

Comment articuler « médiation » et « justice réparatrice » ?

par Yves Carthyvels

Introduction

Un double constat de départ a servi d'articulation à la démarche réflexive autour des rapports complexes qu'entretiennent médiation et justice réparatrice, lors du *Séminaire international francophone sur la justice réparatrice et la médiation* : tout d'abord, le fait que si la justice réparatrice s'est fortement développée dans les pays anglo-saxons, elle semble se heurter à diverses résistances dans les pays latins, ou tout du moins francophones, pays dans lesquels on préfère mettre en exergue la logique de la médiation. Ensuite, le fait que aussi bien la médiation que la justice réparatrice sont porteuses d'un mouvement de transformation des modes de régulation sociale, voire de notre rapport à la norme.

C'est essentiellement à partir du deuxième constat que je voudrais proposer une réflexion sur les points de convergence et de divergence entre médiation et réparation, avant de proposer quelques hypothèses explicatives sur la place qui peut être faite à l'une ou à l'autre dans le monde francophone. Pour comprendre ce qui rassemble et ce qui sépare médiation et justice réparatrice, je propose donc d'abord de revenir sur *l'origine et les présupposés de ces deux mouvements*. S'ils se croisent en partie, philosophique, objectifs et fonctions de la médiation et

de la justice réparatrice ne sont en effet pas identiques : là où la médiation se fait l'emblème d'un nouveau modèle de justice fondé sur une rationalité procédurale ou communicationnelle, en réponse à la « crise » d'un modèle de droit « normatif-substantiel », la justice réparatrice est un mouvement plus spécifiquement pénal qui répond lui à la « crise » des finalités traditionnelles de la peine et au retour de la victime sur la scène pénale. Expression d'une nouvelle manière de penser l'échange et les interactions, la médiation traduit de manière large les évolutions sociales d'une époque, là où la justice réparatrice est plus directement centrée sur une culture de la pacification d'un rapport social mis à mal par l'infraction (1). Dans un deuxième temps, j'essaierai de proposer quelques réflexions explicatives sur le *dés-équilibre apparent entre médiation et justice réparatrice dans le monde francophone*. On peut en effet, à bon droit, me semble-t-il, reprendre l'hypothèse des organisateurs du colloque, selon laquelle, en francophonie, le mouvement de la médiation bénéficie d'un relatif privilège (souvent plus discursif que pratique) que je voudrais lier à une certaine méfiance à l'égard de la justice réparatrice (11).

I - Médiation et justice réparatrice : des sources différentes

1 - La médiation, emblème d'un nouveau modèle de justice, procédural ou négocié

Depuis une trentaine d'années, le droit occidental connaît un mouvement de « déformalisation » qui favorise le déploiement de nouvelles procédures de règlement des conflits souvent cataloguées comme « alternatives ». Ce mouvement, initié aux États-Unis dans les années 1960, avec l'apparition de l'*Alternative Dispute Resolution* s'est ensuite développé avec des succès divers en Europe et recourt à une multiplicité de dispositifs divers, tels que médiation, transaction, arbitrage, conciliation etc.¹ Ce mouvement débouche sur un pluralisme des modèles de justice, au sens où il n'a pas détrôné, loin s'en faut, les modes classiques d'adjudication. Il favorise une autre manière de penser la régulation des conflits, débouchant soit sur un processus de « délégalisation » (la loi devient moins centrale dans un dispositif qui favorise négociation et discussion), soit de « déjusticialisation » (au sens où la justice peut se mettre en retrait pour favoriser un règlement non-judiciaire des conflits), soit encore de « déjuridicisation » (au sens

où la référence au droit elle-même peut être mise en veilleuse pour encourager un règlement informel du litige sous l'égide d'un tiers qui ne serait pas lié au monde judiciaire ou juridique au sens large).

Dans divers champs relationnels où les conflits mettent aux prises des personnes physiques et des enjeux d'ordre interpersonnels, c'est la médiation qui fait figure d'emblème de ce nouveau modèle de justice « négociée ». C'est vrai, par exemple, dans le droit de la famille, pour tenter d'apporter des réponses moins douloureuses aux problèmes de divorce², dans le droit pénal³ où dans d'autres domaines tels que les conflits scolaires, les problèmes de voisinage ou les relations inter-culturelles. Bien sûr, le phénomène en lui-même n'est pas absolument neuf. On pourrait même soutenir que des dispositifs de médiation formelle (en justice) et informelle (en dehors d'une régulation institutionnalisée par le droit) ont toujours existé. Mais ce qui semble caractéristique, c'est la prolifération de ces dispositifs de médiation aujourd'hui, le changement quantitatif étant sans doute l'indicateur d'un *changement qualitatif* et illustratif d'une mutation de notre rapport à la norme et à l'autorité⁴.

La question est ici de comprendre pourquoi cet engouement pour la médiation aujourd'hui, dans une société que certains n'hésitent pas à décrire comme caractérisée par le « temps des médiateurs ». Si des motivations pragmatiques expliquent en partie le développement de ces modes de résolution alternatifs des conflits - décharger la machine judiciaire, accélérer le cours de la justice, renforcer l'effectivité et donc l'efficacité d'une décision négociée et acceptée par les parties -, le succès de ce mouvement ne peut se comprendre uniquement en référence à ce type d'objectif d'ordre purement instrumental. Au delà de la diversité des modèles de la médiation, l'engouement pour la médiation (comme pour les autres modes alternatifs de résolution des conflits) peut se comprendre comme l'effet plus radical d'un changement de paradigme, associé quand la médiation s'applique dans le champ juridique, à une « révolution scientifique en droit »⁵. Ce qu'incarnerait ici le succès de la médiation et de sa philosophie communicationnelle, ce serait le deuil d'une certaine conception

2. I. Thiéry, *Le démantèlement. Justice et vie privée*, Paris, O. Jacob, 1996.

3. Fr. Tulkens, M. van de Kerchove, La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?, in Ph. Gérard, Fr. Ost, M. van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, FUSL, 1996, pp. 529-579.

4. J. Denuck, M. Verhoeven (dir.), *Les mutations du rapport à la norme : un changement dans la modernité ?*, Bruxelles, de Boeck, 1997.

5. B. Frydman, *Y a-t-il en droit des révolutions scientifiques ?*, 1996, pp. 809-813.

1. S. Parmentier et al., *À qui de droit ?*, Rapport de la Commission Citoyen, Droit et société, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin, 2001.

« normative-substantielle » de la vérité (sociale, juridique et judiciaire) et du mécanisme vertical d'imposition des normes qui lui fut associé d'une part, le déplacement en miroir du pôle de la légitimité vers la discussion et la confrontation des points de vue dans un cadre de communication adéquat d'autre part.

