

Prévention du crime et lutte contre la criminalité : les concepts occidentaux face aux pratiques juridiques traditionnelles

Amedeo Cottino*

Amedeo Cottino est professeur de sociologie du droit au Département des sciences sociales, Université de Turin.

Introduction

Ce document est fondé sur deux hypothèses générales : premièrement, la conviction que toute discussion sur la dissuasion (où cette forme de prévention représente un cas particulier) devrait être menée avec la prise en considération du cadre socioculturel dans lequel la dissuasion est censée agir ; deuxièmement, l'idée que, quelle que soit la définition de l'infraction, pour bien comprendre un comportement illicite, il faut accorder une attention non seulement à l'auteur de l'infraction, mais également à la victime et à la ou aux personnes ayant assisté à l'infraction.

Cela étant dit, le document est structuré de la manière suivante. Je vais d'abord présenter brièvement les deux principales conceptions de la punition : l'une fondée sur la notion de rétribution (ou « juste dû », *just desert*), l'autre sur son utilité. Une des questions essentielles de ce document étant l'effet dissuasif de la peine, j'examinerai en détail, dans le deuxième paragraphe, s'il existe des preuves empiriques venant étayer cette affirmation et dans quelle mesure elles la corroborent.

Des études anthropologiques sur les sociétés traditionnelles ont montré qu'il existe de nombreuses façons de répondre à un comportement illicite. Ainsi, contrairement au droit occidental moderne, les lois coutumières reflètent souvent des points de vue très différents sur l'auteur d'une infraction, sur les mesures à prendre au sujet de la transgression qu'il a commise et sur la manière de restaurer les relations sociales qui ont été compromises ou brisées. C'est le sujet du troisième paragraphe.

Enfin, un point essentiel : pouvons-nous apprendre quelque chose de ces expériences non occidentales ou sont-elles si spécifiques aux cultures qu'aucun transfert culturel n'est envisageable ?

Il va sans dire que ce document ne prétend nullement couvrir un champ d'investigation comparable, dans un sens métaphorique, à un paysage presque infini. Je vais plutôt donner des exemples de manières de traiter les actes répréhensibles qui sont moins familières, en laissant de côté des expériences bien mieux connues comme celles des diverses commissions Vérité et Réconciliation.

La punition, en tant que rétribution

Lorsque nous parlons de punition, nous sommes confrontés fondamentalement à deux perspectives.

* La version anglaise de ce texte a été modifiée et publiée sous le titre «Crime prevention and control: Western beliefs vs. traditional legal practices», *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 870, pp 289-301.

Selon la première, les actes répréhensibles devraient être punis, quelle que soit la manière dont se comportera à l'avenir celui qui a enfreint la loi¹. Les individus qui violent la loi doivent être punis, car ils méritent un châtement (ainsi, l'idéologie de la rétribution est également connue sous le nom de l'idéologie du *just desert* ou « juste dû »). Comme il a été dit, « cet argument rétributiviste est axé sur l'idée que le but de la punition est de blâmer l'auteur d'une infraction pour l'infraction qu'il a commise² ». C'est en substance l'expression moderne de la logique « œil pour œil », qui prévalait autrefois.

Ce point de vue a été fortement critiqué ; d'une part, parce qu'il repose sur le principe selon lequel l'infraction et la sanction sont des entités homogènes. Mais étant donné que nous sommes incapables d'établir une équivalence entre la peine imposée et le crime qui a été commis, comment la sanction susceptible d'être infligée peut-elle être considérée comme rétributive ? À mon avis, rares sont ceux qui peuvent prétendre que les douleurs causées par un vol, une agression ou un meurtre sont comparables à celles occasionnées par la perte de liberté due à l'emprisonnement. Des jours, des mois, des années, une vie, passés dans une cellule signifient des souffrances que personne, sauf le détenu lui-même (et les membres de sa famille), ne peut mesurer. Les rétributivistes ne peuvent pas non plus réfuter cette objection en remplaçant la notion d'équivalence par le concept de proportionnalité³ (pour un examen approfondi des théories axées sur le mérite et la proportionnalité, voir Tonry M.⁴). L'affirmation selon laquelle les peines les plus lourdes devraient être réservées aux crimes les plus graves – au sens que la sévérité de ces peines devrait être *proportionnelle* à la gravité des crimes – est indéfendable pour les mêmes arguments que ceux évoqués précédemment. En outre, de nombreux éléments montrent que tant l'infraction que la punition sont des termes qui ont été élaborés d'après des critères sociaux et culturels (rappelons simplement le cas de l'homosexualité considérée comme un crime, il n'y a pas si longtemps) et qui évoluent donc avec le temps et dans l'espace.

