



HAL
open science

Toutes choses étant égales par ailleurs

Sacha Raoult

► **To cite this version:**

Sacha Raoult. Toutes choses étant égales par ailleurs. Archives de politique criminelle, 2015, Droits de la défense, 37, pp.185-194. hal-01310220

HAL Id: hal-01310220

<https://amu.hal.science/hal-01310220v1>

Submitted on 2 May 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Toutes choses étant égales par ailleurs. Droits de la défense et durcissement des peines dans le système pénal des Etats-Unis.

Sacha Raoult¹

Résumé

Il est difficile de comprendre l'évolution des droits de la défense aux Etats-Unis sans rendre compte de l'explosion du plaider coupable depuis une trentaine d'années – alors que cette institution était stable dans l'après-guerre. Ce travail explore l'hypothèse d'une relation entre les politiques de durcissement des peines (three strikes laws, sentencing guidelines, truth in sentencing, etc.) et le recours au plea bargaining, c'est-à-dire au plaider coupable négocié en échange d'une peine moins sévère que celle risquée au procès. De 1981 à 2012, sur fond de flambée de l'incarcération, la proportion de prévenus prêts à prendre le risque d'un procès fut divisée par cinq. Dans ce contexte, la substance des droits de la défense dont peuvent bénéficier les rares prévenus qui acceptent de prendre le risque d'un procès semble d'un intérêt résiduel de plus en plus marginal pour comprendre la situation quotidienne des justiciables aux Etats-Unis.

Introduction

Une des thèses actuelles concernant la différence entre les systèmes continentaux de droit civil et les systèmes anglo-saxons de *common law* (les Etats-Unis en tête) est que ces deux types de procédure ne placent pas leurs garanties dans les mêmes phases du processus pénal². Dans cette vision, les droits anglo-saxons se focaliseraient sur la période pré-sententielle, avec une plus grande emphase sur les droits de la défense, un droit au jury très présent, des règles de preuves strictes, tout cela dans le but de limiter au maximum le risque d'erreur judiciaire. Mais en même temps, ces droits qui sont généreux avant le procès le seraient moins après. Une fois la culpabilité établie, les droits anglo-saxons feraient preuve d'une plus grande violence que les droits continentaux envers les condamnés et d'un certain désintérêt pour leurs droits. Selon cette analyse, ces deux aspects seraient liés par le fait que les fortes garanties en amont assurent le public et les professionnels que les condamnés sont tous coupables de ce qui leur est reproché, et qu'ainsi ils ne méritent pas qu'on face trop cas de leurs doléances.

Par opposition, les droits continentaux placeraient, selon cette thèse, une moindre emphase sur les droits de la défense, surtout sur ceux qui sont directement connecté avec une réflexion sur le risque d'erreur judiciaire (par opposition avec ceux qui ont trait à la dignité humaine) : les moyens de preuves sont plus flexibles, le droit au silence moins protégé, les standards moins élevés, le jury citoyen moins fréquent ou tempéré par la présence de magistrats professionnels.

¹ Maître de conférences à Aix-Marseille Université (AMU, LDPSC EA4690), Andrew W. Mellon Fellow à University of Chicago. Je tiens à remercier Jeevna Sheth pour son assistance dans la réalisation de cet article.

² Pour un tenant de cette thèse voir par exemple Whitman, James Q. *Harsh justice: Criminal punishment and the widening divide between America and Europe*. Oxford University Press, 2003.

A la suite de cela, la population qui est condamnée ne serait pas perçue comme 100% coupable : du fait des moindres garanties, il y aurait une suspicion constante sur la validité de l'action de la justice pénale. Les droits continentaux compenseraient cette suspicion par une batterie de garanties post-sententielles : multiples possibilités d'aménagement, droit en détention, et une insistance sur l'humanité des condamnés.

Cette thèse en quelque sorte, généralise l'adage de l'Ancien Régime : « à demi-preuve, demi-peine ». Si elle fait sens en théorie, elle est néanmoins difficile à démontrer tant les données mesurables qui permettraient de nous mettre sur la voie de sa validité ou de son invalidité sont peu nombreuses. Même si on entend çà et là des chiffres, on ne peut par définition pas savoir quel est le taux d'erreur judiciaire dans une nation donnée : le problème des erreurs, c'est que souvent on ne les voit pas ! Il est également malaisé d'objectiver le niveau de garantie qu'offre un système donné en comparaison à un autre système donné, surtout car des mécanismes très différents peuvent apporter des garanties équivalentes (c'est tout le débat relatif au rôle du juge d'instruction). Enfin, les systèmes pénaux ne s'intégrant pas dans les mêmes contextes sociaux et ne sanctionnant pas les mêmes comportements, la comparaison de la sévérité propre au système d'une nation à une autre est toute aussi délicate.

