

LA RÉPONSE RESTAURATIVE À LA CRIMINALITÉ

Regards internationaux et comparatifs entre la France et le Brésil

par

Aikaterina (Katerina) SOULOU

La thèse consacrée à la « réponse restaurative à la criminalité » aborde le sujet de la justice restaurative du point de vue philosophique, juridique et de politique criminelle, avec une ouverture internationale et un regard comparatif entre la France et le Brésil. La justice restaurative figure parmi les débats actuels vers la modernisation de la justice criminelle et est largement promue par les décideurs politiques au niveau international et dans des textes normatifs et/ou dans les pratiques de nombreux pays du monde. Il s'agit pourtant d'un sujet très peu étudié, voire inexploré par les juristes, souvent réticents ou sceptiques quant à son intérêt *réel* pour la justice criminelle. Le but de cette étude a été donc d'explorer si, et sous quelles conditions, les propositions du mouvement restauratif représentent une entrée intéressante pour influencer l'érudition de nos systèmes pénaux de tradition juridique Romano-Germanique (ou continentale), et pour repenser la peine. Les cas concrets de la France et du Brésil ont été étudiés dans l'objectif de contextualiser et concrétiser ces analyses théoriques. Ces deux pays ont été choisis en raison de leur culture juridique similaire, celle de tradition continentale, et de leurs développements normatifs et de mise en pratique très différents au sujet de la justice restaurative. L'étude comparée de ces deux pays a été d'ailleurs possible grâce à une bourse de l'Ambassade de France pour un séjour de recherche doctorale à LaSalle Université de Canoas, au Rio Grande do Sul.

La thèse aboutit à la proposition d'une définition juridico-philosophique de la réponse restaurative à la criminalité comme *une réponse pénale à part entière*, qui, reposant sur la *capacitation* des parties concernées par un acte infractionnel, implique leur *confrontation éthique*, qui doit être *organisée et encadrée selon les valeurs de l'État de droit*, pour pouvoir conduire à la conclusion des *accords de nature diverse* entre les parties impliquées, reflétant la *responsabilité active* des auteurs et le *rétablissement socio-relationnel* des victimes. Aussi paradoxale que ceci puisse paraître, le concept de réponse restaurative à la criminalité invite la justice criminelle à *renouer avec son passé* pour avancer, pour enrichir son savoir, pour se moderniser. En effet, ce concept présente explicitement une légitimité du point de vue de la justification et du sens de la peine, fondé sur une éthique de vengeance, et invite à la reconsidération du pouvoir et du rôle étatiques dans la question de la pénalité. Or, si l'institutionnalisation des pratiques qui se veulent restauratives n'est pas accompagnée d'une prise en considération de leur enjeu pénologique, des enjeux éthiques et socio-politiques liées à l'omniprésence de la rationalité pénale moderne et donc

d'une reconsidération du pouvoir étatique, les démarches restauratives ne peuvent qu'être lacunaires et donc marginales, comme ceci semble être le cas en France et au Brésil. Malgré leurs différences socio-politiques et culturelles, les pays étudiés en comparaison convergent effectivement sur les raisons de la mise en place lacunaire et de marginalité des réponses restauratives.

Pour parvenir à ces conclusions, il s'est agi, dans un premier temps, d'approfondir sur la conceptualisation de la réponse restaurative à la criminalité (**Première partie**), pour ensuite analyser ses manifestations au niveau international, européen, français et brésilien (**Partie seconde**).

Dans la **première Partie** de la thèse, la **conceptualisation de la réponse restaurative à la criminalité** commence par des **considérations de ce que le mouvement restauratif propose** pour la justice criminelle (**Titre 1**).