L'effet dissuasif de la punition

La perspective utilitariste

Selon l'autre conception, celle qui a vraisemblablement le plus d'influence sur les politiques pénales des États modernes, une peine calculée avec circonspection peut être envisagée pour toute infraction, de sorte que le bénéfice de l'infraction est neutralisé par la punition. Ce point de vue, associé historiquement aux penseurs utilitaristes comme Bentham (1781) et Beccaria (1744), contrairement à l'idée rétributiviste, justifie la douleur infligée à l'auteur d'une infraction si, et seulement si, une douleur plus grande (causée par d'autres actes délictueux) est évitée. En réalité, le fait d'infliger une douleur est supposé avoir une action non seulement sur l'auteur de l'infraction (prévention *spéciale*), mais également sur les « autres », les citoyens respectueux des lois, qui seraient sans cela peut-être tentés de transgresser la loi (prévention *générale*). Une autre question ayant fait l'objet de débats est celle de savoir si l'effet dissuasif devrait être attribué au *degré de la peine* (plus la sanction est sévère, mieux

¹ Voir H.L.A Hart, "Prolegomenon to the Principles of Punishment", dans H.L.A Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 1968; Norval Morris, *The future of imprisonment*, University of Chicago Press, Chicago, 1974.

² George S. Yacoubian, "Sanctioning Alternatives in International Criminal Law: recommendations for the International Criminal Tribunals for Rwanda and Former Yugoslavia", *World Affairs*, Vol. 151, 1998, pp. 1-3 (traduction CICR)

³ Andrew Von Hirsch, *Censure and Sanctions*, Oxford University Press, Oxford, 1976.

⁴ Michael Tonry, "Obsolescence and immanence in penal theory and policy", dans *Columbia Law Review*, Vol. 105, N° 4, 2005, pp. 1233-1275.

les lois sont respectées) ou à la *probabilité de la sanction* (le risque d'être arrêté, jugé et condamné), ou aux deux.

Sans entrer dans les débats juridiques et philosophiques suscités par la position utilitariste, j'aimerais ajouter simplement que même cette perspective n'échappe pas à la critique que j'ai exprimée précédemment au sujet de l'idée rétributiviste, à savoir que la punition et l'infraction sont des entités incommensurables, tout autant que les douleurs qu'elles causent.

Néanmoins, malgré les difficultés théoriques et techniques que rencontre cette perspective, l'idée que les sanctions – dans certaines conditions, liées principalement à l'efficacité du système pénal – ont un effet préventif en matière de criminalité est solidement ancrée chez les gens ordinaires, les juristes et, enfin et surtout, chez les hommes politiques. En fait, l'effet dissuasif de la peine est généralement évident : « L'idée de l'effet général préventif des sanctions est si profondément enracinée dans la " façon de penser fondée sur le bon sens " de la société, que souvent, les questions sur son existence réelle ne sont pas soulevées et restent ignorées... Dans ce sens, l'idée d'effet général préventif des sanctions constitue un *paradigme* dominant dans la société »⁵ Autrement dit, la charge de la preuve incombe à ceux qui dénie ce fait.

Il va sans dire que la question est loin d'être une pure controverse théorique. Car l'acceptation de l'idée que la punition est « efficace », dans le sens où elle aide les contrevenants et d'autres individus à s'abstenir d'enfreindre la loi, implique que nous sommes disposés à faire du mal à des êtres humains en leur infligeant des amendes ou des peines de prison, et même à les tuer. Je ne vais pas entrer ici dans le débat sur la peine de mort, parce que je rejette fermement pour des raisons éthiques toute forme de peine capitale. Cependant, même du point de vue de la preuve empirique, la défense de la peine de mort n'est guère soutenable. L'examen le plus exhaustif à ce jour des nouvelles études sur les moyens de dissuasion en ce qui concerne l'impact de la peine de mort sur le meurtre met en évidence une série d'erreurs méthodologiques inacceptables, telles que le fait de « tirer des conclusions causales d'un ensemble imparfait et limité de données d'observation et de ne pas aborder d'importantes influences contradictoires sur le meurtre »⁶. Sans parler de « l'erreur de spécification théorique la plus importante qui consiste à omettre les effets débilissants des peines d'emprisonnement et de réclusion à vie sans liberté conditionnelle en particulier »⁷

Passons maintenant à la question moins poignante de savoir si les diverses formes de restriction de la liberté individuelle ont un effet dissuasif sur le comportement.

La prévention spéciale

Les données fournies par une quantité relativement importante de recherches sur ce sujet ne prouvent pas que la punition a un effet dissuasif significatif. Des conclusions récentes⁸ indiquent, au contraire, que les sanctions peuvent augmenter la récidive :

« Tant une période de détention plus longue que le fait de purger une peine de prison par opposition à une sanction communautaire sont associés à des taux de récidive légèrement plus élevés. De la même manière, la probation de choc, l'incarcération de choc et autres programmes similaires qui font connaître aux auteurs d'infractions la sévérité des

⁵ Thomas Mathiesen, *Prison on Trial*, Sage, Londres, 1990.