En revanche, on peut plus facilement au sein d'un même cadre juridique s'intéresser à ce qui se passe au niveau des droits de la défense quand les sanctions se durcissent. L'histoire récente des États-Unis offre d'ailleurs une occasion de nous intéresser à cette situation. Si la thèse de l'équilibre pré-sententiel / post-sententiel est correcte (si, en quelque sorte, le destin des condamnés est déterminé par la légitimité de ceux qui les ont condamnés) alors on devrait s'attendre à ce qu'un durcissement des peines s'accompagne de plus amples garanties pré-sententielles. L'objectif de cet article est de montrer qu'il est douteux que cela soit le cas, car l'accroissement de la sévérité des peines incite les prévenus et le Parquet à éviter la procédure pénale « normale », celle où l'ensemble des droits de la défense sont théoriquement disponibles, et à passer à la place par le système semi-privatisé du *plea bargaining*.

La démonstration que j'entends mener se place dans une étude du caractère systémique du droit pénal, c'est-à-dire du fait que, les normes et institutions pénales interagissant entre elles, la réforme d'un des aspects (ici, la sévérité des peines) a très certainement des conséquences sur d'autres aspects (ici, le taux de *plea bargaining*)(1). Je suggérerai qu'un des aspects les plus importants de ce caractère systémique du droit et des institutions pénales, c'est qu'on ne peut pas comprendre les évolutions récentes des droits de la défense aux États-Unis sans tenir compte du fait que la simple possibilité théorique d'user pleinement de ses droits de la défense a été grandement affectée par les diverses politiques de durcissement des peines qui ont eu lieu depuis les années 1980. Après avoir évoqué ces politiques de durcissement (2), je montrerai pourquoi il est raisonnable de penser que ces politiques sont à l'origine de l'explosion du *plea bargaining* et comment la proportion des prévenus états-uniens ayant théoriquement accès aux droits de la défense prévus par le droit écrit a été divisé par cinq en trente ans (3).

1. Le problème des répercussions systémiques des réformes en droit pénal

Aux Etats-Unis, l'avocat est obligatoire en garde-à-vue depuis 1966, le fameux arrêt *Miranda vs Arizona* dont nous connaissons tous les exigences

« La personne en garde à vue doit, préalablement à son interrogatoire, être clairement informée qu'elle a le droit de garder le silence et que tout ce qu'elle dira sera utilisé contre elle devant les tribunaux ; elle doit être clairement informée qu'elle a le droit de consulter un avocat et qu'elle peut avoir l'avocat avec elle durant l'interrogatoire, et que, si elle n'en a pas les moyens, un avocat lui sera désigné d'office. »³.

En France, un droit équivalent n'a été obtenu que très récemment⁴. De même, aux Etats-Unis, le droit de la preuve au procès est très lourdement encadré⁵, alors que le principe en France est la liberté de la preuve. Mais évidemment, on ne peut pas comprendre grand-chose à la façon dont l'ensemble des professionnels du droit états-uniens et les professionnels du droit français traitent comparativement les prévenus en comparant de règle à règle. La raison est que le droit pénal forme en réalité un système et que les règles ne sont pas faites seulement pour régler une situation donnée au moment où la règle est invoquée mais aussi pour correspondre à ce qui est en amont et en aval de cette situation dans le système en question.

Le caractère systématique des procédures pénales est au centre de plusieurs ouvrages importants dans notre littérature. Une analyse classique du jeu entre les normes de droit et de procédure pénale est fait dans un chapitre de *l'Esprit des Lois* intitulé « *De quelle manière deux lois diverses peuvent être comparées* » et dans lequel Montesquieu a recours au mot « système » pour décrire les interactions. Voici l'argumentation qui est proposée dans ce chapitre :

« En France, la peine contre les faux témoins est capitale ; en Angleterre, elle ne l'est point. Pour juger laquelle de ces deux lois est la meilleure, il faut ajouter : En France, la question contre les criminels est pratiquée, en Angleterre elle ne l'est point ; et dire encore : En France, l'accusé ne produit point ses témoins, et il est très rare qu'on y admette ce que l'on appelle les faits justificatifs : en Angleterre, l'on reçoit les témoignages de part et d'autre. Les trois lois françaises forment un système très lié et très suivi ; les trois lois anglaises en forment un qui ne l'est pas moins. La loi d'Angleterre, qui ne connaît point la question contre les criminels, n'a que peu d'espérance de tirer de l'accusé la confession de son crime ; elle appelle donc de tous côtés les témoignages étrangers, et elle n'ose les décourager par la crainte d'une peine capitale. La loi française, qui a une ressource de plus, ne craint pas tant

³ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)

⁴ v. notamment, Roujou de Boubée, G. "La réforme attendue de la garde à vue." *Recueil Dalloz* (2011): 1128-1229; Pradel, Jean. "Un regard perplexé sur la nouvelle garde à vue. À propos de la loi du 14 avril 2011." *Semaine juridique* 22 (2011): 1104-1113.

