

« *Le projet démocratique apparaît comme un projet essentiellement incomplet [...]* »

(Veca, 1999, p.105)

## La Justice Restauratrice comme moyen émancipateur

### Résumé

Le but de cet article est de montrer dans quelle mesure, la Justice Restauratrice (JR) et la Médiation Pénale (MP) peuvent être conçues comme des outils légaux, pouvant contribuer activement à la démocratisation des sociétés Occidentales<sup>1</sup>.

### Définitions

Walgrave (2002a; , 2002b) considère la JR comme une conception de la justice essentiellement orientée vers la réparation des dommages causés par un acte. Cette conception « *privilégie toute forme d'action, individuelle et collective, visant la réparation des conséquences vécues à l'occasion d'une infraction ou d'un conflit* » (Jaccoud, 2007)<sup>2</sup>.

La MP peut être définie comme étant un processus formel réunissant deux parties qui, avec l'aide d'un tiers neutre, essayent de trouver une solution au litige qui les oppose (Bonafé-Schmitt, 1992; , 1998; Younes, 2002). Certains soulignent le fait que la médiation est un espace de négociation (Languin, Kellerhals, & Robert, 2006). Pour d'autres, médiation et justice réparatrice sont deux mouvements différenciés porteurs tous deux d'une dynamique « *de transformation des modes de régulation sociale, voir de notre rapport à la norme* » (Cartuyvels, 2003, p.51). Pour Cartuyvels, la médiation « *est l'emblème d'un nouveau modèle de justice fondé sur une rationalité procédurale ou communicationnelle... expression d'une nouvelle manière de penser l'échange et les interactions* » (2003, p.52) ; tandis que la justice réparatrice, qui cherche la pacification des rapports sociaux, est

---

<sup>1</sup> Le terme "Occident" est utilisé ici dans sa connotation géopolitique et non pas géographique. Ainsi, il englobe la majorité des pays européens, les Etats-Unis, le Canada et le Japon. (Il s'agit de ce que Samir Amin appelle « la triade » et que pourrait s'éteindre jusqu'à l'Australie, la Nouvelle Zélande et éventuellement l'Israël et la Corée du Sud).

<sup>2</sup> Le texte de Jaccoud (voir bibliographie), consulté pour rédiger cet article, correspond à la version que l'auteur a soumise à publication. Les citations ont été extraites de ce manuscrit. Le numéro de la page ne peut donc être précisé ici.

spécifiquement une réponse à la crise des finalités de la peine et un reflet de l'importance de la victime dans le procès pénal.

Que la médiation pénale soit une manifestation de la justice restauratrice ou qu'elle incarne un mouvement différent, comme le prétend Cartuyvels (2003), ce qui intéresse ici, c'est qu'elle reflète des valeurs de restauration et de communication qui ne s'exprimaient pas au travers de la justice punitive (JP). Dans toutes les circonstances, la médiation véhicule un nouveau paradigme que va mettre en question le paradigme punitif.

En accord avec Pires (1998; , 2001), c'est l'exigence de prescrire le mal qui constitue le paradigme de la JP. Pour la JP, la nécessité de punir est tellement ancrée qu'elle « *rend quasi impossible la tâche de penser le système pénal (ou le crime) sans un attachement exclusif à la peine afflictive...* » (Pires, 2001, p.183)<sup>3</sup>. Ce qui est vrai sur le plan de la pratique l'est aussi du point de vue de la théorie car « *autant le droit que les sciences sociales vont définir le crime (ou le système pénal) par la peine (afflictive)* » (Pires, 2001, p.183).

