



uOttawa

L'Université canadienne
Canada's university

FACULTÉ DES ÉTUDES SUPÉRIEURES
ET POSTDOCTORALES



FACULTY OF GRADUATE AND
POSTDOCTORAL STUDIES

José Roberto Xavier

AUTEUR DE LA THÈSE / AUTHOR OF THESIS

M.A. (criminologie)

GRADÉ / DEGREE

Département de criminologie

FACULTÉ, ÉCOLE, DÉPARTEMENT / FACULTY, SCHOOL, DEPARTMENT

L'opinion publique au sein du système de justice pénale : l'affaire James Bulger

TITRE DE LA THÈSE / TITLE OF THESIS

Alvaro Pires

DIRECTEUR (DIRECTRICE) DE LA THÈSE / THESIS SUPERVISOR

CO-DIRECTEUR (CO-DIRECTRICE) DE LA THÈSE / THESIS CO-SUPERVISOR

EXAMINATEURS (EXAMINATRICES) DE LA THÈSE / THESIS EXAMINERS

Fernando Acosta

Martin Dufresne

Gary W. Slater

LE DOYEN DE LA FACULTÉ DES ÉTUDES SUPÉRIEURES ET POSTDOCTORALES /
DEAN OF THE FACULTY OF GRADUATE AND POSTDOCTORAL STUDIES

L'opinion publique au sein du système de justice pénale :
l'affaire James Bulger.

José Roberto Xavier

3157407

THÈSE DE MAÎTRISE PRÉSENTÉE AU DÉPARTEMENT DE
CRIMINOLOGIE DE L'UNIVERSITÉ D'OTTAWA COMME
COMPLÉMENT AUX EXIGENCES DE LA MAÎTRISE ÈS ARTS

avril 2005



Library and
Archives Canada

Bibliothèque et
Archives Canada

Published Heritage
Branch

Direction du
Patrimoine de l'édition

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file *Votre référence*

ISBN: 0-494-11460-6

Our file *Notre référence*

ISBN: 0-494-11460-6

NOTICE:

The author has granted a non-exclusive license allowing Library and Archives Canada to reproduce, publish, archive, preserve, conserve, communicate to the public by telecommunication or on the Internet, loan, distribute and sell theses worldwide, for commercial or non-commercial purposes, in microform, paper, electronic and/or any other formats.

The author retains copyright ownership and moral rights in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

AVIS:

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque et Archives Canada de reproduire, publier, archiver, sauvegarder, conserver, transmettre au public par télécommunication ou par l'Internet, prêter, distribuer et vendre des thèses partout dans le monde, à des fins commerciales ou autres, sur support microforme, papier, électronique et/ou autres formats.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur et des droits moraux qui protègent cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

In compliance with the Canadian Privacy Act some supporting forms may have been removed from this thesis.

Conformément à la loi canadienne sur la protection de la vie privée, quelques formulaires secondaires ont été enlevés de cette thèse.

While these forms may be included in the document page count, their removal does not represent any loss of content from the thesis.

Bien que ces formulaires aient inclus dans la pagination, il n'y aura aucun contenu manquant.


Canada

Résumé

Dans cette thèse, nous explorons les relations entre l'opinion publique et le système de justice pénale à partir d'une étude de cas. Il s'agit de voir comment le système de justice pénale rend opérationnelle l'opinion publique dans son fonctionnement interne dans une affaire où les « pressions populaires » ont été fort présentes. Nous privilégions alors la vision interne du système de justice pénale pour observer ces interrelations. Notre recherche, qualitative, est une analyse documentaire et elle s'appuie tant sur le cadre théorique de la rationalité pénale moderne, que sur des définitions ad hoc des termes « opinion publique », « public » et « population ».

Remerciements

Je désirerais remercier quelques personnes sans qui cette thèse n'aurait pu être produite. D'abord, j'aimerais remercier deux amis – Brigitte et Bill – qui m'ont appuyé dès le début de mon séjour au Canada et qui, de cette façon, ont énormément contribué à ce que je me fasse un chez moi dans un pays inconnu. À Brigitte je remercie aussi la révision d'une partie du texte.

Je voudrais remercier aussi à tous les chercheurs de la Chaire de Recherche du Canada en Traditions Juridiques et Rationalité Pénale, qui m'ont accueilli si chaleureusement dans un environnement de travail fort stimulant. Je remercie particulièrement Richard Dubé, Jean-François Cauchie et Gérald Pélletier pour les révisions de quelques parties de la thèse. Je tiens à remercier aussi mon collègue et ami Sébastien Lachambre pour son énorme patience comme réviseur et pour avoir été mon interlocuteur le plus fréquent pendant l'écriture de cette thèse.

Ensuite, j'aimerais remercier le professeur Fernando Acosta à qui j'attribue « la faute » de ma décision de venir faire mes études de maîtrise si loin de chez moi. Je le remercie aussi pour l'accueil chaleureux et pour ses conseils dès mon arrivée au Canada.

Je voudrais remercier aussi mon directeur de thèse, le professeur Alvaro Pires. Outre mon admiration pour son talent et sa compétence comme chercheur et professeur, j'ai une énorme gratitude envers lui pour sa générosité, sincérité et patience tout au long du travail. Je lui suis reconnaissant aussi pour m'avoir toujours présenté de nouveaux défis intellectuels tout comme d'avoir toujours eu confiance dans ma capacité académique.

À mes parents, Sonia et José Roberto, je remercie tout le support pendant ma vie, principalement depuis mon arrivée au Canada. Malgré cette distance dans l'espace, leurs présence et affection sont toujours présentes dans ma vie.

Finalement, je remercie Julia, pour tout son support, amour et pour être dans ma vie une raison de permanente joie. Merci.

Encore une fois, merci à tous ceux qui m'auront permis de poursuivre ma route, que vous ayez ou non été remerciés dans cette petite note.

Table des matières

Introduction.....	p.1
Chapitre 1 : L'affaire James Bulger : l'événement, les médias et la panique morale	p.7
1.1 L'événement	p.8
1.2 Les médias et la panique morale... ..	p.10
1.3 Les médias et le jugement.....	p.26
1.4 Le public après le jugement : la période punitive ancrée sur l'opinion publique....	p.28
1.5 Le public et le contrôle juridictionnel de la décision du Ministre.....	p.32
Chapitre 2 : La méthodologie	p.36
2.1 L'objet.....	p.37
2.2 Le choix de l'approche et de la méthode de cueillette de données.....	p.37
2.3 Aspects éthiques de la recherche.....	p.39
2.4 L'échantillon.....	p.40
2.4.1. L'échantillon à proprement parler	p.40
2.4.2. Les finalités théorico-méthodologiques de la recherche.....	p.43
2.5 Les sources de la recherche	p.45
2.6 Le type d'analyse	p.46
2.7 Remarques finales	p.48
2.8 La grille analytique	p.50
Chapitre 3 : Revue de littérature et cadre théorique	p.52
3.1 L'opinion publique et le système de justice pénale dans la littérature	p.53
3.1.1 La mesure de la punitivité du public. Est-il vraiment plus punitif que les juges?	p.57
3.1.2 Les politiciens, la punitivité et le public	p.59
3.1.3 Les médias, la punitivité et le public	p.60
3.1.4 Est-ce que la justice utilise le concept d'opinion publique?	p.61
3.1.5 Bilan final	p.66

3.2 L'opinion publique dans le système pénal et la rationalité pénale moderne	p.68
3.2.1 La rationalité pénale moderne	p.68
3.2.2 La rationalité pénale moderne et la juridicisation de l'opinion publique..	p.76
3.2.3 L'opinion publique	p.80
 Chapitre 4 : Description de l'affaire dans le système pénal e analyse	p.83
4.1 La décision du ministre : l'entrée de l'opinion publique dans le système pénal	p.84
4.2 La décision de la <i>Divisional Court</i>	p.87
4.2.1 Bilan final de la décision de la <i>Divisional Court</i>	p.95
4.3 La décision de la Cour d'appel.....	p.98
4.3.1. L'argumentation du juge Lord Woolf	p.99
4.3.2 L'argumentation du juge Lord Hobhouse	p.110
4.3.3 L'argumentation du juge Lord Morritt.....	p.116
4.3.4 Bilan final de la décision de la Cour d'Appel	p.119
4.4 La décision de la <i>House of Lords</i>	p.122
4.4.1 Lord Goff of Chieveley	p.123
4.4.2 Lord Browne-Wilkinson	p.129
4.4.3 Lord Lloyd of Berwick	p.133
4.4.4 Lord Steyn	p.138
4.4.5 Lord Hope of Craighead	p.144
4.4.6 Bilan final	p.149
4.5 Les décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme	p.152
4.5.1 Violation de l'article 3	p.155
4.5.2 Violation de l'article 6, §1	p.159
4.5.3 Violation de l'article 5, §1 et §4	p.162
 Chapitre 5 : Conclusions	p.165
5.1 Les formes d'intégration de l'opinion publique	p.166
5.2 La question de la séparation des pouvoirs	p.175
5.3 La rationalité pénale moderne et les demandes punitives de l'opinion publique	p.175
 Références bibliographiques	p.178

INTRODUCTION

Cette thèse de maîtrise constitue une recherche exploratoire sur les relations entre l'opinion publique et le système de droit pénal et elle sera faite à partir d'une étude de cas : l'affaire Bulger. Il s'agit d'un dossier judiciaire qui porte sur le cas de deux jeunes âgés de dix ans qui ont enlevé et tué un petit garçon dans un centre commercial en Angleterre. Cette affaire a fait l'objet d'une énorme couverture médiatique et a donné lieu à une pression populaire sur le gouvernement et les tribunaux pour traiter sévèrement les deux jeunes trouvés responsables de ce drame. À partir de ce cas, nous voulons réfléchir plus spécifiquement sur la question suivante : comment la dimension cognitive du système pénal est-elle préparée pour faire face à l'opinion publique en matière de détermination de la sanction pénale. Nous voulons aussi explorer comment le système de droit pénal est en train de s'orienter ou de se situer face à l'opinion publique et ce, particulièrement lorsqu'une affaire est fortement médiatisée et qu'au moins une partie de cette opinion publique revendique la sévérité des sanctions.

Compte tenu de la grande complexité de ce thème, il convient dès le départ d'indiquer, le mieux possible, les frontières et les limites de cette recherche. Les recherches empiriques portant sur l'opinion publique et la justice pénale se sont généralement concentrées sur deux thèmes. Le premier porte sur le degré de connaissance de la population sur la sévérité des peines effectivement infligées par les tribunaux. Le deuxième porte, inversement, sur la connaissance que les juges ont des attentes punitives de la population. Ces recherches laissent entendre souvent que la légitimité des peines dépend d'une sorte « d'harmonie » entre ces deux pôles : les désirs répressifs de la population et la pratique répressive des juges. Cette harmonie constituerait une sorte d'idéal à atteindre, soit en informant la population que les tribunaux sont plus sévères qu'elle pense, soit en informant les juges des attentes punitives de la population à l'égard de certaines offenses. Dans le premier cas, on rapprocherait l'opinion publique des tribunaux; dans

le deuxième, les tribunaux de l'opinion publique. Notre recherche ne porte pas sur cette question et ne partage pas ce présupposé. Cependant, nous allons examiner de plus près cette littérature pour deux raisons principales : pour mieux situer notre recherche dans le cadre de la littérature existante et pour voir si ces recherches contribuent ou non à une meilleure compréhension du concept même d'opinion publique. Nous verrons alors, entre autres choses, que notre recherche est aussi exploratoire en autre sens : nous n'avons pas trouvé de recherches portant précisément sur notre thème.

Bien que cette deuxième « frontière » soit plus difficile à clarifier immédiatement, nous ne sommes pas non plus directement intéressés au problème de savoir si les juges subissent ou non une influence subtile de l'opinion publique. Autrement dit, nous ne sommes pas nécessairement en train de chercher des preuves pour dire que les juges se laissent conduire par les mouvements de l'opinion publique. Mais il est vrai que notre étude prend par ailleurs comme présupposé le fait qu'il existe à l'heure actuelle une énorme pression de l'opinion publique sur le travail des juges en ce qui concerne la détermination des peines de certains dossiers, particulièrement lorsque leur cause est susceptible d'attirer les médias ou le fait effectivement médiatisés. Dans ce contexte, le travail des juges devient particulièrement difficile et déchirant. Il présuppose aussi qu'il existe un courant d'idées qui soutient que, dans une société démocratique, la souffrance imposée aux concitoyens doit satisfaire d'une quelconque façon la population. Comme nous le verrons, la littérature scientifique semble d'ailleurs stimuler ce courant et ces croyances.

Finalement, nous sommes conscient des difficultés entourant l'usage du concept même « d'opinion publique ». Nous allons faire un effort pour apporter quelques clarifications théoriques et méthodologiques (opérationnelles), mais nous ne prétendons pas réussir à résoudre

ce problème de façon entièrement satisfaisante. Plusieurs questions resteront en effet en suspens. Il n'en demeure pas moins que, comparativement à un grand nombre de recherches empiriques qui tiennent cette notion pour acquies, nous tenterons de la traiter directement.

Ce que nous allons essayer de faire ici, c'est d'observer ce rapport entre « opinion publique » et « détermination de la peine » à partir de la face interne du système de droit pénal. Peut-être serait-il plus approprié de dire que nous allons observer la construction de l'opinion publique par le système de justice pénal à partir d'un stimulus externe, d'ordre politique (que nous appellerons aussi d'opinion publique – voir chapitre 3.2.3).

Nous allons aussi observer comment l'opinion publique devient un problème dans le système de justice pénal et comment ce problème crée des structures cognitives et normatives pour en rendre compte ou pour en barrer l'entrée. Autrement dit, nous nous intéressons à la façon par laquelle le système pénal « reçoit » cette opinion publique dans une dynamique qui lui est propre.

Finalement, nous regardons cette mise en place de l'opinion publique dans le système pénal à partir du point de vue de la rationalité pénale moderne. Ce concept, défini ci-dessous (point 3.2.1), nous fournit des outils pour pouvoir observer l'équipement cognitif préalable du système pénal face à la question de l'opinion publique. Nous allons montrer que cette rationalité met en valeur une série de « pièges punitifs » pour le système pénal. Dans la meilleure des hypothèses, elle ne constitue pas un filtre efficace à la sévérité des peines. Sous l'ombre de certaines théories constitutives de cette rationalité (la théorie de la dissuasion, de la rétribution et de la dénonciation), l'intégration de l'opinion publique ne semble possible qu'en faveur d'une punitivité accrue. Certes, la théorie de la réadaptation fait aussi partie de cette rationalité (Pires, 1998). Mais elle ne semble pas réussir, à elle seule, et particulièrement dans un contexte plus

répressif, à faire un contrepois suffisamment rassurant des tendances punitives. Cela semble s'étendre aujourd'hui même aux cas des jeunes. Cette hypothèse indique alors que, même lorsque l'opinion publique est partagée, la rationalité pénale moderne est, selon le contexte social, plus « ouverte » à la sévérité qu'à la modération, ce qui ne signifie pas pour autant que les juges pencheront nécessairement vers la sévérité.

Quant aux raisons du choix de notre thème, il nous semble que le sujet opinion publique/système pénal semble de plus en plus occuper une place centrale dans les discours qui circulent dans la société. En effet, dans le dernier quart du XX^e siècle, quelques transformations liées à notre problème se produisent (Pires 2004a; 2004b) : une expansion des médias et une plus grande attention aux drames pénaux; une importance accrue donnée aux demandes d'augmentation de punitivité dans les lois pénales par le système politique; l'émergence de mouvements sociaux de "victimes" et la conséquente participation croissante dans le débat de réforme pénale de mouvements sociaux « sans théorie ». Le climat semble en être un d'insécurité sociale et les revendications sont faites au nom de la démocratie et de la citoyenneté, même si elles sont de caractère répressif. Elles sont aussi faites, semble-t-il, au nom de la "justice" et, dans ce cas-là, elles réactivent les anciennes et obsolètes théories des moyens exclusivement négatifs, comme la dissuasion, la rétribution et la neutralisation. Et, plus important, comment le droit pénal réagit-il à ces irritations? Est-il en train de réactiver une matrice punitive ou construit-il une nouvelle identité systémique? En accueillant l'opinion publique, comment et dans quel sens construit-il intérieurement cette réception?

C'est donc en ayant ce contexte général en tête que nous avons choisi notre objet de recherche. Il faut également souligner que le choix du thème et de l'objet est lié au projet général de la Chaire de Recherche du Canada en Traditions juridiques et rationalité pénale moderne que

dirige le professeur Alvaro Pires. Cette problématique est un des volets du programme de recherche de la Chaire et fait l'objet d'une subvention du CRSH. Notre thèse constitue ainsi notre contribution à ce programme.

Les sources empiriques de la recherche sont principalement les décisions de la justice pénale de l'Angleterre concernant l'affaire Bulger et deux décisions de la Cour Européenne de Droits de l'Homme. Nous avons aussi consulté des articles de périodiques et des ouvrages de nature plus journalistique qui décrivaient l'événement et les réactions qui suivirent. Le but de cette thèse est d'apporter une modeste contribution théorique et empirique à l'étude du problème du système pénal face à la question de l'opinion publique. Il s'agit peut-être surtout d'attirer l'attention sur ce problème et d'ouvrir un débat sur cette question.

Nous allons présenter maintenant une brève esquisse de la structure de notre travail. Nous allons commencer par une description de l'événement qui a déclenché cette affaire, de sa répercussion et de l'arrivée du problème au système de justice pénale, aussi bien que de son déroulement. Nous explorerons une brève théorisation par rapport aux répercussions du phénomène en employant le concept de « panique morale ». Ensuite, dans le deuxième chapitre, nous spécifierons nos choix méthodologiques en indiquant notre assise empirique. Le troisième chapitre sera consacré à une revue de la littérature et à l'explicitation de notre cadre théorique. Nous allons y présenter également nos concepts clés comme celui d'« opinion publique » et de « rationalité pénale moderne ». Le quatrième chapitre portera sur la description et l'analyse des données. En règle générale, pour faciliter la compréhension, notre matériel sera présenté décision par décision suivant l'ordre du déroulement du procès. Finalement, dans une courte conclusion, nous résumerons nos principales hypothèses et prendrons le risque de faire quelques spéculations pour susciter un débat.

CHAPITRE PREMIER

L'AFFAIRE JAMES BULGER : L'ÉVÉNEMENT, LES MÉDIAS ET LA PANIQUE MORALE

1.1. L'événement¹

En février 1993, dans la région de Liverpool en Angleterre, la disparition d'un enfant de deux ans dans un centre commercial n'attire pas beaucoup l'attention de la police ni entraîne trop de préoccupation parmi les agents de sécurité de l'établissement. Il s'agit d'un fait habituel, les plaintes d'une mère angoissée ayant perdu son enfant dans le centre commercial. Il faut généralement moins d'une heure pour que la majorité des enfants soient retrouvés.

Toutefois, après quelques heures, ce qui était un événement banal est devenu une raison d'inquiétude pour la police. À la fin de la journée, l'enfant demeurait introuvable et une grande opération de recherche a été mise en place. Les médias étaient déjà au courant de la disparition et reportaient les faits au grand public dans les émissions de soirée à la télévision. Les journaux ont fait la même chose le lendemain matin quand James – l'enfant disparu – n'avait toujours pas été retrouvé. La disparition s'est passée durant l'après-midi du vendredi. Sans aucune nouvelle du petit garçon à la fin du samedi, il était fort probable pour les policiers qu'il ne serait pas trouvé vivant et qu'un crime avait été commis.

Finalement, dans l'après-midi du dimanche, quelques jeunes adolescents qui jouaient le long de la voie de chemin de fer ont découvert la moitié inférieure d'un corps humain – d'un enfant – sur la voie. Les policiers qui se présentent sur les lieux ne prennent pas beaucoup de temps pour trouver l'autre moitié du corps et pour déterminer dans les heures suivantes qu'il s'agissait du corps de James Bulger, l'enfant disparu.

Dans l'enquête qui s'est poursuivie pour trouver « les responsables », un détail contribue à augmenter la médiatisation du cas qui était déjà très médiatisé depuis la disparition de l'enfant.

¹ La description de cette partie s'appuie sur les informations de Smith (1994) et Morrison (1997).

Les caméras de surveillance du centre d'achat ont capté l'image d'un enfant semblable à James, conduit par deux autres enfants. L'image n'était pas claire, mais les policiers ont jugé que les enfants avaient certainement moins de 15 ans.

Avec ces images présentées à la télévision et avec la description de l'état du corps (outre sa division en deux moitiés, il y avait plusieurs signes de violence sur le corps et le pantalon et les sous-vêtements avaient été enlevés, ce qui indiquait pour les policiers un possible abus sexuel), plusieurs dénonciations sont arrivées à la police à propos de l'identité des enfants filmés dans le centre.

« Friends, neighbours, relatives – mothers and fathers, brothers and sisters – phoned in with their own suspicions. (...) It was incredible that so many boys could be thought capable of such a crime. » (Smith, 1994 :107)

Après une semaine d'enquête, les auteurs de l'enlèvement et du meurtre ont été identifiés. Il s'agissait de deux jeunes – Robert Thompson et Jon Venables² – âgés de dix ans.

Les étapes de l'enlèvement ont été retracées avec leur témoignage dans le commissariat de police. Les deux jeunes ont fuit l'école durant cette journée et ils sont allés au centre commercial pour passer le temps. Là, ils commettent plusieurs petits vols dans les magasins jusqu'au point où ces petits délits ne semblent plus les satisfaire. À un moment donné, ils décident de prendre un petit enfant pour le faire se perdre de sa mère. « *Let's get a kid lost!* »

² Notre première intuition consistait à ne pas identifier les jeunes par leurs vrais noms. Toutefois, après un peu de lecture sur le déroulement du cas et un peu de réflexion, nous nous sommes rendus compte qu'il s'agissait d'une préoccupation injustifiable. Les deux jeunes ont reçu une nouvelle identité du gouvernement de l'Angleterre. En plus, une interdiction à vie a été prononcée par la justice anglaise interdisant aux médias de divulguer n'importe quelle information à propos de la vie des jeunes après le jugement qui a eu place en 1993. Ainsi, la précaution de ne pas mentionner leurs anciens noms ici serait exagérée compte tenu de la nouvelle identité et de la divulgation massive de leur ancienne identité dans les médias (il y a en outre des articles qui ont été utilisés pour cette thèse qui mentionnent les noms de ces enfants; comment donc cacher leurs identités mentionnant des articles qui ont leurs noms dans le titre?).

(Morrison, 1997 : 47), aurait suggéré un des deux jeunes. Ce n'était qu'un autre acte interdit dans une séquence de transgressions des jeunes qui ne cherchaient qu'à s'amuser.

Par hasard, James était l'enfant qu'ils ont trouvé dans le centre. Le petit garçon jouait à quelques mètres de sa mère distraite quand Thompson et Venable sont arrivés et l'ont persuadé de les suivre. Ensuite, ils ont pris James par la main et ils l'ont conduit à l'extérieur du centre. À ce moment, ils avaient accompli leur défi de faire se perdre un enfant. Sans savoir bien quoi faire après, ils ont décidé d'aller se promener avec le petit. Dans une marche de quelques heures, plusieurs personnes ont rencontrés les trois dans la rue, mais personne ne s'est rendu compte qu'il s'agissait d'un enlèvement.³ Finalement, Thompson et Venable ont amené James à la voie de chemin de fer où ils ont commencé à le frapper. Les deux ont admis dans leur témoignage avoir donné plusieurs coups de pieds à James, lui avoir lancé plusieurs briques et l'avoir frappé avec une bar de fer. Aucun des deux n'a admis avoir commis d'abus sexuel malgré le fait qu'ils avaient enlevé le pantalon et les sous-vêtements de James. Enfin, ils ont mis le petit garçon inconscient sur la ligne du train. Le train qui passerait quelques heures plus tard couperait le corps en deux (les médecins légistes ont affirmé que le garçon serait déjà mort à ce moment).

1.2. Les médias et la panique morale

L'affaire Bulger a eu des répercussions hors de l'ordinaire. L'importance donnée par les médias à ce cas a été beaucoup plus accentuée que dans n'importe quelle autre affaire criminelle impliquant des jeunes. Thompson (1998 : 96) souligne que l'affaire Bulger n'est pas unique, mais les réactions qu'elle a suscitées ont été sans précédent. Smith (1994 : 3) va un peu plus loin

³ Plusieurs de ces gens qui ont vu les garçons dans la rue ont été des témoins du procès. Pour la description du jugement, voir Smith (1994) et Morrison (1997).

en affirmant que l'ampleur de la couverture du cas ne se justifiait pas simplement par la gravité et la singularité du cas. En effet, l'auteur nous montre que, d'une part, des enfants meurtriers sont toujours des exceptions, mais que, de l'autre, Thompson et Venables n'étaient pas les premiers exemples dans l'histoire de l'Angleterre.⁴ Alors comment expliquer la commotion et les répercussions que cette affaire a causée? Bien entendu, nous n'ignorons pas le fait que l'événement soit fort choquant. Mais, au-delà de ce fait, les proportions qui ont pris ses répercussions ont été définitivement plus grandes que celles d'autres actes de jeunes comparables en ce qui concerne la violence. Alors, comment expliquer la magnitude des répercussions dans ce cas?

Pour utiliser un concept provenant de la littérature anglaise, ce qu'il y a de particulier dans la mort de James Bulger c'est le déclenchement d'une *panique morale*. En cherchant des données pour cette recherche, nous avons trouvé quelques mentions de ce concept et même deux auteurs qui conceptualisent l'affaire comme une panique morale (Thompson, 1998 : 94 et ss;

⁴ Cet auteur rapporte tous les cas de jeunes accusés de meurtre enregistrés par le système de Justice de l'Angleterre: en 1920, un enfant de 7 ans a tué un autre enfant (l'âge n'est pas mentionné) en le noyant dans un canal; en 1921, un enfant de 13 ans a frappé sa voisine plusieurs fois avec un marteau après une tentative de vol raté; en 1938, un enfant de 13 ans a abusé sexuellement une fille de 4 ans et l'a ensuite tué par étranglement; en 1947, un enfant de 9 ans a volé un landau avec un bébé pour ensuite le jeter dans un fossé, tuant le bébé; en 1961, un enfant de 12 ans a tué sa mère de cinquante-trois ans avec plusieurs coups de couteau suite à une altercation verbale; en 1967, un enfant de 10 ans a poignardé fatalement un autre de 10 ans dans un terrain de jeu; durant cette même année, un enfant de 12 ans en a noyé un autre de 7 dans un fleuve; en 1968, deux très jeunes enfants ont été tenu responsable (non pénalement) d'avoir battu à mort un bébé de sept mois; en 1968, un enfant de 11 ans (une fille, la première de cette liste) a tué par étranglement deux jeunes garçons de trois et quatre ans; en 1972, un enfant de 14 ans a noyé un autre de 6 ans; en 1973, un enfant de 12 ans a poignardé sa mère; en 1975, un enfant de 13 ans a battu à mort une femme âgée après un vol raté à son domicile; en 1975, un enfant de 13 ans a poignardé une petite fille de 2 ans causant sa mort; en 1976, un garçon de 13 ans a tué une fille de 12 par étranglement; en 1977, un enfant de 12 ans, avec trois autres jeunes un peu plus âgés, a tué un homme sans abris dans une maison abandonnée; en 1978, deux très jeunes enfants de 4 et 6 ans ont été accusés (non pénalement) d'avoir battu une femme de 84 ans à mort; en 1979, un enfant de 9 ans a tué sa sœur de huit mois avec un couteau et un stylo; en 1982, un enfant de 9 ans a poignardé un autre de 12 ans après une altercation verbale; en 1986, une petite fille de 6 ans a pris un bébé de trois semaines de son carrosse pour le jeter contre le mur causant sa mort; en 1988, un jeune de 12 ans a enlevé une petite fille de 2 ans d'un terrain de jeu et ensuite l'a étouffé tenant sa tête contre la terre molle; en 1990, un enfant de 12 ans a noyé un petit enfant de 3 ans dans un fleuve après avoir frappé sa tête contre les pierres de la rive; en 1992, une fille de 12 ans a tué le bébé de dix-huit mois qu'elle surveillait frappant sa tête contre le mur et après couvrant sa bouche et son nez avec la main.

Hay, 1995). Ce concept s'est révélé un bon outil pour comprendre l'impact de la médiatisation sur le public et les « pressions » subséquentes sur le système de justice pénal. Alors, dans les paragraphes suivants, nous utilisons un modèle théorique pré-construit que nous croyons capable d'aider à expliquer le phénomène médiatique qu'a été l'affaire Bulger.

Le concept de panique morale a été développé par Stanley Cohen (1973) pour se référer à la réaction de la société en Angleterre à un phénomène spécifique, soit la délinquance juvénile. Selon cet auteur, la panique morale est un événement épisodique qui présente quelques caractéristiques spécifiques. Tout d'abord, il s'agit de l'émergence d'un épisode, d'une personne ou d'un groupe de personnes comme une menace à la société et à ses valeurs. Soudainement, la société cible des groupes ou des comportements perçus comme dangereux pour elle. La menace et ses porteurs sont présentés de façon stéréotypée par les différents canaux de communication, c'est-à-dire que la menace est mise dans un format simple à comprendre pour le public. Ensuite, des « barricades morales » sont érigées par des « représentants de la société », dont des éditeurs des journaux, des politiciens, des membres du clergé etc. De plus, les « experts » viennent se prononcer dans les médias sur des « causes » et les « solutions ». Ainsi, des façons pour traiter le « problème » sont développées et présentées. Et, finalement, la panique disparaît simplement ou s'aggrave pour devenir encore « plus visible » (Cohen, 1973: 9). Il ajoute que :

« Sometimes the object of the panic is quite novel and at other times it is something which has been in existence long enough, but suddenly appears in the limelight. Sometimes the panic passes over and is forgotten, except in folk-lore and collective memory; at other times it has more serious and long-lasting repercussions and might produce such changes as those in legal and social policy or even in the way the society conceives itself. » (Cohen, 1973: 9)

Le même auteur poursuit son argumentation soutenant que les médias sont un élément très important de ce processus. Compte tenu de que la majorité de la population n'a accès qu'aux médias pour s'informer, ceux-ci jouent un rôle fondamental dans l'émergence de la menace qui va entraîner la panique (Cohen, 1973 : 16). Les médias jouent un rôle d'agents de l'indignation morale (et parfois ils le font même sans en être conscient). La façon même de présenter les nouvelles peut être la cause d'une anxiété ou de préoccupations exagérées (Cohen, 1973 : 16).

Après Cohen, d'autres auteurs anglais ont développé le concept de panique morale. Thompson (1998), un des auteurs qui a théorisé l'affaire Bulger comme une panique morale, a emprunté l'idée de Cohen et a tenté d'en faire une adaptation aux années quatre-vingt-dix. Il caractérise la panique comme une croisade, sur une période de temps limitée (courte ou longue), qui touche les gens qui sont déjà sensibilisés à "l'apparente fragmentation sociale ou effondrement de l'ordre" (Thompson, 1998 :11) qui les mettraient en danger. Il ajoute que les "lignes morales" (*moral guidelines*) de la réaction ne sont pas claires, c'est-à-dire que la menace est identifiée mais la réaction de panique ne se base pas sur une justification morale nettement spécifiée ni ne va cibler un groupe spécifique (ce qu'il appelle « all-pervasive quality » des paniques morales des années quatre-vingt-dix).⁵ En tête de la croisade morale se trouvent des politiciens et des médias qui demandent que des mesures soient prises pour éradiquer le problème. Finalement, il affirme que la panique morale d'aujourd'hui n'est pas la même que d'autrefois (1998 : 2). Outre le « all-pervasive quality », elles se succèdent avec beaucoup plus

⁵ Nous reprenons les mots de l'auteur ici pour expliquer ce point : « *Earlier panics tended to be focused on a single group – teenagers who went to coffee bars, drug addicts or young black muggers. Contemporary panics seem to catch many more people in their net. For example, panics about child abuse seem to call into question the very institution of the family and especially physical relations between fathers and their children, perhaps reflecting a general unease about masculinity and the role of the father. Just as an incident of 'home alone' children raises questions about the 'maternal instinct' and the independent woman.* » (Thompson, 1997:2). Il nous reste à demander ici si la meilleure définition pour cette question serait l'absence de clarté quant à la réponse à la « menace » (comme l'auteur a défini) ou l'absence de consensus. Nous croyons que cette deuxième option est la meilleure pour exprimer une réaction qui ne réussit pas à focaliser la cible que l'on doit attaquer pour supprimer la « menace ».

de vitesse : la scène publique ne cesse de voir l'émergence et la disparition de menaces contre la société à un rythme encore inconnu dans les années soixante-dix.

Il poursuit son argumentation en soutenant que la question de la profusion des paniques morales dans les années quatre-vingt-dix se relie aux rapides changements sociaux et au pluralisme croissant de la société anglaise. (Thompson, 1998 :11) L'arrivée de l'immigrant, le chômage, l'incertitude de la vie etc., tout cela crée un sol fertile pour l'émergence des paniques. Cette incertitude de la vie moderne est, selon lui, manipulée (même si inconsciemment) et magnifiée par les médias, fomentant l'émergence des paniques, qui vont à leur tour, demander plus de contrôle et de réglementation dans la société. Bien entendu, l'autorité morale en question qui crie contre les « menaces » est celle des élites. Selon ses propres mots,

« the 'at-risk' character of modern society is magnified and takes the form of moral panics in Britain due to the undermining of the authority of traditional elites and the loss of deference on the part of the lower class, allied to the centralized and 'incestuous' character of the mass media. » (Thompson, 1998 : 11)

Finalement, cet auteur est plus explicite que les autres affirmant que la réponse à la « menace », étant à l'origine de la panique morale, est le plus souvent une « *demand for greater social regulation or control and a demand for a return to 'traditional' values* » (Thompson, 1998 :8,9).⁶

⁶ À propos de la question d'une demande accrue de contrôle, l'auteur arrête son argumentation ici. Mais, même si sans référence directe au droit pénal, nous voyons déjà, semble-t-il, un type de rationalité qui peut revendiquer la punition accrue comme solution pour des problèmes sociaux. Comme nous allons développer davantage plus tard (chapitre théorique et conclusion), cette rationalité est exactement la même produite par le système pénal et ventilé ainsi par le système politique.

Un autre auteur qui traite de la question de la panique morale a développé un modèle à propos des étapes de l'émergence et développement de la panique qui nous semble très utile pour analyser l'affaire Bulger. À partir des idées de Cohen, Critcher (2003 : 16,17) établit sept étapes dans l'escalade d'une panique morale. Premièrement, on parle de l'émergence : un type de comportement devient problématique dans la perception collective, c'est-à-dire que ce comportement commence à être perçu comme une menace. Le sujet de l'inquiétude peut être quelque chose de nouveau mais aussi, comme Cohen l'a déjà soutenu, un comportement/groupe qui existe depuis longtemps. Ce qu'il y a vraiment de nouveau est que ce comportement/groupe est soudainement perçu comme une menace intolérable pour la société.

Deuxièmement, il est mis en place ce que l'auteur appelle l'« inventaire de média ». Il s'agit ici d'une « explication préliminaire de la nature de la menace et de ceux qui posent la menace » (Cricher, 2003 :17), qui comprend des processus de distorsion, d'exagération, de prévision et de symbolisation. Les menaces sont stéréotypées et réduites dans leur complexité à fin de prendre une forme compréhensible et facile à véhiculer par les différents moyens de communication. En outre, les médias deviennent sensibles à des événements pareils : tout ce qui arrive de semblable est immédiatement associé à la menace venant d'être construite et sert à supporter la thèse d'une menace très présente (et, pour cette raison, on voit un danger pour le futur). Voilà ce que l'auteur appelle la symbolisation. La menace construite, par exemple la pédophilie, n'a pas besoin d'explications pour être comprise pour toute la population. Il y a déjà un sens pré-construit par les médias.

Ensuite, les entrepreneurs moraux sortent des coulisses pour ratifier la perception collective de la menace, faire leurs diagnostics et proposer des solutions. Il s'agit ici de journalistes, des mouvements sociaux, de politiciens etc. qui s'arrogent le rôle de porte-parole du

public et qui demandent des solutions – qu'ils proposent eux-mêmes – pour contenir la menace contre la société.

De même, les experts entrent en scène pour donner des explications de la menace et pour contribuer aux « solutions ». Souvent ces experts jouent aussi le rôle d'entrepreneurs moraux, cependant leur condition de « savant » leur donne un statut différent, plus privilégié. Ils sont importants dans la façon selon laquelle les médias vont définir le problème.

Toute cette réaction (médias, experts et entrepreneurs moraux) contient la demande pour la mise en place des mécanismes de contrôle social d'une façon plus accentuée. Et si les instruments disponibles sont jugés insuffisants, il y aura des demandes pour des réformes juridiques (Critchler, 2003 :18).

Enfin, la panique morale disparaît soudainement ou se détériore tout en devenant plus permanente. Malgré l'absence d'une explication plus détaillée sur cette partie, l'interprétation possible ici est que – lorsqu'elle ne disparaît pas – la panique va constituer un « légat ». Selon lui (s'appuyant sur Cohen), la panique morale peut ne laisser que quelques petites traces à long terme (les paniques qui disparaissent soudainement) ou laisser comme héritage un changement dans les politiques sociales, une loi ou même la façon dont la société se voit elle-même. (Critchler, 2003 :18) Voilà la « détérioration » laissée comme légat.

