

Surveiller et punir à l'âge actuariel*

Généalogie et critique

Les méthodes actuarielles pénètrent aujourd'hui la sphère pénale des États-Unis. À la seule exception du profilage racial des Africains-Américains et des Hispaniques, la majeure partie de la population considère que l'adoption des méthodes actuarielles est efficace, rationnelle et rentable.

Bernard Harcourt met en question ce consensus naissant en prônant, dans la sphère pénale, l'échantillonnage aléatoire: la randomisation dans le maintien de l'ordre. C'est la seule façon d'obtenir une sphère carcérale qui reflète impartialement et ressemble réellement à la distribution des personnes commettant des délits. Donc, dans le droit pénal et son application, c'est sur la prédiction que les interrogations devraient porter.

Dans le premier article, B. Harcourt trace une généalogie des méthodes actuarielles aux États-Unis. Dans le second article, B. Harcourt démontre mathématiquement les effets contre-productifs du profilage et des méthodes actuarielles.

Bernard E. Harcourt
Université de Chicago

Introduction

La prédiction est possible déclara le professeur Ernest W. Burgess en 1928 (Bruce *et al.*, 1928, 284). L'éminent sociologue de l'Université de Chicago venait juste de terminer une étude portant sur 3 000 anciens détenus de l'Illinois, et élaborait l'un des tout premiers outils de prédiction en matière de liberté conditionnelle aux États-Unis. Il s'agissait d'un test comportant 21 facteurs déterminants, en fonction des taux de récidive du groupe témoin, la probabilité de réussite ou d'échec de tout détenu admissible à la libération conditionnelle. Quelques années plus tard, la prison de Joliet, dans l'État de l'Illinois, engagea son premier « actuariaire », Ferris F. Laune, un ancien doctorant de Burgess, et dès lors, en 1935, la « méthode Burgess » fut utilisée dans le domaine carcéral. Laune recueillait des informations sur chaque détenu, appliquait la « méthode Burgess » et préparait un rapport, officiellement appelé *prognasio*, qui informait la commission des libertés conditionnelles du taux de probabilité d'une délinquance future. Ces *prognasio* firent entrer les méthodes actuarielles dans la sphère pénale aux États-Unis.

* Traduit par Monique Lang. Cet article, ainsi que la suite qui paraîtra dans le numéro suivant, est adapté de l'ouvrage de Bernard Harcourt (2007).

En 1951, Ernest Burgess recommanda que le même paradigme actuariel soit étendu à la plupart des autres domaines du champ pénal. Burgess souligna que *Bien que les méthodes prédictives qui ont été décrites dans ce livre soient limitées au choix de l'application de la libération conditionnelle, elles sont également utilisables dans plusieurs autres domaines de la délinquance et de la criminalité. Elles pourraient dès à présent être mises en place, au moins à titre expérimental et à des fins de démonstration, dans des domaines complémentaires tels que l'identification des enfants prédélinquants, le traitement des affaires dans les tribunaux pour mineurs, la libération conditionnelle de centres d'éducation surveillée ou d'établissements de redressement, et le choix des adultes éligibles aux mesures de probation... La prédiction peut être aussi importante, voire davantage, dans le contrôle de la liberté conditionnelle* (Burgess, Sellin, 1951, 12-13).

Les paroles de Burgess se révélèrent prophétiques.

Aujourd'hui, le paradigme actuariel imprègne la totalité du champ pénal aux États-Unis. Du *Discriminant Index Function* (DIF¹) créé par le Trésor Public (*Internal Revenue Service*, IRS²) pour prédire la fraude fiscale, aux profilages ethniques et autres des trafiquants de drogue, aux instruments de contrôle des risques servant à repérer les prédateurs sexuels violents, les outils de prédiction déterminent de plus en plus les destins individuels dans le cadre du maintien de l'ordre, de l'application de la loi, de la détermination des peines et des pratiques correctionnelles. Comme l'observe Jonathan Simon, l'évaluation du risque actuariel est devenue un aspect presque incontesté de la procédure pénale et elle est utilisée par un grand nombre d'acteurs de la justice pénale dont font partie les magistrats (*procureurs et juges*), les fonctionnaires de l'administration et les jurés (Simon, 2005, 2).

Bien d'autres avant moi ont identifié le tournant vers la rationalité actuarielle. Dans ses cours au Collège de France en 1978 et 1979 sur les thèmes de la sécurité, la population et la biopolitique, Michel Foucault a analysé et disséqué le déploiement de plus en plus grand des instruments de gestion, d'actuariat et de statistiques dans le gouvernement des populations (Foucault 2004a et b). Ian Hacking examina dans *The Taming of Chance* paru en 1990 (traduction française de Michel Dufour: *L'Émergence de la probabilité*) l'émergence de la pensée probabiliste aux XVIII^e et XIX^e siècles et la façon dont les lois du hasard en sont venues à prendre la place des lois de la nature comme guide de la compréhension humaine. François Ewald analysa dans *L'État-providence* (1986) ce moment charnière de la fin du XIX^e siècle où la logique de la responsabilité individuelle et de la faute a été remplacée par l'idée de risque généralisé, donnant naissance à des systèmes d'indemnisation des accidents du travail et inaugurant notre « société de l'assurance ». Depuis lors, d'éminents universitaires, critiques de notre nouvelle ère actuarielle, ont développé ces thèmes. On peut citer entre autres, Malcolm Feeley et Jonathan Simon (1992); Tom Baker (2002); Pat O'Malley (2002); John Pratt (1997, 2000), et Nikolas Rose (2007, 2008). Ils décrivent en des termes inquiétants la tendance au développement des approches managériales et à l'utilisation accrue d'instruments statistiques. Il y a bien sûr des exceptions; mais en général, les notions de sécurité, de populations, de biopouvoir, de « dangerosité future » ou de « nouvelle pénologie » sont synonymes de risque.

¹ N.d.T.: Indice reposant sur l'analyse régressive.

² N.d.T.: *Internal Revenue Service*, le Service du revenu intérieur est l'organisme gouvernemental chargé de la collecte des impôts et du respect des lois les concernant.

Cette étude se propose d'aller plus loin. Il ne s'agit pas seulement d'identifier le tournant actuariel et de le dénigrer, mais encore de critiquer l'utilisation des instruments actuariels. Sans confrontation directe avec la logique même – les mathématiques, les modèles, les statistiques, bref toute la rationalité actuarielle – ces descriptions, bien que critiques, cèdent du terrain face à un chœur croissant de louanges sur l'efficacité du profilage et de la prédiction. Aux États-Unis, du moins, il se développe un consensus de plus en plus répandu parmi les économistes et de nombreux praticiens pénaux que l'utilisation des instruments actuariels est une méthode plus efficace et améliore les résultats du maintien de l'ordre. Un certain nombre d'économistes ont même commencé à travailler sur des modèles économétriques de profilage ethnique et sont arrivés à la conclusion que les arrestations disproportionnées de personnes appartenant à des minorités ethniques ne reflètent pas nécessairement de la discrimination raciale de la part de la police. Elles peuvent, selon eux, au contraire, correspondre à une tentative honnête et de bonne foi d'augmenter le taux de réussite des contrôles et de s'engager dans un maintien de l'ordre plus efficace sur la base de ce que l'on appelle « la discrimination statistique »³. D'autres défendent la montée de l'actuariat en termes plus généraux, tout en émettant des réserves sur les discours fondés sur l'ethnicité, le sexe, ou l'orientation sexuelle (Schauer, 2003).

Aujourd'hui, à l'exception du profilage ethnique (ce que l'on appelle aux États-Unis *racial profiling*), le grand public et la plupart des universitaires ont tendance à approuver ce type de discours fondé sur les caractéristiques du groupe. L'opinion publique est *pour* l'utilisation de la prédiction dans le domaine de la police, aux États-Unis comme en Europe. Pour la plupart des gens, il s'agit de simple bon sens : pourquoi ne pas utiliser les résultats de nos meilleures recherches en sciences sociales et nos méthodes statistiques les plus fines pour améliorer l'efficacité des enquêtes policières et anti-terroristes, des décisions de condamnation, des pratiques de libération conditionnelle, des mesures ou des peines proposées ?

Mon but dans cette étude est d'aborder directement ces questions. Je propose de démontrer les dangers de la prédiction. Et pour cela, j'avancerai trois raisons majeures qui devraient nous alerter sur le nouveau paradigme actuariel, plutôt que nous pousser à l'adopter⁴. En premier lieu, j'analyserai de façon critique les modèles mathématiques du profilage en portant une attention particulière à quelques hypothèses problématiques au cœur même de ces modèles économiques. En second lieu, j'aborderai le déséquilibre et l'emballement potentiel de l'application ciblée de la loi sur les populations profilées. Enfin, en un troisième temps, j'analyserai la relation contestable entre connaissances techniques et notre conception même de la juste peine. Mais avant de présenter ces critiques, dans cette première partie, je propose de tracer la naissance de l'actuariat dans le droit pénal américain, en mettant l'accent sur la construction et l'utilisation du premier outil actuariel créé par Ernest Burgess à la fin des années 1920. Je montrerai ensuite la domination du paradigme actuariel, avec l'adoption d'un large éventail d'outils de prédiction dans le domaine du droit pénal et de la peine. La trajectoire historique reflète l'augmentation de l'utilisation du profilage criminel, depuis les premiers exemples de profils de pirates de l'air dans les années 1960, en passant par l'utili-

³ Les études les plus importantes sont celles de Knowles, Persico, Todd (2001) ; Hernandez-Murillo, Knowles (2003) ; Persico (2002) ; Dominitz, Knowles (2005) ; Manski (2005) ; Borooah (2001).

⁴ Cette étude sera divisée en deux parties, qui seront publiées séparément. C'est dans la seconde partie, qui sera publiée dans le prochain numéro de cette revue, que j'exposerai mes trois critiques du paradigme actuariel.

sation plus soutenue dans les années 1970 de profils de trafiquants de drogues, jusqu'à l'utilisation la plus répandue du profilage dans le dernier quart du XX^e siècle, et le vaste espace occupé aujourd'hui par le paradigme actuariel – de l'enquête préliminaire à la détermination de la peine, à la surveillance, et enfin à la décision même de remise en liberté.

La généalogie du tournant actuariel

On a coutume de dire que le tournant actuariel fut un changement de cap décisif qui prit ses distances par rapport à la rationalité de la responsabilité *individuelle* et de la faute. Dompter le hasard aurait alors présenté une tendance à la généralisation et à l'évaluation fondée sur le groupe. J'en doute. Assez paradoxalement, l'impulsion actuarielle aux États-Unis a été le produit de l'individualisation et non pas la marque de son abandon : chose surprenante, le désir de prévoir le comportement humain dans le cadre de la criminalité est l'aboutissement d'une aspiration à individualiser la peine, aspiration qui a marqué le début du XX^e siècle en Europe et aux États-Unis.

Raymond Saleilles publia à Paris, en 1898, son célèbre ouvrage qui défendait, comme son titre l'indique, *L'individualisation de la peine*. Saleilles déclarait qu'*il y a aujourd'hui un mouvement général dont l'objet est de libérer le droit de formules purement abstraites qui représentaient, tout au moins aux yeux du grand public, le divorce entre le droit et le sujet sensible* (1898, 5). Ce mouvement général a représenté une nouvelle orientation des institutions et des pratiques judiciaires vers l'individualisation de la peine. *On ne peut pas fixer la peine à l'avance de manière stricte ou rigide, ni la régler par la loi d'une manière inflexible, puisque l'objectif de la peine est un objectif individuel qui doit être atteint au moyen de politiques spécifiques, adaptées aux circonstances, plutôt que l'application d'un droit purement abstrait ignorant la diversité des cas présentés*, expliquait Saleilles (1898, 12-13). *Cette adaptation de la peine à l'individu est ce que nous appelons aujourd'hui l'individualisation de la peine* (*Ibid.*).

Quelques années plus tard, d'éminents juristes universitaires et des criminologues positivistes importèrent ces idées aux États-Unis et cherchèrent non seulement à identifier les causes de la criminalité mais également à prescrire un traitement *individualisé*. La Conférence Nationale sur le Droit Pénal et la Criminologie qui s'est tenue à Chicago en 1909 a marqué le tournant vers l'individualisation sur le Nouveau Continent. Dans une déclaration exprimant les idées des plus importants juristes universitaires, les professeurs Ernst Freund et Roscoe Pound de l'Université de Chicago, ainsi que d'autres de leurs éminents collègues, annoncèrent une nouvelle ère, celle du traitement pénal et correctionnel individualisé qui s'attaquerait aux causes individuelles de la délinquance chez tous les délinquants (Wigmore *et al.*, 1911, vii ; pour un aperçu général, voir Green 1995, 1949-1964). Pour Freund et Pound, la nouvelle science de la criminalité entraînait de profondes conséquences pour le droit pénal : *La science moderne reconnaît que le traitement pénal ou correctionnel ne peut être le même pour tous et être appliqué mécaniquement, mais qu'il doit être adapté aux causes et à l'homme concerné par ces causes*, déclarèrent-ils (Wigmore *et al.*, 1911, vii). *Ainsi, la grande vérité du présent et de l'avenir, pour la science criminelle est l'individualisation du traitement pénal, pour cet homme, et pour les causes du crime commis par cet homme* (Wigmore *et al.*, 1911, vii).

