

**Les fantômes français de la restorative justice:
L'institutionnalisation conflictuelle de la médiation**

Jacques Faget

CERVL, Institut d'études politiques de Bordeaux (France)

Le concept de restorative justice est en France relativement peu connu, voire ignoré, par les universitaires comme par les praticiens. Les raisons de cette méconnaissance sont diverses. La première est linguistique. Le concept a été forgé dans les pays anglophones et il n'existe pas d'ouvrage spécifiquement consacré à la restorative justice en langue française. Les quelques ouvrages ou articles de revue qui en évoquent le contenu le font de façon accessoire (Cario 2001, Faget 1997). La deuxième raison est historique et politique. La restorative justice a pris naissance dans des pays très fortement marqués par la colonisation (Australie, Nouvelle Zélande, Etats-Unis, Canada) dans lesquels la justice étatique post-coloniale fut incapable de solutionner autrement que par la répression l'inadaptation des peuples autochtones. Face à cette impasse la revalorisation de traditions normatives communautaires fut un moyen de faire droit aux revendications identitaires de ces peuples (Jaccoud 2003). Or le contexte colonial français, pour des raisons économique et politiques qu'il serait trop long d'évoquer ici, est fort différent. La troisième raison est institutionnelle. Le modèle français de « social justice », construit à partir de 1945, fut à l'avant-garde des systèmes occidentaux (Faget 1992) et, même s'il s'est essouffé, les praticiens (juges des mineurs, travailleurs sociaux) gardent le sentiment qu'ils possèdent un éventail suffisant de mesures éducatives et n'expriment pas le désir de rechercher ailleurs de nouvelles méthodes d'action. La quatrième raison de cette ignorance est conceptuelle. Vu de France ou des pays francophones le concept de restorative justice paraît, à ceux qui le connaissent, trop confus pour être diffusé. Conçu d'abord en opposition au système punitif (Zehr 1990), puis au modèle thérapeutique et éducatif (Walgrave 1994), on ne sait pas vraiment s'il doit être compris comme une volonté réformatrice d'humaniser les réponses judiciaires (ce que laisse supposer l'expression restorative justice), comme une stratégie de lutte contre les fondements expiatoires du système pénal ou comme l'ambition de disséminer les pratiques restauratives dans tous les domaines de la vie sociale.

Ces arguments expliquent l'existence fantomatique de la restorative justice dans les pays francophones et en particulier sur le territoire français. On préfère au Québec parler d'une justice réparatrice accordant la priorité à la réparation des torts causés par une infraction et invitant les auteurs et les victimes à négocier avec le concours de la communauté des solutions au conflit (Jaccoud 2003). En Belgique wallonne certains réfutent l'utilité du concept de restorative justice trop spécifiquement pénal pour préférer celui de médiation, dont la richesse heuristique est plus grande car il est « l'emblème d'un nouveau modèle de justice négociée » induisant « une mutation de notre rapport à la norme et à l'autorité » (Cartuyvels 2003). En France, Bonafé-Schmitt a proposé le terme de justice compréhensive pour désigner un mode de gestion des conflits fondé sur une rationalité de nature communicationnelle (Bonafé-Schmitt 2003). Toujours est-il qu'on ne parle jamais de restorative justice mais seulement de médiation.

Ma réflexion sur l'institutionnalisation de la restorative justice pourrait s'arrêter sur ce constat. Je préfère cependant parler de son invisibilité et de sa présence fantomatique que de son inexistence. Car si les mots pour les désigner sont différents, il existe, tout au moins dans les pays occidentaux, des pratiques sociales qui partagent une même philosophie. Parvenus à un même stade de leur histoire institutionnelle et sociale ces pays ressentent le même besoin d'inventer de nouvelles façons de « faire société » (Donzelot, Wyvekens, Mevel 2003), de recourir à des modes fluides et flexibles de gestion de la complexité sociale (Faget 2005).

L'analyse de la restorative justice « à la française » se heurte à la difficulté de définir précisément son objet. Choisir une conception extensive apparaît a priori pertinent car on ne peut séparer l'essor de la médiation pénale de celui de l'ensemble des médiations. La France a en effet connu depuis le milieu des années 80 mais surtout dans les années 90 une explosion spectaculaire de pratiques de médiation (familiales, judiciaires, sociales, interculturelles, scolaires, de quartier, d'entreprise, du travail, de la consommation, de la santé ...). Elles se sont développées parfois sans cadre conceptuel ou en s'appuyant sur des fondements disparates mais leur développement témoigne d'une transformation globale des modes de gouverner la société (Faget 2005). Mais cette conception extensive s'éloignerait trop de la problématique de cet ouvrage. On peut alors préférer une conception restrictive de la restorative justice et centrer le propos sur le champ pénal. Pourtant là encore rien n'est clair. La « social justice » à la française (Faget 1992) a multiplié depuis 1945 les innovations pédagogiques rompant avec les logiques répressives de l'institution judiciaire. Certaines

