

Entre le punitif et le réhabilitatif : Pour une théorie de la "Justice restaurative"

(Devoir avec M. le Prof. Michel VAN DE KERCHOVE)

INTRODUCTION GENERALE

Dans un entretien avec le premier président de la cour de cassation française, M. Guy CANIVET, sur la question de la justice des années 2000, celui-ci répond : « *Nos concitoyens aspirent essentiellement à ce que la justice soit assurée comme un service, davantage qu'exercée comme un pouvoir. (...) Chacun admet que la vie sociale est pénalisée à l'excès. Il faudrait donc ne sanctionner pénalement que lorsque la volonté délictuelle est avérée ou lorsque la faute est d'une gravité telle que les conséquences dommageables ne pouvaient être ignorées, autrement dit un retour à une compréhension morale de la culpabilité morale...* ».

Pour sa part, Jacques COMMAILLE écrit : « *la justice est un des problèmes au cœur des mutations de la régulation sociale et de la régulation politique des sociétés industrielles, comme en témoignent à la fois ses incertitudes croissantes dans l'exercice de ses fonctions régaliennes et, en même temps, ce qu'on a pu appeler une «judiciarisation» des problèmes de société et une «judiciarisation» du politique* ».

Ces questions - disons plutôt - cette problématique de la justice des années 2000 nous a littéralement assaillies.

Dès lors, elle n'a cessé de hanter notre esprit, au point de l'inhiber par moment. Mais, peu à peu, et grâce à la découverte d'une littérature abondante des auteurs tels que Michel Van de KERCHOVE, Philippe Robert, Lode WALGRAVE, Mylène JACCOUD, Françoise TULKENS, bref à travers les exemples belges, français, canadiens, anglo-

saxon etc., la tempête s'est apaisée, rendant possible la délimitation et la conviction de notre approche.

Nouveau paradigme dans le champ de l'intervention et des politiques pénales, la justice réparatrice est en voie de transformer radicalement les réponses conventionnelles au phénomène de la délinquance inspirée par des principes punitifs et réhabilitatifs. Elle redéfinit le crime comme un conflit que les principaux concernés, c'est-à-dire victimes et contrevenants, sont conviés à résoudre.

Ainsi donc, la médiation (notamment les programmes de réconciliation entre contrevenants et victimes) ou ce que nous appellerons justice «*restaurative* » (nous empruntons le terme à Lode WALGRAVE) forme le processus le plus souvent associé à cette forme de justice.

L'objet et l'intérêt de notre réflexion qui ne sont que le début d'un long cheminement, nous amèneront à organiser notre étude autour de deux axes principaux.

D'une part, nous plaiderons pour une justice «*restaurative* » (I).

D'autre part, si la justice «*restaurative* » contient le potentiel pour parvenir à une justice plus juste envers les victimes, plus rassurante pour les communautés et plus réintégrant pour les délinquants, il n'en demeure pas moins que celle-ci reste encore un terrain de recherche.

Ce qui nous amènera à évoquer tout naturellement les limites d'une telle théorie (II).

I - Pour une théorie de la justice «*restaurative* »

Il s'agira ici, non seulement de proposer un essai de construction d'un paradigme pénal : la justice restaurative (A) mais aussi et surtout de lui donner un contenu (B).

A - Essai de construction d'un nouveau paradigme pénal

Qu'entend-on par paradigme ? C'est en ces termes que Philippe Robert introduit sa réflexion sur les normes pénales.

Le paradigme au sens large, nous dit KUHN ,est l'ensemble des croyances, valeurs reconnues, techniques et méthodes qui sont communes aux membres d'un groupe scientifique donné.

Au sens étroit, le paradigme est un élément particulier de cet ensemble : la solution d'une énigme concrète qui, s'avérant particulièrement illustrative, est utilisée par les chercheurs comme modèle ou exemple commun pour la résolution d'autres énigmes qui surgissent dans le développement de la discipline.

Le choix de notre solution s'inscrit parfaitement dans cette définition du paradigme.

En effet, au cours de la dernière décennie, la justice restaurative s'est manifestée progressivement comme un thème et un terrain de recherches criminologiques très important dans les débats sur les réformes de la justice pénale et la justice des mineurs. Plusieurs définitions et interprétations de la justice restaurative existent actuellement.