Roscoe Pound écrivit une introduction à la traduction américaine du livre de Raymond Saleilles, *L'individualisation de la peine*, qui parut en 1911 et annonçait la nécessité d'une plus grande individualisation de la peine aux États-Unis. Pound déclara (1911, xvii) : *Donc, ce que nous devons réaliser en droit pénal moderne, c'est un système d'individualisation.* Pound poursuivit (1911, xv) : *Plus récemment, une réaction est apparue de par le monde contre le fait que la justice soit rendue en utilisant uniquement des formules abstraites. Il expliqua qu'aux États-Unis, cela est manifeste dans la tendance qui cherche à obtenir des résultats justes, par des moyens extra-juridiques, tout en préservant la forme de la loi... Le mouvement en faveur de l'individualisation dans le droit pénal n'est qu'une des phases de ce mouvement général en faveur de l'individualisation de l'application de toutes les règles juridiques* (Pound, 1911, xv-xvi).

Ce tournant vers l'individualisation reposait précisément sur les progrès statistiques et la croyance en la capacité, de plus en plus grande, de prédire le comportement humain individuel. Comme Ian Hacking le démontre dans *The Taming of Chance*, paru en 1990, les lois de la probabilité ont largement supplanté les lois dites naturelles à la fin du XIX^e siècle, particulièrement dans le domaine de la criminalité et de la peine. Ce changement de paradigme permit *plus* d'individualisation grâce à de meilleures connaissances. Assez paradoxalement, ce passage de la loi naturelle au raisonnement probabiliste a permis de renforcer le contrôle sur l'individu. Il a servi à discipliner l'incertitude, comme Nikolas Rose l'indique, *en maîtrisant l'incertitude, en la rendant disciplinée et docile* (2002, 214). Rose explique que *paradoxalement, penser le risque apprivoise le hasard, le destin et l'incertitude. La reconnaissance de l'impossibilité d'avoir une certitude quant à l'avenir rend en même temps cette absence de certitude quantifiable en termes de probabilité. Et, lorsque l'on a quantifié la probabilité qu'un événement futur se produise, on peut prendre et justifier des décisions d'action dans le présent, informé par la connaissance de l'avenir, qui maintenant semble être sûre si elle est obtenue grâce aux méthodes probabilistes* (Rose, 2002, 214). La connaissance prédictive de l'avenir – les lois du hasard – a donc permis de mieux contrôler le comportement humain individuel. *Le concept fondamental de la psychologie des Lumières a été, tout simplement, la nature humaine* selon Hacking. *À la fin du XIX^e siècle, il a été remplacé par quelque chose de différent : les gens normaux* (Hacking, 1990, 1). Et à l'aube du XX^e siècle, les lois du hasard sont devenues autonomes dans de nombreux milieux politiques et sociaux.

Nous savons bien que la plupart de ces lois du hasard ont d'abord été observées, consignées et rendues publiques dans le domaine de la délinquance – le crime, le suicide, la folie, la prostitution (Hacking, 1990, 105). Les lois du hasard ont précisément constitué le terrain sur lequel l'individualisation de la peine a germé au tournant du XX^e siècle. Ce mouvement reposait sur la nouvelle science du crime, sur l'idée qu'il existe des causes identifiables aux actes criminels et que nous pouvons y accéder et les étudier. La Conférence Nationale de 1909, qui donna naissance à l'Institut Américain de Droit Pénal et de Criminologie, fut précisément l'un des prolongements des nouvelles découvertes statistiques nées de la criminologie positiviste. D'après Freund, Pound et ses collègues, *cette vérité [les lois statistiques de la criminalité] ouvre un vaste champ d'investigation nouvelle... Et cela veut dire que les conséquences des différentes méthodes de traitement, anciennes ou nouvelles, pour différents types d'hommes et de causes, doivent être étudiées, expérimentées et comparées. C'est seulement de cette manière que l'on peut parvenir à une connaissance*

précise et que de nouvelles mesures efficaces peuvent être adoptées (Wigmore *et al.*, 1911, vii). L'évolution et le perfectionnement de la criminologie au XIX^e siècle alimentèrent le mouvement vers la peine individualisée, qui, en retour, stimula l'impulsion actuarielle.

Ainsi, bien qu'il soit exact que certains éléments de l'actuariat se prêtent en effet à l'idée de gouvernementalité (gérer des populations et non des individus particuliers, sécuriser, neutraliser, se documenter et contrôler de larges groupes de personnes), il n'en reste pas moins que l'attention sur les populations et non sur les individus passe à côté d'une dimension essentielle du savoir actuariel, c'est-à-dire le désir d'*individualiser* la prévision et de réduire les fausses certitudes, de déterminer si *ce délinquant en particulier* est susceptible de récidiver, s'il s'agit d'une personne dangereuse ou d'un prédateur sexuel violent. C'est ce délinquant sexuel spécifique et particulier, qui vit *de l'autre côté de la rue, dans cet appartement ou dans cette maison que vous voyez depuis votre fenêtre*, que nous devons d'abord identifier, puis ensuite, rassembler les faits le concernant, les faire connaître, et enfin, le maîtriser ou l'exclure.

En somme, c'est le mouvement d'individualisation, bien que reposant sur un modèle probabiliste, qui a donné naissance aux administrations correctionnelles, aux tribunaux pour mineurs, aux programmes de traitement et de réinsertion et au modèle actuariel. En voici un aperçu historique.

La naissance de l'actuariat

Il est possible de faire remonter la naissance de l'actuariat aux États-Unis à un chercheur relativement peu connu qui travaillait en 1923 à l'*Iowa Child Welfare Research Station*: Hornell Hart⁵. Son précurseur, Sam B. Warner, le directeur du *Committee on Criminal Records* à l'Institut de droit pénal et de criminologie, situé à Eugène dans l'Orégon, avait commencé à identifier les facteurs de groupe susceptibles de prédire le succès individuel ou l'échec des détenus en liberté conditionnelle (*voir* Warner 1923, 172 nb). Néanmoins, Warner avait simplement observé des facteurs et n'avait pas réussi à construire *des tests statistiques précis*, point sur lequel Hart insistait (Hart, 1923, 405). Hart affirmait qu'avec les nouveaux outils et techniques statistiques il devait être possible de faire mieux, de créer un véritable instrument de prédiction, d'établir *un pronostic pour chaque homme qui va être mis en liberté conditionnelle* (Hart, 1923, 411). Hart écrivait qu'avec un peu plus de rigueur et des méthodes statistiques de pointe, une commission des libertés conditionnelles pourrait être en mesure de concevoir et d'appliquer *la même méthode scientifique que celle employée par les compagnies d'assurances lorsqu'elles estiment le coût probable de l'assurance de nouveaux adhérents sur la base de leur expérience passée des taux de décès des personnes assurées présentant les mêmes caractéristiques* (Hart, 1923, 411).

⁵ Certes, quelques travaux antérieurs avaient commencé à traiter de la prédiction du succès ou de la récidive. Il y avait eu des tentatives pour relier le succès à la mesure de l'intelligence, à l'origine ethnique, à l'âge, aux antécédents, et à la durée du séjour en institution. Pinter et Reamer avaient mené, en 1918, une étude sur 26 jeunes délinquantes en essayant de relier leur future réussite avec des coefficients de capacité mentale; et, un an avant, en 1917, F. L. Heacox avait étudié 143 garçons en liberté conditionnelle pour voir si leur réussite était liée à leur âge, à leur origine ethnique, à leur premier délit enregistré, à leurs conditions de logement, à la durée de leur séjour en centre d'éducation surveillée ou à leur intelligence. Mais Hart (1923) et Warner (1923) furent les premiers à essayer de mesurer sur un très grand échantillon les facteurs spécifiques conduisant au succès ou à l'échec de la libération conditionnelle.

Le professeur Ernest Burgess de l'Université de Chicago en prit bonne note⁶, et finalement c'est lui qui ouvrit la voie. L'envie de recourir à l'actuariat était forte dans les années 1920, particulièrement à l'Université de Chicago dans les départements de sociologie et de droit. Il y avait une soif de prédiction, un désir profond d'envisager l'étude du comportement social et légal sous un angle scientifique. Une certaine euphorie entourait le projet de prédiction, traduisant une croyance partagée dans le progrès, la science, la modernité. Les uns après les autres, sur un ton mesuré, professeurs et chercheurs prêchèrent le mantra de la prédiction. Les doctorants semblaient hypnotisés. George Vold, un docteur en sociologie de l'université de Chicago, a bien rendu le sentiment de l'époque :

Le principe de prédiction de la conduite humaine dans l'avenir... semble sensé et utile. Les compagnies d'assurances ont construit de grandes entreprises sur ce principe de prédire l'avenir à partir du passé. La présente étude, ainsi que celles de Burgess et des Glueck, semblent également établir la validité de ce principe général pour d'autres aspects de la conduite humaine (Vold, 1931, 103).

L'un des maîtres à penser à l'origine de ce tournant vers la prédiction fut Ernest W. Burgess qui exprimait la sensibilité et les aspirations de la génération suivante lorsqu'il déclarait : *Il ne peut y avoir aucun doute sur la possibilité de la détermination des facteurs qui régissent la réussite ou l'échec de l'homme en liberté conditionnelle (Bruce et al., 1928, 271)*. Burgess, à l'époque, sortait à peine de l'ombre de son éminent collègue et coauteur, Robert Park, et du paradigme écologique de l'école de Chicago. En s'appuyant sur la nouvelle rigueur statistique en sociologie, Burgess permit de recentrer l'étude de la sociologie sur l'individu. Il fut donc une figure phare de la transformation structurelle qui se produisit dans la discipline au cours des années 1930 et 1940. Andrew Abbott et James Sparrow suggèrent qu'*au milieu des années 1950, de larges pans de la littérature sociologique n'avaient rien de sociologique, au sens traditionnel. Ce n'étaient pas des études de groupes sociaux, de conflits ou de relations entre groupes. Au contraire, les études portaient sur des individus atomisés caractérisés par des propriétés variables et situés dans un champ vaste et indéfini – « la collectivité », « le groupe social », « la société » (Abbott, Sparrow, 2005, 6)*. La recherche de Burgess sur la prédiction, non seulement dans le contexte de la liberté conditionnelle, mais aussi par la suite dans celui de la réussite conjugale et professionnelle, a contribué à réorienter la sociologie dans cette direction.

Dans les années 1920, l'idéal de la peine individualisée était principalement assuré par le recours des tribunaux à la peine indéterminée et à la délégation de l'autorité aux commissions de libération conditionnelle. Les juges s'excluaient eux-mêmes du travail quotidien de l'individualisation en condamnant les délinquants à un large éventail de durées d'emprisonnement et en accordant aux administrateurs correctionnels et aux commissions de libération conditionnelle un vaste pouvoir discrétionnaire pour décider de la réinsertion et de la libération. Cela créa, naturellement, les conditions d'une

⁶ À propos de ses premiers travaux sur la prédiction de la libération conditionnelle, Burgess remarqua la chose suivante : *Bien que le professeur Warner ait déjà fait un essai semblable, dont les résultats furent négatifs, un compte rendu de son travail par le Professeur Hornell Hart signalait qu'une nouvelle entreprise pouvait réussir (1928, 534)*.

expérience : collecter des données sur les condamnés qui sont en liberté conditionnelle et ceux qui ne le sont pas, déterminer les facteurs qui ont mené à la libération conditionnelle et, ensuite, tester si ces facteurs sont liés à la réussite ou à l'échec de la libération conditionnelle.

En 1927 et 1928, Ernest W. Burgess, le professeur de droit Andrew Bruce de Northwestern University et le doyen Albert Harno de la faculté de droit de l'Université de l'Illinois ont mené une recherche approfondie sur les procédures de libération conditionnelle à la demande du président de la commission de libération conditionnelle de l'Illinois. Le programme de recherche comportait des entretiens approfondis, l'étude des dossiers de libération conditionnelle et des visites dans les institutions pénales. Cette recherche a conduit à la publication d'un rapport de 306 pages en mai 1928 dans le *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology* (Bruce et al., 1928).