Si l'on se propose ici de prendre appui sur les modèles de développement du droit à des fins de démonstration, il est clair que c'est un changement plus large de notre rapport aux normes et aux valeurs qui est visé ; production sociale, le droit ne fait que traduire et porter les mutations sociales qu'il entourent. Le caractère « trans-juridique » de la médiation souligne d'ailleurs à merveille la dimension « meta-juridique » des évolutions qu'elle symbolise.

a) Le droit imposé ou le règne de la Raison des Lois

Le modèle moderne de justice imposée remonte à la révolution insurrectionnelle et au souci de construire une science exacte du droit en rupture avec le modèle scolastique du Moyen Âge. Rejetant une logique juridique et judiciaire du cas par cas reposant sur l'échange d'arguments et fondée sur le recours aux Autorités et aux raisonnements par analogie, l'École du droit naturel moderne impose à cette époque l'idée d'une science du droit *more geometrico*⁶. Favorisé par l'émergence des États absolutistes modernes dans la deuxième moitié du 18^e siècle, l'idéal d'un « système de droit » se fait jour, caractérisé par l'unité et la complétude, la déduction et la hiérarchie des règles, la verticalité et la linéarité, la cohérence et le principe de non-contradiction. Incarné par le code - notamment le code pénal en tant qu'il est l'instrument par excellence du pouvoir de l'État -, un modèle de justice « normatif-substantiel », articulé sur la suprématie de la loi étatique, expression d'une vérité de nature, s'impose avec le monde moderne⁷. Ce modèle, qualifié de « jupitérien »⁸, traduit une représentation du droit comme « ordre » clôturé, au même titre qu'il trahit cet engouement jamais démenti et certes pas à cette époque, pour

6. G. Haunscher, B. Frydman, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1998.

7. Sur la naissance de ce modèle à travers l'écllosion du code pénal moderne en Europe, Y. Cartuyvels, *D'où vient le Code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle*, Bruxelles-Montreal-Ottawa, De Boeck Université, Les Presses de l'Université d'Ottawa - les Presses de l'Université de Montréal, 1996.

8. F. Ost, Jupiter, Hercule ou Hermès, trois modèles du juge, in P. Boureix (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, pp. 241-272.

« l'amour d'une loi parfaite »⁹. Hiérarchie et système, ordre et vérité, nature et morale : les ingrédients complémentaires d'un ordre juridique « légal-rationalnel », articulé sur la suprématie d'une Loi fondée en Raison, sont posés.

Sur le plan légistique, un des corollaires du modèle légaliste est le nombre restreint de lois qui ont vocation à être générales et abstraites. Cette conception « restrictive » s'accorde tant avec le libéralisme économique et social de la fin du 18^e siècle qu'avec la croyance en une morale insurrectionnelle, gage de Vérité et de Justice. Sur le plan syllogistique qui privilégie l'application du tarif légal, fût-il injuste dans le cas particulier : *dura lex, sed lex*¹⁰. Le juge se réduit ici à être « la bouche de la loi », pour reprendre une expression de Montesquieu, sans trop se préoccuper des effets ou des résultats de sa décision. La justice pénale et sa logique punitive est sans doute emblématique de cette justice du glaive, soucieuse de trancher un conflit en désignant un perdant et un gagnant, de proportionner la peine à l'acte commis et à sa gravité.

L'État social introduit une première brèche au cœur de ce modèle légaliste. En réponse aux lacunes d'une justice formelle qui maintient et reproduit des inégalités réelles, l'État social assure la promotion d'un droit et d'un modèle de justice plus contextualisés qui se coule dans les creux du modèle classique. Orientée par un résultat à atteindre, la loi se fait téléologique, ses objectifs plus concrets et son champ d'application plus sectoriel. Contingente et variable, visant des catégories d'acteurs spécifiques, prenant les formes d'un « plan » ou d'un d'arrêts ou de circulaires, la loi se fait particulariste ou « spéciale », comme l'illustre par exemple dans le champ pénal, l'explosion d'un « droit pénal spécial » en dehors du Code pénal. Le juge change lui aussi de figure : soucieux d'obtenir des effets concrets par sa décision, il se fait « entraîneur » : il tend à substituer au glaive aveugle d'une justice jupitérienne la balance réfléchie des intérêts en présence, n'hésitant pas à recourir aux vérités de la science et aux lumières des experts pour éclairer le « dossier » à traiter et obtenir le meilleur résultat

9. F. Ost, L'amour de la loi parfaite, in *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Laval, L'Harmattan-Les Presses de l'Université, 1996, pp. 55-77.

10. P. Martens, Sur la libido iudicandi. Réflexions sur l'office du juge quand il juge docteur, in *Libert amicorum Prof. EM. E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 710.

possible. Moins oublié par le positivisme de la forme et le contenu substantiel de la règle, le juge privilégie désormais le positivisme du savoir scientifique, dans un processus qui « délégalise » déjà en partie son activité, ouvrant la porte à des jugements d'opportunité produits à l'abri de la vérité de la science. On notera ici que la justice pénale n'échappera pas à ce processus général de « délégalisation », qu'incarne sans doute de manière exemplaire l'évolution de la justice des mineurs qui, dès le début du 19^e siècle, introduit le principe d'une justice déformalisée qui est aussi justice d'expertise ¹¹.

Si la mutation est importante, elle ne modifie pas pour autant la logique fondamentale d'un modèle de justice imposée qui reste autoritaire et « descendant ». Là où le modèle de justice de l'État libéral soumettait la décision du juge à la vérité d'une loi fondée en raison, le modèle de justice « positiviste » de l'État social soumet le juge à l'autorité d'une norme qui, cette fois, trouve son fondement dans la vérité scientifique. Le principe hiérarchique est sauvegardé, la raison légale prenant ici appui sur la Raison des sciences positives au sommet de la pyramide du droit. Or, on peut se demander si ce n'est pas précisément ce modèle hiérarchique qui est mis en cause aujourd'hui dans nos sociétés « postmodernes » où le rapport à la loi et au sens se pense de manière fondamentalement différente, dans un jeu relationnel plus horizontal et négocié que vertical et imposé. Dans cette perspective, les succès contemporains de la médiation et du mouvement de l'*Alternative Dispute Resolution* seraient l'expression d'une mutation importante de notre rapport à l'autorité et aux valeurs, tentative de rupture ou d'adaptation aux exigences du projet moderne ¹².

b) Le virage procédural ou la chute des référents fondateurs

Le « tournant procédural » est souvent analysé comme une rupture substantielle avec le modèle hiérarchique classique, fondé sur la croyance *a priori* en la validité de normes à contenu « substantiel » (morales ou scientifiques). À une époque marquée par le déclin des références fondatrices - nous ne croyons plus guère au caractère absolu de Vérités Révélées, qu'elles soient d'origine religieuse, métaphysique ou scientifique -, la norme imposée d'en haut au nom d'une vérité indépassable connaît une crise d'efficacité et de légitimité qui

oblige à mobiliser d'autres techniques pour assurer son respect. Dans un monde ouvert et complexe où domine un pluralisme de valeurs non hiérarchisées, où s'affrontent les discours de légitimité concurrents, le processus de mythologisation par lequel le droit rendait une norme juridique indiscutable semble ne plus remplir son rôle ¹³. Déclin des systèmes collectifs distributeurs de sens clairs et de positions figées (la société des « rôles »), individualisation croissante de la vie sociale, écarts croissants entre les sphères du « monde vécu » (Habermas) et le jeu des institutions bureaucratiques, multiplication des sources normatives et des acteurs (tant publics que privés) producteurs de normes contribuent à « horizontaliser » le jeu social, laissant place à une « société d'individus » qui revendiquent droits de parole et de participation au jeu institutionnel et au règlement de leurs conflits. Ceci explique le surgissement, dans des proportions et avec une intensité qui diffèrent selon les champs juridiques, d'un paradigme de la négociation qui trouve son expression tant en droit (« droit négocié ») que dans le domaine non juridique (éthique de la discussion) et qu'illustre à merveille la logique de la médiation. Inscrite comme vecteur de ce paradigme de la négociation, la médiation souligne alors, de manière fondamentale, le deuil de la transcendance (juridique), la mise en question du projet moderne construit autour des idéaux de simplicité et de cohérence, de hiérarchie et d'univocité, de clarté et de complétude. Elle symbolise l'émergence d'un mode « d'individus incertains » ¹⁴, où se reconnaît *a priori* la finitude de la raison, la pluralité des valeurs, un certain relativisme de la règle et de ses applications, soumis à discussion et à contextualisation.