⁵ v. par exemple la régulation du ouï-dire Di Siena, Deborah, and Ahmed Mokdad. "Hearsay evidence: the law." *Without Prejudice* 12.10 (2012): 44-45; Spencer, John R. *Hearsay evidence in criminal proceedings*. Bloomsbury Publishing, 2014.

d'intimider les témoins ; au contraire, la raison demande qu'elle les intimide : elle n'écoute que les témoins d'une part ; ce sont ceux que produit la partie publique ; et le destin de l'accusé dépend de leur seul témoignage. Mais en Angleterre on reçoit les témoins des deux parts ; et l'affaire est, pour ainsi dire, discutée entre eux ; le faux témoignage y peut donc être moins dangereux ; l'accusé y a une ressource contre le faux témoignage, au lieu de la loi française n'en donne point. Ainsi, pour juger lesquelles de ces deux lois sont plus conformes à la raison, il ne faut pas comparer chacune de ces lois à chacune ; il faut les prendre toutes ensemble, et les comparer toutes ensemble. »⁶

La notion de système et d'interaction entre l'amont et l'aval de la machine pénale est également au cœur d'un autre grand ouvrage sur l'histoire des systèmes pénaux : *Surveiller et Punir*. La réflexion initiale de Michel Foucault sur la double facette de la réforme moderne (à la fois appuyée sur des sentiments humanistes et sur une recherche d'une plus grande efficacité) repose en partie sur l'idée qu'il y a une interaction entre la fermeté des châtiments et l'étendue du contrôle social, autrement dit qu'il n'est pas possible d'avoir un contrôle social étendu quand les châtiments sont trop cruels, car le système « corrige » en amont et en aval cet excès. Cette idée est selon Foucault très présente dans l'esprit des « hommes de Loi » du XVIII^{ème} siècle, ainsi, à propos de leurs critiques de la justice de l'Ancien Régime, et notamment des châtiments corporels, il considère que

(p)lutôt que de faiblesse ou de cruauté, c'est d'une mauvaise économie du pouvoir qu'il s'agit dans la critique des réformateurs. Trop de pouvoir dans les juridictions inférieures qui peuvent — l'ignorance et la pauvreté des condamnés aidant — négliger les appels de droit et faire exécuter sans contrôle des sentences arbitraires; trop de pouvoir du côté d'une accusation à laquelle sont donnés presque sans limite des moyens de poursuivre alors que l'accusé en face d'elle est désarmé, ce qui amène les juges à être tantôt trop sévères, tantôt, par réaction, trop indulgents ... Ce ne sont pas tellement, ou pas seulement les privilèges de la justice, son arbitraire, son arrogance archaïque, ses droits sans contrôle qui sont critiqués; mais plutôt le mélange entre ses faiblesses et ses excès, entre ses exagérations et ses lacunes ... Le véritable objectif de la réforme, et cela dès ses formulations les plus générales, ce n'est pas tellement de fonder un nouveau droit de punir à partir de principes plus équitables; mais d'établir une nouvelle « économie » du pouvoir de châtier, d'en assurer une meilleure distribution, de faire qu'il ne soit ni trop concentré en quelques points privilégiés, ni trop partagé entre des instances qui s'opposent; qu'il soit réparti en circuits homogènes susceptibles de s'exercer partout, de façon continue et jusqu'au grain le plus fin du corps social.⁷

⁶Montesquieu, *Esprit des Lois*, 1777, Garnier, pp. 419-420.

⁷Foucault, *Surveiller et Punir*, Gallimard, 2004, pp.82-83

De façon générale, l'institution pénale relie entre elle une série de lieux (lieux de l'enquête, lieux de détention provisoire, lieux du procès, lieux d'exécution des peines) et les prises de décision des agents concernés lorsqu'il s'agit de décider de la transition d'une personne entre deux de ces lieux (de l'enquête à la détention par exemple) se fait non seulement au visa de normes légales et selon un principe de discrétion plus ou moins grand (principe sans doute forgé par une certaine pratique professionnelle) mais aussi dans le contexte de ce qui se passe dans les différents lieux, antérieurs et ultérieurs au mouvement dont il s'agit. La saturation, les attentes, le tri en amont affectent toutes choses étant égales par ailleurs la prise de décision, ce qui fait que tout changement de norme significatif sur un lieu peut modifier l'entièreté du système. C'est l'exemple que nous allons approfondir à présent.