⁶ Jeffrey Fagan, "Death and Deterrence Redux: Science, Law and Causal Reasoning on Capital Punishment", *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 255 (4), p. 261.

⁷ Ibid, p. 269

⁸ Il existe une quantité relativement importante de preuves empiriques montrant que l'incarcération tend à créer et/ou à renforcer les carrières criminelles. Voir T. Mathiesen, note 5 ci-dessus; Amedeo Cottino, *Vie de Clan*, L'Harmattan, Paris, 2004.

sanctions pénales, dans une tentative visant à les dissuader d'exercer des activités criminelles, ne diminuent pas la délinquance ultérieure, et semblent en fait l'exacerber⁹.»

La prévention générale

Quant à la prévention *générale*, il nous faut d'abord rappeler que la théorie de la dissuasion prévoit une relation claire entre la connaissance des mesures coercitives et l'observation des lois. Le citoyen respectueux des lois est décrit comme un sujet qui sait ce qui est arrivé à ceux qui les ont enfreintes et craint, *pour cette raison*, les conséquences du non-respect de ces lois. Mais, nous le savons tous, la réalité du crime a de nombreuses facettes, et plusieurs raisons font que les gens se plient aux règles ou, au contraire, les transgressent. Par exemple, un comportement respectueux des lois peut être motivé davantage par la crainte de sanctions *informelles*, « comme une atteinte à la réputation d'une société, ou un préjudice causé au travail d'un responsable de l'environnement ou à une position professionnelle¹⁰ », que par la prise de conscience du risque d'être assujéti à une amende (ou emprisonné). En outre, le respect de la législation peut être amélioré si une loi clémente [une loi étayée par des sanctions non dissuasives en induisant l'obéissance ; note de l'éditeur] est choisie de manière endogène, c'est-à-dire, si c'est une « loi » auto-imposée¹¹.

Tyran et Feld (2006) ont illustré brillamment la complexité de la situation en prenant comme exemple l'abandon de débris.

« Les rues propres sont un bien public classique... les amendes infligées pour l'abandon de débris sur la voie publique sont généralement peu élevées. Étant donné que les ordonnances contre les débris sont un exemple de loi clémente, il est surprenant, d'un point de vue économique, que tout le monde ne jette pas des objets dans les rues. Cependant, dans la vie réelle, les gens ne sont pas tous les mêmes. Certaines personnes n'abandonneraient jamais des débris, même si aucune loi ne l'interdisait. Un deuxième groupe de personnes le ferait, si cet acte n'était pas proscrit, mais obéirait éventuellement à une ordonnance interdisant de jeter des objets sur la voie publique, au nom d'un respect intériorisé de la loi. L'application de l'ordonnance contre les débris (un « rappel délibéré ») peut stimuler le respect chez ces individus et réduire ainsi l'abandon de débris. Le comportement d'un troisième groupe dépend de celui des autres¹². » p. 5 ; traduction CICR).

D'une façon générale, et au-delà des problèmes méthodologiques non résolus¹³, il semble difficile de soutenir la théorie de la dissuasion, en dernier lieu et surtout si nous considérons que les recherches portant sur des sujets aussi divers que la « conduite en état d'ébriété¹⁴ » et le « crime contre l'environnement¹⁵ », ainsi que les études consacrées à l'effet

⁹ M. Lipsey, N. N. Landenberger et G. L. Chapman, "Rehabilitation: an assessment of theory and research" dans C. Sumner (ed.), *The Blackwell Companion to Criminology*, Blackwell, Londres, 2004, p. 217.

¹⁰ Jean-Robert Tyran et Lars P. Feld, "Achieving compliance when legal sanctions are non-deterrent", *Scandinavian Journal of Economics*, Vol. 108 (1), 2006, p. 139.

¹¹ Ibid., p. 135.

¹² Ibid., p. 139.

¹³ Voir Gary Kleck, Brion Sever, Spencer Li et Marc Gertz, "The Missing Link in General Deterrence Research", *Criminology*, Vol. 43, pp. 623-660, 2005, qui mettent en évidence l'existence d'un lien « manquant entre les degrés des peines, dans leur ensemble, et la perception individuelle de la peine ». C'est pourquoi ils émettent de sérieux doutes au sujet de raisonnements fondés sur la dissuasion dans le but d'avoir des politiques de lutte contre la criminalité qui soient plus répressives.

¹⁴ Voir William N. Evans, Doreen Neville et John D. Graham, "General Deterrence of Drunken Driving: Evaluation of Recent American Policies", *Risk Analysis*, Vol. 11, pp. 279-289, 1991.

¹⁵ Voir D. Thornton, N. Gunnigham et R. Kagan: "General Deterrence and Corporate Environmental Behavior", *Law & Policy*, Vol. 27, pp. 262-288, 2005.

dissuasif de peines plus sévères¹⁶, sont parvenues aux mêmes conclusions, à savoir que l'on ne dispose pas d'éléments solides venant étayer la théorie. En particulier, ces auteurs montrent qu'il n'existe aucune preuve que la criminalité diminue après l'instauration de politiques pénales sévères.