Dans sa contribution, Ernest Burgess recommandait une approche plus scientifique. Il réalisa une étude portant sur 3 000 détenus mis en liberté conditionnelle quatre à cinq ans avant le 31 décembre 1924 et chercha à savoir s'il y avait une relation statistique entre la réussite de la libération conditionnelle (au sens étroit de ne pas avoir enfreint les conditions de la libération) et vingt-deux variables indépendantes. L'idée était de repérer quels facteurs étaient associés à la probabilité de réussite de la libération sous condition. Les vingt-deux variables comportaient des items tels que l'origine ethnique ou la nationalité du père du détenu, le profil social, l'âge mental, le type de personnalité et le pronostic psychiatrique, qui s'ajoutaient aux circonstances du délit et aux antécédents du prévenu. En ce qui concerne l'origine nationale, Burgess découvrit *la plus faible proportion d'infractions chez les immigrés récents tels que les Italiens, les Polonais et les Lithuaniens et les taux d'infractions les plus élevés chez les immigrés plus anciens tels que les Irlandais, les Britanniques et les Allemands* (Bruce et al., 1928, 259). Burgess a aussi utilisé certaines autres variables individuelles telles que le profil social et le type de personnalité psychiatrique. Voici le tableau que Burgess a établi concernant le type social, paru dans le rapport (Bruce et al., 1928, 261) :

Tableau 1 : Profil social en relation avec la violation des conditions de liberté

Profil social	Taux de violation par institution (%)		
	Pontiac	Menard	Joliet
Total des personnes	22,1	26,5	28,4
Clochard	14,3	46,8	70,5
Bon à rien	32,8	25,6	63,0
Citoyen moyen	xxx*	30,0	9,5
Ivrogne	37,5	38,9	22,7
Gangster	22,7	23,2	24,1
Immigrant récent	36,8	16,7	4,0
Garçon de ferme	11,0	10,2	16,7
Toxicomane	4,3	66,7	83,3

* Nombre de cas insuffisant pour calculer le pourcentage.

Le tableau concernant le type de personnalité psychiatrique se présente ainsi (Bruce *et al.* 1928, 269):

Tableau 2: Type de personnalité psychiatrique en relation avec les violations de libération conditionnelle

Type de personnalité	Taux de violation par institution (%)		
	Pontiac	Menard	Joliet
Toutes les personnes	22,1	26,5	28,4
Égocentrique	24,3	25,5	38,0
Socialement inadapté	20,0	24,7	22,6
Émotionnellement instable	8,9	xxx*	16,6

* Nombre de cas insuffisant pour calculer le pourcentage.

La conclusion que Burgess tira de son étude est que les facteurs identifiables pourraient être utilisés pour fournir à la commission des libérations conditionnelles des outils de prédiction beaucoup plus précis. Burgess écrivit qu'*il n'y a aucun doute sur la possibilité de la détermination des facteurs qui régissent la réussite ou l'échec de l'homme en libération conditionnelle. Le comportement humain semble pouvoir être prévisible, dans une certaine mesure* (Bruce *et al.*, 1928, 27). Il donna les précisions suivantes :

Beaucoup seront franchement sceptiques quant à la possibilité de l'introduction des méthodes scientifiques dans tous les champs du comportement humain. Ils rejeteront cette proposition en affirmant que la nature humaine est trop variable pour que l'on puisse faire une quelconque prévision à son sujet... [Mais] [il] serait tout à fait possible, et ce serait utile à la Commission des Libérations Conditionnelles, de faire un résumé sur chaque homme allant être libéré de façon à ce que les membres de cette Commission puissent reconnaître au premier coup d'œil le taux de violation pour chaque facteur significatif (Bruce *et al.*, 1928, 283).

Burgess recommanda à la commission de créer un test à facteurs multiples pour déterminer la probabilité de réussite de la libération conditionnelle. Burgess lui-même le fit en créant un test de vingt-et-un facteurs pour classer chaque détenu et en l'appliquant à son échantillon de 3 000 cas. Il attribua des points pour chaque facteur associé à une plus forte probabilité de réussite et effectua ensuite une analyse pour déterminer des catégories. Ceux qui avaient le plus grand nombre de facteurs au-dessus de la moyenne (16 à 21) avaient le taux de violation le plus faible (1,5%) et ceux ayant le plus petit nombre de facteurs au-dessus de la moyenne (2 à 4) avaient le taux de récidive le plus élevé (76%).

La prédiction est possible, déclara Burgess. *La prédiction ne sera pas absolue dans tous les cas, mais, selon la loi des moyennes, elle pourra s'appliquer à un nombre de cas considérable* (Bruce *et al.*, 1928, 284). Il recommanda que la décision de libération conditionnelle repose sur une analyse multifactorielle utilisant ces variables, et il exhorta le contrôleur des libérations conditionnelles à concevoir une table actuarielle permettant le calcul des chances de réussite.

La mise en œuvre de l'actuariat

Comme Ferris Laune l'a rapporté en 1936, *certaines applications des recherches de Burgess furent faites dans un but de prédiction au cours des années 1932-1933 par la Division du criminologue à la prison de Joliet, pour le Département d'État de l'Assistance Publique* (Laune, 1936, 5; voir aussi Burgess, Sellin, 1951, 11). Puis la chance fut au rendez-vous. Avec le *raz-de-marée démocrate aux élections de 1932, l'Illinois élut un gouverneur démocrate, Henry Horner. Parmi les premières nominations effectuées par l'administration du gouverneur Horner, on trouve celle de John Landesco en tant que membre de la Commission des Libérations Conditionnelles* (Laune, 1936, 5). Landesco avait été l'un des assistants de recherche de Burgess. Devenu membre de la commission, il encouragea vivement les représentants de l'Illinois à voter en 1933 une loi prévoyant l'embauche de sociologues et d'actuaire *afin de faire des analyses et des prévisions concernant tout homme susceptible d'être libéré sous condition* (Laune, 1936).

Ferris Laune fut engagé en tant que « Sociologue et Actuaire » à la prison de Joliet (voir Laune 1936, page de couverture). Il était clairement entendu que le travail de cet homme serait plus que la simple application routinière des tableaux déjà réalisés par Burgess et Tibbits; il devait s'engager dans des recherches plus poussées *dans le but d'enrichir ces tableaux, d'en affiner les facteurs, et d'améliorer les méthodes de prédiction autant qu'il leur semblerait possible* (Laune, 1936).

En 1935, la méthode Burgess fut utilisée sur le terrain et en 1939, la commission des libérations conditionnelles de l'Illinois était assistée de trois sociologues et actuaire, ainsi que de cinq enquêteurs et environ seize sténographes (Morse, 1939, 312). De plus, il y avait une division du contrôle des libertés conditionnelles qui comptait cinquante-quatre employés à Chicago et un bureau légèrement moins important à Springfield (Morse 1939, 312). Les actuaire devaient rassembler les informations sur les détenus et préparer un rapport, appelé *prognasio*, qui prévoyait la probabilité de réussite de la libération conditionnelle. Le *prognasio* était basé sur *l'échelle de probabilité révisée de Burgess* (Morse, 1939, 316).

Le modèle de Burgess était relativement basique dans la mesure où il additionnait simplement des variables pour obtenir un score, au lieu d'utiliser un système pondéré par une analyse de régression multiple. Néanmoins, il a été *le* précurseur qui a énormément influencé les autres modèles, y compris le dernier modèle fédéral de prise de décision concernant la libération conditionnelle.

Une sociologie de la connaissance

Au cours des décennies suivantes, sous la direction de Burgess, bon nombre des plus grands sociologues américains ont fait leur apprentissage sur les instruments de prédiction. Albert J. Reiss, Jr., un autre grand de la sociologie de l'Université de Chicago, a écrit sa thèse sur « La méthode Burgess » de prédiction de la liberté conditionnelle (Reiss, 1949). La thèse de Reiss, intitulée *The Accuracy, Efficiency and Validity of a Prediction Instrument (L'Exactitude, l'efficacité et la validité d'un instrument de prédiction)* était elle-même une analyse statistique des instruments de prédiction, complétée en 1949 sous la direction de Burgess en personne. Lloyd Ohlin, autre sociologue bien connu, nommé professeur à la Harvard Law School, mit à jour la méthode de Burgess et publia le premier manuel de prédiction concernant la libération conditionnelle en 1951 (Ohlin, 1951).

Daniel Glaser, le sociologue de renom de l'Université de Southern California, écrivit sa thèse quelques années plus tard, en 1954, sous la direction à la fois de Burgess et de Reiss. Le titre en était *A Reformulation and Testing of Parole Prediction Factors* (Glaser, 1954).

De nombreux autres auteurs rédigèrent leurs thèses sur les instruments de prédiction. La thèse de George B. Vold, écrite en 1931, *Prediction Methods and Parole*, lui valut un poste à l'Université du Minnesota (Vold, 1931). Courtland Churchill Van Vechten Jr. rédigea sa thèse en 1935, *A Study of Success and Failure of One Thousand Delinquents Committed to a Boys' Republic*, sous la direction de Burgess et Edwin Sutherland. La thèse de Ferris Laune, le premier actuaire, *A Technique for Developing Criteria of Prolability*, fut dédiée *Aux Professeurs Ernest W. Burgess, Edwin H. Sutherland, Arthur J. Todd, en remerciement pour leur aide et leurs encouragements* (Laune, 1936, page de dédicace). Toujours en 1935, décidément une année fertile pour ces traités, Charlotte Ruth Klein de l'Université de Chicago écrivit *Success and Failure on Parole: A Study of 160 Girls Paroled from the State Training School at Geneva Illinois*. George A. Lunday rédigea sa thèse en 1949, *A Study of Parole Prediction*, sous la direction, là encore, d'Ernest Burgess, avec le concours d'Albert Reiss, de Clifford Shaw et d'Henry McKay.

Les recherches sur la prédiction des libérations conditionnelles étaient devenues un moteur de la production universitaire sous forme de thèses, d'actes de colloques, d'articles de revues et de monographies. Le département de sociologie de l'Université de Chicago et le département de l'administration pénitentiaire de l'Illinois se trouvaient à l'épicentre de la recherche ; l'État de l'Illinois était à la pointe de la pratique dans sa mise en œuvre du tout premier instrument actuariel de prédiction de la libération conditionnelle au début des années 1930 et dans le perfectionnement de cette méthodologie au cours des trois décennies suivantes.

Le débat Burgess-Glueck

L'outil de prédiction de Burgess déclencha une avalanche de rapports de recherche et de thèses, et de nombreux débats se sont développés sur ce qui est connu depuis sous le nom de « la méthode Burgess ». L'une des orientations principales des recherches ultérieures correspondait au désir de réduire le nombre de facteurs et de se concentrer sur un modèle actuariel simplifié, comportant un nombre réduit de variables prédictives pour rendre le modèle plus économe. Le mouvement fut initié par le principal modèle de prédiction concurrent, élaboré et publié en 1930 par Sheldon et Eleanor Glueck dans leur ouvrage intitulé *Five Hundred Criminal Careers* (1930).

À l'époque, Sheldon Glueck était professeur adjoint de criminologie et Eleanor Glueck assistante de recherche en criminologie à la Harvard Law School⁷. Leurs recherches précédentes, qu'ils avaient menées dans le champ de l'éducation, de l'enseignement et de la recherche, recoupaient plusieurs disciplines dont l'éducation, le droit, la criminologie, la sociologie, le travail social et la psychologie (Laub, Sampson, 1991, 1405) et selon toute logique, ils défendaient une approche interdisciplinaire qui entraînait des relations tendues avec de nombreux sociologues, particulièrement le célèbre criminologue Edwin H.

⁷ Pour une discussion et une analyse passionnantes de la vie et du travail de Sheldon et Eleanore Glueck, particulièrement centrées sur leurs contextes interdisciplinaires complexes, voir Laub, Sampson 1991, 1402-1440.

Sutherland. En tant qu'étrangers au club sociologique, les Glueck et leur méthode servirent de repoussoir à une grande partie des approches sociologiques. Sutherland critiqua de façon cinglante la recherche des Glueck car pour lui, elle était trop centrée sur les déterminants individuels et ne prenait pas en compte les influences sociales diffuses sur le comportement, ce que Sutherland, pour sa part, développait dans la théorie de l'association différentielle (Sutherland, Cressey, 1978).

Fait intéressant, Ernest Burgess ne subit pas le même sort et ne connut pas la même attention critique, même si, lui aussi, avait très fortement centré sa recherche sur la prédiction du comportement individuel fondée sur des traits individuels. Burgess échappa à la critique de Sutherland grâce à sa collaboration antérieure avec Robert Park, en sociologie urbaine, qui aboutit à la célèbre cartographie en cercles concentriques des quartiers de Chicago, le cœur et l'âme du paradigme écologique de Chicago. Néanmoins, une interrogation non dénuée d'intérêt subsiste dans la mesure où le travail de Burgess sur la prédiction de la réussite de la libération conditionnelle est relativement marginalisé dans l'histoire de l'École de Chicago, ce qui reflète un parti pris semblable envers le travail particulièrement centré sur l'individu. Les conséquences de cette critique ont toutefois été beaucoup plus néfastes pour les Glueck. Comme le remarquent John Laub et Robert Sampson, *malgré leurs contributions majeures dans le champ, les travaux des Glueck ont été soit ignorés, soit critiqués, surtout par les sociologues. Le résultat, c'est que les chercheurs contemporains ne lisent que rarement, voire jamais, leurs travaux originaux. Et, lorsque des citations sommaires sont faites, elles ont généralement pour objectif de mettre en évidence les erreurs fatales de la position des Glueck* (Laub, Sampson, 1991, 1403). Pourtant à l'époque, dans les années 1930, leur modèle de prédiction était la principale alternative à la méthode Burgess.