Sur le plan juridique, l'enjeu est donc celui du dépassement tant du formalisme juridique (État libéral) que du positivisme de la science (État social). Appliqué au droit et à la justice, le virage procédural, qu'on a aussi associé au tournant rhétorique ou interprétatif ¹⁵, prend acte de la « pluralité des codes cognitifs et des modèles normatifs dont aucun ne peut prétendre à l'exclusivité » ¹⁶ et se propose de redonner sa place à une « raison pratique » en prise sur un conflit qu'il s'agit de reconstruire en interaction. Dans cette perspective, juger ou trancher

13. P. Bourdieu, *Habitus, code et codification, Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, n° 64, pp. 40-44, *idem*, *La force du droit, Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, n° 64, pp. 3-19.

14. A. Ehrenberg, *L'individu incertain*, Paris, Calmann-Lévy, 1995.

15. B. Frydman, *op. cit.*, p. 813.

16. J. Demunck, *La médiation en perspective, Les Carnets du Centre de Philosophie du droit*, 1993, n° 15, p. 24.

11. Sur ce thème, voir Y. Cartuyvels, *Continuité, circularité ou ruptures ?*, *Journal du Droit des Jeunes*, 2001, n° 207, pp. 13-33.

12. Sur ce thème, voir J. Chevallier, *Vers un droit postmoderne ? Les transformations de la régulation juridique*, *Revue de droit public*, 1998, n° 3, pp. 660-690.

un conflit, cela devient donc moins appliquer mécaniquement une règle au fait, que tenter d'aider les acteurs à reconstruire leur litige comme univers de sens pour arriver, au terme d'une discussion rationnelle, sous la tutelle d'un tiers (judiciaire ou non) et de règles de procédure qui se posent en garantie d'une discussion équitable, à un compromis négocié.

On n'entrera pas ici dans une discussion de cet idéal de justice négociée qui soulève divers problèmes, dont celui du rapport de force brutal que peut abriter l'idéal largement utopique d'une négociation rationnelle et désintéressée¹⁷. On se contentera de souligner, pour conclure sur ce point, que l'imaginaire de la médiation clarifié, en réaction aux impasses de l'adjudication formelle classique, les images d'une justice participative et responsabilisante, plus proche de la réalité vécue des acteurs en conflit et plus humaine dans ses modes de résolution des litiges. Emblème d'une justice dialogale d'échange et de reconnaissance réciproque, la médiation se veut aussi subjective, capable de restituer leur conflit aux principaux acteurs concernés là où l'adjudication classique réduit les justiciables au rang d'objet de justice. Pacificatrice au sens où elle dépasse la logique du perdant et du gagnant, elle se veut encore « justice de reliance »¹⁸ et justice de sens, capable de faire émerger, à l'intersection de différents univers de sens, la réalité cachée et vécue par les parties d'un conflit souvent réifié par le droit et ses catégories.

Loin d'être simplement une technique, ce que peut incarner chaque dispositif de médiation particulier, la médiation est bien l'illustration d'une nouvelle manière de penser notre rapport à la vérité et aux valeurs, à la norme et à l'autorité, dans un monde « désenchanté » (Gauthey). Ceci explique aussi son caractère transdisciplinaire et le fait qu'on la trouve à l'honneur dans divers domaines d'application, dont la justice n'est qu'un élément.

2 - La justice réparatrice ou le retour de la victime dans le champ pénal

Avec l'idéal de la justice réparatrice, on se situe dans un autre contexte qui est celui de la pensée pénale et de ses évolutions. Même

17. Sur ce thème, diverses contributions in Ph. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, F. U. S. L., 1996.

18. J. Deklerck, A. Depuydt, *Au-delà de la méthode de la médiation, vers une culture de reliance*, Seminario Internacional Sobre De Los Niños Y Mediación, Buenos Aires, 10-12 mai 2001 (inédit).

si certains objectifs de la justice réparatrice peuvent croiser ceux que nourrit la philosophie de la médiation (justice participative, justice pacificatrice et de reliance etc.), les fondements du courant réparateur puisent à d'autres sources, liées essentiellement aux difficultés ou aux impasses de la peine.

a) De l'exclusion au retour de la victime dans le procès pénal : le patchwork de la réparation

Depuis deux siècles, sinon plus, les logiques modernes de la peine s'articulent autour des fonctions et des idéaux de rétribution, de prévention et de dissuasion, de réhabilitation et de traitement, quand elles ne fond pas droit à une logique symbolique ou socio-pédagogique, ou à un souci « parapénal » de protection¹⁹. Si la dimension de réparation à la victime du dommage causé par le crime a été rapidement évacuée, cela tient pour l'essentiel au caractère principalement public du droit pénal, perçu dès le 18^{ème} siècle comme le bras armé du pouvoir de l'État. Si le procès pénal moderne, privilégiant l'axe de la prévention et de la dissuasion, sans éliminer pour autant la dimension de rétribution, a pratiquement fait l'impasse sur la victime et son droit à réparation, c'est bien parce que le procès pénal a été conçu comme le lieu d'un affrontement binaire entre l'auteur de l'infraction et un souverain à l'autorité bafoyée par le crime et non comme espace de triangulation entre l'État, l'infraction et la victime. Conçus plus comme vecteurs de l'intérêt à la répression de l'État que comme moyens de réparation de l'intérêt privé de la victime²⁰, la peine et ses développements ont longtemps fait peu de cas de la victime. Par ailleurs, la naissance de la criminologie à la fin du 19^{ème} siècle, tout entière centrée sur une étiole du passage à l'acte délinquant, n'a guère encouragé une prise en compte de la victime, même si certains auteurs, partisans de la « défense sociale », s'y sont montrés favorables, d'un point de vue théorique tout au moins²¹. Quant aux développements d'une criminologie interactionniste ou de la « réaction sociale », à partir des années 1950, plus centrés sur le fonctionnement du système pénal, ils

19. Fr. Tulkens, M. van de Kerchove, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit.

20. Sur l'intérêt à la répression et l'intérêt à la réparation dans le procès pénal, voir M. van de Kerchove, op. cit.

21. R. Garofalo, *La criminologie. Étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Paris, F. Alcan, 1888 p. 400 ; A. Prins, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, Bruylant-Christophe et A. Maresq, 1899, pp. 394-395.

n'ont guère contribué eux non plus à déplacer le feu des projecteurs sur la « personne oubliée » de la justice pénale²².

Il faudra donc attendre les années 1960 pour que s'amorcent progressivement le retour de la victime et l'émergence d'un courant « victimologique » sous l'impulsion, au moins, d'un triple mouvement. Outre le développement des *enquêtes de victimisation*, développées à des fins d'élucidation des statistiques de criminalité ou de compréhension des processus de victimisation²³, un mouvement lent mais continu de *privatisation du droit pénal* ainsi que le sentiment d'*échec des différentes stratégies* (de prévention, de traitement et de réhabilitation) utilisées avec les infracteurs, contribuent à déplacer partiellement le centre de gravité de la justice pénale vers la victime. Ce retour de la victime, que d'aucuns lient encore à une demande croissante de reconnaissance et de participation des citoyens à la justice, « au développement de l'individualisme et à la multiplication des droits subjectifs, à l'accroissement du sentiment d'insécurité, notamment lié à l'augmentation constante du nombre de victimes non indemnisées... au besoin de revaloriser un système pénal en crise, tant en termes d'efficacité que de légitimité »²⁴, peut prendre des formes multiples. Il peut, à l'intérieur d'un modèle de justice pénale classique qui n'est pas remis en question, alimenter les revendications en faveur d'un droit des victimes, traduire le souci de lutter contre le processus de « victimisation secondaire » en justice ou nourrir des demandes de durcissement de la réponse pénale à l'égard des infracteurs.

