclarait que le malfaiteur qui recommence est un être, « exécration, infâme, éminemment pernicieux, à la chose publique » : les récidivistes de blasphème, de vol, de vagabondage... étaient punis de peines spéciales. Le récidiviste est ainsi devenu une catégorie justifiant une sanction spécifique systématiquement aggravée et cette idée-là est restée vivante à travers les siècles.

Les peines « planchers », dont l'abrogation s'impose, en sont le dernier avatar.

Le souci légitime de la prévention de la récidive, ne doit pas faire oublier que la peine est, avant tout, l'expression de la réprobation sociale d'un comportement humain intolérable.

Dans quelle mesure la peine peut-elle contribuer à jouer un rôle de prévention primaire ou secondaire de la délinquance ?

LA DISSUASION

La dissuasion résulterait mécaniquement de la menace d'une peine pour le candidat à la délinquance primaire et d'une peine aggravée pour le potentiel récidiviste. Mais est-ce bien certain ? À cet égard, je me rappelle toujours de mon cours de droit pénal : il nous fut conté qu'à l'époque où l'on pendait les « pickpocket » à Londres, ceux-ci sévissaient auprès des spectateurs dont l'attention était captée par l'exécution. Toute mon expérience professionnelle a corroboré ce récit. Combien ai-je vu venir dans mon cabinet d'instruction des sortants de prison ! Pour certains les circonstances mêmes de leur arrestation donnaient l'impression, qu'inconsciemment bien sûr, ils avaient tout fait pour y retourner. Ce constat sûrement partagé par bien de mes collègues, devrait interpeller tous ceux qui prônent l'accroissement incessant de l'automatisme de l'aggravation des peines d'emprisonnement.

L'effet dissuasif des peines encourues peut, sans doute, agir sur des personnes très insérées socialement qui ne se voient pas autrement qu'intégrées dans la société et même pour certaines avec la jouissance de ses honneurs. Sauf actes délinquants impulsifs comme un crime passionnel, ces personnes sont habituées à calculer les conséquences éventuellement négatives de leurs actes. Et sauf si elles se vivent dans la toute-puissance au point de se croire « intouchables », elles peuvent intérioriser la probabilité de la poursuite pénale et d'une peine.

L'immense majorité de la population qui passe devant les juges pénaux n'appartient pas à cette catégorie-là. Une enquête de l'INSEE sur la population détenue en 2000 l'illustre : un quart des détenus a quitté l'école avant d'avoir 16 ans, trois quarts avant 18 ans. Les indicateurs sociodémographiques (profession, âge de fin d'études) révèlent une sur-représentation des catégories sociales les plus démunies. La

probabilité d'être incarcéré diminue très nettement avec la longueur des études poursuivies : elle est dix fois plus faible pour les hommes ayant terminé leurs études après 25 ans que pour ceux qui les ont interrompues avant 18 ans. Parmi les hommes incarcérés de moins de trente ans, la moitié a fini ses études avant 18 ans, soit trois ans plus tôt que pour la population générale. Les professions intermédiaires et les cadres supérieurs sont nettement sous-représentés en prison. Plus de 10 ans après, cette réalité-là n'a sûrement pas changé ; elle s'est probablement aggravée.

Pour beaucoup l'effacement social qui caractérise leur vie dans laquelle s'inscrit le passage à l'acte ne leur permet pas d'identifier comme un danger palpable le risque de la peine. Cela d'autant que pour certains, vivant dans un environnement touché par une certaine banalisation de la délinquance, la prison n'a pas le statut « d'infamie » qu'elle peut revêtir dans un milieu d'insertion ; elle jouit même d'un statut inverse.

La sociodémographie des personnes concernées par la délinquance ne se recoupe pas totalement avec celle de la population carcérale car les plus démunis sont les plus exposés aux mécanismes procéduraux d'incarcération de leur interpellation à leur jugement, en général pratiqué selon la procédure expéditive de la comparution immédiate.

Cette relativité de l'effet dissuasif de la peine se nourrit aussi de la faiblesse du taux d'élucidation des actes de la délinquance quotidienne qui mine la mécanique de la *certitude de la peine* chère à Beccaria.

Toutes ces réflexions ne réduisent pas à néant l'effet dissuasif de la peine car la certitude de l'impunité encourage assurément le passage à l'acte. D'où la nécessité que règne l'égalité effective devant la justice pénale, ceux qui possèdent argent et/ou pouvoir ne devant aucunement être épargnés.

La délinquance routière, à laquelle se consacre la majorité de l'activité de la justice pénale et qui concerne « madame et monsieur tout le monde » (excepté ceux peu nombreux, et privilégiés, qui peuvent bénéficier d'un chauffeur), mérite une place à part en ce que nombre de récits sont entendus par chacun sur telle ou telle verbalisation et ne sont pas dénués d'impact car ils rapprochent la sanction de l'auteur potentiel. Alors, la *peine-dissuasion* n'est vraisemblablement pas dénuée de portée. Les choses demeurent cependant plus compliquées en ce que la question de l'alcool au volant reste un fléau que la répression seule ne pourra jamais combattre efficacement. En effet, d'une façon générale, comme en tous domaines, il faut une prise de conscience individuelle et sociale et un accompagnement des personnes.

Au cœur de cette double perspective « accompagner et sanctionner » c'est la responsabilisation de la personne qui est recherchée.