## Origine

La réintroduction de la JR dans la culture juridique occidentale a commencé vers les années 80 du siècle passé, à partir de pays comme la Nouvelle-Zélande et l'Australie (Mestitz, 2005; Walgrave, 2002b). Il est certain que le mouvement de décolonisation eut une influence importante dans ce phénomène. Cependant d'autres facteurs y contribuèrent également. Le constat d'échec dans la résolution de certains problèmes comme l'impunité, l'engorgement des prisons et la surcharge des tribunaux, les difficultés de réinsertion des ex-détenus, l'inefficacité à éviter la récidive, l'absence de réponses adéquates face à des délits de corruption et de « col blanc » et face aux incivilités ; tout cela a montré la légitimité de se tourner vers la recherche et la conception d'autres types de réponses. Une multiplicité de facteurs a favorisé l'émergence de la JR, notamment les mouvements critiques des institutions répressives nés en Amérique du Nord dans les années soixante et qui trouvent un écho en Europe à partir des

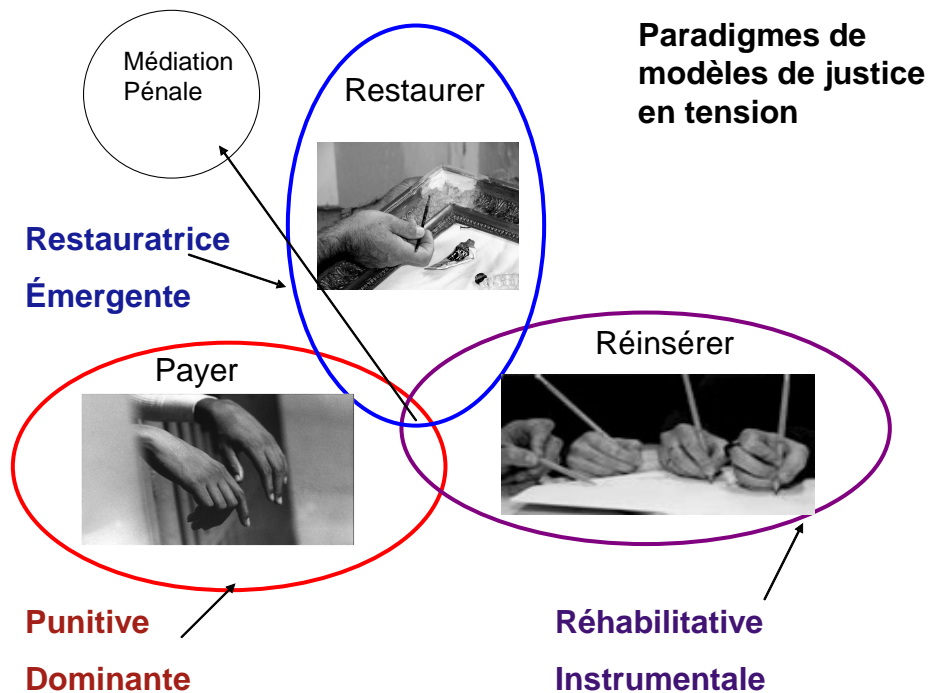
---

<sup>3</sup> La loi étasunienne "*the three-strikes*" est un exemple extrême de cette rationalité. Cette loi établit que "*anyone convicted of three felonies is subject to a mandatory prison sentence of 25 years to life*" (Sidanius & Pratto, 1999, p.332).

travaux de Foucault (1975). Les mouvements en faveur des droits des victimes ont eu également une influence importante dans l'introduction de réponses restauratrices (Faget, 1997).

### Imbrication des modèles

Trois modèles de justice coexistent actuellement: une JP dominante, une justice réhabilitative, apparue avec la révolution française (Broussole, 1978) et instrumentalisée par la JP et finalement la JR émergente. Ces trois modèles sont profondément imbriqués au niveau de leur fonctionnement et au niveau représentationnel. Leurs rapports peuvent être schématisés avec les images suivantes :



Les observations de Daly (2002) éclairent également l'imbrication de ces trois modèles. Daly a étudié les "family group conferences". Lors de ces

rencontres, les personnes concernées par une infraction, seront accompagnées par leurs entourages respectifs qui contribueront à la recherche d'une solution. Daly a constaté que les participants poursuivaient en même temps différents types d'objectifs par rapport à la justice, notamment:

- Des éléments de JP comme la censure pour les délits passés.
- Des éléments de justice réhabilitative, p. ex. en demandant que peut être fait pour encourager le respect de la loi dans le futur.
- Des éléments de JR, p. ex. en demandant que peut faire le mis en cause pour la victime.