Mais l'intérêt pour la victime peut aussi nourrir la revendication d'un autre modèle de justice pour répondre aux infractions commises, la victimologie dominant alors ici naissance à de nouveaux « paradigmes » qui se veulent plus ou moins alternatifs à la justice pénale traditionnelle. De l'abolitionnisme (qui défendait un droit sans peine en privilégiant des solutions civiles et administratives aux comportements délictueux rebaptisés « situations problèmes »²⁵) au modèle de la *restorative justice* (qui met l'accent sur la réconciliation de la victime et de l'infracteur, la réintégration de ce dernier dans la communauté et la pacification générale du lien social, en passant par

une approche « restitutive » qui prône soit la substitution du paradigme de la restitution à celui de la punition (pure restitution), soit l'ajonction de la logique de la réparation à l'idéal de la punition (« punition restitutive ») avec une modification seulement partielle de cette dernière), les théories et modèles qui mettent la réparation à l'honneur²⁶, comme finalité ou comme moyen privilégié d'action, sont légion. La discussion du concept de justice réparatrice, qui s'articule autour du souci de la victime, en est rendue particulièrement ardue. On pourrait, sans trop caricaturer, dire que chaque auteur a sa théorie et que l'idéal de la justice réparatrice de L. Walgrave²⁷ n'est pas nécessairement congruent avec celui de W. Cragg²⁸ au Canada ou de H. Zehr²⁹ aux États-Unis. En outre, le thème de la réparation peut encore faire irruption et se développer *via* les dispositifs de médiation et venir illustrer, dans le champ pénal, les principes d'une justice de la discussion³⁰. La loi belge du 10 février 1994 sur la médiation pénale est sans doute exemplaire de cette tendance, puisqu'elle englobe, sous le titre générique de « médiation pénale », divers dispositifs (médiation au sens strict, travail d'intérêt général, suivi thérapeutique) qui peuvent aussi poursuivre un objectif de réparation et qui visent, en principe et dans certains cas, à faire un meilleur sort aux victimes³¹. De même, dans le domaine de la justice des mineurs, les « prestations éducatives et philanthropiques » que le juge de la jeunesse peut proposer au mineur en vertu de l'article 37§2 de la loi du 8 avril 1965 sur la protection de la jeunesse, ainsi que les « mesures de diversion » dont dispose aujourd'hui le parquet, permettent d'envisager des expériences de « médiation-réparation »³². Mais sans doute, la particularité reste-t-elle ici que la réparation est envisagée au moins autant à l'égard de l'auteur de l'infraction qu'à l'égard de la victime, dans un

26. Fr. Tulkens, La Justice des mineurs entre son passé et son avenir, *Journal du droit des jeunes*, mars 1978, n°173, p. 28.

27. L. Walgrave, *Met het oog op herstel. Bakens voor een constructieve jeugdschietrecht*, Laeven, universitaire Pers Leuven, 2000.

28. W. Cragg, *The Practice of Punishment. Towards a Theory of Restorative Justice*, Londres-New York, Routledge, 1992.

29. H. Zehr, *Changing Lenses. A New Focus for Victims and Offenders*, Scottsdale, Herald Press, 1990.

30. Voir par exemple, A. Garapon, *Le gardien des promesses*, Paris, O. Jacob, 1996.

31. Sur cette loi, voir M. van de Kerchove, Médiation pénale et travaux d'intérêt général. Réflexions et commentaires relatifs aux lois du 10 février 1994, *Journal des Tribunaux*, 1995, pp. 61 et s.

32. Voir Y. Cartuyvels, Des mesures de diversion, entre justice et démocratie, *Journal du droit des jeunes*, mars 1998, n°173, pp. 31-38.

22. J. Shapland, J. Willmore, P. Duff, *Victims in the Criminal Justice System*, Aldershot-Brookfield, 1985.

23. Fr. Tulkens, M. van de Kerchove, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, Story-Scientia, 5^e éd., 1999, p. 65.

24. *Ibidem*, p. 62.

25. L. Hulsman, J. Bernal de Celis, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, Le centurion, 1982.

cadre où la dimension éducative ou réhabilitative d'une sanction « non punitive » reste pensée largement en fonction du parcours de l'infacteur.

b) La réparation ou l'ordre des déterminations

Il n'est donc pas évident de discuter le paradigme de la réparation, vu sa géométrie variable. Je me contenterai dès lors, à ce stade, de souligner deux éléments centraux qui permettent, selon moi, de délimiter les « idéaux types » de la justice réparatrice et de la médiation. Le premier est que le paradigme fédérateur de la justice réparatrice est une *production proprement criminologique* qui appartient à l'histoire de la pensée pénale et parapénale. Ceci est un premier point de démarcation avec la médiation qui, si elle peut être mise au service d'un idéal criminologique de justice réparatrice, se veut l'*incarnation transdisciplinaire d'un autre modèle de justice* applicable de manière beaucoup plus large dans divers champs juridiques, voire hors du recours au droit. Il s'ensuit que la justice réparatrice vise un éventail de situations nettement plus restreint (limité à l'espace pénal ou parapénal) que celui de la médiation (extensible en principe à tout type de conflit) et qu'elle mobilise également une catégorie « monodisciplinaire » de spécialistes là où la médiation mobilise des représentants des champs disciplinaires les plus divers : qui s'intéresse au paradigme de la « restaurative justice » sinon, pour l'essentiel, des pénalistes, des criminologues ou des sociologues de la déviance en quête d'une réponse plus appropriée à l'infraction ? Parmi les chantres de la médiation en revanche, on trouve des pénalistes et des civilistes, des juristes et des sociologues, des philosophes et des anthropologues, des psychologues et des travailleurs sociaux, ce qui souligne le caractère résolument ouvert d'un paradigme qui refuse de se laisser confiner à un champ d'application particulier. Ceci ne peut rester sans impact sur les formes et le contenu des deux paradigmes en question.

Le second élément est que, production du discours pénologique, la logique de la réparation peut parfaitement s'intégrer au modèle de justice pénale traditionnel, alors que la médiation représente en principe le choix d'un « autre modèle de justice », en rupture (plus ou moins) radicale avec la logique du « jugement dernier » propre au modèle d'adjudication traditionnel. Pour reprendre une image de R. Castel, on peut dire que le paradigme de la réparation continue, dans la plupart des cas, à s'inscrire dans « l'ordre des déterminations », là où la médiation s'inscrit de manière plus nette dans « l'ordre des

