

Schulich School of Law, Dalhousie University

## Schulich Law Scholars

---

Articles, Book Chapters, & Popular Press

Faculty Scholarship

---

2003

### **La Justice Restaurative: Conditions et Fondements d'une Transformation Démocratique en Droit Penal**

Bruce P. Archibald

Follow this and additional works at: [https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/scholarly\\_works](https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/scholarly_works)

---

*Sous la direction de*  
Mylène JACCOUD

# JUSTICE RÉPARATRICE ET MÉDIATION PÉNALE

*Convergences ou divergences ?*

2003

L'Harmattan  
5-7, rue de l'École-Polytechnique  
75005 Paris  
FRANCE

L'Harmattan Hongrie  
Hargita u. 3  
1026 Budapest  
HONGRIE

L'Harmattan Italia  
Via Bava, 37  
10214 Torino  
ITALIE

5

## La justice restaurative : conditions et fondements d'une transformation démocratique en droit pénal

par Bruce P. Archibald

### Introduction

On assiste à l'arrivée, sur la scène juridique, d'une nouvelle forme de justice : *la justice réparatrice*, que l'on pourrait aussi appeler *la justice restaurative*, ou encore *la justice transformative*. Le phénomène est né dans les pays anglo-saxons s'inspirant de la *common law* et le débat terminologique, qui a entouré l'apparition de ce nouveau concept, a abouti à un consensus quasi-unanime sur l'étiquette de « *restorative justice* »<sup>1</sup>. Tandis que l'on continue à débattre des définitions de cette *restorative justice*, nous pourrions ici la définir ainsi : la restauration des rapports ou liens sociaux, sur une base d'équité et de dignité humaine, dans le contexte de résolution de différends suscités par des torts/actes criminels, dans un processus délibératif qui implique le contrevenant, la victime et la/leur(s) communauté(s) perti-

1. J. Llewellyn et R. Howse, *La justice réparatrice - cadre de réflexion*, Commission du droit du Canada, Ottawa, 1999; Hudson and Galway, *Restorative Justice : International Perspectives*, Criminal Justice Press, Monsey, N.Y., 1996, P. McCold, *Restorative Justice : An Annotated Bibliography*, Criminal Justice Press, Monsey, N.Y., 1997.

nente(s)<sup>2</sup>. On reviendra sur les éléments de cette définition, mais l'essentiel est de reconnaître que, d'après cette définition, la restauration dépasse le simple dédommagement matériel de la victime, de la part du contrevenant. Une telle définition de *la justice restaurative* comprend, dans son sens idéal, une restauration de liens sociaux entre victime et contrevenant, entre victime et communauté et entre contrevenant et communauté. Une réparation du tort commis par le contrevenant sur la victime pourrait faire partie du processus restauratif, mais en principe, ne devrait en constituer qu'un des aspects, puisque ce processus restauratif devrait mener à une transformation plus profonde des relations sociales entre les parties.

Ainsi, l'expression *justice réparatrice*, du point de vue terminologique, s'avère inappropriée, car le terme *réparatrice* rappelle les notions de compensation ou de dédommagement, du droit civil. Une traduction plus littérale, celle de *justice restaurative*, répond mieux aux aspects conceptuels du sujet<sup>3</sup>. Quoi qu'il en soit, certains restent partisans du recours au terme de *justice transformatrice* en raison des possibilités plus optimistes de pratique une justice visant un changement social positif, issu de méthodes particulières<sup>4</sup>. Néanmoins, il apparaît que, dans de nombreuses traductions officielles au Canada, l'usage du terme *justice réparatrice* est privilégié et ce, sans égard aux subtilités que l'on vient de mentionner<sup>5</sup>. Dans ce texte, j'emploierai

2. Pour une définition d'envergure souvent utilisée, voir *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*, ECOSOC Res.2000/14, adopted July 27, 2000 : ...any process in which the victim, the offender and/or any other individuals or community members affected by a crime actively participate together in the resolution of matters arising from the crime, often with the help of a fair and impartial third party.

3. La justice « restaurative » est le vocable utilisé par Lode Walgrave, « La justice restaurative : à la recherche d'une théorie et d'un programme » (1999) 32 *Criminologie* 7 et par J. Deklerk et 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 de Mayo de 2001. Dans le même sens, voir Bruce P. Archibald, « Les objectifs, les principes et les pratiques de la détermination de la peine en matière d'emprisonnement avec sursis : les retombées des arrêts Gladue et Proulx », Journées de droit criminel de la Cour du Québec, Manoir du Lac Delage, Québec, le 3 février, 2000, *Revue canadienne de Droit pénal*, à paraître.

4. Voir G. Bazemore et M. Schiff (eds), *Restorative Community Justice : Repairing Harm and Transforming Communities*, Anderson Publishing, Cincinnati, 2001; R. Morris, *Stories of Transformative Justice*, Canadian Scholars' Press, Toronto, 2000 ainsi que J. Llewellyn et R. Howse, *Institutions for Restorative Justice : The South African Truth and Reconciliation Commission*, (1999) 49 U. of T L. J.355

5. Voir les publications de la Commission de droit du Canada, *supra*, note 1 et celles du Service correctionnel du Canada comme *Quand l'espoir devient parole : Trousse de ressources de base pour la Semaine de la justice réparatrice 2001* (Ottawa),

les termes de *justice réparatrice* dans un sens générique, pour désigner toute une gamme de techniques de la justice alternative courante, qui ont des potentialités dépassant celles de la justice répressive traditionnelle. Mais le lecteur découvrira une préférence de l'auteur pour les expressions de *justice restaurative* et de *justice transformatrice*, dans certains contextes qui le justifient ; le lecteur devra alors se référer aux commentaires terminologiques cités ci-dessus. À mon avis, la *médiation pénale* a de fortes chances d'être incluse dans la *justice réparatrice* même si les conférences *restauratives* ont davantage un objectif de transformation que de réparation.

Évidemment, ce débat terminologique nous conduit directement à nous poser les questions suivantes : dans quelle mesure le développement de la justice restaurative et de la médiation sont-ils porteurs de changements et de transformations ? Ces dernières sont-elles une sorte de contrôle ou de réglementation sociale, extensions des formes de la justice traditionnelle et jusqu'où peuvent aller leurs capacités ? Dans cet essai, nous aborderons les conditions et fondements de la justice restaurative, dans son sens le plus large et nous constaterons que celle-ci peut faire changer le droit pénal et le change d'ailleurs actuellement, dans les sociétés démocratiques postmodernes. Le plan comprend un exposé en trois parties, suivi d'une conclusion. Dans un premier temps, nous parlerons des conjonctures diverses qui sont à l'origine de l'arrivée de la justice réparatrice sur la scène juridique actuelle. Deuxièmement, il sera question des conditions et des possibilités de la justice réparatrice, selon les théories et pratiques courantes, avec des exemples tirés des juridictions canadiennes, en particulier de la Nouvelle-Écosse. Troisièmement, nous traiterons des fondements et des limites de la justice réparatrice dans une société démocratique et dans une perspective constitutionnelle de principes de justice fondamentale. Notre conclusion, enfin, portera sur la notion de démocratie délibérative dans les sociétés postlibérales et sur le rôle que joue la justice réparatrice dans la transformation du droit pénal, dans ce contexte.

ainsi que les circulaires et publications de la Gendarmerie Royale du Canada, pour ne rien dire des organisateurs éminents du présent séminaire : Mylène Jaccoud et Lode Walgrave, *La justice réparatrice : présentation*, 1999, 32 *Criminologie* 3, Serge Charbonneau et Denis Béliveau, *Un exemple de justice réparatrice au Québec : la médiation et les organismes de justice alternative*, 1999, 32 *Criminologie* 57.

## I - Conjonctures postmodernes de l'arrivée de la justice restaurative

La justice restaurative fait son apparition dans des conjonctures bien particulières aux sociétés postmodernes. Nous analyserons ces conjonctures à plusieurs niveaux : les valeurs socio-politiques, les nouveaux contextes culturels, les problèmes de politiques pénales et les approches de l'administration publique. Chaque niveau fera l'objet de brefs commentaires.

### a) Valeurs socio-politiques

Au début de ce nouveau millénaire, la plupart des démocraties occidentales semblent avoir dépassé les stades du libéralisme classique et du républicanisme communautaire (soit la démocratie sociale). Elles s'acheminent vers une démocratie délibérative, avec un État minimaliste, dont la direction est décentralisée et caractérisée par des systèmes légaux, réflexifs et consultatifs<sup>6</sup>. Quoique la rhétorique de l'individualisme possessif<sup>7</sup> se déploie comme une justification aux nouveaux régimes délibératifs<sup>8</sup>, les conjonctures économiques et sociales du vingt et unième siècle ne sont plus celles du dix-huitième qui ont donné naissance à l'idéologie du libéralisme classique et à son vocabulaire. Si les États minimalistes du capitalisme libéral de la fin du dix-neuvième siècle ont cédé la place aux régimes dirigistes des États-providence de l'après-guerre, ces deux systèmes rivaux sont maintenant révolus. L'autonomie radicale de la privatisation libérale-classique et l'emprise étatique du dirigisme socialiste se sont révélées toutes deux inadéquates à répondre aux besoins des sociétés postmodernes. Ces sociétés sont complexes : elles sont marquées par la division des classes sociales, la division entre ruralité et urbanité, les différences de races, d'ethnies, la diversité des communautés culturelles, la pluralité des types d'organismes économiques... Toutes ces caractéristiques font en sorte que nos sociétés ont besoin de systèmes de gouvernance d'une complexité accrue. Les démocraties occidentales, ayant tendance à privatiser les entreprises et les services publics, n'ont

6. J. Habermas, *Between Facts and Norms : Contributions to a Discourse Theory of Democracy*, MIT Press, Cambridge, 1998.

7. C. B. MacPherson, *The Political Theory of Possessive Individualism : Hobbes to Locke*, Oxford U. Press, Oxford, 1964; R. Nozick, *The Normative Theory of Individual Choice*, Garland, New York, 1990.

8. Les noms Thatcher et Reagan sont devenus synonymes de politiques économiques et sociales individualistes et dérégulatrices.

pas pour autant entièrement abandonné le contrôle public sur ces activités. Ainsi, la direction des activités privatisées est souvent accomplie par le biais de commissions ou d'autres organismes para-publics qui font participer les secteurs ou les communautés impliqués. Ce contrôle décentralisé et participatif, dans un cadre légal établi par des institutions législatives et administratives de l'État, pourrait être qualifié de système de droit « réflexif »<sup>9</sup>. Selon la situation des diverses juridictions, la justice réparatrice peut avoir ces caractéristiques de droit réflexif<sup>10</sup>.

### b) Nouveaux contextes culturels

De nouveaux contextes culturels contribuent eux-aussi à l'émergence de la justice réparatrice. La culture du monde postmoderne se définit par le quasi rejet des valeurs universelles. Nos sociétés occidentales se distinguent par la sécularisation de l'État et la coexistence de religions et de communautés multiethniques. Le sacré a disparu sous la pression des progrès scientifiques de l'ère technologique<sup>11</sup>. Les mœurs des populations sont loin d'être uniformes. La pensée sociologique elle-même a contribué à un relativisme provenant d'une meilleure connaissance de soi<sup>12</sup>. L'anomie sociale, identifiée par des sociologues modernes<sup>13</sup>, s'accroît de nos jours avec l'interdépendance des économies, l'immigration internationale accrue et la globalisation des médias de communication. Les grandes aggro-

9. La notion de réflexivité de Habermas, *supra*, note 7, est un peu différente de celle de G. Teubner, envers laquelle Habermas est d'ailleurs critique. Voir G. Teubner, *Law as an Autopoietic System*, Blackwell, Oxford, 1993. Une présentation plus accessible se trouve dans G. Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, 1983, 17 *Law and Soc. Rev.* 239 et le dialogue qui suit : E. Blankenburg, *The Poverty of Evolutionism : a Critique of Teubner's Case for Reflexive Law*, 1984, 18 *Law and Soc. Rev.* 273 et G. Teubner, *Autopoiesis in Law and Society : A Rejoinder to Blankenburg*, 1984, 18 *Law and Soc. Rev.* 291.

10. Bruce P. Archibald, *Democracy and Restorative Justice : Comparative Reflections on Criminal Prosecutions, the Rule of Law and Reflexive Law*, texte présenté au 5e Congrès international de International Network for Research on Restorative Justice for Juveniles, Louvain, Belgique, le 16 au 19 septembre, 2001.

11. P. Berger, *The Sacred Canopy : The Social Reality of Religion*, Faber, London, 1969.

12. E. Gellner, *Relativism and the Social Sciences*, Cambridge U. Press, Cambridge, 1985 P. Sorokin, *Contemporary Sociological Theories Through the First Quarter of the Twentieth Century*, Harper, New York, 1928; K. Davis, *Human Society*, Macmillan, New York, 1949.