2. Les politiques de durcissement aux Etats-Unis depuis les années 1980

Depuis le début des années 1980, les Etats-Unis sont entrés dans ce que la littérature pénologique, notamment celle qui se retrouve autour des revues *Punishment and Society* et *Theoretical Criminology*, appelle un « virage punitif », c'est-à-dire une surenchère politique dans les postures viriles face au crime (*tough on crime*)⁸. Le sociologue britannique David Garland a identifié qu'une des caractéristique de cette surenchère dans les pays anglo-saxons (qu'il a baptisé « culture du contrôle ») est que les partis de gauche (*Democrats, Labor*) ne jouent plus le rôle équilibrant qui était le leur traditionnellement, par exemple en dénonçant une justice de classe ou en déplorant la focalisation sur les délits commis par les plus pauvres au détriment des infractions en col blanc⁹. Selon David Garland, le résultat de cet alignement des partis de droite comme de gauche sur les questions de sécurité font que ceux-ci rivalisent depuis une trentaine d'années pour durcir les politiques pénales états-uniennes. Dans le sillon de ces premières recherches, un vaste courant de sociologie et de sciences politiques a tenté d'identifier et d'expliquer ce virage, les deux grandes explications étant soient institutionnelles¹⁰ soient de philosophie économique¹¹. Ces observations, propres au monde académique il y a dix ans, sont en train de pénétrer le monde politique – ainsi, quelques jours après qu'Hillary Clinton déplore en son début de campagne présidentielle les conséquences actuelles de la surenchère pénale, son mari Bill a reconnu en public le rôle des lois passées sous son mandat¹².

⁸Pour une description du mouvement, v. Pratt, John, et al., eds. *The new punitiveness*. Routledge, 2013 ; pour une présentation (critique) en français v. Carrier, Nicolas. "Sociologies anglo-saxonnes du virage punitif. Timidité critique, perspectives totalisantes et réductrices." *Champ pénal/Penal field* 7 (2010).

⁹Garland, David. *The culture of control*. Oxford University Press, 2004. Une partie de cet article est adaptée dans un article en français, v. Garland, David. "Adaptations politiques et culturelles des sociétés à forte criminalité." *Déviante et société* 31.4 (2007): 387-403.

¹⁰Simon, Jonathan. *Governing through crime: How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*. Oxford University Press, 2007, Tonry, Michael. *Punishment Politics*. Routledge, 2012; Lacey, Nicola. *The prisoners' dilemma: political economy and punishment in contemporary democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

¹¹Wacquant, Loïc. *Punishing the poor: The neoliberal government of social insecurity*. Duke University Press, 2009. Harcourt, Bernard E. *The illusion of free markets*. Harvard University Press, 2011.

¹²<http://time.com/3850046/bill-clinton-three-strikes-prison/>

Concrètement la liste des différentes formes qu'ont pris ce virage dans son volet pénal est longue mais on peut principalement identifier¹³ :

- *l'augmentation des minima*, c'est-à-dire les peines planchers qui sont intégrées dans des lois de type *three strikes laws*, c'est-à-dire qui fixent un plancher très élevé (par exemple 25 ans) à la troisième condamnation ; ou encore telles qu'elles résultent de *sentencing guidelines*, c'est-à-dire de ces tables à double entrée qui servent de référence aux prises de décisions et qui contraignent les juges à fixer la peine dans une certaine fourchette relativement restreinte (par exemple, à deux ans près) après avoir vérifié d'une part les circonstances de l'infraction et d'autre part les antécédents du prévenu).
- *l'augmentation des maxima*, c'est-à-dire les circonstances aggravantes, qui se sont multipliées sur cette période, par exemple pour les infractions violentes, sexuelles, liées au stupéfiants (dans le cadre de la fameuse *war on drugs*), commises avec une arme à feu ou en état de récidive.
- *la réduction des possibilités d'aménagement de peine*, qui s'est également répandue dans de nombreux Etats, par exemple par le *truth in sentencing*, c'est-à-dire la pratique qui consiste à prononcer une « vraie » peine qui sera effectuée telle quelle et non aménagée ultérieurement par respect pour les profanes ; ou encore par la suppression ou restriction des possibilités de *parole* (libération conditionnelle).

La conjugaison de ces différentes mesures prises, tantôt au niveau fédéral, tantôt au niveau local, depuis une quarantaine d'année commence à être connue du public : c'est l'incarcération dite « de masse », c'est-à-dire une politique d'enfermement qui atteint un niveau très élevé généralement (1% de la population), mais encore plus impressionnant localement, puisqu'il s'agit en fait de près de 2% des hommes, et que si on se rapporte au cœur de cible de cette institution, 10% des jeunes hommes noirs sont détenus à un moment donné¹⁴. Le récent rapport sur les causes et les conséquences de la hausse de l'incarcération aux Etats-Unis qui a été délivré par la *National Academy of Science* – l'académique scientifique la plus prestigieuse du pays – identifie clairement les politiques de durcissement des peines comme à l'origine de cette hausse¹⁵.