interactions »³³. Ainsi, sauf dans la perspective abolitionniste (dont on sait qu'elle est largement en perte de vitesse aujourd'hui), le paradigme de la réparation ne remet pas en cause le cadre des catégories pénales tel qu'il est posé par la loi et s'inscrit à l'intérieur de celui-ci. Qu'il s'agisse de l'infraction, des positions d'infacteur et de victime, le jeu, tel qu'il est clivé d'entrée de jeu par la loi pénale, fait loi pour les parties. Le paradigme de la réparation maintient les catégories de coupable et de victime, met l'accent sur la faute morale de l'un et le droit à réparation de l'autre, dans un mouvement qui sera d'autant plus unilatéral et vertical que l'on intègre dans l'idéal réparateur les principes de « restitution », de « proportion » ou de « tarif ». Bien sûr, l'idéal de la réparation se réclame aussi d'une justice participative qui table sur le consentement des parties et donc du justiciable. Mais il s'agit d'un consentement qui prend place dans l'ordre des déterminations pénales et qui incarne plus le principe d'une « justice consensuelle » que d'une « justice négociée », pour reprendre la distinction de Fr. Tulkens et M. van de Kerchove³⁴. À l'inverse, le paradigme interactionniste de la médiation se présente dans une perspective horizontale qui ouvre résolument le jeu. Elle permet *a priori* de reconsidérer tant les positions des acteurs en présence, perçus comme « individus en conflit », que de « travailler » la situation-problème, point de départ d'une intervention extérieure et la solution à y apporter par les personnes concernées elles-mêmes. Pas de jugement sur la faute ou de condamnation morale ici, le moins de directivité possible, le moins de référence à une règle possible et une tentative de mise en symétrie maximale des points de vue de l'un et de l'autre pour déboucher « l'arbre qui cache la forêt » et résoudre de manière informelle un conflit parfois plus complexe et multipolaire que ne le laisse supposer son formatage premier. C'est ce que synthétise bien Ph. Milburn, lorsqu'il explique à propos de la médiation sociale que « les médiateurs prennent d'entrée de jeu de ne pas distinguer le plaignant du mis en cause, en les désignant simplement par la *partie A* et la *partie B*, afin de ne pas les placer dans un rôle de victime ou de mis en cause... ». La médiation, poursuit l'auteur, est donc « un jeu sur le sens et non sur les règles : elle fournit aux protagonistes les moyens de se comprendre mutuellement mais ne leur désigne pas de normes pour codifier leur comportement : celles-ci n'auraient guère de légitimité. Ce sont les parties elles-mêmes qui pourront éventuellement définir

33. R. Castel, Bilan : l'application de la loi : l'ordre des interactions et l'ordre des déterminations, in *Acteur social et délinquance. Hommage à Christian Debryst*, Liège/Bruxelles, Mardaga éd., 1990, pp. 295-304.

34. Fr. Tulkens, M. van de Kerchove, *op. cit.*

des normes propres à régler leur relation »³⁵. Bref, là où l'objectif premier du paradigme de la réparation peut être de « remettre les compteurs à zéro » en réparant en nature ou par équivalent le mal fait à la victime et en se référant à une règle posée, il est, dans la médiation, de sortir de cette logique purement rétrospective et de construire le conflit « comme un objet particulier à l'intersection de divers univers de sens pertinents », grâce à « une interaction vraiment ouverte », qui permette de faire glisser le sens du litige pour les parties, au-delà des « fausses dogmatisations des acteurs » et de son formatage réificateur par le droit³⁶. À cette image (un peu idyllique, il est vrai) de la médiation, on pourrait évidemment rétorquer que dans diverses pratiques, l'ordre des déterminations fait retour à un moment donné et que c'est certainement le cas dans le champ pénal, où la médiation se fait généralement « à l'ombre de la loi pénale », l'infraction commise et la règle applicable restant des déterminants importants dans la négociation. Il n'empêche et c'est probablement évolutif en fonction des types de contentieux et de parties en présence, la médiation peut chercher ici une logique « d'échange de points de vue » et de reconstruction du litige aboutissant à des résultats très différents de ce que supposerait la seule logique de la réparation³⁷.

II - Médiation ou réparation ?

Si justice réparatrice et médiation partagent des points communs - la médiation est souvent présentée comme une « technique » ou un dispositif au service de la réparation, alors qu'en sens inverse, la réparation est souvent présentée comme l'expression ou la finalité d'une

35. Ph. Milburn, *La médiation. Expériences et compétences*, Paris, La Découverte, 2002, pp. 147-151.

36. J. Demunck, Le pluralisme des modèles de justice, in A. Garapon, D. Salas (dir.), *La justice des mineurs. Évolution d'un modèle*, Bruxelles, Paris, 1995, p. 108.

37. C'est ce que souligne encore Ph. Milburn, citant des expériences de médiateurs. Ainsi, en médiation pénale, certaines victimes refusaient de sortir de leur statut de victime pour entrer dans la peau d'un « discutant » et ce serait plus fréquemment le cas pour des délits de violence. Par contre, lorsqu'il est question de menaces et d'injures, l'acceptation d'une part de responsabilité dans le chef de la victime originaire serait plus fréquent. Dans certains cas, le médiateur peut même aller jusqu'à inciter « l'auteur » à déposer plainte contre sa « victime » pour sortir d'une relation asymétrique : « Il y en a qui jouent sur le fait que, « oui, c'est moi la victime », et je dis : Vous n'êtes plus la victime, vous êtes aussi le mis en cause ». Même si, à la limite, c'est pas simple, parce qu'il y a quand même un dépôt de plainte. Donc, j'engage l'autre personne à déposer plainte aussi, pour que le problème ne se résolve plus en tant que victime et mis en cause » (Ph. Milburn, *op. cit.*, p. 147).

justice négociée de médiation - elles n'en connaissent pas moins des points de démarquage substantiels. Reste à savoir pourquoi la médiation jouit, dans les pays francophones, d'un privilège (en tous cas discursif) sur le paradigme de la justice réparatrice. Sans prétendre faire le tour d'explications causales toujours hasardeuses, je propose ici, à titre explicatif, de mettre l'accent sur divers *facteurs de méfiance à l'égard de la justice réparatrice*, susceptibles de faire comprendre, à rebours, le plus grand succès de la médiation.

1 - Justice réparatrice : méfiance et circonspection

Avant d'entamer la discussion sur ce point, il faut sans doute rappeler que le tableau est rarement tout noir ou tout blanc et que la logique de la réparation à la victime, même si elle suscite un engouement mitigé dans les pays francophones, n'y est pas totalement absente. Pour ce qui est de la Belgique, on a évoqué plus haut la loi sur la médiation pénale et le principe des « sanctions alternatives » permettant, pour les mineurs, de jongler avec un idéal de médiation-réparation. Il faut souligner encore l'existence d'un courant réparateur en criminologie, incarné par L. Walgrave (dans le champ de la justice des mineurs) et T. Peters (pour la justice pénale des adultes), tous deux de la *Katholieke Universiteit Leuven*, même si ces deux auteurs sont néerlandophones et cherchent l'essentiel de leur inspiration dans le monde anglo-saxon. En amont du niveau sentenciel, les politiques de prévention ont par ailleurs favorisé la création de bureaux d'aide aux victimes, alors qu'en aval la réparation vient d'être consacrée comme peine à part entière et qu'on assiste à l'apparition d'expériences de justice restauratrice à partir de la prison³⁸. Enfin, il faut signaler des changements récents dans le cadre de la procédure pénale, avec le souci de faire une plus grande place aux droits de la victime en justice (accès au dossier, demande de devoirs complémentaires etc.) et d'atténuer le processus classique de « victimisation secondaire »³⁹, ce qui peut s'apparenter aussi à la logique de la réparation.

On ne peut donc pas dire que le souci de la victime et de son droit à réparation soit inexistant. On pourrait même soutenir qu'il est resté

38. T. Peters, et al., Fondements d'une politique judiciaire cohérente axée sur la réparation et sur la victime, in *Le droit dans le droit chemin*, Antwerpen/appeeldorn/Louvain-la-Neuve, Maklu/Academia Bruylant, Maklu, 1999, pp. 113-160.