L'affaire Bulger semble présenter ces caractéristiques de panique morale. Deux questions sociales, qui ne sont d'aucune façon des inquiétudes nouvelles, sont mises en relief lors du crime de Thompson et Venables. La délinquance juvénile et le problème des familles déstructurées sont exagérés avec l'affaire en question et ils prennent une place centrale dans le débat public. Le crime déclenche une panique à l'égard de deux thèmes qui n'étaient en soi nouveaux, mais qui ont pris des proportions extraordinaires après l'incident. Un événement isolé, tout à fait

extraordinaire (mais non pas unique, comme nous l'avons déjà mentionné), a permis de raviver et d'amplifier le problème des jeunes délinquants et des familles déstructurées. Ceux-ci sont donnés en grande partie comme des indicateurs du « déclin moral » de la société, de l'effondrement de la « solidarité sociale » et de la disparition de la « communauté ». Les journaux britanniques font écho des préoccupations prétendument du public à l'égard de ce déclin moral :

« The British have sensed for some time that violent crime was gnawing at the edges of the country's social fabric and that those in authority seemed powerless to stop its relentless progress. But it has taken one particular murder to crystallise the country's fears, encapsulate the concern and encourage people to ask aloud what kind of nation we are becoming: the brutal abduction of two-year-old James Bulger, who was led off by two other children. It is the world of video nasty brought to reality. » (The Sunday Times, 21 February 1993; dans Thompson, 1998 : 95)

« The death of James Bulger has proved a catalyst for all our worst fears. If we continue to live in a world where there is no shame in having endless children by different fathers, where marital infidelity is unimportant (...) we are doomed to live in an increasing maelstrom of horror. More children will die. There will be more young murderers (...) We have a world where children are growing up virtually as savages. Through video shops they have recourse to scenes of evil and black magic. » (Daily Mail, 26 november 1993; dans Thompson, 1998 : 98).

Nous pouvons dire, ainsi comme l'a fait Thompson (1998 :95-98), que l'événement en question a pris tellement d'importance, entre autres, par son adaptabilité à un discours préalable

de déclin moral. L'événement a été l'opportunité parfaite pour faire sortir tous les discours qui associent des types de vie socialement inadaptés à tous les problèmes et malaises de la société. Si on est dans cet état de régression sociale, cela est dû à ces individus incapables de former une famille, qui mettent au monde des jeunes qui vont fatalement devenir des délinquants. À cet égard, le discours du Ministre de la Justice de l'époque est symptomatique :

« (...) it is no good [social workers] mouthing political rhetoric about why children in their care are so delinquent. John Major and I believe it is no good that some sections of society are permanently finding excuses for the behaviour of the section of the population *who are essentially nasty pieces of work.* »
(mentionné par Franklin and Petley, 1996 :142; notre souligné).

Thompson et Venables ont servi à catalyser toute une hystérie sociale dans la réaction à leur acte. Et une fois le discours de panique morale construit, tout événement similaire devient un élément de confirmation de la thèse du déclin moral et de la menace contre la société. Les médias s'occupent parfaitement de la tâche de simplification de chaque cas pour que tout soit compris comme réflexe d'un même problème.⁷ Et les gens en conséquence associent immédiatement toutes les questions de déstructuration familiale et de délinquance juvénile à l'affaire Bulger.

En ce qui concerne la stigmatisation des jeunes, les médias ont été impitoyables. En dépit de et à cause de leur jeune âge, ils ont été présentés comme étant l'incarnation du mal. En bout de ligne, les deux jeunes n'ont pas seulement tué James, mais ils ont aussi « tué l'âge de l'innocence » (Franklin et Petley, 1996). Pour préserver l'image d'innocence de la jeunesse, la stratégie des médias a été d'attribuer à ces jeunes meurtriers l'étiquette « d'accidents de la

⁷ À cet égard, voir Hay, 1995.

nature », de « porteurs intrinsèques du mal ». Et on en déduit que la seule réponse à ces « freaks of nature »⁸ est la punition accrue, le rétributivisme, la vengeance. C'est le ton qu'ont pris les reportages sur les jeunes. (Franklin et Petley, 1996).⁹

La panique morale dans l'affaire Bulger n'a pas été du type qui disparaît soudainement. Même si la clameur des premiers temps est passée, les traces de la panique se font sentir jusqu'à aujourd'hui dans deux différents domaines : dans les institutions britanniques et dans le harcèlement de la presse à l'égard des jeunes.

En ce qui concerne le harcèlement des jeunes, après leur sortie de détention en 2001, le phénomène du justicier (*vigilantism*) reste comme une ombre dans leur vie. Après leur jugement dans la *Crown Court* le juge a permis la divulgation de leurs noms et photos dans la presse. La publicisation massive du cas, avec la divulgation massive des détails sur leurs écoles, de leur voisinage et d'autres détails reliés à eux par la presse anglaise à l'époque du jugement, a augmenté avec la divulgation de leurs noms et photos. Toutefois, la journée suivante de la permission de publicisation de leurs informations, la justice a interdit la divulgation de n'importe quelle information qui pouvait identifier l'endroit où ils purgeaient leur peine, ainsi que n'importe quelle photo prise après le jugement¹⁰. Ils ont été véritablement cachés de la chasse de la presse dans une institution pour jeunes dont le nom ne pouvait pas être divulgué. Un peu plus tard, lors de leur sortie en libération conditionnelle en 2001, la « chasse » se poursuivait encore.

⁸ Comment le *Daily Mirror* de 25 novembre 1993 a titré la reportage sur les deux jeunes.

⁹ On voit dans ce discours des médias l'actualisation constante des théories punitives du système de droit criminel. Le message punitif envoyé incessamment par les médias contribue au renforcement d'une manière de penser qui prêche le mal comme le seul moyen pour « guérir » la blessure provoquée par un acte comme celui de l'affaire en question.

¹⁰ Plus spécifiquement, la question de l'interdiction de la divulgation des noms et des photos des jeunes accusés s'est passée de la façon suivante: le 24 novembre, le jour de leur condamnation, le juge a permis la divulgation de leurs noms et de leurs photos puisque même si la loi interdit la publication d'information sur des jeunes accusés, elle permet au juge du procès de lever cette interdiction suite à une condamnation. Le lendemain, 25 novembre, les noms et les photos des jeunes accusés étaient dans tous les journaux du Royaume-Uni. Le 26 novembre, le juge rétablit l'interdiction reconnaissant probablement qu'il avait commis une erreur.

La justice anglaise a maintenu l'interdiction de divulguer des informations à propos de la situation des jeunes, leur conférant ainsi un anonymat à vie pour protéger leur intégrité physique (ils ont reçu de nouvelles identités du gouvernement). Cette décision a été dénoncée par plusieurs institutions médiatiques comme étant draconienne, une véritable atteinte à la liberté de presse.¹¹ Bref, jusqu'à aujourd'hui la presse maintient son intérêt pour la vie des jeunes et continue à protester contre ce qu'elle appelle de la censure de la part de la Justice.¹²

¹¹ Un exemple bien illustratif des protestations des médias a été mentionné par Valier (2002 :4) : « *The News of the World warned, 'we respect the injunction, but we will closely follow this evil pair... we shall do all in our power to watch over them'.* »

¹² Comme preuve que ce cas suscite encore de l'intérêt, voici une expérience personnelle : le 21 février 2005, vers la fin de l'écriture de cette thèse, un employé de l'Université d'Ottawa envoie un courriel intéressant que nous recevons par hasard. Le courriel, s'intitulant « à lire et à signer », est une pétition relative au cas d'étude de cette thèse dans les termes suivants :

« Objet : Prenez le temps de lire ceci

Importance : Haute

Vous rappelez-vous en février 93, quand un jeune garçon de 3 ans a été enlevé dans un centre d'achats de Liverpool par 2 jeunes garçons de 10 ans? Jaimie Bulger s'est éloigné de sa mère que quelques secondes et Jon Venables a pris sa main et l'a entraîné hors du centre d'Achats avec son ami Robert Thompson. Ils ont amené Jaimie pour une marche de 4 kilomètres. Pendant la marche, ils arrêtaient fréquemment pour le torturer pendant qu'il hurlait à sa mère. Finalement ils se sont arrêtés près d'un chemin de fer où ils l'ont poussé, donné des coups de pieds, tiré des pierres, mis de la peinture dans ses yeux, et inséré des piles dans l'anus. En fait c'était pire que ça!!! Ce que ces 2 garçons ont fait était tellement horrible que sa mère fut défendu d'aller identifier le corps de son fils. Ensuite ils ont laissé ce petit corps battu sur les rails pour qu'un train masque ce qu'ils avaient fait en passant dessus! Ces 2 garçons savaient que ce qu'ils faisaient était mal au point de vouloir le faire paraître comme un accident. Cette semaine, Madame la juge Sloss a "donné" à ces 2 garçons l'anonymat en leur permettant de sortir de prison avec de nouvelles identités. Ils sortiront de prison cette année en ayant purgé que la moitié de leur peine. Un papier fait même mention que Robert ira peut être à l'université. Ils se sauvent de leur crime! Ils ont pris la vie de Jamie de façon dégueulasse et violente et en retour ils ont une nouvelle vie! S.V.P.

Lisez ceci attentivement, ensuite ajoutez votre nom à la fin de la liste.... et envoyez ce e-mail à tous ceux que vous connaissez.

S.V.P. copiez-collez ce e-mail plutôt que de le faire suivre ainsi nous n'aurons pas de flèches au début de chaque phrase.

Si vous êtes la 500e personne à signer envoyez le message à :

mailto: [le courriel et le nom du juge mentionné ci-haut]

Le virus Lady Bug a pris moins de 72 hres pour faire le tour du monde. J'espère que ce e-mail fera aussi bien. Il faut protéger nos familles et amis de créatures comme Robert et Jon. Un jour ils vivront peut-être près de vous sans que vous le sachiez. Si Robert et Jon pouvaient être aussi cruels à 10 ans, imaginez ce qu'ils pourraient être adultes !

S'il vous plaît, ne supprimez pas ce message car ce n'est pas un Hoax, faites le suivre. Merci du fond du coeur ! » (Les erreurs au sujet du nom de la victime ainsi que les erreurs de français sont issus du texte original.)

À la suite du texte il y a 491 signatures.

Au niveau des institutions, le panique morale de l'affaire Bulger a aussi laissé des traces. Fionda (1998) nous montre comment le système punitif anglais a été orienté vers le bien-être des jeunes depuis le début du XX^e siècle.¹³ Les années quatre-vingt-dix ont été responsables de l'inversion de cette orientation et de l'introduction d'un caractère punitif accru dans le système de justice pour les jeunes. Il est vrai qu'une première modification dans ce sens est apparue avant l'affaire Bulger¹⁴, mais l'érosion de la notion d'enfance (Fionda, 1998 :6) au sein de la justice des mineurs serait arrivée après l'émergence du cas Bulger dans les médias. Parmi les transformations, on mentionne un nouveau Code pour les Procureurs (1994) qui les empêche de désister d'une accusation compte tenu de l'âge de l'accusé, une décision de la *Divisional Court* (C v DPP) qui soutien la suppression de la présomption du *doli incapax* et la création de « *secure training units for 12 to 15-year-old offenders* » (Fionda, 1998 :7). Bien entendu, nous ne soutenons pas que l'affaire Bulger a eu un effet causal unique et immédiat dans les changements juridiques et institutionnels mentionnés, mais il semble clair qu'elle a facilité une tendance punitive déjà présente mais encore gênée de se présenter pleinement.¹⁵

Que pouvons-nous apprendre à partir de ces réflexions sur la panique morale par rapport à notre cas? À notre avis, on peut soutenir que l'événement résultant de la mort de James Bulger a déclenché une panique morale en raison de trois facteurs distincts : a) l'action des médias, b)

¹³ Les références principales de la justice de jeunes (séparée d'une justice criminelle d'adultes et orientée vers le bien-être), sont le *Children Act* de 1908 et le *Children and Young Persons Act* de 1933. Celui-ci dit que la justice de jeunes ne doit pas être indulgente, mais elle doit reconnaître la capacité réduite des enfants.

¹⁴ Avec le *Criminal Justice Act* de 1991, qui centre son attention dans la gravité du crime comme facteur de punition, de la même façon qu'on procède dans le jugement des adultes.

¹⁵ Dans ce même sens, Rutherford (1999 : 334) remarque l'impact de l'affaire Bulger à propos de taux d'emprisonnement : « *But much of this effort (de réduction de la population pénale) was rapidly overtaken by darkening penal clouds and policy u-turns which were in part shaped by public and political concerns about youthful lawlessness, exemplified by the reactions to the murder in February 1993 of a toddler by two ten-year-old boys. The resulting 57% increase in the prison population between 1993 and 1998 reflected a sharp growth in the custodial sentencing of both young people and adults. The vulnerability of young offenders to these punitive trends, which matched the political mood enveloping both main political parties, was probably made more acute by the disappearance and agerelated restrictive sentencing criteria. This loss may have been further compounded by the attempt to place young people within the deserts theory underlying the 1991 Act.* »

les propriétés du cas et c) le contexte socio-économique des années quatre-vingt-dix en Angleterre.¹⁶

a) Tout d'abord, l'enlèvement de la victime a été enregistré par les caméras vidéo du centre d'achat. Si on parle d'effet d'amplification des médias pour l'émergence de la panique morale, dans ce cas-là la situation propice a été trouvée. Avec la vidéo, les médias ont découvert l'élément idéal sur lequel s'appuyer pour répandre la nouvelle. L'enlèvement de James a été filmé et a passé dans tous les émissions d'information à la télévision, nous révélant de la façon la plus évidente le début de ce qui deviendrait une tragédie. À notre avis, le facteur média est le plus important des trois facteurs retenus ici pour expliquer le déclenchement de la panique morale. Le facteur média semble être la clé pour comprendre la différence de magnitude dans les répercussions de l'affaire étudiée ici et quelques autres événements similaires qui ont eu lieu auparavant. Même sans pouvoir l'affirmer empiriquement, nous pourrions spéculer ici qu'avec une telle communication massive la panique morale surgirait même avec un autre événement moins tragique. Nous observons un intérêt croissant des médias à l'égard des affaires criminelles dans les années quatre-vingt-dix, et un événement comme l'affaire Bulger semble très attrayant tant pour l'exploration médiatique des faits que pour la construction de la panique et d'un discours moralisateur et répressif.

b) Les propriétés du cas ont contribué énormément à l'escalade de la panique morale. De toute évidence, l'acte a été choquant à cause de l'âge de ses personnages et de la violence impliquée. Même si les cas de jeunes accusés de meurtre apparaissent de temps à autre, dans ce cas il s'agissait de deux jeunes réunis qui ont commis un acte ayant entraîné des souffrances à une très jeune victime. En outre cette répétition d'actes de violence extrême des jeunes ne semble

¹⁶ Nous reprenons un argument de Hay (1995 :201,202), mais nous poussons notre argumentation un peu plus loin.

pas assez fréquente pour qu'on puisse stabiliser des attentes à leur égard. En d'autres termes, même s'ils arrivent périodiquement, ils sont encore trop peu fréquents pour que les gens « s'habituent » à eux. Ils apparaissent à chaque fois comme un événement exceptionnel, hors de l'ordinaire. Et même si la « nouveauté » n'est pas tout à fait nouvelle, elle est quand même capable d'entraîner de nouvelles conséquences. La plus visible est l'intensification d'un discours soutenant que cette violence est là pour témoigner d'une situation d'insécurité de plus en plus insupportable, voire même d'un « déclin moral » de la société. Voilà le sol propice pour la fomentation de la panique morale. Outre le fait qu'il s'agissait d'un crime commis par des jeunes, nous ne pouvons pas oublier non plus que les événements enregistrés et reproduits à plusieurs reprises dans les maisons anglaises correspondaient à des situations avec lesquels plusieurs parents s'identifiaient. Magasiner dans un centre d'achat, avec les enfants, est une scène familière à tous. De la même façon, la disparition d'enfants dans une telle situation quotidienne est une crainte parentale commune, et la vidéo la matérialisait, nous rappelant ainsi une menace très présente et proche. En outre, le crime serait la preuve aussi de la disparition de la « communauté ». Comment peut-on concevoir que plusieurs personnes aient vu l'enlèvement – certaines ayant même interpellé les jeunes – et que personne n'ait rien fait?¹⁷

c) Finalement, la panique a trouvé un terrain propice pour se propager dans le contexte social, économique et politique. Selon Hay (1995 :202),

« The James Bulger incident came to provide a focus for collective anxieties at a time of state and economic failure – a moment in which the symptoms of the contradictions and crisis-tendencies of the state are widely experienced, but they are not given coherent political inflexion (...). The context, then, is one of

¹⁷ Pour la « disparition de la communauté », voir Thompson, 1998 :96.

widespread and deep economic recession manifest in levels of unemployment unprecedented since the 1930s, a generalized dissatisfaction with the increasingly narrow range of parliamentary political alternatives offered by the major parties, as well as a certain erosion of the legitimacy of the criminal justice system. »

Nous faisons l'hypothèse ici que le contexte anglais (voire occidental) des années quatre-vingt-dix constituait un « sol fertile » pour la propagation d'une panique morale. Bauman (1998 :178) dira que dans plusieurs sociétés occidentales la fin du siècle XX était marquée par une incertitude généralisée face aux transformations qu'a apportée la mondialisation. Les changements économiques (transformations dans le marché de travail, perte d'emplois etc.), sociaux (l'arrivée de l'immigrant, nouvelles configurations de la famille etc.), l'affaiblissement de l'État-providence etc., tout cela contribuerait pour un sentiment généralisé d'incertitude dans la vie et le futur. La tendance, selon lui, est de privilégier la liberté de choix même si c'est au détriment de la certitude. Alors, cette incertitude va jouer un rôle fort important au niveau de l'insécurité à l'égard de la question criminelle. Dans un monde incertain, la « peur du crime » (telle qu'elle est présentée par les médias) est magnifiée. On crée une image d'une « violence croissante », d'une « société prise par la criminalité », mais en fait l'incertitude de la vie nous laisse plus sensible à tous les actes de violence qu'on va définir comme criminels. L'insécurité à l'égard du « crime » se confond avec l'incertitude de la vie, créant ainsi un terrain propice pour un renforcement des discours catastrophistes et pour la diffusion de réactions punitives accrues. On ne peut pas « frapper » sur les causes de notre *incertitude*, mais on peut « frapper » sur les cause de notre *insécurité* (même si la réponse pénale n'est pas une solution pour la diminution de l'insécurité, le fait même de croire quelle peut être une réponse appropriée est déjà capable de

nous conforter un peu). Et en combattant le deuxième on pense pouvoir réduire l'incertitude de la postmodernité. Des manifestations du type « guerre contre le crime » seraient donc des tentatives de réponses à l'incertitude de la vie à partir de la question de l'insécurité qui est plus facile à cibler.

Dans l'affaire Bulger, cette question se passe à notre avis de la façon suivante. Le sentiment d'incertitude (et en conséquence l'insécurité) sensibilise les gens à la question de la « criminalité » (comme dépeinte par les médias, bien entendu). Nous avons donc le « sol fertile » préalable. L'événement James Bulger arrive. Les médias vont massivement en parler, fomentant une réaction (la panique morale) sans précédent. Cette réaction entraîne à son tour la montée du sentiment d'insécurité, renforçant une spirale punitive qui reste en attente d'un nouveau cas pour recommencer.



La caractérisation des répercussions de l'affaire Bulger que nous venons de présenter n'avait pas eu la prétention d'évaluer l'impact de l'événement dans la société anglaise. Le but ici était plutôt l'opposé, c'est-à-dire qu'il s'agissait d'essayer de visualiser la portée et l'impact de la clameur publique, construite à partir de cet événement, sur le système de justice pénale. Il semble y avoir un consensus dans les sources qu'il s'agissait d'un cas sans précédent en ce qui concerne les réactions provoquées, plus spécifiquement les réactions demandant des punitions plus dures et des menaces envers les jeunes. Comme nous venons de mentionner, il semble que ce crime ait

eu – avec la contribution essentielle des médias¹⁸ – un impact amplificateur des angoisses et des peurs dans une société déjà sensibilisée par la question de l’insécurité. Nous croyons qu’une phrase du Premier Ministre John Major résume bien l’état d’esprit de la population à l’égard des jeunes : « *We must condemn a little more and understand a little less.* »¹⁹

1.3. Les médias et le jugement

Une autre façon que les médias – et par extension le public – se sont faits sentir dans l’affaire Bulger a été par le harcèlement constant et massif dans les sessions de jugement.

Une particularité du système de justice pénale en Angleterre est qu’un jeune accusé d’homicide n’est pas jugé par une cour spéciale consacrée aux mineurs, mais devant la *Crown Court*. Autrement dit, tout comme les adultes, ils sont jugés par un jury dans une session ouverte au public. Selon Buckley (2002 :6), deux arguments principaux sont données à cela : premièrement, le jugement devant la *Crown Court* est présenté comme « nécessaire » parce que les accusés de ce type de crime seraient « *too vicious* » pour être encadrés dans l’approche de bien-être de la justice des mineurs; en deuxième lieu, il y aurait le facteur « satisfaction de l’opinion publique ». Ce dernier facteur serait alors une concession avouée de la justice à l’« opinion publique », mais elle ne porte pas encore (explicitement) sur les sanctions proprement dites :

¹⁸ « The public outrage surrounding the case of James Bulger was unprecedented. While the reaction was somewhat understandable, it is submitted that a widespread perception of mounting violence, general anxiety and hatred was a result of a media exaggeration and sensationalism. This resulted in a vengeful public attitude, which called on the politicians for extreme actions. » (Buckley, 2002 :3).

¹⁹ Mentionné par Smith, 1994 :2.

« Essentially, this is the idea that the trial and punishment should demonstrate society's abhorrence of the offence, and that this is in some way justifies such treatment. The vast public outrage clearly apparent during the trial of Robert Thompson and Jon Venables appears to have led some people to believe that the treatment of these children was justified due to the adverse public reaction to the horrific crime. It is thought that due to the nature of this heinous crime, that the public are entitled to a public trial. They believe they are entitled to see 'justice' being done. » (Buckley, 2002 :6).

Le fait que les jeunes accusés de meurtre soient jugés par des tribunaux d'adultes a peut-être contribué fortement au fait que le jugement devienne un spectacle. Même s'il a été interdit par le juge de prendre des images dans la cour et de révéler l'identité des accusés, la présence des journalistes dans les sessions était quotidienne, ainsi que les reportages qu'ils en écrivaient. Chaque arrivée et départ des jeunes dans la cour était entourée de précautions compte tenu de la présence des médias et d'un public menaçant en dehors de la cour. La même chose se produisait avec tous les personnages du jugement – témoins, avocats, procureurs etc. – qui n'arrivaient pas à la cour sans passer devant un groupe de journalistes.

Un détail dans la cour a contribué à rendre le jugement comme un « spectacle » : le banc des accusés avait été surélevé puisqu'il n'était pas assez haut pour que Thompson et Venables puissent voir le jugement. Malgré la bonne intention de la mesure, la conséquence a été que les deux jeunes sont demeurés plus élevés que tous les autres acteurs du jugement, « au centre de la scène », dans un endroit où il n'y avait aucune possibilité de se cacher. Le jugement a duré vingt-cinq jours et pendant tout ce temps les deux jeunes ont gardé cette position.

Bref, il suffit de dire ici que le jugement s'est déroulé sous une médiatisation inédite. La couverture – et la manière par laquelle elle a qualifié les jeunes²⁰ – ne laissait aucun doute que le procès n'était qu'une formalité avant leur condamnation. Leur sort avait déjà été tracé par le public, mais il restait à savoir encore quelle serait la période punitive (nous expliquerons ce concept juridique ci-dessous) à purger. Évidemment, la défense irait plus tard contester juridiquement la validité d'un jugement sous une si grande pression populaire et médiatique.

1.4. Le public après le jugement : la période punitive ancrée sur l'opinion publique.

L'attribution d'une peine aux jeunes jugés coupables de meurtre en Angleterre est faite en trois étapes distinctes. Premièrement, le jury doit se prononcer sur leur culpabilité. Ainsi, à la fin d'un jugement public devant la *Crown Court* le jury doit dire si les jeunes sont coupables ou non du crime qui leur est attribué ; Thompson et Venables ont été reconnus coupables à cette étape.

Ensuite, le juge de la *Crown Court* (juge du procès) doit leur donner une peine. Dans le cas de cette offense, Il s'agit d'une simple formalité : une fois la culpabilité reconnue, le juge doit obligatoirement imposer une peine qui s'appelle « during Her Majesty's pleasure ». Il s'agit d'une peine indéterminée qui doit être gérée par le ministre de la Justice, tel que prévu par le *Children and Young Persons Act* de 1933 et le *Criminal Justice Act* de 1991. Une fois la peine octroyée, le juge du procès fait une recommandation pour une période punitive pour les condamnés. Il doit remplir un formulaire à être envoyé au Ministre où il fait un rapport sur les

²⁰ « The defendants were labelled with descriptions such as 'monsters', 'freaks' and 'animals'(...) » (Fionda, 1998 :2). « The media dwelt on the theme of 'evil'. The Daily Mirror described the ten years olds as 'Freaks of Nature', with 'hearts of evil'. Other media depictions included terms such as 'boy brutes', 'monsters', 'animals, and 'the spawn of Satan'. » (Buckley, 2002 :2).

circonstances du cas, et dans ce formulaire il ajoute la recommandation de période punitive qu'il pense appropriée.

Avant d'arriver au Ministre, ce formulaire passe par le *Lord Chief Justice*, la personne qui occupe le poste le plus élevé de la justice du Royaume-Uni. Lui aussi doit faire une recommandation quant à la période punitive, ajoutant au formulaire du juge du procès son opinion sur la durée de temps minimal que le condamné doit rester en prison.

Finalement, le Ministre de l'Intérieur est celui qui a la responsabilité d'établir la période punitive (*tariff*). La période punitive est la période minimale que le condamné doit rester en prison avant qu'il devient admissible à une libération conditionnelle. Pour ceux qui sont condamnés à une peine indéterminée, le Ministre de l'Intérieur établit une période minimale pendant laquelle le condamné ne peut pas être considéré pour la libération conditionnelle. Cela ne veut pas dire qu'à la fin de cette période la personne sera libérée, mais simplement que le *Parole Board* peut analyser la possibilité de sa sortie. Cette politique de période minimale n'est pas prévue en loi. Il s'agit simplement d'une politique du Home Office, divulguée à partir de « *statements* », datée du début des années quatre-vingt (1983). La politique se base sur des règlements de la loi de l'Angleterre qui détermine que les condamnés à une peine indéterminé vont purger leurs peines « **dans des conditions à être déterminées par le Ministre de l'Intérieur** » (section 35 du *Criminal Justice Act* de 1991 et section 53(1) du *Children and Young Persons Act* de 1933). La fonction de la période punitive est, selon la définition du ministre, de rendre compte du besoin de rétribution et de dissuasion. Une fois la période terminée, le ministre ne parle plus de dissuasion ou rétribution; pour laisser sortir les condamnés, il parle à ce moment de risque pour la société et de besoin de maintenir la confiance du public dans le système de justice pénale. Le contenu des « *statements* » du Home Office qui règle la

question de la période punitive est reproduit dans les décisions *R v Secretary of State for the Home Department ex parte T and V*. ([1996] NLOR N.3422) (NLC 496053401) (Divisional Court) et *R v Secretary of State for the Home Department ex parte Venables and ex parte Thompson* ([1996] E.W.J. N.260) (QBCOF 96/0626-7/D) (Court of Appeal).

Dans l'affaire Bulger, la décision de période punitive s'est éloignée des recommandations du juge de la *Crown Court* (juge du procès) et du *Lord Chief Justice* (8 et 10 ans, respectivement) pour établir une période de 15 ans. Même s'il n'existait aucun règlement liant le ministre à ces recommandations, c'était tout de même une pratique coutumière de les respecter.²¹

Ainsi, la durée qu'a déterminée le ministre de l'Intérieur a soulevé une polémique juridique importante, notamment parce qu'elle a été justifiée par l'opinion publique. La décision de la Divisional Court (2 mai 1996) fait état de la décision du ministre dans ces termes :

« In making his decision, the Secretary of State had regard to the circumstances of the offence, the recommendations received from the judiciary, the representations made on your behalf and the extent to which this case could be compared with other cases. He also had regard to the public concern about this case, which was evidenced by the petitions and other correspondence the substance of which were disclosed to your solicitors by our letter of 16 June 1994, and to the need to maintain public confidence in the system of criminal justice. »²² (notre souligné)

Lorsque le ministre parle de pétitions et d'autres correspondances, il se réfère aux pièces suivantes :

²¹ Ce système sera changé plus tard quand la politique de période punitive sera jugée en désaccord avec la Charte Européenne des Droits de l'Homme par la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Le cas qui a amené cette question à cette cour, et qui a entraîné le changement, a été justement l'affaire Bulger.

²² La décision du Ministre au complet est mentionnée dans le paragraphe 9 de la décision de la *Divisional Court* du 2 mai 1996.

- La famille de James a envoyé au ministre une pétition signée par presque 300,000 signataires dans les termes suivants :

« We, the undersigned, urge the Home Secretary when considering the ‘tariff’ sentence to be imposed on Robert Thompson and Jon Venables to take account of our belief that they should not be released in any circumstances and should be detained for life. »

- La famille a aussi expédié au ministre 4,400 lettres qui lui avaient été envoyées par la population comme une démonstration d’appui;
- Un membre du Parlement a aussi envoyé une pétition au ministre, signée par 5,900 personnes, dans les termes suivants :

“We the undersigned are of the opinion that the minimum sentence served by Robert Thompson and Jon Venables should be twenty-five years.”

- Le Ministre lui-même a reçu directement plus de 20 000 lettres, la majorité de celles-ci contenaient des coupons publiés par le journal *The Sun* dans le cadre d’une campagne visant l’emprisonnement à vie des jeunes. Le texte du coupon était le suivant :

« Dear Home Secretary I agree with Ralph and Denise Bulger that the boys who killed their son James should stay in jail for LIFE. »²³

Alors, on constate ici que le ministre a évoquée explicitement comme justification à sa décision, des demandes provenant du public qu’il a classé comme « *public concern* ». Nous

²³ La description de la campagne est basée sur le rapport du juge Lord Steyn dans la décision de la *House of Lords*, p.55, 56.

voulons dès maintenant attirer l'attention sur le fait qu'il y a ici un accouplement des rôles par rapport au ministre. Il est en train d'exercer une activité typiquement juridique, mais à titre de détenteur d'une fonction politique. Évidemment, cet accouplement va causer des problèmes pour une prise de décision légitime selon la théorie de la séparation des pouvoirs et les directives du droit.²⁴

1.5. Le public et le contrôle juridictionnel de la décision du Ministre²⁵

La décision du Ministre étant prise, les avocats des jeunes se sont tournés vers la Cour (*Divisional Court*) pour essayer de la casser. Pour ceux-ci, la décision était disproportionnelle et ne tenait pas compte de la réhabilitation des jeunes. À ce moment, on a déclenché une longue procédure juridique que nous exposons maintenant de façon synthétique et chronologique :

Le 2 mai 1996.

Le jugement de la *Divisional Court* donne raison à certains aspects de la demande des requérants et ainsi casse la décision du Ministre de l'Intérieur (décision unanime). Le tribunal considère que l'on a appliqué aux jeunes infracteurs une procédure qui n'est appropriée que pour les adultes. Selon ce tribunal, il faut tenir compte de la spécificité des mineurs et de la question de la réhabilitation.

²⁴ Nous y reviendrons (infra 4.1).

²⁵ Cette partie sera présentée de forme schématique juste pour donner une vue d'ensemble de la procédure. Compte tenu que ce sont ces informations qui vont constituer notre objet d'analyse dans les chapitres 4, nous ne voyons pas besoin de nous allonger dans les explications. Le propos ici est juste d'exposer clairement le chemin juridique de l'affaire.

Le 30 juillet 1996.

La Cour d'appel (*Civil Division*) rejette l'appel du ministre et les contre-arguments des accusés (l'avocat des jeunes prétendait que leur détention était juste à titre de réforme de l'individu et protection de la société, sans une connotation rétributive ou dissuasive. Et si la cour ne l'entendait pas ainsi, il demanderait que la décision du ministre soit considérée illégitime considérant sa prise en compte de la vision de l'opinion publique à l'égard de période punitive). Néanmoins, la décision du ministre demeure cassée pour d'autres raisons, principalement parce qu'elle est « *unfair in the procedure* » (une des questions de l'irrégularité dans la procédure est justement la question de la prise en compte des éléments provenant du public). Il y a eu une « *breach of natural justice* », même si les juges n'étaient pas en accord quant à la nature de ce « *breach* ».

Le 12 juin 1997.

La Chambre des Lords, à la majorité, rejette l'appel du ministre.²⁶ La décision de la période punitive a été annulée définitivement.

Le 10 novembre 1997.

« (...) le ministre informa le Parlement qu'eu égard à l'arrêt de la Chambre des Lords, il avait adopté une nouvelle politique concernant les jeunes condamnés pour meurtre à une peine de détention pour la durée qu'il plaira à Sa Majesté, à savoir notamment que la période punitive initialement fixée serait réexaminée par lui à la lumière des progrès et de l'évolution du détenu. Le ministre invita les

²⁶ CEDH, 27724/94.

représentants du requérant [Thompson] à lui soumettre des observations en vue de la fixation d'une autre période punitive. »²⁷

Toutefois, une nouvelle période punitive ne serait fixée qu'en 2000.

Le 16 décembre 1999.

Décision de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans le cas de Thompson et dans le cas de Venables. Les décisions dans le deux cas ont été presque identiques. Les violations de la Convention européenne trouvées dans les cas étaient les mêmes. La cour soutient que l'imposition de la période punitive par le ministre violait la Convention Européenne des Droits de l'Homme. La cour a trouvé aussi que les jeunes n'ont pas subi un procès équitable.

Le 13 mars 2000.

Le ministre de l'Intérieur émet un communiqué pour dire que jusqu'à ce qu'une nouvelle décision soit prise, il va se limiter à ratifier les recommandations du *Lord Chief Justice*. En outre, le premier suggère à celui-ci qu'il fasse une révision de toutes les périodes punitives en vigueur.

Le 27 juillet 2000.

Le *Lord Chief Justice* émet communiqué pour dire quels seront les critères dont il se servira dorénavant pour établir les périodes punitives.²⁸ Il y mentionne que ces critères s'appliquent également aux cas antérieurs qui vont être révisés en fonction de la décision de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, incluant les cas de Thompson et Venables.

²⁷ Idem.

²⁸ Son communiqué peut être trouvé à <http://www.courtservice.gov.uk/cms/7991.htm>.

26 octobre 2000.

Le *Lord Chief Justice* établit une nouvelle période punitive. Il dit qu'elle prend fin cette journée là. Dans le document où il communique sa décision, aucune mention à l'opinion publique n'a été faite. Néanmoins, il parle de l'intérêt public comme un des raisons de sa décision. Compte tenu des efforts qui ont été faits pour la réhabilitation de ces jeunes, l'intérêt public serait mieux servi avec leur réintégration à la société qu'avec leur placement dans une institution pour jeunes délinquants (ils venaient d'atteindre dix-huit ans). En plus, il mentionne le bien-être des jeunes comme un des facteurs importants pour la décision.

22 juin 2001.

Le ministre de l'Intérieur confirme que le *Parole Board* a décidé de libérer Thompson et Venables. Ils étaient en prison depuis février 1993 (une semaine après l'événement).



Dans les parties précédentes, nous avons fait une description de l'événement, de ses répercussions auprès des médias et du public, et de la manière par laquelle les médias ont tenté d'influencer le système de justice pénale. Nous avons vu tout de même que le stimulus exogène du public a été reçu et utilisé dans la décision du ministre à propos de la période punitive. Dans l'analyse (chapitre 4), nous tentons de voir comment les juges ont travaillé avec cette pression externe directe et comment le public devient un enjeu dans leurs communications. Nous allons aussi revenir à la décision du ministre et sa signification, compte tenu que jusqu'à maintenant, nous en avons fait un présentation qu'à titre descriptif de la pression du public.

CHAPITRE II
LA MÉTHODOLOGIE

2.1. L'objet

Notre objet, comme déjà annoncé dans l'introduction, porte sur les relations entre l'opinion publique et le système de droit pénal. Il consiste à identifier comment le système reçoit cette opinion publique et l'intègre dans une dynamique qui lui est propre. Nous voulons aussi observer comment le système de droit pénal est en train de s'orienter ou de se placer face à l'opinion publique, spécifiquement dans le contexte des affaires fortement médiatisées.

2.2. Le choix de l'approche et de la méthode de cueillette de données

Le choix de l'approche qualitative a découlé automatiquement du choix de notre objet et de la décision conjointe de mener une étude de cas à partir d'un dossier judiciaire. La recherche qualitative semblait alors s'imposer d'autant plus que notre démarche allait avoir besoin de l'induction analytique par rapport à un thème qui se présentait au départ comme étant 'vague par essence', c'est-à-dire vague de façon incontournable. Notre situation nous paraissait alors analogue à celle décrite par Pires lorsqu'il se référait à certains aspects moins déterminés de la réalité :

« L'inférence analytique ou théorique permet aussi de saisir dans la vie sociale des aspects de cette réalité qui sont 'vagues par essence', c'est-à-dire qu'il est *absolument impossible* de déterminer d'autre manière que *qualitativement*. »
(Pires, 1997 :151).

Comme il s'agissait d'un dossier judiciaire, la méthode de cueillette de données utilisée dans le cadre de cette recherche a été l'étude de documents. Sur le plan méthodologique, le document se caractérise par le fait d'avoir été produit sans interférence ou stimulus du chercheur, c'est-à-dire sans son influence (Cellard, 1997 :251). Évidemment, des interprétations diverses peuvent être dégagées du document, mais le biais que le chercheur peut introduire ne parvient qu'après la production du document. Par contre, « *le document constitue un instrument dont le chercheur n'est pas maître. L'information circule ici en sens unique. Car, bien que bavard, le document demeure néanmoins sourd et le chercheur ne peut exiger de lui des précisions supplémentaires.* » (Cellard, 1997 :252).

Pour bien mener la tâche d'analyser un document, quelques étapes doivent être accomplies.²⁹ Premièrement, il faut mettre le document en contexte. Dans le cas des documents de la justice anglaise avec lesquels nous travaillons, il faut les mettre en rapport entre eux-mêmes, les hiérarchiser et aussi les replacer dans le cadre du système pénal de l'Angleterre. Il faut savoir que les décisions juridiques doivent obéir à quelques paramètres imposés par le système pénal, qu'elles ont une place dans la structure de ce même système et qu'elles sont passibles (selon le cas) d'être revues par d'autres types de décisions.

Il faut également avoir à l'esprit qu'il s'agit de documents produits par des juges, dans le cadre institutionnel de la justice pénale. Les auteurs sont dans un rôle bien encadré et prennent des décisions pour des organisations de la justice pénale. Le document est alors l'expression d'une opinion autorisée et est censé émettre des décisions à propos d'une affaire judiciaire.