13. Robert K. Merton, *Social Structure and Anomie*, 1938, 3 *Am. Soc. Rev.*; T. Parsons, *The Social System*, Free Press, New York, 1951.

mérations urbaines sont d'une hétérogénéité religieuse, sociale ethnique, raciale et culturelle extraordinaire. Il faut souligner que de telles conditions peuvent mener à une fragmentation et une individualisation de la vie sociale, créant diverse formes d'aliénation sociale<sup>14</sup>. C'est ce qui est vécu, par exemple, dans les régions rurales, surtout dans les juridictions du « Nouveau Monde » colonisées par des pays européens, où les populations autochtones sont en conflit avec leurs concitoyens immigrants<sup>15</sup>. Les activités antisociales, voire criminelles d'une partie de la population sont les symptômes et les effets de cette situation. Dans ce contexte culturel, la justice réparatrice peut être conçue comme un moyen de relier les gens et de réparer le tissu social et culturel. Son objectif dépasse alors celui de la compensation des victimes et de la réduction du taux de criminalité<sup>16</sup>. Il faut noter aussi qu'il existe des éléments de spiritualité et de motivation religieuse dans le développement de la justice réparatrice. Les communautés religieuses ont été les premières, en Amérique du Nord, à proposer des alternatives restauratives face à la délinquance<sup>17</sup>.

Dans ce nouveau contexte culturel, la situation de la victime est en complète transformation<sup>18</sup>. Il est bien connu que, depuis des années, la relation entre la victime et le crime est au cœur de tous les débats<sup>19</sup>. La victimologie, discipline dérivée de la sociologie, a été critiquée pour sa tendance à responsabiliser la victime qui a subi un crime, au lieu de localiser la faute chez le délinquant<sup>20</sup>. Des organisations de

14. George C. Pavlich, *Justice Fragmented : Mediating Community Disputes under Post-Modern Conditions*, Routledge, New York, 1996.

15. Commission royale sur les peuples autochtones. Par-delà les divisions culturelles : un rapport sur les Autochtones et la justice pénale au Canada, ministère des Approvisionnement et Services, Ottawa, 1996.

16. Deklerk et Depuydt, Au-dela de la méthode de la médiation : vers une culture de reliance, *supra*, note 3.

17. La communauté mennonite de l'Ontario est un exemple : H. Zehr, *Changing Lenses : A New Focus for Crime and Justice*, Herald Press, Waterloo, 1990.

18. L. Sebba, *The Individualization of the Victim : From Positivism to Postmodernism*, and R. Zauberman, *Victims as Consumers of the Justice System?* in A. Crawford and J. Goodey, *Integrating a Victim Perspective within Criminal Justice*, Ashgate, Dartmouth, 2000.

19. H. J. Schneider, *Victimological Developments in the World During the Last Three Decades : A Study in Comparative Victimology*, in A. Gaudreault et I. Waller, *Au-delà des frontières : recherche et actions pour le troisième millénaire*, Actes du Xe Symposium international de victimologie, Association québécoise Plaidoyer-Victimes, Montréal, 2000; J. Hagan, *Victims before the Law : The Organizational Domination of Criminal Law*, Butterworths, Toronto, 1983.

20. D. Van Ness, *Crime and its Victims*, Interservice Press, Illinois, 1986.

victimes, comme par exemple des femmes victimes d'agressions sexuelles ou des mères dont les enfants ont été victimes de conducteurs en état d'ébriété, ont eu une influence politique sur les réformes en matière de procédure pénale<sup>21</sup>. En fait, il semblerait que ce phénomène dépasse les frontières de pays particuliers et soit généralisé dans les démocraties occidentales<sup>22</sup>. Qu'est-ce qui est à l'origine de cette situation ?

Hans Boutillier répond à cette question de façon très convaincante : selon lui, la moralité postmoderne est devenue « victimalisée »<sup>23</sup>. Ce qui signifie que la seule question morale pertinente en droit pénal pour la plupart des gens est : « Est-ce que vous souffrez ? » Il y a, alors, consensus en ce qui concerne la politique du droit pénal : nous ne pouvons tolérer la cruauté, les traitements inhumains, l'humiliation ou l'exclusion. La signification morale du crime se manifeste principalement par les émotions populaires qu'il suscite et par la réaction judiciaire qu'il provoque. Sauf que l'analyse professionnelle des criminologues est axée, elle, soit sur le contrôle de la criminalité, soit sur sa genèse économique, sociale, culturelle ou autre. Aucune de ces réactions ne peut constituer une appréciation suffisante des dimensions morales et émotives de la criminalité. C'est dans ce contexte que les professionnels du système de droit pénal font leur travail, suivant les lois et règlements applicables, sans tenir compte de leur propre réaction émotionnelle par rapport au crime, au contrevenant ou à la victime. Mais les médias dramatisent le côté émotionnel de la criminalité et les politiciens y souscrivent. Le bon citoyen ordinaire n'affiche aucun enthousiasme, ni pour le système de justice pénale, ni pour ses agents, sauf peut-être pour la police<sup>24</sup>. En revanche, les victimes suscitent une sympathie immédiate. Une fois reconnu politiquement, le statut de victime a des conséquences sur les politiques et sur la procédure pénales<sup>25</sup>. De ce point de vue, il n'est pas surprenant qu'on puisse observer dans maintes juridictions postmodernes des changements, en droit pénal, du statu quo procédural

21. J. Barrett, *Balancing Charter Interests : Victims' Rights and Third Party Remedies*, Carswell, Toronto, 2001 (feuilles mobiles).

22. M. Brienens and E. Hoegen, *Victims of Crime in 22 European Criminal Justice Systems*, Wolf Legal Publications, Nijmegen, Netherlands, 2000.

23. H. Boutillier, *Crime and Morality : the Significance of Criminal Justice in Post-Modern Culture*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2000.

24. R. Rorty, *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge U. Press, Cambridge, 1989.

25. K. Roach, *Due Process and Victim's Rights : The New Law and Politics of Criminal Justice*, U. of T. Press, Toronto, 1999.

« dichotomisé » entre l'État et l'accusé, au profit d'options tricornes impliquant l'État, l'accusé et la victime, ou même au profit de possibilités quadrilatérales impliquant l'État, l'accusé, la victime et les communautés. Dans une perspective de participation délibérative, on devrait s'attendre aussi à voir arriver des procédures de droit réflexif dans le domaine de la justice pénale.

### c) Échec des politiques pénales

La troisième conjoncture que nous pouvons associer à l'arrivée de la justice réparatrice est l'échec, ou du moins la perception d'échec, des politiques traditionnelles en matière d'application de la peine pénale<sup>26</sup>. La dissuasion collective ou générale est un objectif de l'application de la peine, reconnu depuis longtemps par la jurisprudence et encadré depuis peu de temps dans le Code criminel du Canada<sup>27</sup>. Mais les recherches scientifiques sont loin d'être unanimes quant aux effets de la dissuasion sur les taux de criminalité<sup>28</sup>. Il en est de même pour la réhabilitation : si le scepticisme des années soixante-dix où l'on affirmait que « rien n'est efficace »<sup>29</sup> est maintenant remplacé par un pragmatisme plus optimiste<sup>30</sup>, il est reconnu à l'unanimité que l'emprisonnement a pour effet d'augmenter le taux de criminalité<sup>31</sup>. Nos prisons sont des universités pour l'enseignement

26. Sur le sujet général voir H. Dumont, *Pénologie : le droit canadien relatif aux peines et aux sentences*, Les Éditions Thémis, Montréal, 1993; R.P. Nadin-Davis et C. Sproule, *Canadian Sentencing Digest*, Carswell, Toronto, 1999; ou C. Ruby, *Sentencing (5th ed.)*, Butterworths, Toronto, 1999.

27. Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46 tel que modifié par la Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence, L.C. (1995), ch. 22.

28. S. Lab, *Crime Prevention : Approaches, Practices and Evaluations*, Anderson Publishing, Cincinnati, 1992; and D. Nagin, Deterrence and Incapacitation, in M. Tonry (ed.), *The Handbook of Crime and Punishment*, Oxford U. Press, Oxford, 1998; D. Cousineau, *Sanctions légales et dissuasion*, Rapport de recherche de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, ministère de la Justice, Ottawa, 1988; E. Fattah, *Fear of Punishment -Deterrence*, Commission de réforme du droit du Canada, Ottawa, 1976.

29. R. Martinson, What Works : Questions and Answers about Prison Reform, 1974, 35 *The Public Interest* 22.

30. P. Gendreau, The Principles of Effective Intervention with Offenders, in A. T. Hartland (ed.), *Choosing Correctional Options that Work : Defining the Demand and Evaluating the Supply*, Sage Publications, Thousand Oaks, 1996.

31. P. Smith, C. Goggin, P. Gendreau, *Effets de l'incarcération et des sanctions intermédiaires sur la récidive : effets généraux et différences individuelles*, ministère du Solliciteur-Général, Ottawa, 2002; Canadian Centre for Justice Statistics, *Corrections*

des mœurs et des techniques de criminalité. Évidemment, l'emprisonnement peut servir à isoler le délinquant et à l'empêcher (plus ou moins) de s'engager dans des activités criminelles durant la période de l'incarcération. La question de la libération conditionnelle (ou définitive) et notre capacité à prédire la dangerosité d'un individu sont très controversées<sup>32</sup>. Croire que nous sommes capables d'identifier et de restreindre légalement nos concitoyens dangereux est irréaliste. Ainsi, dans ce contexte de remise en cause des fondements des politiques traditionnelles en matière d'application de la peine, la recherche de mesures de rechange n'est pas surprenante.

Au Canada, comme dans d'autres sociétés qui ont pour origine des régimes coloniaux, la situation des Autochtones a servi à mettre en évidence les échecs des politiques de justice répressive<sup>33</sup>. La sur-représentation des Autochtones devant les tribunaux et dans les prisons canadiennes est devenue une tragédie nationale<sup>34</sup> qui fait de manière constante l'objet d'études au cours de ces dernières années<sup>35</sup>. Mais les Autochtones canadiens ont leurs traditions et leurs propres réponses aux troubles sociaux et aux actions des contrevenants qui, pour la plupart, n'ont rien à voir avec les réponses proposées par la justice répressive d'origine européenne<sup>36</sup>. Ainsi, par exemple, la pra-

*Utilization Study : A Review of the National and International Literature and Recommendations for a National Study on Recidivism*, Ottawa, January 1997.

32. A. von Hirsch, Selective Incapacitation Re-examined : The National Academy of Science's Report on Criminal Careers and 'Career Criminals', 1988, 7 *Criminal Justice Ethics* 19; et C. Webster, B. Dickens, S. Addario, *Constructing Dangerousness : Scientific, Legal and Policy Consequences*, University of Toronto Centre of Criminology, Toronto, 1985.

33. R. Silverman et M. Nielsen (eds), *Aboriginal Peoples and Canadian Criminal Justice*, Butterworths, Toronto, 1992. Pour un commentaire sur l'Australie, voir H. Blagg, Aboriginal Youth and Restorative Justice : Critical Notes from the Australian Frontier in A. Morris et G. Maxwell, *Restorative Justice for Juveniles : Conferencing, Mediation and Circles*, Hart Publishing, Portland, 2001.

34. M. Jackson, *Locking Up Natives in Canada*, Canadian Bar Association, Ottawa.

35. Quelques exemples : Commission royale sur les peuples autochtones, *Par-delà les divisions culturelles : un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada*, ministère des Approvisionnement et Services, Ottawa, 1996; Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, Government of Manitoba, Winnipeg, 1991; J. Rudin, Aboriginal Self-Government and Justice in P. Lafontaine (ed.), *Aboriginal Self-Government in Canada*, Purich Publishing, Saskatoon, 1999.

36. R. Ross, *Dancing with Ghosts : Exploring Indian Reality*, Octopus Press, Markam, 1992.

tique autochtone assez connue du « cercle de guérison »<sup>37</sup>, a été incorporée au système de justice pénale canadien, par certains juges de première instance<sup>38</sup>. Le Parlement canadien a encouragé l'utilisation de ces innovations en adoptant un principe de détermination de la peine fondé sur « l'examen de toutes sanctions substitutives applicables et qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones »<sup>39</sup>. De plus, la Cour suprême du Canada a qualifié de « justice réparatrice » l'application de cette proposition, lors du jugement en appel d'une délinquante autochtone, reconnaissant par là-même le principe de justice réparatrice<sup>40</sup>. L'existence de solutions de rechange dans les communautés autochtones a influencé le développement de la justice réparatrice dans d'autres communautés à travers le Canada<sup>41</sup>.

Un autre aspect du système de justice canadien, qui a contribué à la recherche d'alternatives comme la justice réparatrice, est la séparation rigoureuse entre justice pénale et justice civile<sup>42</sup>. À la différence du droit français, le droit canadien ne reconnaît pas la possibilité pour la victime de se constituer partie civile au procès pénal et de recevoir un dédommagement selon les principes de la responsabilité civile, tout en tirant directement avantage des preuves présentées par la pour-

37. M. Jaccoud, *Les cercles de guérison et les cercles de sentence autochtones au Canada*, 1999, 32 *Criminologie* 79; M. Jaccoud, *Restoring Justice in Native Communities in Canada*, in L. Walgrave (ed), *Restorative Justice for Juveniles : Potentialities, Risks and Problems*, Leuven University Press, Leuven, 1998.

