



HAL
open science

Les fondements historiques de la justice restaurative

Adrien Rambaud, Yoann Nabat

► **To cite this version:**

Adrien Rambaud, Yoann Nabat. Les fondements historiques de la justice restaurative. Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2019. hal-04532216

HAL Id: hal-04532216

<https://hal.science/hal-04532216v1>

Submitted on 4 Apr 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Les fondements historiques de la Justice Restaurative »

Adrien Rambaud et Yoann Nabat

Co-intervention lors du colloque organisé par l'Association des doctorants de l'ISCJ, sous la présidence de Madame le Professeur Peltier, Université de Bordeaux

La notion de justice fait l'objet de nombres de débats tant philosophiques que juridiques. Tout au long de cette présentation, le terme « justice » sera employé pour évoquer la conception classique du mot, telle qu'explicitée par Aristote. En ce sens particulier, la justice caractérise un outil de résolution des conflits entre les individus, et ne peut être perçue ni comme une valeur – bien que cela soit recherché –, ni comme une organisation – étant donné que la justice restaurative s'est développée en dehors de tout cadre –.

S'agissant de l'adjectif « restaurative », il est, quant à lui, plus problématique du fait de son absence dans le dictionnaire francophone. Cette lacune commande de rechercher son sens par le biais de mots de la même racine. À ce titre, le terme « restauration » est évocateur puisqu'il signifie la remise en état – en lien notamment avec le métier de restaurateur –, ou le rétablissement¹. Toutefois, le juriste, qui ne peut se contenter d'un sens si vaporeux, est contraint de traverser la Manche pour rechercher au sein de la langue de Shakespeare une définition plus évocatrice et précise. Il découvre alors que le terme français « restaurative » provient d'une traduction de l'anglais « restorative » qui désigne la capacité de rétablir la santé, la force ou encore le bien-être². De la même manière, la langue anglaise offre également des clarifications sur l'expression « restorative justice » elle-même. Celle-ci renvoie alors au système de justice pénale axé sur la réhabilitation des délinquants par la réconciliation avec les victimes et la communauté dans son ensemble³.

Néanmoins, l'observateur aguerris ne pourra se satisfaire de cette définition, contestable à bien des égards par son incomplétude, et par son impossibilité de distinguer des autres vocables qui lui semblent proches tels que la justice restauratrice, la justice réparatrice ou encore la « victim offender médiation » (VOM). Pourtant, aucune distinction entre ces termes ne peut être proposée, et aucune définition précise ne peut être avancée.

Une définition légale et universelle est-elle alors envisageable ? S'il est évidemment impossible, en France, de ne pas citer l'article 10-1 du Code de procédure pénale, celui-ci demeure une nouvelle fois insuffisant, puisqu'il n'a que pour rôle d'explicitier des pratiques, et ne saurait constituer une définition satisfaisante. Celle-ci doit alors être recherchée à d'autres niveaux. Si la vingt-sixième Conférence des ministres européens de la justice a notamment souligné en 2005 « la nécessité de promouvoir l'application de la justice réparatrice dans les systèmes de justice pénale

¹ Dictionnaire Larousse, édition 2016

² Oxford Dictionary, édition 2015

³ *Ibid.*

»⁴, elle ne saurait dresser de contours plus explicites de la notion. Au niveau international, le Conseil économique et social de l'ONU a également adopté une importante résolution⁵ en 2000 qui encourageait les États membres à recourir à des programmes de justice réparatrice, sans toutefois en préciser la signification. En conséquence, définir légalement et de manière universelle la justice restaurative, ne semble, à l'heure actuelle, pas envisageable.

Que faire alors ? L'observateur est-il contraint d'abandonner cette ambition ? Si cette quête semble de prime abord délicate, une piste est peut-être envisageable. En effet, l'observation des différentes applications actuelles, émises au nom de la justice restaurative, pourrait permettre de faire émerger des caractéristiques et des points communs de la notion. Ce faisant, les contours de la justice restaurative commencent à se dessiner progressivement. L'observateur remarque alors qu'elle est d'une part sensible aux besoins des victimes, et d'autre part qu'elle prend en compte les dommages matériels et immatériels causés à ces victimes, mais aussi à la communauté dans son ensemble. Si une autonomisation des personnes affectées est nécessaire, tant les victimes que les délinquants ou encore leur réseau de soutien et la communauté doivent être impliqués dans la détermination des solutions et la réparation du dommage. En outre, cette justice apparaît exclure toute rétribution, et est construite sur un processus volontaire fondé sur un consensus. Enfin, la culture doit jouer un rôle primordial dans la détermination des programmes et ceux-ci ne doivent pas s'effectuer dans des établissements pénitentiaires, trop proches du système classique.

La justice restaurative est donc définie avant tout par sa pratique. L'analyse historique confirme ce constat, la théorie étant venue dans un second temps. D'ailleurs, l'appellation « justice restaurative » ne serait apparue qu'en 1977, qu'elle soit attribuée à Barnett⁶ ou Eglash⁷. Cependant, lorsque l'observateur s'attèle à lire les écrits sur le sujet, notamment ceux de la conférence de consensus en France sur la prévention de la récidive en 2012, il est frappé par le constat d'une histoire « officielle » de la justice restaurative, cohérente et limpide. Selon celle-ci, la justice restaurative serait issue de la renaissance dans les années 70 de pratiques ancestrales, principalement voire uniquement dans les pays anglo-saxons.