Enfin il faut être certain d'avoir bien saisi le texte. L'analyse de tels documents exige plusieurs lectures afin de s'assurer d'avoir bien compris la logique interne du texte ainsi que le

²⁹ Nous nous appuyons ici en Cellard (1997 :255 et ss.), sans pourtant le suivre au complet.

vocabulaire et les expressions utilisées par l'auteur. Dans notre cas, il était important de bien saisir le fonctionnement du système pénal pour mineurs en Angleterre afin d'appréhender correctement la logique interne du texte.

Finalement, l'analyse de document à proprement parler consiste à aborder le document, à partir de la problématique de la recherche, dans un approche qui

« demeure aussi inductive que déductive. En fait, les deux se conjuguent. Ainsi, les choix de pistes documentaires données dans l'éventail qui s'offre à lui doit se faire à la lumière du questionnement de départ. Mais les découvertes et les surprises qui l'attendent forcent parfois le chercheur à modifier ou à enrichir ce même questionnement. » (Cellard, 1997 :259)

L'analyse consiste à faire des liens entre la problématique de recherche et le document en vue de formuler des interprétations. Analyser consiste à « briser » le document en différents morceaux, pour pouvoir ensuite construire des interprétations reliées aux questions de la recherche, et ce sans pour autant faire dire au document ce qu'il ne dit pas.

2.3. Aspects éthiques de la recherche

La seule question éthique qui se présentait dans le cadre de cette recherche était l'identification des acteurs de l'affaire Bulger. Quant aux jeunes, après une hésitation initiale, leurs noms ont été utilisés compte tenu qu'ils portent une nouvelle identité et que leur ancien

nom avait été massivement divulgué par les médias en Angleterre. Cacher leur nom ici serait une préoccupation inutile : nous n'ajoutons pas un surplus de stigmatisation ici.³⁰

En ce qui concerne les juges, leur non-identification était aussi injustifiable. Les décisions judiciaires sont des documents publics et leurs opinions sont identifiées individuellement pour ceux qui s'intéressent à lire les documents au complet. En plus, les décisions sont disponibles sur Internet, soit ouvertes à tous soit à partir des logiciels juridiques spécialisés (LexisNexis, Quicklaw, WestLaw etc.).

2.4. L'échantillon

2.4.1. L'échantillon à proprement parler

Avant de parler de l'échantillon, on doit tenir compte du fait que la structure de cette recherche est ouverte (dans l'acception donnée par Pires, 1997 :120). Cela veut dire qu'on ne parle pas d'échantillon dans le sens opérationnel, mais on en parle en termes de description et de limitation de l'univers de travail. Établir un échantillon ici veut dire caractériser le corpus empirique et montrer son caractère global dans le sens d'englober toute la population.

Comme il s'agit d'une structure ouverte, la seule généralisation possible est la généralisation analytico-théorique³¹. Nous soutenons en effet ici que notre objet, la réception de l'opinion publique par le système pénal, dépasse largement le cadre empirique de l'affaire

³⁰ À propos de l'identification des jeunes, voir note 2.

³¹ Pires (1997 :151) caractérise cet échantillon comme étant « à la fois fondamentale et flou, c'est-à-dire qu'il pourra subir des adaptations partielles lorsqu'il sera appliqué à d'autres contextes de recherche (d'autres univers de travail). Les résultats analytiques sont essentiellement *plastiques* ou malléables. C'est-à-dire qu'une fois produits, ils ont la capacité d'être moulés pour des futurs usagers. »

observé dans la justice anglaise. Ce problème est généralisé et paraît même s'accroître depuis l'expansion des médias dans les trois dernières décennies. Il reste que la généralisation empirique ne serait pas pertinente ici, compte tenu des caractéristiques de l'univers de travail : il ne s'agit pas d'un échantillon opérationnel. Cela ne nous empêche pas de faire quelques inférences basées sur des liens théoriques. D'ailleurs, l'idée d'« aller plus loin » est ce qui permet qu'on continue à parler d'échantillonnage dans des recherches de structure ouverte. Le but de l'échantillon vise à nous permettre de dépasser les unités et en allant plus loin, on transforme notre univers de travail en échantillon. Dans les mots de Pires (1997 :122), « c'est plutôt parce qu'on parle *plus* qu'on transforme de toute façon en échantillon ce sur quoi on s'appuie pour en parler. »

Ceci dit, le type d'échantillon choisi a été l'échantillon par cas unique événementiel. L'étude de cas nous permet d'approfondir dans un phénomène singulier, mais ayant toujours en tête qu'« on ne s'intéresse pas seulement aux *spécificités* du cas en question (...), mais à sa capacité de servir de voie d'accès à d'autres phénomènes ou à d'autres aspects de la réalité. » (Pires, 1997 :140).

Ce cas unique, dont les décisions judiciaires forment notre échantillon, est l'affaire Bulger. L'affaire est constituée de trois décisions de justice en Angleterre (à des niveaux différents) et de deux décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Bien entendu, le cas comprend aussi l'événement qui a causé la mort de James, les répercussions qu'il a entraîné, la couverture des médias, les lettres et pétitions envoyées au Ministre, etc. Autrement dit, la panique morale. Pour utiliser la classification de Pires (1997 :137), l'« événement [est] moins un fait brut qu'un *fait institutionnel* (ou *culturel*) *singulier*, voire *unique*, qui se produit avec le concours des institutions ou de la culture et qui, pour cette raison, nous permet de *saisir* ces dernières en action ». Toutefois, ce ne sont pas tous

les événements qui font partie du « cas » (ou de l'intrigue) qui vont constituer notre échantillon. Nous pouvons dire que l'action institutionnelle (de la justice pénale) a construit une intrigue de deuxième ordre sur une intrigue première (l'événement et la panique morale). Autrement dit, la constitution d'un procès judiciaire découpe l'« intrigue » première créant une « intrigue » de deuxième ordre avec des contours beaucoup plus spécifiques. Ce découpage n'est pas sans conséquence :

« Si l'intrigue a des contours institutionnels, la situation est à la fois plus simple et plus compliquée. Elle est plus simple parce que l'institution rend visible ou accessible l'intrigue en faisant une première pré-construction de celle-ci. Elle est plus complexe parce que l'institution non seulement découpe l'intrigue primaire (avant l'analyste), mais la transforme en même temps, au sens fort du terme, en quelque chose d'autre : elle participe à l'intrigue. L'échantillon recouvre alors deux champs événementiels virtuels superposés et éventuellement fusionnés et transformés : le champ de l'intrigue pré-institutionnelle ou en dehors de l'institution et le champ institutionnel de l'intrigue (qui est souvent la création d'une nouvelle intrigue). » (Pires, 1997 :138)

Donc, nous pouvons affirmer que notre univers de travail correspond à un cas unique constitué d'un événement : l'affaire Bulger. Mais cet événement (ou intrigue) comporte deux niveaux : le niveau brut, correspondant au fait défini comme crime et ses répercussions, et le niveau institutionnel, correspondant à la construction faite par le système de justice pénale. Celle-ci, l'intrigue de deuxième niveau, constitue notre échantillon à proprement parler. Toutefois, nous retenons des informations de l'intrigue première (à partir de sources secondaires)

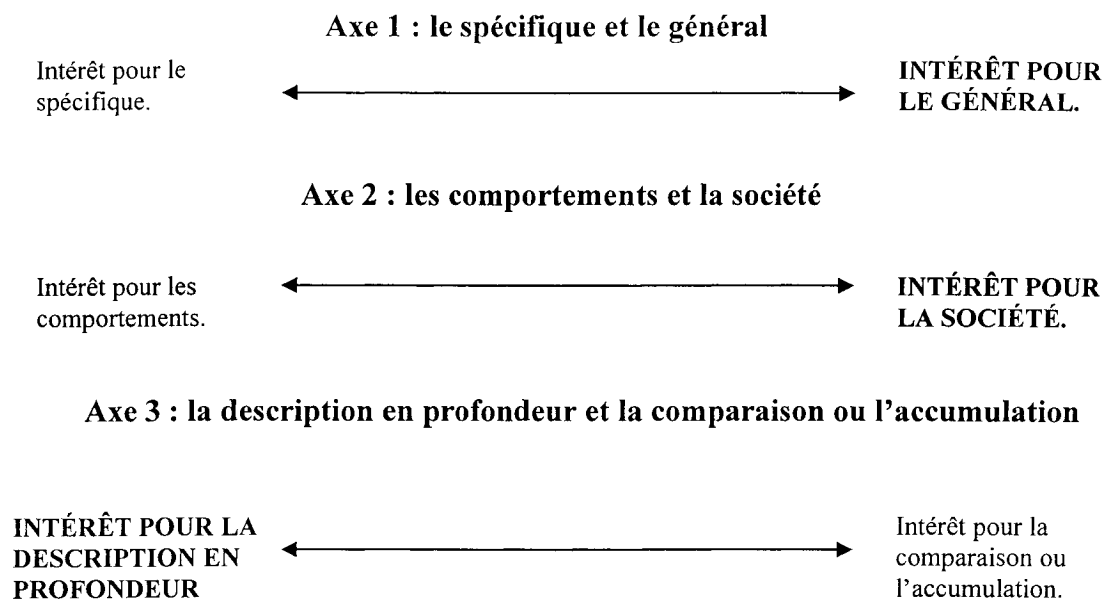
comme *slice of data* pour nous aider à comprendre l'affaire. Les deux niveaux ensemble forment notre univers de travail.

Finalement, nous utilisons cinq critères parmi les six identifiés par Pires (1997 : 42) pour justifier le choix d'un cas. (1) *La pertinence théorique*. L'affaire Bulger va causer plusieurs difficultés dans le système de justice pénale par rapport à la question de l'intégration du public. Ces difficultés là sont directement reliées à notre objet et nos questions de recherche. (2) *Les caractéristiques du cas*. Ce n'est pas juste le fait d'avoir discuté la question de l'intégration de l'opinion publique qui rend ce cas intéressant; c'est aussi et surtout le fait de l'avoir fait systématiquement, à plusieurs reprises, et de l'avoir établi comme un des enjeux clés du débat juridique. (3) *L'exemplarité*. A ce niveau aussi, l'affaire Bulger se révèle très riche. Les discussions tenues par les juges donnent tout le matériel nécessaire pour pouvoir bâtir notre argumentation et démontrer nos propos. (4) *L'intérêt social*. Le simple fait que le cas ait déclenché une panique morale nous dit qu'il s'agit d'une affaire sur laquelle nous devons porter une attention spéciale. En plus, l'intérêt social s'est manifesté très fortement par rapport à la punition des jeunes : il s'agit d'un cas qui problématise la punitivité du public envers des jeunes. (5) *L'accessibilité*. D'emblée, nous avons eu à disposition un matériel empirique important (accessibilité aux décisions juridiques, etc.) concernant cette affaire.

2.4.2. Les finalités théorico-méthodologiques de la recherche

Pires (1997 :143) a construit un tableau pour expliciter trois axes principaux des finalités théorico-méthodologique des recherches qualitatives par cas-unique, et aussi pour montrer la tension existante entre chaque extrême des différents axes. C'est-à-dire que toutes les recherches

de ce type doivent se placer sur les axes, en s'approchant plus de l'un ou de l'autre de leurs extrêmes. Nous exposons le tableau pour clarifier le point ici (nous identifions nos finalités dans cette recherche par les caractères en gras) :



En ce qui concerne le premier axe, notre intérêt ici n'est pas tant lié à la spécificité du cas en tant que tel. Ce qui nous intéresse c'est la possibilité de comprendre le phénomène de la prise en compte de l'opinion publique par le système pénal en tant que phénomène général, et non de se restreindre à un seul cas (et ce même si nous voulons comprendre ce caractère général à partir d'un seul cas). Autrement dit, nous voulons arriver à une question théorique générale à l'égard de la justice pénale à partir de notre étude de cas.

Quant au deuxième axe, notre intérêt ici s'éloigne de la simple compréhension des comportements des juges. Il s'agit plutôt de tenter de saisir le système pénal face à une problématique nouvelle. On s'inscrit ici dans un modèle (que Pires [1997 :146] appelle sociétal)

qui part d'un événement pour comprendre des aspects du système pénal, dans un mouvement centrifuge : « la compréhension du cas en tant que tel cède le pas à une connaissance plus générale que le cas lui-même. » (Pires, 1997 :147)

Finalement, nous avons choisi ici la description en profondeur surtout à cause de notre option pour un cas unique. Compte tenu de sa richesse en informations pertinentes, il ne valait pas la peine d'aller chercher ailleurs d'autres cas à ajouter à notre univers de travail. Notre cas présente plusieurs éléments que – si décrits en profondeur et analysés proprement – suffisent pour nous faire arriver à la question théorique générale dont il est question ici.

2.5. Les sources de la recherche

Les matériaux utilisés dans cette recherche peuvent être classés selon leur statut de sources primaires ou de sources secondaires. En ce qui concerne les sources primaires, elles peuvent être divisées entre les sources pour la problématique centrale de la thèse et les sources pour la mise en contexte de l'affaire. Dans le premier cas, il s'agit des décisions des différentes instances de justice en Angleterre à propos de l'affaire Bulger, de la décision du Ministre de l'Intérieur établissant une période punitive pour les jeunes et des deux décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme à propos de la même affaire. En ce qui concerne par contre les sources primaires visant à une mise en contexte de l'affaire, il s'agit ici de reportages, d'articles de journaux et de magazines anglais ainsi que de décisions du *Lord Chief Justice* à propos de la suggestion de période punitive.

Pour ce qui a trait aux sources secondaires, ce sont essentiellement des livres et articles décrivant les événements et la procédure judiciaire qui ont été retenus. Nous parlons de sources

secondaires parce que les informations que ces sources nous apportent sont filtrées par une première analyse. Les articles de journaux (sources primaires) vont nous apporter des informations basées sur le fait qu'ils font partie eux-mêmes des répercussions de l'événement. Des livres et des articles vont parler de ces répercussions et construire un sens à partir de l'événement et de ses conséquences.

Finalement, les décisions judiciaires classifiées comme sources primaires ont servi aussi comme sources secondaires. Quand les juges font des rapports sur le déroulement des faits, sur les pressions subies par le ministre et même sur le fonctionnement de la justice en Angleterre, ils nous donnaient des informations de deuxième ordre.

À propos des conditions d'accès aux sources, les documents qui ne sont pas sous forme de livre sont disponibles par Internet. Les décisions de la Cour Européenne sont disponibles au site web de la Cour (<http://www.echr.coe.int/>). Les décisions de la justice anglaise sont disponibles à partir de la banque de données de QuickLaw (www.quicklaw.com). Les reportages (ceux qui ont été retenus comme source primaire) viennent du site web du journal *The Guardian* (<http://www.guardian.co.uk/bulger/archive/0,3332,195312,00.html>) et de l'agence de nouvelles BBC (http://news.bbc.co.uk/2/hi/talking_point/567618.stm).

2.6. Le type d'analyse

Le type d'analyse que nous avons fait est une analyse de contenu. La tâche consiste à faire des liens entre le cadre théorique, l'objet de la recherche et les données empiriques. Autrement dit, nous construisons à partir des nos données un sens, une signification, orienté par une problématique préalable (mais non immuable) de recherche et un cadre théorique. Donc, en

nous appuyant sur ce cadre théorique, la signification que nous construisons a la prétention de répondre aux questions posées dans cette recherche.

Pour ce faire, nous avons construit une grille analytique (point 2.9) qui nous aide à « regarder » les données, qui nous montre où jeter les lumières. Notre grille comporte trois grands blocs : théories de la peine, opinion publique et rationalité pénale.

Le premier bloc a pour but de nous guider dans l'observation des justifications qui imposent une peine réactivant une matrice fondamentalement punitive. Nous croyons en effet pouvoir observer des traces de l'opinion publique en se focalisant sur les justifications de la peine qui s'appuient sur des théories de la peine du type rétribution, dissuasion, dénonciation. Bien sûr, ce bloc pourrait être absorbé par le troisième (rationalité pénale moderne), mais au vu de son importance dans le phénomène étudié, il mérite d'être développé en soi un peu plus en détail.

Le deuxième bloc est davantage centré sur la notion d'opinion publique elle-même. Nous cherchons à voir la façon par laquelle les juges se réfèrent à cette « opinion publique », si elle semble être un problème et comment les juges construisent des arguments pour en rendre compte ou au contraire pour l'évacuer, et ce à différents moments du processus décisionnel. Nous nous posons donc la question ici de voir où et comment l'opinion publique se présente dans les discours des juges.

Le troisième bloc attire notre attention sur la question de la rationalité pénale moderne dans les discours analysés. Ce concept est une partie importante de notre cadre théorique et il nous aide ici dans la construction d'une signification pour les discours analysés. Autrement dit, ce concept sert de lumière pour l'observation des données mais aussi comme outil pour la subséquente construction d'un sens que l'analyse de contenu prétend faire.

D'ailleurs, à propos de ce concept de rationalité pénale moderne, un tableau a été construit pour le rendre opérationnel. En se basant sur le modèle de Quivy et Van Campenhoudt³² (1995 :120 et ss.), nous avons décomposé le concept théorique en dimensions et ensuite nous avons fait une deuxième décomposition en indicateurs empiriques. Cette démarche déductive a été mise en place pour pouvoir rendre « palpable » le concept théorique, pour le rapprocher des données empiriques que nous avons et ainsi rendre plus aisée la tâche d'observer les manifestations de cette rationalité dans les discours analysés, ainsi que de faciliter la création des liens avec les autres informations que nous cherchions dans nos données.

2.7. Remarques finales

Deux points déjà abordés dans ce chapitre méritent qu'on en parle davantage. Le premier est le processus itératif de construction de l'objet et des questions de recherche. Le deuxième consiste en ce que Becker appelle « la ficelle du comment ».

Dans notre processus de recherche, la première difficulté à laquelle nous avons été confronté était liée à notre formation de juriste et à notre conception de la recherche en matière juridique. Dans le présent travail, nous tenions en effet à produire une démarche sociologique. Or, quand un juriste fait de la recherche en matière de droit, très souvent, il se limite à trouver des arguments pour soutenir un point d'arrivée déjà connu. Le juriste a donc rapidement sa « réponse » et ce qu'il appelle sa recherche consiste en fait essentiellement en une quête d'arguments pour appuyer ce point de vue préétabli. Évidemment, cette remarque révèle une vision un peu stéréotypée de notre formation première mais elle suffit à montrer de quel type de

³² Les propos des auteurs sont pourtant tout à fait différents du nôtre ici. Ils cherchent à construire un modèle d'analyse alors que nous ne cherchons qu'à rendre opérationnel un concept théorique.

démarche nous entendions nous distancier. Nous avons tenté dans cette recherche de garder une certaine ouverture d'esprit, susceptible d'identifier les obstacles et les limites à nos présuppositions initiales, mais aussi et surtout de les voir comme autant d'opportunités de « réajuster la route ». Une fois que nous confrontons nos questions de recherche avec les données empiriques, de nouveaux doutes apparaissent et des préoccupations antérieures disparaissent. En réalité, tout au long de la recherche ce que nous avons fait a été d'essayer de répondre à quelques questions mais aussi de trouver les bonnes questions à (se) poser.³³

L'autre remarque rend compte de la « ficelle du comment » qui selon Becker (2002 :105) peut nous être beaucoup plus utile que celle du « pourquoi ».³⁴ Sur le terrain, dit Becker, le « pourquoi » semble beaucoup moins utile que le « comment ». En demandant le pourquoi de leurs actions aux acteurs sociaux on paraît leur demander une justification, dont le plus souvent ils ne disposent pas. Le « comment » permet d'oublier « la cause » pour aller chercher des narratives plus riches et complexes. Il permet d'élargir le champ, favorisant la compréhension des phénomènes qu'on étudie.

Dans le cadre de cette recherche, nous pouvons dire que le « comment » est ce qui permet d'introduire notre question fondamentale. Nous cherchons à comprendre le « comment » de l'intégration du public par le système pénal. Comme l'a bien remarqué Becker, cette ficelle nous permet d'ouvrir le champ de vision, d'oublier « les causes », pour aller chercher dans le fonctionnement du système pénal des démarches complexes qui ne pourraient pas être comprises par une question du type « pourquoi ».

³³ Nous avons trouvé dans les textes de Cellard (1997) et Quivy et Campenhoudt (1995) des éléments pour soutenir le bien-fondé du processus itératif suivi ici.

³⁴ Becker se réfère spécifiquement à la cueillette de données (surtout les entretiens), mais nous croyons pouvoir appliquer cette remarque pour notre recherche au complet.

2.8. La grille analytique

Rappelons-nous, comme nous l'avons dit dans l'introduction de ce travail, que nous faisons ici une étude de cas exploratoire sur un événement judiciaire. Nous voulons voir ce que le cas nous apprend sur notre objet : le problème de la réception et de la construction de l'opinion publique par le système judiciaire. Il s'agit alors de savoir comment le système de droit criminel fait face à la question de l'opinion publique. En plus, nous regardons ici si la rationalité pénale moderne est actualisée dans la rencontre et la « confrontation » entre le droit criminel et l'opinion publique. Après une première lecture de notre matériel empirique et en tenant compte également de notre cadre théorique, nous avons systématisé un certain nombre de questions pour le traitement analytique de nos données. Les questions sont les suivantes :

- I. Quelles sont les théories de la peine utilisées dans le cas pour justifier une punition?
 - a. Y a-t-il des moments où il y a des traces d'opinion publique (dans l'utilisation des théories de la peine) sans pour autant que les juges n'y fassent référence (positivement ou négativement?)
 - b. Est-ce que les juges font référence à des structures juridiques cognitives d'accueil, liées ou non aux théories de la peine, pour rendre compte de l'opinion publique? En créent-ils des nouvelles?
 - c. Est-ce qu'il y a des innovations au moment d'imposer une peine?
- II. Les juges font-ils état directement de l'opinion publique?
 - a. Si elle est là, est-ce qu'elle est traitée comme étant un « problème »?
 - b. Comment les juges se réfèrent à l'opinion publique?

- c. Est-ce que, selon les juges, les décisions du système de droit criminel doivent tenir compte d'une quelconque façon de l'opinion publique?
 - i. Est-ce qu'il doit accepter que l'opinion publique joue un rôle direct sur la peine? Si oui, dans quelles conditions?
 - ii. Est-ce qu'il doit accepter que l'opinion publique joue un rôle dans d'autres étapes du processus décisionnel?

- III. Est-ce que la rationalité pénale moderne se présente au moment où le système de droit pénal fait face à l'opinion publique?
 - a. Est-ce qu'il y a des aspects de la rationalité pénale moderne qui sont en train d'être réactivés?
 - b. Est-ce que l'opinion publique est en train d'être intégrée d'une façon strictement négative?
 - c. Avec quel aspect de la rationalité pénale moderne l'opinion publique serait mise en relation?

CHAPITRE III
REVUE DE LITTÉRATURE ET CADRE THÉORIQUE

3.1. L'opinion publique et le système de justice pénale dans la littérature.

Le principal problème qui se pose lorsqu'on observe les études sur l'opinion publique et le système de justice pénale est la conceptualisation de l'opinion publique elle-même. La majorité des études qui se préoccupent d'investiguer la connaissance du public à l'égard de la justice pénale (une partie, une institution particulière ou même toute la justice) ne font aucune conceptualisation du terme « opinion publique » ou le font de façon trop sommaire et non problématisée. Bref, on parle de l'opinion publique mais sans la définir préalablement. Robert et Faugeron (1978) ont remarqué cela il y a déjà plusieurs années soulignant que cette absence de souci conceptuel présuppose un faux consensus derrière la notion d'opinion publique. Ainsi, lorsque l'on examine la bibliographie sur ce sujet on tombe souvent sur des articles qui veulent évaluer le degré de connaissance ou d'ignorance de l'opinion publique à l'égard de la justice pénale, mais en prenant cette opinion comme une donnée auto-explicative, voire une « évidence » qui ne mérite pas d'être précisée.

Évidemment, ces études vont faire la différence entre les différents groupes qui composent cette opinion publique (les jeunes, les ruraux, les habitants d'une ville déterminée, les femmes etc.), mais sans pourtant définir comment ces différents groupes peuvent être réunis sous une même catégorisation d'opinion publique. Autrement dit, les études reconnaissent la diversité de la composition de cette « opinion publique », mais elles n'arrivent pas à expliquer comment cette diversité forme une unité (présupposant donc un consensus). Or, en l'absence de conceptualisation, la « mesure » de l'opinion publique devient une pratique équivoque, dont la contribution à la compréhension du phénomène reste très limitée et trop marquée par un point de vue axiologique.

Toutefois, la conceptualisation de l'opinion publique ne semble pas une tâche facile. Bourdieu (1973), malgré le titre provocateur de son article (*L'opinion publique n'existe pas*), ne nie pas l'existence d'une opinion publique. Il met en doute la signification de cette opinion dont il est question dans les sondages qu'on peut lire dans les journaux, et, à la fin de son article, il nous livre partiellement sa propre conception :

« Bref, j'ai bien voulu dire que l'opinion publique n'existe pas, sous la forme en tout cas que lui prêtent ceux qui ont intérêt à affirmer son existence. J'ai dit qu'il y avait d'une part des opinions mobilisées, des opinions constituées, des groupes de pression mobilisés autour d'un système d'intérêts; et d'autre part des dispositions, c'est-à-dire l'opinion à l'état implicite qui, par définition, n'est pas l'opinion si l'on entend par là quelque chose qui peut se formuler en discours avec une certaine prétention à la cohérence. » (Bourdieu, 1973 :1308).

Sa conception de l'opinion publique reste difficile à construire à partir d'une affirmation si brève, mais on peut avoir quand même quelques petites pistes. Pour Bourdieu, la distinction fondamentale qui doit être faite c'est entre « opinion » et « dispositions » (qui nous semblent s'approcher de la notion d'attitude que nous allons voir dans les articles de Robert et Faugeron ci-dessous). Les opinions sont toujours formulées par rapport à un « système d'intérêts » et elles sont manifestées publiquement. La disposition, quant à elle, est la vision qui reste dans un état latent et sous-jacent par rapport aux opinions exprimées. Il nous semble alors qu'il ne nie pas l'existence d'une opinion publique, mais seulement d'une opinion publique univoque. Les opinions exprimées (autour d'un système d'intérêts et avec une prétention à la cohérence) seraient des opinions publiques.

Robert et Faugeron (1978) vont, à leur tour, critiquer aussi le mythe du consensus derrière l'idée d'opinion publique, et vont contourner le problème utilisant une « chaîne conceptuelle » sur les représentations sociales³⁵ et attitudes.³⁶ Ce qui importe ici, ce n'est pas de trouver l'état de l'opinion publique pour vérifier le degré de légitimité de la justice ou d'ignorance du public (dépendant du point de vue). Il s'agit plutôt d'investiguer la dimension idéologique du contrôle social³⁷ (Robert et Faugeron, 1978 :41). On utilise donc une approche tout à fait différente pour interroger l' « opinion publique » : au lieu de demander leurs opinions aux gens, on tente de découvrir les représentations qui se cachent à l'arrière plan des opinions exprimées. Le résultat est un schéma interprétatif composé de diverses catégories construites théoriquement et qui prétend rendre compte de diverses représentations sociales de la justice pénale (Robert et Faugeron, 1973, 1976, 1978 et 1980). On observe ici des catégories sociales

³⁵ « Dans l'idée de représentation, il y a l'idée de connaissance de l'univers extérieur, l'univers représenté, et des relations de l'individu à son univers social et physique. On peut donc définir la représentation comme un système cognitif composé d'un ensemble de sentiments, de croyances, de valeurs, de pratiques relatives à un objet. » (Robert, Faugeron et Kellens, 1975 :29. Souligné dans le texte). Outre le fait d'être un système cognitif, ils vont ajouter qu'il s'agit d'une caractéristique d'un groupe social. (Robert, Faugeron et Kellens, 1976 :28) « La seconde idée fondamentale rattachée à la notion de représentation est celle d'un système de signes et de symboles communs à un groupe, base du langage et indispensable à la communication entre les membres de ce groupe. » (Robert, Faugeron et Kellens, 1976 :31) Et ils vont dire finalement que « la représentation sociale est un processus intermédiaire qui détient à l'état potentiel, non différencié, tous les schèmes préformés de réponses, toutes les actions possibles d'un sujet placé dans un système social et soumis aux sollicitations de l'extérieur. » (Robert, Faugeron et Kellens, 1976 :32).

³⁶ « Il suffit de dire que l'observation de régularités de conduites collectives (verbales ou non) conduit à supposer l'existence d'une variable intermédiaire que l'on appelle attitude. Il s'agit donc d'une structure latente qui permet de rendre compte de positions relativement stables et organisées dans un certain contexte social. On peut, dès lors, poser que – en tant que variables organisatrices – ces attitudes générales opèrent un effet de préstructuration des champs des représentations relatifs à des objets spécifiques. Autrement dit, le rôle de filtre, d'organisateur des perceptions qu'un certain nombre d'auteurs (...) attribuent à l'image ou à la représentation pourrait être plutôt imposée à la composante « attitude » des visions collectives du monde. » (Robert et Faugeron, 1978 :39). Ils ajoutent que l' « attitude » n'est qu'un moment dans la chaîne conceptuelle, et que pour y arriver le chercheur ne dispose que de « fragments de discours portant sur les comportements, conduites, attitudes et visions de monde (...) » (1979 :40), qu'il faut organiser pour leur donner du sens.

³⁷ « Le contrôle social fonctionne massivement à l'idéologie. (...) Une des fonctions d'appareils spécialisés, comme le système pénal, est d'autoriser une production idéologique en matière de criminalité et de criminels. » Ils ajoutent que les représentations sociales sont des phénomènes idéologiques. (Robert et Faugeron, 1978 :3) Alors, leur propos ici est – selon notre interprétation – de saisir et décrire l'idéologie du contrôle social chez la population à partir des différentes représentations sociales du système pénal.

d'individus ou, plus précisément, la relation entre les représentations et les catégories sociales d'individus.

Ce qui arrive, pourtant, est l'éloignement d'un propos univoque de conceptualisation d'une opinion publique. Une telle approche présuppose vraiment que l'opinion publique (construction univoque présupposant un consensus) n'existe pas (ou n'a pas de valeur pour la construction de politiques publiques). Donc, des questions du type « le public est-il plus punitif que les juges? » n'ont pas de sens à partir de cette approche. Tout dépend de quelle catégorie d'individus on parle. Des divisions sociales sont très importantes au moment de former ces représentations du système pénal, compte tenu que différents groupes peuvent voir le système pénal différemment, lui accordant des priorités distinctes. On peut penser, par exemple, à un groupe social de salariés qui voit comme prioritaire pour la justice la poursuite des crimes commis par les riches contre les finances d'État, tandis qu'un autre groupe social peut voir la répression des « marginaux » comme prioritaire.

Il nous semble qu'*en gros*, on peut dire que la bibliographie francophone, limitée à Robert et Faugeron (ensemble, seuls ou avec un troisième auteur : Robert et Faugeron, 1973, 1976, 1978 et 1980; Faugeron, 1981; Robert, Faugeron et Kellens, 1976) et à d'autres références moins connues³⁸, s'éloigne du concept d'opinion publique³⁹ et se limite à traiter la question sous le schéma de représentations sociales. On peut dire que les efforts de connaître « les opinions » à propos du système pénal sont beaucoup plus nombreux du côté anglophone.

³⁸ Il nous semble que le grand effort a été celui des deux auteurs mentionnés qui remonte aux années soixante-dix. Dubouchet, 2004, parle d'une période de semi-abandon après ces travaux-là. Les deux références des années quatre-vingt-dix qu'il mentionne n'ont pas été localisées. Il parle aussi d'une référence de 2001 qui n'a pas non plus été localisée).

³⁹ L'exception ici est Kuhn, Villetaz et Jayet (2002).

Quant à la littérature anglophone, en dépit des critiques théoriques et méthodologiques à l'endroit du concept d'opinion publique, les études sur ce sujet et le système pénal sont nombreuses. Le plus souvent on interroge le public à propos de quelques institutions du système – justice de mineurs, peine de mort, « *sentencing* » etc. – ou à propos de quelques principes – la réhabilitation, la rétribution etc. Il est vrai qu'une bonne partie de ces études est très nuancée dans ses conclusions, elles critiquent l'usage et les méthodes des sondages d'opinions par leur insuffisance explicative et elles arrivent même à critiquer l'univocité du concept⁴⁰. Toutefois, cela atténue mais ne solutionne pas le problème de l'absence de conceptualisation. Nous allons présenter par la suite quelques conclusions de ces études jugées pertinentes pour notre propos ici.

3.1.1. La mesure de la punitivité du public. Est-il vraiment plus punitif que les juges?

Les deux conclusions les plus certaines qu'on peut extraire des études sur l'opinion publique sont l'absence d'un consensus à l'égard de la punitivité du public et l'impossibilité d'exprimer le degré de punitivité du public d'une façon simple. Il y a des études qui affirment que les degrés de punitivité des juges et du public sont les mêmes (Roberts and Hough, 2002 :7; Roberts, 1997 :251)), d'autres encore que le public est plus punitif (Cullen et al., 2002 :129, pour le cas spécifique des États-Unis; Kuhn et al., 2002) et certaines enfin que le public est moins punitif que les juges (Roberts et Doob, 1989). Toutefois, affirmer cela ne nous amène pas très loin ni sur le plan théorique ni sur celui des politiques publiques. Il faut développer davantage ces affirmations.

⁴⁰ Voir J. Sprott (1999) pour une critique spécifique de la « punitivité » du public.

Cullen et al. (2002 :129) parlent de punitivité du public puisque les gens attendent des peines dures et la prison comme peine. Toutefois, ils affirment que cela ne veut pas dire que l'opinion publique écarte la réhabilitation. Pour eux, le public ne considère pas qu'une peine dure s'oppose à la réhabilitation, et on explique cela par le fait que d'habitude la population appuierait plus d'un objectif de la peine en même temps. C'est-à-dire que les gens peuvent pour un même cas défendre la réhabilitation et la rétribution, sans y voir de contradiction. En outre, la réhabilitation continue à être un objectif populaire du système pénal. Il semble que l'appui à la réhabilitation est limité au moment de sentence, mais qu'il augmente une fois que l'individu est en prison.

En plus, il a déjà été démontré que le public ne s'attache pas à une théorie spécifique de la punition. Si on demande quel devrait être le but du « *sentencing* », les gens ne disent pas « punir », « réhabiliter » ou « dissuader », mais plutôt « arrêter la récidive », « réduire le crime » ou « créer une communauté plus sûre ». (Morgan, 2002 :221) Outre l'appui aux différents buts de la peine, on a déjà constaté que ces buts sont variables selon le crime et le criminel⁴¹. (Robert et Stalans, 1997 : 202, 203). Bref, ce que les gens veulent, c'est que quelque chose soit faite pour changer le comportement des transgresseurs. Dans cette même direction, Doble (2002) indique que le public des États-Unis soutient plusieurs objectifs du système pénal et qu'il existe une cohabitation des positions «libérale» et «punitive» (termes qu'il ne définit pas).

Un autre résultat assez fréquent est la constatation de l'ignorance du public à l'égard de ce qui se passe dans le système pénal en termes de punitions appliquées (Roberts et Doob, 1989; Morgan, 2002; Roberts et Stalans, 1997; Hough, 1996). Les gens croient que la justice est trop clémentine en ne se basant que sur quelques exemples extrêmes montrés par les médias. En réalité,

⁴¹ « Crime » et « criminals » sont les termes utilisés par les auteurs.

les peines sont sous-estimées par la population et les exemples médiatisés sont invariablement peu représentatifs de ce qui se passe au sein de la justice pénale. Roberts et Stalans (1997 : 43) ajoutent que l'ignorance du public à l'égard des peines entraîne une autre conséquence. Puisque savoir quelles sont les peines octroyées est une condition nécessaire pour le prétendu effet dissuasif du système pénal, cette ignorance empêche que le message du système pénal soit envoyé.

3.1.2. Les politiciens, la punitivité et le public.

Si les études qui essaient d'établir des rapports entre l'opinion publique et les juges sont rares, cela n'est pas vrai en ce qui concerne le rapport entre le public, les politiciens et les politiques pénales.

Roberts et al. (2003 : p.4, 5) vont même créer un terme – *penal populism* – pour rendre compte du phénomène. Pour eux, les politiques populistes sont celles qui sont créées davantage pour des motifs électoralistes que pour les effets qu'elles peuvent entraîner. Autrement dit, certains politiciens, se basant sur une image du public, vont proposer quelques politiques d'endurcissement du système pénal plus en fonction des dividendes politiques qu'ils vont en retirer qu'en fonction des conséquences qui s'ensuivront dans le champ de la politique criminelle. Bref, l'opportunisme politique allié à une conception simpliste du public vont générer ce type de politique (Roberts et al., 2003 : 5)

Autre point à souligner : l'explication la plus simple de l'émergence des politiques punitives des deux dernières décennies soutient que la punition a eu une période d'indulgence excessive (*lenience*) dans les années soixante et soixante-dix et que pour cela les taux de

criminalité ont augmenté. Alors, dans les années suivantes on a augmenté la punitivité jusqu'à sa « juste mesure » pour rendre compte de la pression de l'opinion publique. (Roberts et al., 2003 : 62) Cette thèse, que l'auteur appelle « *democracy at works* », est trop naïve. Pour la réfuter, il suffit de dire que les populations les plus victimisées ne sont pas les plus punitives, ainsi que l'opinion publique peut être manipulée par des intérêts politiques. (Roberts et al., 2003 :204)

Une autre hypothèse intéressante soutient qu'il y a eu une punitivité accrue (public et politique pénale) dans les dernières années et que cette punitivité serait due aux anxiétés créées par la modernité tardive. (Roberts et al., 2003 :68) L'auteur ne développe pas cette idée, mais nous la mentionnons ici parce qu'elle va dans la même direction que nos commentaires à propos de l'escalade de la panique morale.

3.1.3. Les médias, la punitivité et le public.

Il vaut la peine de mentionner ici quelques conclusions à propos de la participation des médias dans la construction de l'opinion publique ainsi que leur rôle comme agent créateur de paniques.