Un problème dans la théorie de la dissuasion est probablement l'hypothèse sous-jacente selon laquelle les êtres humains sont des acteurs rationaux, c'est-à-dire des personnes qui choisissent de s'engager dans une certaine voie après avoir pesé le pour et le contre de leurs actions. Cette hypothèse *a priori* – dont nous sommes, en grande partie, tristement redevables à la pensée économique libérale – conçoit l'acteur comme un *homo oeconomicus*. En tant que telle, elle ne saisit qu'un aspect du comportement humain et repose donc sur des fondements fragiles.

Existe-t-il des conditions dans lesquelles la punition peut avoir un effet dissuasif ? Un modèle général

Les limites d'une perspective fondée sur l'idée que les déviants potentiels sont des calculateurs rationnels ont conduit le criminologue américain William Chambliss (1968)¹⁷ à élaborer un modèle théorique qui, à ma connaissance, n'a jamais reçu toute l'attention qu'il mérite. Chambliss *énonce*, en termes très abstraits, certaines conditions dans lesquelles un effet dissuasif de la punition est plausible. Pour cela, il considère la scène criminelle sous l'angle de deux variables : le *comportement* de l'acteur et son *engagement* à l'égard de l'action criminelle.

Figure 1

Typologie des actions et des motivations

Type de comportement	Degré d'engagement à l'égard de l'action criminelle	
	Faible	Élevé
Instrumental	A	B
Expressif	C	D

Pour simplifier les choses, ces variables sont traitées comme si elles étaient dichotomiques¹⁸. Ainsi, le comportement peut être *instrumental* ou *expressif* ; l'engagement, *faible* ou *fort* (Figure 1).

Un comportement instrumental est axé sur un objectif ; c'est-à-dire, c'est le comportement d'un acteur rationnel, fondé sur une analyse coûts-profits. Avant de décider d'adopter un comportement illicite, l'acteur rationnel procède à une évaluation des autres

¹⁶ Voir Cheryl Marie Webster, Anthony N. Doob et Franklin E. Zimring, "Proposition 8 and Crime Rates in California: the case of the Disappearing Deterrent", *Criminology & Public Policy*, Vol. 5, pp. 417-448, 2006.

¹⁷ Voir William J. Chambliss, *Crime and the Legal Process*, McGraw-Hill book Company, New York, 1969.

¹⁸ Nous devrions être clairs sur le fait que les modèles abstraits, généraux, – en particulier les taxonomies – présentent des avantages mais aussi des inconvénients. D'une part, nous apprécions leur simplicité : les tendances fondamentales, les corrélations, etc., sont données immédiatement. D'autre part – en particulier lorsque nous travaillons avec des dichotomies, comme c'est notre cas –, la frontière entre simplification et simplification à outrance devient facilement floue et le risque de déformation de la réalité en question est élevé. En outre, les concepts utilisés peuvent être divers ; en clair, en fonction de la signification que nous leur donnons, nous aurons des résultats différents.

voies d'action en se basant sur les conséquences ultérieures. Et parmi celles-ci, il prend en compte le risque d'être puni.

Contrairement au comportement instrumental, l'action *expressive* représente une fin en soi. C'est le cas de l'objecteur de conscience, un jeune homme qui refuse, pour des raisons morales, de porter des armes. Il n'est ni intéressé ni affecté par les conséquences de son action.

L'engagement est *faible* lorsque la décision d'enfreindre les lois est due à des facteurs occasionnels, et non à des motivations spécifiques et stables. Inversement, une personne *fortement* engagée est celle qui a choisi d'axer sa vie sur une activité criminelle. Les individus qui ont opté pour une carrière criminelle sont, en comparaison avec les sujets respectueux de la loi, vraisemblablement moins sensibles à la menace de sanction et/ou prendront le risque d'être punis comme un coût professionnel. Autrement dit : plus l'engagement est fort, plus la probabilité de l'effet dissuasif de la punition est faible.

Le fait que le degré d'engagement fasse la différence en termes de dissuasion a été montré, il y a déjà un certain temps, par une étude de Cameron (1964)¹⁹ sur le vol à l'étalage. Elle a identifié deux types de voleurs à l'étalage : le *malfrat* et le *chapardeur*. Le premier est un voleur professionnel pour lequel le vol représente un mode de vie. Le deuxième, le *chapardeur*, est typiquement la femme au foyer de la classe moyenne ou le citoyen ordinaire qui « contribue », par des vols plus ou moins occasionnels, au budget de la famille. Il est intéressant de noter que l'examen des dossiers des supermarchés a révélé que le *chapardeur*, contrairement au *malfrat*, apparaissait rarement – s'il apparaissait – plus d'une fois dans les registres. Apparemment, il n'était pas prêt à prendre le risque de se faire attraper une deuxième fois. La dissuasion a probablement fonctionné dans ce cas.