Néanmoins, cette histoire est celle des partisans de la justice restaurative. Elle semble en réalité bien plus complexe, ne serait-ce que parce qu'il apparaît difficile de comprendre cette absence de plusieurs siècles. Plus encore, à la lecture des récits, toutes les expériences menées semblent être inspirées elles-mêmes d'autres expériences, sans qu'il soit possible d'établir précisément une origine et un cheminement historique. Il convient alors de noter également un

⁴ Conseil de l'Europe, 26^e Conférence des ministres européens de la justice (Helsinki, 7-8 avril 2005), Résolution

⁵ Déclaration de Vienne sur la criminalité et la justice: relever les défis du XXI^e siècle, Dixième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Vienne, 10-17 avril 2000, A/CONF.184/4/Rev.3, paragraphe 29

⁶ Barnett R, *Restitution: a new paradigm of criminal justice*, Ethics, 1977

⁷ Eglash A., "Beyond restitution: creative restitution", in Hudson J, Galaway B, *Restitution in criminal justice: a critical assessment of sanctions*, Lexington Books, Lexington, 1977

renvoi faible à des sources écrites, et des écrits modernes souvent peu documentés ou utilisés uniquement à des fins de promotion de la justice restaurative.

Il faut donc faire le constat d'une impossibilité d'établir une évolution précise et datée qui soit linéaire. Cette réflexion rejoint alors la remarque de Howard Zehr, considéré par beaucoup comme un des grands penseurs de la justice restaurative⁸. Pour illustrer, celui-ci utilise la métaphore d'un fleuve alimenté par divers ruisseaux⁹. Il s'agira ici d'en faire un fil rouge et même de proposer une randonnée. Il faut ainsi remonter l'histoire de la justice restaurative pas à pas, comme sur un chemin de brousse ou lors d'une enquête, source après source, affluent après affluent, jusqu'à tenter de découvrir la ou les source(s) originelle(s) de la justice restaurative.

L'incontournable point de départ est alors la question de l'état des connaissances certaines sur l'histoire de la justice restaurative. Le constat est alors le même que Socrate en un autre temps, à peu de choses près. Le seul élément auquel peut se rattacher le randonneur débutant est alors le mot lui-même, et son étymologie. Deux sens du mot « restauration », évoluant selon les usages, apparaissent alors. En effet, la restauration peut être la réconciliation, c'est-à-dire l'idée morale d'une sauvegarde ou d'une restauration des liens entre les individus, mais elle peut être tout autant la compensation, c'est-à-dire le retour réel à la situation *ante delictum*. Ce dernier point de vue apparaît comme le « vrai » sens de la restauration, faisant de la restauration une réparation avant tout matérielle.

L'observateur est alors immédiatement confronté à un constat : l'histoire de la justice restaurative a été restreinte à la réconciliation alors que la restauration est aussi la compensation. Le fleuve se sépare alors en deux, en modulant le sens du mot “restauration” pour montrer son influence historique sur les pratiques. Le randonneur devra d'abord explorer la partie du fleuve la plus accessible - l'aspect réconciliatoire -, mais devra poursuivre son chemin vers un cours d'eau plus caché, mais tout aussi important - l'aspect compensatoire -.

I – Une restauration limitée à la réconciliation

Les pratiques contemporaines affichées comme s'intégrant au modèle de la justice restaurative apparaissent fondées uniquement sur un aspect « réconciliatoire », c'est-à-dire une volonté de rétablir des liens humains affectés par la commission de l'infraction, niant ainsi toute dimension matérielle. Il s'agit là en réalité d'une restriction apportée au terme de restauration. Cette limitation apparaît de prime abord opportune, au sens où elle s'explique par des raisons très prosaïques et utilitaires (A), mais elle est causée par des raisons plus profondes liées au pouvoir souverain qu'est l'État (B).

⁸ Notamment Johnstone G., Van Ness D., *Handbook of Restorative justice*, Willan Publishing, 2007

⁹ Zehr E., *Little Book of Restorative Justice*, Intercourse, Good Books, 2002, p. 61

A) Une restriction opportune

Limiter la justice restaurative à une simple réconciliation s'explique donc avant tout par des raisons d'opportunité. Cette restriction est en effet la conséquence d'un contexte précis (1) et la recherche d'une finalité particulière (2).

1) Le contexte de la restriction

Si l'observateur s'intéresse à l'histoire la plus proche de la justice restaurative, c'est-à-dire à l'apparition des pratiques modernes actuelles, il s'aperçoit assez rapidement que leurs manifestations sont géographiquement parsemées. Naissent ainsi au Canada les Sentencing Circles et Healing Circle dans les années 80-90¹⁰, pratiques fondées sur l'idée de cercles de réflexions comprenant des membres de la communauté, la victime et l'accusé, pour réfléchir à la meilleure solution possible. Ces pratiques ont fortement inspiré les solutions françaises. Il voit également apparaître aux États-Unis de nombreuses actions « étiquetées justice restaurative », notamment la fameuse expérience « Russ Kelly »¹¹ en Ontario en 1974 de Mark Yantzi et Dave Worth permettant la première rencontre entre un auteur et sa victime, inspirée des pratiques religieuses mennonites. Il en est de même des Navajo Peacemaker Court¹² en 1982, reprenant une ancienne justice communautaire à l'aspect religieux fondée là encore sur une discussion entre l'auteur, la victime et la communauté. Il ne faut pas non plus oublier la Nouvelle-Zélande qui en 1989 fait preuve d'innovation en étant le premier pays à intégrer une pratique de justice restaurative dans son système pénal : le Family Group Conferencing¹³, une méthode inspirée des anciennes pratiques maories regroupant la victime, l'auteur, leur famille et un médiateur formé.