38. H. Lilles, *Circle Sentencing : Part of the Restorative Justice Continuum* in A. Morris and G. Maxwell, *Restorative Justice for Juveniles : Conferencing, Mediation and Circles*, Hart Publishing, Portland, 2001; voir aussi B. Stuart, *Circle Sentencing in Canada : A Partnership of the Community and the Criminal Justice System*, 1996, 20 *Int. J. of Comp. and Applied Crim. J.* 291 et C. Griffiths, *Sanctioning and Healing : Restorative Justice in Canadian Aboriginal Communities (1996)*, 20 *Int. J. of Comp. and Applied Crim. J.* 197.

39. Code criminel, art. 718.2e)

40. *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688. Cette qualification pourrait être critiquée dans le contexte, mais l'expression *justice réparatrice* est admise dans le lexique des termes juridiques canadien.

41. On parle du même phénomène en Nouvelle-Zélande/Aotearoa concernant l'influence des valeurs et des traditions des Maoris, mais cette perception est critiquée : K. Daly, *Conferencing in Australia and New Zealand : Variations, Research Findings and Prospects*, in A. Morris and G. Maxwell, *Restorative Justice for Juveniles : Conferencing, Mediation and Circles*, supra, note 41.

42. B. Archibald, *Fault, Penalty and Proportionality : Connecting Sentencing to Subjective and Objective Standards of Criminal Liability (with Ruminations on Restorative Justice)*, 1998, 40 C. L.Q. 263.

suite<sup>43</sup>. Le Code criminel canadien donne la possibilité d'un dédommagement des pertes directes et pécuniaires par le tribunal pénal, mais il n'existe aucune compétence en droit pénal en ce qui concerne les dommages moraux<sup>44</sup>. De plus, pour des raisons techniques, les tribunaux pénaux n'encouragent pas ce genre de processus<sup>45</sup>. Pour obtenir un plein dédommagement civil, la victime doit tenter une action devant un tribunal civil où les preuves et le fardeau de la preuve incombent à la partie plaignante<sup>46</sup>. Les résultats s'avèrent aléatoires et le processus est normalement très coûteux. Même les systèmes administratifs de compensation des victimes de crime, établis dans la plupart des provinces canadiennes, ne semblent pas combler cette lacune<sup>47</sup>. Depuis quelques années, on assiste à la croissance, en droit civil, d'un mouvement, qui prône le recours à des alternatives telles que la médiation (en anglais : *alternative dispute resolution* ou ADR), pour améliorer l'accès à une justice civile plus efficace<sup>48</sup>. Dans une telle perspective, la justice réparatrice est une solution qui réunit les atouts et de la médiation civile et de la médiation pénale avec, en plus, des bénéfices pour les communautés.

43. S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, Litec, Paris, 2000, pp. 535-554; M.-L. Rassat, *Procédure pénale*, Presses universitaires de France, Paris, 1990, pp. 215-251; M. Joutsen, *Listening to the Victim : The Victim's Role in European Justice Systems*, 1987, 34 *Wayne L. Rev.* 95; J. Languier, *The Civil Action for Damages in French Criminal Procedure*, 1965, 39 *Tulane L. Rev.* 687; C. Howard, *Compensation in French Criminal Procedure*, 1958, 21 *Mod. L. Rev.* 687.

44. Articles 738 à 741.2.

45. *R. c. Fitzgibbon*, [1990] 1 R.C.S. 1005; *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940.

46. Dans l'action civile, la victime peut se prévaloir du fait que le défendeur a plaidé coupable à son procès pénal comme une exception à la règle contre l'admissibilité de l'ouï-dire : *Cromarty v Monteith* (1957), 8 D.L.R.(2d) 112 (C.S.B.C.). Mais il y a une controverse sur la question d'admissibilité dans l'action civile de la condamnation par le tribunal pénal. La règle de la *common law* anglaise l'exclut : *Hollington v. F. Hewthorne & Co.*, [1943] 2 All E.R. 359 (C.A.). La jurisprudence de quelques provinces canadiennes l'admet : *Demeter v. British Pacific Life Insurance Co.* (1983), 43 O.R.(2d) 33 (H.C.J.); *Q. v. Minto Management Ltd.* (1984), 46 O. R. (2d) 756 (H.C.J.).

47. Les recours et niveaux de dédommagement sont limités et normalement basés sur la présomption de l'absence de l'accusé : P. Burns, *Criminal Injuries Compensation* (2nd ed.), Butterworths, Toronto, 1992; et J. Barrett, *Balancing Charter Interests : Victims' Rights and Third Party Remedies*, Carswell, Toronto, 2001 (loose-leaf).

48. Richard H. McLaren and John P. Sanderson, *Innovative Dispute Resolution : The Alternative*, Carswell/Thomson Publishing, Toronto, 1995; J. MacFarlane, *Dispute Resolution : Readings and Case Studies*, Emond Montgomery, Toronto, 1999.

#### d) Retranchement du secteur public

La dernière conjoncture dont nous parlerons qui a influencé l'apparition de la justice réparatrice, est la nouvelle approche de l'administration publique, que l'on retrouve dans presque toutes les démocraties occidentales. Soumis à des pressions budgétaires et économiques, même les gouvernements dits de gauche, sont en train de réduire les services publics, soit en les éliminant complètement, soit en les privatisant. Le système de droit pénal, qu'on aurait qualifié de fonction publique absolue, n'a pas été épargné par cette nouvelle tendance des gouvernements, lesquels ont abandonné certaines de leurs activités, auparavant considérées comme essentielles et dorénavant superflues<sup>49</sup>. Certes, les prisons privées sont rares au Canada<sup>50</sup>, mais une croissance des services de sécurité privés est observée<sup>51</sup>; il existe une longue tradition, dans plusieurs provinces canadiennes, de l'emploi régulier de procureurs issu de la pratique privée<sup>52</sup>. Le modèle de la justice réparatrice, adopté par plusieurs provinces, implique la tenue de conférences restauratives par le biais d'organismes communautaires sous contrat avec le gouvernement<sup>53</sup>. Ces organismes sont normalement dirigés par des professionnels, mais le personnel, qui facilite les activités de médiation ou qui met en place les conférences restauratives, se compose souvent de bénévoles qui ont reçu une formation technique concernant les méthodes de la justice réparatrice. Le résultat est une sorte de déprofessionnalisation et déjudiciarisation du processus de la justice pénale. D'ailleurs, on sait que les fonctionnaires et les politiciens, responsables de la création des programmes canadiens de la justice réparatrice, ont examiné avec enthousiasme les données venant de la Nouvelle-Zélande : celles-ci montrent en effet des réductions importantes des dépenses publiques dans le secteur de la justice juvénile, suite à la fermeture d'institutions carcérales après

49. A cet égard, voir R. Zauberman, *Victims as Consumers of the Justice System ?* in A. Crawford and J. Goodey, *Integrating a Victim Perspective within Criminal Justice*, Ashgate, Dartmouth, U.K., 2000.

50. Il y en a une récente en Nouvelle-Écosse.

51. C. D. Shearing and P. C. Stenning, *Private Policing*, Sage, London, 1987.

52. Philip C. Stenning, *Appearing for the Crown : A Legal and Historical Review of Criminal Prosecutorial Authority in Canada*, Brown Legal Publications, Cowansville, 1986.

53. Voir par ex., *Restorative Justice : A Programme for Nova Scotia*, Nova Scotia Department of Justice, Halifax, June 1998, cité ci-après, Programme de justice réparatrice de la Nouvelle-Écosse.

l'introduction obligatoire des *family group conferencing*<sup>54</sup>. On peut ainsi comprendre que les partisans canadiens de la justice réparatrice craignent parfois les motivations de leurs alliés gouvernementaux.

Ce bref survol des conjonctures de la société postmoderne qui ont accompagné l'arrivée de la justice réparatrice, nous permet d'aborder le sujet des conditions et des possibilités actuelles d'instauration de la justice réparatrice, voire de la justice restaurative.

## II - Conditions et possibilités actuelles de la justice restaurative

Pour évaluer les conditions nécessaires à l'instauration de la justice réparatrice et énumérer les possibilités légales et pratiques de sa mise en oeuvre, nous devons commencer par examiner ses objectifs.

### a) Buts restauratifs et transformatifs de la justice réparatrice

Rappelons la définition de la justice réparatrice adoptée au début de ce texte : la restauration de rapports sociaux basés sur l'équité et la dignité humaine et la résolution de différends suscités par des torts/actes criminels dans un processus délibératif qui implique le contrevenant, la victime et la/leur(s) communauté(s) pertinente(s). Dans cette optique, les objectifs de la justice réparatrice sont des objectifs restauratifs et transformatifs.

Du point de vue de la victime et de ses proches, plusieurs objectifs entrent en ligne de compte dans le processus restauratif. La réparation matérielle est évidemment l'un des besoins primordiaux des victimes et de leurs proches : le retour du bien volé ; la remise en état de la chose brisée ; le remplacement du bien quand le retour ou la réparation de celui-ci est impossible. Mais les études sur le sujet indiquent que, pour la plupart des victimes, la guérison de l'impact moral ou émotionnel du tort est aussi importante, sinon plus importante<sup>55</sup>. L'expression d'un regret ou d'une prise de conscience de sa responsabilité, la démonstration d'un repentir sincère de la part du contrevenant, sont

54. Voir J. Braithwaite and S. Mugford, *Conditions of Successful Re-Integration Ceremonies : Dealing with Juvenile Offenders*, 1994, 34 *British J. of Criminology* 139. On m'avait suggéré lors d'une visite récente en Nouvelle-Zélande que les liens de causalité, présumés par certains, en ce qui a trait à cette corrélation, étaient discutables.

55. M. S. Umbreit, R.B. Coates, and B. Vos, *Victim Impact of Meeting with Young Offenders : Two Decades of Victim Offender Mediation and Practice and Research in Morris et Maxwell*, *supra*, note 41.



d'une importance capitale pour les victimes<sup>56</sup>. La simple participation au processus de médiation ou à la conférence restaurative est l'occasion pour la victime, de communiquer directement au contrevenant son reproche et de lui signaler le préjudice qu'elle a vécu. Cette communication se révèle essentielle dans beaucoup de situations. La réponse à certaines questions, comme « est-ce que j'étais ciblé spécifiquement ? », peut être importante pour que la victime et ses proches retrouvent une certaine quiétude. L'exploration des circonstances du tort, dans un dialogue entre la victime et le contrevenant, peut réduire le sentiment d'insécurité de la victime et de ses proches. D'ailleurs, bon nombre de victimes éprouvent une certaine satisfaction à faire partie de la délibération, peu importe que celle-ci aboutisse ou pas à un plan de traitement, de réhabilitation ou de service communautaire pour le contrevenant. Les résultats de recherche indiquent que les victimes ont moins le désir de punir les contrevenants qu'on aurait pu le penser<sup>57</sup>. Assez souvent, les victimes sont prêtes à répondre au contrevenant avec plus d'amabilité que de colère. En d'autres termes, ce n'est pas le dédommagement du préjudice matériel qui constitue l'essentiel du processus restauratif pour la victime mais le rétablissement des liens sociaux rompus par le tort. Mais nous devons nous méfier d'un excès d'optimisme. Il n'est pas question de rétablir des relations sociales si celles-ci sont violentes ou inégales. Des conférences ou des médiations entre des contrevenants dangereux ou manipulateurs et des victimes vulnérables doivent être évitées, car leurs résultats pourraient se révéler désastreux pour les victimes<sup>58</sup>.

Les objectifs restauratifs de la justice réparatrice concernent aussi les contrevenants, leurs familles et leurs proches<sup>59</sup>. Le processus res-

56. H. Strang, *Justice for Victims of Young Offenders: The Centrality of Emotional Harm and Restoration in Morris et Maxwell*, *supra*, note 41.

57. M. Estrada-Hollenbeck, *Forgiving in the Face of Injustice: Victims' and Perpetrators' Perspectives* dans B. Galaway and J. Hudson, *Restorative Justice: International Perspectives*, Criminal Justice Press, Monsey, 1996.

58. À cet égard, il est à noter que l'utilisation de techniques de médiation ou de conférences restauratives chez les victimes d'agressions sexuelles ou de violence familiale est très controversée : voir T. Grillo, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, 1991, 100 *Yale L. J.* 1545; et L. G. Lerman, *Mediation of Wife Abuse Cases: The Adverse Impact of Informal Dispute Resolution on Women*, 1984, 7 *Har. Women's L. J.* 57; voir aussi H. Strang and J. Braithwaite, *Restorative Justice and Family Violence*, Cambridge U. Press, New York, 2001 ou D. L. Martin, *Retribution Revisited: A Reconsideration of Feminist Law Reform Strategies*, 1998, 36 *Osgoode Hall L. J.* 151.