Comme le “family group conferences”, la MP peut aussi être considérée comme une instance de régulation « hybride » située à l'intersection entre le droit pénal avec son formalisme contraignant et la morale, a priori informelle. Egalement, la MP se trouve à la jonction de trois modèles de justice. La MP peut avoir un rôle d'intermédiation entre droit et morale, confirmant l'intuition de Santos (2004) quand il écrit que *« la perspective du topos de la parole écrite est principalement juridique, tandis que celle du topos de la parole orale est, surtout, morale »* (p.171). De la même façon, Harris (cité par Braithwaite, 2006), montre que des sentiments moraux comme la honte ou la culpabilité, exprimés lors des procédures restauratrices, peuvent se traduire par de l'empathie envers l'autre partie et contribuer ainsi à la réduction de la délinquance et à la création de lien social

### **La médiation pénale comme outil émancipateur**

La MP peut être utilisée comme une pratique emblématique de la JR. A ce titre, il est intéressant d'évoquer les aspects pour lesquels elle peut être considérée comme un outil démocratique. La MP est émancipatrice car :

- Elle est un espace de reconnaissance. Participer à une MP suppose une décentration pour les deux parties d'un conflit. La résolution d'un conflit juridique à travers la MP mobilise certaines compétences des parties concernées qui ne s'inscrivent pas dans le droit étatique et ont un caractère moral. Ces normes émanent des parties et ne peuvent être

réduites à un cadre normatif unique, autrement dit les parties doivent créer un autre espace dans lequel elles pourront se confronter pacifiquement. Younes (2002) parle à ce sujet de « *l'espace de la reconnaissance* » (p.59).

La MP implique la reconnaissance de l'autre et de son droit. Dans le même sens, Habermas pense que « *toute dissension sur les normes, même lorsqu'elle s'exprime en utilisant les moyens de la discussion, prend racine dans la lutte pour la reconnaissance* » (Habermas, 1986, p.127). La MP offre donc l'espace nécessaire à l'expression des points de vue (paradigme communicationnel) et, en même temps, à la reconnaissance civilisée d'un intérêt individuel ou collectif (paradigme de la négociation efficace). De cette façon, la MP peut être conçue comme un espace d'actualisation du droit.

- En suscitant la négociation, la MP permet le développement de « l'éthique de l'hospitalité » (Pavlich, 2002). Le médiateur souhaite la bienvenue aux protagonistes et présente les règles très générales qui doivent régir leur communication. Il facilite les échanges et prend soin de ne pas déposséder les parties de leur conflit et de sa gestion. Cet espace de négociation est un lieu neutre, dans lequel chaque partie est à la fois chez elle et chez l'autre et se doit alors de respecter les règles de l'hospitalité qu'elle accorde et qu'elle reçoit en même temps. Pavlich (2002, p.10), souligne un paradoxe étymologique. Selon lui, le mot hospitalité contient des traces de son opposé : hostilité, (hostis) qui peut être à la fois l'étranger et l'ennemi. La reconnaissance de l'autre va se jouer dans une tension entre le devoir d'hospitalité envers celui que l'on accepte de rencontrer et l'hostilité contre celui avec qui l'on est en conflit. La médiation est le moment et le lieu paradoxal et contradictoire où cette tension peut se jouer, sans forcément se résoudre ou se dissoudre, dans la civilité et en dehors de la contrainte étatique (ou du moins dans ses limites).

- La MP est un espace d'émancipation politique. Santos (2002) pense que la modernité occidentale repose sur la tension dynamique entre le « pilier » de la régulation qui assure l'ordre et le « pilier » de l'émancipation qui véhicule les aspirations pour un ordre et une société meilleurs à l'avenir. Pour Santos, il est nécessaire de rétablir l'équilibre entre les deux « piliers » car depuis longtemps la régulation a pris l'ascendant, freinant ainsi les innovations. Selon Santos, le premier pas pour rétablir l'équilibre entre régulation et émancipation dans le domaine juridique consiste à accepter que l'élaboration légitime du droit n'incombe pas uniquement à l'Etat. La médiation est émancipatrice dans la mesure où elle est une des instances privilégiées pour entreprendre la séparation entre le droit et l'Etat réclamée par l'auteur portugais.