d'entre elles comme le travail d'intérêt général (Faget 1994) ou la réparation pour mineurs (Milburn 2002) ne sont pas si éloignées d'une optique restaurative dans la mesure où elles donnent aux victimes et à la réparation une place importante. Mais une analyse attentive montre qu'elles poursuivent d'une autre manière les objectifs restitutifs ou éducatifs des bonnes vieilles recettes pénales. Le tableau qui suit permet de comprendre les principes de différenciation mais aussi de complémentarité entre les différentes logiques pénales. Et l'on voit alors que le modèle restauratif présente des particularités qui exige une approche spécifique de sa mise en oeuvre

Modèles de traitement des conflits pénaux

	Rétributif	Thérapeutique	Restitutif	Restauratif
<i>Objet</i>	Culpabilité	Besoin	Préjudice	Conflit
<i>Focale</i>	Auteur	Auteur	Victime	Relation
<i>Processus</i>	Imposé	Imposé/accepté	Imposé/accepté	Négocié
<i>Solution</i>	Punition	Aide	Réparation	Accord/résolution

En France, seule la médiation dite pénale répond aux critères du modèle restauratif. Nous verrons plus loin que la diversité des ses modalités de mise en oeuvre nous conduit à nuancer cette affirmation. Les community conferencing et les cercles de détermination de la peine sont inexistantes. Le système politique, hérité de la révolution française, condamne toute forme de communautarisme et conduit les individus à renoncer à leurs particularismes culturels. Cette « société d'individus » est peu favorable aux mobilisations communautaires et les effets de la crise urbaine diluant les solidarités traditionnelles les rendent encore plus improbables.

Avant d'aborder le conflit culturel qui traverse la mise en oeuvre de la médiation pénale (II) je distinguerai les différentes séquences de son processus d'institutionnalisation (I). Comme on le verra ce scénario n'est pas spécifique à la médiation. Il concerne toutes les pratiques sociales innovantes qui tentent d'imposer leur différence.

I. Une institutionnalisation inachevée

L'explosion des pratiques de médiation n'est pas le fruit aléatoire d'une conjoncture particulière. Elle s'inscrit dans le contexte d'une transformation profonde du monde, du passage abrupt à partir des années 70 de la modernité à la post-modernité (on parle aussi de modernité avancée, aiguë, tardive, réflexive, de surmodernité, d'hypermodernité....). L'avalanche de mutations qui en résulte conduit à rechercher d'autres façons de réguler l'articulation entre des univers de sens hétérogènes et multiples. Les médiations constituent probablement un des moyens pour assurer en souplesse la gestion de cette société complexe qui du fait de son instabilité s'accommode mieux de processus adaptables que d'institutions immuables et de normes rigides. La métaphore d'un rhizome pénal (Faget 1992), utilisée pour désigner une action publique qui se caractérise de plus en plus par l'émiettement des centres de décision, le brouillage des frontières entre secteur public et privé, la redéfinition des limites territoriales, la juxtaposition de rationalités multiples, illustre l'évolution d'un champ pénal de moins en moins autonome, traversé par des logiques économiques et sociales qui en transforment les modes d'action.

Dans un tel contexte le débat sur l'autonomie des pratiques de médiation nous paraît relever d'une vision éthérée du jeu social. Les *believers* de la médiation ont condamné son instrumentalisation par une justice pénale peu respectueuse de sa philosophie. Ce procès de l'institutionnalisation de la médiation pénale repose naturellement sur la croyance en l'existence de pratiques non institutionnalisées et autonomes. Ce postulat se retrouve dans des écrits la présentant comme une activité naturelle s'affranchissant de toute contrainte institutionnelle (Six 1995) ou dans certaines visions anthropologiques tentant de nous convaincre que la médiation est vieille comme le monde.

Mais l'autonomie de la médiation n'est probablement qu'une vue de l'esprit en l'absence d'une culture de médiation qui verrait les citoyens s'adresser spontanément aux instances de médiation ou jouer eux-mêmes un rôle de médiateur dans les conflits qui les concerne. L'institutionnalisation n'est pas seulement, comme le montre sa définition, un processus de légitimation ou de normalisation des pratiques sociales par lequel on cherche à les soumettre à un contrôle social régulier. Cette définition présuppose l'existence de pratiques sociales autonomes et une volonté politique de les faire dépendre de procédures normées. Or elle ne rend pas compte des zones de jeu et d'incertitude que connaissent toutes les pratiques sociales. J'ai évoqué cette indétermination dans un texte montrant que si la médiation menait

une double vie, une vie communautaire d'un côté et une vie judiciaire de l'autre, la première était beaucoup plus organisée qu'en apparence et la seconde beaucoup plus flexible qu'on ne le croit, si bien que la ligne de partage entre les deux n'était pas aussi claire que supposée (Faget 1995).