Les Glueck basaient leur recherche sur une collecte de données très nombreuses et affinaient progressivement leur outil de prédiction en ne conservant qu'un ensemble réduit de facteurs. Au niveau méthodologique, les Glueck menèrent une enquête approfondie sur la vie de 510 détenus dont les peines étaient purgées en 1921 et 1922. Ils se concentrèrent sur les cinq premières années suivant la libération sous condition. Les Glueck se renseignèrent sur leur vie de famille avant leur incarcération, ils conduisirent des entretiens avec d'anciens détenus et recueillirent des informations auprès des administrations de libération conditionnelle. Ils réalisèrent un énorme travail de collecte de données (pour un aperçu général, voir Laub, Sampson, 1991, 1408-1410). Sur la base de ces données, les Glueck réalisèrent quatre tableaux de prédiction prenant en compte différentes statistiques sur la période passée en éducation surveillée et la période antérieure : un tableau de prédiction pour le jugement initial, un pour la libération conditionnelle, un autre pour la surveillance de la liberté conditionnelle et un dernier pour déterminer la peine des récidivistes.

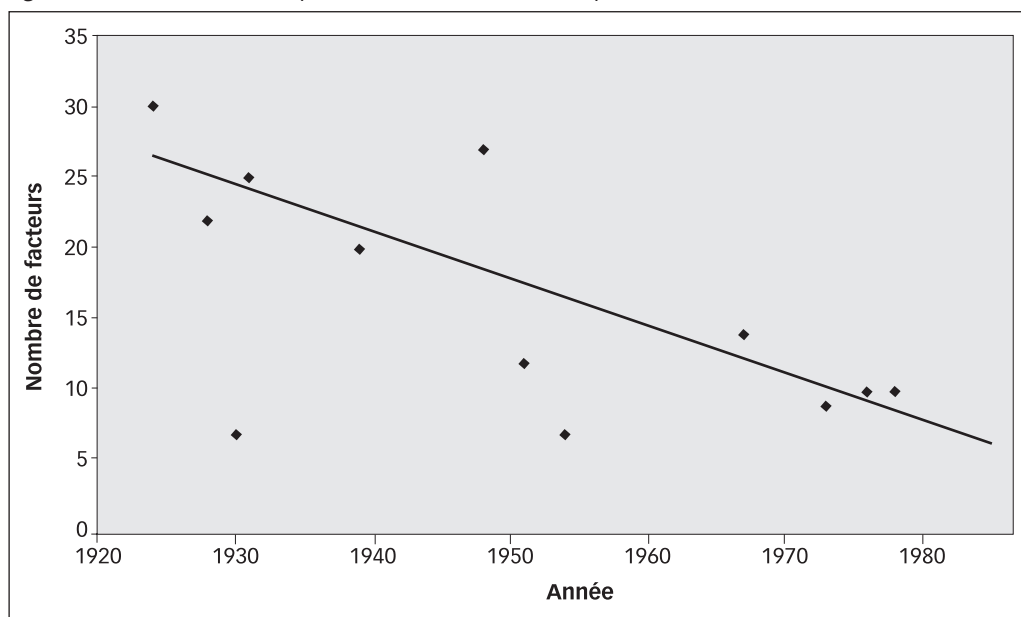
Leur outil de prédiction de la libération conditionnelle comptait sept facteurs (Glueck, Glueck, 1930). À la différence de la méthode Burgess, ils pondéraient chaque facteur en utilisant une méthode simple basée sur les sous-catégories de chacun des facteurs. Si, par exemple il y avait un taux d'échec de 43% pour les ouvriers travailleurs et un taux d'échec de 68% pour les ouvriers médiocres, un détenu obtenait 43 points s'il était, à l'origine, un ouvrier travailleur et 68 points s'il était, à l'origine, un ouvrier médiocre. Les autres facteurs étaient pondérés de la même manière et additionnés les uns aux autres, la somme

globale, ou le score, représentait la probabilité globale de réussite ou d'échec. Plus le score était bas, meilleur il était. Ainsi, le score de chacun reflétait le pourcentage d'échec de chacune des sous-catégories à laquelle il appartenait.

Les Glueck critiquèrent la méthode de Burgess sur un certain nombre de points dont plusieurs importent peu ici ; mais la compétition qui s'ensuivit entre la méthode de Burgess et celle des Glueck engendra une énorme production scientifique des années 1920 aux années 1950, centrée pour la plus grande part sur la réduction du nombre de facteurs dans les modèles et sur leur pondération.

Globalement, les modèles actuariels élaborés dans le cadre de la libération conditionnelle évoluèrent au cours du XX^e siècle, reflétant une réduction du nombre de facteurs et se concentrant en particulier sur les antécédents pénaux de la personne incarcérée. La réduction des facteurs de prédiction peut être observée sur le graphique suivant qui montre la séquence des modèles importants de prédiction de libération conditionnelle élaborés sur la période 1923-1978. La réduction des instruments de prédiction peut être visualisée en reportant le nombre de facteurs utilisés dans les modèles de prédiction de libération conditionnelle dans le temps et en traçant une ligne de régression sur la figure 1.

Figure 1 : Nombre de facteurs présents dans les modèles de prédiction (1923-1978)



Cette figure illustre bien la réduction des facteurs utilisés dans les modèles de prédiction, mais ces modèles restèrent théoriques pour la plupart – du moins, pour longtemps.

De la théorie à la pratique

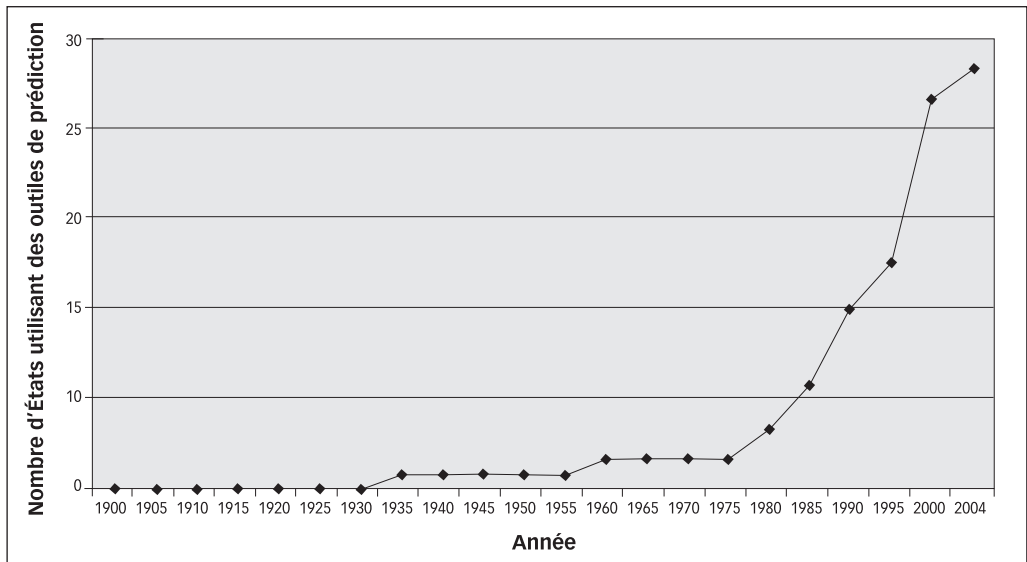
Le processus d'expansion du mouvement actuariel et son adoption progressive ont été beaucoup plus lents. Ce n'est que dans les années 1960, environ trente ans après ses débuts, qu'un deuxième État décida d'expérimenter un instrument de prédiction de la libération

conditionnelle. Au début des années 1970, les autorités fédérales élaborèrent et mirent en œuvre le *Salient Factor Score*⁸, un outil de prédiction plus concis qui suscita un plus grand intérêt dans l'utilisation des instruments de prédiction.

Plus précis, plus ciblé, le *Salient Factor Score* fut élaboré à partir du modèle de Burgess pour simplifier la prédiction des résultats des libérations conditionnelles (Hoffman, Beck, 1974). La contribution méthodologique essentielle du *Salient Factor Score* fut de réduire à neuf, puis à sept, le nombre de facteurs, et de donner la priorité aux antécédents criminels.

À peu près au même moment, la Californie adopta un modèle actuariel qui lui aussi s'intéressait principalement aux antécédents criminels. Le *Base/Expectancy Score*⁹ de Californie se limitait à quatre facteurs. L'un de ces quatre facteurs était les incarcérations précédentes, un autre était l'origine ethnique, et les deux autres étaient les types de délits et le nombre d'évasions (Simon, 1993, 173). L'utilisation de ces modèles s'est généralisée de la fin des années 1980 jusqu'aux années 1990 incluses. Bien que la progression ait été perturbée dans les années 1970 par le mouvement *truth in sentencing*¹⁰ et l'abrogation de la libération conditionnelle dans de nombreux États, il y avait encore en 2004, 28 États qui utilisaient des outils d'évaluation du risque pour décider si un détenu pouvait bénéficier ou pas de la libération conditionnelle. La tendance est visuellement spectaculaire et bien illustrée par la figure 2 :

Figure 2 : Évolution du nombre d'États utilisant des outils de prédiction



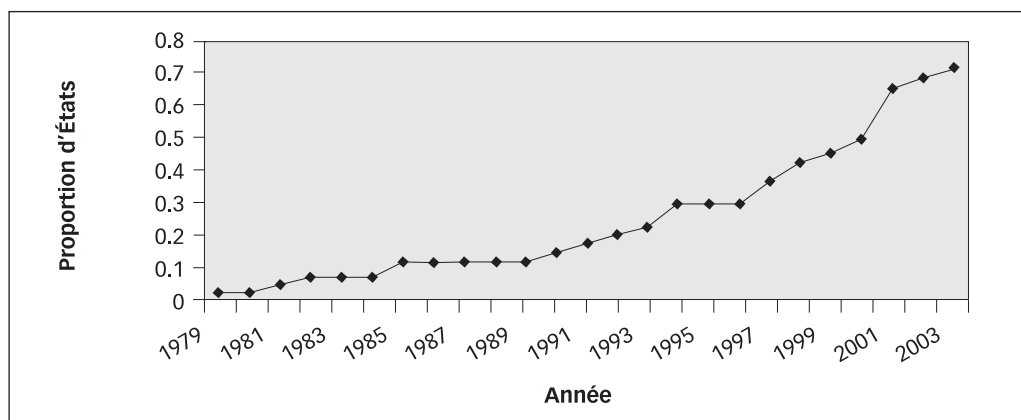
⁸ N.d.T. : Le *Salient Factor Score* (Score des facteurs prépondérants) est un outil actuariel de prédiction utilisé depuis 1972 par la Commission fédérale des libérations conditionnelles afin de mesurer le risque de récidive. Il est périodiquement réévalué.

⁹ N.d.T. : Cet outil actuariel mesure les résultats escomptés de l'ajustement de la libération conditionnelle.

¹⁰ N.d.T. : Mouvement qui vise à réduire ou supprimer la libération conditionnelle, selon la philosophie *tough on crime* (il faut être dur avec le crime). La loi fédérale de 1994 stipule que le détenu doit purger au moins 85% de sa peine avant d'être éligible à la libération conditionnelle. Au nom du droit des victimes, le public a le droit de connaître la durée exacte de la peine du condamné.

En 2004, 28 États utilisaient un outil d'évaluation du risque dans le cadre de la prise de décision d'une libération conditionnelle. Ce qui est particulièrement remarquable dans cette évolution exponentielle, c'est qu'elle a coïncidé avec un abandon relatif de la libération conditionnelle. Le nombre d'États pratiquant la libération conditionnelle a régulièrement diminué en passant de 44 en 1979, à 32 en 2003. Malgré cette réduction, le nombre d'États pratiquant la libération conditionnelle *et* utilisant une méthode actuarielle est passé de 1 en 1979 à 23 en 2004. Autrement dit, sur les 28 juridictions qui utilisaient des instruments de prédiction en 2004, cinq avaient abandonné la libération conditionnelle pour les nouvelles condamnations mais utilisaient une méthode actuarielle de détermination de la libération conditionnelle pour les *grand-fathered sentences*¹¹. L'ensemble des 23 autres juridictions utilisant des méthodes actuarielles avait conservé la libération conditionnelle. La tendance est ici également spectaculaire, en particulier si l'on regarde la proportion d'États utilisant une méthode actuarielle par rapport à ceux qui conservent un système actif de libération conditionnelle. Le graphique suivant représente la proportion d'États qui accorde réellement la libération conditionnelle et qui utilise aussi un instrument de prédiction actuariel pour la libération conditionnelle.