Selon Roberts et al. (2003 : 92) les médias influencent la politique pénale de différentes façons : a) distorsion des informations dans les bulletins de nouvelles; b) distorsion des perceptions du crime⁴² promue par les programmes qui ne distinguent pas *nouvelles* et « *divertissement* »; c) « renforcement des peurs et des visions simplistes sur le crime »; d) promotion de réponses au crime orientées à partir de quelques événements spécifiques; et e)

⁴² Le mot est de l'auteur.

l'attention ciblée sur quelques crimes spécifiques et sur la répression favorise l'exploitation politique basée sur l'émotivité et des réponses simples.

Il semble qu'en général les auteurs aient une opinion très négative du rôle joué par les médias sur la justice pénale. En ne faisant que la divulgation des cas extrêmes, les médias contribuent à la désinformation du public ainsi qu'à sa perception d'une justice trop clémente (d'où un public punitif). Roberts et Stalans (1997 : 216) soutiennent qu'il y a un rapport direct entre la perception négative du public à l'égard de la justice pénale et le *news média*.

Dans ce même sens, Hough (1996 : 210,211) dit que

« (...) once the American electorate developed a taste for punishment, the demand became apparently insatiable. It is unclear to what extent American politicians simply responded to public demand, and to what extent they simulated it. »

Il soutient aussi que l'influence des médias est très négative sur la perception du public, compte tenu que les « *newsworthy* » ne sont que les cas extrêmes et peu représentatifs.

3.1.4. Est-ce que la justice utilise le concept d'opinion publique?

Rares sont les exemples de travaux qui vont chercher à mesurer l'influence de l'opinion publique sur les décisions des juges. Et quand ils existent, ils ne font que mettre en relation une influence dans des questions très spécifiques, sans beaucoup théoriser sur l'amplitude du phénomène et sur ses conséquences pour la justice pénale. En outre, ces travaux vont chercher dans les flux des procès pénaux (plus de décisions dans un sens ou l'autre, c'est-à-dire plus dans

le sens demandé pour l'opinion publique ou le contraire) un rapport entre l'opinion publique et les décisions de la justice, sans pourtant s'intéresser au problème de la façon qu'on l'aborde ici. Autrement dit, aucun travail ne cherche dans le texte des sentences des juges ce rapport-là (l'exception ici est le travail de Shute, 1998, dont nous parlerons davantage ci-dessous), ni ne s'intéresse aux conséquences pour le système pénal.

Le premier exemple ici est le travail de Cook (1977). Elle utilise les « draft cases » pendant la Guerre du Vietnam pour soutenir son argument selon lequel les juges répondaient aux demandes de l'opinion publique. Sur une période de neuf ans (1967-1975) les sentences de probation pour les gens qui refusaient la conscription ont augmenté énormément, au détriment des sentences de prison. L'auteur a vu dans ce phénomène un rapport avec la croissante désapprobation de la guerre, suggérant donc que l'opinion publique a joué un rôle dans le changement du comportement des juges. Mais le plus intéressant de son étude est le fait que les décisions de la justice sont en général « invisibles » au public et de ce fait là elles ne servent pas à « guider » l'opinion publique.

« The behavior of most sentencing judges failed to intrude upon the public consciousness, and invisible decision makers cannot serve as moral leaders. Whatever the intensity of the antiwar feeling of particular judges, their behavior did not produce opinion leadership; and whatever the intensity of prowar feelings of others, their attitudes did not prevent the rapid growth of public antiwar sentiment ». (Cook, 1977 :592)⁴³

⁴³ Les résultats de la recherche de Cook ont été fortement contestés par H.M. Kritzer (1979) sur le plan méthodologique. Selon lui, l'auteur a simplement oublié que le phénomène observé pourrait être simplement une correspondance. Autrement dit, il est vrai que les sentences des juges ont été dans la même direction que les réactions du public, mais cela ne veut pas dire que les juges ont répondu au public.

Le deuxième exemple est l'article de Kuklinski et Stanga (1979). Ils parlent aussi de l'influence de l'opinion publique dans le système de justice pénale, mais à partir cette fois d'un referendum tenu en Californie sur la décriminalisation de la marijuana. Ils soutiennent que les sentences de la Cour Suprême de la Californie ont reflété les résultats de ce référendum, montrant donc que le public se fait entendre dans le système pénal. Encore une fois, il s'agit d'une recherche de scientifiques politiques qui s'intéressent à la question de la représentativité de la volonté populaire ainsi qu'à la communication entre les « public officials » et les citoyens, plutôt qu'aux conséquences que cette communication va entraîner au sein de la justice. Il va dire explicitement que « ses découvertes » (*his findings*) suggèrent qu'on devrait accorder plus d'attention « *to institutional arrangements that allow and – it is to be hoped – encourage citizens to communicate their wishes to government officials.* » (Kuklinski et Stanga, 1979: 1099). Il est certain pour lui qu'une participation accrue du public dans le système de justice pénale pourrait fonder un système de « *checks and balances* » plus élaboré et contribuerait à rapprocher « *public and their public servants* ».

Un troisième travail qui rend compte de l'intégration du public dans le système de justice pénale est l'article de Tomaino (1997). En réalité, dans ce cas là il ne rend pas compte du phénomène, mais il propose un modèle pour que la justice puisse prendre en compte l'opinion publique au moment de la détermination de la peine. Selon lui, c'est clair que les juges prennent déjà en considération l'opinion publique et donc il ne fait que proposer que cette procédure soit officialisée par le système. La façon pour le faire serait de considérer l'opinion publique au moment de soupeser les facteurs atténuants et aggravants lors de l'imposition de la peine. Pour illustrer son modèle, il prend l'exemple d'un « *white collar crime* ».

« If it is shown that public opinion concerning the above offence (...) does not, generally speaking, strain the limits of tolerance, then this would act as a mitigating factor. Alternatively, if it is shown that the financial and physical harm caused by white collar offenders is being increasingly brought to light, and public tolerance is therefore becoming increasingly strained, then this would act as an aggravating factor, increasing the culpability of the offender. » (Tomaino, 1997 :112).

Il ajoute que, compte tenu la difficulté à suivre le sentiment du public pour chaque cas, le modèle ne pourrait être appliqué que quand « *the offence is deemed to strain the tolerance limits of public opinion* ». (Tomaino, 1997 :113) Pour soutenir son modèle, l'auteur argumente qu'il y a un *bénéfice de dénonciation*, c'est-à-dire que le système enverrait le message pour dire que les opinions du public sont importantes.

Il nous semble que, dans la meilleure des hypothèses, son modèle est naïf et imprudent. Même si l'auteur va faire référence à quelques difficultés pour connaître l'opinion publique, il construit son modèle en croyant possible d'objectiver cette opinion. Les questions comme la manipulation par les médias, la construction des paniques morales, la diversité de cette opinion publique etc., ne sont guère problématisées. En outre, l'auteur trouve qu'il est possible de connaître les limites de tolérance de l'opinion publique. Il est vrai que dans quelques cas extrêmes (comme l'affaire dont il est question dans cette thèse) le public se manifeste fortement, mais est-ce qu'on peut vraiment établir quand les limites de tolérance sont dépassées? Bref, l'auteur cherche une légitimation facile à travers une justice populiste, sans prendre conscience des empêchements pratiques et des limites éthiques de sa proposition.

Roberts et al. (2003) ont créé un terme pour rendre compte du phénomène selon lequel certains politiciens proposent des politiques pénales davantage pour les dividendes politiques

qu'ils en récolteront que pour leurs effets concrets. C'est le « populisme pénal » (*penal populism*). Nous croyons pouvoir élargir le sens que ces auteurs donnent à ce terme pour rendre compte aussi de manifestations scientifiques et juridiques dans le même sens. Les décisions juridiques (et les textes de doctrine, comme celui de Tomaino) qui se préoccupent davantage de satisfaire le public que de veiller à la cohérence interne du système peuvent, à notre avis, être classifiés comme du populisme pénal.

Finalement, le dernier article qui analyse l'opinion publique au sein du système pénal est celui de Shute (1998). Son problème est de savoir si le système pénal anglais permet que les juges prennent en considération l'opinion publique au moment d'imposer une peine. Sa recherche ne trouve pas de lois réglementant la question, mais pourtant il va trouver trois « *leading cases* » où le problème a été discuté (parmi ces cas, l'affaire Bulger). Sa conclusion est surprenante :

« there is now a considerable body of evidence to suggest that mandatory exclusion theory⁴⁴ is not a true description of the current state of the English law. All the judgments we have examined indicate that sentencing judges are at the very least duty-bound to consider the relevance of public opinion (partial permission) and possibly even required to factor that consideration into any sentence they pass (mandatory inclusion). » (Shute, 1998 :108).

⁴⁴ Dès le début l'auteur établit quatre possibilités pour les juges (il les appelle théories, mais il s'agit juste d'une classification). Dans ses propres mots : « *The guidance offered by the law could take a number of different forms. At one extreme the law might outlaw trial judges from taking any account of public opinion when passing sentence: mandatory exclusion. At the other extreme the law might require sentencers to factor public opinion into every sentencing decision they make: mandatory inclusion. In between lie two permissive options. Partial permissions requires trial judges to consider the relevance of public opinion whenever they pass a sentence but allows them to deny it any influence on the outcome of a particular case if that seems appropriate in the circumstances. Full permission, in contrast, gives sentencers a free hand whether they consider the relevance of public opinion or not.* » (Shute, 1998 : 101)

Il ajoute que, à l'exemple de l'affaire Bulger, les juges ne doivent pas suivre de campagnes publiques, ni prendre l'opinion publique comme le facteur décisionnel prépondérant. Toutefois, les juges ne doivent pas non plus mettre à l'épreuve « les limites de la tolérance publique ». Encore une fois on tombe dans le problème des définitions...

Certainement, l'article de Shute est ce qui s'approche le plus de notre sujet de recherche en touchant précisément le thème même de notre travail. Comme nous, cet auteur confronte le mythe de la mise à l'écart de l'opinion publique dans la prise de décision de la justice. Toutefois, les similitudes s'arrêtent là. Dans son étude, le seul but de Shute est de vérifier si les juges sont en train ou non d'utiliser l'opinion publique comme un des facteurs dans leur prise de décision. L'auteur n'analyse pas les conséquences de cette intégration pour le système de justice pénale, ni ne s'intéresse à la problématique de la confrontation de l'opinion avec les théories internes du système.

3.1.5. Bilan final

À la suite de cette revue de littérature, quelques commentaires s'imposent. On peut affirmer ici que la science est en train d'envoyer plusieurs messages parfois directement orientés vers le système pénal, parfois orientés vers le « public » et parfois même vers le système politique. Quelques-uns veulent « former » l'opinion publique par rapport à une connaissance juridique, d'autres veulent « orienter » les juges sur « l'état » de l'opinion publique, mais ces deux types de recherche sont là pour « rapprocher » le système juridique et la population. Le but ici est de donner de la légitimité au système juridique. Mais il y a des études qui vont nier l'opinion publique, s'éloignant du propos de l'orienter. Dans le cas de ces études, le message est

d'un autre ordre : on veut mettre en lumière l'idéologie punitive que le système pénal projette dans la population. Il y a aussi des études qui ne font pas une différence très nette entre la fonction du système juridique et la fonction du système politique et jugent donc que le fait que le système pénal soit plus « ouvert » aux demandes de la population est quelque chose de positif. Et il y a aussi des recherches qui tiennent pour acquis l'opinion publique dans le système pénal. Le message que celles-ci sont en train d'envoyer est que l'opinion dans le système de justice pénale est déjà une réalité, la question est maintenant de savoir comment la justice pénale peut tenir compte de façon opérationnelle de cette opinion publique.

Jusqu'ici, la bibliographie utilisée a servi à nous aider à nous situer dans le contexte des recherches sur le sujet des rapports entre opinion publique et système pénal. Elle nous a servi aussi dans la tâche de déconstruction de l'opinion publique. Toutefois, le cadre théorique qui va nous aider dans cette recherche ne va pas sortir de cette bibliographie. Entre une opinion publique mal définie et imprécise et les représentations sociales très génériques, nous voyons mal comment ces recherches peuvent nous aider à comprendre un cas spécifique comme celui de James Bulger où il y a eu un stimulus clair du « public » en direction du système de justice pénale. Il s'agit – nous l'avons déjà dit - d'une réaction extraordinaire dans la société, qui ne peut pas être bien saisie à partir de ce que nous avons vu jusqu'ici à propos des rapports opinion publique/système de justice pénale.

En outre, en ce qui concerne le regard du système de justice pénale envers le public – ce qui constitue notre sujet d'intérêt premier ici – les efforts analytiques sont très rares (en réalité, nous dirions que seul l'article de Shute, 1998, touche précisément notre sujet, mais sans développer une analyse, comment nous venons de le dire).

Les rapports entre le système de justice pénale et l'opinion publique comportent aussi la dimension interne du système, question qui n'a pas encore été explorée par la littérature. De quoi s'agit-il quand les juges parlent d'opinion publique? Comment prennent-ils en considération cette opinion publique? Est-ce qu'on peut identifier des structures du système pénal qui essaient de rendre compte d'un stimulus externe venant du public? Ce type de question n'a jamais été abordé dans la littérature opinion publique/système pénal.

Néanmoins, nous pouvons utiliser ici, pour regarder la face interne du système de justice pénale, les travaux de Pires (2001, 2004a, 2004b). Même si les réflexions sont encore préliminaires et pleines d'hypothèses qui n'ont pas été encore approfondies, c'est la seule réflexion spécifique sur les conséquences de cette intégration du public dans le système de justice pénale. J'adopte en plus le cadre général de la rationalité pénale moderne qui reste comme toile de fond pour cette analyse de l'intégration du public. J'explique ce cadre théorique dans la partie suivante.

3.2. L'Opinion Publique dans le Système Pénal et la Rationalité Pénale Moderne.

3.2.1. La Rationalité Pénale Moderne

Tout d'abord, il faut dire ici que la rationalité pénale moderne est un concept théorique qui tente de décrire la « façon de penser » du système pénal contemporain. À cet effet, il nous sert d'outil dans la tâche d'essayer de comprendre et d'expliquer un phénomène particulier. Le choix d'adopter et de considérer comme central un concept plutôt qu'un autre n'est pas sans conséquences pour la recherche. Si un concept permet d'éclairer les données d'une façon

particulière, il faut aussi considérer qu'il laissera dans l'ombre d'autres points de vu sur le sujet. La rationalité pénale moderne, comme outil de connaissance, n'est donc qu'une des possibilités de lecture de nos données. Comme le choix conceptuel n'est pas une opération arbitraire, des justifications théoriques s'imposent. Même si nous considérons à ce moment que le choix de ce concept est justifié par la pertinence qu'il entretient avec notre objet de recherche et par sa capacité à faire émerger les conclusions les plus intéressantes du point de vue théorique, une fois confronté à la réalité empirique, la rationalité pénale moderne pose tout de même quelques difficultés.

Selon Pires (1998a :8), on a construit en Occident, de façon progressive, un système de pensée auto-référentiel qui permet au système pénal de marquer sa différence avec d'autres systèmes juridiques (civil, administratif etc.). Cette façon de penser propre au système pénal – la rationalité pénale moderne – s'est stabilisée depuis deux siècles comme le système de pensée dominant du système de droit criminel. Le fonctionnement de ce système prévoit une fermeture du raisonnement sur lui-même, c'est-à-dire qu'une fois que nous entrons dans sa logique, notre raisonnement se boucle sur lui-même et nous éprouvons de la difficulté à penser le système autrement. Pour expliquer le phénomène, Pires emprunte à Paul Watzlawick la métaphore de la bouteille à mouches : une fois que la mouche entre dans la bouteille, la seule possibilité d'en sortir serait de reprendre le chemin par où elle est entrée. Or, vu de l'intérieur le chemin de sortie paraît inapproprié et dangereux. La mouche n'ose pas, elle cherche désespérément des sorties dans l'espace de la bouteille sans jamais les trouver, elle reste prisonnière et meurt même si la bouteille reste ouverte. Quelque chose de semblable se passe dans notre façon de penser le système pénal :

« (...) il me semble qu'on peut dire qu'on a construit progressivement en Occident quelque chose de semblable à une « bouteille à mouches » en ce qui concerne la justice criminelle. Plus précisément, notre système de pensée en matière pénale *a pris la forme* d'une bouteille à mouches, c'est-à-dire d'un système qui a tendance à naturaliser le « crime », et surtout à rendre *nécessaire* le rapport entre le crime et la peine (au sens fort) aussi bien que l'obligation de punir. » (Pires, 1998a :8)

En Occident, en matière de justice pénale, la rationalité pénale moderne est notre bouteille à mouches : une construction qui ne convient pas, mais on n'ose pas pour autant faire le chemin du retour. On est tellement habitué à ses caractéristiques qu'elle nous semble tout à fait naturelle, comme si elle était là depuis toujours.

Précisons qu'il ne s'agit pas seulement d'une façon de penser qui est restreinte au système de justice pénale. Plus que cela, il s'agit d'une construction apprise et reproduite socialement. À titre d'exemple, il arrive à des mouvements sociaux de demander des peines plus sévères dans l'espoir de réduire la criminalité. Cette façon de penser – caractéristique du système pénal (comme on décrit ci-dessous) – est répandue et considérée comme naturelle bien au-delà des limites de la justice pénale organisée pour se reproduire aussi dans divers secteurs de la vie sociale.

Du point de vue historique, la rationalité pénale moderne va se former progressivement à partir de la deuxième moitié du XVIII^e siècle quand le droit pénal commence à être conçu comme un sous-système du système juridique. Elle commence à prendre forme comme « un réseau de sens » soutenu par un corpus de connaissance propre et agissant sur notre façon de concevoir et opérationnaliser la justice pénale. Ce système de pensée a rendu difficile l'évolution interne des sanctions en droit criminel. En effet, jusqu'à aujourd'hui, les tentatives pour

introduire des alternatives dans le droit criminel ont trouvé une vigoureuse résistance interne chez les juristes pénalistes. Ils les regardent comme une sorte de contamination extérieure, voire une menace à un droit qui se caractérise « essentiellement » par la punition.

En plus, cette rationalité prône une distinction « point par point » avec le droit civil. Selon cette façon de voir, le droit pénal doit préférentiellement avoir recours à des « peines afflictives » pour pouvoir continuer à exister en tant que système différencié. Par « peines afflictives », nous entendons ici les peines qui ont pour but causer de la souffrance (peine de prison et peine de mort). Ce sont les peines afflictives qui constituent son identité et, pour cette raison, l'utilisation des sanctions civiles ou administratives constituerait un dommage à l'identité du droit criminel.

Une deuxième caractéristique de ce système de pensée est son auto-portrait essentiellement punitif, particulièrement tel qu'exprimé sur le plan législatif.

« (...) on rendra officielle une ligne de pensée médiévale selon laquelle c'est la peine afflictive qui communique la valeur de la norme de comportement et le degré de réprobation en cas de non respect. La quantité du mal (norme de sanction) communiquerait le degré d'attachement au bien (norme de comportement honorée). » (Pires, 2001 :182).

Autrement dit, cette rationalité nous conduit à l'idée selon laquelle la valorisation d'un bien ne peut être manifestée que par la haine envers ceux qui y causent un dommage. Nous sommes donc devant un paradoxe : l'amour, l'estime ou quelconque sentiment positif à l'égard d'un bien déterminé impliquerait la manifestation de notre haine (sentiment négatif) à ceux qui osent y causer des torts. Le piège de ce paradoxe est que la sévérité de la répression envers ceux qui ont causé des dommages à nos biens estimés peut paraître largement insuffisante. En se

basant sur ce type de raisonnement, il est difficile de voir la sanction comme tenant compte de l'inclusion sociale du coupable.

Cette « naturalisation » de la peine afflictive comme réponse standard du système pénal est due grandement au maintien d'une structure télescopée de la norme pénale (Pires, 2001 :182; 2004a :40,41; 2004b :3-5). Dans cette structure, la norme de comportement et la norme de sanction viennent toujours ensemble, selon la formule suivante : « Quiconque fait X [comportement] doit être (ou peut être) puni par Y [sanction] ». C'est-à-dire que la norme qui prescrit (ou interdit) un comportement vient toujours accompagnée de la norme qui établit une punition, ce qui favorise une naturalisation de la peine. On a l'impression que celle-ci est une réponse « naturelle » au comportement. Or, cet accouplement des normes qui nous semble tout à fait évident n'est qu'une création historique qui va être cristallisée par la rationalité pénale moderne. Alors, la valorisation de la peine afflictive comme forme d'exprimer l'attachement aux biens et la structure télescopée de la norme renforce l'illusion de la nécessité de la peine afflictive.

En plus, au lieu d'un « droit autorisation » de punir, nous avons un « droit obligation » de punir. En effet, Beccaria va dire que la certitude de la peine est plus importante que sa sévérité. Or, la certitude appelle une obligation de punir. En outre, la philosophie pénale à partir de la deuxième moitié du XVIIIe siècle commence à identifier et à définir le crime par les peines d'emprisonnement, de mort et d'amende. L'idée que le crime doit se référer à une de ses peines et l'enseignement de Beccaria selon lequel « la certitude de la peine est plus importante que son intensité » seront vus comme des obstacles à un État autoritaire. En effet, on comprend les deux énoncés comme des limites au pouvoir de punir de l'État : l'un assurant le principe de la légalité et l'autre celui de la modération des peines. Toutefois, on ne les considèrera pas comme des

éléments centraux dans le processus de naturalisation des peines surtout afflictives (prison et mort), envoyant le message que ces peines doivent être obligatoires et incontournables.

Une autre caractéristique de la rationalité pénale moderne apparaît avec les théories de la peine suivantes : rétribution et dissuasion. Celles-ci, *noyau identitaire punitif de cette rationalité*, ne valorisent que des moyens négatifs pour la protection de la société. Leur façon de concevoir la protection de la société comporte quatre aspects (Pires, 2004a : 43,44) :

- hostilité : l'infracteur est l'ennemi du groupe et la valeur du bien offensé doit être traduite dans la quantité de souffrance imposée;
- abstraction : le mal concret causé à l'individu par la peine va être traduit par les théories de la peine comme un bien pour le groupe. Plusieurs justifications peuvent être mis en place ici : faire justice, renforcer la morale des gens honnêtes, dissuader etc.
- négativisme : ces théories de la peine sont indifférentes à toute possibilité d'une action positive envers l'individu. L'identité pénale doit être préservée avec une peine *afflictive et certaine*, ce qui fait obstacle à l'introduction ou à la prise en compte du pardon, du dédommagement ou de n'importe quel type de recomposition du lien social entre les parties;
- atomisme : leur préoccupation est avec l'individu coupable tout seul. Le fait que l'individu vie dans un réseau social et que la peine va souvent avoir des conséquences sur son entourage est négligé.

Même les théories de la peine plus récentes reproduisent la même conception du système pénal. On pense ici à la théorie de la prévention générale positive ou de la dénonciation. Celles-ci conçoivent la peine comme un message au délinquant et aux autres individus de la société disant que le comportement incriminé est inacceptable. Mais pourquoi faudrait-il nécessairement une peine afflictive pour communiquer l'inadmissibilité de la conduite? On peut imaginer plusieurs

autres manières de communiquer ce message, pourquoi se limiter à la plus drastique? Dans le champ pénal, ces théories maintiennent l'exclusion des moyens positifs en réaffirmant la peine afflictive comme la seule solution valable.

Une cinquième caractéristique de la rationalité pénale moderne est son caractère pré-politique ou transpolitique. Cela veut dire seulement que la présence d'une pensée politique critique ne nous permet pas d'échapper automatiquement à l'emprise des théories soutenant des moyens strictement négatifs (rétribution, dissuasion, neutralisation, etc.). Deux exemples pour illustrer la question (Pires, 2004a :48). Plusieurs professionnels qui travaillent avec le +droit pénal, malgré une position critique à l'égard de son fonctionnement, n'échappent pas au piège de considérer que la peine est obligatoire et adoptent une ou l'autre des théories des moyens purement négatifs de la peine. Un autre exemple rend compte du fait que plusieurs mouvements sociaux – incluant ceux qui ont des aspects humanitaires ou progressistes – peuvent demander des punitions accrues pour défendre leur cause. On peut penser ici aux cas des mouvements de défense des animaux, de l'environnement, des victimes ou même des droits des travailleurs. La protection du bien estimé est conçue à l'intérieur d'un système de pensée répressif. Et, en raison de ce fait, le système de pensée se trouve reproduit par des groupes avec des positions humanistes. Les individus peuvent adopter ces théories indépendamment d'une position plus ou moins progressiste par ailleurs. Alors, on peut dire que ces catégories brouillent, jusqu'à un certain point et en matière pénale, la distinction politique classique entre « droite » et « gauche ».

« En effet, il y a des systèmes culturels de pensée qui ne se présentent pas comme incompatibles avec une connaissance individuelle « de gauche », « progressiste », « critique », ou simplement « humaniste ». Ces systèmes [culturels et cette connaissance critique] peuvent co-exister, subissant parfois

une certaine modulation. Un observateur peut utiliser la distinction « critique/non critique » pour s'auto-observer comme critique et ne pas identifier des problèmes dans d'autres aspects de sa façon de penser. Cela signifie que la conscience critique individuelle ne s'éloigne pas nécessairement, par le simple fait d'être critique, de la façon de penser du système pénal. Ce sous-système culturel est tellement puissant qu'il n'est pas suffisamment problématisé par les orientations critiques ou humanistes. » (Pires, 2004a : 46. Notre traduction⁴⁵)

Une dernière caractéristique de la rationalité pénale moderne consiste dans son rapport paradoxal avec les droits de la personne. En effet, cette rationalité valorise les peines qui produisent la souffrance (peine d'emprisonnement, peine capitale) – un mal – comme une manière d'affirmer ou de protéger les droits de l'homme. Comment justifier l'obligation d'imposer un mal et d'exclure les sanctions alternatives au nom de la protection des droits de l'homme? La « solution » à ce dilemme a été donnée par les théories des moyens strictement négatifs et particulièrement par la théorie de la dissuasion. Il s'agit de dire que le mal concret qu'on inflige à quelqu'un se transforme en un bien dans l'avenir : le contrôle des comportements interdits. Ce sont des buts abstraits, que le système de justice pénale n'accomplit pas, mais qui sont toujours là comme des justifications. En outre, la rationalité pénale reconstruit le concept de justice à sa façon, promouvant la séparation entre les notions de justice et d'humanisme. Ainsi, on dira que l'on

⁴⁵ « Com efeito, há sistemas culturais de pensamento que não se apresentam como incompatíveis com uma consciência individual « de esquerda », « progressista », « crítica » ou simplesmente « humanista ». Esses sistemas podem coexistir, às vezes sofrendo uma certa modulação. Um observador pode utilizar a distinção entre « crítico » e « não-crítico » para se auto-observar como crítico e não identificar problemas em outros aspectos de sua maneira de pensar. Isso significa que a consciência individual não se distancia necessariamente, por ser crítica, da maneira de pensar do sistema penal. Esse subsistema cultural é portanto muito poderoso, a ponto de não ser suficientemente problematizado por orientações críticas ou humanistas. »

« favorise le crime lorsqu'on laisse de punir ou même lorsqu'on ne punit pas avec une sévérité suffisante. Par conséquent, la faute non punie serait le véritable cauchemar pour le « vrai » humaniste. Le sentiment d'humanisme envers le coupable ou à l'égard des peines afflictives serait l'expression d'une faiblesse, d'un humanisme désorienté, un pseudo-humanisme; le véritable humanisme serait dirigé vers les honnêtes citoyens, vers la victime ou vers l'humanité abstraitement considérée. » (Pires, 2004a :47. Notre traduction⁴⁶).

En somme, pour la rationalité pénale moderne, la vraie défense des droits de l'homme est l'imposition de ce que le droit a de plus dur et de plus avilissant : la peine afflictive. Le droit pénal, à l'intérieur de la rationalité pénale moderne, n'est pas capable de défendre les droits de l'homme et d'en même temps les exprimer de façon positive. Par ailleurs, les droits de l'homme n'arrivent pas à mener des changements au droit pénal parce que cela serait un affaiblissement de sa propre « protection ». En bout de ligne, il faut garder un droit pénal « dur » car il se présente après tout comme le seul gardien des droits de l'homme—même si sa façon de les garder n'est en elle-même pas très « humaine »...

3.2.2. La Rationalité Pénale Moderne et la juridicisation de l'opinion publique.

Selon Pires, depuis les années soixante on observe un phénomène de juridicisation de l'opinion publique. Il s'agit d'un processus dans lequel

⁴⁶ « (...) favorecemos o crime quando deixamos de punir ou até quando não punimos com severidade suficiente. Em consequência, a falta não punida seria o verdadeiro tormento do verdadeiro humanista. O sentimento de humanismo com relação ao culpado e às penas aflitivas seria a expressão de uma fraqueza, de um humanismo desorientado, um pseudo-humanismo : o verdadeiro humanismo estaria dirigido aos cidadãos honestos, à vítima e à humanidade abstratamente considerada. »

« (...) le public commence à être observé, décrit et perçu comme une composante du système pénal qui, afin de l'intégrer, crée de nouveaux mécanismes juridiques et de nouvelles théories, ou réactive des mécanismes qui étaient endormis. » (Pires, 2004a :49. Notre traduction.)⁴⁷

Le public ici – l'auteur s'appuie sur Luhmann pour faire cette conceptualisation – ne désigne pas tous les individus de la société, mais seulement ceux qui ont accès à des questions spécifiques à travers des moyens de communication spécifiques (Pires, 2004a :49). Donc, le public est toujours un public spécifique, c'est-à-dire qu'il est toujours une partie des individus qui jouent le rôle de public à l'égard de questions spécifiques à un moment donné. Par exemple, dans l'affaire Bulger, le public serait – selon cette définition – les gens qui ont fait entendre leurs opinions dans les médias ou encore à partir de la correspondance et des pétitions envoyées au *Home Office*.

Néanmoins, l'auteur va un peu plus loin dans la définition de « public ». Outre ceux qui ont l'accès à des moyens spécifiques, le public est aussi « une représentation générale abstraite », qu'on construit quant on fait, par exemple, des sondages d'opinion ou quant un juge parle d'opinion publique. (Pires, 2004a :49)

Ceci dit, dans notre cas, il faut garder à l'esprit que c'est surtout le système pénal qui décide quand et comment le public va être pris en considération. C'est le système pénal qui actualise, crée ou accepte des instruments juridiques pour pouvoir tenir compte du public ou de l'opinion publique, gardant ainsi ce que Pires appelle une « autonomie sélective ». Le public devient alors partie des enjeux dans la prise de décision, mais c'est le système pénal qui reconstruit l'orientation de l'opinion publique, qui décide du poids qu'on doit lui accorder aussi

⁴⁷ « (...) o público começa a ser observado, descrito e percebido como um componente do sistema penal, o qual, a fim de integrá-lo, cria novos mecanismos jurídicos e teorias ou reativa mecanismos que estavam adormecidos. »

bien que *quand* et *comment* le faire. Les systèmes politique et juridique peuvent ainsi mettre en place des lois, des concepts juridiques ou des structures cognitives de réception pour pouvoir transformer le public dans une donnée du système pénal. Par exemple, le droit pénal canadien a créé le critère de la « confiance du public dans l'administration de la justice pénale », critère qu'il utilise de manière à justifier certaines pratiques. Ce critère se présente aussi sous la forme d'une loi écrite dans le cas de la remise en liberté provisoire. En effet, le troisième critère pour décider de garder un prévenu en détention pendant son procès est celui de ne pas vouloir miner la confiance du public dans l'administration de la justice.⁴⁸ Dans cet exemple, le système pénal canadien, dans la mesure où il accepte cette norme, construit une figure juridique pour introduire le « public » dans ses communications et ses décisions. Mais rappelons, encore ici, que c'est le système pénal qui détermine *comment* et *quand* il va « maintenir la confiance du public ».

Évidemment, la tâche « d'entendre » le public dans les démocraties modernes a été toujours accordé au système politique, plus spécifiquement aux institutions législatives, censées représenter la volonté du peuple. Nous pouvons alors nous poser la question suivante : « Lorsque le système pénal commence à écouter l'opinion publique particulièrement en détermination de la peine, et même s'il le fait à sa façon, peut-on parler d'une « dédifférentiation » à l'égard du système politique (Pires, 2004a :49/50) ? En effet, on peut se demander ce qui arrive avec la notion de justice lorsque le public devient un facteur dans la construction de cette notion. Les tribunaux parlent alors de « guider l'opinion publique », « exprimer l'opinion publique », etc.

La prise en compte du public, particulièrement en ce qui concerne l'aggravation des peines, implique un changement des critères pour le système de justice pénale au moment de

⁴⁸ Voir l'article 515, (10), § c, du Code Criminel Canadien. Pour voir une utilisation pratique du concept dans le droit canadien, voir R. c. Hall, [2002] 3 R.C.S. 309.

prendre ses décisions. Il faut trouver de nouvelles justifications pour tenir compte d'un critère qui serait incompatible avec les critères juridiques conventionnels et les théories matrices de la punition (dissuasion, rétribution et réhabilitation). Dans l'affaire Bulger ce phénomène va apparaître à plusieurs reprises.

Un des indicateurs empiriques de cette réception du public et des modifications théoriques nécessaires pour en rendre compte est la sélection de la théorie de la dénonciation (ou de la prévention générale positive, dans la tradition du droit romain). Pour celle-ci, la finalité de la peine ne serait pas de rétribuer le mal ni de dissuader les autres, mais simplement de communiquer publiquement la réprobation du comportement déviant. Ici l'objectif de la peine est tourné vers la population.

À partir de cet exemple, on peut voir comment certaines formes d'intégration du public peuvent être problématiques dans un système pénal où la rationalité pénale moderne est le système de pensée dominant. Compte tenu que, dans le cadre de cette rationalité, la sévérité de la peine exprime le degré d'attachement au bien juridique protégé, la dénonciation doit être proportionnellement sévère à la réprobation collective imaginée. À vrai dire, une dénonciation pourrait être simplement faite par un acte de parole. Mais, si on pense à la dénonciation dans le cadre de la rationalité pénale moderne, cela ne suffit pas. Pour envoyer le message de désapprobation, la sévérité du châtimeut serait alors un élément indispensable. Donc, dans le cadre de cette rationalité, le fait d'avoir le public comme destinataire de la peine a pour effet de réaffirmer la nécessité d'une peine afflictive. Comme affirme Pires (2004a :53), « Quand un

professionnel de la justice dit qu'il veut « envoyer un message clair, net et sans erreurs au public », on peut s'attendre à une peine sévère » (notre traduction).⁴⁹

Bref, tout se passe comme si le système pénal entrait dans une période où le fait de rendre justice ne suffit plus, il faut aussi donner l'apparence de faire justice pour garder la confiance du public dans le système. Le problème est de savoir si cette quête de l'apparence de justice ne risque pas de déraiper lorsqu'on prend en considération l'opinion publique dans la détermination de la sanction avec les théories de la peine actuelles. Intégrer l'opinion publique peut vouloir dire réaffirmer la valeur des sanctions qui valorisent les moyens strictement négatifs. C'est-à-dire que l'opinion du public qui passe par les filtres du système pénal n'arrive que comme un mécanisme de promotion des peines les plus dures, en réactivant les théories de la dissuasion et de la rétribution. Le système pénal ré-stabilise alors son « noyau dur » punitif, mais avec des critères maintenant renouvelés.

3.2.3. L'opinion publique

Dans le cadre de cette recherche, l'opinion publique devient un concept-clé dont le sens a besoin d'être précisé. Il est clair pour nous qu'une définition théorique générale reste très difficile à faire tout comme l'est déjà l'opérationnalisation de ce concept. Néanmoins, il est aussi clair qu'il y a eu dans l'affaire Bulger un stimulus externe qui venait faire pression sur le système. On a aussi senti à l'intérieur du système un malaise devant la décision du Ministre de la Justice de prendre en compte certaines manifestations externes. Comment rendre compte de ces deux phénomènes?

⁴⁹ “Quando um profissional da justiça diz que quer ‘enviar uma mensagem clara, límpida e sem equívocos ao público’, pode-se esperar uma pena severa.”

En suivant la démarche de Pires (2004a), nous allons distinguer ici, d'un point de vue surtout méthodologique, entre trois concepts : population, public et opinion publique. En plus, ce dernier concept va se présenter sous la forme d'un état de fait et d'une représentation (non-scientifique ou scientifique).

Le concept de population est le plus simple. Il renvoie aux individus habitant un territoire ou une juridiction. Pour le concept de public, nous reprenons la définition que Pires (2004a :49) emprunte à Luhmann. Le public est en quelque sorte un rôle social que les individus (membres de la population) peuvent prendre ou non pour faire des communications politiques construites en fonction d'intérêts spécifiques.

En ce sens, l'opinion publique se définit à partir de ses manifestations. En tant qu'état de fait, elle constitue un ensemble de communications qui s'organisent sur la scène publique ou par rapport au gouvernement autour d'une question spécifique et en employant certains moyens de communication.

Cependant, d'un point de vue analytique, nous pouvons distinguer l'opinion publique des représentations que l'on se fait ou que l'on construit de l'opinion publique. Les juges se réfèrent de différentes façons au public et à l'opinion publique, construisant ainsi différentes représentations spontanées sur la signification et l'orientation de ces communications. Donc, dans le cadre de cette recherche, nous allons parler de « représentations que les juges ont de l'opinion publique » pour indiquer les constructions non-scientifiques qu'ils font de ce « stimulus externe » ou de cette « situation de fait ». La construction interne de ce stimulus par les juges est une forme de compréhension de l'opinion publique et du rôle qu'elle devrait avoir dans le système. Nous voulons dire simplement que c'est la construction des juges qui permet d'encadrer un stimulus externe dans le système. Cette réception est médiatisée par les concepts et

principes du système, tel que le principe organisationnel selon lequel il faut « maintenir la confiance du public dans la justice ». Il faut cependant noter que les juges participent de l'opinion publique lorsqu'ils communiquent publiquement leurs représentations.

Ce sont donc ces deux faces du concept d'opinion publique que nous allons utiliser pour notre analyse. Dans cette recherche, nous allons laisser de côté les représentations de l'opinion publique construites par les recherches et par des enquêtes sociales qui adoptent une technologie scientifique mais qui ne s'inscrivent pas dans les communications scientifiques.