D'autres législations pourraient encore être mises en avant. Toutefois, outre la relative diversité de ces pratiques, leur période d'apparition et leur localisation méritent une interrogation.

Tout d'abord, pourquoi les pratiques modernes apparaissent-elles dans les années 1980-90 ? Nombreux sont les auteurs qui mettent en avant un contexte opportun pour leur apparition, à la fois philosophique, politique, économique et social, avec notamment la remise en cause de la justice rétributive et des peines d'emprisonnement. En réalité ce sont avant tout trois raisons bien plus simples qui expliquent l'émergence assez unifiée dans le temps de ces pratiques modernes.

Premièrement, participe de ce mouvement la crise de la pénalité moderne, du fait d'une machine judiciaire rendue extrêmement lourde, lente, coûteuse, et peu efficace face à la récidive. Le concept de la justice restaurative devient ainsi fortement attrayant. Deuxièmement, et de

¹⁰ Jacoud M., *Les cercles de guérison et les cercles de sentence autochtones au Canada*, Criminologie, 32(1)

¹¹ Aïssasoui K., *La victime d'infraction pénale, de la réparation à la restauration*, Thèse soutenue à Lyon en 2013, p.308 ; Lecomte J., *La justice restauratrice*, Revue du MAUSS 2012/2 (n°40), p223-235

¹² « Peacemaking Program of the Navajo Nation »

¹³ Mis en place depuis la réforme de la justice pénale des mineurs en 1989

manière plus novatrice, à partir des années 1970, l'observateur voit apparaître au niveau mondial un véritable mouvement de reconsidération de la victime dans le procès pénal, qui amène à prendre conscience de la nécessité de lui réserver une place. Enfin, et il ne s'agit là que d'une conséquence logique des deux phénomènes précédents, la volonté de trouver une alternative à la justice rétributive communément admise au niveau mondial va conduire à rechercher des pratiques communautaires où l'État n'intervenait pas. Il est alors possible d'assister à une redécouverte des pratiques traditionnelles de régulation des conflits. Il en est ainsi particulièrement le cas aux États-Unis où certaines communautés s'intéressent aux cercles de guérison et de sentence des Inuits ou encore en Nouvelle-Zélande, où les pratiques sont ancrées sur le modèle de justice aborigène.

Une seconde question demeure : pourquoi la plupart de ces pratiques modernes sont-elles nées dans des pays anglo-saxons ? Là encore, il convient de s'intéresser au contexte juridique de ces pays. Ceux-ci, marqués par leur histoire colonisatrice, gardent un important contact avec les anciens systèmes de justices communautaires, qui réapparaissent aujourd'hui. Lorsque ceux-ci sont redécouverts et confrontés à une justice moderne qui ne laisse aucune place aux victimes, ils rencontrent nécessairement un succès certain.

Si ce constat permet déjà en soi d'expliquer l'apparition des pratiques modernes de justice restaurative, celle-ci a été commandée également par certaines finalités précises.

2) La finalité de la restriction

Suivant ces observations, il semble alors de prime abord qu'il n'y aurait pas une justice restaurative, mais plutôt des justices restauratives. Pourtant, c'est bien le singulier qui est majoritairement utilisé. Cela s'explique par la finalité commune : la restauration du lien social entre le délinquant et la société, c'est-à-dire la réconciliation.

Cependant, pourquoi restreindre la justice restaurative à cette seule finalité ?

Tout d'abord il ne faut pas oublier l'influence de l'aspect religieux de la justice restaurative. La religion mennonite, par exemple, a pu en être la véritable source aux USA pour Howard Zehr et son expérience « Russ Kelly ». Les principes religieux y sont en effet fortement ancrés, tant dans le christianisme avec l'image du Christ porteur des valeurs d'amour et de pitié, que par le *shalom* hébreu qui signifie la paix et la sérénité entre les individus. L'idée commune à travers ces différents cultes est ainsi de considérer que les hommes sont capables de pardonner et d'être pardonné. La finalité du principe moderne de justice restaurative est donc en parfaite adéquation avec cette idée de réconciliation. Il ne fait donc peu de doute que la communauté religieuse a sans doute participé à l'instrumentalisation de ces pratiques en limitant ces pratiques à cette fin pour favoriser le développement de ces conceptions. Ce phénomène est particulièrement vérifié dans les pays anglo-saxons, où la religion a une influence toute particulière.