Figure 3 : Évolution en pourcentage du nombre d'États utilisant des instruments de prédiction pour la libération conditionnelle par rapport aux États qui accordent réellement la libération conditionnelle



Bien qu'il y ait une grande diversité dans les outils de prédiction que les États utilisent, le LSI-R¹², élaboré au Canada à la fin des années 1970, est aujourd'hui utilisé pratiquement par tous les États américains et les provinces canadiennes à un moment du processus qui suit la condamnation. Il est utilisé pour le classement des détenus par rapport à la sécurité, pour les niveaux de contrôle de la probation et de la libération conditionnelle, ou comme un des facteurs déterminant l'éligibilité à la libération conditionnelle. Dans de nombreux États, le LSI-R est utilisé à des fins multiples. Il est défendu en tant qu'outil polyvalent et rentable pour la prédiction des risques et l'évaluation des besoins.

¹¹ Il s'agit de l'application du principe de non-rétroactivité.

¹² LSI-R: «l'inventaire du niveau de service, ou INS-R» (*Level of Service Inventory – Revised*) est un autre outil actuariel à score utilisant 54 items. Il est réévalué périodiquement.

La polyvalence du LSI-R compte probablement pour beaucoup dans sa popularité. Cependant, il n'est pas infaillible. Bien qu'il semble être l'un des meilleurs instruments de prédiction de la récidive, sa fiabilité et sa validité sont contestées. Le *Pennsylvania Board of Probation and Parole* qui utilise le LSI-R a commandé une étude pour examiner la fiabilité et la validité du LSI-R en analysant, d'une part, le travail des évaluateurs et, d'autre part, les résultats de la prédiction pour les détenus de Pennsylvanie. La première des évaluations de fiabilité, achevée en octobre 2000, fut particulièrement décevante. Elle n'a recensé que 18 des 54 items du LSI-R (soit 33%) qui mettaient les évaluateurs d'accord à 80% ou plus, et soulignait qu'il y avait un désaccord important entre les deux évaluateurs au sujet du niveau de risque (élevé, moyen ou faible). Au total, les évaluateurs furent d'accord sur le niveau de risque évalué, dans 71% des cas (Austin et al., 2003, ii). Après un complément de formation du personnel supplémentaire, il y eut un second test de fiabilité qui trouva que 34 des 54 items (soit 63%) atteignaient un seuil de 80% de cohérence chez les évaluateurs. En termes de validité, sur un échantillon de 1 006 prisonniers de Pennsylvanie, l'étude révéla que 8 seulement des 54 items étaient associés à la récidive, et que les mesures tendaient à être uniquement liées aux antécédents criminels et à la consommation de drogue. L'étude a conclu que *le LSI-R tel qu'il a été testé dans le cadre institutionnel de Pennsylvanie présente une fiabilité problématique. Ces résultats ne justifient pas son utilisation par la Commission de Pennsylvanie pour la probation et la libération conditionnelle comme méthode d'évaluation des risques au moment de l'examen, ou de la révision, d'une libération conditionnelle. À sa place, un instrument plus succinct [centré sur les huit items stables] serait plus efficace pour le Conseil d'évaluation des risques* (Austin et al., 2003, iii).

Une autre étude, menée par le ministère de l'Intérieur du Royaume-Uni, le Home Office, trouva des disparités semblables. En termes de cohérence des évaluations, le Home Office trouva une fiabilité de 83% chez deux agents utilisant le LSI-R. En termes de validité, l'étude révéla que le LSI-R était fiable dans 65% des cas évalués. Cependant, selon l'étude, le LSI-R ne permettait pas de prévoir de nouvelles condamnations pour des délits graves ou des délits entraînant des peines privatives de liberté, mais l'étude le trouvait *assez satisfaisant pour qu'il devienne la principale méthode d'évaluation de la dangerosité* (Raynor et al., 2001, 2). Malgré ces résultats, le LSI-R est utilisé par de nombreux États dans le processus de prise de décision de la libération conditionnelle.

La neutralisation sélective

L'ascension fulgurante des instruments de prédiction de la libération conditionnelle, et surtout le développement du *Salient Factor Score* fédéral, a coïncidé avec un tournant plus général vers des études actuarielles dans certains autres domaines de la justice pénale. L'un de ces domaines fut celui de la « neutralisation sélective » (*selective incapacitation*). La neutralisation sélective est fondée sur la théorie des « noyaux durs », c'est-à-dire l'idée qu'un petit sous-ensemble de délinquants est d'habitude responsable de la majorité des crimes et qu'en neutralisant ce petit groupe, les bénéfices obtenus seraient considérables pour le taux de délinquance global. Cette méthode est ainsi définie dans un des rapports fondamentaux que la *RAND Corporation* a produit pour le *National Institute of Justice* en 1982 : *La neutralisation sélective est une stratégie qui tente d'utiliser une preuve actuarielle objective*

pour améliorer la capacité du système actuel à identifier et à incarcérer les délinquants qui représentent les risques les plus élevés pour la collectivité (Greenwood, Abrahamse, 1982).

La théorie de la neutralisation sélective dans son expression actuelle remonte principalement à une importante étude de Marvin Wolfgang, Robert Figlio et Thorsten Sellin publiée par l'University of Chicago Press en 1972 (Wolfgang *et al.*, 1972, 244). Naturellement, des travaux antérieurs avaient déjà recueilli des données considérables sur les antécédents et les caractéristiques des délinquants, jeunes et adultes. Études qui, en général, s'appuyaient sur la collecte de données longitudinales de la justice pénale : arrestations, condamnations et conditions d'emprisonnement, à partir d'un échantillon de jeunes délinquants ou de prisonniers, ou bien, elles consistaient en enquêtes sur la délinquance autorévélee. L'étude de Wolfgang, Figlio et Sellin développa une nouvelle approche connue sous l'appellation d'« analyse par cohorte » : ils recueillirent des données sur chacun des adolescents nés en 1945 et qui vécurent à Philadelphie entre l'âge de 10 et 18 ans (Wolfgang *et al.*, 1972, 244). Cette étude s'appuya, au total, sur un groupe important de 9 945 adolescents.

Les travaux de Wolfgang, Figlio et Sellin ont révélé qu'un grand nombre de ces jeunes, 3 475, soit 35% du total du groupe, a eu à faire, au moins une fois, à la police avant l'âge de 18 ans (1972, 244-245). Cependant, seul un sous-ensemble beaucoup plus réduit de 627 jeunes, soit 6,3% de la cohorte était constitué de délinquants chroniques, ayant commis plus de quatre infractions. Ce sous-ensemble beaucoup plus restreint était responsable de plus de 50% du total des délits commis par la cohorte (Wolfgang *et al.*, 1972, 248). Autrement dit, environ 6% de ces jeunes commettaient plus de 50% des délits à Philadelphie.

L'idée moderne de neutralisation sélective est née de cette réflexion : enfermer ces 6% pourrait réduire la criminalité de moitié. Le problème était de savoir comment identifier ces 6% de délinquants chroniques. La solution fut de se tourner spontanément vers les méthodes actuarielles. Peter Greenwood et Allan Abrahamse publièrent en 1982 un rapport RAND qui présenta le plan le plus parfaitement abouti de mise en œuvre d'une stratégie de neutralisation sélective. Greenwood et ses collègues basèrent leur étude sur des enquêtes réalisées auprès de 2 100 détenus dans des prisons de Californie, du Michigan et du Texas en 1977 (Greenwood, Abrahamse, 1982, xii). L'étude portait sur les délits de vol et de cambriolage, à l'exclusion de crimes plus graves tels que l'assassinat ou le viol, car ces crimes peu fréquents sont très difficiles à prévoir. Les chercheurs ont élaboré un test basé sur sept facteurs pour identifier les délinquants les plus actifs, un test qui s'appuyait sur trois groupes d'items concernant les antécédents judiciaires, toxicologiques et professionnels.

Peu à peu, cependant, la solution de prédiction qui semblait la plus simple fut celle qui consistait à porter son attention en priorité sur les antécédents judiciaires comme indice d'une dangerosité future. Tous les travaux, depuis la prédiction de la libération conditionnelle jusqu'à la neutralisation sélective, ont mis en évidence que les contacts pénaux antérieurs (arrestations, condamnations et incarcérations) constituaient le meilleur indice de récidive. Par conséquent, les systèmes de détermination de peine qui furent élaborés étaient plus simples et plus faciles à employer car ils reposaient principalement sur les antécédents judiciaires. Ce furent les directives pour la détermination de la peine, les peines minimales obligatoires, et les *three strikes laws*¹³ qui renforcèrent les peines pour

¹³ N.d.T. : *Three strikes and you're out*, la terminologie est empruntée au jeu de baseball : lorsque le frappeur a échoué trois fois à frapper (*strike*) la balle qui lui a été lancée, il est éliminé et doit sortir (*out*). De même, après

les délinquants récidivistes. Paul Robinson, un ancien commissaire de la *United States Sentencing Commission* et professeur de droit à l'Université de Pennsylvanie, explique que *les nouvelles directives en matière de détermination de la peine alourdissent les peines des délinquants qui ont des antécédents judiciaires car ces délinquants sont considérés comme les plus susceptibles de commettre à nouveau des crimes*. Robinson développe :

La raison pour laquelle les directives de détermination des peines sont largement dépendantes des antécédents judiciaires est leur efficacité à neutraliser les délinquants dangereux. Comme l'explique le Manuel des directives de la commission de détermination des peines des États-Unis, « les facteurs spécifiques inclus dans [la détermination de la catégorie des antécédents judiciaires] sont en accord avec les recherches empiriques existantes évaluant les corrélats de la récidive et les modèles de comportement de carrière criminelle » (2001, 1431 n. 7).

Comme l'indique un autre commentateur, *l'histoire criminelle est considérée comme une composante essentielle de la détermination de la peine d'un délinquant en raison de son utilisation comme indice prédictif de criminalité à l'avenir* (O'Neill, 2001, 301 n. 34).

La sévérité croissante des lois concernant les délinquants récidivistes est précisément née de cette tendance simplificatrice. La loi californienne des « trois coups » est peut-être la plus célèbre de ces lois. Elle est décrite par les commentateurs comme l'une des lois pénales les plus dures dans l'histoire de l'État. Adoptée en 1994 et calquée sur la loi prise par l'État de Washington, « La Loi de l'État de Washington sur la responsabilité des délinquants chroniques » (*Washington State's Persistent Offender Accountability Act*), la loi californienne des « trois coups » stipule que toute personne ayant déjà été condamnée pour un acte criminel grave ou violent sera passible du double de la peine prévue lors d'une seconde condamnation pour crime; et une personne ayant déjà été condamnée deux fois ou plus pour ces faits sera passible d'une peine égale à trois fois la peine en cas de nouvelle condamnation ou d'une peine minimum allant de 25 ans à la perpétuité. Le raisonnement derrière la loi californienne des « trois coups » est tout simplement la neutralisation sélective.

Les prédictions concernant les délinquants sexuels

Un autre domaine fut celui de la prédiction de dangerosité des délinquants sexuels. En septembre 1994, le gouverneur de Virginie, George Allen, convoqua une session extraordinaire du corps législatif de Virginie pour envisager de profondes réformes du système de détermination de la peine dans le cas de crimes. Sous la devise de *truth in sentencing*, le gouverneur et le corps législatif abolirent le système existant de la libération conditionnelle et imposèrent l'obligation de purger sa peine dans son intégralité. Les personnes reconnues coupables de crime étaient désormais tenues d'effectuer au moins 85% de leur peine de prison. De plus, les peines de prison furent allongées: les réformes exigeaient que les délinquants violents purgent des peines de prison deux à six fois plus longues

trois condamnations pour crime (strike), les récidivistes sont mis hors de la société (*kicked out*), c'est-à-dire emprisonnés à vie.

qu'auparavant. Le gouverneur et le corps législatif établirent également une commission de détermination des peines, la *Virginia Criminal Sentencing Commission*, qui fut chargée de créer puis de gérer un nouvel ensemble de directives ou grilles concernant le pouvoir discrétionnaire en matière de détermination de la peine, de sorte que ce pouvoir judiciaire discrétionnaire soit canalisé (Kern, Farrar-Owens, 2004 ; Virginia Criminal Sentencing Commission, 2004).

D'un commun accord, le gouverneur et le corps législatif de Virginie ont mis un accent nouveau sur l'utilisation des outils actuariels empiriques d'évaluation des risques. Le législateur chargea la nouvelle commission de créer un premier outil actuariel pour les délinquants non-violents susceptibles d'être libérés du système pénitentiaire. Concrètement, la commission fut chargée d'« étudier la possibilité d'utiliser un outil empirique d'évaluation des risques pour sélectionner parmi les délinquants incarcérés pour des délits relatifs à la drogue, ou des atteintes aux biens, 25% de ceux présentant les risques de récidive les plus faibles, afin de les faire bénéficier de sanctions alternatives à la prison » (Virginia Criminal Sentencing Commission, 2004, 39). Après avoir analysé un échantillon aléatoire de plus de 2000 cas de trafic de drogue, de fraude et de vol, la commission élaborait un outil actuariel, appelé l'« outil d'évaluation du risque » (*Risk Assessment Instrument*), qui fut utilisé dans certains centres pilotes en 1997 (Kern, Farrar, Owens, 2004 ; Virginia Sentencing Commission, 2004, 39 ; Ostrom *et al.*, 2002). Une étude de suivi, menée par le *National Center for State Courts* auprès de 555 *diverted offenders* de six circonscriptions judiciaires (*judicial circuits*)¹⁴ de Virginie, conclut que le programme était un succès et recommanda d'étendre l'évaluation du risque dans tout l'État à l'étape de la condamnation (Ostrom *et al.*, 2002, 1).