Ce procès en institutionnalisation n'est le fait que de quelques chercheurs ou praticiens isolés. Il n'est pas dans la tradition républicaine française et apparaît surtout dans les pays anglo-saxons qui ont tendance à opposer « la bonne communauté » à la « mauvaise institution » et à diaboliser toute pratique pactisant avec l'Etat ou ses appareils. Mais cette perspective assimile abusivement participation communautaire et autonomie des pratiques. En réalité elle consacre une conception restrictive de l'institutionnalisation. De fait l'idée de pratiques de médiation non institutionnalisées résiste mal à une analyse de type sociologique. Il convient de distinguer une institutionnalisation autonome, lorsque les pratiques un peu désordonnées des origines prennent des allures de plus en plus organisées et des modalités d'action stables, et une institutionnalisation dépendante lorsque les institutions suscitent elles-mêmes en leur sein la création de dispositifs de médiation. Ces deux processus peuvent d'ailleurs se combiner lorsque la seule chance de pérennisation de l'innovation est de rentrer dans le répertoire des pratiques institutionnelles (Noreau 2003). L'analyse de l'institutionnalisation de la médiation pénale montre qu'elle se situe sur un registre *bottom up* dans la mesure où les premières expériences furent à l'initiative de militants dont la majorité n'appartenaient pas à l'institution judiciaire et se développèrent en dehors des palais de justice. Par certains aspects on peut même dire que la médiation pénale s'est construite « contre » l'institution judiciaire. Car la plupart des programmes initiaux ont été conçus pour transformer les logiques répressives considérées comme bureaucratiques, peu attentives à la dimension humaine des situations, ignorant les victimes et dégradant les auteurs d'infractions.

Le modus operandi de l'auto- institutionnalisation peut être décomposé en 6 phases susceptibles de s'enchaîner, de se chevaucher et parfois de s'inverser.

- 1. Tout commence par l'initiative d'une poignée de personnes inspirées par une réflexion collective ou des expériences étrangères. Elles s'efforcent de créer par approximations successives un modèle de pratique qui tente de concilier « l'utopie » initiale avec le contexte social environnant. Au cours de cette phase de tâtonnements s'expérimentent de

nouvelles façons de faire. C'est ainsi qu'à partir de 1983 à Paris, 1984 à Strasbourg, 1985 à Valence, Besançon, Marseille, Tulle, 1986 à Bordeaux, Grenoble, Saint Etienne..., des militants sociaux appuyés par des magistrats pionniers s'inspirèrent des expériences américaines de *victim-offender reconciliation program*, ou québécoises de « conciliation dans la communauté », pour créer les premiers programmes de médiation en matière pénale (Faget 1997).

- 2. La fixation des règles de l'art entraîne une codification et une normalisation des procédures en même temps qu'une ritualisation de l'activité. On assiste à l'élaboration, par ceux qui exercent un leadership sur ce champ en construction (travailleurs sociaux, magistrats pionniers, universitaires) d'une doctrine, d'une orthodoxie. Elle se réalise à travers l'organisation de rencontres et par l'écriture des principes éthiques et déontologiques qui guident la pratique. Cette phase s'accompagne généralement de la production d'un discours public (journaux, interviews, colloques) ou scientifique (ouvrages, articles) qui vient légitimer l'activité. La rhétorique habituelle consiste à critiquer les modalités antérieures de régulation des conflits, à se démarquer des professions qui les pratiquent et à proposer une autre manière de procéder.
- 3. Cette phase est généralement concomitante d'une demande de financement privé ou plus généralement public qui garantit la pérennisation de l'expérience mais lui donne en même temps une légitimité institutionnelle dont les acteurs ne manquent pas de se prévaloir. C'est ainsi que le ministère français de la Justice soucieux de développer une véritable politique en faveur des victimes, mais également confronté à la surcharge des juridictions du fait de l'augmentation considérable du nombre des plaintes, a rapidement soutenu financièrement les premières initiatives. Mais le mode de financement à court terme (paiement à l'acte ou par subventions annuelles) des associations les installa dans une situation de dépendance économique renforcée par le pouvoir donné aux Procureurs d'orienter les cas de médiation vers les associations de leur choix.
- 4. Une phase de construction identitaire s'impose alors par la création d'organisations professionnelles de plus en plus structurées. C'est ainsi que l'INAVEM (Institut d'aide aux victimes et de la médiation) qui incarne le combat pour les victimes et le CLCJ (comité de liaison des associations de contrôle judiciaire) représentant la tendance néo-réaliste du travail social (qui accepte de collaborer avec l'institution judiciaire),