La seconde raison de cette restriction porte un aspect cette fois-ci beaucoup plus politique. En effet, depuis les années 1970 et notamment aux Etats-Unis, de plus en plus de mouvements anti-prison voient le jour, tels que « Redress » ou l' « Alternative Dispute Resolution Movement » (ADRM), tous deux fortement inspirés des idéologies religieuses. Ceux-ci dénoncent l'usage de la prison, et le caractère rétributif et punitif de la justice pénale. Ils sont ainsi les principaux porteurs de la justice restaurative aux États-Unis et favorisent, par conséquent, son développement. Plus encore, ils participent à l'idéalisation des justices communautaires en ne retenant que cet aspect réconciliateur de la justice restaurative, totalement opposé à la justice contemporaine qu'ils critiquent ouvertement. Certains auteurs inventent même des histoires qui servent pourtant de fondement aux théories restauratives, comme la célèbre fable de l'homme sans domicile fixe, Sam¹⁴. Il s'agit ici d'une énième forme d'instrumentalisation, dévoyant complètement la définition du terme « restaurer ».

Ce contexte et cette finalité conduisent ainsi à limiter la justice restaurative à son aspect réconciliatoire. Cette restriction s'explique aussi, contrairement à une idée préconçue qui ferait du développement de la justice restaurative une démarche « anétatique », par un rôle de l'organisation étatique.

B) Une restriction par l'État

Les causes profondes de la restriction de la justice restaurative moderne à la réconciliation sont en réalité à chercher dans le rôle de l'État. Celui-ci est, de fait, double et contradictoire : de manière passive, d'une part, par son aspect confiscatoire, la justice rétributive mise en place par l'État a participé à la naissance de la justice restaurative réconciliatrice du fait d'une volonté populaire de revenir à un système ancien meilleur (1). D'autre part, l'État a aussi un rôle actif puisqu'il est au cœur des systèmes modernes de justice restaurative qui sont pleinement intégrés à l'organisation, notamment en France (2). Ce double rôle explique là encore la restriction à la réconciliation.

1) La confiscation de la justice restaurative par l'État

Il est assez paradoxal de l'affirmer, mais c'est par sa confiscation par l'État que la justice restaurative a commencé à renaître. En effet, il faut d'abord comprendre que la justice restaurative étant d'origine communautaire, l'État est souvent pointé du doigt comme celui qui a confisqué ces

¹⁴ L'histoire d'un jeune ayant commis plusieurs méfaits et qui, après avoir effectué une rencontre auteur-victime, avait prit dans ses bras sa victime en comprenant avec vigueur à quel point son acte avec pu faire du mal. En réalité, Braiwath expliquera plus tard que l'Histoire du SDF Sam était une fausse histoire s'inspirant de toute les pratiques qu'il a pu effectuer. Pourtant, elle a été souvent utilisée par les partisans de la justice restaurative comme une preuve de l'efficacité de la démarche.

formes primitives de justice, au profit d'un système plus organisé – et donc, moins soucieux de la victime.

Ce point est régulièrement mis en avant par les partisans de la justice restaurative. Il y a en effet une volonté forte de faire de la justice restaurative la forme originelle de justice, confisquée par l'État et sa justice rétributive. Ainsi la justice restaurative est construite comme l'opposé de la justice rétributive. Pour ces auteurs, la justice rétributive n'aurait qu'un aspect punitif et pervers, n'ayant que peu d'avantages et de conséquences positives vis-à-vis de la délinquance et de la récidive qui ne se réduisent pas. Cette opposition est marquée aussi par place qui est donnée à la victime : dans la justice étatique, il n'y aurait ni compassion, ni soutien, ni aide, ni véritable rôle accordé dans le procès, tandis que la justice restaurative la met au cœur du procès, ce qui est cohérent avec les tendances actuelles à une plus grande reconnaissance de la victime. Cependant, ces auteurs oublient que la justice primitive n'a pas et n'a jamais disparu, car elle a été transformée par l'État. En effet, la justice étatique civile basée sur la réparation est une forme de restauration, mais une restauration purement et simplement matérielle : une compensation. Ce besoin d'un retour à une justice primaire se voit donc exclusivement motivé par les déficiences de la restauration matérielle et d'un besoin de reconstruire les liens immatériels par la réconciliation.

2) L'intégration de la justice restaurative dans l'État

Le système étatique a ainsi intégré en son sein des pratiques issues de la justice restaurative. En effet, actuellement, elle n'est pas un système proposé en concurrence avec le système rétributif étatique, mais elle semble au contraire intégrée dans le système moderne. Or, cette démarche n'est envisageable que parce que les deux formes de justice ne visent pas le même but : la justice restaurative est axée sur les liens immatériels, sur besoin de la réconciliation, tandis que la justice étatique s'attelle, quant à elle, à l'aspect matériel. Atteste particulièrement de l'intégration de la justice restaurative réussie, les dispositions intégrées au Code pénal en France en 2014¹⁵.

Il est même sans doute possible d'affirmer que la justice restaurative a parfois pris le rôle d'un soutien de l'État et la justice rétributive. L'exemple des comités « Vérité et réconciliation » utilisés en Afrique du Sud après l'Apartheid est parlant sur ce point puisqu'ils ont eu pour but de reconstituer un État, comme a pu l'affirmer Desmond Tutu¹⁶.