La *dissociation* entre l'Etat et le droit ne doit pas être entendue comme une libéralisation de la politique pénale à la façon dont les Etats-Unis privatisent leurs prisons (Christie, 2003). Ce qui est proposé ici n'est pas la marchandisation de la question pénale, mais bien au contraire la possibilité pour tout un chacun d'avoir une influence réelle sur la gestion de ses conflits, même les plus graves, avec autrui ou avec la collectivité, en diminuant progressivement l'influence de l'Etat et surtout, en s'affranchissant graduellement du marché. En effet, les sociétés libérales sont des sociétés à *deux vitesses* (voire plus), dans lesquelles l'accès à la santé, au logement, à l'emploi, à l'éducation (Bentolila, 2000a, 2000b; Bergounioux, 2006; Bourdieu, 1998; Bourdieu & Passeron, 1970), mais aussi à la justice (Foucault, 1975; Zinn, 2007), dépend de la position sociale et/ou de l'argent dont dispose une personne. En effet, ce n'est pas la même chose d'avoir un avocat commis d'office que de pouvoir se payer un ténor du barreau. Le rôle émancipateur du paradigme restaurateur pourra être réalisé pleinement seulement une fois qu'une culture restauratrice se sera instaurée, ce qui demandera un changement dans les représentations sociales que la population se fait de la justice.

- La MP est un espace de “empowerment” ou de prise de pouvoir. Dans ce sens, des études empiriques montrent que lors de certaines procédures restauratrices “adults womens voices, particularly mother voices, are greatly empowered by the conference process” (Braithwaite, 2006, p.395). En s’appropriant la gestion de leur conflit, les participants évitent la tutelle pénale de l’Etat et deviennent acteurs, sujets de parole et du droit qu’ils construisent.
- La MP est également un espace de libération de la parole. Le procès pénal est peu démocratique et très technique ; à la différence de la procédure restauratrice, il ne laisse guère de place aux interventions du plaignant ou de l’accusé, concentrant la parole et le pouvoir sur les avocats et le juge. Les conditions ne sont donc pas propices à la participation de profanes. La MP par contre permet la participation libre et spontanée de toutes les personnes concernées, de près ou de loin, par le conflit.
- Psychologiquement parlant, la MP est aussi un espace d’émancipation. En effet, l’accusé peut (aussi) éventuellement *se libérer* du sentiment de culpabilité pendant que la partie lésée peut se décharger de la rancune et élaborer le deuil pour sa perte, le cas échéant.

### **En guise de conclusion**

Certains auteurs comme Walgrave (2002b) revendiquent la possibilité d’employer la coercition, principe indissociable de la JP, dans le cadre de la JR. Selon cette perspective, “*Restoration is the key objective. In many cases, agreement cannot be reached or may be insufficient [...] Coercition may then be considered, but so far as possible it must still primarily serve restoration*” (Walgrave, 2002b, p.194). Ainsi, le changement de paradigme de la MP, présuppose aussi le transit vers une nouvelle rationalité « non pénale ». La société pourra être protégée par une justice pouvant employer la force comme ultime recours, mais sans lier le rôle protecteur avec l’obligation de punir (faire souffrir) les déviants.