développèrent une stratégie fédérative nationale. Ces deux organisations se vront attribuer par les pouvoirs publics un quasi-monopole sur la création d'expériences de médiation pénale. Elles exerceront dès lors un contrôle sur le champ à travers le développement de programmes de formations spécialisées et donc la sélection des futurs médiateurs. En se voyant conférer un statut privilégié, ces mouvements perdront une part de leur autonomie. Ils auront désormais tendance, pour conserver leur statut privilégié, à mieux se conformer aux injonctions ministérielles. Car les relations entre l'Etat et les organismes privés relèvent plus, dans notre structure politique, du modèle de la consultation que de celui de la concertation. En définitive cette logique de construction identitaire échouera partiellement, du fait de ce lien de subordination étatique mais aussi du rapport de concurrence, savamment entretenu par les pouvoirs publics, entre deux organisations, l'INAVEM et le CLCJ, animées par des valeurs et des intérêts différents.

- 5. La phase suivante de l'institutionnalisation est la légalisation des pratiques. Celle-ci est dans une démocratie l'aboutissement d'une interaction entre divers types d'acteurs :
 - les groupes d'intérêts (grandes associations nationales de médiateurs, travailleurs sociaux, avocats...) dans l'émergence du modèle et par leurs stratégies de *lobbying* auprès des élus et des ministères concernés.
 - les élus qui placent le débat sur l'agenda politique mais aussi la bureaucratie ministérielle qui donne forme aux décisions politiques
 - les juristes (magistrats, universitaires) qui construisent juridiquement le modèle et en contrôlent la pratique
 - éventuellement le lobby médiatique qui peut assurer la promotion du modèle ou appuyer la stratégie d'un groupe d'intérêt.

La nature de l'interaction entre ces différentes scènes est variable selon la conjoncture politique, les enjeux de la réforme, l'état des rapports de force entre les acteurs, le caractère plus ou moins visible du problème concerné. C'est ainsi que la promulgation en France de la loi de 1993 créant la médiation pénale est restée relativement inaperçue. Les lobbies concernés (INAVEM, CLCJ), s'appuyant sur une dizaine d'années d'expériences, poursuivaient l'objectif de diffuser la médiation sur l'ensemble du territoire national. Le Ministère de la Justice partageait la même intention mais avec le souci d'ordonner cette diffusion autour d'un modèle unique (note d'orientation d'octobre 1992). Malgré l'inquiétude des avocats de voir s'accroître les pouvoirs juridictionnels du procureur, la

légalisation de la médiation pénale ne fit l'objet d'un débat ni au parlement ni dans les médias. Elle fut intégrée dans une réforme plus ample qui en occulta la visibilité.

6. L'aboutissement du processus d'institutionnalisation est en général la professionnalisation de l'activité. Pour la médiation pénale française cette dernière séquence n'est toujours pas achevée alors que la pratique de la médiation familiale est depuis 2004 conditionnée à l'obtention d'un diplôme d'Etat. Les raisons en sont multiples. D'une part les magistrats qui ont le pouvoir d'habiliter les médiateurs pénaux sur des critères de compétence (Milburn 2002) qu'ils sont les seuls à déterminer (l'exercice de la médiation pénale est seulement incompatible avec l'exercice d'une profession juridique ou judiciaire) ne sont pas enclins à renoncer à leurs prérogatives. D'autre part les lobbies concernés n'ont pas la même position sur ce point. L'INAVEM comporte toujours en son sein un nombre important de bénévoles (environ 30%) tandis que Citoyens et Justice (anciennement CLCJ) est un mouvement totalement professionnalisé. Enfin il est possible de devenir médiateur pénal sans appartenir à ces deux organisations. La légitimité du médiateur ne dépend pas nécessairement d'une formation spécifique mais avant tout de l'habilitation donnée par les tribunaux.

En ce sens on peut dire que si le processus d'institutionnalisation de la médiation pénale est largement engagé, il n'est pas totalement achevé comme le montre d'ailleurs le conflit culturel opposant deux conceptions de sa mise en œuvre.

II. Une institutionnalisation conflictuelle

Il est étonnant que la justice pénale ait été la première institution à métaboliser la médiation. C'est dans le système réputé, car il se préoccupe de la protection de l'ordre public, être le plus contraignant qu'apparaissent des principes d'action donnant au sujet une place plus grande et que se créent des espaces de dialogue et de négociation. On peut schématiquement présenter ici quelques lignes d'opposition entre logiques judiciaires et logiques de médiation qui rendent leur mariage nécessairement tumultueux.