Cette intégration est cependant loin d'être parfaite. En effet, d'une part, sa mise en place s'explique avant tout par un coût financier faible, utile en des temps de restrictions budgétaires. D'autre part, elle permet de ne pas bouleverser le système contemporain, notamment de ne pas

¹⁵ Article 10-1 du Code pénal, créé par la loi n°2014-896 du 15 août 2014

¹⁶ Tutu D., *The Truth and Reconciliation Process: Restorative Justice The Third Longford Lecture, at Church House Westminster*, London, U.K. Organised by the Frank Longford Charitable Trust, in association with the Prison Reform Trust, and sponsored by The Independent, 2004

ébranler la dichotomie entre droit pénal sanctionnateur et droit civil réparateur, ce qui revient à éviter une véritable utile remise en cause.

Dès lors, considérer la justice restaurative comme une pratique relevant exclusivement de la réconciliation est une idée fautive, au moins historiquement, puisqu'il s'agit là d'une restriction apportée à ce qu'est la restauration. Il faut alors aller chercher plus loin le long des rives du fleuve d'Edward Zehr afin d'y trouver la véritable histoire de la justice restaurative : une justice non pas simplement réconciliatrice, mais également compensatrice.

II – Une restauration fondée sur la compensation

En dépassant ainsi l'aspect simplement réconciliateur, la justice restaurative prend une toute autre dimension qui est celle de la compensation, au sens alors à la fois intellectuel et matériel. Pourtant, l'histoire « officielle » de la justice restaurative décrite jusqu'alors ne semble pas faire part de pratiques compensatoires. Néanmoins, celles-ci existent bel et bien, mais leur oubli s'explique par une idéalisation des pratiques ancestrales d'une part (A), et par l'absence de questionnement de certaines pratiques d'autre part (B).

A) L'idéalisation de certaines pratiques

Ainsi, la recherche, exempte de conceptions idéologiques, montre l'existence de pratiques restauratives à la fois compensatoires et réconciliatoires, qui ont été idéalisées par les partisans de la justice restaurative pour n'en retenir que l'aspect réconciliatoire (1). Cette démarche est d'autant plus marquée qu'au-delà de cet aspect global, ces pratiques revendiquées comme étant les origines de la justice restaurative peuvent être en réalité très contestées du fait de leur aspect rétributif qui ne peut pas être négligé, et qui vient mettre à mal le modèle proposé (2).

1) L'omission du caractère global de certaines pratiques

Si l'observateur s'amuse à interroger les penseurs actuels de la justice restaurative sur les racines historiques de ces pratiques, il n'y aurait que peu de doute sur leur réponse majoritaire. En effet, de très nombreux auteurs, lorsqu'ils présentent la justice restaurative, expliquent qu'elle est issue de pratiques très anciennes, oubliées, qu'il s'agirait seulement de remettre d'actualité, comme un nécessaire retour aux sources. Ils écrivent ainsi que la justice restaurative est issue de pratiques telles que - pêle-mêle¹⁷ - la justice des premiers chrétiens, la justice maorie en Nouvelle-Zélande, des formes primitives de règlement des conflits dans les îles du Pacifique, en Irlande, des assemblées des peuples germaniques, des traditions indiennes ou encore une forme de justice mise en place par les Premières Nations au Canada. Ainsi, comme le disent plusieurs auteurs, les racines

¹⁷ Cette liste est issue notamment du travail de recherches établi par une étude du département de la Justice du gouvernement Canadien, *Research Framework for a Review of Community Justice in Yukon* [en ligne]

de la justice restaurative seraient « aussi vieilles que l'humanité »¹⁸. Il semble difficile de pouvoir remettre en question cette affirmation, tant les sources avancées sont nombreuses. Pourtant, il est en réalité nécessaire d'aller voir plus en détail le contenu de ces pratiques pour en comprendre la véritable nature.

En effet, ces pratiques, pour ce qu'il est possible d'en connaître - les sources sont souvent peu détaillées - ne sont en réalité pas seulement réconciliatrices, mais sont bien également compensatoires. Si la réconciliation, nécessaire à la sauvegarde de sociétés en naissance, était bien sûr au cœur des préoccupations, l'était également la restauration matérielle de la situation *ante delictum*. Il ne s'agissait ainsi pas que de faire discuter les parties, mais il plutôt aussi de fixer des moyens matériels de compensation entre les parties, de trouver une solution concrète au litige. En ce sens, est intéressante l'étude réalisée par May Leung de la justice aborigène des Premières Nations au Canada¹⁹. L'auteure explique ainsi que, dans la culture aborigène, l'univers entier est connecté par des liens. Lorsqu'un acte délictueux est commis, une relation est cassée et doit être réparée. Cette réparation prend une forme avant tout matérielle. Il peut s'agir par exemple en cas de meurtre pour l'individu reconnu coupable de venir remplacer la personne qu'il a tué dans sa famille, et ainsi « restaurer » en quelque sorte la situation originelle. Cette pratique n'est d'ailleurs pas ici sans rappeler les pratiques d'abandon noxal dans la Rome Antique et sous l'époque Franque²⁰. Certes, il n'y a pas de but punitif dans ces pratiques, et la justice se concentre bien davantage sur la volonté proactive de réparation du dommage que sur les faits passés. Cependant, il faut bien comprendre que cette restauration est globale : elle se fait tout à la fois dans une dimension intellectuelle et une dimension matérielle, qui ne sont pas distinguées. Il s'agit de chercher tous ensemble une solution pour réparer le litige et éviter qu'il ne se reproduise, et le fait même de réparer matériellement ce litige met fin à la tension entre les familles.