Si ce raisonnement est plausible, nous nous attendons *en général* à un maximum de dissuasion dans (A), où l'engagement faible s'accompagne d'une instrumentalisation et, inversement, à un minimum dans (D), parce que l'expressivité s'allie à un engagement fort (c'est le cas du « crime passionnel »). Dans les autres cas, l'effet préventif est vraisemblablement très faible, au moins dans (B). Ici, le risque de punition est, en quelque sorte, inclus dans les « coûts » de la profession de criminel.

Sans aucun doute, Chambliss a élaboré un point de départ fructueux pour procéder à des analyses plus spécifiques, mais j'estime que nous ne pouvons pas ignorer une troisième variable : le *soutien du groupe*. Car nous savons²⁰ que cela fait vraiment une différence, en termes d'engagement, si l'initiative individuelle d'enfreindre la loi peut compter ou non sur une sorte d'approbation parmi d'autres personnes – amis, parents, compagnons, associés etc. (sans oublier *les témoins*). La force persistante d'organisations criminelles comme la mafia, la Camorra et d'autres, malgré notamment les lois pénales extrêmement sévères adoptées par l'État italien au cours des trente dernières années, en est une preuve éloquente, même si elle n'est qu'indirecte.

Jusqu'à présent, nous avons examiné l'engagement, sous l'angle de l'implication personnelle/collective, vers un comportement déviant. Mais nous pourrions également regarder, pour ainsi dire, l'autre côté de la médaille, c'est-à-dire considérer l'engagement comme une condition préalable au respect de la loi²¹. Il va sans dire ce sujet dépasse largement le cadre du présent document. Nous pouvons rappeler ici qu'un comportement respectueux des lois tend à être le résultat de plusieurs forces convergentes émanant de l'intérieur de l'individu (sa conscience, son système de valeurs, etc.) et de son environnement (notamment le contexte matériel). Plus spécifiquement, dans cette dernière catégorie,

¹⁹ Voir Mary Owen Cameron, *The Booster & The Snitch*, Free Press of Glencoe, Glencoe, 1964.

²⁰ Voir Edwin Sutherland, *White Collar Crime*, Yale University Press, New Haven, 1983 ; Amedeo Cottino « *Disonesto ma non criminale* ». *La giustizia e i privilegi dei potenti*, Carocci, Rome, 2005.

²¹ Je dois cette suggestion à Anne-Marie La Rosa.

j'aimerais citer le contrôle exercé d'en haut (le « contrôle officiel ») et la pression au sein du groupe qui, dans le cas des porteurs d'armes, pourraient signifier que le respect des lois varierait – *ceteris paribus* – en fonction de facteurs tels que la rigidité de la structure hiérarchique, la position de l'individu dans cette structure et, surtout, de la solidarité au sein du groupe.

Enfin, quant à la recherche des responsabilités, je suis favorable à une perspective qui, au-delà de la responsabilité concrète de l'acteur individuel, met en cause la structure, l'organisation. Et j'estime – en ignorant délibérément les situations où la violation du droit de humanitaire semble être le choix *autonome* d'un *seul* individu – que la charge de la preuve incombe à ceux qui rejettent cette perspective. En fait, les expériences issues d'autres domaines de la recherche, telles que les études sur le crime économique²², montrent la faisabilité d'une approche considérant les sociétés qui commettent des actions criminelles comme des acteurs pleinement responsables.

C'est tout pour le moment.

Examinons maintenant d'autres moyens inventés par les êtres humains pour faire face au problème du comportement déviant. Une confrontation à d'autres conceptions de l'infraction, du contrevenant et de la punition peut suggérer des idées et des hypothèses nouvelles.

Criminalité et droit coutumier

Il existe des sociétés/communautés où la manière dominante de répondre à la criminalité est pacifique. C'est une méthode pacifique au sens où l'objectif principal de la réponse sociale est *en premier lieu* de ne pas punir l'auteur de l'infraction, mais de l'aider. Et cela est rendu possible parce l'on ne perd jamais de vue les victimes ni le contexte social environnant. En outre, il n'est pas rare que l'acte délictueux soit considéré, non comme une infraction au sens pénal du mot en Occident, mais comme une blessure qui doit être soignée. Comme Rouland l'a observé avec acuité, « ... *en matière délictuelle, c'est moins la faute qui est sanctionnée que l'absence de réciprocité et d'équilibre des comportements entre le droit et les obligations*²³ » À son tour, cette conception influe considérablement sur le rôle de la justice dans la détermination des peines. Le résultat final étant une solution acceptable par toutes les parties concernées, une attention constante est donnée tant à la restauration (un processus qui rétablit les relations personnelles endommagées et les liens dans la communauté) qu'à la réparation (le processus de rectification des choses en faveur de la victime).