59. J. Braithwaite, *Restorative Justice and a Better Future*, 1996, 76 *Dalhousie Rev.* 7.

tauratif commence lorsque le contrevenant montre qu'il est conscient de sa responsabilité et des torts qu'il a causés. Ce n'est qu'à cette condition que la réparation matérielle pour la victime et le progrès psychologique et social de cette dernière sont possibles. Une conférence restaurative, bien organisée, devrait amener à une appréciation des causes du délit et permettre d'identifier des ressources dans la communauté, utiles à la réhabilitation ou au traitement du contrevenant<sup>60</sup>. Dans le meilleur des cas, ce processus devrait aboutir au rétablissement des relations entre le contrevenant et sa famille (souvent aliénée par sa délinquance), entre le contrevenant et la victime (qui devient alors pour le contrevenant une personne connue, digne de respect) et entre le contrevenant et la communauté (qui exprime son mécontentement face aux troubles provoqués par le délit). Dans ce contexte, le rôle de la honte est sujet à polémique. John Braithwaite voit un aspect positif au sentiment de honte dans une conférence restaurative, dans le sens où il est utile de faire appel à l'amour propre du contrevenant dans l'effort de réintégration à la communauté<sup>61</sup>. Cependant, Braithwaite oppose cet usage positif de la honte à la stigmatisation sociale qui, elle, est très négative. Pour Braithwaite et ses adeptes, il ne faut pas humilier publiquement le contrevenant ; l'aliénation sociale qui en résulterait serait plus aiguë et retarderait sa réinsertion sociale<sup>62</sup>. Évidemment, on doit s'assurer qu'une conférence restaurative est menée par une personne sensible, dotée d'une formation perfectionnée, pour que, face à cette émotion puissante qu'est la honte, les choses ne tournent pas mal. Il faut toujours avoir en tête que le but principal de la conférence restaurative est de permettre au contrevenant un retour à de saines relations sociales avec sa famille, sa communauté et peut-être la victime, selon les circonstances de chaque cas.

L'ambition du groupe ou du gouvernement, mettant en place un programme de justice restaurative, pourrait être, légitimement, la transformation des individus et des communautés. En considérant qu'une conférence restaurative se met d'accord sur une solution individuelle contenant des éléments de réhabilitation ou de traitement,

60. J. Braithwaite, *Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts*, in M. Tonry (ed), 1999, 25 *Crime and Justice: A Review of Research* 1-127.

61. John Braithwaite, *Crime, Shame and ReIntegration*, Cambridge U. Press, Cambridge, 1989. Peut-être pourrait-on traduire « re-integrative shaming » par « la honte conciliante » ?

62. G. Masters, *The Importance of Shame to Restorative Justice* in L. Walgrave (ed), *Restorative Justice for Juveniles: Potentialities, Risks and Problems*, Leuven U. Press, Leuven, 1998.

celle-ci a bien pour objectif d'essayer de transformer le contrevenant en citoyen responsable ou en membre de famille coopératif. Dans cette situation, il est important d'identifier les causes d'un crime ou les situations de criminalité typiques, afin d'élaborer des solutions généralisées qui participent aussi à l'effort de transformation de la communauté. Une série de conférences restauratives, qui ont un impact cumulatif, devrait en principe, non seulement remettre en état le tissu social après la rupture due au délit, mais aussi réduire la récidive et le taux de criminalité en général<sup>63</sup>. On note, par exemple, que le Programme de justice réparatrice de la Nouvelle-Écosse affiche comme objectifs primaires la réduction de la récidive et l'augmentation de la satisfaction des victimes pour la justice pénale ; comme objectifs secondaires : le renforcement des communautés et la croissance de la confiance publique à l'égard de l'administration de la justice<sup>64</sup>.

#### b) Conditions et options légales de la justice réparatrice

La justice réparatrice existe depuis plusieurs siècles<sup>65</sup> dans beaucoup de cultures<sup>66</sup>. Avant l'adoption des concepts de justice réparatrice et de justice restaurative, des pratiques de justice réparatrice étaient mises en œuvre au Canada et ailleurs<sup>67</sup> et le sont toujours, du reste, en dehors de la justice formelle de l'État. Les partisans de la justice réparatrice n'ont pas l'intention de se mêler des affaires des écoles, des communautés religieuses, des communautés autochtones ou d'autres groupes, laissant à ces communautés la possibilité de régler leurs différends avec des méthodes qui leur sont propres. De même, depuis des décennies, les policiers, dans l'exercice de leurs

63. Pour une discussion de la recherche empirique sur les effets de la justice réparatrice, voir le texte, *infra*, notes 128-131.

64. B. Archibald, *A Comprehensive Canadian Approach to Restorative Justice: The Prospects for Structuring Fair Alternative Measures, in Response to Crime in D. Stuart, R.J. Delisle et A. Manson, Toward a Clear and Just Criminal Law: A Criminal Reports Forum*, Carswell/Thomson Publishing, Toronto, 1999.

65. E. Weitekamp, *The History of Restorative Justice*, in G. Bazemore and L. Walgrave (eds), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, Criminal Justice Press, Monsey, N.Y., 1999.

66. J. Braithwaite, in *Restorative Justice and a Better Future*, prétend qu'il n'y a aucune culture ou société sans traditions de justice restaurative et jusqu'ici personne n'a démontré qu'il a tort!

67. Church Council on Justice and Corrections, *Satisfying Justice: A Compendium of Initiatives, Programs and Legislative Measures*, Correctional Service of Canada, Ottawa, 1996, ou Conseil des Églises pour la justice et la criminologie, *Pour une vraie justice*, Phoenix Creative Services Production, Ottawa, 1996.

pouvoirs discrétionnaires, ont souvent pris la décision de renoncer à une arrestation ou une dénonciation, espérant que les familles ou les communautés impliquées dans ces conflits à caractère illégal régleraient les problèmes elles-mêmes d'une manière satisfaisante pour maintenir la paix sociale<sup>68</sup>. Mais l'État veille d'un oeil jaloux sur son prétendu monopole de la justice pénale répressive. Le Code criminel canadien prévoit que celui qui « ...convient de recevoir ou d'obtenir une contrepartie valable, pour lui-même ou pour quelques autres personnes, en s'engageant à composer avec un acte criminel ou à le cacher »<sup>69</sup> commet un acte criminel passible d'un emprisonnement de deux ans. La définition d'un acte criminel englobe toute une gamme d'infractions ordinaires comme le vol simple<sup>70</sup> ou des voies de fait<sup>71</sup>. Apparemment, cette règle viserait plutôt le chantage dans les arrangements privés dans le domaine du droit pénal<sup>72</sup>. Mais vue la teneur de cet article, certaines activités de justice réparatrice de bonne foi pourraient être considérées comme criminelles. C'est pour cette raison que l'article lui-même énonce une exception lorsque les ententes sont conclues « avec le consentement du procureur général » ou « dans le cadre d'un programme approuvé par le procureur général et visant à soustraire des personnes accusées d'actes criminels à des procédures pénales »<sup>73</sup>. Ceci veut dire que l'emprise de l'État au Canada sur le champ d'application de la justice réparatrice est sérieuse et ne doit pas être prise à la légère. Néanmoins, la justice restaurative informelle, hors du contrôle de l'État, se développe fortement de nos jours et dans des conditions que beaucoup de partisans souhaitent encourager<sup>74</sup>.

Le sujet principal de ce texte est l'émergence au Canada d'un système de justice réparatrice, sous l'égide de l'État, avec la participation des contrevenants, des victimes et des communautés impliquées. Dans cette optique, il faut examiner les conditions et les structures des politiques légales qui ont une influence déterminante sur les options et les différentes possibilités d'implantation de la justice réparatrice dans les

68. B. Archibald, *The Law of Arrest*, in V. Del Buono (ed), *Criminal Procedure in Canada*, Butterworths, Toronto, 1982.

69. *Code criminel*, art. 141(1).

70. *Code criminel*, art. 334.

71. *Code criminel*, art. 266.

72. *R. c. Dubé*, [1985] C.S.P. 1119.

73. Article 141(2).

74. E. Fattah, *Some Reflections on the Paradigm of Restorative Justice and its Viability for Juvenile Justice*, in L. Walgrave (ed), *Restorative Justice for Juveniles: Potentialities, Risks and Problems*, Leuven U. Press, Leuven, 1998.

diverses juridictions de la fédération canadienne. À cette fin, le Programme de justice réparatrice de la province de la Nouvelle-Écosse servira d'exemple, parce qu'il est le plus complexe et le plus intégré au système formel de la justice pénale du pays, du moins au niveau des principes<sup>75</sup>. Il convient de considérer l'utilisation des techniques réparatrices à plusieurs niveaux, en relation avec la procédure pénale : i) la mise à l'écart du dossier du système pénal, soit la déjudiciarisation du conflit par des mesures de rechange<sup>76</sup> ou des mesures extrajudiciaires<sup>77</sup> ; ii) l'intégration de la justice réparatrice dans le processus de la détermination de la peine ; iii) l'intégration de la justice réparatrice lors de l'application de la peine.

Pour appliquer des techniques réparatrices à tous ces niveaux, le Programme néo-écossais consiste en : i) une modification des termes de l'article 717 du *Code pénal* et de l'article 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* ; ii) une directive aux procureurs conformément à la Loi provinciale sur les poursuites publiques ; iii) un cadre d'options pour les juges dans l'application des peines ; iiiii) des instructions aux policiers, procureurs et fonctionnaires des services correctionnels et services des victimes ; iiiiii) un cadre pour l'élaboration de contrats administratifs avec des organisations communautaires, celles-ci étant déléguées pour faciliter les pratiques réparatrices<sup>78</sup>. À tous ces niveaux, les normes administratives sont élaborées par l'introduction de protocoles supplémentaires<sup>79</sup>. Chacun de ces niveaux est commenté brièvement.

Nous avons mentionné plus haut que le pouvoir discrétionnaire permet aux agents de police de ne pas arrêter ni poursuivre les contre-

venants et ce même s'ils sont en présence de preuves pertinentes et convaincantes. Dans ce cas, l'agent de police donne un avertissement informel au contrevenant ou à sa famille, leur précisant que les répercussions seraient plus sérieuses en cas de récidive. Une telle approche peut être très efficace devant un jeune sans casier judiciaire ou dans des circonstances sans gravité, lorsque le contrevenant a déjà reconnu sa faute et dédommagé la victime. En revanche, ce système, peut s'avérer inéquitable en pratique. Pour pallier ce problème, une nouvelle solution a été adoptée : la possibilité de donner au contrevenant une « mise en garde » formelle et écrite, conservée dans un dossier officiel et dont on pourrait faire usage en cas de récidive<sup>80</sup>. Une telle approche, bien qu'elle figure parmi des techniques extrajudiciaires, ne peut être qualifiée de justice restaurative. Pour cette raison, la Gendarmerie royale du Canada a entrepris un programme de justice restaurative<sup>81</sup> inspiré du modèle australien<sup>82</sup> et adopté récemment en Angleterre<sup>83</sup>. Appelé « forums de la justice communautaire » et basé sur les théories de « la honte réintégrative » de John Braithwaite, ce modèle a été le sujet de sessions de formation à des policiers à travers tout le Canada. Par contre, son usage dans la pratique est moins clair<sup>84</sup>. L'animation de conférences par des agents de police a été abandonnée par l'Australie elle-même. Ces conférences sont désormais animées par des personnes provenant d'organisations sociales ou de groupes communautaires, les policiers participant simplement à titre de « membres de la communauté »<sup>85</sup>. Mais la nouvelle *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* au Canada encourage

80. Un tel système existait dans la province de l'Alberta quand il a été adopté dans le Programme néo-écossais. Il fait maintenant partie du régime de la nouvelle *Loi sur la justice pénale pour les adolescents*.

81. J. Chatterjee, *A Report on the Evaluation of the RCMP Restorative Justice Initiative : Community Justice Forums as Seen by Participants*, RCMP Research and Evaluation Branch, Community, Contract and Aboriginal Policing Services, Ottawa (undated, c. 1999).

82. Dite le « Wagga-Wagga Model » d'après la ville où eut lieu la première expérience de ce genre.

83. Au Thames Valley Police Authority sous l'égide du Chief Constable Sir Charles Pollard. Voir R. Young, *Just Cops Doing 'Shameful' Business? Police-led Restorative Justice and the Lessons of Research*, in Morris et Maxwell, *supra*, note 41.

84. J. Chatterjee, *supra*, note 84; Clairmont, *The Nova Scotia Restorative Justice Initiative : Year One Evaluation Report*, *supra*, note 78.

85. K. Daly and H. Hennessey, *Restorative Justice and Conferencing in Australia, Trends and Issues in Crime and Criminal Justice, No 186*, Australian Institute of Criminology, Canberra ([www.aic.gov.au/publications/tandi/tandi186.html](http://www.aic.gov.au/publications/tandi/tandi186.html)).

75. Le Programme en est à sa troisième année de fonctionnement et l'évaluation empirique de la première année vient d'être publiée : Don Clairmont, *The Nova Scotia Restorative Justice Initiative : Year One Evaluation Report*, Pilot Research, Bedford, N.S., 2001, (disponible au ministère de la Justice, Province de Nouvelle-Écosse, Halifax). L'évaluation de la deuxième année est en préparation. (Cité ci-après, *Evaluation Report*).