Attestent également de ce caractère global, et même si cela semble plus étonnant, les origines religieuses de la justice restaurative, et ce dans les trois religions monothéistes. Ainsi, tout à la fois le pardon chrétien, le *shalom* juif et les pratiques recommandées par le Coran revendiquent cet aspect global, qui est celui à la fois d'une réparation matérielle et intellectuelle. Le Coran, par exemple, encourage ainsi le remplacement de la peine par le pardon et prévoit même la possibilité de débattre de la réparation entre la victime ou ses ayants droit et le coupable²¹.

En réfléchissant à ces pratiques, il semble réalité même impossible de dissocier restauration matérielle et réconciliation, tant la première est la nécessaire condition de la seconde. Ainsi, le caractère global, pourtant oublié, des pratiques restauratives, semble incontestable.

¹⁸ Zehr H., *Ibid.*

¹⁹ May L., *The origins of restorative justice*, Canadian Forum on Civil Justice, 1999 [en ligne]

²⁰ Chaignot N., « Le monde antique gréco-romain et ses servitudes : un miroir inversé de la modernité ? », *La servitude volontaire aujourd'hui. Esclavages et modernité*, Presses Universitaires de France, 2012, pp. 7-47

²¹ Bazemore G., *Restorative justice, earned redemption and a communitarian response to crime*, Florida Atlantic University, 1999, pp. 7-8

2) L'omission du caractère rétributif de certaines pratiques

Les défenseurs de la justice restaurative se revendiquent de pratiques ancestrales²². Cette revendication se traduit par une forme de respect exacerbé, voire d'idéalisation de ces pratiques, qualifiées de véritables formes de justice restaurative, donc les pratiques modernes seraient l'imitation, témoins de la volonté d'un retour à ce passé idéal. Pourtant, il n'y a ici aucune forme de « pureté » de pratiques restauratives, puisqu'il faut en réalité constater un aspect rétributif marqué.

Ainsi, d'une part, à la période de ces pratiques ancestrales, les témoignages issus de ces pratiques montrent qu'en réalité les conseils décidaient souvent de peines afflictives, de châtements corporels pénibles ou bannissement notamment, ce qui sont des mesures qui seraient aujourd'hui considérées comme des peines, aux caractères rétributif et afflictif marqués. Il ne s'agit en effet ici plus de réparer, au sens où un châtement corporel ne peut pas réparer le dommage subi, mais bien de punir, de châtier, de faire endurer une souffrance à la personne qui s'est rendue coupable de l'acte. Kathleen Daly montre particulièrement, dans sa « véritable histoire de la justice restaurative »²³, ces aspects, en expliquant qu'il y a une forme de « vision romantique » du passé aborigène, qui est perçue à travers les mythes qui y sont rattachés, mais il ne faut en réalité pas perdre de vue une réalité beaucoup plus crue et dure, qui est quasiment systématiquement omise par les partisans de la justice restaurative. Une contradiction est également particulière éclairante sur ce point : R. Cario, et d'autres penseurs modernes du mouvement, considèrent que l'un des critères de la justice restaurative est le consentement des parties²⁴. Or, dans ces systèmes ancestraux, les décisions étaient prises par la communauté réunie tout entière, ou par les familles concernées, avec la présence de l'auteur, mais sans son accord, puisqu'une solution était trouvée par le groupe en entier, et non pas les parties elles-mêmes. En ce sens, la mesure pouvait être subie par l'auteur.

D'autre part, aujourd'hui, il n'y a pas de « retour » à des pratiques purement restauratives dans la mesure où s'il y a bien une inspiration des pratiques anciennes, elles sont assemblées à la justice moderne qui, elle, est rétributive. En effet, il y a une forme d'hybridation entre ces pratiques ancestrales – idéalisées – et des éléments de justice moderne. Cette forme de « justice d'assemblage », décrite notamment par Pavlich²⁵, incorpore ainsi des éléments ou des valeurs de justice non occidentale et des éléments de justice occidentale dont notamment des éléments rétributifs. Maintenir alors que la justice restaurative moderne est une forme de justice autochtone revient à adopter un point de vue simpliste et ethnocentrique. L'historique même de la mise en place des systèmes modernes de justice restaurative illustre cet assemblage. En effet, comme le montre K. Daly, en Nouvelle-Zélande, elle est issue d'une contestation du système de la justice

²² Cf *supra*

²³ Cario R., « Justice restaurative : principes et promesses », *Les Cahiers Dynamiques*, vol. 59, no. 1, 2014, pp. 24-31

²⁴ Béal C., « Justice restaurative et justice pénale », *Rue Descartes*, vol. 93, no. 3, 2017, pp. 58-71.

²⁵ Pavlich G., *Governing Paradoxes of Restorative Justice*, GlassHouse Press, 2005

dans les années 80 pour permettre aux Maoris d'être plus culturellement représenté, sans réelle volonté de revenir à un système préeuropéen dont le caractère rétributif serait absent²⁶. Il ne faut pas ainsi comprendre la justice restaurative comme l'opposé d'un système moderne rétributif.