Il va sans dire que les termes utilisés dans ces pratiques juridiques sont souvent les mots de tous les jours. D'importantes notions juridiques de droit occidental n'ont pas d'équivalence dans le droit traditionnel, et de la même manière, la pensée juridique traditionnelle suit des voies différentes de celles que nous utilisons habituellement en Occident.

Le processus pénal chez les Navajos : un processus d'établissement de la paix

Selon les Navajos, la réponse à une infraction s'appuie fondamentalement sur l'idée que le but d'un procès est l'établissement de la paix. Comme le dit Yazzie, juge en chef de la nation Navajo, « notre politique en matière de détermination des peines prévoit de faire la paix *avant* de porter plainte, *après* le dépôt de la plainte, *avant* de déterminer la peine et *après* le

²² Voir Michael Gilbert et Steve Russell, "Globalization of Criminal Justice in the Corporate Context", *Crime, Law & Social Change*, Vol. 38, 2002, pp. 211-238.

²³ Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, Presses Universitaires de France, Paris, 2^{ème} edn, 1990.

prononcé de la peine²⁴». Le rôle central que joue l'établissement de la paix et la priorité donnée à la restauration des relations sociales reflètent une manière très spécifique de considérer l'auteur d'une infraction. La réponse à la question « Qui est-il ? » est celle-ci : « C'est quelqu'un qui ne manifeste guère de considération pour des relations justes. Cette personne n'éprouve que peu de respect pour les autres. Les Navajos, en parlant d'une telle personne, disent qu'elle « agit comme si elle n'avait pas de famille²⁵ ». Mais dans la manière de penser des Navajos, explique le chef Yazzie, lorsque quelqu'un agit de cette façon, « les membres de sa famille ont une certaine responsabilité : c'est une honte d'avoir quelqu'un de sa famille qui agit contre les autres. Ce comportement blesse vos relations avec les autres. Ainsi, vous assumez la responsabilité des actes commis par un de vos proches. Il en va de même des victimes. Si quelqu'un de ma famille est blessé, j'ai la responsabilité d'intervenir et d'apporter mon aide²⁶ ». Lorsque cela se produit, les membres de la famille sont réunis et un agent de la paix est nommé.

Et c'est alors que commence un processus essentiel dans toute procédure, qui consiste à « mettre les choses au clair », auquel participent non seulement les parents, des deux côtés, mais également les amis, les voisins et toute personne impliquée dans l'affaire. Après une prière, généralement prononcée par un ancien, les participants sont invités à raconter ce qui est arrivé et à exprimer ce qu'ils ressentent à ce sujet. Lorsque tout le monde a parlé, l'agent de la paix applique la coutume (« formes de précédents que chacun respecte ») au problème. Il est important de noter que ce n'est pas un cas de médiation : l'agent de la paix a une opinion très claire sur ce qu'il a entendu pendant le temps où « les choses étaient tirées au clair ». Enfin, après la prière, lorsque toutes les émotions ont été exprimées, les personnes parviennent généralement à une décision consensuelle sur l'action à entreprendre ; elles signent un document et planifient ce qui doit être fait concrètement.

Pendant ce temps, quelque chose de très important se passe entre la victime et l'« agent de probation » traditionnel (qui est, dans la plupart des cas, un parent de la victime). Le problème de la restitution (en navajo, *nalyeeh*, qui peut se traduire par « restitution » ou « réparation ») est soulevé. L'objectif n'est pas de réprimander l'auteur de l'infraction mais de corriger son action. La négociation qui suit²⁷ aboutit à la détermination d'un montant qui, souvent, n'est que symbolique. En conclusion – pour utiliser une fois encore les mots de Yazzie –, « l'établissement de la paix... amène les contrevenants à regarder en eux-mêmes et à examiner les conséquences de leurs actions. Nombre de programmes d'assistance aux victimes oublient que celles-ci ont une famille, et que les familles sont une des meilleures ressources en matière d'aide. En bref, voilà la réponse des Navajos à la criminalité²⁸. »

La position des Hawaïens autochtones à l'égard du droit (le *ho'oponopono*)

Le trait fondamental de la culture hawaïenne « est la préférence constante des Hawaïens pour le recours à un style d'interaction sociale qui souligne la nécessité de préserver l'harmonie interpersonnelle et d'éviter le conflit ouvert²⁹ ». Le *ho'oponopono* est précisément une

²⁴ Voir Robert Yazzie, "The Navajo response to crime", *Justice and Healing*, Vol. 3, N° 2, pp. 1-4, 1998:3. (italique ajouté par moi ; traduction CICR.)

²⁵ *Ibid.*, 1998:1, (italique ajouté par moi ; traduction CICR.)

²⁶ *Ibid.* p. 2 (italique ajouté par moi ; traduction CICR.)