Justice	Médiation
Logique verticale	Logique horizontale

Recherche de la vérité	Recherche de l'équilibre
Ordre public	Besoins privés
Référence au droit	Référence à l'équité
Principe de rupture	Principe de lien

On ne peut comprendre cette alliance des contraires sans faire référence à la crise sans précédent à laquelle est confronté le système pénal du fait de la judiciarisation croissante des conflits sociaux. Face à un besoin irrationnel de droit et de justice qui s'exprime dans la propension des citoyens à placer la régulation de leurs conflits sur la scène pénale, le système se trouve tenu de rechercher des moyens de gérer ces flux. La médiation peut, dans cette perspective, constituer à la fois une manière de traiter plus finement des contentieux sensibles, on pense à tous les conflits pénaux de proximité et en particulier les conflits familiaux, et une façon de répondre institutionnellement à des plaintes faisant précédemment l'objet de classements sans suite. En effet le système français consacre le principe de l'opportunité des poursuites qui donne aux procureurs la possibilité de renoncer à poursuivre certaines affaires.

Cette médiation pénale est exclusivement mise en oeuvre dans la phase pré-sentencielle du procès pénal et pour les majeurs de 18 ans. En vertu du principe d'opportunité des poursuites précité le procureur de la république peut proposer une médiation au plaignant et au mis en cause. Ils les invite à se rendre dans une association de médiation et de rencontrer un médiateur qui leur donne séparément une information sur le processus de médiation. Ils peuvent alors en refuser ou en accepter le principe. Dans ce dernier cas une ou plusieurs rencontres sont organisées par le médiateur dans un délai de 3 mois éventuellement renouvelable. Si les opposants (appelés aussi médiés ou médians) parviennent à un accord celui-ci devra recevoir l'homologation du procureur. En l'absence d'accord il revient à ce dernier de statuer sur la suite à donner à la plainte initiale (poursuite ou classement).

Un essor spectaculaire et confus

Bien que confrontée à l'opposition de nombreux juristes la médiation pénale connaîtra rapidement un développement assez significatif dû à la conjonction de stratégies militantes et de nécessités institutionnelles.

L'essor relativement rapide de la médiation pénale est renforcé à la fois par sa consécration législative en 1993 (article 41 du code de procédure pénale) et la généralisation progressive du traitement rapide, dit « en temps réel », des affaires pénales. D'après l'annuaire statistique du ministère de la Justice on compte 11552 médiations pénales en 1992 et leur nombre ne cesse de croître jusqu'en 1997 où il atteint le chiffre record de 48145. Mais ce succès apparent ne doit pas cacher l'extrême confusion qui règne dans les pratiques de médiation pénale. Car en réalité bon nombre de médiations usurpent ce qualificatif. Elles s'apparentent davantage à des rappels à la loi, au cours desquels il s'agit davantage de faire la morale et de faire peur au mis en cause, qu'à une médiation. La doctrine considère en effet que la nature particulière du cadre pénal ne doit pas affecter les principes éthiques qui fondent tout processus de médiation. Elle doit toujours être un processus consensuel et non décisionnel au cours duquel un tiers impartial, indépendant et sans pouvoir de décision a pour mission d'établir les conditions d'une communication entre des opposants (appelés médiés ou médiateurs) afin qu'ils recherchent eux-mêmes une solution à leur différend.

La distinction progressive, authentifiée par la loi du 23 juin 1999, entre rappel à la loi et médiation a eu pour effet de dégonfler le chiffre des médiations pénales qui passent à 25972 en 1998 pour remonter progressivement à environ 40000 en 2003. Mais les représentations de la médiation chez les magistrats mandants ne sont pas toujours d'une clarté éblouissante et il existe encore de multiples chevauchements entre les mesures.

Deux modèles de pratique

Une évaluation nationale donne une image assez précise de l'usage qui est fait par les tribunaux de la médiation pénale (Faget 1999). Malgré des disparités entre juridictions on observe quelques tendances lourdes. Une part importante des conflits traités en médiation sont à base de violence physique (36%) ou morale (11%). Ce chiffre est plus élevé encore (44% pour les seules violences d'agression physique) dans une recherche réalisée dans la cour d'appel de Paris (Catala 2003). Puis viennent les infractions familiales comme les non représentations d'enfants et les abandons de famille (15%) et les dégradations (14%). Le

cumul de toutes les infractions contre les biens (vols, escroqueries...) ne représente que 13% du volume traité.

Il est important de souligner que seuls 28% des conflits traités en médiation opposent des personnes ne se connaissant pas. Dans tous les autres cas elles entretiennent des relations affectives (dans ou hors du cadre familial, 39% des cas), de proximité (amis, voisins, 26%) ou sociales (professionnelles ou contractuelles 7%). Ces chiffres témoignent d'une modélisation de l'usage de la médiation pénale comme voie privilégiée de traitement des conflits de proximité.