Ce changement a été si important et rapide qu'on doit s'attendre à ce qu'il ait eu d'importantes conséquences sociales¹⁶, mais aussi des conséquences internes au système pénal. Parmi ces conséquences, on observe que parallèlement à l'augmentation de la sévérité des peines, les

¹³Pour une liste de ces politiques v. Travis, Jeremy, Bruce Western, and Steve Redburn, eds. *The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*. *National Academies Press*, 2014.

¹⁴Western, Bruce. *Punishment and inequality in America*. *Russell Sage Foundation*, 2006.

¹⁵Travis, Jeremy, Bruce Western, and Steve Redburn, eds., *op cit*.

¹⁶Outre le rapport cité supra note 13, on peut lire à ce sujet Garland, David, ed. *Mass imprisonment: Social causes and consequences*. Sage, 2001 ; Mauer, Marc. "The causes and consequences of prison growth in the United States." *Punishment & Society* 3.1 (2001): 9-20 ou encore des travaux plus spécifiques comme Hagan, John, and Ronit Dinovitzer. "Collateral consequences of imprisonment for children, communities, and prisoners." *Crime and Justice* (1999): 121-162; Roberts, Dorothy E. "The social and moral cost of mass incarceration in African American communities." *Stanford Law Review* (2004): 1271-1305.

Etats-Unis ont connu une explosion du taux de plaider coupable. Notamment la proportion de prévenus ayant un véritable procès a été divisée par cinq durant les trente-cinq dernières années.

3. Les répercussions des politiques de durcissement sur le taux de plea-bargaining

Il y a de nombreuses raisons de penser que le durcissement des peines peut agir sur le taux de *pleabargaining* et donc sur la proportion de prévenu bénéficiant d'un procès et des garanties liées au droits de la défense. Les politiques de durcissement des peines ont théoriquement deux effets favorisant le taux de *plea bargaining* : un effet, facile à imaginer, du côté des prévenus et un effet, au moins tout aussi important du côté du Parquet¹⁷.

Pour ce qui est des prévenus, tout d'abord l'incitation à marchander une peine avec le parquet en échange d'un aveu repose essentiellement sur l'espérance de voir ainsi « *réduire le coût général du procès, à savoir les coûts en terme de peine et les coûts associés à la procédure (temps, honoraires, incertitude).* »¹⁸ De toute évidence, l'augmentation des peines – dans des proportions parfois surréalistes pour quelqu'un du continent – qui a été envisagée par des réformes telles que celles qu'ont connues les Etats-Unis depuis les années 1980 a considérablement augmenté la motivation qu'ont les prévenus à renoncer à leurs droits, et notamment au droit au silence¹⁹. Cette incitation est assez intuitive. Il est sans doute facile d'accepter sans discuter une peine de cinq ans d'emprisonnement (1/3 de 15) face au risque d'encourir 15 ans ; alors qu'accepter une peine de 2 ans (1/3 de 6 ans) face au risque d'encourir six années de détention peut faire davantage réfléchir. Il ne s'agit pas d'entrer dans les calculs rationnels chers au volet *Law and Economics*, mais les Etats-Unis disposent de plus en plus de sanctions très longues posant un risque inacceptables pour la plupart des personnes de voir une part substantielle de leur vie derrière les barreaux.

Mais, de façon contre-intuitive, on trouve au moins autant de motivations supplémentaires pour éviter le procès dans un contexte de virage punitif du côté du Parquet²⁰ :

- d'abord, pour circonvenir à des planchers de peines qui leur ont été imposé et auxquels ils n'adhèrent pas toujours, le parquet peut proposer une peine qui lui semble plus appropriée que les minima légaux aux faits de l'espèce;

¹⁷ Il y a plusieurs théories concurrentes sur les incitations au plea bargaining mais les deux paragraphes qui suivent sont assez banales pour correspondre aux prédictions convergentes des théories fondées sur des modèles de choix et des théories fondées sur des connaissances empiriques. Ces théories sont évoquées dans les notes de bas de pages suivantes.

¹⁸ Fisher, Talia. "The Boundaries of Plea Bargaining: Negotiating the Standard of Proof." *The Journal of Criminal Law and Criminology* (2007): 943-1007.

¹⁹ Perez, D. (2011). « Deal or No Deal? Remedying Ineffective Assistance During Plea Bargaining ». *The Yale Law Journal*, 120 (6), 1532-1577. Yaroshefsky, E. (2008). « Ethics and Plea Bargaining: What's Discovery Got to Do With It? » *Criminal Justice*, 23(3).

²⁰ Sur ces motivations v. notamment Reinganum, J. (2000). Sentencing Guidelines, Judicial Discretion, And Plea Bargaining. *The RAND Journal of Economics*, 63-81 ainsi que Stephanos, B. (2004). Plea Bargaining outside the Shadow of Trial. *Harvard Law Review*, 117(8), 2463-2547.