En ce sens, il serait même possible de contester la frontière entre restauratif et rétributif au sein de ces pratiques. Une peine ne peut-elle parfois pas être restaurative, si elle permet de rendre meilleur le coupable ? Au contraire, une mesure de restauration ne peut-elle pas être vécue comme afflictive et comme une punition par celui qui y était obligé ? Le débat serait ici sans fin. Il est en tout cas bien visible ici, à la lumière de ces réflexions historiques, que l'observateur assiste à une idéalisation des pratiques ancestrales présentées comme purement réconciliatrices.

B) L'oubli questionné de certaines pratiques

Lorsque sont étudiées toutes les pratiques ayant historiquement été avancées comme des solutions aux conflits de nature pénale, il apparaît qu'un certain nombre d'entre elles pourraient être qualifiées de justice restaurative, au sens où elles pratiquent bien une forme de compensation. Il faudrait alors les reconnaître comme étant pleinement de la justice restaurative (1). Pourtant, les qualifier ainsi pose certaines difficultés quant aux généralisations opérées, ce qui plus largement questionne alors sur la véritable nature de la justice restaurative (2).

1) La reconnaissance de pratiques compensatoires

A n'écouter que l'« l'histoire officielle », c'est-à-dire l'historique tel que présenté dans la très grande majorité des ouvrages écrits sur la justice restaurative²⁷, l'historique des pratiques pouvant être qualifiées de justice restaurative est peu complexe : certaines pratiques ancestrales, ayant lieu dans les premiers temps des communautés humaines, et parfois plus tardivement, mais uniquement chez les communautés aborigènes préservées, et à l'autre bout de la frise chronologique, des pratiques extrêmement récentes, datant tout au plus de quelques dizaines d'années, redécouvrant ces pratiques ancestrales. Si on suit ce raisonnement, il faut faire le constat de quasiment mille ans de silence, avec une absence totale de toute pratique restaurative entre les pratiques ancestrales des premières communautés humaines et les pratiques modernes des années 1970.

Cette vision simple est cohérente avec l'argument défendu et présenté plus en amont, selon lequel le souverain a confisqué la justice pour se l'approprié²⁸, pour des raisons avant tout pragmatiques de mise en place de la puissance étatique. Tout semblerait rentrer dans ce modèle en apparence cohérent. Pourtant, il faut là encore questionner cette présentation qui s'avère en réalité davantage simpliste et elliptique que simple et complète. Il est en effet possible de reconnaître une forme de

²⁶ Daly K., *Restorative justice: the real story*, School of Criminology and Criminal Justice, 2001, p14

²⁷ Cario R., *Ibid.*

²⁸ Selon la célèbre formule que toute infraction représente également une *offense to the king* (atteinte au roi).

justice restaurative dans d'autres pratiques qui ne sont pas habituellement présentées comme telles. Il faut pour cela faire une entreprise difficile de recensement des principales formes de justice à travers ces siècles étiquetés comme empreints exclusivement de justice rétributive.

Historiquement, la première forme de justice pénale constatée est celle du Code de Hammourabi²⁹, texte juridique babylonien daté d'environ 1750 av. J.-C. Or, s'il est présenté classiquement comme l'exemple archétypique des premières peines avec ses formulations syllogistiques, l'étude du contenu des règles montre qu'était prévue dans de nombreux cas la simple restitution (par exemple, l'article 219 prévoit que si un médecin cause la mort d'un esclave, il doit le remplacer), ce qui correspond alors pleinement à une forme de restauration. En effet, il s'agit alors de restaurer l'état antérieur au délit, ici dans un sens purement matériel. De même, beaucoup plus tard, la *Lex Salica*³⁰ (6e siècle) prévoyait également la restitution dans certains cas également.

Plus généralement, il faut observer plus attentivement certaines pratiques en France au Moyen-Age notamment qualifiées de procédures de paix, comme l'asseurement³¹ qui consistait à forcer l'abandon de la vengeance, ou les pratiques des apaiseurs³², conciliateurs et arbitres qui visaient à régler les conflits, même d'origine pénale. Toutes ces pratiques ne sont pas considérées comme relevant de la justice restaurative alors même que l'observateur constate facilement, et de manière parfois plus immédiate que les pratiques étiquetées comme telles, qu'elles ont un aspect restauratif très marqué.

De même, et plus proche encore de nous, il serait ici nécessaire d'exploiter l'histoire de la médiation pénale en France et des pratiques de sanction – réparation, qui sont apparues avec des initiatives de « médiation déléguée »³³. Celles-ci sont organisées sous la direction de magistrats du Parquet dans les années 80 et donnent des missions à des associations, avec même progressivement des conventions. Ces pratiques ne sont pas qualifiées de restauratives. En effet, pour Zehr, la justice restaurative n'est pas la médiation, car dans la médiation il y a l'idée d'égalité entre les parties, de neutralité, qui n'est pas satisfaisante pour les victimes ni pour l'auteur. Pourtant il y a bien là aussi l'idée de trouver une solution durable à un problème, et en ce sens, de restaurer la communauté.