Ces médiations ne peuvent être réellement initiées dans 42% des cas (non réponse, refus initial ou en cours de processus, retrait de plaintes...). On remarquera que les plaignants sont plus fréquemment que les mis en cause à l'origine de cette situation. Lorsque le principe de la médiation est accepté le taux de réussite des médiations est de l'ordre de 76% et varie selon les infractions. Précisons cependant que ce critère doit être modulé car certains accords ne sont pas réellement suivis d'effet tandis que des médiations n'ayant pas abouti à un accord participent réellement d'un apaisement et d'une meilleure compréhension du conflit. Mais la recherche montre que le taux de réussite dépend aussi des médiateurs. C'est ainsi que le pourcentage de « réussite » apparaît inversement proportionnel au niveau de compétence des acteurs (calculé à partir d'indicateurs tels que la qualité et la durée de la formation spécifique, la participation à des sessions d'analyse des pratiques...). L'observation des pratiques permet d'expliquer ce paradoxe. Les procédés utilisés par les personnes les moins formées sont en effet souvent très directifs tandis que plus le niveau de formation et de compétence s'élève, plus grand est le respect des principes éthiques de la médiation .

L'analyse montre que nous sommes en présence de deux modèles de pratique.

- Le premier modèle que l'on qualifiera de judiciaire est largement majoritaire (deux tiers des structures observées). Il est le plus souvent situé dans les palais de justice ou en maison de justice et du droit. La médiation pénale y est pratiquée par des juristes actifs ou retraités n'ayant pas reçu une formation spécifique à la médiation. Les temps de traitement sont très courts et les « taux de réussite » spectaculaires. La recherche précitée sur la cour d'appel de Paris confirme que les délégués du procureur (mandatés pour faire des médiations !) exerçant dans les palais de justice obtiennent les meilleurs scores. Les logiques judiciaires y sont très présentes, on « convoque » les personnes qui sont qualifiées d'auteurs et de victimes (alors

que nous sommes dans une phase pré-sentencielle), on s'appuie sur le dossier pénal pour orienter la communication.

- Le second modèle (un tiers des pratiques) que l'on peut qualifier de restauratif car il est proche de la philosophie de la *restorative justice* est mis en oeuvre dans un cadre associatif par des médiateurs ayant reçu une formation spécifique à la médiation. Les logiques judiciaires y sont peu présentes, les personnes qualifiées de manière plus neutre de plaignants et de mis en cause sont invitées à rencontrer le médiateur qui ne s'appuie pas sur le dossier pénal mais sur la subjectivité des acteurs en présence et leurs besoins. Les temps de traitement y sont plus longs, les rencontres entre opposants peuvent y être multiples et les « taux de réussite » sont plus faibles que dans le modèle précédent.

	Modèle judiciaire	Modèle restauratif
Lieu	Maison de justice et du droit Palais de justice	Locaux associatifs
Médiateurs	Individus ou associations Hommes Vacataires Formation juridique Pas de formation spécifique à la médiation Pas de supervision	Associations Mixité Professionnels ou bénévoles Formations sociales Formation spécifique Analyse des pratiques
Processus	Auteur/victime Temps court Une rencontre % important d'accords	Plaignant/mis en cause Temps médian ou long Une ou plusieurs rencontres % moyen d'accords

Pénalisation du social ou nouveau modèle de justice ?

La médiation pénale représente un excellent indicateur du conflit culturel qui oppose les défenseurs de deux conceptions antagonistes de la justice, l'une arc boutée sur une conception très juridique et symbolique de la régulation des conflits, l'autre orientée vers une conception plus démocratique et plus instrumentale. La question se pose de savoir comment se réalise la rencontre de ces deux logiques. La médiation réinterprétée par les logiques

judiciaires n'est-elle que le faux nez de l'institution judiciaire ou bien concourt-elle à la production d'un nouveau modèle de justice ?

Le propos consistant à voir dans la stratégie de diversification des réponses judiciaires une « pénalisation du social » jouit d'un certain succès. Il est vrai que la médiation permet que soient traitées judiciairement – et par le parquet, identifié à la répression – des situations qui ne l'étaient auparavant pas. Il est vrai que la puissance de l'idéologie judiciaire est considérable. La confrontation des magistrats avec des corps moins professionnalisés, moins structurés et moins prestigieux, relève le plus souvent du rapport de domination et toutes les pratiques sociales institutionnalisées par l'appareil judiciaire courent le risque d'être largement instrumentalisées et de perdre leur âme. Deux textes récents illustrent ce scénario, le premier intensifiant le poids de l'imaginaire juridique en exigeant du médiateur qu'il rédige, en cas d'accord, un procès-verbal signé par lui-même et les deux parties (Loi du 9 mars 2004), le second consacrant une relation de dépendance en qualifiant le médiateur de « médiateur du procureur de la République » (décret du 27 septembre 2004).