Références bibliographiques

- Bentolila, A. (2000a). *L'école face à la différence*. Paris: Nathan.
- Bentolila, A. (2000b). *Le propre de l'homme. Parler, lire, écrire*. Paris: Plon.
- Bergounioux, P. (2006). *Ecole : mission accomplie*. Paris: Les Prairies Ordinaires.
- Bonafé-Schmitt, J.-P. (1992). *La médiation, une justice douce*. Paris: Syros.
- Bonafé-Schmitt, J.-P. (1998). *La médiation pénale en France et aux États-Unis*. Paris: L.G.D.J.
- Bourdieu, P. (1998). L'essence du néolibéralisme. Version électronique : <http://www.monde-diplomatique.fr/1998/03/BOURDIEU/10167>  
Consulté le 13 février 2006.
- Bourdieu, P., & Passeron, J.-C. (1970). *La reproduction : éléments pour une théorie du système d'enseignement*. Paris: Les Éditions de Minuit.
- Braithwaite, J. (2006). Doing Justice Intelligently in Civil Society. *Journal of Social Issues*, 62 (2), 393–409.
- Broussole, P. (1978). *Délinquance et Déviance*. Toulouse: Privat.
- Cartuyvels, Y. (2003). Comment articuler « médiation » et « justice réparatrice » ? In M. Jaccoud (Ed.), *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences ?* (pp. 51-74). Paris: L'Harmattan.
- Christie, N. (2003). *L'industrie de la punition*. Condé-sur-Noireau (Calvados, France): Éditions Autrement.
- Daly, K. (2002). Restorative justice : The real story. *Punishment Society*, 4(1), 55-79.
- Faget, J. (1997). *La médiation. Essai de la politique pénale*. Ramonville Saint-Agne, (France): Éditions Érès.
- Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir, Naissance de la prison*. Paris: Gallimard.
- Habermas, J. (1986). *Morale et communication*. Paris: Éditions du Cerf.
- Jaccoud, M. (2007). Justice réparatrice et réforme de l'action pénale. In P. Noreau, M. Rioux, G. Rocher & P. Laborier (Eds.), *Les réformes en santé et en justice : le droit et la gouvernance (titre provisoire)*. Québec: Presses de l'Université Laval.
- Languin, N., Kellerhals, J., & Robert, C.-N. (2006). *L'art de punir. Les représentations sociales d'une « juste » peine*. Genève: Schulthess.
- Mestitz, A. (2005). A comparative perspective on Vicim-Offender Mediation with youth offenders throughout Europe. In A. Mestitz, S. Ghetti (Ed.), *Victim-Offender Mediation with Youth Offender in Europe*. (pp. 3-20). Dordrecht (Netherlands): Springer.
- Pavlich, G. (2002). Towards an ethics of restorative justice. In L. Walgrave (Ed.), *Restorative Justice and the Law* (pp. 1-18). Cullompton, Devon (UK): Willan Publishing.
- Pires, A. (1998). La formation de la rationalité pénale moderne au XVIIIe siècle. In F. D. C. Debuyst, F., A. Pires (Ed.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine* (Vol. (Vol 2). ). Bruxelles: De Boeck.
- Pires, A. (2001). La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique. *Sociologie et Sociétés*, XXXIII, 1, 179-2004.



- Santos, B. d. S. (2002). *Toward a New Legal Common Sense* East Kilbride, (Scotland): Butterworths LexisNeris.
- Santos, B. d. S. (2004). *Vers un Nouveau Sens Commun Juridique* Paris: L.G.D.J.
- Sidanius, J., & Pratto, F. (1999). *Social Dominance*. Cambridge: University Press.
- Veca, S. (1999). *Ethique et politique*. Paris: PUF.
- Walgrave, L. (2002a). From community to dominion: in search of social values for restaurative justice. In E. W. a. H. J. Kerner (Ed.), *Restorative Justice. Theoretical foundations* (pp. (Chapter 5, pp. 71 - 89.)). Cullompton, UK: Willan Publishing.
- Walgrave, L. (2002b). Restorative justice and the law: socio-ethical and juridical foundations for a sytemic approach. In L. Walgrave (Ed.), *Restorative Justice and the Law* (pp. pp. 191 - 218). Cullompton, UK: Willan Publishing.
- Younes, C. (2002). Médiation, subjectivisation de la norme et décentrage du sujet. In C. Younes, Le Roy. (Ed.), *Médiation et diversité culturelle. Pour quelle société ?* (pp. (pp. 51 - 65)). Paris: Éditions Karthala.
- Zinn, H. (2007). *A Power Governments Cannot Suppress*. San Francisco: City Lights Books.