39. Voir la loi belge du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, *Dossier de la Revue de droit pénal et de criminologie*, 1998, n°3.

au cœur théorique du procès pénal dans le modèle procédural romano-germanique qui a sauvegardé le principe de l'action civile, laissant la possibilité à la victime de mettre en branle l'action publique pour obtenir « réparation ». Si le fait est assez rare, cela pourrait changer. Ainsi, une loi belge dite « de compétence universelle », datant de 1993 et modifiée en 1999, permet aux victimes de se constituer partie civile pour faire démanteler une instruction à charge d'auteurs de crimes de guerre, de génocide ou contre l'humanité commis à l'étranger, par des étrangers sur des étrangers, sans qu'aucun lien de rattachement ne soit exigé avec la Belgique. À plusieurs reprises, au cours d'un procès qui s'est tenu à Bruxelles en mai 2000 sur base de cette loi⁴⁰, l'argument de l'intérêt à la réparation (symbolique) des victimes a été mis en avant pour justifier cette absence de filtre, impensable dans le cas des juridictions pénales internationales, plus influencées par la procédure anglo-saxonne, où les victimes ne possèdent pas ce droit d'action. Cela dit, il est incontestable que l'intérêt pour la victime et les théories de la justice réparatrice ne bénéficient pas du même engouement que dans les pays anglo-saxons. Une certaine méfiance règne, qu'on peut, à mon sens, expliquer par les facteurs suivants :

1. La justice réparatrice est un modèle sanctionnel qui se situe au cœur d'une typologie comprenant d'autres modèles avec lesquels elle peut se combiner ou entrer en concurrence. Ainsi, M. van de Kerchove évoque-t-il un quadrilatère classique comprenant le modèle punitif, le modèle réparateur, le modèle protecteur et le modèle conciliateur⁴¹. La plus grande faveur ou défaveur dont peut bénéficier le paradigme de la réparation peut alors se penser d'abord sur fond d'un jeu de *vases communicants avec les autres modèles* en présence. Quel modèle le paradigme réparateur a-t-il vocation à remplacer ? De quel autre modèle fait-il, peut-être à son corps défendant, le lit ? La discussion actuelle sur l'évolution de la justice des mineurs en Belgique me semble exemplaire de cet enjeu. Au nord du pays, en région flamande plus soumise aux influences anglo-saxonnes, un modèle « sanctionnel-réparateur » est privilégié par certains pour remplacer le modèle protecteur actuellement en vigueur. On le juge, pour lui-même, plus intéressant qu'un modèle protectionnel obsolète, considéré comme « objectivant » (justice d'expertise) et lacunaire en droit (mesures

40. Il s'agit du procès de 4 ressortissants rwandais, accusés et condamnés pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité commis au cours du génocide de 1994 au Rwanda.

41. M. van de Kerchove, *Médiation et législation, in La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ?*, Zurich, Schulthess polygraphischer Verlag, 1992, pp. 331-349.

indéterminées dans le temps, etc.). Au Sud du pays - en milieu francophone -, on résiste à ce changement, en se méfiant d'un idéal de justice réparatrice qui jouerait le rôle de cheval de Troie pour le modèle punitif : on souligne que, dans un contexte marqué par l'insécurité et la tendance généralisée à durcir la réponse à la déviance, l'adoption d'un modèle réparateur centré prioritairement sur la victime et privilégiant un principe de proportion, ouvre tout grand les portes au retour d'un modèle punitif pénal⁴². La crainte est ici que l'idéal de la réparation ne serve de vernis légitimateur à un changement plus radical de projet et on propose plutôt de maintenir le modèle protectionnel, en y insistant plus de garanties juridiques et en y dopant les dispositifs concrets de réparation.

2. Ce principe des « vases communicants entre modèles » a par ailleurs une autre implication : chaque modèle est porteur non seulement d'une perception particulière sur le règlement de la question pénale, mais au-delà également d'une vision propre de la question sociale qui traverse ces modèles. On sait que, si le pénal n'est pas une politique, le pénal est fondamentalement politique. La faveur ou la défaveur, la confiance ou la méfiance que suscite un modèle de politique pénale ou pénologique renvoient dès lors autant à l'enthousiasme que soulèvent ses présupposés ou sa logique interne qu'à l'adhésion (ou non) au projet social et politique auquel il est étroitement associé. Si l'on reprend l'exemple de la justice des mineurs, on peut constater qu'en Belgique, les lignes de fracture entre partisans du modèle protectionnel, du modèle restaurateur ou d'un retour au modèle punitif (pudiquement considéré parfois comme un « au-delà des modèles »), traduisent clairement des choix pénaux différents : elles soulignent, par exemple, des divergences sur la manière de penser l'infraction (comme être vulnérable à protéger et éduquer, individu responsable chargé de réparer le tort commis à la victime ou être raisonnable à punir), l'infraction (symptôme d'un malaise individuel ou social, point de départ de la réparation ou traduction d'un choix rationnel), la place de la victime (inexistante, marginale ou centrale), le jeu des procédures et, évidemment le rôle et la fonction principale de la sanction ou de la peine (réhabilitatrice, réparatrice, ou punitive et dissuasive). Mais au-delà de tout cela, la dimension politique est clairement présente. Ainsi, le modèle protectionnel est-il majoritairement porté par ceux qui restent attachés au projet de l'État social, à ses valeurs de solidarité et d'égalité, d'émancipation et de protection des plus vulnérables, au regard empathique qu'il porte sur la déviance des jeunes, perçus aussi

42. Voir Y. Carthyvels, *(à paraître in Déviance et Société)*.

comme « victimes » de la violence sociale et économique. Ce n'est pas un hasard si ce modèle est défendu prioritairement par le Parti socialiste wallon (P.S.), un parti qui est dépositaire d'une culture civile fortement liée au projet de l'État social et encore très largement présente dans cette partie plus pauvre du pays. Par contre, les partisans du modèle punitif se retrouvent plus volontiers aujourd'hui chez les tenants du modèle libéral, tablant sur un principe de responsabilité individuelle et jouant du mépris à l'égard des déviants perçus comme des *losers*. C'est chez ces derniers qu'on fait l'apologie d'un retour de l'État-gendarme au nom de ce que « la répression est la meilleure des préventions »⁴³, qu'on fait l'apologie de la privatisation et de l'introduction des logiques de « management » dans les politiques de sécurité et de lutte contre la déviance, au nom d'une « réduction des risques » liés à la déviance, du souci de rassurer l'opinion et, c'est moins souvent dit, de faire place nette pour attirer les investissements. Ce n'est sans doute pas pour rien si, en Belgique toujours, ce sont les libéraux flamands (VLD), parti dominant dans une Flandre qui étrangère, elle, les bénéfices de la globalisation économique, qui sont en pointe⁴⁴. Derrière la querelle des modèles, on trouve donc des enjeux de société et des divergences sur la manière de penser les questions de la responsabilité et de l'autonomie, du privé et du public, du collectif et de l'individuel, du rôle de l'État et des collectivités publiques à l'égard des individus. La question est alors ici de savoir ce que traduit, sur le plan politique, la montée de la victime et le paradigme de la réparation qui lui est associé, notamment quand il se propose de prendre la place du modèle protectionnel ? À quel modèle de société rattacher un paradigme qui subjectivise et renvoie le litige à la sphère des conflits interpersonnels ? N'est-il pas congruent à la montée des droits subjectifs et ne traduit-il pas l'avènement de sociétés de plus en plus individualistes, obsédées par la sécurité personnelle et intéressées par la protection de la seule personne privée, marquées par le déclin des valeurs collectives et la disgrâce de l'individu citoyen ?⁴⁵

3. La montée de la victime comme nouvelle posture sociale peut susciter des réactions dans des milieux plus politisés. Un triple ques-

43. C'est ainsi que s'exprimait le ministre de l'Intérieur français, N. Sarkozy, à propos d'un projet de réforme « dur » de la justice des mineurs en France (Le Monde, 18 juillet 2001).