CHAPITRE IV

DESCRIPTION DE L’AFFAIRE DANS LE SYSTÈME PÉNAL ET

ANALYSE

4.1. La décision du ministre : l'entrée de l'opinion publique dans le système pénal.

Le débat qui sera analysé dans ce chapitre a comme point de départ une décision du Ministre de l'Intérieur (*Home Office*). En effet, rappelons que, dans le système anglais, le *Home Office*, représenté par le Ministre de l'Intérieur, est appelé à fixer une période punitive⁵⁰ minimale d'emprisonnement avant que l'inculpé soit considéré pour la libération conditionnelle lorsque ce dernier est condamné à une peine indéterminée. Ceci vaut autant pour les adultes que pour les jeunes. Dans le cas des jeunes, cette peine indéterminée s'appelle « *during Her Majesty's pleasure* ». Ce pouvoir du ministre pour fixer une période punitive minimale vient des dispositifs de la loi qui lui confient un pouvoir discrétionnaire sur la durée et les conditions de la détention dans le cas des condamnés à des peines indéterminées. Le *Home Office* règlemente ce pouvoir qui lui donne la loi à travers de « *statements* » présentés au Parlement informant comment il va procéder dans l'exercice de ce pouvoir.

Dans son dernier « *statement* » avant l'affaire Bulger (la procédure a changé par la suite), il communique au Parlement qu'il va fixer la période punitive après avoir reçu deux recommandations : la première faite par le juge du procès lui-même et la deuxième par le *Lord Chief Justice*.

Dans l'affaire Bulger, la recommandation du juge du procès a été de huit ans, et celle du *Lord Chief Justice*, de dix ans. Contrairement à l'habitude, mais sans que cela soit pour autant interdit⁵¹, le ministre va s'éloigner de ces deux recommandations et établir une période punitive de quinze ans.

⁵⁰ Pour l'explication du fonctionnement de la période punitive, voir le point 1.4.

⁵¹ Cette question a été discutée dans un autre arrêt (*Reg. V Secretary of State for the Home Department, Ex parte Doody* [1994] 1 A.C. 531), souvent mentionné pour les juges de l'affaire Bulger.

C'est la justification explicite de la décision du ministre qui va susciter une grande discussion dans le système judiciaire. En effet, dans sa justification, le ministre va mentionner le fait qu'il a pris en considération les lettres qui lui ont été envoyées par le public pour décider de ne pas suivre les recommandations précédentes et d'imposer une période minimale de quinze ans. En effet, dans la lettre du Home Office envoyée aux avocats des jeunes au nom du Ministre de l'Intérieur on lit ce qui suit :

« En prenant sa décision, le ministre a tenu compte des circonstances de l'infraction, des recommandations émises par les juges et des observations présentées en votre nom, et a examiné dans quelle mesure cette affaire était comparable à d'autres. *Il a également pris en considération l'émotion que l'affaire a suscitée dans la population, qu'attestent les pétitions et autres lettres dont nous avons communiqué la substance à vos sollicitors dans notre lettre du 16 juin 1994, ainsi que la nécessité de préserver la confiance du public dans la justice pénale*⁵². » (La traduction a été faite dans l'arrêt T. c. Royaume-Uni de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Notre souligné.)

On voit par cette lettre que le ministre de l'intérieur avoue explicitement le fait d'avoir pris en ligne de compte, entre autres choses, la réaction du public dans sa décision de la période punitive. Certes, ce ne fut pas le seul critère, mais il a été le seul « inhabituel » ou apparemment déviant, pour ainsi dire. Les autres critères – la gravité du crime, l'âge des infracteurs et la comparaison avec d'autres cas – étaient courants dans la pratique du ministre d'imposer une

⁵² « *In making his decision, the Secretary of State had regard to the circumstances of the offence, the recommendations received from the judiciary, the representations made on your behalf and the extent to which this case could be compared with other cases. He also had regard to the public concern about this case, which was evidenced by the petitions and other correspondence the substance of which were disclosed to your solicitors by our letter of 16 June 1994, and to the need to maintain public confidence in the system of criminal justice.* » La décision n'a pas été retrouvée dans l'originel, mais elle est citée au complet dans l'arrêt de la Cour Européenne (T. c. Royaume-Uni) et dans le jugement de la *Divisional Court*.

période punitive. En plus de cet ensemble de critères, il faut souligner ici le fait que le Ministre a pris sa décision ayant en tête que la période punitive (*tariff*) signifie une période de *rétribution* et de *dissuasion*, comme il a été établi depuis l'implantation de cette politique.⁵³

Cette décision du ministre évoquant explicitement le rôle du public va soulever plusieurs questions. En effet, le ministre occupe une position politique et cette tâche de déterminer une période punitive (*tariff*)⁵⁴ dans un cas spécifique peut être vue comme correspondant à celle d'imposer une vraie sentence. Parmi les questions que cette affaire va soulever on trouve celles-ci : Y aurait-il ici un conflit de rôles faisant obstacle à un tribunal indépendant ? Les juges et/ou le ministre peuvent-ils tenir compte des lettres du public ou de leur perception de l'opinion publique pour déterminer une peine (ou une période punitive) ? Le ministre doit-il décider comme un juge ou a-t-il la liberté de tenir compte d'autres critères ?

Pour clarifier la discussion qui va suivre, indiquons que, selon l'interprétation donnée par le ministre, la fixation de la « période punitive » se réaliserait dans deux situations différentes : (i) lorsque les infracteurs adultes sont condamnés à une peine obligatoire à perpétuité (*mandatory life sentence*) et (ii) lorsque les mineurs sont condamnés à une peine obligatoire indéterminée qui s'appelle « pour la période qu'il plaira Sa Majesté » (*during her Majesty's pleasure*). Thompson et Venables ont été condamnés à cette dernière peine.⁵⁵ Dans ces deux cas de figure (adultes et jeunes), une fois la culpabilité reconnue par un jury, le rôle du juge du

⁵³ On ajoute ici que la politique de période punitive a été pensée primordialement pour le cas des adultes. Mais en 1993, le Ministre de l'Intérieur fait un « statement » disant : « Everything that I have said about the practice of the Secretary of State in relation to mandatory life sentence prisoners applies equally to persons who are, or will be, detained during Her Majesty's pleasure under section 53(1) of the Children and Young Persons Act 1933 (...) ».

⁵⁴ L'expression « période punitive » est la traduction de *tariff*. Cette traduction a été faite par la Cour Européenne dans ses deux arrêts qui sont utilisés dans cette thèse. Dorénavant on arrête de mettre en parenthèse l'expression *tariff* après mentionner période punitive.

⁵⁵ Rappelons que cette interprétation est celle du Ministre de l'Intérieur à l'époque. Sa décision de traiter les jeunes infracteurs avec la même politique de période punitive appliquée aux adultes a été considérée illégale par la *House of Lords* et, plus tard, par la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

procès consiste alors à appliquer automatiquement la peine nominale (*mandatory sentencing* ou *during Her Majesty's pleasure*) et à faire une recommandation concernant la période punitive. Mais c'est le Ministre de l'Intérieur qui décide définitivement sur la durée de cette période⁵⁶. Rappelons que la période punitive indique le temps minimal que l'individu doit rester incarcéré avant d'être considéré pour une libération conditionnelle. Le système de droit criminel anglais justifie cette période en disant qu'elle doit être d'une « durée suffisante pour répondre à la nécessité de rétribution et dissuasion ».⁵⁷

Or, les avocats de Thompson et Venables vont contester de différentes manières la légalité de cette décision du Ministre de l'Intérieur fixant à quinze ans la période minimale d'incarcération pour leurs clients. Selon l'ordre des décisions, cette cause sera entendue d'abord par la *Divisional Court*, ensuite par la Cour d'appel, puis par la *House of Lords* et, finalement, par la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Nous analyserons dans les sections qui suivent chacune de ses décisions du point de vue du problème qui nous intéresse ici.

4.2. La décision de la *Divisional Court*⁵⁸

⁵⁶ C'est l'article 53, § 1, du *Children and Young Persons Act* de 1993 qui règle la question jusqu'à que le cas soit « livré » au Ministre. Une fois la question dans les mains du Ministre, sa façon de procéder n'est pas réglée par des lois, mais seulement par les « statemens » du Home Office. Le dispositif de la loi de 1933 est le suivant (selon la traduction de la Cour Européenne dans l'affaire T. c. Royaume-Uni) : « Lorsque l'auteur d'une infraction est reconnu coupable de meurtre et que le tribunal constate qu'il avait moins de dix-huit ans au moment des faits, le tribunal ne pourra ni le condamner à l'emprisonnement à perpétuité ni prononcer contre lui ou faire inscrire dans son casier judiciaire une condamnation à la peine capitale, mais en lieu et place le tribunal (...) le condamnera à être détenu pour la durée qu'il plaira à Sa Majesté, et l'intéressé purgera alors sa peine dans le lieu et aux conditions ordonnés par le Ministre. »

⁵⁷ Voir note 19.

⁵⁸ *R v Secretary of State for the Home Department ex parte T and V.* ([1996] NLOR N.3422) (NLC 496053401).

Dans cette décision il n'y a qu'un juge qui manifeste ses arguments (Lord Justice Pill). Le deuxième juge de la décision (MR Justice Newman) ne fait qu'exprimer à la fin qu'il est d'accord avec les arguments du premier juge.

Le but de ce jugement se situe donc dans le prolongement de la demande des avocats des jeunes garçons. En somme, il vise à examiner la légalité de la décision prise par le ministre. Selon Lord Justice Pill, les demandes des avocats peuvent être résumées de la façon suivante :

- « 1. A declaration that the release of the applicant should not be determined by reference to the notion that he has to serve a minimum period to satisfy the requirements of retribution and general deterrence in respect of his offence.
2. A declaration that the release of the applicant should not be determined by reference to the notion that his case should not be reviewed by the Parole Board until he has served a minimum period which is fixed solely by reference to the supposed requirements of retribution and general deterrence. » (Lord Justice Pill, p.4)

Le juge poursuit sa description des demandes des avocats :

« Mr. Fitzgerald and Mr Higgs [les avocats des jeunes garçons] submit that it was unlawful to do so [appliquer aux jeunes la même politique de période punitive que celle appliquée aux adultes]. It was also submitted that detention during Her Majesty's pleasure is exclusively a preventative and reformative sentence when imposed upon an 11 year old child, that it was wrong to fix the minimum period at the outset, that the punitive period should be the minimum possible and not exceed the judicial recommendation, that the exercise of determining the adult tariff and then scaling it down was inappropriate, that the policy overlooked the needs of rehabilitation, that the discount for youth was in

any event inadequate, that the respondent had wrongly had regard to public opinion and that he had failed to take account of social and psychiatric factors in deciding upon the minimum period. » (Lord Justice Pill, p.9)

Ce ne sont pas tous ces points abordés par les avocats qui vont être développés dans l'argumentation du juge. Quelques points ne sont même pas mentionnés tandis que d'autres vont faire l'objet d'une analyse approfondie. En réalité, la plus grande partie de sa décision est une longue description de l'histoire de l'affaire et, principalement, de la politique de période punitive du ministre de l'Intérieur. Cette question de la période punitive est d'ailleurs, selon ses propres mots, le point principal à être considéré. L'essentiel de la décision de *Lord Justice Pill* sur cette question peut être résumé de la façon suivante :

« There could be no tariff in the case of a child detained during Her Majesty's pleasure. The nature of the detention during Her Majesty's pleasure *did not permit a tariff approach*. The essence of the requirement on the respondent, with respect to a child detained at Her Majesty's pleasure was to keep the need for detention under regular review. » (Lord Justice Pill, p. 2. Notre souligné.)

Autrement dit, la politique d'établir une période punitive est, selon lui, incompatible avec la justice pour les mineurs. Celle-ci exigerait une réévaluation permanente des besoins des jeunes infracteurs. Cette politique de période punitive ignorerait les changements naturels que connaissent les enfants, changements beaucoup plus accentué que ceux des adultes, et donc serait inappropriée. Il s'explique davantage dans un autre passage :

« (...) a possible conclusion is that there can be not tariff in the case of a detainee. The justification for a tariff in the case of a mandatory life prisoner is that the true and judicially imposed tariff is life and that stating a term of years by way of a tariff is a form of remission which the Secretary of State is entitled to grant. The nature of detention during Her Majesty's pleasure does not permit of such an approach. There is no judicially imposed tariff from which to remit. However, the essence of the requirement upon the Secretary of State with respect to a child or young person detained during Her Majesty's pleasure is to keep the need for detention under regular review. » (p.15)

Il met en comparaison ici la peine indéterminée des jeunes et des adultes. En réalité, selon son interprétation, il s'agit d'une peine à perpétuité seulement pour les adultes. Dans ce cas, il n'y a pas de droit à une sortie anticipée; cela serait un « grant » du système correctionnel. Mais dans le cas des jeunes, la question est différente. Puisqu'il ne s'agit pas d'une peine à perpétuité mais seulement d'une peine indéterminée, la sortie de la prison n'est pas un « grant » et le devoir du système correctionnel est de réévaluer en permanence la détention des jeunes. Donc, appliquer une politique d'adultes aux jeunes n'est pas acceptable, et par conséquent la période punitive que leur applique le ministre (15 ans) est insoutenable.

Toutefois, le fait de considérer la spécificité du cas des jeunes et la nécessité de veiller à leur bien-être ne l'empêchent pas de dire que :

« Recognition of the needs of children did not exclude punishment and deterrence as factors appropriate in their sentence and detention and the respondent was entitled to take these into account together with the risk to the public and *public confidence* and the interests of the offender. » (Lord Justice Pill, p.2)

Donc, en même temps qu'il faut qu'il veille au bien-être des jeunes et maintienne en constante réévaluation leur détention, il serait légitime pour le ministre de prendre aussi en considération le besoin de punition et de dissuasion, ainsi que la nécessité de maintenir la confiance du public dans le système de justice pénal. La question du risque pour le public est d'un autre ordre. Elle relève de la neutralisation lorsqu'on estime qu'un risque important est possible. Dans le cas actuel, il nous paraît raisonnable de penser, pour motifs évidents de sécurité, que les deux jeunes devraient être au moins temporairement institutionnalisés pour évaluation.

On voit ici que la punition de Thompson et Venables est justifiée, en même temps, par plusieurs finalités et critères. Il nous semble que, malgré le fait que le bien-être des jeunes soit un enjeu important, la préoccupation avec la punition ne disparaît pas. La réhabilitation (même si elle implique déjà des moyens négatifs, comme la détention dans le centre pour jeunes) ne suffirait pas comme objectif et ne serait non plus perçue par le système de droit criminel comme capable de donner l'apparence de justice nécessaire pour maintenir la confiance du public dans le système de justice pénal.

L'impression que nous avons est que le juge donne en même temps un pas en avant et un autre en arrière. Il condamne le ministre de vouloir imposer une politique (de période punitive) inflexible et qui ne tient pas compte des besoins des jeunes : le juge va dire explicitement que ne réévaluer leur peine qu'après 15 ans est exagéré. Nous pouvons considérer cette manifestation comme un pas en avant sous l'angle de l'observateur préoccupé de la dégradation punitive du système. Le juge est en train de mettre un frein aux prétentions punitives du ministre, basées sur la rétribution et une invraisemblable dissuasion (on ne peut pas oublier que la dénonciation est

aussi toujours là, même sans être reconnue de façon explicite). Néanmoins, le fait de reconnaître cette punition comme injuste ne lui empêche pas de dire – et voilà le pas en arrière – que le ministre a raison de rétribuer le crime, de dissuader les gens et de garder l’image de la justice (en dénonçant). Son problème avec la décision du ministre serait seulement une question de « grandeur de la peine » et de rigidité de la politique, pas de principe. Il faut que la peine soit aussi afflictive, qu’elle cause du mal. Et cela aussi pour une raison dissuasive (noter qu’on parle d’un crime de deux jeunes de dix ans).

Quoi qu’il en soit, d’un point de vue pratique, le simple fait d’avoir annulé la période punitive nous semble un progrès. Même si ce juge considère le besoin de dissuader et de rétribuer, ce besoin ne peut pas se superposer – à partir d’une peine prédéterminée – au besoin de réhabilitation.

Un peu plus loin, Lord Justice Pill continue son argumentation à propos de la dissuasion et de la rétribution. Le juge va citer un passage d’une autre décision pour soutenir son argument, passage qui traduit très bien son attachement à la nécessité de causer de la souffrance :

« It is important that punishment should be inflicted upon people who commit crimes of this sort. It is important from this young man’s point of view that he should expiate his offence. It is important to remind others of the dangers of carrying knives, let alone the danger of taking them from their sheaths and using them. *It is important that the public’s requirement that the offenders should be made to suffer for their misdeeds should be satisfied. If that requirement is not satisfied, then people are apt to take matters into their own hands.(...)* ». (Lord Lane CJ, dans R v Forshaw (1984) 6 CAR(S) 413, mentionné à la page 15; dans ce cas l’accusé a 15 ans.) (Notre souligné.)

Voilà donc son point de vue : veiller au bien-être des jeunes infracteurs n'est d'aucune façon incompatible avec le fait de leur causer de la souffrance. En plus, nous constatons dans ce passage sa conception de la justice pénale comme alerte et sensible aux demandes du public pour la punition et la souffrance. Il est important que la justice pénale réponde aux appels du public (noter qu'on ne parle que des demandes de punition accrue), pour garder son image auprès de la population, voire sa légitimité. Son inertie enverrait à la population le message que la justice n'est pas en train d'être rendue, laissant la place à l'escalade de la justice privée. Si la justice veut garder sa légitimité (vue comme acceptation parmi le public), il faut qu'elle soit punitive et qu'elle donne l'exemple.

Même si la question de l'opinion publique n'est pas le point principal de sa décision, Lord Justice Pill va en traiter un peu. Comme on l'a vu dans les extraits mentionnés ci-haut, outre les questions de dissuasion et de rétribution, la question de l'opinion publique est bien présente. Dans le premier extrait, on parle de risque pour le public et, encore une fois, du besoin de maintenir la confiance du public dans le système de justice pénal. Dans ce dernier extrait, il s'agit de satisfaire les requêtes du public de faire souffrir l'infracteur.

La question du maintien de la confiance du public dans le système de justice pénal est bien présente dans les propos de ce juge. Outre ce qui a déjà été mentionné ci-dessus, Lord Justice Pill dit ceci : « I acknowledge of course the *Secretary of State's responsibility, along with that of the judges*, to maintain public confidence in the system of criminal justice. » (p. 16. Notre souligné). On est ici vraiment en train d'intégrer l'opinion publique avec son « habit » juridique. C'est ce que nous avons déjà décrit comme la transformation de l'opinion publique externe dans un concept passible d'être reçu par le système de justice pénal. Si ce juge ne va pas beaucoup parler de l'intégration directe promue par le ministre, il va pourtant accepter cette opinion dans la

forme prédéterminée par le système pénal. En outre, on voit ici, selon sa conception, que la tâche de garantir la confiance du public dans le système pénal est partagée par le système politique (représenté par le ministre) et le système juridique (représenté par les juges). Or, si l'on confie cette tâche, même de façon partagée, au système politique, on ouvre les portes à l'arrivée de l'opinion publique directement dans le cadre du système juridique. Le système politique fonctionne en tenant compte de l'opinion publique, et s'il lui incombe de veiller à la confiance de ladite opinion dans le système pénal, alors la tâche de rendre justice devient beaucoup plus ouverte aux influences et aux demandes politiques.

Deuxièmement, il y a la question de satisfaire le « désir punitif » du public (ou de la justice pénale ?) afin d'éviter la « floraison » des actes de justice privée. En réalité, il ne faut pas voir ici une autorisation du système pénal à la vengeance lorsque la population n'est pas satisfaite avec ses jugements. Il faut plutôt y voir une façon d'intégrer le public et de construire ce que Pires (2001 : 201; 2004b :23) a appelé un « droit-créance négatif » : avec l'intégration du public, le système pénal semble être en train de répondre à la demande d'un *droit à* (droit-créance) la souffrance de l'inculpé. Le public devient une entité dotée du droit de revendiquer auprès du système de justice pénal l'imposition d'une souffrance, et le système pénal doit jouer son rôle de punisseur afin de rendre compte de ce droit là. De toute façon, on voit ici un droit pénal **obligé** de punir, pas seulement en vertu de son autoportrait punitif, mais aussi en vertu de l'intégration du public.

Il est quand même intéressant de voir dans la décision de ce juge qu'il critique la décision du ministre, mais lui-même ne va pas proposer des solutions très différentes. À un moment donné il va même questionner la pertinence du lien à faire entre l'imposition d'une peine sévère et la confiance du public dans le système de justice pénal.

« In undertaking that responsibility, I regard it as incumbent on the Secretary of State however to consider whether, in the case of offenders who have committed a dreadful crime at the age of 10 years, there is necessarily a direct relationship between a term of years, however long, proclaimed at this stage as a tariff and increased confidence in the system of criminal justice, sensibly regarded. » (Lord Justice Pill, p.17)

Le problème est que son questionnement des effets de la peine sévère n'entraîne pas un changement d'attitude. On va casser la décision du ministre, mais même s'il n'existe plus de période punitive, les arguments pour soutenir une punition sévère sont énoncés.

* * *

Pour conclure, il faut ajouter que la décision de la cour a cassé celle du ministre à partir de l'argument que la politique de période punitive, tel que pratiquée pour les adultes, ne pourrait pas être appliquée aux enfants.

4.2.1. Bilan final de la décision de la *Divisional Court*

À la fin de chaque décision du système de justice anglais analysée ici, nous faisons un bilan. Le but est de faire un résumé de la décision à partir d'un tableau commun qui nous permettra de mettre en rapport les décisions et les thèmes qui s'en dégagent avec notre grille d'analyse. L'idée est aussi de rendre plus compréhensible et organisée, autant pour nous que pour le lecteur, une quantité énorme de données. Soulignons que ce ne sont pas tous les juges qui

vont aborder tous les thèmes dans le tableau. Mais les thèmes ne sont pas choisis à cause de leur fréquence, mais de leur pertinence pour notre recherche.

Le tableau pour Lord Pill et Lord Newman (qui n'a fait que concorder avec le premier) est le suivant :

Question	Réponse
Les juges acceptent-ils que le ministre tienne compte de l'opinion publique dans sa décision concernant la période punitive? Si oui, les tribunaux auraient-ils le même droit dans la détermination de la sentence?	Oui. Le ministre a le droit de prendre en considération la « confiance du public ». Quant aux juges, ils n'ont pas commenté.
Si oui, peut-on accepter l'opinion publique sous la forme d'une campagne <i>ad hoc</i> ?	Pas commenté.
Les juges acceptent-ils l'opinion publique au moment de la libération conditionnelle?	Pas commenté.
Quelles sont les théories de la peine invoquées pour justifier l'incarcération des jeunes ?	Réhabilitation, dissuasion, rétribution et dénonciation. On peut penser aussi à la neutralisation quand il parle de « risque pour le public » dont il faut tenir compte.
La politique de la période punitive (<i>tariff</i>) est-elle acceptable pour la justice des mineurs?	Non. Politique incompatible avec la justice de mineurs.
À qui incombe la responsabilité de maintenir la confiance du public dans le système pénal?	Responsabilité partagée entre juges et ministre.

En bref, qu'apprenons-nous avec la décision de la *Divisional Court* par rapport à notre problématique de recherche?

Premièrement, la question de la confiance du public dans le système pénal. Nous pouvons concevoir ce critère comme une structure d'accueil de l'opinion publique. Cette structure semble avoir été étroitement liée à la théorie de la dénonciation. Si tel est le cas, elle devient une structure unilatérale : c'est-à-dire, une structure plus disposée à accueillir des demandes de sévérité que des demandes de modération.

Deuxièmement, en ce qui concerne les théories de la dissuasion, de la rétribution et de la réhabilitation, il les utilise avec profusion. Et à partir de ces théories, il y a aussi deux manières d'intégrer l'opinion publique, en l'occurrence en attachant cette structure d'accueil (confiance du public dans le système pénal) à ces théories ou en augmentant simplement la punitivité au nom de la rétribution et de la dissuasion sans que l'on puisse voir la présence de l'influence du public.

Une autre question qu'il faut aborder ici sur l'entrée de l'opinion publique dans le système pénal a trait à l'affaiblissement (ou confusion) des frontières entre le système juridique et le système politique. Si le système juridique vient à considérer la remise de peine comme une opération du système politique prise à partir d'une logique politique, il permet alors à l'opinion publique de jouer un rôle dans le sort des dossiers judiciaires par ce canal politique. Ainsi, l'opinion publique entrerait dans le système pénal par la simple confusion des limites entre le système juridique et le système politique ou par un recul du système juridique.

La décision de la *Divisional Court* va dire aussi que la tâche de garantir la confiance du public dans le système pénal est partagée par le ministre et les juges. De la même façon, on voit ici une confusion entre le système politique et le système juridique. Le second attribue au premier (de façon partagée, selon ce juge) la tâche de veiller à sa « bonne image » auprès du public. Étrangement, ici, le système pénal est en train de dire que c'est au système politique de garantir son image auprès du public, aliénant une fonction qui, nous semble-t-il, ne devrait

appartenir qu'au système juridique lui-même. Ouvre-t-on la porte à une justice populiste préoccupée plutôt par le public que par sa cohérence interne?

Le dernier point tient compte de la rationalité pénale moderne. On voit le renforcement des théories de moyens exclusivement négatifs, le renforcement de la vision du droit pénal comme protecteur de la société contre le crime et, plus important, le besoin de la punition. Le juge dit ici que, même sans une période punitive (à laquelle il s'oppose), la punition doit exister. Les alternatives, le pardon, le traitement hors institution pénale ou n'importe quel autre moyen de traiter la question sans l'utilisation de la peine afflictive ne sont pas envisagés ici.

4.3. La décision de la Cour d'appel⁵⁹

Dans cet arrêt il y a la participation de trois juges, Lord Woolf (Master of the Rolls), Lord Justice Hobhouse et Lord Justice Morritt. Chacun présente une argumentation différente. Ils doivent décider à propos de l'appel du ministre et des contre-raisons d'appellation présentées par les avocats de Thompson et Venables. Le ministre argumente que le Parlement lui a donné le même pouvoir discrétionnaire dans le cas de jeunes comme dans le cas des adultes à l'égard des dispositions autour des peines indéterminées (*mandatory sentencing* et *during Her Majesty's pleasure*). Les avocats de Thompson et Venables argumentent les points suivants, tels que résumés par Lord Woolf :

« 1. The sentence of detention during Her Majesty's pleasure does not order detention for life as the punishment merited by the crime or murder ; rather it

⁵⁹ R v Secretary of State for the Home Department ex parte Venables and ex parte Thompson ([1996] E.W.J. N.260) (QBCOF 96/0626-7/D).

authorises indeterminate detention only for as long as is necessary to meet objectives that are either wholly or predominantly reformatory and preventative.

2. At least in the case of a 10 year old offender the only legitimate objective of detention during Her Majesty's pleasure is not retribution or deterrence but the reformation of the offender and the protection of society.

3. As an alternative to (1) and (2), if it is permissible for the Home Secretary to have regard to retribution and deterrence it is wrong to determine the date of the review by reference to those objectives alone and so as to exclude for the period of the tariff a periodic review of the wider merits of continuing detention including the way in which the offender progresses and matures as time passes.

4. As an alternative to (3) if it is legitimate to fix a tariff at the outset to reflect punishment and deterrence it is not appropriate to take into account in the case of a child or young person the views of the public as to the period of detention which is appropriate or to adopt an approach which is greatly in excess of that which is adopted by the judiciary.

5. The Secretary of State had come to his decision unfairly because he did not make full disclosure of the material on which he relied and did not have sufficient information as to the applicant's background to entitle him to come to the decision which he did. »

Chaque juge développe une argumentation autonome, sans répondre nécessairement à chaque demande des deux parties du procès judiciaire. Les différentes argumentations vont dialoguer parfois avec la décision de la *Divisional Court*, mais sans pour autant se limiter aux arguments qu'elle suscite. Nous présentons dans la séquence les manifestations des juges de façon individuelle, accompagnées de notre analyse.

4.3.1. L'argumentation du juge *Lord Woolf*

Lord Woolf commence son argumentation avec une série de descriptions. Il décrit l'affaire Bulger (l'événement, les répercussions, la décision du Ministre), le déroulement du cas dans la *Divisional Court*, l'argument des deux parties pour l'appellation et il fait une description historique des dispositifs légaux applicables au cas.

En faisant son rapport historique, il rappelle que c'est le ministre qui a établi la politique de diviser les peines indéterminées en 2 parties, la partie punitive (*tariff*) et la partie d'évaluation de risque. Le Parlement a accordé au ministre la responsabilité de gérer la peine, et donc le rôle des juges de faire des recommandations concernant la période punitive n'existe qu'à cause d'une politique établie par le Ministre :

« But for the fact that the Home Secretary decided, when formulating the new scheme to retain in a modified shape the existing practice of inviting the opinion of the judges, they would never enter the picture at all. The Secretary of State is compelled, or at least entitled, to have regard to broader considerations of a public character than those which apply to an ordinary sentencing function. It is he, not the judges, who is entrusted with the task of deciding upon the prisoner's release, and it is he who has decided, within the general powers conferred upon him by the statute, to divide his task into two stages. It is not, and could not be, suggested that he acted unlawfully in this respect and I can see no ground whatever for suggesting that by doing so he deprived himself entirely of his discretion at the first stage, and delivered it into the hands of the judges. » (Lord Woolf, p.9, 10)⁶⁰

⁶⁰ En réalité, cette citation est présentée dans les discours de Lord Woolf, Lord Hobhouse et Lord Morritt, de façon identique. Il n'y a aucune identification de ces mots comme appartient à une autre personne dans les manifestations des deux premiers juges (ils ont cet extrait dans leurs textes comme s'ils en étaient les auteurs). Lord Morritt va citer le même extrait en l'attribuant à un autre juge (Lord Mustill) dans le cas d'une autre décision (Reg. V Secretary of State for the Home Department, Ex parte Doody [1994] 1 A.C. 531).

Nous voyons dans ce passage que Lord Woolf défend le pouvoir du ministre d'appliquer une période punitive en invoquant comme argument le fait que telle était la volonté du Parlement. Le juge affirme que nous ne pouvons pas soutenir que le ministre agit illégalement parce qu'il n'a fait qu'exercer un pouvoir qui lui a été conféré par la loi. Le rôle des juges dans la politique de période punitive est simplement de faire des suggestions au ministre. Ce rôle n'existe qu'en fonction d'une décision du ministre lui-même, qui aurait pu décider autrement en écartant complètement la participation des juges.

Ensuite, Lord Woolf se dirige vers la question du statut de la détention « during Her Majesty's pleasure ». Analysant la législation pertinente (section 53 du *Children and Young Persons Act 1933*), il conclut que cette peine, différemment de la peine des adultes, n'est pas une peine d'emprisonnement à vie, mais une peine indéterminée. Elle peut être à vie ou non. Ceci dépend de la volonté de Sa Majesté, qui en pratique est la volonté du Ministre de l'Intérieur. Toutefois, qu'il s'agisse de peines différentes, celles des adultes et celles des jeunes, n'empêche pas que la source légale pour le pouvoir du ministre soit la même (ses « statements ») (Lord Woolf, p.44).

Ayant considéré tous les points ci-hauts, Lord Woolf prend sa décision en analysant (a) la légalité de la politique de période punitive (« lawfulness of the policy »), (b) l'application de la politique et (c) la justesse de la décision.

a) la légalité de la période punitive :

À propos de l'argument des avocats des jeunes selon lesquels il ne devrait pas y avoir de punition ni de dissuasion dans le cas en question, il répond :

« I do not agree that punishment and deterrence necessarily have a limited role to play in the case of the detention of a young offender for murder during Her Majesty's pleasure. » (Lord Woolf, p.22)

Il dit qu'il est évident que cette peine comporte un élément de punition, en commençant par la façon que le *Children and Young Persons Act* classifie la section du texte applicable à ce cas : « punishment for certain grave offenses ». De plus, tenant compte du droit anglais de punition pour des crimes moins graves, il serait incohérent de dire que dans le cas de meurtre, il ne pourrait pas y avoir ce type de réponse. Il ajoute que le poids donné au facteur « punition » relève du pouvoir discrétionnaire du ministre. Il va en outre ajouter que la réhabilitation a aussi un rôle :

« The need for rehabilitation is also a relevant consideration. This can in part be catered for in the regime provided for the offender while in detention and it can also influence the decision as to when to release when punishment no longer requires continued detention. » (Lord Woolf, p.22)

Toutefois, il faut considérer que même si Lord Woolf n'abandonne pas la rétribution, il donne une importance spéciale à la question de la réhabilitation lorsqu'il refuse la période punitive, comme nous allons le voir au point « b ».

b) l'application de la politique de période punitive :

Ce point vise à répondre à une des demandes des avocats de Thompson et Venables

soutenant que dans le cas des deux jeunes âgés de dix ans, l'idéal serait la non-utilisation de la politique de la période punitive dû à son inflexibilité. Le juge, Lord Woolf, conteste non seulement la pertinence de la politique dans le cas des deux jeunes, mais aussi l'inflexibilité d'une période punitive de 15 ans dans ce cas.

« In the case of young offenders to put off the commencement of a general review of their position theoretically as long as 15 years appears to be totally unreasonable. Even, in the case of offenders of the age of the applicants, to put it off for 12 years⁶¹ appears to me to be unacceptable and contrary to the proper exercise of the discretion. If the tariff was fixed at a figure as high as this but there was to be a general reconsideration during the period of the tariff I would take a different view. » (Lord Woolf, p.23)

La position du juge s'applique spécifiquement au cas des jeunes lorsqu'il affirme qu'il faut tenir en considération les changements beaucoup plus accentués que dans le cas des adultes.

Il critique ensuite la différence entre les recommandations de la justice et la période punitive effectivement imposée :

« The difference between the judicial figures and that of the Home Secretary in this particular case as to the tariff are so different as to raise a doubt as to whether there is a difference of approach as to what the tariff covers. Unless the tariff is to bear some relationship to what punishment the judiciary would impose what is the purpose of consulting them? » (Lord Woolf, p.25)

Malgré cela, Lord Woolf dit qu'il n'est pas d'accord avec l'interférence de la justice dans

⁶¹ On parle de douze ans ici parce qu'on se réfère à la date de la première révision de la période punitive, qui est toujours de trois ans avant son expiration.

la décision du ministre (spécifiquement avec les tentatives de dire au ministre ce qu'il peut ou non prendre en considération), sauf en ce qui concerne le contrôle de la régularité de la procédure prise par le ministre.

Quoi qu'il en soit, le juge termine cette partie en disant que dans le cas en espèce (Thompson et Venables), la meilleure chose à faire serait de ne pas utiliser la politique de période punitive :

« A departure from the tariff would allow the development of these young offenders to be considered. It would allow the full information to be obtained. It would avoid the Home Secretary publicly being in significant disagreement with the judiciary which could only tend to undermine the public confidence in the criminal justice system. It appears that either the ability to depart from the policy was not appreciated or if it was appreciated not considered. » (Lord Woolf, p.25)

Nous observons dans ce passage que le public sert aussi de justification pour ne pas prendre directement en considération l'opinion publique. Or, comme l'évalue Lord Woolf, si nous utilisons la politique de période punitive et nous établissons une peine différente de celle recommandée par le juge du cas et le *Lord Chief Justice*, nous affaiblissons la confiance du public dans le système de justice pénale. Alors, même si Lord Woolf n'est pas suffisamment explicite à cet égard, il nous semble qu'il considère deux « publics » différents : celui qui jouerait un rôle dans l'établissement de la période punitive dans un cas spécifique, et celui qui est abstraitement considéré avant toute intervention quand on fait référence à cette préoccupation du système de justice pénal en susciter la confiance par sa façon d'agir. Certes, Lord Woolf ne fait pas explicitement cette distinction, mais à notre avis cette lecture est plausible et découle des

extraits précédents. Si tel est le cas, il bloque l'entrée de l'opinion publique en tant que stimulus externe *ad hoc* en faisant appel à une structure cognitive (« la confiance dans la justice ») déjà construite par le système du droit criminel. En effet, la construction interne « confiance du public dans le système de justice pénal » (structure cognitive) devient ici une façon d'empêcher l'entrée de ce public topique, particulier, qui se manifeste dans des occasions spécifiques.

Nous pouvons observer dans ce cas l'utilisation d'un filtre par le pouvoir judiciaire pour barrer l'entrée des manifestations *ad hoc* du public ou de l'opinion publique-au moment de la détermination de la peine. Dans l'usage fait par Lord Wolf, la structure interne « confiance du public dans le système pénal » contient déjà le « public » qu'il faut prendre en considération, excluant ainsi la pression des « autres publics » spécifiques.

c) la justesse de la décision

Lord Woolf commence cette section en exprimant sa non acceptation de la prise en considération de la part du ministre des manifestations qui lui sont arrivées :

“Here it's clear that the Home Secretary took into account the petitions and other documents presented to him urging the fixing of a higher tariff than that fixed by the judiciary. (...) This I regard as being a departure from the standards of fairness the exercise of a discretion of this sort requires. I also regard this as taking into account material which is not relevant at that stage but, if it is ever relevant, is relevant to the question of release after the tariff period has been served.” (Lord Woolf, p.26, par.92)

Il lui semble clair qu'une décision qui prend en considération une campagne publique au

moment de la détermination de la peine est une décision injuste (« a departure of the standards of fairness ») Même si Lord Woolf a dit avant que le ministre a le droit de faire « broader considerations of public character », il laisse clair ici que le Ministre aurait dû ignorer les petitions du public. Et si pertinence il y a de prendre en considération une campagne publique (« if it is ever relevant »), elle ne se trouve qu'au moment de la libération conditionnelle.

Lord Woolf donne d'autres raisons pour réfuter cette prise en considération de l'opinion publique :

« In addition to take into account public feeling of this nature for the purpose of increasing the tariff means that if the mood of the public were to change prior to the tariff being served a longer sentence than would otherwise be necessary would be served. This cannot be right and no doubt explains why the policy hitherto was to treat the attitude of the public as something separate from the tariff. To include it in the tariff could result in double accounting. The scale of punishment would in any event take into account the need for the public to have confidence in the scale. Unless care was exercised, to take into account the public clamour for a heavy penal element in particular case could result in the influence of the same factor being repeated. » (Lord Woolf, p.26, 27, par.95).