Dans une définition récente, Tony Marshall définit la justice restaurative comme « *a process whereby the parties with a stake in a particular offence come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offence and its implication for the future* » . Si cette définition a l'avantage d'exprimer la richesse humaine et constructive du processus restauratif (car c'est de la justice restaurative comme processus dont il s'agit ici), Bazemore et WALGRAVE la trouvent trop restreinte. Ainsi, ils proposent une autre définition plus simple : « *restorative justice is every action that is primarily oriented towards doing justice by restoring the harm that has been caused by a crime* ».

On l'aura compris : selon ce paradigme, on doit d'une part, considérer le problème posé par un délit sous l'angle du préjudice qu'il a causé et non sous l'angle de la transgression d'une norme juridique (selon la justice punitive) ni sous l'angle des besoins du délinquant (selon la justice réhabilitative).

La fonction principale de la réaction sociale n'est ni de punir, ni de traiter ou de protéger, mais bien de créer des conditions pour qu'une réparation et / ou une compensation raisonnable des préjudices puissent se réaliser.

D'autre part, on retrouve le problème de la conception préventive de la peine traitée par les auteurs comme Platon, Beccaria, Bentham, Durkheim..

Des problèmes qui sont aussi repris par le professeur M. Van de Kerchove.

L'opposition binaire entre le passé et le futur est bien présente ici.

Pour notre part, trois raisons essentielles expliquent le choix d'un tel paradigme.

D'abord, la notion de justice peut avoir deux significations. Elle renvoie d'une part à une conception morale. Elle se réfère au fait d'être juste, équitable, honnête. Il s'agit ici de l'évaluation d'une situation ou d'un comportement selon des critères moraux. Dans ce sens, la justice restaurative vise à obtenir une satisfaction optimale de toutes les parties concernées. Les victimes ont l'occasion d'exprimer leur peur et leur indignation et d'obtenir le soutien de la communauté et une attention spécifique à leurs souffrances et dommages. Les délinquants sont écoutés correctement, leurs droits sont respectés et ils ont l'occasion de réparer d'une façon raisonnable et constructive les dommages occasionnés par leurs actions.

D'autre part, la notion de justice réfère à la légalité. La justice restaurative signifie dans ce cas que les processus et les résultats restauratifs sont conformes aux protections juridiques.

Cette conclusion n'est pas acceptée par tous les partisans d'une justice restaurative. D'aucuns adoptent une conception minimaliste de la justice restaurative, d'autres plaident pour une conception maximaliste.

Ensuite, le paradigme restauratif contient plus qu'une reformulation des actes illégitimes par le droit civil. Le droit civil s'applique dans un conflit entre deux citoyens. Il ne s'agit que de façon réactive après le dépôt d'une plainte d'une des parties. S'il n'y a

pas plainte, la justice civile ne sera pas activée. Or, la justice pénale est proactive. Même s'il n'y a pas plainte, elle peut ouvrir une procédure. Ce qui donne l'impression que toute la vie sociale est judiciaire à l'excès. Le droit pénal - ou encore - la justice pénale doit au lieu de continuer à parler au «*nom de la société* », chercher plutôt à impliquer cette dernière dans la recherche aux solutions concrètes et harmonieuses, condition sine qua non pour la paix sociale.

La justice restaurative, comme alternative à part entière, doit inclure les trois parties c'est-à-dire : la victime, le délinquant et la communauté (locale) ou la société.

Enfin, l'ambition de vouloir développer la justice restaurative pour qu'elle devienne une solution de réchange au système actuel repose d'une part, sur un fondement communautaire qui reste à définir et - peut-être à institutionnaliser - et d'autre part, sur une hypothèse selon laquelle, les processus restauratifs dans une communauté locale aboutiraient à des résolutions plus constructives des conflits. Les délinquants accepteraient plus facilement les sanctions restauratives et ils se réintégreraient mieux dans la communauté après de telles sanctions.

D'ailleurs, on le voit, de plus en plus, l'Europe, l'Amérique, le Canada sont enclins à adopter ces nouvelles formes de règlement de conflits même si le contenu des différentes interventions restauratives reste à construire.