76. La terminologie du *Code pénal*, art. 717 ou la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C., ch. Y-1, art. 4.

77. La nouvelle terminologie de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. C-1, destinée le 19 février 2002 à entrer en vigueur aux dates fixées par décret.

78. Voir le document « Programme Authorization » signé par le procureur général de Nouvelle-Écosse, l'Honorable Robert Harrison, le 15 juin 1999 et publié dans la *Royal Gazette* de la province de Nouvelle-Écosse, le 11 août 1999.

79. Promulgués par le ministère de la Justice de la Nouvelle-Écosse, le 31 mars 2000 et révisés le 17 mai 2000 conformément à l'autorisation du 15 juin 1999 précitée.

les policiers, entre autres, à continuer leur rôle d'animateur de conférences restauratives<sup>86</sup>.

Les procureurs occupent une position cruciale dans l'élaboration des politiques de justice réparatrice par rapport au système du droit pénal<sup>87</sup>. Dans le système canadien d'opportunité de la poursuite, les procureurs ont le pouvoir d'arrêter ou d'abandonner toute poursuite, pour l'intérêt public, même s'il y a une plainte basée sur la présence de preuves pertinentes et convaincantes<sup>88</sup>; les procureurs décident si un dossier sera ou non déjudiciarisé. Les procureurs peuvent déjudiciariser soit en donnant une mise en garde à l'accusé<sup>89</sup>, soit en renvoyant le dossier devant une conférence restaurative animée par la police ou par un groupe communautaire<sup>90</sup>. Il y a deux raisons pour lesquelles les procureurs décident d'invoquer un processus de déjudiciarisation après que la police ait entamé une poursuite formelle : la première est que le procureur est quelquefois tout simplement en désaccord avec la police concernant les faits et l'intérêt public dans ce cas particulier ; la deuxième raison, plus fréquente, se manifeste lorsque le défendant nie sa culpabilité et refuse de reconnaître sa responsabilité, même si face aux policiers son discours était différent. La recherche préliminaire en Nouvelle-Écosse indique que la décision du procureur de renvoyer le dossier devant une conférence restaurative survient souvent après des discussions sur le plaidoyer avec l'avocat de la défense<sup>91</sup>. Dans d'autres cas, en fonction des faits ou en fonction de la

86. Art. 19 : « l'agent de la paix » est parmi ceux qui sont autorisés « à constituer ou faire constituer un groupe consultatif ». Dans la nouvelle loi, l'expression « groupe consultatif » a été choisie pour traduire le mot anglais *conference*. Un choix contestable, à mon avis.

87. B. Archibald, *The Politics of Prosecutorial Discretion : Tensions between Punitive and Restorative Paradigms of Justice*, 1998, 3 *Rev. can. D.* p. 69. Néanmoins, au début du Programme néo-écossais, certains procureurs n'étaient pas enthousiastes en ce qui concerne cette proposition : Clairmont, *Evaluation Report*, *supra*, note 78, p. 90.

88. Les services de poursuite de la plupart des provinces canadiennes ont maintenant des politiques formelles à cet égard codifiant la *common law*. Voir par exemple, Department of Justice, *Federal Prosecution Service Deskbook*, Government of Canada, Ottawa, 2000 (Loose-leaf), Chapter 15; ou Nova Scotia Public Prosecution Service, *Crown Attorney's Manual*, loose-leaf publication, *Directive of the Director of Public Prosecutions*, undated.

89. Cette solution est utilisée actuellement en Nouvelle-Écosse comme projet pilote, mais devient une politique législative dans *La loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, Art. 8.

90. C'est ce qu'on observe sous le Programme néo-écossais : « Pre-Charge/Post-Charge Protocol » du 17 mai 2000. Ce sera plus généralisé d'après l'article 19 de la nouvelle *Loi sur le système de la justice pénale pour les adolescents*.

91. Clairmont, *Evaluation Report*, *supra*, note 78.

classification de l'infraction<sup>92</sup>, le procureur peut conclure qu'une déjudiciarisation n'est pas appropriée. Ce qui ne veut pas forcément dire que l'utilisation de techniques de la justice réparatrice à l'intérieur du procès pénal reste impossible. Le procureur peut suggérer au juge le renvoi du dossier à une conférence restaurative avant l'application de la peine ou la constitution d'un *sentencing circle* par la Cour elle-même<sup>93</sup>. Normalement, ces deux mesures devraient obtenir le consentement de l'avocat de la défense, ou être suggérées par lui-même.

Quelques tribunaux pénaux canadiens sont favorables à l'intégration de méthodes réparatrices dans les processus d'application de la peine. Ces expériences relèvent jusqu'ici du pouvoir discrétionnaire du juge lors de l'audience sentencielle et ne sont pas ancrées dans une politique législative. Nous avons parlé plus haut de la tradition des Autochtones, notamment ceux de l'ouest du Canada : il s'agit des cercles de guérison intégrés aux audiences sentencielles par des juges sous le nom de *sentencing circle*<sup>94</sup>. Une description judiciaire complète de cette technique se trouve dans l'arrêt *R. c. Moses*<sup>95</sup>. C'est le juge lui-même qui préside le cercle sentenciel et facilite le processus restauratif. Il assure la participation de toutes les parties : la victime, les représentants de la communauté et les professionnels de la justice (policiers, procureurs, avocats de la défense, agents correctionnels etc.). Il a pour rôle de veiller au respect des principes de la justice fondamentale en matière d'application de la peine<sup>96</sup>. L'expression *sentencing circle* doit son origine au fait que les participants s'assoient sur des chaises placées en forme de cercle et n'ont le droit de parler (sans exception) que s'ils ont entre les mains la plume cérémoniale qu'ils se passent de l'un à l'autre à tour de rôle. Pour les juges qui ne sont pas à l'aise dans cette situation peu orthodoxe, une autre pratique s'est développée : le juge laisse le soin à un groupe d'Anciens de la communauté (en anglais, *elder panel*) de convoquer un cercle de guérison, pour ensuite lui permettre d'aboutir à une recommandation communautaire qui lui permettra de prononcer la peine<sup>97</sup>. Évidem-

92. Au sujet de la proportionnalité de la peine en relation avec la justice réparatrice, voir le texte, *infra*, notes 138-139.

93. Voir le texte, *infra*, notes 97-100.

94. Texte, *supra*, notes 40 et 41.

95. (1992), 71 C.C.C.(3d) 347 (Cour des Territoires du Yukon, le juge B. Stuart)

96. Des cercles sentenciels ont eu l'approbation des Cours d'appel : L. McNamara, *Appellate Scrutiny of Sentencing Circles : An Analysis of Court of Appeal Decisions from Saskatchewan and the Yukon*, 2000, 27 *Man. L.J.* 209.

97. H. Lilles, *Circle Sentencing : Part of the Restorative Justice Continuum*.

ment, dans ce cas-ci, le juge risque de perdre la confiance de la communauté s'il n'adopte pas la recommandation des Anciens<sup>98</sup>. Mais les avantages d'une telle pratique ont amené les autorités de la Nouvelle-Écosse à l'adapter à leur programme. Les juges néo-écossais sont invités par le Programme de justice réparatrice de la province, soit à mettre eux-mêmes en place un cercle de sentence, soit à renvoyer le dossier à une organisation communautaire habilitée à tenir des conférences restauratives. Dans le second cas, le tribunal reçoit une recommandation pour infliger une sentence, venant d'un groupe communautaire<sup>99</sup>. La nouvelle *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* propose ces deux options de justice restaurative à un autre niveau : celui de l'application de la peine<sup>100</sup>.

Les méthodes de justice réparatrice ne sont pas seulement appliquées au niveau de la police, des procureurs ou des tribunaux, mais elles s'implantent aussi au niveau postsentenciel. Ainsi, en Nouvelle-Écosse, des agents d'associations de victimes, de services de probation et de services correctionnels ont reçu une formation en justice réparatrice. Les méthodes de la justice réparatrice devraient être plus souvent appliquées pour les délinquants sous ordonnance de probation, pour les délinquants vivant dans la communauté mais condamnés à l'emprisonnement avec sursis, ou encore pour ceux purgeant une peine d'emprisonnement dans une institution carcérale provinciale<sup>101</sup>. Au niveau fédéral, le Service correctionnel canadien a exprimé son intérêt à promouvoir la justice réparatrice : les institutions carcérales fédérales<sup>102</sup> devraient davantage s'ouvrir aux méthodes restauratives.

98. Pour une analyse critique des cercles sentenciers, voir J. Roberts and C. LaPrairie, *Sentencing Circles : Some Unanswered Questions*, 39 *Crim L. Q.* 69.

99. L'évaluation initiale du Programme néo-écossais indique que les juges de la province devraient être encouragés à faire un usage accru de ces techniques, *Clairmont, Evaluation Report*.

100. Art. 19.

101. Des publications sur les principes de la justice réparatrice au niveau correctionnel commencent à paraître : voir G. Bazemore and M. Schiff, *Community Justice/Restorative Justice : Prospects for a New Social Ecology for Community Corrections*, 1996, 20 *Int. J. of Comp. and Applied Crim. J.* 311; Russ Immarigeon, *Prison-Based Victim-Offender Reconciliation Programmes*, in B. Galaway et J. Hudson, *Restorative Justice : International Perspectives*, Criminal Justice Press, Monsey, 1996; L. Walther and J. Perry, *The Vermont Reparative Probation Program*, 1997, 8 *ICCA Journal on Community Corrections* 26; et L. Kurki, *Restorative and Community Justice in the United States*, 2000, 26 *Crime and Justice : A Review of Research* 235 (M. Tonry (ed.), U of Chicago Press, Chicago).

102. Ce service fédéral parraine « la semaine de la justice réparatrice » qui a lieu tous les ans au Canada, voir *supra*, note 5.

La libération conditionnelle est aussi un contexte opportun pour la justice réparatrice. Un délinquant, une victime ou une communauté, désireux de restaurer des relations entre eux, peuvent présenter une demande auprès de l'autorité concernée, pour initier un processus restauratif. La justice réparatrice, lors du processus postsentenciel, peut améliorer la réinsertion sociale du délinquant et peut aussi réduire les craintes de la victime et de la communauté, craintes qui risquent de se manifester à la fin de la période de probation ou au moment de la libération du délinquant.

Comme nous le constatons, le système de justice a une certaine flexibilité. En effet, dans la plupart des régions du Canada, les policiers, les procureurs, les juges et même les services correctionnels exercent leur pouvoir discrétionnaire de concert avec certains groupes communautaires, mais sans coordination systématique. C'est en Nouvelle-Écosse que l'on a tenté d'implanter pour la première fois un programme de justice réparatrice. Cependant, la nouvelle *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* devrait permettre d'étendre cette approche à travers tout le pays.

### c) Techniques, modalités et résultats de la justice réparatrice dans la pratique

Attachons nous maintenant à décrire un peu plus les techniques, les modalités et les effets de la justice réparatrice. Il est important de présenter une vue générale de la recherche empirique sur la justice réparatrice.

Nous avons déjà fait la distinction entre les techniques de déjudiciarisation et les véritables modalités de justice réparatrice. Le sujet vaut une exploration plus approfondie, car il représente le noyau de la discussion de ce séminaire : convergences ou divergences entre la médiation et la justice réparatrice.

Les avertissements informels ou les mises en garde formelles de la part des policiers ou des procureurs évitent aux jeunes contrevenants sans casier judiciaire tout contact inutile ou néfaste avec le système de justice pénale. Ces avertissements ont l'avantage de libérer le système des cas les moins importants et de ménager ainsi les ressources pour les utiliser dans les dossiers plus importants. Ces instruments de politique policière sont compatibles avec un programme de justice réparatrice et sont même mentionnés dans le Programme de la Nouvelle-Écosse. Quand le contrevenant a reconnu ses torts et même dédommagé sa victime, ces mesures peuvent avoir une apparence de justice

réparatrice. Mais si la justice réparatrice consiste à donner aux victimes et à la communauté l'occasion d'exprimer leurs opinions sur la conduite du contrevenant et de participer à la formulation d'une réponse sociale appropriée, les avertissements ou les mises en garde officielles n'ont pas d'aspect réparateur. En Angleterre, la police convoque le contrevenant et sa famille, le cas échéant, au poste de police, pour une sorte de « gronderie » cérémoniale ou réprimande officielle, avant de donner un avertissement ou une mise en garde<sup>103</sup>. Ce genre de pratique orientée vers la dissuasion, avec succès dans certains cas, peut engendrer de l'hostilité de la part des contrevenants et n'est pas alors véritablement réparatrice.