Dans un premier temps, il s'agit de faire une **considération exégétique** des propositions cardinales du mouvement restauratif et de leur intégration dans la politique criminelle (**Chapitre 1**). La pensée restaurative voit l'infraction comme fait générateur des conséquences préjudiciables (*harms*) au niveau personnel, interpersonnel et social. Ceci crée *de facto* une obligation de « restauration », c'est-à-dire d'apaisement de ces conséquences préjudiciables vers l'avenir – ce qui contient pour autant un vaste contenu. Mais pour y parvenir, le mouvement restauratif propose l'engagement des personnes concernées par un acte infractionnel dans le cadre des rencontres restauratives. Ce type de processus communicationnel de face-à-face semble être le fait générateur d'une nouvelle dynamique entre les personnes participantes, qui se manifeste souvent par la conclusion des accords de nature diverse entre celles-ci. Le concept grec ancien de *parrhesia* permet d'expliquer la particularité du dialogue restauratif en termes d'encadrement éthique et professionnel. Ce concept renvoie à l'acte douloureux et courageux de « franc-parler », de « tout-dire », et donc à une éthique de parole comme moyen de subjectivation. En ce qui concerne l'intégration des propositions du mouvement restauratif dans l'agenda d'une politique criminelle, les partisans de ce mouvement se présentent divisés : les « minimalistes » mettent l'accent sur l'aspect *processuel* de la démarche restaurative et ne considèrent pas une pratique comme restaurative si le principe du volontariat de la participation n'est pas pleinement respecté. Les « maximalistes » mettent l'accent sur l'*objectif* des initiatives restauratives et acceptent un certain niveau de contrainte afin d'achever des résultats restauratifs pour un plus grand nombre des cas. Cette opposition explique l'absence de définition de la « justice restaurative » acceptée à l'unanimité. La thèse présente les impasses d'insister sur cette vision dichotomique, puisque aucune de ces deux approches ne correspond aux évolutions

actuelles du sujet. Le discours paradigmatique souvent adopté par une grande majorité des partisans du mouvement restauratif est aussi considéré, puisqu'il amène à une logique de « tout ou rien ».

Ayant résumé la « justice restaurative » comme une *justice* qui vise à apaiser les *préjudices* découlant de l'infraction par moyen de l'*engagement* des personnes concernées, la thèse poursuit à la **considération critique** de ces propositions afin de trouver un intérêt pour la justice criminelle (**Chapitre 2**). En tout premier lieu, l'usage du terme « justice » est critiqué comme ambiguë au sein même du mouvement restauratif, mais aussi parce qu'il peut attirer tout l'intérêt des juristes, sans pour autant correspondre à la compréhension de ce terme par ceux-ci. La thèse propose alors de privilégier le terme *approche* et encore mieux *réponse* restaurative à la criminalité. Ensuite, l'analyse juridique du concept de « préjudice » montre que sa mise en avant pour communiquer ce que le mouvement restauratif propose, ne présente pas d'intérêt nouveau en justice criminelle ; non seulement parce qu'il conduit à la dichotomie entre responsabilité civile et pénale, mais aussi parce que la « restauration » proposée par le mouvement restauratif n'est pas principalement de nature pécuniaire. Ensuite, l'analyse de l'engagement des personnes dans des rencontres restauratives commence par une présentation des données issues des recherches empiriques, y compris pour des cas de criminalité grave. Ces recherches montrent que ces rencontres peuvent contribuer de manière *symétrique* à la satisfaction et la restitution des victimes et au découragement des auteurs de récidiver. Le changement des auteurs se trouvant parmi les préoccupations contemporaines de la justice criminelle, c'est le concept de la responsabilité dite « active » qui fait l'objet d'une analyse théorique. Il s'agit effectivement d'un concept fondamental de la pensée restaurative mais peu étudié dans la littérature. La thèse propose des réflexions philosophiques sur le *sujet de ce type de responsabilité*, qui s'éloigne de la fiction du « sujet de droit » ou de l'agent rationnel hérité de Lumières et relève d'une éthique hétéro-référente, de l'éthique des vertus. Celle-ci, reflétant la tradition aristotélicienne en philosophie, porte une importance particulière sur l'articulation entre faculté émotionnelle et faculté intellectuelle de l'être humain, ce qui peut ouvrir un nouvel espace de responsabilité. La résurgence moderne d'une éthique des vertus qui est implicitement proposée par la pensée restaurative se présente comme un complément important aux approches déontologiques et utilitaristes qui dominent la pensée pénale contemporaine au sujet de responsabilité. L'éclaircissement de la genèse de la version active de responsabilité se fait par les concepts grecs anciens de *praxis* et d'*alloiosis*. La *praxis* se réfère à la capacitation éthique de l'être humain entretenant sa pensée et son désir et définissant ainsi sa relation éthique avec les autres. La vision de l'être humain comme agent de la *praxis* peut expliquer alors *pourquoi* la version active de responsabilité peut émerger. L'*alloiosis* renvoie à un changement qualitatif mutuel, fondé sur l'altérité et s'inscrivant sur une logique d'antithèse, et peut expliquer *comment* la version active de responsabilité peut émerger. En somme, la rencontre restaurative

se présente comme une « arène éthique », à savoir comme la confrontation entre sujets éthiques, ce qui peut donner naissance à un type de responsabilité *assumée* par l'auteur et non seulement *subie* par celui-ci.