B - Pour un programme de justice <<restaurative>>

Actuellement, la justice restaurative est loin d'être un ensemble complet de pratique basé sur une théorie juridique toute faite. N'empêche que beaucoup de pays et de systèmes ont adopté un ensemble de politiques dans ce domaine.

A l'instar de la plupart des pays occidentaux, le Canada s'est doté, à partir de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, de lois et d'institutions spécifiques pour le traitement des mineurs et des criminels (Trépanier et Tulkens, 1995). Aussi, les professionnels des sciences formés dans les années 1960 et 1970 ont participé d'une façon active aux débats au sujet de la justice et des modèles d'intervention à privilégier.

Aux côtés des objectifs du modèle punitif (rétablir l'ordre moral) ou réhabilitatif (rééduquer), ont émergé peu à peu l'idée que l'intervention doit d'abord permettre la réduction et la réparation des torts (WALGRAVE, 1993). Un tel concept est en outre indissociable d'un mouvement de fond en faveur de la non-judiciarisation ou de la déjudiciarisation des conflits. Il verra la création aux Etats-Unis des Mécanismes alternatifs de règlements des conflits (MARC) .

Au Canada, naissait un Organisme Communautaire se donnant pour objectif d'offrir aux jeunes contrevenants la possibilité de réparer leurs méfaits tout en évitant le processus judiciaire. Connus aujourd'hui sous le nom d'organismes de justice alternative (OJA), près d'une quarantaine d'organisations interviennent auprès des jeunes contrevenants en leur proposant un vaste éventail de mesures, au nombre desquelles figure la médiation.

Au fil des années, les OJA ont cherché à développer un modèle d'intervention visant à permettre à des jeunes ayant commis un geste répréhensible de ne pas avoir à se présenter devant le tribunal ou, le cas échéant, de pouvoir s'amender sous la supervision

d'une tierce personne de sa communauté. Les pratiques d'intervention des OJA (qui disons-le sont reconnus par le gouvernement canadien) se sont ainsi diversifiés et comprennent aujourd'hui différentes mesures allant des travaux communautaires afin de réparer les torts qu'ont engendrés les comportements des délinquants ou criminels.

On parlera alors de réparation symbolique (ou indirecte) dans la mesure où le travail ne bénéficie pas directement à la personne qui a été victime, mais à la collectivité proche du condamné.

Aux côtés des travaux communautaires, différents outils visant la responsabilisation des délinquants ont été développés. Entre autres, la mesure A.A.S (pour «amélioration des Aptitudes Sociales ») peut prendre différentes formes.

Le plus souvent, les adolescents sont invités à prendre part à des activités de créativité et d'apprentissage, à des groupes d'entraide, ou encore à des séances d'information sur les sujets bien précis (drogue, alcool, violences, vol, etc.). D'autres vont participer à des activités de loisirs ou à l'organisation d'un projet (par exemple : nettoyage d'un parc, bénévolat lors d'une fête de quartier etc.).

L'expérience française est aussi riche en cette matière. On parle de plus en plus, de la médiation de quartier, de maison de justice, des boutiques du droit qui sont de véritables projets. Le déploiement rapide de ces projets, associé à la consolidation de la médiation familiale et à ce qui se fait dans les domaines civil et commercial permettent d'envisager le développement de la médiation dans le champ pénal avec optimisme.

A cet égard, les initiatives qui sont mises sur pied en dehors des circuits officiels, de même que les dernières orientations du Ministère de la justice du Québec dans son plan d'action pour 1998-2001 sont extraordinaires.

Selon un bulletin d'information du Ministère de la justice québécoise, le gouvernement entend bien au cours des prochaines années simplifier et moderniser le système judiciaire, favoriser les modes extrajudiciaires de résolution des conflits, accroître la confiance des citoyens et finalement favoriser une justice réparatrice, moins conflictuelle et adaptée aux réalités socio-économiques du pays (l'Heure Juste, édition spéciale avril 1998, P.2).