C'est argument du *bis in idem* - tenir compte de l'opinion publique au moment d'appliquer la période punitive serait une répétition une fois qu'elle a déjà été prise en considération au moment de construire l'échelle de punition - peut être compris comme une autre façon de filtrer l'entrée directe de l'opinion publique dans le système pénal. Pour ce juge, le système de droit pénal utilise la notion de public au moment de bâtir son échelle punitive et donc, nous avons déjà fait une opération de filtrage des stimuli externes pour construire la structure cognitive d'accueil (l'échelle punitive). Ce qui est le plus important à retenir de cet

extrait, c'est que Lord Woolf observe l'opinion publique comme **ayant déjà** été reçue par le système de justice pénal. Intégrer deux fois le public, et de façon ad hoc, ainsi qu'au mauvais moment, serait inacceptable. L'argument du *bis in idem* apparaît alors comme obstacle juridique. Quoi qu'il en soit, ceci montre que, du moins, le principe de « période punitive » inclut le public.

Lord Woolf va poursuivre son argumentation contre la décision du Ministre :

« A court would regard it as quite improper for this type of material to be put before a court. (...) Indeed to run a campaign designed to increase the punishment in a particular case could amount to an interference with the due administration of justice. This being the position as to the courts I find it difficult to see the justification for the Home Secretary taking a different view. I certainly do not consider Lord Mustill⁶² had this type of material in contemplation when he referred to the need to maintain the public's confidence in the justice system. » (Lord Woolf, p.27, par.96)

Pour Lord Woolf, prend en ligne de compte des campagnes du public serait une déviance dans la façon correcte d'administrer la justice. En plus, il affirme que cette décision du ministre est problématique aussi à cause de son désaccord avec les suggestions du juge du cas et du *Lord Chief Justice* :

« A departure from the tariff would allow the development of these young offenders to be considered.⁶³ (...). It would avoid the Home Secretary publicly being in significant disagreement with the judiciary which could only tend to

⁶² C'est le juge du cas *Reg. V Secretary of State for the Home Department, Ex parte Doody* [1994] 1 A.C. 531, déjà mentionné, qui a fait des longues considérations à propos de la période punitive et qui, pour cette raison, a été mentionné par plusieurs des juges de l'affaire *Bulger*.

⁶³ Ici il utilise le même argument que la *Divisional Court* a utilisé pour casser la décision du Ministre.

undermine the public confidence in the criminal justice system. » (Lord Woolf, p.25, par.89)

Le juge remarque la difficulté d'avoir une divergence d'opinions à l'égard de la période punitive à imposer aux jeunes. Le fait d'avoir une instance juridique et une instance politique traitant du même problème, même si la décision est clairement de la deuxième, crée des difficultés pour le système juridique. La divergence n'entraîne pas de conséquences pour le système politique, tandis que le système juridique voit sa crédibilité être questionnée dans un cas pareil. Il s'agit d'une décision juridique (avec des raisons juridiques et traditionnellement liée au système juridique⁶⁴), même si prise par un acteur politique, et ses divergences avec la décision des acteurs juridiques entraînent des conséquences pour le système juridique. Voilà donc un des problèmes qui surgit lorsque nous attribuons à un acteur politique une tâche essentiellement juridique.

En poursuivant son argumentation, Lord Woolf touche un autre point important : ce n'est pas seulement la prise en considération du public qui est problématique, mais aussi la « forme » de cette opinion publique qui devient l'objet de critiques :

« To take into account the petitions etcetera is unfair because it is material which has come into existence in a way which it is impossible to test or match. The petition may or may not have been conducted fairly. We do not know. We do not know how many people would have been prepared to sign the petition if they had been told that the tariff's only purpose is to put off the date when the Home Secretary can consider the question of release at which time the Home Secretary would be able to take into account current public feeling. We also do

⁶⁴ Pour la classification de la décision comme juridique, voir p. 87.

not know what would be the response to a petition and public campaign on behalf of the applicants. » (Lord Woolf, p.26, par.94) .

Lord Woolf aborde la question que l'opinion publique prise en compte par le système pénal peut être tendancieuse. À son avis, le ministre ne peut pas prendre en considération l'opinion publique parce qu'elle n'est pas nécessairement représentative de ce que pense la population. En outre, il rappelle le problème de la désinformation de l'opinion publique à l'égard des affaires de la justice criminelle dont nous avons souvent entendu parler dans la revue de littérature. Comment peut-on accepter une opinion désinformée à propos de la procédure pénale ?

Bref, Lord Woolf a une conception plus critique de l'opinion publique, puisqu'il considère qu'elle n'exprime pas la manière de voir de la population et encore moins celle d'une population bien informée ou éclairée. Cependant, il hésite quant à la pertinence de prendre en compte l'opinion publique :

« I also regard this as taking into account material which is not relevant at that stage but, if it is ever relevant, is relevant to the question of release after the tariff period has been served. » (Lord Woolf, p.26, par.92)

En réalité, Lord Woolf n'est pas explicite dans son acceptation de l'opinion publique même au moment de la libération conditionnelle, il se demande même si elle n'est jamais pertinente. (il dit « if it's ever relevant »). Quoi qu'il en soit, cette question semble moins problématique pour les juges parce que la décision de libération conditionnelle est stabilisée dans le droit anglais comme une décision qui ne relève pas du rôle des juges. Il s'agit d'une décision

du système correctionnel et donc l'interférence du ministre ici ne pose pas de problèmes aux juges. Il n'est pas en train de s'immiscer dans le système juridique.

* * *

Finalement, en tenant compte de tous les arguments exposés ci-haut, Lord Woolf refuse l'appel du ministre. À son avis, de nouvelles décisions doivent être prises. Premièrement, s'il faut appliquer la politique de période punitive dans ce cas. Deuxièmement, s'il y a une période punitive, quelle serait sa durée et y aurait-il la possibilité de la revoir avant son expiration ? Finalement, s'il y a la possibilité de revoir la période punitive, quelle serait la démarche pour rendre possible sa révision ?

4.3.2. L'argumentation du juge *Lord Hobhouse*

Lord Hobhouse fait aussi un long exposé sur le développement du cas, du droit anglais à l'égard des jeunes et sur la période punitive. Dans cet exposé, il va défendre la politique de période punitive.

« In the theory of penology, there have been recurrent arguments in favour of indeterminate sentences : thus, it has at times been suggested that the courts should not be concerned at all with sentence and that the disposal of offenders should be left to experts in the field of the treatment of criminals giving them the power to decide in the light of the response of the offender to the treatments they have chosen how long he should be detained in custody. However such

policies have as a general rule proved unacceptable and unworkable in practice. *The sentencing of those convicted of crimes has to be and to be seen to be the imposition of a punishment not merely a prescription for a social disease.* Save in special situations, they fail to meet the needs of the offender and the criminal justice system. They give rise to serious feelings of grievance and injustice in the offender as well as the public. Offenders have a need, in their own interest as well as in the interests of justice, to know what their punishment is to be. In relation to indeterminate as well as determinate sentences it is widely accepted that it assists an offender and his rehabilitation that he should know, either at the time sentence is passed or, if not, as soon as possible thereafter, what his punishment is. (...) » (Lord Hobhouse, p.31, 32. Notre souligné).

Il nous semble net, surtout en tenant compte de la partie soulignée, que Lord Hobhouse garde un regard clairement punitif. La rétribution, la dissuasion et la dénonciation sont là avec toute leur force. Non seulement une punition pour causer de la souffrance mais une punition vue comme ayant causé une souffrance. Pour que la justice soit faite et pour donner une satisfaction à la population quant au fait que la justice fut effectivement rendue, nous devons infliger une peine afflictive. La non punition mène à la perte de légitimité de la justice. La justice pénale doit punir et la sanction pénale doit être porteuse de la souffrance.

Ayant dit cela, il nous laisse savoir quels sont les trois points controversés sur lesquels il va proférer une décision : (a) l'existence ou non d'un élément punitif dans les sentences de détention « during Her Majesty's pleasure » ; (b) le droit ou non du Ministre de l'Intérieur d'appliquer la politique de période punitive pour les jeunes telle qu'il l'applique pour les adultes ; et (c) « whether the procedure [qu'il a appliquée à la période punitive] was faulty and whether it involved any irrationality » (Lord Hobhouse, p.28). Nous allons considérer chacun de ces points séparément dans la séquence.

a) la question de la punition dans la sentence :

Le premier thème auquel le juge touche est la possibilité de considérer ou non la dissuasion et rétribution comme des éléments nécessaires dans la punition des jeunes. La position du Lord Justice Hobhouse est très claire :

« (...) If those convicted are not punished the criminal law and the criminal justice system will cease to carry confidence and fail to serve the purpose of fulfilling the need to demonstrate that those who commit crime are punished. *If they are not punished by the law, members of the public may unlawfully and disproportionately take the task upon themselves: punishment may thus in this respect also protect the offender.* It is often necessary to punish in order to deter others who might be inclined to offend. Punishment may also often be an important part of the rehabilitation of an offender. It can puzzle an offender as much as it puzzles the general public if he does not receive the appropriate punishment. Punishment enables him to expiate his crime and assists his rehabilitation. This factor is as important for the young as for the older, but repentant, offender. » (Lord Hobhouse, p.37, par.139. Notre souligné.).

Il s'établit ici un rapport automatique entre la confiance des gens et la punition. Mais il va plus loin en affirmant que l'absence de punition implique la possibilité que les gens prennent en mains la responsabilité de faire justice. La punition dans ce cas serait même une protection pour les jeunes. Le mal de la punition devient ici, dans une inversion sémantique, un bien que nous faisons aux infracteurs. En les punissant, nous garantissons leurs droits à une peine juste et humaine. Ce discours est utile pour montrer à quel point la rationalité pénale moderne et son

autoportrait punitif bloquent notre vision, nous faisant trouver naturellement dans le système du droit criminel une telle contradiction flagrante.

b) l'application de la politique d'adultes pour des enfants :

Lord Hobhouse ne développe pas beaucoup son argumentation à propos du droit ou non du ministre d'appliquer la même politique de période punitive pour les enfants et pour les adultes. Il soutient cependant que le ministre a ce droit, contrairement à la décision prise par la Divisional Court.

En effet, selon Lord Hobhouse (p.39, 40), les jeunes sentenciés à la détention « during Her Majesty's pleasure » (section 53 du Children's and Young Person's Act 1933) sont soumis aux dispositions de la section 35 du *Criminal Justice Act* de 1991. Cette section dit que la discrétion d'établir les conditions de la peine ainsi que la libération conditionnelle appartient au ministre. Alors, si les déclarations du ministre établissent la même réglementation de période punitive pour les jeunes que pour les adultes, il n'y a donc aucune irrégularité dans le cas de Thompson et Venables.

Outre l'application de la période punitive en soi, les avocats des Thompson et Venables ont contesté la durée de la période punitive compte tenu l'âge des jeunes. À cet égard, Lord Hobhouse dit clairement que « his decision [du ministre] was not in its face disproportionate for this terrible crime » (Lord Hobhouse, p.47). La question de la proportionnalité réapparaît ici, et lorsqu'elle se présente nous pouvons noter la primauté de la dissuasion et de la rétribution sur la réhabilitation. Quand nous pensons à réhabiliter, nous ne pensons pas à la proportionnalité de la peine par rapport au crime mais aux besoins de l'inculpé.

c) la question d'une faute procédurale :

Lord Hobhouse soutient que le ministre a aussi le droit de faire des considérations plus larges que les juges, c'est-à-dire que son éventail de renseignements possibles à être considéré est plus large que celui des juges.

« The Secretary of State is compelled, or at least entitled, to have regard to broader considerations of a public character than those which apply to an ordinary sentencing function. » (Lord Hobhouse, p.41, par.148)⁶⁵

Il donne ici une autorisation pour une ingérence directe du politique dans la détermination de la peine. En effet, Lord Hobhouse semble accepter l'accouplement entre les motifs politiques et les motifs juridiques dans la détermination de la peine par un personnage exerçant un rôle politique.

Mais si la prise en considération de l'opinion publique est possible en principe, nous devons pourtant faire attention à la forme selon laquelle elle se présente. Or, pour Lord Hobhouse, cette forme pose un problème en raison de la validité du matériel présenté au ministre.

« (...) But it appears that the Secretary of State was in the present case prepared to take into account a large amount of material which in effect amounted to taking a hopelessly unscientific poll from members of the public without any satisfactory checks or without any confidence as to

⁶⁵ Voir la note 63.

the factual or legal basis upon which the responses were made. If the Secretary of State is choosing to assume the role of deciding the period necessary for these Defendants for retribution and deterrence, he should not only disregard but be seen to disregard material of this kind. » (Lord Hobhouse, p.46, par.164) .

Alors, le problème n'est pas l'opinion publique, mais la forme avec laquelle elle s'est présentée devant le ministre. Son caractère non-scientifique était d'une telle évidence que le ministre aurait dû l'avoir ignorée.

Voilà une tâche ingrate du système pénal : une fois que nous acceptons l'opinion publique comme élément dans le processus de décision du système, il faut éclaircir de quoi il s'agit. Ici les matériaux ont été jugés très inappropriés, mais quelle serait une manifestation « adéquate » pour le système pénal et passible d'être prise en considération? En réalité, même si le système pénal a des structures cognitives pour prendre en considération l'opinion publique, cette tâche est encore pleine de difficultés compte tenu l'absence d'une notion plus claire là-dessus.

Un autre problème qui s'est présenté pour Lord Hobhouse est la question du moment où il serait légitime de prendre en considération l'opinion publique. Nous avons vu que dans la décision de la période punitive, les juges ne sont pas d'accord quant à la possibilité de prendre l'opinion publique en considération. Toutefois, quand il s'agit du moment de décider sur leur libération conditionnelle, la question semble moins délicate :

« The quality of this material was such that it should not be given any weight at all in the assessment of the period required for retribution and deterrence. It might relate to another aspect of the discretion of the

Secretary of the State – whether ultimately to licence the release of the Defendants having regard to the public acceptability of such release; but this is a decision which will not, on any view, have to be taken for many years to come by which time a different climate of public opinion may or may not prevail. I am concerned that the Secretary of State may have elided the one with the other. » (Lord Hobhouse, p.46, par.166)

Il semble que, dans le système de droit criminel anglais, la question de « l’acceptabilité du public » comme critère pour la libération conditionnelle s’est déjà stabilisée. La question qui reste ici est la suivante : est-il accepté parce que la libération conditionnelle est vue comme politique ou parce que la justice a intégré ce critère à ce moment?

* * *

Pour conclure, le juge Lord Hobhouse prend trois décisions : (a) il existe un élément punitif dans la sentence des jeunes; (b) la politique de période punitive peut être appliquée aux jeunes de la même façon qu’elle est appliquée aux adultes; et (c) le ministre a le droit de prendre des facteurs plus larges pour sa prise de décision de période punitive, mais il faut qu’il soit « fair in the procedure » pour le faire.

4.3.3. L’argumentation du juge *Lord Morritt*

Lord Morritt établit dès le début les questions auxquelles il va répondre. Selon lui, l’essentiel ici est d’évaluer (a) s’il est acceptable d’appliquer la même politique de

période punitive pour des jeunes infracteurs et pour des adultes et (b) si la décision a été prise d'une façon injuste en ce qui concerne à la procédure (« procedurally unfair »).

a) la question de la période punitive (incluant la rétribution et la dissuasion) :

Lord Morritt affirme que pour lui les dispositifs légaux sont clairs à propos du fait qu'une peine pour des mineurs doit inclure les buts de dissuasion et de rétribution (il mentionne spécifiquement le *Children and Young Persons Act 1933*). Il dit que, dans cette loi, certains crimes moins graves (il mentionne le « manslaughter ») sont punis en tenant compte de la dissuasion et rétribution. Il serait alors incohérent d'affirmer qu'un crime plus grave ne pourrait pas l'être. Finalement, il ajoute que le *Criminal Justice Act* traite les adultes et les jeunes de la même façon par rapport à la discrétion du ministre :

« It seems to me to be plain that s.35(2), which confers the relevant power on the Secretary of State in wide terms, cannot have been intended to preclude the Secretary of State adopting and applying a comparable policy in the case of a life prisoner, as defined, who is not a discretionary life prisoner. The statutory definition of that person includes a young offender serving a sentence of detention during Her Majesty's pleasure under s.53(1) Children and Young Persons Act 1933. As I have already indicated I do not think that the description of the sentence of detention during Her Majesty's pleasure carries any inference that its nature or duration is different to the life sentences passed on adult offenders who the Act treats as the same. » (Lord Morritt, p.54)

b) la justesse de la procédure :

Lord Morritt accepte la prise en considération du public et considère que le ministre a le droit de se distancer des recommandations des juges au moment d'établir la période punitive :

« Then it was suggested that the Secretary of State was not entitled to take account of the 'broader considerations of a public character' constituted by public concern or, more specifically, public concern as demonstrated by the petitions submitted to the Secretary of State in this case and described in the judgment of the Master of the Rolls. But, in my view, the decisions of the House of the Lords show that he is; and in relation to both stages, that is fixing the tariff and deciding whether or not to release after the tariff has been served. It is true that the material in this case is open to criticisms made by the Master of the Rolls and Hobhouse LJ. But public concern is not necessarily either logical, fully informed or free from prejudice. It is the fact that the concern is public that gives it significance; what weight, if any, to attach to it is a matter for the Secretary of State. Accordingly however alien such a consideration may be to a judge sentencing an offender it is not one which, in my view, the Secretary of State is legally precluded from taking into account. » (Lord Morritt, p.56, 57, par.198)

Lord Morritt fait des considérations à l'égard de la nature de l'opinion publique qui méritent quelques commentaires. Premièrement, pour lui, la prise en considération de l'opinion publique de la part du ministre est légale malgré les critiques que nous pouvons faire à la qualité du matériel qui la représente. L'opinion publique n'a pas besoin d'être cohérente ni informée, il suffit qu'elle soit « publique ». Il semble que Lord Morritt voit

les manifestations qui se produisent autour d'un cas comme étant l'expression de l'opinion publique, sans se préoccuper si ces manifestations peuvent être le résultat de manipulations diverses (par les médias, par exemple). Dès qu'un stimulus externe dans la forme d'opinion publique se présente, il n'incombe pas aux juges ou au ministre de juger la qualité du matériel.

En plus, pour Lord Morritt, la prise en considération du public peut être faite tantôt dans le moment de la détermination de la peine (période punitive), tantôt dans le moment de la libération conditionnelle. Nous voyons ici la position la plus ouverte à l'entrée du public, sans même considérer les autres façons par lesquelles le système de droit criminel reçoit déjà le public. L'entrée est inconditionnelle et à différents moments du processus décisionnel.

* * *

Bref, Lord Morritt accepte la prise en considération de l'opinion publique par le ministre malgré la forme dans laquelle elle se présente, ainsi qu'il accepte l'application de la période punitive pour les jeunes de la même façon qu'on fait pour les adultes.

4.3.4. Bilan final de la décision de la Cour d'appel

Pour la décision de la Cour d'appel, le tableau de bilan est le suivant :

Question\Juge	Lord Woolf	Lord Hobhouse	Lord Morrit
Les juges acceptent-ils que le ministre tienne compte de l'opinion publique dans sa décision concernant la période punitive? Si oui, les tribunaux auraient-ils le même droit dans la détermination de la sentence?	Le ministre a le droit de prendre en considération « broader considerations of public character », mais pas l'opinion publique (surtout de la façon qu'elle s'est présentée). Argument du <i>bis in idem</i> .	Le ministre a le droit de prendre en considération « broader considerations of public character ». Mais pas n'importe quelle manifestation.	Oui, le ministre a le droit de prendre en considération l'opinion publique. Les tribunaux ont le même droit.
Si oui, peut-on accepter l'opinion publique sous la forme d'une campagne <i>ad hoc</i> ?	Non.	Non.	Oui.
Les juges acceptent-ils l'opinion publique au moment de la libération conditionnelle?	Oui (« if it is ever relevant »).	Oui.	Oui.
Quelles sont les théories de la peine invoquées pour justifier l'incarcération des jeunes ?	Rétribution, dissuasion et réhabilitation.	Rétribution, dissuasion, réhabilitation et dénonciation.	Dissuasion, dénonciation et rétribution.
La politique de la période punitive (<i>tariff</i>) est-elle acceptable pour la justice des mineurs?	Il critique la politique pour les jeunes mais n'arrive pas à la refuser complètement.	Oui.	Oui.
À qui appartient la responsabilité pour maintenir la confiance du public dans le système pénal?	Pas commenté.	Pas commenté.	Ministre (implicitement).

Que pouvons-nous apprendre de la décision de la Cour d'appel par rapport à notre problématique de recherche ?

Premièrement, ainsi que dans la décision de la *Divisional Court* (voir point 4.2), les théories de la peine sont présentées ici pour justifier la punition aux jeunes. La dissuasion, la rétribution et surtout la dénonciation peuvent être utilisées comme un canal pour la réception de l'opinion publique.

Deuxièmement, pour Lord Woolf, la meilleure façon de « maintenir la confiance du public dans le système pénal » est de ne pas adopter une politique de période punitive hors des tribunaux parce que celle-ci risque de montrer un désaccord entre le système politique et le système juridique.

Troisièmement, il est intéressant de voir ici que pour Lord Woolf « The scale of punishment would in any event take into account the need for the public to have confidence in the scale. » (p.26) Ici, il voit déjà que le public est dans le système pénal et, à son avis, on ne peut pas le prendre en compte une deuxième fois.

En quatrième lieu, il y a un problème fondamental pour deux de ces juges qui est la forme selon laquelle l'opinion publique se présente. Même si le ministre peut faire des « broader considerations of public character », un matériel aussi peu crédible ne peut pas être reconnu comme une source valide de l'opinion publique. Ce sont des données dont la qualité scientifique est douteuse. En plus, ce genre de décision n'est pas équitable puisqu'il ne donne pas de possibilité de défense aux accusés.

Finalement, dans la décision de la Cour d'appel nous assistons, encore une fois, à l'actualisation de la rationalité pénale moderne.

4.4. La décision de la *House of Lords*⁶⁶

La raison par laquelle le procès s'est rendu dans la House of Lords est ainsi résumée par Lord Goff of Chieveley (un des juges du cas dans la House of Lords) :

« Before your Lordships, therefore, the Secretary of State was the appellant on the issues of procedural unfairness and breach of natural justice, and the two defendants were cross-appellants on the main issue [that the tariff cannot exist due to the constant need of review of the punishment] » (Lord Goff of Chieveley, p.5).

Autrement dit, le Ministre soutenait la légalité de sa décision (cassée par la *Divisional Court* et maintenue dans cette condition par la Cour d'appel) pendant que les avocats de Thompson et Venables tentaient à nouveau de maintenir la période punitive dans la condition de cassée. Ce même juge identifie aussi les raisons pour lesquelles la Cour d'appel a cassé la décision du ministre, ce qui nous aide à rendre plus clair le contexte de la procédure une fois rendue à la House of Lords :

« (1) Failure to disclose material.⁶⁷

- (a) Failure to disclose the judge's summary of the facts contained in his Report to the Home Secretary (per Lord Woolf M.R., Hobhouse and Morritt L.JJ.).
- (b) Failure to disclose a psychiatric report about Thompson which was sent to the Home Secretary (per Hobhouse L.J.).

⁶⁶ Secretary of State for the Home Department ex parte Venables and Thompson, R v. [1997] UKHL 25; [1998] AC 407; [1997] 3 All ER 97; [1997] 3 WLR 23; [1997] 2 FLR 471; [1997] FamLaw 786 (12th June, 1997). La décision est trouvable à l'internet dans l'adresse suivant : www.parliament.the-stationery-office.co.uk.

⁶⁷ Les points un et deux sont abordés par quelques juges, mais ils sont négligés ici puisque moins importants pour nos propos.

- (c) Failure to disclose information about an earlier case relied on by the Home Secretary (per Hobhouse L.J.).
- (2) Failure by the Home Secretary himself to obtain material such as psychiatric and social inquiry reports, to enable him to form his own view about the responsibility to be attributed to the respondents (per Lord Woolf M.R., Hobhouse and Morritt L.J.).
- (3) Taking into account petitions and other material from the public demanding an increase in the tariff recommended by the judiciary (per Lord Woolf M.R. and Hobhouse L.J. ; Morritt L.J. disagreed). » (Lord Goff of Chieveley, p.15, 16).

Dans la House of Lords, la dernière instance d'appel au Royaume-Uni, cinq juges vont manifester leurs opinions à l'égard du cas. Dans la section qui suit, nous faisons une description de la manifestation de chaque juge accompagnée de notre analyse.

4.4.1. Lord Goff of Chieveley

Ce juge, après une longue description de l'affaire, va commencer sa décision en analysant la validité de la période punitive, question soulevée par l'avocat des jeunes.

Après une description détaillée des lois applicables, il fait l'affirmation suivante :

« (...) I am satisfied that the submission of Mr. Fitzgerald Q.C.⁶⁸ for Venables that a sentence to detention during Her Majesty's pleasure under section 53(1) contains no element of punishment is *unsustainable*. (...) it is inconceivable that a sentence of detention under

⁶⁸ C'est un des avocats des jeunes.

section 103 for the greater offence of murder should not likewise involve punishment of the offender. Furthermore, there is nothing in section 53 of the Act of 1933 to indicate that any different conclusion should be drawn in respect of a sentence of detention under section 53(1) ; on the contrary, consistently with that conclusion, section 53 is headed by the words « Punishment of certain grave crimes ». Since, therefore, a sentence of detention under section 53(1) involves punishment, it is difficult at first sight to see why, as a matter of policy, the Home Secretary should not be entitled to identify a penal element and require that it should be served before release on licence. » (Lord Goff of Chieveley, p.9. Notre souligné.)

Ainsi, pour lui la période punitive fait comporter un élément punitif, contrairement à ce que prétendaient les avocats. Il serait illogique, selon son interprétation, qu'un dispositif légal qui parle de « punition de crimes graves » soit interprété comme n'autorisant que la réhabilitation. Donc, une politique du Home Office qui établit une période punitive est parfaitement en accord avec la discrétion conférée par le Parlement au ministre. Dans le même sens, il mentionne un peu plus loin (Lord Goff of Chieveley, p.9) la décision de la *Divisional Court* (selon laquelle la politique de la période punitive ne peut pas s'appliquer dans ce cas en raison de sa non observation de l'évolution des jeunes) pour dire qu'il s'agit d'une application erronée de la législation en vigueur. Il continue son argumentation pour introduire la question de la réhabilitation :

« I wish to add that none of this means that the Secretary of State is entitled to ignore the fact that the offender in question is a young offender. It was, of course, for this reason that he reduced the penal element for the two respondents from 25 years (considered appropriate

for an adult who had committed a similar offence) to 15 years. Moreover, the fact that the Secretary of State specifies a penal element which has to be served by a young offender sentenced to detention under section 53(1) of the Act of 1933 does not mean that his welfare or rehabilitation are being ignored. On the contrary, a regime is established for his detention which is specifically directed towards matters of this kind. *But it does mean that good progress during detention does not have the effect of reducing the penal period. That is regarded as being consistent with the nature of punishment.* » (Lord Goff of Chieveley, p.14, 15.) [Notre souligné].

Il laisse clair, dans cet extrait, la position prioritaire que prend la punition dans son raisonnement. Cependant, Il n'est pas question d'oublier la réhabilitation au plan correctionnel, même si elle ne peut pas modifier la période punitive. Il a alors une position clairement punitive.

Il rejette de façon expéditive les arguments prétendant que le ministre n'a pas révélé tout le matériel relié à sa décision. Le seul argument qu'il va accepter ici se réfère à la question de la prise en considération de l'opinion publique.

En examinant les diverses raisons données par les juges pour la cassation de la décision du ministre, il conclut qu'il n'y en a qu'une qui permette de maintenir la cassation : le fait d'avoir pris en considération les pétitions et d'autres matériaux provenant du public. (p.15, 16) Pour lui le rôle du ministre équivaut à celui du juge dans une telle situation et donc les règles de décision sont similaires :

« (...) if the Secretary of State implements a policy of fixing a penal element of the sentence of a mandatory life prisoner pursuant to his

discretionary power under section 35, he is to this extent *exercising a function which is closely analogous to a sentencing function with the effect that, when so doing, he is under a duty to act within the same constraints as a judge will act when exercising the same function*. In particular, should he take into account public clamour directed towards the decision in the particular case which he has under consideration, he will be having regard to an irrelevant consideration which will render the exercise of his discretion unlawful. » (Lord Goff of Chieveley, p.18)

Donc, pour ce juge, le rôle du ministre est confiné aux mêmes limites imposées aux juges une fois que sa fonction est de passer vraiment une sentence. Ce qui est intéressant de voir n'est pas tant comment le juge va observer la fonction du ministre, mais plutôt la représentation qu'il fait du rôle de juge. Quand il va parler des contraintes auxquelles le ministre est soumis, il parle aussi des contraintes pour les juges compte tenu que le rôle des deux est analogue dans sa représentation. Pour lui, la prise en considération de l'opinion publique, qu'il tient comme « clameur publique » à l'égard d'un cas spécifique *sub judice*, est inacceptable. La détermination de la peine doit être libre de ce type de manifestation directe, car elle produirait des décisions non contrôlées par la justice. La justice serait ici en train de « succomber » à des pressions externes ad hoc d'une façon évidente, transformant une décision à contenu juridique en une justice populaire qui cherche à satisfaire les revendications plutôt que suivre sa propre logique interne. Ce juge est alors clairement opposé à la prise en compte directe et systématique des manifestations ad hoc de l'opinion publique. Mais serait-il opposé à des critères de la préoccupation interne (confiance du public) visant à tenir compte du public dans la détermination des peines ?

Nous venons d'observer son effort pour construire une barrière au stimulus externe dans ce cas, considérant l'acte du ministre comme illégal. Toutefois, juste après avoir émis ces considérations, il fait l'affirmation suivante :

« In so holding, I wish to draw a distinction in the present context between *public concern of a general nature* with regard to, for example, the prevalence of certain types of offence, and the need that those who commit such offences should be duly punished; and *public clamour* that a particular offender whose case is under consideration should be singled out for severe punishment. *It is legitimate for a sentencing authority to take the former concern into account, but not the latter.* In my opinion, by crossing the boundary from one type of public concern to the other, the Secretary of State erred in the present case. » (Lord Goff of Chieveley, p.18.) [Notre souligné]

Le juge trouve donc inacceptable la prise en considération de l'opinion publique qui se manifeste autour d'un événement, c'est-à-dire, lorsque cette opinion publique se configure comme une « clameur publique ». Le mur qu'il vient de construire ne s'applique pas à une « préoccupation publique de caractère générale », qui doit faire partie des considérations des juges.

Ce qui saute aux yeux ici est la séparation que le juge fait entre la préoccupation du public (*public concern*) et la clameur publique (*public clamour*). Il ne s'agit pas d'une nouveauté : nous avons déjà vu dans la revue de littérature que deux des auteurs mentionnés (Shute, 1997; Tomaino, 1998) parlent de cette question. Selon eux, la prise en considération du public est faite (ou proposée, dans le cas du deuxième auteur) à partir des limites de tolérance du public : celles-ci ne doivent pas être mises à l'épreuve et les

juges doivent être attentifs à ces tendances. Toutefois, les deux sont en accord ici : les juges ne doivent pas se laisser influencer par des campagnes spécifiques. Nous croyons que ces deux auteurs et le juge parlent le même langage. Il s'agit toujours de nuancer de quel type de public on parle : celui de « clameur » ou de la « préoccupation générale ». Néanmoins, le problème est que cette séparation semble impossible. Il est vrai qu'on peut parfois identifier une nette « clameur publique » (pour utiliser les mots du juge), mais comment cette clameur se différencie de la « préoccupation du public »? La clameur ne serait-elle pas la préoccupation du public (ou au moins d'une partie du public) manifestée d'une façon un peu plus incisive? La tâche de les séparer semble toujours équivoque, raison pour laquelle nous avons adopté, dans le cadre de cette thèse, la définition selon laquelle l'opinion publique est une communication dans l'espace public, communication qui se fait entendre par le destinataire (système pénal). Chercher à faire des distinctions entre clameur et préoccupation ne nous paraît pas possible.

Quoi qu'il en soit, il nous semble que (ici c'est notre interprétation qui va au-delà des mots du juge) le « sens » que prend tantôt la clameur tantôt la préoccupation (pour utiliser la construction du juge) est toujours dans le sens négatif. C'est-à-dire que même si on ne tient pas compte de la première, la deuxième garde un aspect punitif accru. Ce qu'on va chercher n'est jamais la « tolérance » du public, mais toujours ses « limites de tolérance », en d'autres mots, on cherche les manifestations d'intolérance du public.

* * *

Pour conclure, Lord Goff of Chieveley rejette les contre-raisons d'appellation des avocats des jeunes (question de la période punitive incluant la rétribution) et il rejette aussi l'appel du ministre pour avoir pris en considération la clameur publique.

4.4.2. Lord Browne-Wilkinson

Lord Browne-Wilkinson discute longuement de la législation autour de la question de la période punitive, ainsi que sur les « statements » de différents ministres. Ceci fait, il va donner son opinion sur le thème :

« For 12 years (that is to say, throughout their minorities) the welfare of the applicants themselves will be wholly irrelevant to the question of their release and will not be considered. The only exception to this will be if fresh facts emerge as to their state of mind when they were 10½ and committed the offence.

My Lords, it would be surprising if such a policy towards young children (however heinous their offence) is lawful in this country. As the speeches of my noble and learned friends Lord Steyn and Lord Hope of Craighead demonstrate, ever since the Children Act 1908 there has been legislation in this country requiring child offenders to be dealt with on a basis different from that applicable to adults. In the case of children, Parliament has directed that attention should be given not only to the requirements of punishment and protection of the public from risk but also to the welfare of the child offender. » (Lord Browne-Wilkinson, p.24. Notre souligné.)

Lord Browne-Wilkinson soutient que le problème de la politique du ministre est qu'elle est trop rigide et ne permet pas de rendre compte du bien-être des enfants (il mentionne comme facteurs d'intérêt du bien-être des enfants le progrès et le développement des enfants pendant la détention) : la politique établit une période punitive qui devrait prendre en considération la dissuasion, la rétribution, le risque pour le public et le bien-être des enfants⁶⁹.

Nous revenons à l'utilisation des buts positifs avec des buts et des moyens négatifs à l'égard de la peine. Nous voyons la bonne intention des juges au moment de faire l'évaluation d'une peine pour des mineurs qui doit toujours comporter un élément spécifique de « protection » du bien-être des jeunes, tenir compte de leur spécificité et de leur fragilité comparativement aux adultes. Toutefois, veiller pour leur bien-être ne se traduit pas dans la pratique par une peine non afflictive. Ce sont les buts négatifs combinés avec un but positif, mais toujours avec des moyens négatifs. Il faut l'admettre, par ailleurs, que dans le cas des jeunes la question du bien-être contribue au fait que la peine soit révisée plus souvent.

Finalement, c'est la question de la rigidité de la politique de période punitive qui casse la décision du ministre :

« For these reasons, I reach the conclusion that in setting the tariff of 15 years for these two applicants the Secretary of State was applying an unlawful policy and his decisions should be quashed. *The unlawfulness lies in adopting a policy which totally excludes from consideration*

⁶⁹ À cet égard, il va aussi mentionner la section 44(1) du Children and Young Persons Act de 1933 pour soutenir sa position : "Every court in dealing with a child or young person who is brought before it, either as . . . an offender or otherwise, shall have regard to the welfare of the child or young person . . ." (Lord Browne-Wilkinson, p.31)

during the tariff period factors (i.e. their progress and development) necessary to determine whether release from detention would be in the interests of the welfare of the applicants. Such welfare is one of the factors which the Secretary of State has to take into account in deciding from time to time how long the applicant should be detained. This does not mean that in relation to children detained during Her Majesty's pleasure any policy based on a tariff would be unlawful. But any such tariff policy would have to be sufficiently flexible to enable the Secretary of State to take into account the progress of the child and his development. In relation to children, the factors of retribution, deterrence and risk are not the only relevant factors: the welfare of the child is also another relevant factor. » (Lord Browne-Wilkinson, p.31. C'est moi qui souligne)

On peut voir que la réhabilitation, la seule théorie qui peut rendre compte de la question du bien-être des jeunes, n'est qu'un facteur parmi d'autres. En effet, il affirme dans un autre passage que « *child's welfare is not paramount : but it is one of the factors which must be taken into account.* » (p.29) Toutefois, il est quand même intéressant de voir qu'il va réfuter la politique de période punitive à cause de ce facteur.

La dernière question va porter sur considération de l'opinion publique par le ministre. Pour ce juge, le rôle du ministre n'est pas semblable à celui d'un juge et donc il a le droit de faire des considérations plus larges.

« Finally, I would add a word on the issue whether it was procedurally improper for the Secretary of State to take into account the petitions and other material sent to him. (...) Parliament has entrusted decisions relating to the future of these applicants to the executive, not to the

judiciary. Whilst it is right for the courts to ensure that in making his decision the Secretary of State acts in accordance with natural justice, in my view *the court should be careful not to impose judicial procedures and attitudes on what Parliament has decided should be an executive function*. I understand it to be common ground that the Secretary of State, in setting the tariff, *is entitled to have regard to "broader considerations of a public character" including public respect for the administration of justice and public attitudes to criminal sentencing. How is the Secretary of State to discover what those attitudes are except from the media and from petitions?* To seek to differentiate between the Secretary of State discovering public feeling generally (which is proper) and taking into distasteful public reactions in a particular case (which is said to be unlawful) seems to me too narrow a distinction to be workable in practice. Public attitudes are ill-defined and are usually only expressed in relation to particular cases. » (Lord Browne-Wilkinson, p.31, 32. Notre souligné.)

Tout d'abord, pour ce juge, la tâche de décider sur la période punitive revient au ministre et c'est à lui d'établir ses propres critères. Le judiciaire ne devrait pas s'immiscer dans une décision qui ne le concerne pas, sauf pour garantir que le ministre agisse selon la « *natural justice* ». Ici il nous semble que le juge fait référence seulement à la légalité de la procédure observée par le ministre, sans entrer dans le champ de la validité substantive de la décision. Alors, dans une telle approche la décision du ministre est vue comme politique et le système de justice pénale accepte que le système politique prenne une décision sur les peines. Le juge ne voit pas un problème là une fois que c'est le ministre, dans une décision politique (même si passible de contrôle juridictionnel), qui doit décider sur l'opinion publique.