Après avoir identifié un intérêt de la réponse restaurative pour la justice criminelle en matière de responsabilité de l'auteur, la conceptualisation de ce type de réaction à la criminalité poursuit avec la **reconsidération de la justice criminelle**, notamment de la rationalité pénale moderne, à la lumière de la pensée restaurative (**Titre 2**). Considérant que cette dernière introduit une nouvelle vision de l'être humain, c'est l'*aspect anthropologique* de la justice criminelle qui est d'abord interrogé, notamment **la posture des justiciables en justice criminelle** et leurs opportunités de changer qualitativement (**Chapitre 1**). Les opportunités d'un changement qualitatif, et donc d'une responsabilité active de l'auteur, se présentent limitées à la fois dans les procédures « consenties », y compris dans la médiation pénale, et dans le cadre du jugement. La thèse démontre et concrétise la « passivité » de cette figure en tant que justiciable pénal, considérée comme sujet juridico-moral et juridico-politique, puisqu'au-delà de sa confrontation avec l'autorité étatique, cette figure n'a pas de vraie opportunité de confrontation avec l'altérité éthique. En ce qui concerne la victime, et malgré sa « réactivation » en scène pénale, c'est une figure « piégée » dans des logiques manichéennes de la pensée pénale. Réduite à sa souffrance, la victime se présente soit comme « indignée », soit comme « résignée » dans la logique pénale, sans pour autant avoir de vraies opportunités transformatrices du point de vue éthique, c'est-à-dire d'une *gestion* de sa souffrance vers un rétablissement identitaire. La thèse examine le contenu de ce rétablissement identitaire de la victime et ses prérequis, à savoir l'accès à la vérité et la riposte vengeresse, qui sont accaparés actuellement par la justice criminelle. Le « barbarisme de la vengeance » est mis en question par une analyse philosophique, victimologique et sociologique de la valeur sociale de la colère et de l'égalisation des rapports qui se trouvent dans l'éthique de vengeance. Ceci permet d'expliquer par la suite la possibilité de *métabolisation* de la violence du désir vengeur dans le cadre structuré des rencontres restauratives, son intérêt et son importance pour la justice criminelle ainsi que le rôle étatique, et notamment des magistrats, dans l'encadrement de cette démarche.

Ensuite, c'est l'*aspect pratique* de la justice criminelle qui est interrogé, à savoir **la punition afflictive comme la réponse privilégiée à l'infraction (Chapitre 2)**. Ceci pour identifier l'intérêt pénologique et juridique de la réponse restaurative ainsi que sa différence, sa relation et sa coexistence possible avec les autres réponses dans la justice criminelle. Dans un premier temps, la thèse aborde la relation bidirectionnelle entre infraction et punition, qui donne l'impression d'une nécessité absolue dans la rationalité pénale moderne. La thèse remet en question la primauté de la fonction répressive de la justice criminelle sur sa fonction expressive. Elle reconsidère donc l'affaiblissement de l'aspect axiologique du

droit criminel, c'est-à-dire des « règles de conduite » sur des valeurs sociales protégées par le droit criminel. Cet aspect est toutefois revalorisé dans les rencontres restauratives par la création d'une sorte de « dialogue normatif » entre la loi criminelle et les citoyens. Ensuite, la thèse propose des réflexions critiques sur les rationalités déontologiques et utilitaristes qui justifient le recours à la punition, mais qui ne représentent que les trois des quatre « foyers » de justification de la peine dans l'histoire de la philosophie. Or, la pensée restaurative repose sur le quatrième « foyer », oublié et occulté aujourd'hui, qui est fondé sur un discours juridico-éthique et vise à remonter la pente éthique de la vengeance vers une approche relationnelle de justice. Utilisant alors un nouveau vocabulaire éthique, comme par exemple les concepts grecs anciens de *metameleia* et de *synchoresis*, la thèse analyse la dimension à la fois rétributive occultée et réhabilitative innovante de la réponse restaurative. Présentée comme réponse pénale à part entière du point de vue pénologique, la réponse restaurative permet d'enrichir le référentiel de la peine, puisqu'elle repose sur l'*espace horizontale du politique* et non sur l'*espace vertical du souverain*. Et bien que le rôle étatique soit crucial pour l'encadrement et la rationalisation de la réponse restaurative selon les valeurs de l'Etat de droit, il s'agit d'un rôle *moins interventionniste* et plus *collaboratif* avec les citoyens. Ceci permet d'ouvrir d'ailleurs une discussion sur le « pouvoir » de punir et, en particulier, sur le principe fondamental d'*ultima ratio*. Ebranlé aujourd'hui, ce principe prend une nouvelle valeur dans la réponse restaurative, puisque celle-ci, soit comme alternative soit comme complément aux autres réponses pénales, permet d'introduire une nouvelle économie de violence dans la justice criminelle.