On peut trouver des points communs entre ces « gronderies » et la tradition de déjudiciarisation inscrite dans la *Loi sur les jeunes contrevenants*<sup>104</sup>. En Nouvelle-Écosse, par exemple, la pratique des *Alternative Measures Societies* fonctionnait selon l'article 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* et consistait en une « réunion de responsabilité » avec comme participants : un animateur, le contrevenant et ses proches, un agent du service de probation ou des représentants des services sociaux. Sans participation de la victime ou des représentants de la communauté, ces sessions servaient principalement à ce que le contrevenant reconnaisse sa responsabilité et qu'il envisage sa réinsertion sociale par le biais de punitions légères (service communautaire, rédaction d'essais sur la responsabilité sociale, etc.) ou par son intégration à des programmes de réhabilitation. Ces buts paraissaient bien utiles, mais ces réunions de responsabilité présentaient peu d'éléments réparateurs ou restauratifs et le programme a eu peu d'impact sur la prévention du crime<sup>105</sup>. L'*Alternative Measures Programme* a été remplacé par le *Restorative Justice Programme* en Nouvelle-Écosse et le personnel qui faisait partie de l'ancien programme a reçu une formation en justice réparatrice<sup>106</sup>. Néanmoins, les réunions

103. R. Young and B. Gould, *Restorative Police Cautioning in Aylesbury: From Degrading to Re-integrative Shaming Ceremonies?*, 1999, *Crim. L. Rev.* 126; et R. Young et C. Hoyle, *Restorative Cautioning: Strengthening Communities in the Thames Valley - Preliminary Findings from the Interim Study, Confidential Report to the Thames Valley Police, Center for Criminological Research, Oxford, 1999.*

104. A. Montgomery, *Alternative Measures in Nova Scotia*, Nova Scotia Department of Justice, Halifax, 1997.

105. *Ibid.* Il est important de savoir aussi que le champ d'application de l'*Alternative Measures Programme* néo-écossais était limité aux infractions mineures.

106. Les anciennes « sociétés de mesures de rechange » ne sont pas les seules habilitées par le Programme néo-écossais à organiser des techniques de justice réparatrice. Les policiers de la Gendarmerie royale du Canada peuvent le faire aussi, comme nous l'avons mentionné ci-dessus.

de responsabilité ont été maintenues. L'évaluation de la première année du Programme démontre que le nombre de réunions de responsabilité sans participation de la victime est plus grand que le nombre de médiations ou conférences restauratives avec participation de la victime<sup>107</sup>. Évidemment, les responsables du Programme néo-écossais souhaitent que cette statistique s'inverse dans l'avenir.

Il est clair que, selon la définition de la justice réparatrice adoptée au début de ce texte, les vraies modalités de la justice réparatrice sont la médiation (« médiation pénale » dans le sens européen<sup>108</sup> ou « victim-offender mediation » dans le sens américain<sup>109</sup>) et la conférence restaurative. John Braithwaite est très critique vis à vis de la médiation comme technique de justice restaurative<sup>110</sup>. Braithwaite croit que, ce qu'il appelle « dyadic victim-offender mediation », sont des discussions entre contrevenant et victime avec l'aide d'un médiateur dans le but d'achever une transaction acceptable pour les deux parties et que ces discussions passent à côté d'aspects restauratifs essentiels. Pour lui, l'absence des proches du contrevenant ou de la victime, aussi bien que l'absence des membres de la communauté, pervertit le potentiel restauratif de la médiation. Jennifer Llewellyn défend la même position<sup>111</sup>, considérant qu'un compromis entre victime et contrevenant ignore les besoins de leurs proches et de la communauté, alors que le but principal de la justice restaurative doit être le rétablissement de relations sociales égalitaires et saines.

Mais la médiation a quand même une importance réparatrice dans un programme de justice restaurative. La médiation est un processus délibératif qui permet à la victime d'obtenir non seulement une répa-

107. Clairmont, *Evaluation Report, supra*, note 78 à p. 53.

108. Voir Comité des ministres du Conseil de l'Europe, *Médiation en matière pénale*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2000; J.-P. Bonafé-Schmitt, J. Dahan, J. Salzer, M. Souquet et J.-P. Vouche, *Les médiations, la médiation*, Éditions Erès, Ramonville Saint-Agne, 1999; R. Cario, *La médiation pénale: entre répression et réparation*, l'Harmattan, Paris, 1997; et J. Faget, *La médiation: essai de politique pénale*, Éditions Erès, Ramonville Saint-Agnes, 1997.

109. Voir Kurki, *supra*, note 104; et M. S. Umbreit, R.B. Coates, et B. Vos, *Victim Impact of Meeting with Young Offenders: Two Decades of Victim Offender Mediation and Practice and Research in Morris and Maxwell, supra*, note 41.

110. *Restorative Justice as a Better Future, supra*, note 62; J. Braithwaite, *Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts*, in M. Tonry (ed), 1999, *25 Crime and Justice: A Review of Research* 1-127.

111. J. Llewellyn, *What's the fuss really all about? ADR and Restorative Justice ~ Dealing with the History of Native Residential School Abuse in Canada*, à paraître prochainement, U. of T. L. J.

ration matérielle, mais une satisfaction psychologique et morale (suite à sa communication avec son agresseur). La médiation offre au contrevenant l'occasion de reconnaître sa responsabilité, de transiger avec la victime et d'échapper au processus pénal et au plaidoyer de culpabilité (réduction de peine). Dans le meilleur des cas, il y aura l'établissement ou le rétablissement de relations saines et équitables entre le contrevenant et la victime, ou tout au moins l'ébauche d'une compréhension mutuelle<sup>112</sup>. Il se peut, néanmoins, que la médiation aboutisse à une entente acceptée à contrecœur et sans changement d'attitude des parties vis-à-vis l'une de l'autre. De plus, si, ni les proches du contrevenant ou de la victime, ni des membres de la communauté ne sont impliqués dans le processus, les causes de la conduite nocive du contrevenant et les solutions efficaces à long terme risquent de ne pas être identifiées. En dépit de ses limites et bien que la conférence restaurative paraisse meilleure, la médiation reste un processus délibératif satisfaisant pour la victime et pour le contrevenant et plus propice à une réparation pour la victime et à une restauration du tissu social que la procédure pénale traditionnelle qui oppose deux adversaires<sup>113</sup>. D'ailleurs, il convient de prendre en compte la question des ressources. Une conférence restaurative peut coûter cher en termes de temps et d'efforts d'organisation comparée à une simple médiation. Pour un programme de justice réparatrice au budget limité, qui offre toute une gamme de techniques possibles, il est prudent de garder en réserve les conférences restauratives complètes pour les cas les plus difficiles ou ceux qui promettent un plus grand succès pour l'effort investi. Dans ces conditions, la médiation offre des avantages et pour les parties et pour le grand public.

Les résultats pratiques des conférences restauratives (la technique préférée de la justice réparatrice) sont difficiles à résumer du fait de la flexibilité et de la variabilité du processus. Sous réserve des commen-

112. Il faut souligner, encore une fois, que la situation des victimes d'agression sexuelle est tout à fait particulière. Les groupes de victimes d'agression sexuelle dans le monde, sont divisés sur la justice réparatrice. Ceux qui ont eu l'expérience de conférences restauratives bien préparées ont tendance à avoir une attitude positive envers la justice réparatrice. Mais d'autres sont sceptiques et craignent une nouvelle « victimisation » de la victime dans le sens où un contrevenant manipulateur, dans une position de pouvoir, peut arracher des concessions à une victime vulnérable. Les partisans de la justice restaurative prétendent que ces dangers sont accrus dans la situation de la médiation où les proches des parties ainsi que des membres de la communauté ne sont pas là pour contrebalancer ces relations malsaines.

113. M. Umbreit, *Restorative Justice through Mediation: The Impact of Programmes in Four Canadian Provinces*, in Hudson et Galway, *Restorative Justice: International Perspectives*, *supra*, note 1.

taires de la Partie III de ce texte, on peut dire que d'une certaine façon, les effets d'une conférence restaurative ne sont limités que par l'imagination ou la créativité des participants. Les protocoles du Programme néo-écossais recommandent les options suivantes : dédommagement financier ou matériel de la victime ; service communautaire ; services directs à la victime ; réconciliation avec la victime ou avec la communauté par divers moyens ; évaluations psychiatriques, psychologiques ou autres ; participation du contrevenant dans des programmes d'éducation, de réhabilitation ou de traitement ; absolution inconditionnelle ou recommandation de ne rien faire ; ordonnance de probation ; période d'incarcération ; et toute autre solution convenue par les participants<sup>114</sup>. Toutes ces mesures ont pour seul objectif la restauration de liens.

Nous allons maintenant examiner la question du pardon de la victime et la question de la valeur punitive des résultats d'une conférence restaurative. L'ambiance psychologique d'une conférence restaurative est telle que, assez souvent, une certaine solidarité se développe parmi les participants, même s'ils sont de parfaits étrangers au départ. Les proches du contrevenant et de la victime donnent un appui moral aux parties principales du différend ; ils se montrent fréquemment ouverts aux perceptions de la partie qui leur est opposée. Dans ce contexte solidaire, on observe des changements de positions de la part des deux parties, même si elles semblent parfois intransigeantes au début des discussions. Contrevenants et victimes, en fin de réunion, perçoivent l'autre comme un être humain digne de sympathie ; il n'est plus cet objet de mépris ou cet obstacle à une vie sociale sécuritaire<sup>115</sup>. Les contrevenants peuvent se rendre compte du préjudice matériel et psychologique qu'ils ont causé à leurs victimes et présenter des excuses qui viennent du cœur. Les victimes peuvent mieux comprendre la complexité de la situation des contrevenants et leur suggérer des moyens de réinsertion sociale peut-être différents, nouveaux. Les émotions très fortes éprouvées par les deux parties sont exprimées et participent au sentiment de solidarité sociale. De même, les participants connaissent souvent un sentiment de guérison ou de bien-être. Il est courant de voir les victimes abandonner leur rancune et exprimer

114. Cette liste est identique pour les trois protocoles du Programme néo-écossais : 1) le protocole avant dénonciation/postdénonciation ; 2) le protocole postcondamnation ; 3) le protocole postsentence. Évidemment, la forme des résultats des conférences restauratives variera selon le contexte.

115. S. Retzinger et T. Scheff, *Strategy for Community Conferences: Emotions and Social Bonds*, in Galway et Hudson, *Restorative Justice: International Perspectives*, *supra*, note 1.

leur pardon au contrevenant<sup>116</sup>. L'expression du pardon peut jouer un rôle sur la réinsertion sociale du contrevenant<sup>117</sup>. Ce sentiment de grâce éprouvé par la victime est loin d'être universel. Il n'est pas essentiel au succès d'une conférence restaurative. Les victimes peuvent sortir des conférences, satisfaites des résultats et libérées de leur rancune, sans avoir le désir de pardonner personnellement au contrevenant. D'ailleurs, l'animateur ne doit pas imposer le pardon à la victime. S'il avait une telle attente, il pourrait corrompre la conférence restaurative. Une victime n'a aucune obligation de pardonner à un contrevenant, même si celui-ci exprime de sincères regrets. Le fait que la victime exprime son pardon au contrevenant est une grâce inattendue ; elle est souvent transformatrice quand elle advient<sup>118</sup>.

Beaucoup sont réticents à associer la justice réparatrice et le concept de punition<sup>119</sup>. Dans leur esprit, la punition, ancrée dans des notions négatives et contre-productives, illustre les aspects dysfonctionnels du système pénal traditionnel : torture, prisons et toutes autres sortes de privations sont le prix à payer par le contrevenant pour avoir excédé ses droits, avoir violé les droits des autres et pour rétablir l'équilibre moral dans la société<sup>120</sup>. Pour ces partisans de la justice réparatrice, une médiation ou une conférence ne peuvent avoir un caractère punitif. La justice réparatrice associée avec la punition est pervertie. Il faut changer la manière de voir les choses, abandonner la perspective punitive pour adopter une vision réparatrice<sup>121</sup>. Cependant, ces nobles sentiments ne doivent pas conduire à l'utopie.

Du point de vue du contrevenant ou de l'accusé, les obligations résultant d'une médiation ou d'une conférence restaurative sont considérées comme un fardeau dont il faut s'acquitter<sup>122</sup>. Une telle observation n'est pas seulement une objection philosophique : la recherche empirique indique qu'un certain nombre de contrevenants éprouvent de tels sentiments<sup>123</sup>. On doit aussi reconnaître que toute personne ayant commis un délit trouverait difficile d'être confronté à sa victime dans le contexte d'une conférence restaurative. Ainsi, le processus et les résultats de la médiation ou de la conférence restaurative ont une valeur ou des effets punitifs indéniables. C'est pour cette raison qu'il faut s'assurer d'une certaine équité envers le contrevenant, afin que les obligations résultant d'une entente à l'issue d'une médiation ou d'une conférence dite « restaurative », ne constituent pas un fardeau punitif disproportionné pour ce dernier. Même de bonne foi, les participants à une conférence restaurative sont susceptibles d'excès. Ainsi, appliquer des techniques de la justice réparatrice peut aboutir à des résultats inéquitables, tout comme la justice répressive produit quelquefois des condamnations injustes. Il faut créer des systèmes qui prévoient les erreurs aussi bien que les bons résultats. Mais on doit reconnaître que les acteurs de la justice réparatrice sont aussi humains que les participants de la justice répressive. Les conséquences constitutionnelles et les limites procédurales qui découlent de ces observations seront reprises dans la section suivante de ce texte.