Puis le législateur chargea la Commission en 1999 d'élaborer un outil actuariel d'évaluation des risques concernant les délinquants sexuels, de façon à ajuster leurs peines en fonction des directives (Virginia Criminal Sentencing Commission, 2004, 39). La commission mena de vastes analyses empiriques auprès de criminels sexuels condamnés par les tribunaux de circonscription en Virginie (*Ibid.*). La commission a construit un échantillon aléatoire de 579 cas de criminels sexuels libérés de prison entre 1990 et 1993. Elle examina les comptes rendus des rapports d'enquête réalisés avant et après la condamnation, les casiers judiciaires, les dossiers des antécédents criminels, et d'autres informations sur le délinquant et le délit. Au bout de deux ans de collecte et d'analyse des données, la Commission produisit un outil actuariel d'évaluation des risques (Kern, Farrar-Owens, 2004 ; Virginia Criminal Sentencing Commission, 2004, 39). L'outil d'évaluation des risques des délinquants sexuels de Virginie (*Virginia's Sex Offender Risk Assessment Instrument*) devint opérationnel le 1^{er} juillet 2001, et depuis cette date il fait partie du système de directives pour la détermination des peines des délinquants sexuels. L'outil utilise un ensemble matriciel pour produire un score numérique qui est ensuite utilisé pour classer les individus condamnés dans un des quatre niveaux de risque. Pour calculer le score numérique, les juges et les fonctionnaires responsables des peines doivent remplir une simple grille à trous. Dans les cas de viol, la grille tient compte de huit facteurs concernant le délinquant et le délit : l'âge, l'éducation et la carrière professionnelle du condamné, sa relation avec la

¹⁴ N.d.T. : Au niveau de la justice d'instance, chaque État est organisé en comtés qui sont regroupés dans des circonscriptions judiciaires (*judicial circuits*) à la tête desquelles se trouve un tribunal d'appel.

victime et le lieu du délit, ses arrestations, incarcérations et traitements antérieurs. Dans les cas d'agressions sexuelles moins graves (par exemple l'attentat à la pudeur, mais à l'exclusion de « la zoophilie, la bigamie, la sodomie même consentie et la prostitution »), une grille à part pose une question supplémentaire concernant le caractère aggravé des délits sexuels.

Dans tous cas de viols et autres agressions sexuelles, le magistrat remplit les cases vides de cette feuille de calcul et obtient un score de risque qui se traduit ensuite par un niveau de risque. Les scores possibles sur l'outil d'évaluation du risque vont de 0 à 65. Pour ceux qui obtiennent un score de 28 points ou plus, les recommandations de condamnation ont été précisées de telle sorte qu'un séjour en prison sera toujours préconisé (Virginia Criminal Sentencing Commission, 2004, 39). De plus, pour tous les scores supérieurs à 28, une recommandation de l'allongement de la peine maximum (sans affecter la recommandation plancher) sera décidée. Les recommandations d'ajustements pour augmenter les peines, basées sur ces scores, se présentent ainsi :

Tableau 3 : Ajustements de la peine en fonction des scores

0 à 27	Pas d'ajustement	
28 à 33	Niveau 3	50% d'augmentation par rapport à la peine maximale
34 à 43	Niveau 2	100% d'augmentation par rapport à la peine maximale
44 et plus	Niveau 1	300% d'augmentation par rapport à la peine maximale

Ces niveaux de risques sont destinés à « identifier les délinquants qui, en tant que groupe, présentent le risque le plus élevé de commettre un nouveau délit, une fois libérés au sein de la communauté » (Virginia Criminal Sentencing Commission, 2004, 39). Les tribunaux de Virginie ont commencé à s'appuyer sur l'ajustement de l'évaluation des risques pour augmenter les peines des délinquants sexuels condamnés. En 2004, il y a eu 233 délinquants condamnés pour viol en Virginie. Parmi eux, 118, soit 50,6%, étaient des délinquants classés dans les niveaux 1, 2, ou 3 et avaient donc reçu une recommandation de condamnation renforcée; l'autre moitié avait des scores inférieurs à 28 et n'avait donc reçu aucune recommandation d'ajustement. Parmi les délinquants classés aux niveaux 1, 2, ou 3, 20% environ faisaient réellement l'objet de condamnations renforcées de par leurs niveaux à haut risque. En ce qui concerne les 166 agressions sexuelles moins graves pour lesquelles les délinquants avaient été classés aux niveaux 1, 2, ou 3, 16,26% ont fait l'objet de peines renforcées. De plus, dans ces cas d'agressions sexuelles moins graves, les juges ont suivi la recommandation d'incarcération dans 75% des cas, avec pour conséquence une peine de prison plutôt qu'une probation (Virginia Criminal Sentencing Commission, 2004, 40-41). La Virginie a aussi été le premier État à appliquer la rétention de sûreté (*civil commitment*¹⁵), un terme technique du système de justice pénale actuel qui se réfère aux récidivistes sexuels qui ont été libérés de prison.

¹⁵ N.d.T. : *Civil Commitment* correspond à une période que le prédateur sexuel va passer, après avoir purgé sa peine et sous certaines conditions, dans une institution civile qui aura la charge de le contrôler, de prendre soin de lui et de le traiter.

Directives fédérales sur la détermination des peines, contrôles fiscaux ciblés de l'IRS et profils des trafiquants de drogue

Le paradigme actuariel s'est immiscé dans bien d'autres domaines d'application de la loi américaine. Par exemple, l'émergence de directives pour déterminer la peine fixe est inextricablement liée à l'évolution historique des outils de prédiction de libération conditionnelle. À la suite du Minnesota et de la Pennsylvanie dans les années 1970, puis du gouvernement fédéral en 1984, la plupart des juridictions adoptèrent le système des directives en matière de détermination de la peine afin de restreindre le pouvoir discrétionnaire du magistrat (Tonry, 1996, 6-7). Au niveau fédéral et dans de nombreux États, les antécédents criminels apparurent comme la dimension la plus importante pour élaborer de strictes directives. Ils furent incorporés dans le système des directives comme le facteur le plus important pour la prédiction de délits à venir. La commission fédérale étudia spécifiquement un certain nombre d'outils de prédiction parmi les plus fiables, tels que le *Salient Factor Score* dans le cadre de la libération conditionnelle et l'*Inslaw Scale for Selecting Career Criminals for Special Prosecutions* (US Sentencing Commission, 1987, 43). En s'appuyant sur ces outils, la commission a établi des catégories d'antécédents criminels qu'elle a appelées *Criminal History Categories*, destinées à répliquer les outils de prédiction et à maximiser le pouvoir de prédiction des directives. La commission souligna que « dans la perspective du contrôle de la criminalité, la composante des antécédents criminels est particulièrement importante parce qu'elle est prédictive de la récidive » (US Sentencing Commission, 1987, 41). La commission cite de larges extraits issus de la littérature sociale et scientifique actuelle en matière d'outils de prédiction, notamment l'article de Steven Gottfredson et Don Gottfredson, « Accuracy of Prediction Models », extrait de l'ouvrage paru en 1987 et dirigé par Alfred Blumstein, *Criminals Careers et Career Criminals* : [L]'un des meilleurs facteurs de prédiction du comportement criminel futur est le comportement criminel passé, et la littérature sur la prédiction de la libération conditionnelle étaie amplement ce fait. Des études les plus anciennes jusqu'aux plus récentes, les indices du comportement criminel antérieur se trouvent en permanence présents parmi les facteurs prédictifs les plus efficaces... Cette généralisation tend à être valable quelle que soit la mesure utilisée pour le comportement criminel antérieur ou pour les définitions opérationnelles particulières du comportement (US Sentencing Commission 1987, 42; Gottfredson, Gottfredson, 1986, 239-240).

L'*Internal Revenue Service* s'est converti lui aussi à la prédiction de la déviance pour le guider dans sa fonction de contrôle fiscal, et ce principalement à cause de ses ressources limitées. L'IRS reçoit chaque année environ 130 millions de déclarations d'impôt sur le revenu, mais il ne peut en vérifier que 750 000, soit 0,6% de ces dossiers, environ 1 sur 170 (Taylor, 2003). Pour renforcer sa capacité à détecter la fraude fiscale, l'IRS a mis au point un algorithme informatique complexe et top secret qui calcule les probabilités de fraude. Chaque déclaration est rentrée dans un ordinateur qui se trouve à Martinsburg, en Virginie occidentale, et l'ordinateur lui attribue un score basé sur l'algorithme, un algorithme aussi protégé que la formule du Coca-Cola (Lerner, 2000, D3). « Plus le score est élevé, plus la probabilité que la déclaration soit sélectionnée pour une vérification est élevée »,

explique l'IRS¹⁶. L'algorithme est connu sous le nom de *Discriminant Index Function* (DIF). Le DIF repose sur l'analyse régressive multiple de contrôles fiscaux antérieurs dans le but d'identifier les facteurs-clés les plus à même de détecter une fraude fiscale. Le DIF a été révisé en 1992 à partir de l'analyse régressive d'environ 50 000 déclarations d'impôt qui avaient été vérifiées aléatoirement en 1988. Le DIF est un modèle prédictif à scores, basé sur les dépenses, qui repose sur les rubriques d'une déclaration fiscale telles qu'elles ont été remplies, plutôt que sur les rubriques qui n'ont pas été remplies¹⁷. Le DIF compare une déclaration donnée avec la moyenne des déclarations de la même tranche de revenus et de la même catégorie de professions, et il en relève les réponses incohérentes. Il attribue une valeur numérique aux réponses suspectes de la déclaration et produit ensuite un score qui représente la probabilité estimée de non-conformité. Lorsque le score DIF dépasse l'objectif de l'IRS, la déclaration est inspectée manuellement par un agent de l'IRS en vue de déterminer si elle doit faire l'objet d'un contrôle. La déclaration sera envoyée, en fonction des problèmes détectés, soit au service central de l'IRS, soit à un de ses bureaux régionaux. Les déclarations conformes à ce profil ont le plus de chances d'être examinées de près. L'IRS utilise le système du DIF pour sélectionner ainsi 20% à 60% de l'ensemble des déclarations d'impôt qui sont vérifiées chaque année aux États-Unis.

Un autre secteur concerné est celui du profilage des trafiquants de drogue. Au début des années 1970, les agents de la DEA¹⁸ ont commencé à identifier les caractères communs aux trafiquants de drogue débarquant des avions dans les aéroports américains (Harris, 2002, 20; Becton, 1987, 426, 433-434). *Lorsque nous avons commencé, nous avons traité la majorité des affaires grâce à des informations fournies par la police ou par le personnel des compagnies aériennes. Et lorsque ces affaires ont été résolues, nous avons remarqué certaines caractéristiques communes aux accusés*, explique un agent (Becton, 1987, 426). Ces caractéristiques ont finalement composé le profil du trafiquant de drogue qui a été utilisé pour la première fois dans un programme de surveillance et de recherche à l'aéroport de Detroit à l'automne 1974. Les profils utilisés reposaient sur des observations empiriques recueillies pendant dix-huit mois de surveillance à l'aéroport, basées sur le comportement et l'apparence des voyageurs (Becton, 1987, 430 n. 72). L'expérience fut qualifiée de succès, et le programme s'étendit à tout le pays. De 1976 à 1986, on a compté plus de 140 décisions judiciaires comportant des arrestations de passagers faites par la DEA dans des aéroports de tout le pays sur la base du profil du trafiquant de drogue (voir Becton, 1987, 417 n. 2, 417-418).

En 1982, le *National Institute of Justice*, la branche de recherche du ministère de la Justice, a mené une étude systématique du profil du trafiquant de drogue (Zedlewski, 1984). L'étude exigeait que les agents de la DEA dressent un procès-verbal à l'issue de toutes les interpellations, et tiennent un registre sur les passagers observés sur une période de huit mois en 1982. Sur environ 107 000 passagers observés, les agents en ont interpellé 146. Selon le rapport, la plupart des interpellations (120 sur un total de 146) ont été déclenchées

¹⁶ Bill Knight, porte-parole de l'IRS, St. Paul, Minnesota (rapporté par Lerner, 2000).

¹⁷ Un autre filtre, l'UIDIF, a été établi vers l'an 2000, pour répertorier les déclarations fiscales dont certaines rubriques n'étaient pas remplies alors qu'elles l'étaient dans les autres, telles que W-2s, 1099s et 1098s.