44. Sur les programmes des partis politiques belges en matière de sécurité et de justice des mineurs, voir Y. Carluysels, Ph. Mary, Le plan fédéral de sécurité, *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2001, N°1727-1728, pp. 6-32.

45. Sur ce thème, voir P. Poncelet, P. Lascombes, *Réformer le code pénal. On est passé l'architecture ?*, Paris, PUF, 1998.

tionnement peut ici être adressé à la logique victimaire, caractéristique de nos sociétés, étroitement associée au paradigme de la réparation. Tout d'abord, comment *ne pas enfermer une personne ayant fait la rencontre d'une situation-problème dans son statut de victime* ? L'objectif de reconnaissance d'un statut de victime en justice doit être rencontré, mais il doit aussi être dépassé pour s'ouvrir à d'autres perspectives. Comment éviter, ensuite, que cette demande de reconnaissance comme victime en justice ne vienne se substituer à d'autres formes de revendications politiques ou sociales sur d'autres scènes ? Comme l'ont souligné certains, on en arrive aujourd'hui à faire de la justice « un espace public de substitution »⁴⁶ ou une « instance d'appel de l'injustice sociale »⁴⁷, pour combler l'impuissance ou les lacunes de l'espace public ou du politique pour gérer divers conflits. Au même titre que la criminalisation de la pauvreté, la victimisation croissante de nos sociétés pourrait bien ici « faire diversion » et contribuer à une *dépolitisation de la question sociale*. La logique de victimisation à l'œuvre aujourd'hui – la multiplication des figures de la victime est impressionnante – contribue en effet à une « surtribunalisation » de l'existence qui « surindividualise » les enjeux d'une plainte ou d'une souffrance. Portée par un imaginaire qui structure tout conflit autour des catégories du coupable et de la victime, la logique de la victimisation renforce l'imaginaire pénal⁴⁸. En fixant l'ensemble des relations sociales sur une grille simplificatrice « victime-coupable », elle individualise le conflit, pose les enjeux en termes de responsabilité personnelle, détourne le regard de responsabilités plus globales et déconstruit les lectures politiques en termes de domination et d'inégalités, de responsabilités ou d'initiatives collectives. Elle déplace le principe de la revendication (politique, sociale, économique, d'habitat, etc.) vers une quête individuelle de reconnaissance en justice et contribue à mettre un voile pudique, mais bien utile, sur différents processus collectifs de violence sociale. Enfin et dans la même lignée, le processus croissant de victimisation peut entraîner un phénomène d'*inversion des victimes*. Avec l'accent mis sur la réparation, ne gagne-t-on pas une victime pour en perdre une autre ? Au nom du souci des « vraies victimes » et de leurs droits, au nom de l'opinion publique considérée comme collectif de victimes potentielles et de ses revendications supposées (entretiens et décou-

46. L. Angel, A. Garapon, La montée en puissance de la justice, disqualification ou requalification du politique ?, *Esprit*, août-septembre 1997, p. 167.

47. F. Ringelheim, Feux sur la justice, in *L'affaire Dautroux. La Belgique malade de son système*, Bruxelles, Ed. Complexe, 1997, p. 63.

48. A. Garapon, D. Salas, *La république pénalisée*, Paris, Le Centurion, 1999.

plées par les médias), n'en arrive-t-on pas à rogner petit à petit les droits des justiciables inculpés qu'un système pénal « garantiste » a introduit il y a deux siècles pour lutter contre les dérives de la justice étatique à leur égard ? Ne joue-t-on pas de plus en plus aujourd'hui le droit à la réparation des victimes et le droit à la sécurité du public contre le « droit à la sûreté » des justiciables ? Quel est, en outre, l'impact de l'imaginaire victimaire sur les usagers de la justice pénale ? Ne contribue-t-il pas à en terminer avec la reconnaissance d'un statut de vulnérabilité culturelle et sociale des déviants, analyse volontiers présentée aujourd'hui comme « naïve » (« vous vous trompez de victimes ») et peu réaliste dans un contexte où chacun, quelles que soient son origine et ses ressources de départ, est renvoyé à sa responsabilité personnelle ? Une certaine victimologie ne contribue-t-elle pas ici aussi à durcir le jeu des positions et à simplifier les représentations de la déviance, selon un imaginaire à sens unique qui propose réparation à la victime, demande la responsabilisation du coupable et entérine la désresponsabilisation du monde social eu égard à la déviance qu'il génère ? La question est sans doute, ici, de penser une nécessaire prise en compte de la victime sans tomber dans une forme « d'intégrisme victimaire », source de négation des droits et des intérêts des auteurs.

4. Certaines idéologies de la réparation, associées à des courants de victimologie non critiques, peuvent encore contribuer à un *durcissement du régime pénal et à son inflexion punitive*. On l'a déjà souligné plus haut à propos de la réforme de la justice des mineurs en Belgique, l'approche restauratrice qui met l'accent sur la victime peut dérouter le tapis rouge au modèle punitif. C'est aussi, sans doute, que réparation et rétribution ont plus d'un point en commun et que de l'une à l'autre, le glissement est possible. Dans les deux cas en effet, on peut retrouver le dommage comme point de départ de la sanction, l'idée d'équivalence entre le mal causé et la réponse compensatoire comme fil conducteur de la sanction ou de la peine (principe de proportionnalité), une orientation temporelle essentiellement rétrospective (voir *infra*) et l'association d'une fonction « rédemptrice » ou « expiatoire » à une peine qui doit servir à « payer » ou « racheter » le crime⁴⁹. Il n'est dès lors pas rare qu'entre réparation et rétribution, la confusion se fasse, les deux notions étant utilisées l'une à la place de

l'autre en fonction des besoins de légitimation⁵⁰. Le problème, pour les partisans de la justice réparatrice, est à mon sens ici, de construire un dispositif qui évite une récupération ou une instrumentalisation par d'autres forces agissantes. Ceci contraindant les « théoriciens » à tenir compte du contexte social et politique dans lequel ils interviennent, s'ils veulent éviter qu'une tendance que l'on souhaite émancipatoire ne soit, comme c'est souvent le cas, réinterprétée pour justifier un retour à la répression⁵¹.

5. La temporalité de l'idéal de justice réparatrice est souvent décrite comme regardant vers le passé et centrée essentiellement sur la réparation d'une faute antérieure. C'est, par exemple, l'option privilégiée par L. Walgrave et ses collègues, dans leur approche de la justice des mineurs. Stigmatisant le caractère prospectif du modèle protectionnel qui « renvoie à un objectif dans l'avenir », associé (de manière trop rapide et abusive à mon sens) à une seule logique de normalisation (« l'adoption par les jeunes d'un comportement conforme à la norme »), ces auteurs privilégient une logique de la réparation qui, « à l'instar du droit pénal, travaille de manière rétrospective »⁵². Cette temporalité, qui vise à « permettre ou favoriser la réparation ou la compensation des souffrances et dommages subis » peut sembler problématique à plus d'un titre. Outre qu'elle nourrisse l'illusion d'une réparation ou d'une compensation comme apurement des comptes ou « remise à zéro » pour la victime - illusion contre laquelle nous met en garde la psychanalyse qui pose l'impossibilité de la réparation, psychanalyse dont on sait qu'elle est plus vivante en francophonie que dans le monde anglo-saxon -, cette perspective fait l'impasse sur une temporalité à trois temps qui cherche à articuler passé, présent et futur et qui refuse de faire l'impasse sur un principe de reconstruction et de dépassement du conflit par toutes les parties en cause. C'est ici, peut-être, un des écarts qui sépare cette conception de la justice restauratrice comme « effaceur » d'une dette et la logique de la médiation qui, du moment qu'elle propose un travail de sens, se pose comme « passeur »

50. Voir, par exemple, le Plan fédéral de sécurité et de politique pénitentiaire du ministre de la Justice en Belgique (mai 2001).