- ensuite, la motivation principale du Parquet est réduire sa charge de travail, or celle-ci fut sans doute augmentée par l'alourdissement des flux entrants résultant des politiques pénales plus actives, souvent conjuguées avec les politiques de durcissement et parfois directement liées (nouvelles infractions, davantage d'antécédents enregistrés) ;
- de même, le Parquet a intérêt (notamment budgétairement) à raccourcir la durée des procédures, or celles-ci tendent à s'allonger quand l'enjeu final devient plus important ;
- enfin, même si c'est peut-être moins important que les autres raisons, le Parquet a intérêt pour éviter les risques d'acquiescement liés aux situations trop déséquilibrées – la France a connu le même problème lorsqu'elle a tenté de punir l'infanticide de la peine de mort. Autrement dit, quand les sanctions prévues sont trop élevées face aux circonstances de l'espèce, il n'est pas toujours bon de demander son avis à un jury citoyen.

Il y a évidemment d'autres facteurs qui entrent en compte dans la décision de négocier sa peine ou de ne pas la négocier, mais il faut à mon avis placer moins d'emphase que les théoriciens des jeux le font habituellement²¹ sur les probabilités (par exemple, les chances d'acquiescement si l'on va au procès, les chances que telle ou telle circonstance aggravante soit retenue). Si l'on admettait que les probabilités jouent un rôle important, alors des réformes ou revirement de jurisprudence renforçant les droits de la défense devaient toujours influencer grandement la décision de *plea bargain*, mais en réalité ces probabilités sont toujours mal connues (car connus sous la forme de masse dont on ne sait que faire, chaque cas particulier étant différent de la moyenne), mal comprises des juristes praticiens (les professionnels maniant en général assez mal les probabilités, qui ne sont pas dans leur champ de compétence), et il faut également rappeler que la qualité du conseil – et d'autres aspects – font qu'il y a d'un prévenu à l'autre dans la même situation des diagnostics très divergents des risques encourus au procès²².

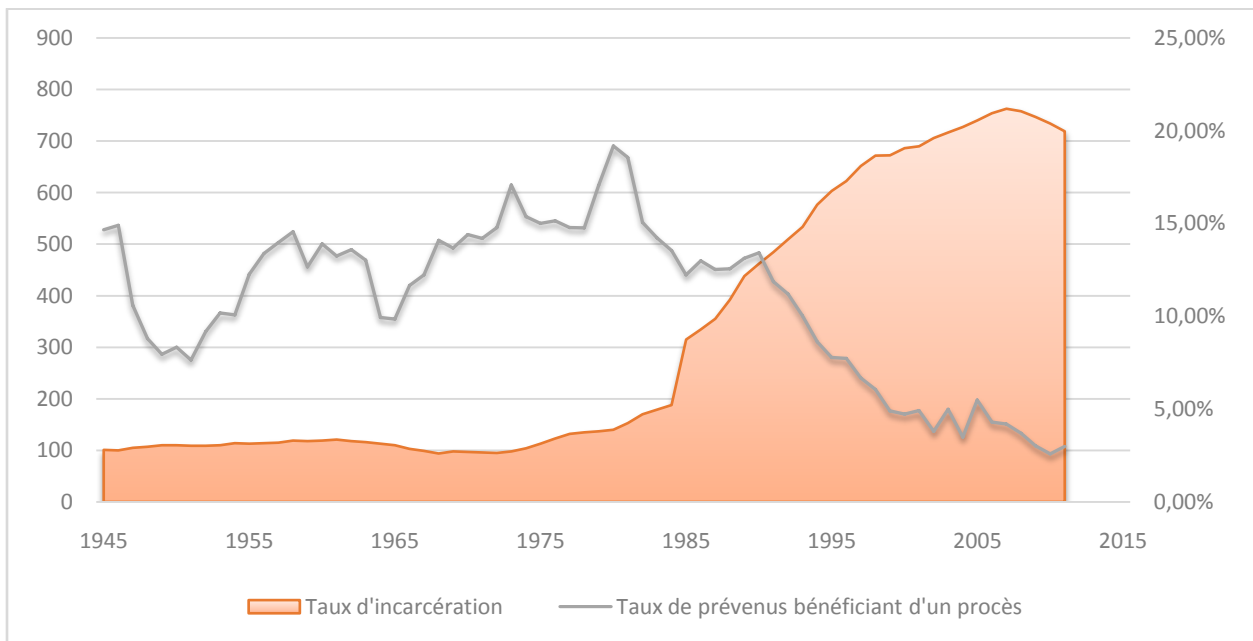
A mon sens, la peine risquée et l'encombrement des tribunaux jouent un rôle beaucoup plus important que des variations incommensurables des probabilités d'acquiescement, et ainsi, telle ou telle nouvelle petite règle ou standard de preuve ne devrait *a priori* avoir que des effets de second ordre sur le taux de *plea bargaining* (il peut, et doit, y avoir évidemment un certain nombre d'exceptions) alors que les changements dans la peine encourue et dans les flux entrants (qui encombrant aussi les bureaux des avocats commis d'office) doivent quant à eux avoir eu un effet de premier ordre.