²⁷ Parfois, les négociations peuvent être interrompues par l'intervention d'un tribunal non indien, comme c'est le cas dans l'exemple suivant : « Les familles de trois jeunes hommes qui avaient violé une jeune femme navajo [et qui] s'apprêtaient à remettre vingt et une têtes de bétail à la famille de la victime. Cette affaire relevait de la compétence d'un tribunal d'État, qui a refusé d'appliquer l'accord. La femme a eu honte de ne pas recevoir, dans sa famille, un symbole public de son innocence, et elle n'a rien obtenu. » (*Ibid.*, p. 3 ; traduction CICR.)

²⁸ *Ibid.*, p. 4 ; (traduction CICR.)

²⁹ Voir Victoria Shook, *Ho'oponopono*, University of Hawai'i Press, Honolulu, 1985:4 (traduction CICR.)

méthode permettant de faire face à tout événement qui pourrait menacer ou compromettre cette harmonie. Il a donc, en principe, toute une gamme d'applications : des conflits au sein de la famille, aux problèmes sociaux et à l'inadaptation jusqu'au domaine même de la déviation et du crime. Les moments essentiels de cette pratique sont les suivants : une *ouverture*, comprenant l'évaluation et la préparation des participants ainsi qu'un énoncé formel du problème ; une *discussion* qui aboutit à l'identification du problème ; une *résolution* au moyen de la confession, du pardon et, si nécessaire, de la restitution ; une *clôture*. De toutes ces phases, aucune n'est plus importante que l'autre ; elles se succèdent, l'une après l'autre, dans une logique visant à exercer un contrôle intrinsèque sur « l'importance que le groupe accorde aux valeurs de coopération, confiance et interconnexion, qui sont implicites dans le *ho'oponopono*³⁰ ». Et une des tâches principales du chef, traditionnellement un ancien de la famille ou un étranger respecté, consiste à assurer cette interconnexion.

Aujourd'hui, ce qui rend cette méthode particulièrement intéressante pour nos objectifs est son utilisation dans différents environnements où les gens ne faisaient pas partie de la communauté hawaïenne et chez des sujets n'ayant pas de liens sociaux. Il est difficile d'expliquer en détail dans quelle mesure cette méthode a été un succès. Cela a certainement à voir avec les processus culturels qui aident à transcender les frontières culturelles. Ce que nous pouvons dire ici est quelque chose d'assez évident, c'est-à-dire que le transfert d'un processus autochtone de règlement d'un problème dans un autre contexte culturel est voué à l'échec si nous n'avons pas une connaissance du « savoir local ». Cela signifie – pour commencer – qu'il faut reconstruire la scène socioéconomique et culturelle où s'est produit l'événement (quel que soit le problème), que nous avons l'intention d'aborder. Il s'agit donc de faire un tableau de la situation afin d'établir, par exemple, si d'autres systèmes juridiques existent parallèlement au système dominant et de déterminer quel type de justice s'exerce. Des concepts fondamentaux, tels que l'*infraction*, l'*auteur de l'infraction* et la *victime*, n'ont peut-être pas le sens que nous leur donnons habituellement.

Cette question peut devenir cruciale lorsque nous sommes confrontés à des groupes fermés, comme les unités militaires, les équipages, les équipes, etc., qui sont des groupes ayant tendance à élaborer leurs propres codes normatifs, parfois en opposition au système juridique officiel. Il en résulte que les actes criminels commis par les membres d'un groupe ne sont plus considérés comme tels. Par exemple, les principes de solidarité et de loyauté peuvent exercer, sur un groupe de porteurs d'armes, une pression tellement forte que des violations du droit humanitaire commises par certains de ses membres ne sont plus perçues comme telles ou se justifient au nom de ces valeurs. Dans ce cas, il se produit un affrontement entre une certaine éthique militaire³¹, d'une part, et le droit, de l'autre.

Je conclurai cette section en soulignant que l'idée d'aider l'auteur d'une infraction à « rectifier les choses » n'est pas totalement étrangère au mode de pensée occidental en matière de criminologie et de droit ni à la pratique des tribunaux. En fait, au cours des vingt dernières années, des programmes de réparation et de réintégration ont été menés sur la base de théories étiologiques qui mettent l'accent sur le rôle central que jouent la communauté et les liens familiaux. C'est, par exemple, le cas du concept de la honte « réintégrant » (ou honte comme instrument de réintégration), introduit par Braithwaite³². En bref, l'argument de l'auteur est le suivant : les taux de criminalité varient en fonction des différentes manières dont est perçue la honte pour une mauvaise action. Au Japon, où la honte exerce un pouvoir extraordinaire sur les citoyens, les taux de criminalité sont bas. Cette capacité de prévention est due au fait que

³⁰ *Ibid.*, p. 90 (traduction CICR.)

³¹ Voir, par exemple, Richard A. Gabriel, *To Serve with Honor. A Treatise on Military Ethics and the Way of the Soldier*, Praeger, New York, 1982.