Deuxièmement, ce juge va mettre en doute la possibilité de faire une distinction entre « clameur publique » et « préoccupation du public », tel qu'envisagée par le premier juge (Lord Goff of Chieveley). Pour lui, la seule façon pour le ministre de connaître l'opinion publique est de voir les manifestations qui lui arrivent par des pétitions ou par des médias. L'opinion publique doit être alors considérée comme celle qui arrive à se manifester auprès du ministre.

De la même façon que Lord Morritt de la Cour d'appel, ce juge adopte ainsi une position très ouverte à l'égard de l'opinion publique : elle est acceptable pour la décision concernant la période punitive, et les pétitions et les manifestations des médias sont jugées être représentatives de l'opinion publique.

Ce cas montre que le problème du rôle de l'opinion publique dans le *sentencing* (détermination de la peine) ne fait pas de consensus parmi les juges, surtout dans sa forme plus extrême.

* * *

Ainsi, Lord Browne-Wilkinson conclut que la décision du Ministre doit rester dans la condition de cassée en raison de l'inflexibilité de la politique de période punitive dans le cas des jeunes.

4.4.3. Lord Lloyd of Berwick

Le premier point décisionnel de ce juge est à propos du droit du ministre d'avoir une politique de période punitive à propos des jeunes, établissant un temps de rétribution et dissuasion.

« If a sentence under section 53(2) is punitive in character, or contains a punitive element, as it obviously does, it would be preposterous if the sentence for the gravest crime of all under section 53(1) did not contain a punitive element. (...) If a sentence of detention during Her Majesty's pleasure is capable of containing a punitive element in the case of a murderer aged 17, it must also be capable, as a matter of language, of including a punitive element in the case of a child aged 10. The age of the offender is, of course, highly relevant to the length of the minimum period of detention. But it cannot be said that at the age of 10 the sentence is purely rehabilitative or therapeutic. Otherwise there would be no purpose in requiring the prosecution to prove, as they did in these cases, that the applicants knew that what they were doing was seriously wrong. » (Lord Lloyd of Berwick, p.39.)

Alors, pour lui c'est évident que le ministre a le droit d'établir une période punitive qui comporte un élément punitif. Pour lui, comme la grandeur de la période punitive ne trouverait pas de consensus parmi les juges, « the only opinion that matters is that of the Home Secretary » (Lord Lloyd of Berwick, p.38.). Il va ajouter dans cette section, que la décision du Lord Woolf de considérer une période punitive de 15 ans absurde ne tient pas compte que, outre la réhabilitation, le ministre doit aussi veiller à la confiance du public dans le système pénal (Lord Lloyd of Berwick, p.42).

Il ne considère pas que la période punitive appliquée aux jeunes manque de souplesse et, alors, il accepte la politique du ministre :

« In the first place, the progress of these two applicants in detention, while not qualifying them for release until after 15 years, will certainly be monitored during that period; no doubt exceptional progress will be an important factor in deciding how soon thereafter they may be released. Secondly, Parliament has itself provided for early release on compassionate grounds: see section 36⁷⁰ of the Act of 1991. Thirdly, there is no special provision for early release on the grounds of exceptional progress where a young offender is serving a determinate sentence or a discretionary life sentence under section 53(2) of the Act of 1933. (...) So why should there be any provision for early release on the grounds of exceptional progress in the case of young offenders serving the equivalent of a mandatory life sentence? For these reasons, and especially the third, I cannot agree that the Home Secretary's policy announced in 1993 is unlawful on the ground that it lacks sufficient flexibility, nor that its application in the case of these two applicants was unlawful on that ground. » (Lord Lloyd of Berwick, p.32.)

Alors, la période punitive pour les jeunes est parfaitement acceptable. En plus, à son avis, la question du développement des jeunes ne doit pas primer sur la punition.

⁷⁰ « **Power to release prisoners on compassionate grounds.**

36. — (1) The Secretary of State may at any time release a prisoner on licence if he is satisfied that exceptional circumstances exist which justify the prisoner's release on compassionate grounds.

(2) Before releasing a long-term or life prisoner under subsection (1) above, the Secretary of State shall consult the Board, unless the circumstances are such as to render such consultation impracticable. »

Concernant le rôle du ministre et des juges dans la fixation de la période punitive. Il va reprocher à quelques-uns de ses collègues le fait de vouloir intervenir dans une fonction qui, selon lui, relève du ministre :

« If the courts are going to tell the Home Secretary how to perform a function which has been entrusted to him, and to him alone, by Parliament, then there would appear to be no limit to the bounds of judicial review. Of course, the court will interfere if the Home Secretary acts unlawfully or abuses his powers, or behaves unfairly, or on any of the other well established grounds of judicial review. » (Lord Lloyd of Berwick, p.44.)

Ce passage se réfère non seulement au quantum de la période punitive, mais aussi aux informations examinées par le ministre (excepté la question de l'opinion publique). Pour lui, cette tâche, traditionnellement juridique, a été conférée au ministre. Aux juges, il ne reste qu'à faire le contrôle de la légalité de la décision, sans pour autant « usurper » cette fonction.

Finalement, dans la conception de ce juge, la question du maintien de la confiance du public autorise la décision du ministre de tenir compte du public. Le ministre n'est pas soumis aux mêmes contraintes que les juges ni ne doit être empêché de prendre en considération un public « véritable ». Dans ces propres mots :

« If the Home Secretary is entitled to take account of the need to maintain public confidence in the criminal justice system, as everybody agrees, I can see no reason why he should not take account of genuine public concern over a particular case. If he were to ignore such genuine

concern (and nobody has suggested that the petitions and the correspondence were not genuine) it would have direct impact on public confidence for the future. Judges also take account of public concern over the level of sentencing; and so they should, as witness the increase over the last twenty years in the tariff for causing death for dangerous driving. In *Ex parte Doody* Staughton L.J. suggested (19931 Q.B. 157 at 197) that a distinction such be drawn between material received by the Home Secretary which is directed to penal policy in general, and material directed to a particular case. The latter should be disregarded. But how can such material be distinguished? (...) The petitions and the letters were not, of course, evidence of anything in any legal sense. But surely they demonstrated a certain level of concern. It is to the Home Secretary that Parliament has entrusted the task of maintaining public confidence in the criminal justice system, and as part of the task gauging public concern in relation to a particular case when deciding the earliest release date. I do not regard it as the function of the courts to tell him how to perform the task. » (Lord Lloyd of Berwick, p.48)

Pour lui, une fois que le Parlement a établi la compétence du ministre pour veiller à la confiance du public dans le système de justice pénale, c'est au ministre de décider.

Quant aux critiques à la qualité des matériaux, il ne s'agit pas ici de vérifier son degré de scientificité, mais seulement s'il s'agit d'une préoccupation qui peut être attribuée à l'opinion publique. La différenciation entre opinion par rapport à un cas spécifique ou à un cas général n'est pas non plus importante

L'attribution de la peine (période punitive) est ici perçue comme une décision politique plutôt que juridique, et le public a ainsi un chemin ouvert pour influencer (ou tenter d'influencer) cette décision. Évidemment, le problème qui se pose ici est celui de l'indépendance du système de justice pénale à l'égard du système politique.

Ce juge va aussi faire des commentaires sur le rôle des juges par rapport aux préoccupations du public. Pour lui, l'augmentation des peines dans les cas de « *dangerous driving* » est un réflexe de la prise en compte par les juges des préoccupations de l'opinion publique à l'égard du « *sentencing* ». Avec ce commentaire, il veut simplement illustrer que les juges font écho à l'opinion publique, ce qu'il trouve légitime. Comme on peut le voir, l'exemple donné va dans le sens de l'augmentation des punitions : le public trouvant les peines trop indulgentes, ces représentation ont entraîné des punitions accrues.

Peut-être on peut trouver ici des traits de la rationalité pénale moderne autant dans les demandes du public que dans la façon de décider des juges. Les juges prennent en considération ce qu'ils représentent comme opinion publique et assument la tâche de l'augmentation des peines.

* * *

Pour conclure, Lord Lloyd of Berwick trouve insoutenable les arguments des avocats des jeunes sur la non applicabilité de la période punitive, ainsi que sur la non applicabilité de la rétribution. Quant à la demande du ministre, il est le seul juge jusqu'ici à accepter son appel argumentant la légalité de sa période punitive de quinze ans.

4.4.4. Lord Steyn

La décision de Lord Steyn va porter spécifiquement sur l'imposition de la période punitive. Pour lui, le problème de la libération des jeunes relève plutôt d'une évaluation des risques (« assesment of the risks »). Nous observons alors que la neutralisation est présente dans sa conception de peine pour les jeunes.

Pour Lord Steyn, il est clair que « a major purpose of a sentence of detention during Her Majesty's pleasure (...) is punishment » (p.49), et cela peut être déduit simplement de la lecture de la législation. En plus, comme le droit anglais attribue une responsabilité pénale aux jeunes à partir de dix ans, cela signifie que la punition est autorisée (p. 50). Dans ces propres mots :

« In other words, I regard the discretionary power to set a provisional and reviewable tariff as inherent in the statutory power entrusted by Parliament to the Home Secretary since 1908, i.e. the power to decide how in an individual case the power to detain during Her Majesty's pleasure should be exercised. » (Lord Steyn, p.50)

Il se tourne ensuite vers la décision du ministre pour affirmer qu'elle est illégale (« unlawful »). Il résume ainsi sa décision :

« But I have come to the conclusion that the decisions of the Home Secretary (...) were unlawful for substantive reasons as well as a breach of the principles of procedural fairness. There are two separate substantive reasons why I conclude that the Home Secretary's decisions were unlawful. First, the Home Secretary regarded a sentence of detention during Her Majesty's pleasure under section 53(1) imposed on a child convicted of murder as in law equivalent to a mandatory sentence

of life imprisonment imposed on an adult convicted of murder. His legal premise was wrong: the two sentences are different. A sentence of detention during Her Majesty's pleasure requires the Home Secretary to decide from time to time, taking into account the punitive element, whether detention is still justified. The Home Secretary misunderstood his duty. This misdirection by itself renders his decision unlawful. Secondly, the Home Secretary misdirected himself by giving weight to public protestations about the level at which the tariff in the cases of Venables and Thompson should be fixed. In doing so the Home Secretary took into account in aggravation of the appropriate level of punishment legally irrelevant considerations. This was a material defect in the reasoning of the Home Secretary. It rendered his decisions unlawful.

On the issues of alleged procedural unfairness, I have concluded that the decisions of the Home Secretary were also procedurally flawed by the credence and weight which he gave to public clamour for an increase in the level of the tariff. This point overlaps with my second substantive conclusion. It may be two sides of the same coin: either way the quality of the decision-making was adversely affected in a material way. »
(Lord Steyn, p.49)

Alors, pour Lord Steyn la décision du ministre a été illégale pour trois raisons. Tout d'abord, parce qu'une peine de détention « during Her Majesty's pleasure » ne peut pas être traitée comme une peine d'emprisonnement à vie pour des adultes. Ensuite, parce que le ministre a pris en considération l'opinion publique comme facteur aggravant de la punition. Enfin, elle a été aussi injuste parce que le ministre a tenu compte d'un type de matériel qui n'est pas autorisé par la procédure.

Il faut expliciter que malgré le fait qu'il croit qu'une distinction doit être faite entre la peine des jeunes (« during Her Majesty's pleasure ») et la peine des adultes (« mandatory sentencing »), il ne s'oppose pas à la politique de période punitive pour des jeunes. La distinction se résume au fait que la peine des adultes est un « ordre » de prison à vie tandis que la peine des jeunes est une « autorisation » de prison à vie. (p.52) Dans la pratique, la différence tient au fait que, dans le cas des jeunes, le ministre « must decide, from time to time, taking into account the punitive element, whether detention is still justified » (Lord Steyn, p.52, 53).

Le fait de prendre en considération la clameur publique – comme il l'a défini – rend la décision illégale parce qu'elle donne du poids à des matériaux inutiles pour des fins juridiques, mais est aussi injuste par l'augmentation abusive de la période punitive qu'elle entraîne. Pour lui, les contraintes auxquelles les juges sont soumis s'appliquent également au ministre.

« It is perfectly understandable that the family of the murdered boy felt very strongly about the sentence to be served by the killers of the little boy. But it is quite another matter whether the Home Secretary was entitled to take into account such protests, and other media inspired protests, about the level of the tariff. The Home Secretary in fixing a tariff may, like a sentencing judge, take into account the general consideration of public confidence in the criminal justice system. He may also take into account a more specific feature such as public concern about the severity, or lack of severity, of sentences imposed on children for crimes of violence. But may the Home Secretary take into account public clamour about the tariff to be fixed in a particular case? May he treat as relevant a newspaper campaign to obtain an increase in

the tariff? May he take into account a demonstration in Queen Anne's Gate to protest about the tariff to be imposed? » (Lord Steyn, p.56)

Il laisse donc clair que l'acte du ministre ne peut pas se justifier et constitue une irrégularité juridique. Toutefois, il nous dit qu'il ne s'oppose pas à une intégration du public en d'autres conditions, et cela tant dans la décision du ministre comme dans les décisions des juges.

En effet, il soutient que l'on ne peut pas tenir compte de la clameur publique, mais que le ministre et les juges peuvent tenir compte de la confiance du public dans le système pénale et, plus important, de la préoccupation du public à l'égard de la sévérité ou non des sentences imposées aux jeunes à cause de crimes de violence. Le juge peut alors se fier sur sa représentation de l'opinion publique pour imposer une peine plus sévère ou clémente.

Ce raisonnement semble piéger les gens dans la mesure où la perception des gens est d'une justice pénale « trop indulgente ». Cette vision d'une démocratie pénale entraîne paradoxalement une punitivité accrue en partie en raison du système de pensée actuel de la justice pénale.

Conscient de la désinformation du public, ce juge va essayer de s'en sortir avec le concept de « public informé » :

« For my part the matter can be decided on a twofold basis. First, the material in fact taken into account by the Home Secretary was worthless and incapable of informing him in a meaningful way of the true state of informed public opinion in respect of the tariff to be set in the cases of Venables and Thompson. By "informed public opinion" I mean public

opinion formed in the knowledge of all the material facts of the case. Plainly, the "evidence" to which the Home Secretary referred did not measure up to his standard. It was therefore irrelevant. But the Home Secretary was influenced by it. He gave weight to it. On this ground his decision is unlawful. » (p.56, 57)

Or, cette idée d'un public informé ne semble pas réaliste. La source dominante d'information du public à l'égard des crimes est les médias. Comment peut-on alors espérer trouver un public qui connaît « les faits matériels du cas »? À notre avis, le juge construit une fiction qui lui permet de réfuter un stimulus direct tout en gardant pourtant la possibilité de prendre en considération les « vrais états de l'opinion publique ».

Ce juge fait une dernière argumentation concernant la séparation des pouvoirs :

« In fixing a tariff the Home Secretary is carrying out, contrary to the constitutional principle of separation of powers, a classic judicial function: (...)But the power to fix a tariff is nevertheless equivalent to a judge's sentencing power. Parliament must be assumed to have acted have entrusted the power to the Home Secretary on the supposition that, like a sentencing judge, the Home Secretary would not act contrary to fundamental principles governing the administrative of justice. Plainly a sentencing judge must ignore a newspaper campaign designed to encourage him to increase a particular sentence. It would be an abdication of the rule of law for a judge to take into account such matters. The same reasoning must apply to the Home Secretary when he is exercising a sentencing function. He ought to concentrate on the facts of the case and balance considerations of public interest against the dictates of justice. Like a judge the Home Secretary ought not to be guided by a disposition to consult how popular a particular decision

might be. He ought to ignore the high voltage atmosphere of a newspaper campaign. The power given to him requires, above all, a detached approach. I would therefore hold that public protests about the level of a tariff to be fixed in a particular case are legally irrelevant and may not be taken into account by the Home Secretary in fixing the tariff. I conclude that the Home Secretary misdirected himself in giving weight to irrelevant considerations. It influenced his decisions. And it did so to the detriment of Venables and Thompson. » (Lord Steyn, p. 57)

* * *

En résumé, Lord Steyn considère incorrect l'argument des avocats des jeunes selon lequel la peine « during Her Majesty's pleasure » ne devrait pas contenir de punition. Quant à la décision du ministre, elle est illégale puisqu'il donne de l'importance à des informations qu'il devrait ignorer et aussi pour avoir agi de façon injuste par rapport à la procédure.

4.4.5. Lord Hope of Craighead

Dès le début, ce juge explicite son opinion à propos de l'illégalité d'une politique de période punitive similaire pour des adultes et pour des enfants, ainsi que l'illégalité de la prise en considération de l'opinion publique dans la décision du ministre :

« I believe that some measure of detachment from the pressure of public opinion is essential if a just result which is consistent with the rights of the applicants as children is to be achieved in this case. *A judge when passing a determinate sentence or when advising the Secretary of State*

about the tariff to be served by a life prisoner is expected to be able to resist that pressure. Indeed he can be relied upon to do so, in view of his independence which is such a vital characteristic of the judiciary. It is so much more difficult for the Secretary of State to do this as he is, in the exercise of the discretion which is given to him by section 35(2) of the Act of 1991, in the end answerable to Parliament. But there are limits to his discretion, as he cannot adopt a policy which is unlawful or act unfairly in matters of procedure in the application of his policy to the case. » (Lord Hope of Craighead, p.59. Notre souligné.)

Il est intéressant de voir ici qu'il restreint ses commentaires au rôle du juge, et comment l'activité de cet acteur est fondamentale pour la garantie de l'indépendance du système pénal. Lord Hope of Craighead semble clairement considérer que la prise en compte de l'opinion publique ne devrait pas faire partie des considérations du système pénal.

En poursuivant son argumentation, il dit que même s'il s'agit d'un acteur politique (le ministre), une décision « allant de pair avec les droits des jeunes » (p.59) ne peut être obtenue qu'avec la déconsidération de toutes les pétitions et lettres qui lui sont arrivées. Sa discrétion a des limites et il ne peut pas appliquer une politique de période punitive injuste (« unlawful ») et de façon illégale en ce qui concerne la procédure. Fondamentalement, il affirme que :

“The Secretary of State's decision has been criticized on various procedural grounds, but the only ground which has any real force, in my opinion, is that he wrongly took into account in fixing his tariff of material derived from public petitions and through the media, and in this

respect reached a decision which was unfair to the applicants.” (Lord Hope of Craighead, p.68)

La question de la prise en considération de ces matériaux par le ministre est inacceptable puisque, malgré son statut politique, il agit ici comme un juge. La tâche d'établir une période punitive ne se différencie pas de la tâche d'imposer une peine par le juge. Il poursuit son argumentation :

“But the imposition of a tariff, which is intended to fix the minimum period to be spent in custody is, in itself, the imposition of a form of punishment. This has (...) the characteristics of an orthodox judicial exercise, which is directed to the circumstances of the offence and those of the offender and to what, having regard to the requirements of retribution and deterrence, is the appropriate minimum period to be spent in custody. The judge, when advising the Secretary of State about the tariff, must and does confine his attention to these matters. *He does not take account of public petitions or public opinion as expressed through the media.* Expressions of opinion from these sources, however sincere and well presented, are rarely based on a full appreciation of the facts of the case. More importantly, *they cannot be tested by cross-examination or by any other form of inquiry in which the prisoner for his interest can participate.* Natural justice requires that they be dismissed as irrelevant to the judicial exercise, as it would be unfair for the judge to allow himself to be influenced by them.” (Lord Hope of Craighead, p.69.) [Notre souligné]

Comme on peut le constater, deux questions étroitement reliées se présentent dans cet extrait. La question des contraintes auxquelles le ministre doit se soumettre et la question de la forme par laquelle l'opinion publique se présente.

Pour lui, il est inconcevable de prendre en considération l'opinion publique comme critère de décision. Mais pourtant, ce qui le dérange, semble-t-il, c'est moins la question de l'incorporation d'un critère pareil que l'impossibilité de trouver une opinion publique passible d'être incorporée comme élément juridique. L'opinion publique n'est pas au courant de tous les faits de l'affaire, les « documents » qui représentent l'opinion publique sont difficilement vérifiables et la « preuve » venue de l'opinion publique n'admet pas de contestation par les accusés. Voilà quelques problèmes procéduriers entraînés par l'opinion publique. Alors, la question de la prise en compte de celle-ci serait contre la « *natural justice* ». Bref, pour ce juge le stimulus externe direct de l'opinion publique sur le système de justice pénale doit être bloqué.

Cependant, ce mur contre l'opinion publique comporte les mêmes failles déjà trouvées dans les manifestations des autres magistrats. Pour lui, il n'y a pas de doute sur le fait que la « peine » que le ministre doit imposer comporte la dissuasion et la rétribution, et sur le fait aussi que le ministre a parmi ses fonctions celle de maintenir la confiance du public dans le système de justice pénale (Lord Hope of Craighead, p.69). On revient à une structure connue par le système de justice pénale, qui permet de rendre compte du stimulus du public de façon indirecte, confortant ainsi le juge qui perçoit ce stimulus comme une menace à l'autonomie du système de droit criminel.

Ce juge voit aussi la punition comme un des buts du *Children and Young Persons Act* de 1933 (qui établit la peine de détention « during Her Majesty's pleasure »), mais

elle ne peut pas « override considerations for the detainee's protection and welfare ». (Lord Hope of Craighead, p.62) Quoi qu'il en soit, il va dire que la sentence doit avoir une approche visant leur réintégration à la société, mais après que « they have served the requirements for punishment ». (Lord Hope of Craighead, p.62)

Finalement, le juge fait quelques remarques sur la différence entre la peine des mineurs et des adultes. Pour lui aussi, la détention « during Her Majesty's pleasure » n'est pas une politique acceptable compte tenu le besoin de réévaluer les jeunes en permanence. Malgré sa désapprobation de la période punitive, il accepte quand même le besoin de la punition dans la peine. Ce passage résume bien sa pensée à propos de la politique de période punitive :

« This means that the child's progress and development while in custody, as well as the requirements of punishment, must be kept under review throughout the sentence. A policy which ignores at any stage the child's development and progress while in custody as a factor relevant to his eventual release date is an unlawful policy. » (Lord Hope of Craighead, p.64)

* * *

En résumant la décision de ce juge, il n'accepte pas l'argument des avocats des jeunes soutenant la non incidence de punition dans une peine de détention « during Her Majesty's pleasure ». Quant à l'appel du ministre, il va le rejeter puisque sa décision a été injuste quant à la procédure.

4.4.6. Bilan final

Pour la décision de la House of Lords, les tableaux de bilan sont les suivants :

Question\Juge	Lord Goff of Chieveley	Lord Browne-Wilkinson	Lord Lloyd of Berwick
Les juges acceptent-ils que le ministre tienne compte de l'opinion publique dans sa décision concernant la période punitive? Si oui, les tribunaux auraient-ils le même droit dans la détermination de la sentence?	Ce juge distingue entre préoccupation et clameur publiques. Ni le ministre ni les tribunaux ne peuvent pas tenir compte directement d'une clameur publique. Le ministre est soumis aux mêmes contraintes que les juges. Toutefois, tous les deux peuvent tenir compte de la préoccupation du public.	Oui, le ministre peut tenir compte de l'opinion publique à travers des lettres et des pétitions. Il dit que le ministre a le droit de faire des « broader considerations of public character », ce qui inclut (i) le respect du public pour l'administration de la justice et (ii) les attitudes du public envers la détermination de la peine. Quant aux tribunaux, il n'a pas commenté.	Oui, le ministre peut tenir compte de l'opinion publique à travers des lettres et des pétitions. Les matériaux qui sont arrivés au ministre sont le réflexe d'une véritable préoccupation du public et expriment l'opinion publique. Quant aux tribunaux, il n'a pas commenté.
Si oui, peut-on accepter l'opinion publique sous la forme d'une campagne <i>ad hoc</i> ?	Non, parce que ceci est une forme de clameur public.	Oui. Il conteste la distinction entre <i>clameur</i> et préoccupation de Lord Goff. Pour lui, la seule façon de connaître l'opinion publique c'est à travers les pétitions et les médias.	Oui. Il conteste la distinction entre <i>clameur</i> et préoccupation de Lord Goff. Il n'est pas important de savoir si la manifestation répond ou non aux critères de la science. Il suffit de savoir si elle est « genuine ». Les pétitions auxquelles le

			ministre fait référence son l'expression d'une opinion publique « genuine ».
Les juges acceptent-ils l'opinion publique au moment da la libération conditionnelle?	Sans commentaire.	Sans commentaire.	Sans commentaire.
Quelles sont les théories de la peine invoquées pour justifier l'incarcération des jeunes ?	Les théories de la rétribution, de la dissuasion et de la réhabilitation.	Les théories de la rétribution, de la dissuasion et de la réhabilitation. Il faut aussi évaluer les risques avant de les libérer.	Les théories de la rétribution, de la dissuasion et de la dénonciation. Il ne parle pas de la réhabilitation.
La politique de la période punitive (<i>tariff</i>) est-elle acceptable pour la justice des mineurs?	Oui, parce que la loi attribue au ministre un pouvoir pour gérer la peine appliquée aux mineurs. Le ministre peut alors inclure une période punitive.	Oui, mais à condition que cette politique soit suffisamment flexible pour tenir compte du progrès du détenu. Le ministre peut imposer une période punitive initiale, mais elle doit être revue périodiquement.	Oui. La période punitive appliquée aux jeunes est parfaitement légale.
À qui appartient la responsabilité de maintenir la confiance du public dans le système pénal?	Sans commentaire.	Au ministre. Il n'a pas commenté spécifiquement à propos des tribunaux, mais il semble accorder un rôle secondaire à celui-ci.	Au ministre. Sans commentaire à propos des tribunaux.

Question\Juge	Lord Steyn	Lord Hope of Craighead
Les juges acceptent-ils que le ministre tienne compte de l'opinion publique dans sa décision concernant la période punitive? Si oui, les tribunaux auraient-ils le même droit dans la détermination de la sentence?	Oui, le ministre peut tenir compte de l'opinion publique lorsqu'il s'agit dans un « public informé » qui manifeste son opinion. Dans l'affaire en question, ce juge a considéré qu'il ne s'agissait pas d'un public informé et donc le ministre aurait dû ignorer les manifestations qui lui sont arrivées. Quant aux tribunaux, il n'a pas commenté.	Non, le ministre ne peut pas prendre en considération l'opinion publique une fois qu'il est soumis aux mêmes contraintes que les juges.
Si oui, peut-on accepter l'opinion publique sous la forme d'une campagne <i>ad hoc</i> ?	Non. Les protestations que le ministre a pris en ligne de compte sont de « considérations juridiquement non pertinentes ».	Non, parce que la prise en compte des droits des jeunes demande un détachement des pressions du public.
Les juges acceptent-ils l'opinion publique au moment de la libération conditionnelle?	Sans commentaire.	Sans commentaire.
Quelles sont les théories de la peine invoquées pour justifier l'incarcération des jeunes ?	Les théories de la neutralisation, de la réhabilitation et de la rétribution.	Les théories de la dissuasion, de la rétribution et de la réhabilitation.
La politique de la période punitive (<i>tariff</i>) est-elle acceptable pour la justice des mineurs?	Oui, malgré le fait qu'il croit qu'une distinction doit être faite entre les périodes punitives des jeunes et celle des adultes (la période des jeunes devrait être révisée périodiquement).	Non. Le progrès des jeunes doit être toujours considéré, ce qui rend la politique de période punitive illégale en raison de sa rigidité.
À qui appartient la responsabilité de maintenir la confiance du public dans le système pénal?	Sans commentaire.	Sans commentaire.

Quelles sont les informations que nous pouvons dégager de la décision de la House of Lords? Premièrement, nous constatons que la punition a fait l'unanimité parmi les juges de tous les niveaux (10 juges). Comme nous l'avons déjà affirmé, la rétribution,

ainsi que la dissuasion (presque unanime) et la dénonciation, sont un bon canal pour la prise en considération de l'opinion publique dans le sens de l'augmentation des peines. Même s'il ne s'agit que de très jeunes inculpés, la punition va primer sur la réhabilitation pour la majorité des juges.

Dans cette décision, la différence entre « préoccupation publique » et « clameur publique » n'a pas fait de consensus. Il reste clair que la question de l'opinion publique est devenue un gros problème pour ces juges de la *House of Lords*.

4.5. Les décisions de la Cour Européenne des Droits de L'Homme (CEDH).⁷¹

Les deux décisions de la CEDH ont été prises à la suite du vote de dix-sept juges. Le rapport final approuvé par la majorité est signé par le président, et des opinions discordantes (peu nombreuses) sur certains points spécifiques sont annexées à la fin de chaque décision.

Contrairement à ce qui s'est passé lors des autres décisions, la question ici n'est pas la légalité de la procédure ni la légalité du contenu de la décision du ministre par rapport au droit anglais. Ce que les juges de la CEDH vont analyser se ramène à ceci : la procédure à laquelle les jeunes ont été soumis de même que les normes invoquées pour les punir constituent-elles une violation à la Convention Européenne des Droits de l'Homme? Autrement dit, ils ne s'intéressent plus à la validité de la décision du ministre

⁷¹ Dans cette cour, une décision différente a été prononcée pour chacun des accusés (Requête n.° 24724/94, pour Robert Thompson; requête n.° 24888/94 pour Jon Venables). Compte tenu que les décisions sont fort similaires (une bonne partie d'ailleurs est une copie identique), je les analyse ensemble ici. En outre, les arguments mentionnés dans cette partie viennent du juge M.L.Wildhaber. C'est lui qui a écrit le rapport officiel du jugement. Quelques avis discordants d'autres juges sont attachés au rapport, mais ils ne concernent pas directement la question de l'opinion publique et des théories de la peine.

et à la procédure dans le cadre du droit anglais (une décision qui concerne en dernière instance la House of Lords), mais regardent plutôt dans quelle mesure ce qui a été tenu comme légal est ou non acceptable face la Convention mentionnée.

L'arrêt commence par la description de l'événement, de ses répercussions en Angleterre, de la procédure suivie jusqu'à son traitement à la Cour Européenne (incluant toutes les pressions auxquelles les cours anglaises ont été soumises) et des législations auxquelles on eut recours pour prendre la décision. Deux détails dans la description, concernant le cheminement du procès dans la CEDH, ont attiré notre attention. Premièrement, le président de la Cour a décidé d'interdire l'accès du public à l'ensemble des documents des deux affaires (Thompson et Venables), ainsi que de tenir l'audience à huis clos (l'audience des deux affaires a été tenue conjointement). Le deuxième détail est le suivant :

« Le 1^{er} juin 1999, le président a autorisé l'organisation non gouvernementale Justice ainsi que M. R. Bulger et M^{me} D. Fergus, les parents de la victime du meurtre perpétré par T. et le requérant (paragraphe 7 ci-dessous), à soumettre des observations écrites sur l'affaire (articles 36 § 2 de la Convention et 61 § 3 du règlement). Le 6 septembre 1999, il a autorisé les parents de la victime à assister à l'audience et à présenter des observations orales à la Cour (article 61 § 3 du règlement). » (Requête 24888/94, p.3; Requête 24724/94, p.3)

Nous notons dans ces deux détails que même si l'on est alors, dans le temps et dans l'espace, éloigné de la scène où la panique morale de l'affaire Bulger est née, les traits du public et de ses pressions se font néanmoins encore sentir dans le cadre de cette

décision. Le fait d'interdire l'accès du public au procès, de supprimer des documents les noms des jeunes (on ne parle plus de Thompson et Venables dans la CEDH, mais de T. et V.) et de tenir l'audience à huis clos sont de clairs indicateurs que la cour a conscience du rôle que le public a joué dans le cadre de la justice de l'Angleterre. Elle en a conscience et elle ne veut pas que cela se reproduise dans le contexte européen. On prend des mesures dès le début pour que le procès soit discret, anonyme et exempt de pressions. Les juges veulent se protéger, et évitent donc de siéger en public. Ils promeuvent une « de-publicisation » du cas, laissant moins d'espace pour les pressions externes pendant le jugement, et pour des critiques ultérieures. On vise à la discrétion, à fuir les médias et le public.

Néanmoins, un autre public est autorisé à se manifester dans la décision de la CEDH. Il s'agit des parents de James Bulger. C'est la première fois que des victimes (au sens large, comprenant des victimes directes et leur entourage) sont entendues dans une décision de cette cour. Pendant que l'on veut se soustraire à toute forme de pressions de l'opinion publique : médias, pétitions, etc., on donne de l'importance – en commençant à l'entendre – à un type de public spécifique lié à l'affaire. Les victimes apparaissent dans cette procédure à titre d'informantes.

De la même façon, la CEDH entend une organisation non gouvernementale. À ce moment il nous semble clair que la cour a fait tous les efforts possibles pour à la fois empêcher l'opinion publique d'exercer des pressions massives, protéger son image et choisir un public qui peut être bien encadré dans sa procédure. La CEDH ouvre les portes au public, dans un rôle nouveau mais bien encadré, et se cache de l'opinion publique qui demande des réponses au-delà de ce que les juges sont prêts à donner.

Dans la partie suivante, nous exposons les arguments des avocats des jeunes garçons. Ils ont soutenu que la décision de la cour a violé plusieurs dispositifs de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Nous allons ci-dessous commenter chaque violation alléguée séparément.

4.5.1 Violation de l'article 3 : ⁷²

À propos de cet article, la cour a décidé qu'il n'y a pas eu de violation concernant le procès et la peine. Selon les avocats des jeunes, plusieurs facteurs (dont les plus importants sont : l'âge de la responsabilité pénale, l'hostilité du public à laquelle ils ont été soumis [le fourgon qui les transportait était souvent attaqué par le public quand ils arrivaient à la Cour], la durée du procès, la procédure similaire à celle des adultes, la disposition de la salle d'audience et la divulgation de leurs identités) ont contribué à exposer les jeunes garçons à un traitement dégradant. La Cour a réfuté cet argument. Pour ce faire, elle a premièrement exposé ce qu'elle entend par traitement cruel ou dégradant :

« La Cour a estimé un certain traitement à la fois « inhumain », notamment pour avoir été appliqué avec préméditation pendant des heures et avoir causé sinon de véritables lésions, du moins de vives souffrances physiques et morales, et « dégradant » parce que de nature à créer en ses victimes des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier et à les avilir. Pour qu'une peine ou le traitement dont elle s'accompagne soient « inhumains » ou « dégradants », la souffrance ou l'humiliation doivent en tout cas aller au-delà de celles

⁷² « Article 3 - Interdiction de la torture. Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

que comporte inévitablement une forme donnée de traitement ou de peine légitime (*ibidem*). La question de savoir si le traitement avait pour but d'humilier ou de rabaisser la victime est un autre élément à prendre en compte (...). L'absence d'un tel but ne saurait toutefois exclure de façon définitive un constat de violation de l'article 3. » (Requête 22724/94, p.22)

Ayant défini ce qu'elle entend par traitement cruel et dégradant, la cour se tourne vers les caractéristiques du cas en question pour soutenir sa décision de non violation de l'article. Premièrement, la cour décide que le simple fait de tenir des jeunes de dix ans pénalement responsables ne constitue pas un traitement cruel et dégradant. Même si l'âge de responsabilité est bas par rapport aux autres pays européens, la cour décide qu'il n'est pas « bas au point d'être disproportionné ». (Requête 22724/94, p.22)

Ensuite, la cour va commenter les plaintes de l'avocat sur la façon dont le procès s'est déroulé (la durée, le formalisme, la divulgation postérieure des noms des accusés).

« La Cour reconnaît que la procédure pénale dirigée contre le requérant n'était inspirée par aucune intention des pouvoirs publics d'humilier l'intéressé ou de lui infliger des souffrances. D'ailleurs, des aménagements furent apportés à la procédure devant la Crown Court afin d'atténuer les rigueurs du procès d'un adulte compte tenu du jeune âge des accusés. (...) Si le caractère public de la procédure a pu exacerber dans une certaine mesure ces sentiments [traumatisants par rapport à l'événement] chez le requérant, la Cour n'est pas convaincue que les caractéristiques de la procédure, telles qu'elles ont été appliquées à l'intéressé, lui aient causé des souffrances considérables allant au-delà de celles que les autorités ayant eu affaire à lui après l'infraction

n'auraient pas manqué de provoquer, quoi qu'elles aient pu entreprendre. » (Requête 24724/94, p.23)

Ainsi, nous remarquons que le fait d'avoir un procès public en conditions de forte médiatisation ne consiste pas un traitement dégradant pour la Cour européenne. La question ici n'est évidemment pas du même ordre que celle de prendre en compte l'opinion publique dans la détermination de la peine. Toutefois, nous croyons que le fait de ne pas contester une procédure sous une telle pression des médias et du public (spécifiquement les séances de jugement dans le *Crown Court*) devient une forme d'acceptation passive de la stigmatisation et de la pression du public sur les tribunaux.

On peut se demander aussi si le fait d'accepter un jugement sous une telle pression du public, dans des sessions publiques et sous une forte médiatisation, n'entraîne pas comme conséquence une acceptation du public dans la construction de la justice. Bien sûr, il ne s'agit pas ici d'une intégration *cognitive* du public, comme celle que nous avons vu dans la décision du ministre. Mais le tribunal autorise ici une situation qui lui rend vulnérable face à la pression du public.

Une autre question importante dans ce passage relève de la notion de traitement inhumain et dégradant. Il nous paraît flagrant qu'une procédure publique (avec l'audience dans la cour) pour un jeune de dix ans ne soit pas un traitement approprié. Si on prend en compte que les jeunes étaient souvent attaqués verbalement (ils n'ont pas été attaqués physiquement en raison seulement de la protection de la police), qu'ils n'avaient aucune possibilité de comprendre le jugement long de plusieurs heures (même si l'horaire du tribunal fut adapté à celui des écoles) et toute la formalité de ce jugement, il reste difficile à notre avis d'appeler cela un traitement humain. Rappelons que, selon Buckley

(2002 :6), les raisons du procès public pour les jeunes accusés de meurtre sont les suivantes : on croit que les gens ont le droit de voir la justice en train de se faire et on pense aussi que ces accusés seraient « too vicious » pour l'approche de bien-être de la justice de mineurs. Or, il est évident que le jugement en public est un spectacle dégradant, voire une sorte de punition anticipée. Et dans le cas de deux jeunes de dix ans exposés à une forte médiatisation, cette dégradation prend des proportions d'avilissement.