¹⁸ N.d.T. : La DEA, *Drug Enforcement Administration*, est un service du ministère américain de la Justice chargé de lutter contre le trafic et la consommation de stupéfiants.

par une combinaison de particularités démographiques et comportementales des passagers, correspondant à un profil. Les résultats furent les suivants (Zedlewski, 1984) :

Tableau 4 : Passagers arrêtés

	Nombre	Pourcentage
Total des passagers arrêtés	146	100%
Pas de fouille après l'interrogatoire	42	29%
Fouille consentie	81	55%
Fouille avec mandat ou incidents lors de l'arrestation	15	10%
Autre	8	5%
NOTE: Marchandises de contrebande trouvées ou autres preuves de délit	49	34%

Nombreux sont ceux qui considèrent que cette étude a fait la preuve que le profilage des trafiquants de drogue fonctionne.

Définir l'Actuariat

Je qualifie ces méthodes d'« actuarielles » dans un sens très limité et précis. Elles sont actuarielles dans la mesure où elles utilisent des méthodes statistiques plutôt que des méthodes cliniques (cliniques dans le sens de modèles de diagnostics qui reposent principalement sur le jugement subjectif de décideurs s'appuyant sur de nombreuses données concernant la délinquance¹⁹). L'objectif étant de déterminer les différents niveaux de délinquance associés à un groupe ou à l'un ou plusieurs caractères du groupe, et à partir de ces corrélations, prédire le comportement criminel futur d'un individu spécifique (à partir du comportement passé et présent du groupe) et lui appliquer une mesure judiciaire adaptée. En d'autres termes, les méthodes actuarielles dans le droit pénal utilisent des estimations statistiques sur la criminalité de groupes (ou de caractères de groupe) pour déterminer les moyens que la justice pénale va appliquer à des individus particuliers au sein de ces groupes. Le *Discriminant Index Function* de l'IRS est actuariel précisément au sens étroit du terme: il utilise la plus grande probabilité statistique de fraude fiscale au sein d'un groupe de déclarants afin de prédire le comportement passé ou actuel (c'est-à-dire la fraude fiscale) d'un membre du groupe déclarant, et décider une mesure de justice pénale (c'est-à-dire le contrôle ou pas de sa déclaration d'impôt). Le profilage du trafiquant de drogue est actuariel dans le même sens: il utilise la probabilité statistique pour repérer des signes comportementaux caractéristiques d'un groupe afin de prédire si un individu donné est un trafiquant de drogue et décider s'il faut le fouiller. De même, les outils de prédiction de la libération conditionnelle utilisent les statistiques des caractères de groupe pour prédire si un détenu donné violera la liberté conditionnelle et déterminer s'il faut ou pas accorder la libération conditionnelle à ce détenu. La neutralisation sélective utilise les statistiques des caractères de groupe pour identifier si un coupable est

¹⁹ Voir en général Meehl, 1954, 4; Underwood, 1979, 1420.

susceptible de récidiver afin de déterminer le temps d’incarcération de cet individu. Les directives fédérales sur la détermination des peines sont également actuarielles dans la mesure où elles s’appuient sur le casier judiciaire pour prédire la criminalité future et pour déterminer la durée adéquate de la peine infligée à chaque individu particulier coupable d’un délit fédéral.

J’utilise le terme actuariel dans ce sens précis et limité pour ne pas inclure de nombreuses autres décisions de la justice pénale qui elles aussi reposent sur un raisonnement probabiliste. En fait, la plupart des décisions de justice pénale reposent sur la probabilité. Le verdict du jury lors d’un procès, par exemple, n’est rien d’autre que la détermination probabiliste d’un fait antérieur. Il en va de même pour la décision que prend le policier de fouiller ou d’arrêter un suspect, pour la décision qu’un juge doit prendre concernant un suspect qui a été contraint d’avouer, ou même pour la conclusion d’un laboratoire médico-légal au sujet d’un test ADN. Dans tous ces cas, celui qui décide rend une conclusion sur des faits en utilisant une norme juridique – « au delà de tout doute raisonnable », « la cause probable », « la prépondérance de la preuve », ou « une preuve claire et convaincante » – qui traduit essentiellement une probabilité dans une conclusion juridique. Ces cas plus généraux du raisonnement probabiliste en matière de droit pénal ne sont pas, cependant, qualifiés d’« actuariels » parce qu’ils ne s’appuient pas sur des corrélations statistiques entre une caractéristique de groupe et le taux de délinquance de ce groupe. La décision d’un jury rendue à une majorité écrasante (par exemple, à 98% de certitude), l’identification par un témoin oculaire de la taille, l’origine ethnique, le sexe (par exemple, l’identification par le témoin que le délinquant était un homme blanc de grande taille) créent trois facteurs de groupe pertinents qui seront utilisés dans la décision finale probabiliste de la culpabilité. Si l’accusé est en effet un homme grand et blanc, nul doute que le jury utilisera ces caractères de groupe dans le cadre de son calcul final pour déterminer si l’accusé est coupable au delà de tout doute raisonnable. Mais, ce ne sera *pas* parce que le taux de délinquance est plus élevé *chez* les hommes grands et blancs en général, par rapport aux femmes par exemple. Ce ne sera pas à cause de corrélations générales entre les caractères du groupe et le taux de délinquance. Le jury utilisera la taille, l’origine ethnique et le sexe parce que ces catégories aident à délimiter, en termes de probabilité, le réservoir (le groupe) de suspects possibles. De même, le test ADN repose sur des caractéristiques de groupe et des déterminations probabilistes de groupe mais, il n’a rien à voir avec le taux de délinquance d’un groupe particulier – il concerne seulement l’appartenance probable à un groupe.

Je réserve donc le terme d’« actuariel » à l’ensemble plus restreint des décisions de justice pénale qui ne repose pas sur les probabilités *tout court*²⁰, mais sur les corrélations statistiques entre des caractéristiques de groupe et le taux de délinquance criminelle d’un groupe. Il n’y a absolument aucun moyen d’éviter l’utilisation des probabilités dans la catégorie plus vaste des décisions de justice pénale. La décision d’un jury fondée sur des faits préalables, ou celle d’un policier évaluant telle ou telle probabilité, est et restera toujours, du moins dans un avenir prévisible, une décision probabiliste. Par contre, il est possible, et il est conseillé, et c’est mon point de vue dans cet article, d’éviter de faire confiance aux décisions probabilistes de nature *actuarielle*.

²⁰ N.d.T. : en français dans le texte.

Conclusion

La question qui émerge naturellement de cette généalogie est de savoir pourquoi nous avons adopté avec tant d'enthousiasme l'actuariat aux États-Unis. La réponse que l'on entend le plus souvent est que les méthodes actuarielles sont tout simplement plus fiables que les méthodes cliniques. Durant la seconde moitié du XX^e siècle, il faut le rappeler, un consensus s'est dégagé dans la communauté scientifique américaine autour de l'idée que les outils actuariels étaient généralement plus exacts dans la prédiction des événements futurs que les méthodes cliniques (Monahan *et al.*, 2001; Grove *et al.*, 2000; Gottfredson, 1987, 71-81). Le travail de Paul Meehl dans ce domaine se posa comme le point de rupture et eut une énorme influence (1954, 1986)²¹. Mais cette réponse simple cache une vérité beaucoup plus compliquée. Indépendamment du fait que les méthodes actuarielles sont ou ne sont pas plus fiables que les prédictions cliniques, l'utilisation des méthodes actuarielles dans la sphère pénale est, comme j'ai l'intention de le montrer dans la prochaine partie de cet article, selon toute vraisemblance inefficace et même dangereuse en ce qui concerne l'application de la loi. S'il en est ainsi, et il en est ainsi, comme je le démontrerai, alors, la question est la suivante : Pourquoi avons-nous adopté le tournant actuariel dans le champ pénal malgré le manque de preuve ? La réponse est à mon avis à chercher dans notre désir profond de *connaître* le criminel et de *contrôler* l'avenir. C'est le désir de compter, de prédire, de connaître le délinquant. C'est ce même désir qui a inspiré le tournant vers l'individualisation de la peine au début du XX^e siècle et maintenant le tournant vers la rationalité actuarielle au XX^e siècle et au début du XXI^e siècle. Mais n'anticipons pas trop sur l'argumentation. Il y a d'abord un gros travail critique à faire sur l'efficacité de ces outils actuariels, ce par quoi je commencerai le prochain article.

Bernard E. Harcourt
The Law School
University of Chicago
111E 60th St, Room 525
Chicago Ill. 60637
harcourt@uchicago.edu

²¹ Meehl est d'ailleurs le plus souvent cité comme étant celui qui a repoussé à lui tout seul le paradigme clinique. Son travail de recherche et ses écrits furent qualifiés de *critique dévastatrice du paradigme clinique* (Quinsey *et al.*, 1998, 30). Pour donner un léger aperçu de la teneur du discours, le *National Center for State Courts*, déclara par exemple que *commençant par la première et très influente étude de Paul Meehl, Clinical versus Statistical Prediction (1954), la preuve prépondérante montre que les techniques statistiques de l'évaluation des risques sont clairement supérieures aux évaluations cliniques* (Ostrom *et al.*, 2002, 28). John Monahan et ses collègues, se référant à Meehl, suggèrent également que *la supériorité générale de l'évaluation statistique sur l'évaluation clinique des risques dans les sciences du comportement est connue depuis presque un demi-siècle* (Monahan *et al.*, 2001, 7). Par conséquent, il existe aujourd'hui encore, même parmi les sceptiques, l'acceptation générale d'une *idée scientifique de plus en plus répandue que les évaluations actuarielles de la dangerosité sont supérieures aux évaluations cliniques* (Litwack, 2001). Certes, le consensus n'est pas total (*voir, par exemple* Litwack, 2001, 410); mais il est solide et présent partout aux États-Unis. Et il a eu des conséquences tangibles : dans la plupart des secteurs du droit pénal, l'actuariat précède le clinique. *Bien qu'il existe des exceptions*, observe Jonathan Simon, *la prédiction clinique classique a été remplacée presque partout par des outils plus ou moins structurés et normalisés, qui intègrent, dans la forme et en partie dans le fond, des outils actuariels pondérés et validés, connus pour être utilisés dans l'établissement des primes d'assurances aussi bien que dans certaines autres fonctions comme l'admission dans les universités* (Simon, 2005, projet 4).

Bibliographie

- ABBOTT A., SPARROW J. T., 2005, *Hot War, Cold War: The Structures of Sociological Action, 1940-1955* (manuscrit non publié du 6 juillet 2005).
- AUSTIN J., COLEMAN D., PEYTON J., DEDEL JOHNSON K., 2003, *Reliability and Validity Study of the LSI-R Risk Assessment Instrument, Final Report Submitted to the Pennsylvania Board of Probation and Parole*. January 9, 2003. Disponible à [http://www.pccd.state.pa.us/pccd/lib/pccd/stats/lsi_r_final_report.pdf].
- BAKER T., SIMON J. (Eds), 2002, *Embracing Risk: The Changing Culture of Insurance and Responsibility*, Chicago, IL, The University of Chicago Press.
- BECTON C. L., 1987, The Drug Courier Profile: 'All Seems Infected That Th' Infected Spy, As All Looks Yellow to the Jaundic'd Eye, *North Carolina Law Review*, 65, 417-481.
- BOROOAH V. K., 2001, Racial Bias in Police Stops and Searches: An Economic Analysis, *European Journal of Political Economy*, 17, 17-37.
- BRUCE A. A., BURGESS E. W., HARNO A. M., 1928, A Study of the Indeterminate Sentence and Parole in the State of Illinois, *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, 19, 1, Part II: 1-306 (May 1928).
- BURGESS E. W., 1928, Is Prediction Feasible in Social Work? An Inquiry Based Upon a Sociological Study of Parole Records, *Social Forces*, 7, 533-545.
- BURGESS E. W., SELLIN T., 1951, Introduction, in OHLIN L. E. *Selection for Parole: A Manual of Parole Prediction*, New York, Russell Sage Foundation, 9-17.
- DOMINITZ J., KNOWLES J., 2005, Crime Minimization and Racial Bias: What Can We Learn From Police Search Data?, PIER Working Paper 05-019 (February 18, 2005). Disponible à [<http://ssrn.com/abstract=719981>].
- EWALD F., 1986, *L'État-providence*, Paris, Grasset.
- FEELEY M. M., SIMON J., 1992, The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications, *Criminology*, 30, 449-474.
- FOUCAULT M., 2004a, *Sécurité, Territoire, Population: Cours au Collège de France. 1977-1978*, Paris, Seuil/Gallimard.
- FOUCAULT M., 2004b, *Naissance de la Biopolitique: Cours au Collège de France. 1978-1979*, Paris, Seuil/Gallimard.
- GLASER D., 1954, *A Reformulation and Testing of Parole Prediction Factors*, Ph.D. Dissertation, Department of Sociology, University of Chicago.
- GLUECK S., GLUECK E., 1930, *Five Hundred Criminal Careers*, New York, Alfred A. Knopf.
- GOTTFREDSON S., 1987, Statistical and actuarial considerations, in DUTILE F., FOUST C. (Eds), *The Prediction of Criminal Violence*, Springfield, Charles C. Thomas, 71-81.
- GOTTFREDSON S., GOTTFREDSON D., 1986, Accuracy of Prediction Model, in BLUMSTEIN A., COHEN J., ROTH J. A., VISHER C. A. (Eds), *Criminal Careers and "Career Criminals"*, Vol. II, Washington DC, National Academy Press, 212-290.
- GREEN T.A., 1995, Freedom and Criminal Responsibility in the Age of Pound: An Essay on Criminal Justice, *Michigan Law Review*, 93, 1915-2053.
- GREENWOOD P. W., ABRAHAMSE A., 1982, *Selective Incapacitation*, Santa Monica, CA, Rand Corporation.
- GROVE W., ZALD D. H., LEBOW B. S., SNITZ B. E., NELSON C., 2000, Clinical Versus Mechanical Prediction: A Meta-Analysis, *Psychological Assessment*, 12, 19-30.
- HACKING I., 1990, *The Taming of Chance*, New York, Cambridge University Press.
- HARCOURT B. E., 2007, *Against Prediction: Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age*, Chicago, University of Chicago Press.
- HARRIS D. A., 2002, *Profiles in Injustice: Why Racial Profiling Cannot Work*, New York, New Press.
- HART H., 1923, Predicting Parole Success, *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, 41, 3, 405-413.