En Belgique, avec l'« affaire DUTROUX », les auteurs Kuty Olgierd, VRANCKEN Didier et FANIEL Annick écrivaient : « *le discrédit qui frappe la représentation politique et son mode de fonctionnement «au compromis », les grandes institutions, dont la justice, conduit à redéfinir la notion même de responsabilité et de légitimité et à rechercher de nouvelles formes de participation sociale fortement ancrées dans le local, en l'occurrence structurées par «la communauté de voisinage », les solidarités locales et «les familles renforcées »* » S'il est question ici de justice locale, Françoise Tulkens et Michel Van de Kerchove parlent, eux, de «*justice consensuelle* ».

On l'aura compris, l'ensemble de ces initiatives a en commun de proposer des alternatives aux sanctions traditionnelles.

Les «*comités blancs* » pour rester dans cet exemple belge, constituent un remarquable symptôme des exigences de redéfinition des rapports justice-société et politique et une preuve supplémentaire de l'aspiration à une justice «*démocratique* » (il s'agit bien de cela dans notre conception de justice restaurative) régulée «*par le bas* », au retour de la communauté harmonieuse dans laquelle la fonction de la justice endogène est toujours présente.

Enfin, même si nous plaidons pour que la justice restaurative puisse devenir le modèle prioritaire dans la réponse sociale à la criminalité et à la justice pénale, il faudra éviter de verser dans un optimisme béat. Celle-ci reste, pour l'instant bien limitée.

II - Les limites à la justice << restaurative >>

Nous évoquerons très brièvement le caractère très limité des possibilités des réponses restauratives (A) avant d'attirer l'attention sur les risques d'une telle théorie (B).

A - Faut-il exclure l'Etat de la réaction sociale à la criminalité ?

Commençons par deux observations.

Primo, la justice restaurative est un mouvement et un terrain d'expérimentation et de recherche reposant sur un idéal intuitif de justice dans un idéal de société. C'est un programme qui alimente la réflexion théorique et éthique, l'expérimentation et la recherche empirique.

Secundo, pour l'instant, le paradigme de la justice restaurative est vulnérable par la disparité de ses concepts, de ses théories et de ses pratiques. Il faut chercher à développer une théorie normative, ce qui permettrait de rassembler, et de comparer ce qui existe.

Une telle théorie offrirait aussi (écrivent WALGRAVE et BAZEMORE, 1999), un cadre de résistance contre l'utilisation trop facile de modèles qui trouvent leur origine dans l'optique restaurative, mais qui sont appliqués souvent en fonction d'objets punitifs ou réhabilitatifs.

Pour en revenir au rôle de l'Etat dans le maintien de l'ordre dans la société, notons simplement que celui-ci a négligé le rôle des communautés, ce qui a diminué l'intérêt pour la restauration de la paix après un délit. Les gouvernements ont veillé au maintien de l'ordre public d'une façon telle qu'ils ont attisé les conflits dans les communautés et menacé la vie en communauté elle-même, écrivent VAN NESS et Heetderks Strong.

Quoiqu'il en soit, cela n'est pourtant pas une raison suffisante pour exclure l'Etat formel de la réaction sociale à la criminalité. Ceci en effet nous amènerait à une sorte de justice locale, ce qui, selon Crawford, est un «*chemin dangereux* ».

Les relations entre l'Etat et les communautés doivent être repensées. La communauté et l'Etat ont des missions complémentaires dans la répartition des conséquences d'un délit. Ceci nous semble très important.

D'ailleurs, la plupart des auteurs estiment que la communauté souffre aussi des conséquences d'un délit, d'une infraction et qu'elle doit être une partie prenante à la justice restaurative. Cependant, ces auteurs ne parviennent pas à définir ou à concrétiser suffisamment les préjudices dont souffre la communauté.

Deux conséquences peuvent découler de cette vision.

D'une part, on peut craindre que la reconnaissance de la société en tant que victime ne provoque un glissement vers une conception punitive dans laquelle l'Etat s'immiscerait comme étant la victime principale, tout en reléguant la victime concrète à une position subordonnée - c'est ce que redoutait déjà le criminologue Weitekamp.

D'autre part, la société a un rôle à jouer dans la prise en compte des conséquences d'un délit, et il semble préférable de le préciser afin d'éviter une trop grande domination de l'Etat.