On peut procéder à une évaluation des techniques réparatrices à quatre niveaux : la satisfaction des participants, le taux de récidive, le taux de réalisation des ententes, ainsi que les coûts par rapport à ceux de la justice répressive. Premièrement, un consensus quasi-unanime : se dégage des études empiriques portant sur les programmes de justice réparatrice dans le monde : les participants aux médiations et aux conférences restauratives sont plus satisfaits de leur expérience que ceux qui ont participé aux procès ordinaires de la justice répressive<sup>124</sup>.

116. N. Tavuchis, *Mea culpa : A Sociology of Apology and Reconciliation*, Stanford U. Press, Stanford, 1991; A. Etzioni, *Civic Repentance*, Rowan and Littlefield, Lanham (Md.), 1999.

117. Strang, *Justice for Victims and Offenders : The Centrality of Emotional Harm and Restoration*, in Morris et Maxwell, *supra*, note 41 ; Retzinger et Schiff, *supra*, note 119.

118. Sur le caractère paradoxal de la grâce ou du pardon, voir A. Kolnai, *Ethics, Value and Reality*, Athalone, London, 1977; et J. Derrida, *On Forgiveness*, in *On Cosmopolitanism and Forgiveness* (Translated by Michael Hughes), Studies in Practical Philosophy, 2001.

119. L. Walgrave, *On Restoration and Punishment : Favourable Similarities and Fortunate Differences*, in Morris et Maxwell, *Restorative Justice for Juveniles : Conferencing, Mediation and Circles*, *supra*, note 41; M. Wright, *Can Mediation be an Alternative to Restorative Justice ?*, in Galaway et Hudson, *Restorative Justice : International Perspectives*, *supra*, note 1; et J. Braithwaite, *Restorative Justice and a Better Future*, *supra*, note 62.

120. L'impératif catégorique de Kant.

121. H. Zehr, *Changing Lenses : A New Focus for Crime and Justice*, Herald Press, Waterloo, 1990.

122. R. A. Duff, *Punishment, Communication and Community*, Oxford University Press, Oxford, 2001; voir aussi A. Ashworth, *Is Restorative Justice the Way forward in Criminal Justice ?*, 2001, 54 *Current Legal Problems* 347; J. Dignan, *The Crime and Disorder Act and Prospects for Restorative Justice*, 1999, *Crim. L. Rev.* 48.

123. K. Daly, *Revisiting the Relationship between Retributive and Restorative Justice*, in H. Strang et J. Braithwaite, *Restorative Justice : Philosophy to Practice*, Aldershot, Ashgate, 2000; K. Daly, *Restorative Justice : The Real Story*, une présentation à la *Scottish Criminology Conference*, September 2000, disponible sur le site web : <<http://www.gu.edu.au/school/ccj/kdaly.html>> et K. Daly, *Mind the Gap : Restorative Justice in Theory and Practice*, à paraître.

124. J. Latimer, C. Dowden et D. Muise, *L'efficacité des pratiques de la justice réparatrice : méta-analyse*, Division de la recherche et de la statistique, ministère de la



La satisfaction des parties n'est évidemment pas ni le seul, ni le moyen le plus déterminant pour évaluer un programme de justice, mais un tel résultat a une importance politique non-négligeable. Deuxièmement, des études statistiquement rigoureuses montrent un taux de récidive moins important parmi les contrevenants ayant subi un processus réparateur par rapport à ceux ayant été condamnés dans un procès ordinaire *ceteris paribus*<sup>125</sup>. Troisièmement, de nombreuses recherches indiquent que le taux de réalisation des ententes issues des médiations et des conférences restauratives est plus élevé que celui des accords issus des procès ordinaires<sup>126</sup>. Il s'agit-là d'un développement très positif pour la justice réparatrice. Mais les résultats de recherche relatifs au quatrième niveau sont plus complexes. Si tous les facteurs sont pris en considération, le coût global de chaque dossier est plus élevé pour ceux qui ont suivi la voie restaurative que pour ceux qui ont suivi le processus contentieux traditionnel<sup>127</sup>. Mais il y a un problème à la fois méthodologique, politique et pratique : si les techniques de la justice réparatrice sont utilisées pour des cas de crimes sérieux et si une telle pratique a l'effet de réduire les taux d'incarcération, les économies pour l'administration de la justice seront significatives ; en revanche, si des conférences restauratives (aux coûts relativement élevés) sont organisées régulièrement, dans des circonstances où auparavant on aurait classé l'affaire sans suite ou on aurait donné un avertissement policier informel, la justice réparatrice devient très onéreuse. Mais dans l'ensemble, le bilan statistique se révèle positif pour la justice réparatrice comparativement à la justice répressive.

### III - Fondements et limites de la justice restaurative dans une société démocratique

Les fondements de la justice réparatrice figurent dans les principes de la Constitution canadienne et dans les principes des lois démocratiquement adoptées pour la justice pénale, comme tout autre aspect du droit public. Ainsi, les relations entre la justice réparatrice et la justice

Justice du Canada, Ottawa, 2001; aussi bien que P. Mc Cold, Primary Restorative Justice Practices, in Morris et Maxwell, *supra*, note 41; Kurki, *supra*, note 104; et Clairmont, *Evaluation Report*, *supra*, note 78.

125. A. Morris and G. Maxwell, Family Group Conferences and Reoffending, in *Restorative Justice for Juveniles*, *supra*, note 41; Latimer, Dowden et Muise, *ibid.*

126. Latimer, Dowden and Muise, *Meta -Analysis*, *supra*, note 128.

127. G. Maxwell et A. Morris, Restorative Justice Re-Offending, in H. Strang et J. Braithwaite, *Restorative Justice : Philosophy to Practice*, Dartmouth, Aldershot, 2000.

répressive doivent être explorées, ainsi que les possibilités d'une co-existence des deux formes de justice.

#### a) Principes constitutionnels, institutions démocratiques et normes pénales

Dans une démocratie constitutionnelle comme le Canada, avec une charte des droits et libertés écrite<sup>128</sup>, les fonctions sont partagées par différentes institutions responsables de l'élaboration des lois et des politiques dans le domaine du droit pénal. Leur équilibre est complexe. Mais un principe directeur, qui est celui de la primauté du droit, lie toutes ces instances. Dans le contexte du droit pénal, la notion de la primauté du droit a un contenu très spécifique et devient l'un des principes de la justice fondamentale garantis par l'article 7 de la Charte<sup>129</sup>. À cet égard, un des principes les plus importants est celui de « la légalité » qui comporte lui-même trois principes fondamentaux pour la création de normes en matière de droit pénal<sup>130</sup> : le premier est la nécessité d'avoir un texte de loi pour définir un comportement criminel ; il n'y a plus au Canada de crimes de *common law* fixés uniquement par les tribunaux pénaux<sup>131</sup> ; le deuxième est la limitation de la portée non-rétroactive des lois pénales<sup>132</sup> et le troisième définit la preuve suffisante, la clarté et la spécificité de la prohibition criminelle<sup>133</sup>.

Tout ceci pour dire qu'une conférence restaurative devrait en principe tenir compte des activités criminelles du contrevenant qui ont occasionné la conférence et ne pas s'immiscer dans les comportements immoraux ou tout simplement désagréables (selon l'opinion des

128. La Charte canadienne des droits et libertés, *Loi de 1982 sur le Canada, Annexe B*, (R.-U.), ch. 11, telle que modifiée, citée *infra* La Charte canadienne ou tout simplement la Charte.

129. La Charte, article 7 : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »

130. Sur ce sujet en général voir G. Côté-Harper, P. Rainville et J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien (4e éd.)*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1998; ou J. Fortin et L. Viau, *Traité de droit pénal général*, Éditions Thémis, Montréal, 1982.

131. Cette règle est codifiée à l'article 9 du *Code criminel*, qui crée une exception pour l'infraction de l'outrage au Tribunal. Il faut remarquer que le *Code criminel* conserve certaines défenses de la *common law* à l'article 8.

132. Mais il existe des subtilités dans ce domaine : voir *R. c. Gamble*, 1982, 2 R.C.S. 595 ; *R. c. Sarson*, 1996, 2 R.C.S. 223.

133. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, 1992, 2 R.C.S. 606.

participants) manifestés dans d'autres circonstances par le contrevenant. La création des normes de droit pénal consistantes est une fonction législative et n'est pas du ressort des participants aux conférences restauratives.

On retrouve actuellement dans le droit constitutionnel et le droit pénal canadiens le principe de la proportionnalité entre la peine et la gravité de l'infraction<sup>134</sup>. Ce principe est un principe législatif de l'application de la peine prévu dans l'article 718.1 du *Code criminel* : « La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant ». En fait, il n'existe pas d'échelle précise en ce qui concerne la relation entre la gravité de l'infraction et la peine. Une marge de tolérance discrétionnaire caractérise l'application de la peine et justifie un éventail de sentences pour la même infraction, selon les circonstances du crime, les antécédents du délinquant et son caractère<sup>135</sup>. Mais il y a des limites à cette flexibilité et l'article 718.2 énonce que l'un des principes de l'application des peines est « l'harmonisation », c'est-à-dire l'infliction de « peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables ». L'application de ces principes aux options réparatrices est pour l'instant peu incertaine, mais dans la « Déclaration de principes » de la nouvelle *Loi sur la justice pénale pour les adolescents*, les mesures prises à l'égard des adolescents doivent « respecter le principe de la responsabilité juste et proportionnelle ». Ainsi, il apparaît que les mesures de la justice réparatrice sont assujetties aux principes constitutionnels et législatifs de proportionnalité et d'égalité.

La mise en oeuvre des règles de droit pénal est contrainte par un autre aspect du principe de la primauté du droit : la notion que les fonctionnaires et agents de l'État peuvent agir seulement selon l'autorité qui leur est accordée par les lois, les règlements ou les principes de la *common law* reconnus par les tribunaux<sup>136</sup>. L'action hors-la-loi ou arbitraire peut être contrôlée par les tribunaux et le fonctionnaire qui excède ses pouvoirs peut être rappelé à l'ordre<sup>137</sup>. Le moyen

134. *R. c. Creighton*, 1993, 3 R.C.S. 3.

135. *R. c. Shropshire*, 1995, 4 R.C.S.227, *R. c. McDonnell*, 1997, 1 R.C.S. 948, *R. c. Proulx*, 2000, 1 R.C.S. 61.

136. Cette notion n'est pas sans controverse. Voir par exemple le contraste entre *R. c. Colet*, 1981, 1 R.C.S. 2 ou *R. c. Feeney*, 1997, 2 R.C. S. 13 et *R. c. Dedman*, 1985, 2 R.C. S. 2 ou *R. c. Godoy*, 1999, 1 R.C. S. 311.

137. A.V. Dicey, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, London, 1886; D. Mullin, *Administrative Law*, Irwin Law, Toronto, 2000.

le plus efficace de contrôler le principe de la légalité dans un État démocratique moderne est de créer un cadre réglementaire pour l'exercice des décisions discrétionnaires. Une autorisation législative permet la mise en place de décrets, directives ou protocoles énoncés par le gouvernement, dont la légalité est soumise au contrôle judiciaire. Ainsi, les articles 717 du *Code criminel*, 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, ou 7 de la nouvelle *Loi sur le système de la justice pénale pour les adolescents*, sont importants car ils sont l'expression du pouvoir législatif dans le domaine du droit pénal, conforme au principe de la légalité dans une démocratie constitutionnelle. Toutes ces mesures législatives encadrent ainsi les programmes de justice réparatrice. Ces fondements législatifs respectent la nécessité d'un équilibre parmi plusieurs facteurs dont : les intérêts de la société et ceux de la victime, le consentement du suspect à sa participation à un programme, la reconnaissance de sa responsabilité de la part du contrevenant pour l'infraction qui lui est imputée, l'assurance du procureur qu'il existe des preuves suffisantes pour justifier une poursuite, l'absence d'une quelconque règle de droit qui pourrait faire obstacle à la poursuite<sup>138</sup>.

Savoir quelles sont les limites de la participation des citoyens dans le processus de l'administration de la justice pénale est la question qui se pose au sujet de ce cadre législatif et réglementaire. Dans la tradition de la *common law*, la victime n'a que le statut de témoin au procès pénal. Les parties en litige sont l'accusé et la Couronne en la personne du procureur qui représente l'intérêt du Gouvernement et du grand public. Avec le principe constitutionnel moderne de l'indépendance judiciaire<sup>139</sup>, on pourrait dire que c'est le juge qui représente l'intérêt public. Du point de vue historique, on pouvait craindre de voir les juges royaux favoriser les intérêts de la monarchie, ce qui explique l'origine du droit à bénéficier d'un procès avec un jury<sup>140</sup>. Quoi qu'il en soit, dans la tradition de la *common law*, la participation des membres de la communauté au procès pénal par l'institution du jury est extrêmement limitée : le jury en *common law* ne participe qu'à la question de culpabilité (et ceci sous forme de verdicts formels sans motivations expresses) car, à cause du droit de la

138. *Code criminel*, article 717(1), identique à l'article 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*.