Or, sans surprise, le mouvement de durcissement et l'augmentation du *plea bargaining* semble associé – même si l'association ne semble forte qu'à partir de 1980 (et il faudra réfléchir aux possibles limites que ce fait peut représenter). Pour montrer ce parallélisme, nous avons recueilli des données sur le phénomène du durcissement et le phénomène du *plea bargaining* depuis depuis 1945.

²¹Hechter, Michael. "The insufficiency of game theory for the resolution of real-world collective action problems." *Rationality and Society* 4.1 (1992): 33-40.

²²V. Perez, D, *art. précit.*

Pour se faire une idée des variations liées à la sévérité des peines, nous avons saisi les taux agrégés d'incarcération pour 100.000 habitant dans les prisons locales et fédérales (dans lesquels il a évolué en parallèle) depuis 1945 à partir des recueils nommés *Corrections Statistics (1850-1984)* et *Criminal Justice Statistics Corrections Data (1985-2012)* tous deux fournis par le ministère de la Justice des Etats-Unis. Le taux d'incarcération est un indicateur imparfait de la dureté des peines (même s'il s'y substitue souvent dans les études quantitatives) car il est le résultat de toute une série de variables, dont la dureté de la réponse pénale n'est qu'un aspect. Néanmoins, comme nous l'avons précisé plus haut²³, le consensus actuel est que les variations depuis au moins 35 ans de ce taux sont principalement liées aux politiques pénales. Pour ce qui est du *plea bargaining*, le *Sourcebook of Criminal Justice Statistics* donne depuis 1945 toute une série d'information sur le devenir des prévenus. Si l'on prend par exemple les *district courts* (tribunaux fédéraux) le *sourcebook* indique le nombre de plaider coupable ou *nolocontendere*. Si ce taux n'est pas une indication directe du recours au *plea bargaining* en général, il demeure malgré tout un bon indicateur. Ces deux sources ont leurs limites propres qui sont expliquées dans leurs annexes. La comparaison des données statistiques des deux sources est montrée au graphique 1.



Graphique 1. Simultanéité entre la hausse de l'incarcération et la chute du taux de prévenu contestant les charges qui sont présentées contre eux

Le graphique montre une stabilité du taux d'incarcération de 1945 à 1979. Sur cette période, la proportion de prévenu contestant les charges présentées contre eux oscille entre 10% et 17%. En 1980, ce taux atteint son pic à 20% et ne va cesser de chuter alors, et ce en deux temps. De 1980 à 1990, le taux va se stabiliser à 14%. Sur cette même période, l'incarcération a connu une première vague de croissance qui va se projeter dans les années 1990 et 2000. A partir de 1990, la proportion de prévenu contestant les charges qui sont présentées contre eux va s'effondrer

²³V. supra note 12.

et passer de 14% à 2,6%. Sur l'ensemble de la période, on peut dire que la proportion de prévenus qui conteste les charges présentée contre eux, et peut donc bénéficier pleinement de toutes les garanties théoriques concernant l'équilibre des parties, les règles strictes de preuves, la standard du doute raisonnable, le droit au silence etc., a donc été à peu près divisé par cinq.

Or, cette chute est d'autant plus intéressante que, si l'histoire longue de la pénalité états-unienne peut être lue comme un « triomphe du *plea bargaining* » dans les mots de George Fischer qui réalisa une célèbre monographie sur la question²⁴, le plaider coupable paraissait entre 1945 et 1980 s'être stabilisé et suivre un mouvement sinusoïdal, avec plutôt une légère tendance à la baisse. A partir du virage punitif, le mouvement devient à sens unique, et fortement marqué à la baisse.

Ce double mouvement indique qu'il est au moins plausible que les politiques pénales dures aient profondément affecté l'exercice des droits de la défense aux Etats-Unis. Il faut évidemment prendre garde à ne pas établir à partir de la synchronicité de ces deux mouvements une quelconque relation de causalité. D'abord, il y a une certaine relation d'endogénéité entre les deux variables, à savoir que non seulement le plaider coupable peut être déterminé par le taux d'incarcération, mais c'est évidemment lui qui nourrit le taux d'incarcération. Ensuite, il y a sur cette période un déploiement de très nombreuses mesures non seulement dans le pénal – mais de façon plus générale dans la gestion de la marginalité sociale – qui ont pu tout autant agir sur ce taux. Ce qui est certain c'est que depuis les années 1990, le contenu des droits de ceux qui disposent d'un procès a pris de moins en moins d'importance. Le procès devant jury avec le standard du doute raisonnable – pièce centrale de l'imaginaire juridique américain qui s'est construit contre la culture de l'aveu du modèle inquisitoire²⁵, est, pour reprendre les mots d'un auteur, une « espèce en voie de disparition »²⁶ et le lien entre la forme et le fond semble une hypothèse prometteuse pour des caractérisations plus fines qui devraient être faites ultérieurement.