RESPONSABILISATION ET JUSTICE RESTAURATRICE

Mon expérience de juge, spécialement à travers le contrôle judiciaire socio-éducatif, mis en place activement à Bordeaux à l'époque où j'étais juge d'instruction, m'a démontré combien cet accompagnement était efficace pour une sortie de la délinquance (la désistance) par la responsabilisation de l'individu.

Cette responsabilisation doit être soutenue par la prise en compte de la globalité de la personne en ce compris ses difficultés socio-économiques et de santé. Il s'agit, par un acte de réparation fût-il symbolique, de faire émerger sa capacité au respect du vivre ensemble associée à une prise de conscience de l'atteinte faite à la victime ou à la société dans son ensemble (lorsqu'il n'y a pas de victime identifiée). Je me souviendrai toujours de ce moment fort vécu dans mon cabinet d'instruction où la victime, devenue paraplégique à la suite d'un coup de feu, a de son fauteuil roulant, tendu la main à l'auteur des faits. Ce geste fut spontané à la suite de la confrontation, sans histoire il est vrai puisque les deux versions coïncidaient. Cet épisode vécu m'a permis de réaliser concrètement les potentialités d'une justice restauratrice qui ne doit pas éluder en elle-même la sanction, mais peut contribuer à lui donner du sens.

Plus que jamais la peine doit revêtir de multiples formes. Cela suppose un regard neuf.

Allant dans le sens de l'histoire de la peine caractérisée par un adoucissement continu, et au contraire de la logique d'exclusion décrite supra, on doit promouvoir les peines exécutées dans la cité³. Peine de nouvelle nature⁴ elle ne doit pas se confondre avec un traitement social de la personne coupable, même si elle peut, voire dans certains cas doit, être associée à un accompagnement social.

Sa mesure –durée et modalités– comme celle de toute sanction doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et intimement liées aux capacités de réinsertion du condamné. Autrement dit, le degré de l'intrusion et de l'intervention étatiques dans la vie du délinquant doit se faire en liaison avec sa culpabilité et sa personnalité. (Cette formulation s'inspire de propos de Norman Bishop, expert scientifique auprès du Conseil de l'Europe). Et la victime --ou le dommage symbolique causé à la société-- doit y trouver sa place.

³ « Communauté » selon l'expression du Conseil de l'Europe RECOMMANDATION N° R (92)16, qui transportée en France pourrait engendrer des ambiguïtés conceptuelles. Elle a été dénommée « contrainte pénale » par l'actuel projet de loi pénale.

⁴ Définition donnée par le conseil de l'Europe « La notion de «sanctions et mesures appliquées dans la communauté» se réfère à des sanctions et mesures qui maintiennent le délinquant dans la communauté et qui impliquent une certaine restriction de sa liberté par l'imposition de conditions et/ou d'obligations, et qui sont mises à exécution par des organismes prévus par les dispositions légales en vigueur. »

Nouvelle peine de référence, elle devrait, pour constituer un tournant salutaire de la réponse pénale dans notre pays, se substituer à la prison dans de nombreux cas. En réservant la peine de prison aux cas les plus graves, cette nouvelle politique pénale devrait permettre de mettre en œuvre un maximum de moyens humains pour traiter la délinquance la plus dure.

EN GUISE DE CONCLUSION : LE JUGE PEUT-IL CONCILIER L'ETHIQUE DE LA RESPONSABILITE ET L'ETHIQUE DE CONVICTION ?

Un juge est contraint de concilier l'inconciliable puisqu'il doit à la fois pratiquer l'éthique de conviction et l'éthique de responsabilité. Il doit agir en conformité avec ses principes (qui ne lui sont pas intimes mais appartiennent à la communauté du droit humain) quand il prononce une peine mais il ne peut se désintéresser des conséquences de son jugement tant vis-à-vis des acteurs du procès que de la société. La peine est un arc tendu par toutes les attentes tournées vers elle et les principes fondamentaux qui les transcendent ; comme la flèche, elle doit se dégager du milieu de cette tension.

C'est une conciliation délicate car l'appréhension des conséquences du jugement n'est pas aisée.

En effet, en dehors de l'affichage public d'idées plutôt stéréotypées, aucun consensus ne se dégage sur la notion du « juste » dans notre société complexe, hésitante sur ses valeurs de référence. Singulièrement, les objectifs de la justice pénale font l'objet de bien des divergences d'approches et surtout d'une extrême plasticité selon l'actualité et l'opinion du moment. Ainsi, cette attente du « juste » fait l'objet de demandes multiples, ambiguës, voire contradictoires, qui courent le risque d'être déçues au moins en partie, par la justice pénale. C'est tout l'enjeu de l'équilibre entre l'individuel et le collectif, entre l'émotion et la raison. C'est tout l'enjeu, aussi, de la juste distance par rapport au « climat » d'une affaire, distance dont la mesure raisonnable est difficile à atteindre sans s'exposer à l'insatisfaction de l'opinion. La justice pénale, comme il a été souligné, est là pour se substituer au « lynchage » et à la vengeance, elle doit savoir décevoir. Elle ne peut, cependant, se situer totalement en dehors du champ sociétal. L'on voit que la porte est étroite ! C'est, sans doute, dans le développement d'une pédagogie de la motivation des décisions rendues après une écoute de la parole de chacun, que se situe un élément de réponse.

Mais parfois la conciliation est impossible et c'est l'éthique de conviction qui doit triompher.

Mars 2014