³² Voir John Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

cette société se caractérise par des valeurs telles que le *communautarisme* et l'*interdépendance*, qui réduisent le risque du crime en col blanc comme celui du crime de droit commun. Cependant, la honte, lorsqu'elle stigmatise le déviant, c'est-à-dire qu'elle ne comprend pas de moments de réintégration, devient contre-productive.

Il est difficile de dire dans quelle mesure cette approche est efficace. Les auteurs d'une étude récente réalisée en Russie³³ sont arrivés à la conclusion que les « résultats étaient mitigés. La honte « désintégrant » est associée à une future mauvaise conduite, mais le fait d'être réintégré par la honte laisse lui aussi, incontestablement, présager un projet de crime/déviante » (traduction CICR). Ces « résultats mitigés » sont peut-être dus, comme ces deux auteurs le suggèrent, à une théorie qui nécessite des améliorations ; éventuellement aussi, au fait que la honte n'a sans doute pas la même signification au Japon et en Russie.

Considérations finales

J'aimerais résumer en quelques points ce que j'ai tenté de dire dans ce document.

Premièrement, il semble clair que ni la théorie ni les données empiriques ne soutiennent les affirmations *générales* quant à l'effet dissuasif de la punition – amendes et/ou emprisonnement. Elles mettent plutôt en garde contre un recours généralisé, sans discernement, aux sanctions négatives. Cela étant dit et selon Chambliss, on peut admettre que dans les cas où des sujets, qui ne sont pas engagés particulièrement (acteurs individuels ou collectifs), agissent de manière rationnelle, après avoir pesé le pour et le contre (voir Figure 1, catégorie A), la (menace de) punition puisse avoir un effet individuel préventif. Le fait de savoir si ce type idéal d'acteur peut être identifié à des types spécifiques de comportement criminel – par exemple, la violation du droit humanitaire – et dans quelle mesure, est une question ouverte qui doit être examinée *empiriquement*. En me basant sur le bon sens, cependant, je suis disposé à émettre l'hypothèse que dans des cas où des porteurs d'armes planifient, individuellement ou en groupe, directement ou indirectement, des actions criminelles (un cas typique de comportement instrumental), leur engagement ne doit pas être fort. Les récits de guerre donnent de nombreux exemples de violations répétées du droit humanitaire, commises par les mêmes acteurs, et j'ai tendance à croire que dans un nombre inconnu de cas, les violations sont vécues par leurs auteurs comme un *acte routinier*. Nous savons que même la torture peut être transformée en une tâche ordinaire³⁴.

Deuxièmement – et j'en arrive aux deux exemples anthropologiques de droit traditionnel –, il est évident que le processus d'établissement de la paix des Navajos, contrairement à ce qui s'est passé avec le processus judiciaire en Occident depuis la création de l'État moderne, est solidement axé sur les victimes et sur les relations sociales dans leur environnement. Pour les Navajos, le conflit appartient à toutes les parties à ce conflit. Pour l'exprimer avec les termes de Christie, le conflit est leur *propriété*³⁵. Une conséquence qui en découle est que, d'une part, les effets potentiellement perturbateurs d'une confrontation limitée uniquement à l'auteur de l'infraction et à la victime sont fortement réduits. D'autre part, le fait même que la « propriété du conflit » est *commune*, au sens où elle appartient à tous les acteurs de la scène judiciaire, tend à encourager une solution au conflit qui n'est plus limitée à la relation contrevenant/victime, mais est ouverte et englobe le tissu social plus

³³ Voir Ekatarina V. Botchkovar et Charles C. Tittle, "Crime, shame and reintegration in Russia", *Theoretical Criminology*, Vol. 9 (4), 2005, PP. 401-442.

³⁴ Il existe aujourd'hui une quantité considérable de données sur ce que l'on a appelé la « banalisation du mal », voir Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme ; Eichmann à Jérusalem*, Gallimard, Paris, 1963/2002 ; ou la « normalité du mal », voir Cottino, notes 8 et 20 ci-dessus.

³⁵ Voir Nils Christie, "Conflicts as property", *The British Journal of Criminology*, Vol. 17, No. 1, 1977, pp. 1-15.

vaste. Si cela peut raisonnablement être considéré comme un objectif primordial pour tout système judiciaire, alors les Navajos ont quelque chose à nous apprendre.

Ce que je viens de dire est vrai également pour la méthode hawaïenne du *ho'oponopono*. Mais dans ce cas, un autre point doit être pris en compte. Il est frappant de constater que cette méthode traditionnelle de gestion des conflits semble fonctionner même lorsque les parties concernées appartiennent à des cultures différentes et/ou ne sont pas reliées par des liens de parenté ou autres liens sociaux. Maintenant, sans nier combien problématique peut être le transfert d'un processus autochtone, non occidental, de règlement des problèmes, dans un contexte culturel différent, il me semble que cela vaut la peine de laisser la porte ouverte à de nouvelles études et expérimentations, en prenant les précautions qui s'imposent.