- HERNÁNDEZ-MURILLO R., KNOWLES J., 2003, *Racial Profiling or Racist Policing?: Testing in Aggregated Data*, Working paper. Disponible à [http://www.econ.upenn.edu/~jknowles/Research/HKRacProf_2003c.pdf].
- HOFFMAN P. B., BECK J. L., 1974, Parole Decision-Making: A Salient Factor Score, *Journal of Criminal Justice*, 2, 195-206.
- KERN R. P., FARRAR-OWENS M., 2004, Sentencing Guidelines with Integrated Offender Risk Assessment, *Federal Sentencing Reporter*, 16, 165-169.
- KNOWLES J., PERSICO N., TODD P., 2001, Racial Bias in Motor Vehicle Searches: Theory and Evidence, *Journal of Political Economy*, 109, 203-229.
- LAUB J. H., SAMPSON R. J., 1991, The Sutherland-Glueck Debate: On the Sociology of Criminological Knowledge, *American Journal of Sociology*, 96, 1402-1440.
- LAUNE F. F., 1936, *Predicting Criminality: Forecasting Behavior on Parole*, Northwestern University Studies in the Social Sciences, No. 1. Evanston, IL, Northwestern University.
- LERNER M., 2000, Who gets audited up to science, *The Arkansas Democrat-Gazette*, April 17.
- LITWACK T. R., 2001, Actuarial Versus Clinical Assessments of Dangerousness, *Psychology, Public Policy, and Law*, 7, 409-443.
- MANSKI C., 2005, *Search Profiling with Partial Knowledge of Deterrence*, Unpublished paper.
- MEEHL P. E., 1954, *Clinical versus Statistical Prediction: A Theoretical Analysis and a Review of the Evidence*, Minneapolis, MN, University of Minnesota Press.
- MEEHL P., 1986, Causes and effects of my disturbing little book, *Journal of Personality Assessment*, 50, 370-375.
- MONAHAN J., SILVER E. et al., 2001, *Rethinking Risk Assessment: The MacArthur Study of Mental Disorder and Violence*, New York, Oxford University Press.
- MORSE W. L. (ed.), 1939, *The Attorney General's Survey of Release Procedures*, U.S. Dept. of Justice, Volumes 1 through 4, Washington, Government Printing Office.
- OHLIN L. E., 1951, *Selection for Parole: A Manual of Parole Prediction*, New York, Russell Sage Foundation.
- O'MALLEY P., 2002, Imagining Insurance: Risk, Thrift, and Life Insurance in Britain, in BAKER T., SIMON J. (Eds), *Embracing Risk: The Changing Culture of Insurance and Responsibility*, Chicago, IL, The University of Chicago Press, 97-115.
- O'NEILL M. E., 2001, Abraham's Legacy: An Empirical Assessment of (Nearly) First-Time Offenders in the Federal System, *Boston College Law Review*, 42, 291-348.
- OSTROM B. J., KLEIMAN M., CHEESMAN F., HANSEN R. M., KAUDER N. B., 2002, *Offender Risk Assessment in Virginia: A Three-Stage Evaluation*, National Center for State Courts and the Virginia Criminal Sentencing Commission.
- PERSICO N., 2002, Racial Profiling, Fairness, and Effectiveness of Policing, *American Economic Review*, 92, 1472-1497.
- POUND R., 1911, Introduction to the English Version, in SALEILLES R., *Individualization of Punishment*, Rachel Szold Jastrow, trans. Boston, MA, Little Brown, xi-xix.
- PRATT J., 1997, *Governing the Dangerous: Dangerousness, Law and Social Change*, Sydney, The Federation Press.
- PRATT J., BROWN M. (Eds), 2000, *Dangerous Offenders: Punishment and Social Order*, London, Routledge.
- QUINSEY V. L., HARRIS G. T., RICE M. E., CORMIER C. A., 1998, *Violent Offenders: Appraising and Managing Risk*, Washington, DC, American Psychological Association.
- RAYNOR P., KYNCH J., ROBERTS C., MERRINGTON S., 2001, Two Risk and Need Assessment Instruments Used in Probation Services-an Evaluation, *United Kingdom Home Office*. Disponible à [<http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/r143.pdf>].
- REISS A. J. Jr., 1949, *The Accuracy, Efficiency and Validity of a Prediction Instrument*, Ph.D. dissertation, Department of Sociology, University of Chicago, September.
- ROBERTS D. E., 1999, Foreword: Race, Vagueness, and the Social Meaning of Order-Maintenance Policing, *Journal of Criminal Law & Criminology*, 89, 775-836.

- ROBINSON P. H., 2001, Punishing Dangerousness: Cloaking Preventive Detention as Criminal Justice, *Harvard Law Review*, 114, 1429-1456.
- ROSE N., 2002, At Risk of Madness, in BAKER T., SIMON J. (Eds), *Embracing Risk: The Changing Culture of Insurance and Responsibility*, Chicago, IL, The University of Chicago Press, 209-237.
- ROSE N., 2007, *The Politics of Life Itself: Biomedicine, Power, and Subjectivity in the Twenty-First Century*, Princeton, Princeton University Press.
- ROSE N., MILLER P., 2008, *Governing the Present: Administering Economic, Social and Personal Life*, Cambridge, Polity Press.
- SALEILLES R., 1898, *L'Individualisation de la peine: étude de criminalité sociale*, Paris, F. Alcan.
- SALEILLES R., 1911, *The Individualization of Punishment*, Rachel Szold Jastrow, trans. Boston, MA, Little Brown.
- SAMPSON R. J., LAUB J. H., 1993, *Crime in the Making: Pathways and Turning Points Through Life*, Cambridge, MA, Harvard University Press.
- SCHAUER F., 2003, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Cambridge MA, Harvard University Press.
- SIMON J., 1993, *Poor Discipline: Parole and the Social Control of the Underclass*, Chicago, IL, The University of Chicago Press.
- SIMON J., 2005, Reversal of Fortune: The Resurgence of Individual Risk Assessment in Criminal Justice, *Annual Review of Law and Social Science*, 1, 397-421.
- SUTHERLAND E. H., CRESSEY D. R., 1978. *Principles of Criminology*, 10th ed., Philadelphia, J. B. Lippincott and Co.
- TAYLOR P., 2003, Be Afraid, Be Very Afraid - Unless You Can Avoid An Audit, *Financial Times*, February 13.
- TONRY M., 1996, *Sentencing Matters*, New York, Oxford University Press.
- UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, 1987, *Supplementary Report on the Initial Sentencing Guidelines and Policy Statements*.
- UNDERWOOD B., 1979, Law and the Crystal Ball: Predicting Behavior with Statistical Inference and Individualized Judgment, *Yale Law Journal*, 88, 1408-1448.
- Virginia Criminal Sentencing Commission, 2004, *Annual Report*. Disponible à [<http://www.vcsc.state.va.us/2004FULLAnnualReport.pdf>].
- VOLD G. B., 1931, *Prediction Methods and Parole*, Hanover, NH, Sociological Press.
- WARNER S. B., 1923, Factors Determining Parole from the Massachusetts Reformatory, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 14, 172-207.
- WIGMORE J. H., FREUND E., LINDSEY E., PARMELEE M., POUND R., SMITHERS W. W., 1911, General Introduction to the Modern Criminal Science Series, in SALEILLES R., *The Individualization of Punishment* (Rachel Szold Jastrow trans.), Boston, Little Brown, v-ix.
- WOLFGANG M. E., FIGLIO R. M., SELLIN T., 1972, *Delinquency in a Birth Cohort*, Chicago, IL, The University of Chicago Press.
- ZEDLEWSKI E., 1984, *The DEA Airport Surveillance Program: An Analysis of Agent Activities*, in MONAGHAN J. WALKER L., *Social Science in Law: Cases and Materials*, Westbury, NY, The Foundation Press, 452-453.

Summary

Actuarial methods now permeate the penal sphere in the United States. With the single exception of racial profiling against African-Americans and Hispanics, most people view the turn to actuarial methods as efficient, rational, and wealth-maximizing.

Bernard Harcourt challenges this emerging consensus. Instead of embracing the actuarial turn in the penal sphere, Harcourt argues, we should rather celebrate the virtues of random sampling: randomization in policing, it is the only way to achieve a carceral sphere that fairly reflects or in any way resembles the distribution of persons who are offending. In criminal law and enforcement, then, the presumption should be against prediction.

In this first article, Harcourt traces a genealogy of actuarial methods in the United States, In a second article, Harcourt demonstrates with mathematical equations and graphs the counterproductive effects of profiling and actuarial methods.

Zusammenfassung

Versicherungstechnische Methoden (d.h. der Gebrauch statistischer anstelle klinischer Methoden auf große Datensätze kriminellen Verhaltens zur Identifizierung gruppenspezifischer Risikofaktoren, um (1) vergangenes, aktuelles und zukünftiges kriminelles Verhalten vorauszusagen und (2) einen messbaren kriminalpolitischen Output zu produzieren) verbreiten sich im Kriminallsystem der Vereinigten Staaten. Mit Ausnahme des Profilings nach rassischen Merkmalen wird diese Hinwendung zu versicherungstechnischen Methoden von den meisten als effizient, rational und wohlfahrtssteigernd angesehen. In einer Serie von zwei Artikeln, die in diesem und im folgenden Heft veröffentlicht werden, hinterfragt der Autor diesen Konsens und entwickelt drei Gründe, warum wir gegenüber dieser Entwicklung skeptisch sein sollten. Er plädiert gegen Untersuchungen der Profilierung von Risikogruppen und für die Vorteile einer Zufallsauswahl der Polizei, die im Ergebnis die Verteilung von Delikten in der Bevölkerung eher reflektiert. Im ersten Beitrag in diesem Heft geht es um die Analyse der Genealogie versicherungstechnischer Methoden in den USA aus den Vorhersagetafeln für Rückfälle zu Beginn des 20. Jahrhunderts und deren Verbreitung bei der Aufklärung von Steuerhinterziehungen (IRS) bis hin zu Verurteilungsrichtlinien für Bundesrichter (Federal Sentencing Guidelines). Im zweiten Teil, der im folgend Heft veröffentlicht wird, werden mit Hilfe mathematischer Gleichungen und Grafiken die kontraproduktiven Effekte des Profilings und der versicherungstechnischen Methoden demonstriert.

Sumario

Los métodos actuariales (esto es, el uso de métodos estadísticos en lugar de clínicos sobre amplias bases de datos para determinar diferentes niveles de criminalidad asociados a uno o más rasgos grupales de cara a 1) predecir pasado, presente o futuro comportamiento criminal y 2) diseñar respuestas de política criminal) se han difundido hoy en día en todo el ámbito penal de los Estados Unidos. Con la única excepción del perfil racial contra los afroamericanos y de los hispanos, la mayor parte de la población considera que la adopción de los métodos actuariales es eficaz, racional y rentable.

En estos dos artículos conexos, Bernard Harcourt cuestiona este consenso emergente y destaca varias razones incontestables por las que hay que ser escépticos sobre el nuevo paradigma actuarial. En lugar de integrar la filosofía actuarial en el ámbito penal, Harcourt argumenta que más bien deberíamos valorar las virtudes del muestreo aleatorio: la randomización *para* el mantenimiento del orden, resulta algo contraintuitiva, pero es la única forma de obtener una imagen del campo carcelario que refleje con imparcialidad y se aproxime realmente a la distribución de las personas que cometen delitos. Así pues, deberíamos poner en duda la predicción en el ámbito del derecho penal y su aplicación. En el primer artículo, Harcourt establece una genealogía de los métodos actuariales en Estados Unidos. En el segundo artículo, que aparecerá en el siguiente número de la revista, el autor muestra matemática y gráficamente los efectos contraproducentes del perfil y de los métodos actuariales.