On peut donner quelques illustrations très précises de la façon dont la logique judiciaire, et donc les effets de son institutionnalisation, menace l'autonomie des pratiques de médiation. Certaines de ces menaces sont objectives :

- Le choix du médiateur ou de son association est fait par un magistrat
- Le médiateur tire sa rémunération des mesures que lui envoie le magistrat mandant
- Le médiateur a une obligation de rendre compte au magistrat mandant ce qui pose la question de la confidentialité de ce qui se dit en médiation
- L'homologation terminale de l'accord par un magistrat peut constituer une entrave au caractère consensuel de l'accord

D'autres menaces ont un caractère plus qualitatif et dépendent des modalités d'organisation de l'activité. Elles s'expriment surtout dans le modèle « judiciaire » tandis qu'elles alimentent une réflexion éthique dans le modèle « restauratif » :

- Le consentement des personnes n'est pas totalement libre, on dit qu'il est sous « pression » judiciaire
- La lecture du dossier pénal par le médiateur se fait au détriment de la dimension humaine du conflit car il transmet une réalité pré-construite par l'idéologie professionnelle des policiers

- La logique juridique d'attribution de statut entre auteur et victime n'est pas objective (en particulier dans les conflits de proximité où les raisons et les torts sont souvent embrouillés)
- La présence des avocats, au nom des droits de la défense, est de nature à appauvrir la communication directe entre les opposants et crée les conditions d'une « sous-justice » sans juge
- Le temps de la médiation s'adapte aux nécessités du temps judiciaire
- L'exigence implicite de productivité des magistrats conduit les médiateurs à adopter des attitudes plus directives et notamment à induire voire à proposer des solutions

L'essor spectaculaire de la médiation suscite par ailleurs un certain nombre de craintes, principalement chez les juristes, tantôt nourries par des préoccupations marchandes, tantôt fondées sur des impératifs démocratiques. La souplesse qu'elle apporte dans la régulation des conflits par rapport au processus judiciaire ne serait pas sans danger pour les droits fondamentaux de la personne et créerait les conditions du développement d'une « sous-justice » : La dévolution de nombreux conflits pénaux à des médiateurs peut avoir pour effet de fermer la porte des prétoires aux populations les plus défavorisées et de privatiser des situations nécessitant un débat sur la scène publique. Ce serait par exemple le cas des violences familiales pour lesquelles la recherche du consensus risque d'occulter le combat social que mènent les femmes pour dénoncer leur oppression domestique (Faget 2004).

A l'inverse d'autres font le constat des potentialités de la médiation par rapport à l'intervention judiciaire. Ils la présentent comme le lieu d'un « agir communicationnel » qui se révèle plus pacificateur et réparateur pour les plaignants, plus responsabilisant pour les mis en cause (Bonafé-Schmitt 1998). La médiation serait une des voies de la mise en chantier d'un nouveau modèle de justice dans lequel le conflit n'est pas confisqué par l'Etat mais rendu à la communauté et aux intéressés, où la priorité est donnée à la construction du futur, à l'engagement de faire le bien pour compenser le mal causé plutôt qu'à l'expiation du passé. Dans cette perspective il serait judicieux de l'appliquer à la régulation de conflits plus graves et à toutes les étapes de la chaîne pénale.

Tout en reconnaissant les bénéfices pédagogiques de la médiation, il convient cependant de ne pas minimiser les dangers d'une dérégulation du traitement sans contrôle des conflits de

nature pénale. Aussi paraît-il utile de penser la juridicisation de la médiation non pas en enserrant ses modalités dans une logique qui en ferait un lieu supplémentaire de contentieux mais en adoptant une stratégie de prévention (Faget 2003) basée sur l'exigence d'une formation spécifique à la médiation pour les médiateurs et d'une information plus soutenue à destination des mandants. Ainsi en augmentant la compréhension et le respect des principes éthiques de la médiation, éviterait-on les périls d'un métissage de logiques aboutissant à une déformalisation du droit ou à une ancillarisation de la médiation aux logiques juridiques. Ainsi en identifiant les zones de pertinence et d'impertinence de la médiation sélectionnerait-on mieux ses usages et penserait-on plus sereinement les conditions de la complémentarité des différents modes de traitement des conflits.