Le concept et les enjeux de la réponse restaurative à la criminalité étant éclaircis, ce sont les **manifestations** de ce type de réponse qui sont étudiées dans la **seconde Partie** de la thèse. Dans un premier temps, il s'est agi d'étudier la traduction du concept de réponse restaurative en langage normatif, et donc ses **manifestations normatives** aux niveaux supranational et national (**Titre 1**).

L'étude du **niveau supranational (Chapitre 1)** a permis d'avoir une image plus globale du contexte et de la dimension internationale de l'évolution des propositions du mouvement restauratif. Au niveau international, la politique onusienne au sujet des réponses restauratives a été influencée largement par des expériences issues du droit international et humanitaire. Et donc, avant la présentation des recommandations et des manuels onusiens pour la promotion et le développement des pratiques restauratives pour les crimes de droit commun, la thèse étudie l'approche restaurative *particulière* des Commissions de Vérité et de Réconciliation, et l'approche restaurative *plus discutable* de la justice pénale internationale, notamment de la Cour Pénale Internationale. Ensuite, la thèse explore la politique

normative sur les réponses restaurative au niveau européen, notamment les recommandations du Conseil de l'Europe et la politique législative, actuelle et future, de l'Union européenne sur le sujet. À la lumière du concept de réponse restaurative, tel que présenté dans la première partie, la Directive 2012/29/UE sur les victimes est analysée de manière critique. La thèse s'interroge ensuite sur l'influence et l'impact de la politique européenne sur les pays européens au sujet du développement des réponses restauratives. Des études comparées montrent effectivement que l'institutionnalisation des réponses restauratives dans les pays européens se caractérise par son hétérogénéité au niveau législatif et dans la pratique. Enfin, des brèves réflexions sont consacrées aux défis et aux opportunités d'un meilleur développement d'une culture restaurative en Europe.

Après avoir présenté le portrait international et européen des initiatives et des normativités sur les réponses restauratives, la thèse se focalise sur la manifestation des initiatives normatives à ce sujet dans le **contexte français et brésilien (Chapitre 2)**. La présentation de l'historique de l'adoption et le contenu des politiques normatives française et brésilienne sur la « justice restaurative », permet d'expliquer non seulement leur valeur juridique différente, mais aussi leur mentalité et leur positionnement différents, notamment en ce qui concerne l'articulation des réponses restauratives avec la procédure pénale, en particulier la prise en considération des résultats restauratifs en justice criminelle. La France a opté pour l'encadrement du sujet par des textes issus à la fois du pouvoir législatif, à partir de la loi du 15 août 2014, avec l'introduction progressive des articles dans le Code de procédure pénale ; et du pouvoir exécutif qui vient concrétiser le cadre législatif, notamment avec une circulaire ministérielle du 15 mars 2017. En ce qui concerne le Brésil, la thèse analyse les raisons qui ont conduit à l'échec d'encadrement des réponses restauratives dans le contexte de deux grandes réformes législatives, malgré leur potentiel à cet effet. A l'heure actuelle, et malgré l'existence des projets de loi sur la « justice restaurative », un cadre législatif concret, relatif à ce sujet fait défaut. En revanche, la politique normative brésilienne sur les pratiques restauratives provient notamment du pouvoir judiciaire, avec l'adoption de deux Résolutions en 2010 et en 2016, s'adressant en particulier aux magistrats. Le pouvoir judiciaire semble avoir un rôle de protagoniste dans la promotion de la « justice restaurative » dans ce pays. Par référence aux conclusions de la première partie et aux standards supranationaux précédemment présentés, qui sont analysés en l'occurrence et en miroir avec les dispositions nationales, le contenu de la politique normative française et brésilienne au sujet des réponses restauratives est discuté de manière critique. La thèse interroge en particulier la circulaire ministérielle du 15 mars 2017, qui semble introduire une compréhension *sui generis* du principe d'« autonomie » de la « justice restaurative » en France, en mettant une « ligne rouge » entre celle-ci et la procédure pénale. Or, ce principe se heurte non seulement aux textes supranationaux, mais surtout néglige l'aspect pénologique des réponses restauratives, dévalorise *de facto* la présence

éthique des victimes dans les réponses restauratives et soulève des interrogations par rapport à sa cohérence avec le principe de proportionnalité et d'individualisation des peines.