Jusqu'ici nous avons commenté le jugement quant à la procédure. Néanmoins, les avocats des jeunes ont aussi réclamé une violation de cet article dans l'imposition de la peine « during Her Majesty's pleasure ». Fixée à 15 ans, elle serait disproportionnée et par conséquent cruelle et dégradante. En outre, lesdits avocats prétendent que les juges se trouvent dans une situation de violation de l'article 3 parce qu'à ce moment il n'y a aucune limitation de leur peine (compte tenu que la période punitive de 15 ans a été annulée par la *House of Lords*).

La cour décide que, le fait d'être en détention sans savoir le temps qui reste à purger pourrait être une violation de l'article 3, mais dans le cas des jeunes cela n'arrive pas vu que le laps de temps de l'annulation de la peine jusqu'au jugement dans la cour n'était pas suffisant pour configurer cette violation (Requête 24724/94, p.23). Il nous semble que la cour attendait qu'une nouvelle période punitive serait établie brièvement.

Quant à la peine « during Her Majesty's pleasure » la cour n'y voit pas en soi de problème, tout comme le fait de l'étirer sur 15 ans.

« Elle estime que l'élément de rétribution inhérent au principe de la période punitive n'emporte pas en soi violation de l'article 3 et que la Convention n'interdit pas aux États d'infliger à un enfant ou à un

adolescent convaincu d'une infraction grave une peine de durée indéterminée permettant de maintenir le délinquant en détention ou de le réintégrer en prison à la suite de sa libération lorsque la protection du public l'exige » (Requête 24724/94, p.27)

Alors, nous observons que la politique de période punitive n'était pas un problème pour la CEDH, ni la durée de la peine imposée aux jeunes.

4.5.2. Violation de l'article 6, § 1 :⁷³

L'argument des avocats soutenait ici une violation quant au procès (jugement non équitable) et à la procédure de fixation de la période punitive (problème du tribunal indépendant). Compte tenu de leur jeune âge, du fait qu'ils étaient bouleversés, de leur condition psychologique etc., ils étaient incapables de participer à la procédure, ce qui l'a rendu non équitable. Les avocats soutiennent aussi que le fait que la période punitive soit fixée par le ministre et non par le tribunal constitue aussi une violation de l'article 6, § 1. La Cour a accepté ces deux arguments et a donc décidé qu'il y a eu violation de cet article.

Premièrement, concernant le problème du déroulement du procès, la cour se manifeste dans les termes suivants :

⁷³ « **Article 6 - Droit à un procès équitable.**

1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. » (Notre souligné).

« En l'espèce, bien que les avocats fussent, comme le précise le Gouvernement, « assez près du requérant pour pouvoir communiquer avec lui en chuchotant », il est très peu probable que celui-ci se fût senti assez à l'aise, dans une salle où l'ambiance était tendue et où il était exposé aux regards scrutateurs de l'assistance, pour conférer avec ses conseils durant le procès, voire qu'il fût capable de coopérer avec eux hors du prétoire et de leur fournir des informations pour sa défense, vu son immaturité et le fait qu'il était bouleversé. » (Requête 24724/94, p.25).

Même si le procès a été considéré « non dégradant », il a été jugé non équitable. Qui plus est, nous remarquons dans cette décision que l'effet « public » dans le jugement est inacceptable. Si dans le contexte des cours anglaises on discutait sur la pertinence juridique de prendre en ligne de compte l'opinion publique dans la détermination de la peine, ici l'on traite de la pression du public dans le déroulement du procès. Pour la CEDH, la prise de décisions dans un tel environnement n'est pas favorable à des décisions justes. Comme le public est de toute évidence un élément de pression sur le jury, il s'agit d'une situation qui ne peut pas s'harmoniser avec les exigences du droit.

Il y a aussi un deuxième argument des avocats concernant l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme : la question que la peine doit être établie par un tribunal indépendant. La cour va constater brièvement (malheureusement pour notre propos) la violation de l'article dans ce cas :

« La Cour relève que l'article 6 § 1 garantit notamment à toute personne le droit à ce que « sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial (...) ». Dans ce contexte,

« indépendant » signifie indépendant de l'exécutif comme des parties en cause (...). Le ministre de l'Intérieur, qui a décidé de la période punitive du requérant, n'était manifestement pas indépendant de l'exécutif. (...)» (Requête 24724/94, p.30)

Le fait qu'un ministre a imposé une peine – et la Cour reconnaît la période punitive comme une peine (Requête 24888/94, p.34 et Requête 24724/94, p.28) – viole le droit des jeunes d'être jugés par un tribunal indépendant. La Cour est très succincte dans ses commentaires : elle dit simplement que la Convention Européenne garantit à tous un jugement par un tribunal indépendant du pouvoir exécutif et des parties, et dans ce cas il était évident qu'il n'y avait pas indépendance à l'égard du pouvoir exécutif (Requête 24888/94, par.114, et Requête 24724/94, par.113. N.B. : dans les deux décisions les passages sont identiques).

La Cour établit donc clairement que l'accouplement de rôles du Ministre de l'Intérieur, qui a ouvert une voie d'accès direct à l'opinion publique, est insoutenable face aux droits des jeunes. Nous interprétons cette décision comme une défense de l'indépendance des rôles de la justice pénale : l'interférence directe du système politique dans la détermination de la peine est une menace à l'image que le système pénal a de soi-même comme étant la seule instance responsable pour attribuer des peines. Donc, la décision d'infliger une punition doit, pour le système de justice pénal tel que vu par la Cour Européenne, relever plutôt de ses opérations propres.

La question de la réception directe de l'opinion publique comme critère pour la peine n'a pas été discutée par les juges.

4.5.3. Violation de l'article 5, § 1 et § 4 :⁷⁴

En ce qui concerne le §1, l'argument des avocats est que l'imposition d'une même peine (« during Her Majesty's pleasure ») à tous les jeunes reconnus coupables de meurtre est une violation à cet article, ignorant les particularités de chaque cas (circonstances de l'événement et besoins des jeunes). Cet argument a été réfuté par la CEDH, comme l'atteste ce passage :

« La Cour constate que le requérant a été placé en détention après sa condamnation par un tribunal compétent ; en d'autres termes, sa détention relève de l'article 5 § 1 a) de la Convention. La peine de détention pour la durée qu'il plaira à Sa Majesté est sans nul doute régulière au regard du droit anglais et a été infligée selon les voies légales. En outre, on ne saurait affirmer que la détention de l'intéressé est arbitraire, car non conforme au but de la privation de liberté autorisé par l'article 5 § 1 a). » (Requête 24724/94, p.30)

Les avocats des jeunes ont aussi essayé d'argumenter la violation du § 4. Nous avons déjà commenté (point 4.6.1) leurs allégations que le fait qu'ils étaient détenus sans avoir une peine définie (la période punitive avait été annulée) constituait un traitement

⁷⁴ « **Article 5 - Droit à la liberté et à la sûreté**

1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales:

a. s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent;

(...)

d. s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente;

(...)

4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. »

cruel et dégradant (violation de l'article 3). Par rapport à cet article, l'argument a été accepté en thèse par la cour, mais réfuté dans la pratique vu qu'il y avait très peu de temps qu'ils se trouvaient dans cette condition. Néanmoins, les avocats des jeunes garçons soutenaient que leur détention dans de telles conditions violaient aussi l'article 5, §1 et §4.

« La Cour a déjà constaté une violation de l'article 6 § 1 en ce que la période punitive du requérant n'avait pas été fixée par un tribunal indépendant au sens de cette disposition (paragraphe 113 ci-dessus). Par conséquent, étant donné que la détention pour la durée qu'il plaira à Sa Majesté est une peine de durée indéterminée et que la période punitive a été initialement fixée par le Ministre de l'Intérieur, et non par le juge auteur de la sentence, on ne saurait affirmer que le contrôle voulu par l'article 5 § 4 se trouvait incorporé à la peine prononcée par le juge de première instance (...).

En outre, la décision ministérielle a été annulée par la Chambre des lords le 12 juin 1997 et aucune autre décision sur la période punitive n'a été prise depuis lors. Faute de la fixation d'une nouvelle période punitive, le droit d'accès du requérant à un tribunal pour faire examiner périodiquement la légalité de son maintien en détention est demeuré lettre morte.

Il s'ensuit que, après sa condamnation en novembre 1993, l'intéressé n'a pas pu faire examiner la légalité de sa détention par un organe judiciaire répondant aux exigences de l'article 5 § 4. Dans ces conditions, la Cour conclut à la violation de cette disposition. » (Requête 24724/94, p.31)

Bref, comme les condamnés ont été emprisonnés dans des conditions où ils ne peuvent pas vérifier la légalité de cette décision par un organe judiciaire, ce fait constitue aussi une violation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

* * *

Pour résumer, la CEDH a décidé que le procès des requérants a été non équitable et que l'imposition de la période punitive par le ministre ne se défendait pas face aux droits des jeunes de recevoir une peine d'un tribunal indépendant.

Cette décision est datée du 16 décembre 1999. Le 26 octobre 2000, Le *Lord Chief Justice* établit une nouvelle période punitive pour les jeunes. Il dit qu'elle se termine la journée même. Le 22 juin 2001, le ministre de l'Intérieur confirme que le *Parole Board* a décidé de libérer Thompson et Venables. Ils étaient en prison depuis février 1993 (une semaine après l'événement), soit pour une durée de huit ans.

CONCLUSIONS

La première chose qu'il faut réaffirmer ici est le caractère exploratoire de cette recherche : nous avons abordé l'objet avec des questions qui s'éloignent de celles de la littérature connue sur le sujet tout comme nous avons utilisé un cadre théorique encore en construction (le cadre de l'intégration de l'opinion publique sous la rationalité pénale moderne). Alors, tout le travail s'insère dans un terrain incertain, où des recherches n'ont pas été faites encore. Dans ce cadre, nos conclusions ne peuvent être vues que comme un début d'exploration voulant jeter un peu de lumière sur le sujet, sans prétendre épuiser toute la complexité du phénomène. Ceci dit, nous allons présenter schématiquement nos principales conclusions.

5.1. Les formes d'intégration de l'opinion publique.

a) La forme d'intégration de l'opinion publique la plus importante et la plus explicite que nous trouvons au long des décisions analysées se fait par l'entremise de la structure cognitive « confiance du public dans le système pénal ». En effet, c'est par cette structure que le système pénal permet une entrée contrôlée – un filtrage – de l'opinion publique dans ses décisions. Il s'agit, dans ce cas, de tenir compte de l'opinion publique, mais à partir d'une structure cognitive interne du système pénal. C'est alors le système pénal qui met en place un dispositif qui lui est propre, qui va permettre de laisser passer, mais avec un contrôle interne, le stimulus externe de l'opinion publique. Dans ces conditions, les juges n'ont pas besoin de faire référence à des facteurs non familiers (comme « l'opinion publique ») au processus d'imposition de la peine pour la prendre en considération : il

suffit d'affirmer qu'on décide d'une façon ou d'une autre avec l'intention de maintenir la confiance du public dans le système de justice pénal.

Si l'on adopte cette voie, le système pénal ne s'interroge pas (encore) sur la pertinence ou les conséquences de cette réception. Elle va de soi. Si l'on prend un motif typiquement politique (« satisfaire le public »), on le fait à partir d'un mouvement interne, et non pas à partir de la reconnaissance d'une « cause » ou d'une volonté externe au système comme l'opinion publique. Bien entendu, ce canal a pour fonction de laisser entrer une logique politique dans une décision juridique qui, en plus, porte sur l'application de peines à des co-citoyens. Mais la façon par laquelle on fait cette opération camoufle le caractère politique de ce raisonnement, en la transformant en quelque chose de plus acceptable. C'est pour cela qu'on parle de filtre : on laisse passer le stimulus externe, mais on l'intègre avec un statut différent : un raisonnement politique entre dans le système pénal et devient, en apparence, juridique (son caractère politique y reste mais on ne le perçoit plus comme tel).

Une deuxième raison pour appeler ce mécanisme de filtre c'est le fait que le système assure un contrôle interne sur le processus de réception : ce n'est plus n'importe quel stimulus de l'opinion publique qui va être automatiquement accepté ou défini comme devant être accepté. Avec l'aide de ce mécanisme, le système peut aussi se protéger, s'il le veut, des pressions qui sont trop incisives et directes sur la détermination de la peine. Dans l'affaire Bulger, on voit l'effort de quelques juges pour bloquer l'acceptation du *principe* « opinion publique » dans la détermination de la peine *parce qu'en tant que principe*, l'opinion publique ne se prête pas aussi facilement à un contrôle interne, en plus d'être un critère *déviant* en matière de détermination de la peine. Ces

juges veulent éviter ici de reconnaître la valeur juridique d'une acceptation trop directe d'une pression externe, voire même d'une tentative de manipulation dans la détermination de la peine. Mais on observe aussi que même à cet égard le système pénal va réagir avec une certaine ambivalence.

Deux arguments sont importants pour éviter la reconnaissance directe et automatique de l'opinion publique: celui du *bis in idem* et celui qui différencie *clameur publique* de *préoccupation du public*. Avec l'argument du *bis in idem*, on reconnaît le fait que le système de justice pénale prend déjà en considération le public (dans les mots du juge, mais que nous définissons comme « population ») au moment de construire son échelle de punition. Selon cet argument, lorsqu'on crée une période punitive, on tient compte déjà de l'opinion publique. Alors, tenir compte des pressions spécifiques dans un cas en espèce reviendrait à une double prise en considération du « public ». Il nous semble évident ici que le système pénal est en train de construire une barrière à une pression directe de l'opinion publique, sans pourtant nier que cette opinion puisse agir comme un des critères pour déterminer la punition (elle fait déjà partie d'une échelle punitive).

L'autre argument pour contrecarrer la reconnaissance directe des manifestations spécifiques de l'opinion publique est la différenciation proposée entre *préoccupation* et *clameur*. Cet argument a pour effet de « mettre à distance » la *clameur* et de permettre aux juges de la neutraliser en tant que telle, si cela leur paraît approprié. Néanmoins, ils reconnaissent leur propre droit à prendre en considération une *préoccupation publique*, c'est-à-dire des sentiments génériques de la population à propos de la sévérité des peines. Ils *déclarent explicitement* ici que le public est un facteur à considérer, mais aussi que

l'on doit barrer la *clameur publique*. Or, la faiblesse évidente de cet argument a été indiquée, indirectement, par les propos de Lord Lloyd of Berwick : si un juge ne voit pas la différence entre l'un et l'autre, il accepte la *clameur publique* comme expression de la *préoccupation du public*. Cet argument est alors plein de trous, car lorsqu'on accepte de tenir compte de la « préoccupation du public » dans la détermination de la peine et que l'on ne voit pas la différence entre préoccupation et clameur, on est mal équipé pour neutraliser la clameur publique. L'ambivalence des juges à l'égard de cette distinction montre bien que lorsqu'on accepte de tenir compte de la préoccupation du public on risque de ne pas tenir suffisamment compte des droits des condamnés dans la détermination de la peine.

b) L'opinion publique peut aussi être intégrée par le système pénal à partir des théories de la peine. Le cas le plus explicite et direct que nous avons vu au long de notre matériel empirique est la théorie de la dénonciation. Ce mécanisme est étroitement lié à la structure « maintenir la confiance du public dans le système pénal », mais il prend une connotation plus directe et plus spécifiquement liée à la détermination de la peine. En réalité, nous croyons pouvoir affirmer que la théorie de la dénonciation comprend cette structure, mais ne se limite pas à elle.

L'idée selon laquelle pour garantir la confiance du public dans le système pénal *il faut adopter une orientation spécifique dans la détermination de la peine (i.e., opter pour la sévérité de la punition)* est en quelque sorte comprise dans une théorie qui laisse entendre que *dénoncer* la transgression de la loi signifie *punir* (sévèrement) pour que la loi ne soit pas vue comme superflue par la population.

Une dernière remarque à propos de la théorie de la dénonciation. Le problème de cette théorie ne réside pas dans l'énoncé théorique selon lequel la sanction a pour fonction d'affirmer la norme de comportement. Le problème réside plutôt dans énoncé additionnel selon lequel, pour affirmer la norme, *il est nécessaire d'imposer une sanction souffrante et sévère*. Notre étude de cas laisse voir ce glissement de sens.

Mais on peut intégrer l'opinion publique aussi indirectement, à l'aide des théories de la dissuasion et de la rétribution. Dans ce cas la question est moins évidente et la preuve empirique est plus difficile à faire. En effet, le rapport entre le juge qui dit qu'il faut dissuader ou rétribuer et l'opinion publique n'est pas direct. Néanmoins, dans une affaire tellement médiatisée comme celui de Bulger, quand les juges acceptent une peine d'une sévérité sans précédente invoquant les théories de la rétribution et de la dissuasion, on peut soupçonner qu'il existe une prise en considération de l'opinion publique non déclarée. Or, les juges peuvent faire entrer l'opinion publique dans le système pénal sans aucune mention directe à elle : il suffit d'augmenter la peine (dans le cas de demandes plus punitives) et de justifier ce choix par les théories de la dissuasion et de la rétribution. Si, à cause de la pression de l'opinion publique, le ministre avait imposée une période punitive de 15 ans, mais en soutenant explicitement seulement le besoin de rétribuer le crime et de dissuader les autres citoyens, le débat juridique autour du rôle de l'opinion publique dans la détermination de la peine n'aurait pas eu lieu.

Comme nous avons dit, la preuve empirique de l'influence de l'opinion publique ne peut pas se faire directement lorsque l'augmentation de la sévérité de la peine, ou la prise en compte du public, est faite à travers les théories de la dissuasion et de la

rétribution. L'affaire Bulger est pleine d'indices en ce sens là, commençant par le fait que tous les juges sont à faveur de la punition dans un dossier impliquant des mineurs.

c) Dans l'affaire Bulger, avant même la décision du ministre, le public a eu une participation très importante dans le jugement de la Crown Court (quand les deux jeunes ont été condamnés pour le meurtre de James Bulger). Le fait d'avoir un jugement public n'était pas sans conséquences : la salle d'audience était toujours pleine de gens, incluant des journalistes; les jeunes étaient victimes de fortes hostilités chaque fois qu'ils devaient être transportés de la cour vers l'institution où ils demeuraient; tous les témoins étaient harcelés fortement par les médias; le jury, même si confiné, connaissait bien l'impact de l'affaire et notait l'humeur du public envers les jeunes.

Alors, il nous semble évident que la présence du public dans la session de jugement a été un facteur décisif, si non pour la condamnation des jeunes (qui semblait inévitable face aux preuves), au moins pour la construction de leur image comme des individus dangereux. Le procès public n'était pas neutre à cet égard : sa fonction n'avait rien à avoir avec la protection des droits des jeunes, mais plutôt avec les caractéristiques psychologiques d'une justice punitive, pour reprendre l'expression de Mead. Le but de les exposer au public semblait relever d'un autre ordre de préoccupations.

Il est intéressant de voir alors comment une garantie juridique (publicité du procès), créée dans le but de protéger les accusés contre les risques d'une procédure arbitraire et secrète (procès injuste), devient à notre époque une menace contre l'équité du procès. À cet égard, Bloch avait déjà fait un commentaire très pertinent à la forme qu'a prise le droit criminel :

« Le tribunal lui-même est démonique, et de manière si indépassable qu'une amélioration aussi bienfaisante que la publicité de la procédure s'est transformée pratiquement, au siècle de la presse, en une peine additionnelle, en pilori d'une nouvelle espèce, en pilori imprimé. »
(Bloch, 1976 :250, 251)

En effet, à une époque où l'arbitraire du Prince est protégé par la claire séparation des pouvoirs et les drames pénaux sont la matière brute pour l'exploration médiatique et pour la stigmatisation, subir un procès réservé semble être une option beaucoup plus en accord avec la protection des droits des inculpés à un procès juste et respectueux de la dignité humaine.

d) Intégration directe

Il paraît incontestable que dans l'affaire Bulger la pression du public a été intégrée directement dans la détermination de la peine par la décision d'un acteur qui avait aussi et surtout un rôle politique. Nous attribuons moins d'importance à cette décision en raison de son caractère inhabituel : en effet, c'est difficile de trouver dans un autre juridiction (nationale) une configuration qui délègue à ce genre d'acteur un pouvoir aussi directe et spécifique dans la détermination des peines. Même dans le système anglais, cette configuration de rôles a été subséquemment abolie. Quoiqu'il en soit, on a dans cette affaire un agent placé dans un poste politique qui prend une décision juridique et que, dans sa prise de décision, prend en ligne de compte l'opinion publique de façon explicite. Alors, dans le cas de Thompson et Venables, le ministre a eu aussi un rôle de

juge dans la mesure où il a déterminé une peine en espèce. Il a pris une décision sentencielle, mais cela dans le cadre d'un poste où il exerce aussi et surtout des fonctions décisionnelles d'ordre politique. Comment peut-on alors analyser sa participation dans cette affaire du point de vue qui nous intéresse ici, c'est-à-dire de l'intégration du public par le système de justice pénale?

Dans l'état où elle se trouvait avant la modification de cette configuration, l'activité du ministre était inscrite dans les opérations régulières du système juridique et elle était perçue par ce système comme une décision valable juridiquement. D'un point de vue empirique, cette décision était alors une opération du système juridique et non du système politique (gouvernement). C'est la ligne de démarcation qui causait un problème d'indépendance entre les systèmes dans la mesure où elle produisait une intersection de rôles dans un même poste bureaucratique.

En effet, les qualificatifs « politique » et « juridique » ne désignent pas ici une motivation, le contenu de la décision ou un type d'influence : ils définissent exclusivement l'opération (dans la chaîne de décisions et communications) d'un système. L'opération ici est « juridique » (et non « politique ») par le fait qu'elle est reconnue comme juridique par le système judiciaire, indépendamment de la *manière concrète de décider* du Ministre ou de la façon de la justifier. Les tribunaux se sont demandés si le ministre avait ou non agi comme un juge ou s'il pouvait ou non tenir compte de l'opinion publique, mais jusqu'à la décision de la Cour européenne les tribunaux n'ont pas vu le rôle du ministre dans la détermination de la peine comme une ingérence politique dans la justice pénale. Ils n'ont même pas vu cette intersection de rôles comme constituant un risque pour l'indépendance du système juridique.

Ce qui a fait l'objet de discussions, c'est le critère « opinion publique » pris en compte explicitement par le ministre. Mais cela n'est pas suffisant pour transformer la décision du ministre en décision juridique. De la même façon, par exemple, que si un juge justifie la longueur de la peine d'emprisonnement par la nécessité de tenir compte de l'opinion publique, cela ne transforme pas ipso facto sa décision en une opération du système politique.

Il nous semble clair alors qu'avec cette décision *spécifique* du ministre on arrive à une situation radicale de prise en considération de l'opinion publique par le système juridico-pénal. Car le Ministre, jouant un rôle de juge, considère que l'opinion publique doit être prise en ligne de compte au moment de la détermination de la peine d'un condamné en espèce. Et il annonce dans un « *Statement* » au Parlement, daté de 27 juillet 1993, qu'il va tenir compte à nouveau de l'opinion publique au moment de la libération conditionnelle. Or, ici la décision (*juridique*) s'éloigne des théories de la peine traditionnelles (on parle de la rétribution, de la dissuasion et de la réhabilitation) pour prendre en considération un facteur ou un critère qui, dans sa forme indépendante, est habituellement étranger aux critères officiels de la détermination de la peine. Le public « entre » alors directement et officiellement dans les opérations du système pénal, sans la médiation d'aucune structure juridique cognitive particulière pour le recevoir. Autrement dit, la décision du Ministre insère dans le système pénal un facteur troublant et ce facteur, dans sa forme brutale, est accepté par un des juges (Lord Morritt). La question qui reste ouverte est alors celle de savoir si le système judiciaire va ou non continuer à accepter l'opinion publique comme un critère explicite et indépendant dans la détermination de la peine.

5.2. La question de la séparation des pouvoirs

Dans l'affaire Thompson et Venables, le couplage des rôles du ministre de l'Intérieur est resté évident. Il s'agit d'un poste politique, où l'acteur est appelé à jouer de façon largement prédominante un rôle politique dans le gouvernement, qui est venu à cumuler un rôle juridique dans la mesure où il est appelé à fixer directement la durée minimale d'une peine d'emprisonnement dans un cas particulier.

La décision du ministre brouille la ligne de démarcation entre le politique et le juridique. Dans ce scénario de confusion entre politique et juridique, on ouvre la porte à des décisions pénales populistes, préoccupées à satisfaire un raisonnement politique (l'opinion publique). À une époque où les paniques morales sont fréquentes, le populisme pénal ne peut être traduit que par un risque de punitivité accrue.

5.3. La rationalité pénale moderne et les demandes punitives de l'opinion publique

En principe, une structure juridique du type « maintenir la confiance du public dans le système pénal » est neutre. En effet, en tant que telle, rien dans cette structure ne la conduit à sélectionner de façon dominante les demandes punitives par rapport à d'autres demandes ou types de préoccupations qui visent à maintenir la confiance du public sans entrer dans la question de l'imposition des peines. Maintenir la confiance du public ne veut pas alors nécessairement dire « punir davantage ».

Néanmoins, si cette structure est en thèse neutre, quand on la place dans le contexte actuel de la justice pénale sa neutralité disparaît. Nous référons à un certain noyau de la rationalité dominante du système pénal qui met de l'avant les peines susceptibles de produire de la souffrance et le besoin indispensable de la punition pour répondre à une situation sélectionnée par le système. Dans ce cadre, il nous semble que le système pénal est davantage prédisposé par ses structures cognitives internes (particulièrement certaines théories de la peine) aux demandes punitives, celles qui renforcent sa façon de concevoir la réponse pénale comme hostile et négative.

Alors, si l'on mobilise les théories de la peine des moyens strictement négatifs qui forment le noyau punitif de la rationalité pénale moderne, le sens que risque de prendre la structure « maintenir la confiance du public » est forcément un sens répressif. Et l'intégration de l'opinion publique risque alors fortement d'aller dans ce même sens. Elle profite d'une structure cognitive pleine de justifications pour l'imposition d'une peine afflictive. Autrement dit, dans le cadre de la rationalité pénale moderne, une intégration strictement négative de l'opinion publique s'avère beaucoup plus probable qu'une intégration positive par une théorie de la réhabilitation plus dégagée de la prison, même si la structure d'accueil (« maintenir la confiance du public ») est neutre. Et cela est dû à une certaine affinité entre les demandes punitives et les théories de la peine des moyens strictement négatifs.

Les revendications de l'opinion publique qui entrent dans le système pénal permettent d'actualiser ces théories, de réaffirmer leur importance comme distributeurs de la souffrance pour les condamnés. Au lieu de nous amener à penser à des alternatives ou à une justice moins dure, les demandes de l'opinion publique réactivent ce que le

Le système pénal a de plus ancien et de plus avilissant. Le système pénal continue alors à utiliser – et à renforcer – son « noyau dur » punitif, mais maintenant avec des critères renouvelés.

6. Références Bibliographiques

6.1. Livres et Articles

BAUMAN, Zygmunt (1998). *Le Coût Humain de la Mondialisation*. Paris : Hachette Littérature.

BECKER, Howard S. (2002). *Les ficelles du métier. Comment conduire sa recherche en sciences sociales*. Paris: Éditions La Découverte.

BERGMAN, Manfred M. (1998a). *Social Representations as the Mother of All Behavioral Pre-Dispositions? The relations between social representations, attitudes and values*. Papers on Social Representations, vol.7(1-2), 77-83.

BERGMAN, Manfred M. (1998b). *A Theoretical Note on the Differences between Attitudes, Opinions and Values*. Swiss Political Science Review, vol.4(2), 81-93.

BLOCH, Ernst (1976). *Droit Naturel et Dignité Humaine*. Paris: Payot.

BOURDIEU, Pierre (1973). *L'opinion publique n'existe pas*. Les Temps Modernes, v.318, 1973, p.1292-1309.

BUCKLEY, Fiona (2002). *One Murder, Three Victims : James Bulger, Robert Thompson and Jon Venables*. Cork Online Law Review (disponible à <http://colr.ucc.ie/2002x.htm>)

CELLARD, André (1997). *L'Analyse Documentaire*. In : Poupart et al, « La recherche qualitative. Enjeux épistémologiques et méthodologiques. » Quebec : Gaëtan Morin.

COOK, Beverly B. (1977). *Public Opinion and Federal Judicial Policy*. American Journal of Political Science, vol. 21, n.3, 567-600.

- CRITCHER, Chas (2003). *Moral Panics and the Media*. Buckingham, Open University Press.
- CULLEN, Francis T. and al. (2002). *Public support for correctional rehabilitation in America : change or consistency?* In : J.Roberts and M.Hough (ed.), « Changing Attitudes to Punishment ». Portland : Willan Publishing.
- DOBLE, John (2002). *Attitudes to punishment in the US – punitive and liberal opinions*. In : J.Roberts and M.Hough (ed.), « Changing Attitudes to Punishment ». Portland : Willan Publishing.
- DUBOUCHET, Julien (2004). *Les représentations sociales de la justice pénale. Retour sur un chantier abandonné*. *Déviance et Société*, vol.28, n.2, juin 2004, p. 179-194.
- FAUGERON, Claude (1981). *Justice et opinion publique : l'ère de soupçon*. *Pouvoirs*, n.16, p.89-96.
- FIONDA, Julia (1998) *Case Commentary : The age of innocence? – the concept of childhood in the punishment of young offenders. R v Secretary of State for the Home Department ex parte V and T*. *Child and Family Law Quarterly*, 10.1(77), march.
- FRANKLIN, Bob et PETLEY, Julian (1996). *Killing the age of innocence : newspaper reporting of the death of James Bulger*. IN : Pilcher, J. et Wagg, S. « Thatcher's Children : Politics, Childhood and Society in the 1980s and 1990s. » London : Falmer Press.
- GIBBONS, Don C. (1969) *Crime and punishment : a study in social attitudes*. *Social Forces*, vol.47, n.4, june, pp.391-397.
- HAY, Colin (1995). *Mobilization through interpellation : James Bulger, Juvenile Crime and the Construction of a Moral Panic*. *Social & Legal Studies*, vol.4, n.2, june, 197-224.

- HENDERSON, Emily (2000). *Case and Comment: The European Convention and Child Defendants*. The Cambridge Law Journal, vol.59(2), july, 235-238.
- HOUGH, Michael (1996). *People talking about punishment*. The Howard Journal, vol.35, n.3, august, pp.191-214.
- KRITZER, Herbert (1979). *Federal Judges and their Political Environments : The Influence of Public Opinion*. American Journal of Political Science, vol. 23, n.1, 194-207.
- KUHN, André; VILLETAZ, Patrice; JAYET, Aline (2002). *Opinion publique et sévérité des juges. Comparaison entre les peines prononcées par les juges suisses et les sanctions désirées par le public*. Crimiscopie, n.19, juin 2002.
- KUKLINSKI, James H. et STANGA, Jonh E. (1979). *Political Participation and Government Responsiveness : The Behavior of California Superior Courts*. The American Political Science Review, vol.73, n.4, 1090-1099.
- KURY, Helmut et FERDINAND, Theodore (1999). *Public Opinion and Punitivity*. International Journal of Law and Psychiatry, vol.22, n.3-4, pp.373-392.
- LANGUIN, Noëlle; WIDMER, Eric; KELLERHALS, Jean; ROBERT, Christian-Nils (2004). *Les représentations sociales de la justice pénale : une trilogie*. Déviance et Société, vol.28, n.2, 159-178.
- LASCOUMES, Pierre & MOREAU-CAPDEVIELLE, Ghislaine (1976). *Presse et Justice Pénale : un cas de diffusion idéologique*. Revue Française de Science Politique, vol.26, n.1, février 1976, 41-69.
- MORGAN, Rod (2002). *Privileging public attitudes to sentencing?* In : J.Roberts and M.Hough (ed.), « Changing Attitudes to Punishment ». Portland : Willan Publishing.
- MORRISON, Blake. (1997) *As If. A crime, a trial, a question of childhood*. New York : Picador.

- PIRES, Alvaro (1997). *Échantillonnage et recherche qualitative*. In : Poupart et al, « La recherche qualitative. Enjeux épistémologiques et méthodologiques. » Québec : Gaëtan Morin.
- PIRES, Alvaro. (1998a) *Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne*. In : C.Debuyst, F. Digneffe et A. Pires, « Histoire des Savoirs sur le Crime et la Peine. Tome 2 : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie. ». Bruxelles : DeBoeck.
- PIRES, Alvaro. (1998b) *La doctrine de la sévérité maximale au siècle des lumières*. In : C.Debuyst, F. Digneffe et A. Pires, « Histoire des Savoirs sur le Crime et la Peine. Tome 2 : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie. ». Bruxelles : DeBoeck.
- PIRES, Alvaro. (1998c) *Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne*. In : C.Debuyst, F. Digneffe et A. Pires, « Histoire des Savoirs sur le Crime et la Peine. Tome 2 : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie. ». Bruxelles : DeBoeck.
- PIRES, Alvaro. (1998d) *Kant face à la justice criminelle*. In : C.Debuyst, F. Digneffe et A. Pires, « Histoire des Savoirs sur le Crime et la Peine. Tome 2 : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie. ». Bruxelles : DeBoeck.
- PIRES, Alvaro (2001). *La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique*. Sociologie et Sociétés, vol.XXXIII, n.1, p.179-204.
- PIRES, Alvaro (2004a). *A racionalidade penal moderna, o publico e os direitos humanos*. Novos Estudos CEBRAP, n.68, mars, 39-60.
- PIRES, Alvaro (2004b). *Opinion publique, droits de la personne et punitivité*. Texte pour le Colloque International sur le Châtiment, Montréal.

- QUIVY, Raymond & VON CAMPENHOUDT, Luc (1995) *Manuel de Recherche en Sciences Sociales*. Paris : Danod.
- ROBERT, Philippe & FAUGERON, Claude (1980). *Les forces cachées de la justice*. Paris : Éditions du Centurion.
- ROBERT, Philippe & FAUGERON, Claude (1978). *La Justice et Son Public : les représentations sociales du système pénal*. Genève : Masson – Médecine et Hygiène.
- ROBERT, Philippe & FAUGERON, Claude (1976). *Les représentations sociales de la justice pénale*. Cahier International de Sociologie, vol. LXI, 1976, p.341-366.
- ROBERT, Philippe & FAUGERON, Claude (1973). *Analyse d'une représentation sociale : les images de la justice pénale*. Revue de l'Institut de Sociologie – Université Libre de Bruxelles, 1973/1, p.31-85.
- ROBERT, Philippe, FAUGERON, Claude et KELLENS, Georges (1976). *Le juge pénal et le justiciable : représentations et attitudes*. Connexions, n.20, 1976, p.39-62.
- ROBERTS, Julian (2004) *Youth Crime and Youth Justice. Comparative and cross-national perspectives*. Crime and Justice. A Review of Research, v.31, p.495-542
- ROBERTS, Julian & HOUGH, Mike (2002). *Public Attitudes to Punishment : the context*. In : J.Roberts and M.Hough (ed.), « Changing Attitudes to Punishment ». Portland : Willan Publishing.
- ROBERTS, Julian, STALANS, Loretta, INDERMAUR, David et HOUGH, Michael (2003). *Penal Populism and Public Opinion*. Oxford: Oxford University Press.
- ROBERTS, Julian (1997). *American attitudes about punishment : myth and reality*. In : M. Tonry & K. Hatlestad, « Sentencing Reform in Overcrowded Times. ». Oxford : Oxford University Press.

- ROBERTS, Julian & STALANS, Loretta (1997). *Public opinion, crime and criminal justice*. Boulder : Westview Press.
- ROBERTS, Julian & DOOB, Anthony (1989). *Sentencing and Public Opinion. Taking false shadows for true substances*. Osgoode Hall Law Journal, vol.27, n.3, pp.491-516.
- RUTHERFORD, Andrew. (1997) *Custodial Sentencing*. New Law Journal, vol. 147, n.6776, p.99-????).
- RUTHERFORD, Andrew (1999) *The Sentencing of Young People in England and Wales* Vera Institute of Justice, Inc. Federal Sentencing Reporter, march/april 1999, p.332-335.
- SHUTE, Stephen (1998). *Public Opinion and the English Law of Sentencing*. Suffolk Transnational Law Review, n.345, mar-apr.1998, p.100-121.
- SMITH, David J. (1994) *Fatal Innocence*. New York : St. Martin's Paperbacks.
- SPROTT, Jane B. (1999) *Are members of the public tough on crime?: the dimensions of public « punitiveness »*. Journal of Criminal Justice, vol.27, n.5, pp.467-474.
- SURETTE, Ray. (1992) *Media, crime and criminal justice : images and realities*. Belmont, CA : Wadsworth.
- TOMAINO, John (1997). *Guess who's coming to dinner? A preliminary model for the satisfaction of public opinion as a legitimate aim in sentencing*. Crime, Law & Social Change, n.27 : 109-119.
- THOMPSON, Kenneth (1998) *Moral Panics*. New York and London : Routledge.
- VALIER, Claire (2002). *Dangerous Representations: Mugshots, Notoriety and Vengeance*. Criminal Justice Review 1999-2001 (disponible à <http://www.leeds.ac.uk/law/ccjs/homepage.htm>).

VERSELE, Séverin-Carlos (1972). *Juger la Justice?* Revue de l'Institut de Sociologie – Université Libre de Bruxelles, 1972/3, p.373-400.

6.2. Décisions juridiques

R v Secretary of State for the Home Department ex parte T and V. ([1996] NLOR N.3422) (NLC 496053401) (Divisional Court).

R v Secretary of State for the Home Department ex parte Venables and ex parte Thompson ([1996] E.W.J. N.260) (QBCOF 96/0626-7/D) (Court of Appeal)

Secretary of State for the Home Department ex parte Venables and Thompson, R v. [1997] UKHL 25; [1998] AC 407; [1997] 3 All ER 97; [1997] 3 WLR 23; [1997] 2 FLR 471; [1997] FamLaw 786 (12th June, 1997). (House of Lords)

Affaire T. c. Royaume-Uni. Requête n° 24724/94. Cour Européenne des Droits de l'Homme. (16 décembre 1999).

Affaire V. c. Royaume-Uni. Requête n° 24888/94. Cour Européenne des Droits de l'Homme. (16 décembre 1999).