Pour conclure

Ce sont les instances de médiation et les médiateurs eux-mêmes, en quête de légitimité et de sécurité financière, qui ont recherché l'institutionnalisation de leurs pratiques et bricolé plus ou moins librement des compromis entre exigences institutionnelles et principes éthiques. La stratégie étatique fut de laisser cette institutionnalisation inachevée. La précarité économique des associations de médiation, l'absence d'une construction identitaire et d'une professionnalisation véritable des médiateurs pénaux entretiennent en effet les conditions de leur dépendance. La prééminence dans les pratiques d'une conception judiciaire de la médiation démontre que cette stratégie a réussi. Pourtant, comme les habitants célèbres d'un village gaulois résistant à l'occupation romaine quelques expériences restauratives survivent à la normalisation. Elles ne le pourraient pas sans appui. C'est le signe que les fantômes de l'idée restaurative rodent de manière occulte dans le monde judiciaire. Ils éprouvent des difficultés à apparaître au grand jour car le projet restauratif bouscule les fondements d'un système pénal habité par le culte de la loi et structuré de manière verticale. En cela la médiation parce qu'elle est antagoniste aux traits dominants de la culture juridique française est véritablement a *very unfrench legal response* (Crawford 2000). Plus qu'un réformisme mou qui introduirait à dose homéopathique les principes édulcorés de la restorative justice dans le système pénal c'est la confrontation brutale entre deux conceptions de la régulation sociale et juridique qui est salutaire.

Bibliographie

- Bonafé-Schmitt, J.P. (1998) *La médiation pénale en France et aux Etats-Unis*, Paris, LGDJ, Droit et société.
- Bonafe-Schmitt J.P., (2003), 'Justice réparatrice et médiation pénale : vers de nouveaux modèles de régulation sociale ?' in Mylène Jaccoud (ed.) *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences ?*, Paris, L'Harmattan, p 17-49.
- Cario R., Salas D., (2001) *Œuvre de justice et victimes*, Paris, L'Harmattan.
- Cartuyvels Y. (2003), 'Comment articuler médiation et justice réparatrice', in Mylène Jaccoud (ed.) *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences ?*, Paris, L'Harmattan, p. 51-74.
- Catala P. La médiation pénale dans le ressort de la cour d'appel de Paris, in *Les modes alternatifs de règlement des litiges*, La documentation française, 2003, p.127-137.
- Crawford A., (2000) 'The growth of « houses of justice » and victim/offender mediation in France : a very unfrench legal response ? *Social and legal studies*, vol 9. P. 29-53.
- Donzelot J., Wyvekens A., Mevel C., (2003) *Faire société. La politique de la ville en France et aux Etats-Unis*, Paris, Le Seuil.
- Faget J. (1992) *Justice et travail social. Le rhizome pénal*, Toulouse, Erès.
- Faget J., (1994) 'L'enfance modèle du travail d'intérêt général', in *le travail d'intérêt général a dix ans : le résultat en vaut la peine*, Etudes et recherches, Ministère de la justice, 1994, p.101-122.
- Faget J., (1995), 'La double vie de la médiation', *Droit et société*, 29, p.25-38
- Faget J., (1997), *La médiation. Essai de politique pénale*, Toulouse, Erès.
- Faget J (1999) *Evaluation nationale des pratiques de médiation pénale*, GERICO n°13. Cette recherche quantitative, complétée par une démarche qualitative, a été pratiquée en 1998 et 1999 sur un échantillon représentatif de 24 tribunaux français et 1200 dossiers.
- Faget J., (2003) 'La juridicisation de la médiation', in *Les modes alternatifs de règlement des litiges*, La documentation française, p. 75-88.
- Faget J (2004), 'Médiation et violences conjugales', *Champ pénal/penal field*, revue électronique
- Faget J. (2005), (ed.) *Médiation et action publique. La dynamique du fluide*, Presses universitaires de Bordeaux.
- Jaccoud M. (ed.), (2003), *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences ?*, Paris, L'Harmattan, p. 7-14.

Milburn P., (2002) *La réparation pénale à l'égard des mineurs*, Mission de recherche Droit et Justice, Paris.

Milburn P., (2002) *La médiation : expériences et compétences*, Paris, La Découverte.

Noreau, P., (2003), L'institutionnalisation de la justice réparatrice, in Mylène Jaccoud (ed.) *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences ?*, Paris, L'Harmattan, p. 209-226.

Six J.F., (1995), *Dynamique de la médiation*, Paris, Desclée de Brouwer.

Walgrave L. (1994), 'Au-delà de la rétribution et de la réhabilitation : la réparation comme paradigme dominant dans l'intervention judiciaire contre les délinquants ?', in Gazeau J.F, Peyre V.(eds) *La justice réparatrice et les jeunes*, Mission recherche droit et justice, Etudes et documents, 11.

Zehr, H. (1990), *Changing lenses: a new focus for crime and justice*, Scottsdale (PA), Herald Press.