Bibliographie

Carrier, Nicolas. "Sociologies anglo-saxonnes du virage punitif. Timidité critique, perspectives totalisantes et réductrices." *Champ pénal/Penalfield* 7 (2010).

Di Siena, Deborah, and Ahmed Mokdad. "Hearsay evidence: the law." *Without Prejudice* 12.10 (2012): 44-45;

Fisher, George. *Plea bargaining's triumph: a history of plea bargaining in America*. Stanford University Press, 2004.

²⁴Fisher, George. *Plea bargaining's triumph: a history of plea bargaining in America*. Stanford University Press, 2004.

²⁵v. Sklansky, David Alan. "Anti-inquisitorialism." *Harvard Law Review* (2009): 1634-1704. Raoult, Sacha. "Le modèle inquisitoire dans l'imaginaire juridique américain (xixe-xxe siècles)." *Droit et société* 1 (2013): 117-136.

²⁶Mnookin, Jennifer L. "Uncertain Bargains: The Rise of Plea Bargaining in America." *Stanford Law Review* (2005): 1721-1743.

Fisher, Talia. "The Boundaries of Plea Bargaining: Negotiating the Standard of Proof." *The Journal of Criminal Law and Criminology* (2007): 943-1007.

Foucault, *Surveiller et Punir*, Gallimard, 2004

Garland, David, ed. *Mass imprisonment: Social causes and consequences*. Sage, 2001 ;

Garland, David. "Adaptations politiques et culturelles des sociétés à forte criminalité." *Dévianteet société* 31.4 (2007): 387-403.

Garland, David. *The culture of control*. Oxford University Press, 2004

Hagan, John, and RonitDinovitzer. "Collateral consequences of imprisonment for children, communities, and prisoners." *Crime and Justice* (1999): 121-162

Harcourt, Bernard E. *The illusion of free markets*. Harvard University Press, 2011.

Hechter, Michael. "The insufficiency of game theory for the resolution of real-world collective action problems." *Rationality and Society* 4.1 (1992): 33-40.

Lacey, Nicola. *The prisoners' dilemma: political economy and punishment in contemporary democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Mauer, Marc. "The causes and consequences of prison growth in the United States." *Punishment & Society* 3.1 (2001): 9-20

Mnookin, Jennifer L. "Uncertain Bargains: The Rise of Plea Bargaining in America." *Stanford Law Review* (2005): 1721-1743.

Montesquieu, *Esprit des Lois* 1777 Garnier

Perez, D. (2011). Deal or No Deal? Remediating Ineffective Assistance During Plea Bargaining. *The Yale Law Journal*, 120 (6), 1532-1577.

Pradel, Jean. "Un regardperplexe sur la nouvelle garde à vue. À propos de la loi du 14 avril 2011." *Semainejuridique* 22 (2011): 1104-1113.

Pratt, John, et al., eds. *The new punitiveness*. Routledge, 2013

Raoult, Sacha. "Le modèle inquisitoire dans l'imaginaire juridique américain (xixe-xxe siècles)." *Droit et société* 1 (2013): 117-136.

Reinganum, J. (2000). Sentencing Guidelines, Judicial Discretion, And Plea Bargaining. *The RAND Journal of Economics*, 63-81.

Roberts, Dorothy E. "The social and moral cost of mass incarceration in African American communities." *Stanford Law Review* (2004): 1271-1305.

Roujou de Boubée, G. "La réformeedue de la garde à vue." *RecueilDaloz* (2011): 1128-1229;

Simon, Jonathan. *Governing through crime: How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*. Oxford University Press, 2007

Sklansky, David Alan. "Anti-inquisitorialism." *Harvard Law Review* (2009): 1634-1704.

Spencer, John R. *Hearsay evidence in criminal proceedings*. Bloomsbury Publishing, 2014.

Stephanos, B. (2004). Plea Bargaining outside the Shadow of Trial. *Harvard Law Review*, 117(8), 2463-2547.

Tonry, Michael. *Punishment Politics*. Routledge, 2012

Travis, Jeremy, Bruce Western, and Steve Redburn, eds. *The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*. *National Academies Press*, 2014.

Wacquant, Loïc. *Punishing the poor: The neoliberal government of social insecurity*. Duke university Press, 2009.

Western, Bruce. *Punishment and inequality in America*. *Russell Sage Foundation*, 2006.

Whitman, James Q. *Harsh justice: Criminal punishment and the widening divide between America and Europe*. Oxford University Press, 2003.

Yaroshefsky, E. (2008). Ethics and Plea Bargaining: What's Discovery Got to Do With It? *Criminal Justice*, 23(3).