Pour VAN NESS et HEETDERKS, l'un des défis les plus délicats de «*l'entreprise restaurative* » est bien de définir le rôle de l'Etat de manière à ne pas entraver les processus relationnels restauratifs, tout en préservant son rôle normatif.

On le voit, loin d'être une solution miracle, la théorie de la justice restaurative doit mettre en place une méthodologie appliquée aux actions restauratives. Aussi, elle n'échappe pas à un certain nombre de critiques qu'il convient d'examiner à présent quelques-unes.

B - Faut-il craindre les effets pervers de la médiation ?

Les différentes critiques portent essentiellement sur les programmes et la politique de médiation. Ainsi, depuis la mise sur pied des programmes de médiation (qu'ils soient le fait des OJA ou des centres de jeunesse) des voix se sont élevées pour critiquer les objectifs mis en place.

Plus récemment encore, WALGRAVE a attiré l'attention sur les risques de voir la pratique de la médiation être détournée de ses intentions premières au profit d'objectifs d'éducation ou de réhabilitation du jeune contrevenant. Ces critiques loin de décourager ont donné au contraire un nouveau souffle à la réflexion entourant la pratique de la médiation. Elles ont ainsi conduit les principaux responsables des programmes à revoir leurs manières de faire.

Certains auteurs plus pessimistes estiment que la médiation contribue à l'oppression d'une des parties. Ces derniers font valoir qu'une telle démarche ne fait que réduire la capacité des gens à reprendre le contrôle sur leurs difficultés. La neutralité du médiateur est particulièrement pointée, ce statut pouvant conduire certains agresseurs à abuser de leur force ou de leur pouvoir en toute impunité.

D'autres pensent que la médiation comporterait des effets pervers en ce qu'elle peut parfois amener un individu à ne pas se prévaloir de ses droits et à ne pas inscrire

une action légale contre son agresseur. Il va sans dire que de telles critiques sont formulées par les groupes de défense des droits de victimes.

Mais au-delà des critiques et des préoccupations qui peuvent être formulées, il importe de reconnaître que la médiation à travers la justice restaurative est un outil de justice sociale pouvant permettre de redonner plus de pouvoir aux communautés dans la gestion des problèmes sociaux et réduire leur dépendance à l'égard des institutions publiques.

Les exemples des comités de médiation de quartier (très répandus aux Etats-Unis) ainsi que des boutiques de droit en France, aujourd'hui reprises sous l'appellation « Maisons de justice » illustrent à merveille cette préoccupation, et méritent l'attention des pouvoirs publics.

CONCLUSION GENERALE

Nous voici rendus au terme de notre réflexion, du moins celle concernant ce travail. Il nous faut conclure.

La justice restaurative, est plus qu'un terrain de recherche. Elle est aussi un mouvement, fondé sur la vision d'une justice idéale empreinte de convictions et de valeurs socio-éthiques. Le mouvement de justice restaurative poursuit des objectifs de changement, ce qui nécessite des réflexions stratégiques.

Il ne suffit pas que la théorie et la pratique soient de haute qualité, encore faut-il que cette qualité soit remarquée et acceptée par les décideurs.

Ainsi, nous osons espérer, qu'une stratégie plus réfléchie et efficace sera mise en place afin de convaincre les décideurs à prendre en compte ce nouveau paradigme.

Orientation bibliographique

(Dir) **Philippe Robert, Francine Soubiran-Paillet, Michel Van de kerchove**, *Normes, Normes juridiques, Normes pénales, pour une sociologie des frontières*, Tome II, édition L'Harmattan, 1997.

M. DELMAS- MARTY «*code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain* », Dalloz-Sirey, 1986.

M. Van de KERCHOVE, «*les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ? Réflexions sur le phénomène de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques* », in J. T., 1985.

Revue Droit et Société numéro 42/43 1999, L.G.D.J.

Revue crime, histoire et sociétés numéro 1, vol.2, 1998.

Revue criminologie volume 32, numéro1, Presses de l'Université de Montréal, 1999.

TULKENS, F., et Van de KERCHOVE, *Introduction au droit pénal, Aspects juridiques et criminologiques*, E. Story-Scientia, 1998.