Dès lors, pourquoi toutes ces pratiques ne sont-elles pas considérées comme de la justice restaurative ? Pourquoi avoir construit cette « histoire officielle » de mille ans de silence ? De manière positive, on peut émettre l'idée qu'il est toujours difficile de qualifier *a posteriori* des mesures qui n'ont pas été pensées dans un contexte idéologique précis, et de leur attribuer une

²⁹ Selon le texte traduit par V. Scheil, *La loi de Hammourabi*, Collection de tirés-à-part de la bibliothèque de l'Institut de Paléontologie Humaine, Traduction en français du code des lois de Hammourabi découvert à Suse par M. de Morgan

³⁰ Selon le texte traduit par Peyré J.P., *La loi salique*, Édition Firmin Didot, 1828

³¹ Gauvard C., « Violence et rituels », in *Violence et ordre public au Moyen Âge*, sous la direction de Gauvard Claude, Editions Picard, 2005, pp. 194-213

³² Sablayrolles E., « L'Infrajudiciaire du Moyen Âge à l'époque contemporaine, sous la direction de B. Garnot », in *Annales de Bretagne et des pays de l'Ouest*, Tome 104, numéro 1, 1997, pp. 120-122

³³ Jaccoud M., *Justice réparatrice et médiation pénale : convergence ou divergences ?*, L'Harmattan, p. 26 et s.

étiquette moderne très tardivement. De manière plus négative, il est difficile de ne pas voir dans ce silence une volonté de faire de la justice restaurative une pratique pure, intellectuelle et ancestrale, pour mieux justifier son retour, plutôt que d'aller puiser ses racines dans une histoire plus controversée et empreinte de dimensions matérielles.

2) L'ambiguïté de la nature des pratiques compensatoires

Si le choix est fait de retenir la qualification de justice restaurative pour ces pratiques avant tout compensatoires et controversées, un flou est en réalité jeté plus globalement sur la nature de ce qu'est historiquement la justice restaurative elle-même. En effet, puisqu'il n'y a pas de définition stricte et universelle de ce qu'est la justice restaurative, celle-ci ne peut être définie que par ses pratiques. Or, est perçue ici la difficulté à savoir ce qui peut être considéré comme tel ou ce qui doit en être écarté. Ainsi, les questionnements sur la nature de ces pratiques sont en réalité nombreux.

Tout d'abord, est-il envisageable de considérer comme de la justice restaurative des pratiques qui n'ont pas été conçues dans le but de la restauration ? La majorité des pratiques compensatoires s'expliquent surtout, en réalité, par une volonté d'éviter la vengeance, notamment au Moyen-Âge en France, et particulièrement à l'époque franque où la compensation pécuniaire avait avant tout pour but de réparer le dommage, de restaurer la situation ante delictum le plus possible, dans le but d'éviter la vengeance qui était source d'un grand désordre social. Cette dimension est particulièrement présente dans le capitulaire de Worms par Louis le Pieux en 829³⁴ où la compensation pécuniaire est rendue obligatoire pour les parties lésées, et ce pour éviter qu'elles ne se vengent. En ce sens, ces pratiques compensatoires relèvent-elles de la justice restaurative ? Il s'agit bien de restaurer, mais avant tout pour éviter une dégradation plus grande de la situation nouvelle, plutôt que pour véritablement souhaiter un retour à la situation antérieure. Le questionnement reste ouvert.

De même, toute réparation est-elle justice restaurative ? La réparation est en réalité présente partout dans nos systèmes juridiques, d'aujourd'hui ou d'hier. Elle est aujourd'hui le but du droit civil intervenant dans le procès pénal. Si le choix est fait de considérer de manière très large la réparation comme restaurative, alors, encore plus en amont, même la loi du Talion ou la vengeance privée illimitée sont des formes de réparation, puisqu'il s'agit bien de reprendre quelque chose qui a été pris. La nature même de ce qu'est la justice restaurative apparaît alors comme trouble. Comment définir ce qui historiquement n'est pas définissable ? Il faut en réalité abandonner l'idée d'un « modèle pur » de justice restaurative.

³⁴ Ganshof F-L., « Les réformes judiciaires de Louis le Pieux », in *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 109^e année, N. 2, 1965, p. 424

Ainsi, en guise de bilan, est-il tout simplement possible, réalisable, de faire un récit historique de la justice restaurative ? Si celle-ci est comprise de manière restrictive comme justice réconciliatoire, sans doute, mais lorsqu'elle est élargie à sa véritable portée, à la fois réconciliatoire et compensatoire, ce n'est pas certain, tant la compensation est inhérente à l'idée même de justice. Il ne semble donc pas possible de pouvoir dépasser cette difficulté épistémologique.

Pour suivre E. Zehr³⁵, il faut peut-être en réalité voir l'histoire et les pratiques de la justice restaurative comme un continuum, des pratiques qui en relèvent totalement jusqu'à celles qui lui sont étrangères totalement, en passant par les partiellement restauratives, sans chercher à établir clairement une chronologie ou un classement. Cette idée de continuum est indispensable pour tracer l'historicité des pratiques de la justice restaurative, bien loin de la dichotomie simpliste entre pratiques ancestrales oubliées et pratiques modernes de retour à une justice ancestrale.

Quoi qu'il en soit, pour permettre une vraie réflexion sur l'histoire de la justice restaurative, il faut peut-être en réalité rebrousser chemin et ne pas penser d'abord par les pratiques, mais penser d'abord par l'idéologie, la théorie.

³⁵ Zehr E., *Little Book of Restorative Justice*, Intercourse, Good Books, 2002, p. 54 et s.