L'image des réponses restauratives en France et au Brésil se complète par l'étude de leurs **manifestations pragmatiques (Titre 2)**. Le **développement limité de ce type de réaction à la criminalité (Chapitre 1)** est une réalité commune pour la France et le Brésil, puisque l'institutionnalisation des pratiques restauratives n'a pas véritablement réussi à influencer les politiques criminelles de ces pays. Avant de discuter les raisons de la marginalité des réponses restauratives dans le contexte français et brésilien, la thèse donne d'abord un aperçu de la modélisation et du développement de ce type de réaction à la criminalité dans la pratique des deux pays. Ceux-ci présentent effectivement des développements extrêmement différents sur le sujet, tant au niveau de l'encadrement institutionnel qu'au niveau de la mise en place des pratiques restauratives, qui se caractérisent par leur diversité et hétérogénéité. Malgré ces différences apparentes, la France et le Brésil convergent sur les raisons de la marginalité des réponses restauratives. Celle-ci est manifestée du point de vue quantitatif comme qualitatif, ce dernier compris comme un certain éloignement de l'*originalité* de la pensée restaurative. Cette marginalité commune est analysée d'abord du point de vue juridico-dogmatique, qui dévoile la domination de la compréhension de la nature juridique des réponses restauratives par la rationalité pénale moderne ; ensuite, du point de vue opérationnel, puisque la mise en place des réponses restauratives repose sur le facilitateur, une nouvelle figure professionnelle qui doit travailler aux côtés et en synergie avec les autres professionnels de la justice criminelle, mais dans des objectifs différents. Cette figure professionnelle n'est pas suffisamment développée dans les pays étudiés en comparaison.

Enfin, la thèse discute les **opportunités d'un meilleur développement des réponses restauratives (Chapitre 2)** à titre égal ou parallèle aux autres réponses pénales en France et au Brésil. Suivant les phases successives de la procédure pénale, les différentes possibilités et les enjeux des interventions restauratives sont analysées avant et après le déclenchement de l'action publique, en prenant en considération les principes fondamentaux de la procédure pénale et les particularités procédurales de chaque pays. Les opportunités d'intervention des réponses restauratives en détention sont analysées séparément, en raison de la particularité de cette thématique. La thèse discute d'abord les arguments « contre » et « pour » la mise en place des pratiques restauratives en détention afin d'aborder finalement la pertinence et la faisabilité de ces interventions dans un milieu carcéral ordinaire. Ensuite, dans le but d'explorer davantage les opportunités pour l'infusion des valeurs et des pratiques restauratives dans un milieu fermé, la thèse se focalise sur les environnements carcéraux particuliers, voire de type ouvert. Les marges d'une telle infusion sont examinées alors dans les prisons ouvertes en France, qui sont pourtant peu utilisées aujourd'hui. Or, l'approche restaurative pourrait contribuer à la résurgence de leur intérêt dans la politique

criminelle du pays. En ce qui concerne le Brésil, ce pays est connu pour ses prisons ouvertes de type APAC, qui sont considérées dans la littérature internationale comme des « prisons restauratives ». S'appuyant sur les conclusions de la première partie de la thèse et sur une visite de ce type d'établissements sur place, la thèse interroge ce constat tout en mettant en exergue le potentiel restauratif des prisons de type APAC.

La thèse **conclut** avec le mythe d'*Odyssee*, qui est lu en miroir avec les nouveaux horizons qu'ouvre la réponse restaurative à la criminalité en justice criminelle ; et ce, indépendamment de la tradition juridique ou du cadre particulier d'un seul pays. La justice criminelle est vue comme la figure mythique d'« Ulysse », qui a été le roi de l'île grecque d'« Ithaque », cette dernière représentant donc la société civile. La réponse restaurative invite effectivement la justice criminelle à se rapprocher de son « pays natal », de ses racines et de son passé, et ce faisant, à renouer avec son propre « Ithaque », c'est-à-dire avec la société civile. Ce rapprochement de ce qu'on a oublié dans l'histoire de la justice criminelle, et notamment la revalorisation de la vie et des relations éthiques entre citoyens, permettra à la justice criminelle moderne de devenir plus sage ; mais marquera aussi sa rupture avec la rationalité pénale moderne, qui l'oblige à répéter le même système, à s'enfermer dans les mêmes emprises. En somme, tout l'enjeu de la réponse restaurative à la criminalité est finalement la rupture avec la vision de la victime comme une « menace » pour le pouvoir en justice criminelle et sa (re)considération comme un *vrai partenaire légitime* pour son exercice et pour la lutte contre la criminalité. La reconnaissance du pouvoir et du rôle éthiques des victimes en justice criminelle peut faire émerger une nouvelle responsabilité chez les auteurs, faire changer non seulement ces derniers mais aussi les dynamiques relationnelles en société.