139. *Reference re Remuneration of the Provincial Court Judges of Prince Edward Island; Reference re Independence and Impartiality of the Provincial Court Judges of P.E.I.*, 1997, 3 R.C. S. 3.

140. La source de ce droit, la « Magna Carta » de 1215, protégeait les seigneurs contre le roi.

preuve, le jury n'a pas accès à beaucoup d'éléments pertinents. Ainsi par exemple, les questions de violation de la Charte par les agents de l'État sont réservées à la décision des juges<sup>141</sup>. Sauf dans le cas de réformes récentes en matière d'homicide<sup>142</sup>, le jury ne joue aucun rôle dans la détermination de la peine (à la différence de la France, par exemple). Certes, récemment, la victime a reçu le droit, au stade de la détermination de la peine, de présenter ses opinions et de faire des déclarations sur tous les dommages et pertes subis à cause de l'infraction<sup>143</sup>. Mais la décision sur la question de la sentence reste entièrement sous la responsabilité du juge. Dans ce contexte, les méthodes de la justice réparatrice constituent une étape significative concernant la participation des citoyens dans l'administration de la justice pénale. Avec la médiation, la victime et le contrevenant ont la possibilité non seulement d'exprimer leurs opinions, mais de trouver ensemble des solutions pour réparer les dommages et établir entre eux des relations équitables et sécuritaires. Avec les conférences restauratives, le cercle est élargi aux proches des parties et aux membres de la communauté qui ont un intérêt dans l'affaire et ainsi, le champ des suggestions, ressources et solutions innovatrices s'en trouve agrandi. À cet égard, il convient de noter que l'absence de règles contraignantes du droit de la preuve comporte des dangers mais aussi des possibilités libératrices. En conclusion, on pourrait qualifier les procédures délibératives des techniques réparatrices, de démocratie directe dans l'application du droit pénal.

#### b) Nécessité et permanence du droit pénal répressif

Parmi les partisans de la justice réparatrice, certains prônent l'abandon des institutions de la justice répressive<sup>144</sup>. Cet excès d'optimisme voire d'utopie pourrait nuire à la crédibilité de la justice réparatrice, qui n'en est qu'à ses débuts et dont l'avenir est prometteur<sup>145</sup>. Il faut plutôt trouver des justifications à la justice pénale tra-

141. *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128 ; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903.

142. Les articles 745.2 et 745.3 du *Code criminel* prévoient les recommandations du Jury quant au nombre d'années de peine qu'un condamné doit purger avant de pouvoir bénéficier de la libération conditionnelle.

143. *Code criminel*, article 722.

144. Par exemple, la regrettée R. Morris. Voir G. West and R. Morris, *The Case for Penal Abolition*, Canadian Scholars' Press, Toronto, 2000.

145. J. Braithwaite, *Restorative Justice : Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts*, in M. Tonry (ed), 1999, *25 Crime and Justice : A Review of Research* 1-127.

ditionnelle en même temps que l'on développe des expériences de justice restaurative.

Premièrement, quels sont les objectifs de la sanction pénale ? Les peines pénales (surtout l'incarcération), comme nous l'avons montré précédemment, n'atteignent pas leurs objectifs de dissuasion ou de réintégration sociale du délinquant. Cependant, la sanction pénale a d'autres objectifs essentiels : il existe des délinquants extrêmement dangereux pour lesquels il n'y a pas de méthodes de traitement ou de réhabilitation efficaces. Il faut alors les isoler de la société, même si nous savons qu'il est difficile de les identifier de façon définitive<sup>146</sup>. De plus, la dénonciation des comportements illégaux<sup>147</sup> et la sanction pénale ont une fonction éducative que l'on ne peut nier. Le procès pénal avec l'application de la peine a une puissance symbolique que les médias se chargent de diffuser ; ceci a un impact sur la prévention du crime (et parfois sur sa genèse), un impact qui n'est peut-être pas mesuré avec précision, mais sans aucun doute significatif. Les processus complexes de la justice réparatrice ne favorisent pas la dénonciation qui est pourtant un objectif justifiable du droit pénal et on se doit de reconnaître cet inconvénient. Le symbolisme du procès pénal traditionnel est indéniablement associé au paradigme punitif de la justice répressive. Quoique le *Code criminel* canadien n'admette pas la punition comme objectif de la sanction pénale, les médias, le grand public et même la Cour suprême du Canada assument que la punition est un but légitime de la sanction pénale<sup>148</sup>. En principe, selon la Déclaration des objectifs et principes de l'application de la peine prévus dans le *Code criminel*<sup>149</sup>, le principe de la proportionnalité qui est enraciné dans des notions punitives limitent les objectifs utilitaires de la sanction pénale<sup>150</sup>. Cette notion de punition limitée est essentielle à un système de justice pénale équitable et peut être exprimée à l'aide de cette simple formule talmudique : « on ne doit pas rendre oeil pour oeil, dent pour dent, mais c'est le maximum qu'on puisse exiger en tant que sanction pénale ». Même si ce principe est sujet à de fré-

146. *Code criminel*, article 718(c).

147. *Code criminel*, article 718(a).

148. *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61 est la source d'erreur la plus sérieuse à cet égard.

149. Articles 718, 718.1 et 718.2.

150. Voir B. Archibald, *Fault, Penalty and Proportionality : Connecting Sentencing to Subjective and Objective Standards of Criminal Liability (with Ruminations on Restorative) Justice*, 1998, 40 *C. L.Q.* 263.

quents détournements, il joue un rôle important dans la procédure pénale ainsi que dans la limitation des objectifs de la peine.

Le système de « justice » pénale rudimentaire du dix-huitième siècle a provoqué des oppositions en faveur de ce qu'on appellerait aujourd'hui les droits de la personne<sup>151</sup>. On retrouve ces droits fondamentaux dans la Charte canadienne et la jurisprudence qui les interprète. En voici des exemples<sup>152</sup> : la présomption d'innocence, le droit à une défense pleine et entière, le droit d'obtenir une divulgation complète de la preuve avant d'entamer sa défense, le principe interdisant l'auto-incrimination, les droits relatifs au contre-interrogatoire, les principes gouvernant la réouverture de la preuve par le ministère public, le droit à l'assistance d'un avocat, le droit de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction pour laquelle on a déjà été acquitté ou puni etc. Il ne faut pas croire que ces principes fondamentaux de la justice pénale sont respectés dans toutes les démocraties occidentales. En témoignent ces nombreuses condamnations injustes révélées dernièrement et qui ont eu lieu dans des pays dits « civilisés »<sup>153</sup>. Le droit à un procès équitable est trop essentiel pour être remis en cause par la justice restaurative si importante et si prometteuse soit-elle. Une personne qui clame son innocence a un droit absolu à un procès équitable devant un tribunal indépendant. Cet aspect de la justice répressive n'est pas négociable dans un État qui respecte la primauté du droit. Dans le contexte, par exemple, d'une communauté prise de panique morale suite à des crimes terrifiants, on pourrait très bien imaginer qu'une conférence restaurative devienne une conférence punitive. L'accusé innocent (ou même coupable) choisirait alors plutôt de passer devant un tribunal présidé par un juge professionnel. C'est pourquoi la Déclaration internationale des principes de justice restaurative<sup>154</sup> et les législations nationales qui autorisent de tels programmes doivent avoir des protections procédurales<sup>155</sup>. Au Canada,

151. J. Maxwell and J. Friedberg (eds), *Human Rights in Western Civilization: 1600 to the Present*, Kendall/Hunt Publishing, Dubuque, 1994; J. Shestack, *The Jurisprudence of Human Rights*, in T. Meron, *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Clarendon Press, Oxford, 1984.

152. Voir les articles 7 à 13 de la Charte canadienne.

153. Le lecteur assidu des journaux reconnaîtra au Royaume-Uni les noms de « Birmingham Six » ou « Guildford Four », au Canada les noms de « Truscott », « Marshall », « Morin », « Milgaard », « Sophonow », « Parsons » et « Johnston ».

154. *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*, ECOSOC Res.2000/14, adopted July 27, 2000.; D. Van Ness, A. Morris et G. Maxwell, *Introducing Restorative Justice* in A. Morris et G. Maxwell.

155. D. Van Ness et P. Nolan, *Legislating for Restorative Justice*, 1998, 10 *Regent U.L. Rev.* 53.

l'encadrement législatif de la justice restaurative pose des limites importantes : aucune mesure de rechange n'est prévue si le suspect nie toute participation à l'infraction ou s'il manifeste le désir de voir différer sa cause devant un tribunal<sup>156</sup> ; les aveux ou déclarations faits par le suspect dans un processus de mesures de rechange ne sont pas admissibles dans les procédures légales subséquentes<sup>157</sup> ; la règle *ne bis in idem* s'applique si la personne a accompli les mesures de rechange requises<sup>158</sup> ; et des limites sont fixées sur l'accès aux dossiers des procédures de mesures de rechange et sur la révélation du contenu de ces dossiers<sup>159</sup>. Ainsi, quelques leçons de la procédure pénale à travers les siècles sont applicables dans le contexte de la justice réparatrice.

#### d) Coexistence essentielle entre la justice répressive et la justice restaurative

Certaines propositions semblent découler des analyses précédentes qui concernaient les fondements et les limites de la justice réparatrice dans la société démocratique canadienne. La justice pénale traditionnelle, avec ses racines historiquement punitives et ses méthodes d'aujourd'hui, est encadrée par des principes constitutionnels incontournables. D'un côté, le système de justice répressive, centré autour des tribunaux pénaux et opérant à partir d'une idéologie de responsabilité individuelle avec des protections procédurales pour l'accusé, est un arrière-plan nécessaire. De l'autre côté, le nouveau paradigme de la justice réparatrice a déjà trouvé une place importante en tant qu'alternative privilégiée dans la législation fédérale et dans la pratique de certaines juridictions provinciales ayant la responsabilité constitutionnelle de l'administration de la justice pénale<sup>160</sup>. Cependant l'application des techniques de la justice réparatrice doit être basée sur le consentement du contrevenant, qui peut toujours recourir à la justice répressive formelle. Les deux approches peuvent être conciliables ou complémentaires dans un système de justice pénale. Les victimes, les contrevenants, les communautés et les fonctionnaires impliqués dans la justice pénale pourraient recourir d'abord à la justice restaurative, compte tenu de ses possibilités. Le droit pénal répressif devien-

156. *Code criminel*, article 717(2).

157. Article 717(3).

158. Article 717(4).

159. Articles 717.2 à 717.4.

160. Constitution canadienne de 1867, article 92.

drait alors le recours de dernier ressort et serait le seul applicable quand les possibilités pour la restauration des liens sociaux sont faibles et quand la dénonciation et l'isolement du contrevenant paraissent essentiels. Mais comme on l'a vu, les méthodes restauratives peuvent remplacer les institutions traditionnelles de la justice répressive.

### **Conclusion : justice réparatrice, transformation de droit pénal et démocratie délibérative**

On doit conclure que la justice restaurative est en train de transformer la justice pénale canadienne. Mais jusqu'où ? Cette question ne peut trouver de réponse immédiate. L'impact transformateur de la justice réparatrice sur les victimes, les contrevenants et les communautés est évident. Si le système de justice pénale devient plus ouvert à l'expérimentation, on assistera grâce à la justice réparatrice à une déjudiciarisation par l'intermédiaire des policiers et des procureurs ainsi qu'à une transformation des méthodes aux niveaux judiciaire et correctionnel. Les méthodes de la justice réparatrice sont susceptibles d'être appliquées de façon variée selon les besoins de chaque cas particulier et des principes législatifs, des lignes directrices administratives permettent de maintenir un équilibre entre les intérêts de la victime, ceux du contrevenant et ceux des communautés locales et de la société. Des méthodes de réparation, comme la médiation, ont leur place à côté des méthodes réparatrices ayant recours à plus d'intervenants (telles les conférences restauratives). Le choix entre une médiation et une conférence restaurative devrait se faire en fonction des cas particuliers, du temps disponible, des préférences des parties et des ressources communautaires ou étatiques disponibles. Entre la justice réparatrice et la médiation, il n'y a pas forcément « convergence ou divergence ». Les options entre la médiation et les conférences restauratives peuvent être différentes selon les résultats désirés.

Du point de vue des théories de la démocratie et du droit, la justice réparatrice est une réponse aux conjonctures et aux besoins de la société postmoderne ou postlibérale. La justice réparatrice permet la combinaison de normes sociétales de la justice pénale avec la participation des communautés locales. Les valeurs nationales, sinon universelles, sont réconciliées avec les conditions locales et les pratiques particulières. Les fondements constitutionnels généraux sont le meilleur contexte pour l'application d'une justice variable et flexible. Dans le meilleur des cas, on encourage une « autorégulation » décentralisée des diverses communautés, au sein d'une coordination qui

transcende cette particularité. C'est un exemple de droit réflexif postlibéral : une adaptation de l'État auparavant centralisé et hiérarchique à la diversité de la culture postmoderne. Est-ce envisageable ?