51. L. Walgrave, La repénalisation de la délinquance juvénile : une fuite en avant, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1985, n°7, pp. 603-623.

52. H. Geudens, W. Scheekens, L. Walgrave, *À la recherche d'un droit sanctionnel-restaurateur, Journal du droit des jeunes*, 1998, n°173, pp. 3-21.

49. Sur les fonctions de réparation et des rétributions de la peine, V. F. Tulkens, M. van de Kerchove, Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques, *op. cit.*, pp. 439-445.

de temps, jouant sur les articulations d'un triangle temporel (passé, présent et futur) malgré tout orienté par l'avenir⁵³.

6. Le processus de *net widening* est un argument classique, utilisé il est vrai également pour questionner la pertinence de la médiation pénale. On part ici d'un constat simple : les pays anglo-saxons, États-Unis en tête, sont les pays où le discours sur la justice réparatrice et les pratiques de justice alternative sont le plus en vogue, mais ce sont aussi les pays où le recours au mode pénal est le plus large et le plus rigoureux⁵⁴. Ceci tente à alimenter les analyses qui soulignent le principe de bifurcation qui serait à l'origine de nombreuses nouvelles initiatives dans le champ pénal : l'introduction de nouveaux dispositifs de « soft justice » pour les « petits poissons », à un point du champ, irait de pair avec un durcissement des politiques à l'intention des individus « à risques », à l'autre bout (allongement des peines, durcissement des régimes de libération conditionnelle, etc.). Inscrite dans le fillet pénal, la justice réparatrice, comme la médiation lorsqu'elle s'inscrit dans ce champ, apparaîtrait ici non comme une nouvelle alternative, mais bien comme un complément à la justice punitive, la justice d'État se dédoublant et distribuant au mieux son intervention pour contrôler divers risques sociaux.

7. En sens inverse, un autre frein du recours au paradigme de la réparation est sans doute la *culture des juges*. Ici encore, le raisonnement vaut pour la médiation, dont diverses recherches montrent qu'elle est sous-utilisée en Belgique⁵⁵. On constate en effet, à la fois un scepticisme des juges eu égard aux attentes des victimes qui sont immédiatement traduites en termes de demande de punition et une certaine méfiance à l'égard de l'efficacité dissuasive d'une « soft justice », en rupture avec leurs référents culturels⁵⁶.

8. Enfin, trois éléments d'ordre culturel jouent probablement encore un rôle dans la relative prudence avec laquelle on regarde la réparation dans le monde francophone. Le premier à trait aux *rapports*

53. F. Ost, M. van de Kerchove, *Le présent, horizon paradoxal des sanctions réparatrices ?*, in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Forjat*, Paris, Ed. Frison-Roche, 1997, pp. 477 et s.

54. L. Wacquant, *L'ascension de l'État pénal en Amérique, Actes de la recherche en sciences sociales*, 1998, n° 14, pp. 7-26.

55. Par exemple, K. Beyens, *De alternatieven doen het nog steeds niet (Les alternatives, ce n'est toujours pas ça...), Orde van de dag. Samenleving en criminaliteit*, 2001, n° 16, pp. 9-27.

56. D. Kaminski et al., *Jeunes adultes incarcérés et mesures judiciaires alternatives*, in *Le droit sur le droit chemin*, op. cit., pp. 19-57.

entre public et privé. Dans sa perception classique, l'imaginaire du conflit pénal reste fondamentalement public, mettant en jeu « les états forts et définis de la conscience collective » (Durkheim) dont la justice pénale étatique est le gardien. On a du mal à penser, dans la francophonie, qu'un conflit « pénal » puisse être transformé en un conflit privé entre deux individus et susceptible d'être réglé ou « réparé » entre eux ou dans un cadre communautaire. L'imaginaire de la loi, en tant qu'incarnation d'une morale commune et relais de l'État, reste central et postule que la transgression, fût-elle surtout source d'une atteinte à un intérêt privé, entraîne néanmoins un « rappel de la loi » sous forme d'une sanction publique qui ne soit pas que pure réparation ou négociation privée. Dans cette perspective publique, l'intérêt à la réparation de la victime reste largement subordonné à l'intérêt à la répression de l'État pour des motifs d'ordre symbolique. Ceci n'est peut-être pas autant le cas dans le monde anglo-saxon, plus ouvert aux logiques communautaires et où la parole judiciaire pourrait être investie d'un moindre poids symbolique. Le deuxième élément a trait à la *dimension religieuse* du discours réparateur. Il est beaucoup question de faute morale, de réparation d'une souffrance, voire de pardon, dans une perspective qui fleurit parfois bon la philanthropie caritative de la fin du 19^e siècle. Sans doute cet imaginaire passe-t-il mal dans un monde francophone où l'idéal de la médiation, à savoir un « travail de sens » sur un conflit à reconstruire, correspond sans doute mieux à des sociétés profondément laïcisées ou qui se pensent comme telles. Un troisième élément, enfin, pourrait être que les pays francophones sont marqués par une « *culture de la parole* » là où les pays anglo-saxons sont plus marqués par « une approche productive du problème », orientée par un résultat prédéterminé à atteindre. Les francophones auraient ici tendance à privilégier la médiation et la discussion d'un conflit à « ouvrir » par l'échange langagier, là où, confronté au même type de problèmes, le monde anglo-saxon privilégierait une approche par les faits, en faisant une place plus importante aux idéaux de la « prévention » et de la « réparation »⁵⁷.

Conclusion

Certains font de la médiation une « technique » au service de la justice réparatrice, alors que d'autres font de la réparation un champ d'expérimentation du paradigme de la médiation. S'il est clair que les deux logiques partagent des présupposés communs et que médiation

57. J. Deklerck, A. Depuydt, op. cit., p. 9.

comme réparation peuvent s'instrumentaliser de manière réciproque, ce serait une erreur de ne pas voir leurs différences et leur autonomie. Il s'agit bien de deux paradigmes distincts qui, pour se croiser, n'en sont pas réductibles ou subordonnables l'un à l'autre.

J'ai cherché à montrer ici pourquoi le monde francophone (ou faut-il parler de l'Europe francophone ?) semble privilégier la médiation à la réparation comme emblème de nouveaux dispositifs de justice. Il ne faudrait cependant pas se bercer d'illusions. L'engouement pour la médiation, on l'a souligné, reste très relatif, en tout cas dans le champ pénal. Un écart substantiel subsiste en effet, en Belgique tout au moins, mais je ne pense pas que le cas de la France ou de la Suisse francophone soit très différent, entre les discours (inflatoires) sur la médiation et le recours (marginal) qui peut y être fait. Sans doute est-ce aussi lié au fait qu'il est particulièrement difficile de penser un autre rapport « négocié » à la norme dans un champ (le champ pénal) qui reste l'emblème du droit imposé.

II

LES CONDITIONS ET LES FONDEMENTS DE LA TRANSFORMATION DES MODES DE RÉGULATION SOCIALE