

La justice restaurative pénale, comme justice sociale ? Quelques remarques critiques

STERGIOS MITAS

*Maître de conférences en philosophie du droit
Université de Nicosie, Chypre*

*Mais ce n'est pas pour ce bien ou ce mal qu'on agit,
ce qui est en question, c'est le juste et l'injuste
(Hegel, Principes de la philosophie du droit,
§99, trad. André Kaan)*

*Mais la menace [de la peine] ... elle n'aura véritablement aucune influence
sur celui qui n'a rien... Car tel est effectivement
ce que l'on entend dire dans des Etats qui n'ont pas pris garde
à cette situation
et qui, comme nul contrôle n'a été institué sur l'administration
de la propriété, ni non plus un droit des pauvres...».*

*(Fichte, Fondement du droit naturel,
§ 20, trad. Alain Renaut)*

Résumé¹

Le discours sur la « justice restaurative » pénale, relativement nourri ces dernières années, tend à lier les principes et les objectifs de la justice dite « restaurative » à ceux de la justice sociale. Le présent article s'efforce d'apporter un éclairage sur cet examen conjoint de la justice restaurative et de la justice sociale. Dans un premier temps, nous présentons les arguments-clés de la justice restaurative et les points de

¹ La présente étude est dédiée au Professeur Dr. Nestor Courakis dont le pathos pour la *justice sociale* et le *droit pénal* nous a inspiré quant à sa thématique, même s'il ne partage peut-être pas l'approche qui y est exprimée *quant à leurs rapports*.

jonction censés exister avec la justice sociale, tels qu'ils sont abordés dans la littérature spécialisée (A). Après avoir procédé à une clarification conceptuelle des notions en débat, nous en déduisons néanmoins qu'il faut formellement les distinguer, et que l'exercice de la justice pénale ne tend en aucun cas à la distribution juste des ressources qui est l'objet de la justice sociale (B). Il devient alors crucial de se concentrer sur les actes propres de l'institution pénale, en mettant en lumière ses fondements normatifs, à travers le prisme de la philosophie juridique (C). Après avoir ainsi abordé un argument relatif à la justification exacte de la peine, au sein d'une République, nous arrivons à la conclusion qu'il existe de bonnes raisons d'être sceptiques à l'égard de la justice « restaurative », notamment en ce qui concerne sa tendance à prôner une sorte de privatisation du droit pénal (D). Par ailleurs, les postulats de la justice pénale et de l'état social distributif, bien que distincts, demeurent bien en vigueur.

A. Le débat sur ce qu'est – ou ce que pourrait être – la justice dite « restaurative » a généré ces dernières années un corpus très important de littérature pénale et de critique institutionnelle. Bien que, s'agissant de la justice restaurative, le seul point sur lequel il existe un consensus est *que nous sommes loin d'être unanimes* quant à ses buts et ses pratiques propres,² il n'est toutefois pas difficile d'indiquer un dénominateur commun:³ la *justice restaurative* [*restorative justice*, en anglais] vise à trouver des formes de résolution extrajudiciaire du litige pénal (média-

² Voir les remarques de Kathleen Daly, 'The limits of restorative justice', in Dennis Sullivan & Larry Tifft (eds.), *Handbook of Restorative Justice: A global perspective*, Routledge, London/New York, 2006, pp. 134-135.

³ Pour un *précis des méthodes et principes* de l'école restaurative voir John Braithwaite, 'Principles of restorative justice', in Andrew von Hirsch, Julian V. Roberts, Anthony Bottoms *et al.* (eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or reconcilable paradigms?*, Hart Publishing, Oxford/Oregon, 2003, pp. 5-11, et Robert Cario, «Justice restaurative: principes et promesses», *Les Cahiers Dynamiques*, 59/2014 [Dossier: La Justice Restaurative], pp. 24-31. Ces deux auteurs se classent parmi les partisans les plus fervents de la justice restaurative et c'est pourquoi on s'y réfère largement.

tion entre l'auteur du délit pénal et la victime, cercles de famille, négociations sur la peine, participation active des communautés locales ou d'autres collectivités concernées), avec pour objectif de *restaurer* les rapports interpersonnels brisés à la suite du délit pénal.

Certains auteurs préconisent l'adoption des méthodes restauratrices – à tout le moins – dans les domaines sensibles de la matière juridique, tels que la délinquance des mineurs ou les violences intrafamiliales.⁴ D'autres prétendent que la logique restaurative devrait imprégner largement les règlements pénaux,⁵ tandis que certains prêchent même *la transgression absolue de la justice criminelle*, selon leurs termes, «au profit d'une justice restaurative».⁶

En tout état de cause, et dans la majorité des cas, on considère que la justice restaurative remet en cause une série de convictions, *par hypothèse enracinées* dans le credo juridique : au lieu de percevoir le crime comme une infraction à la loi générale et abstraite, les auteurs nous incitent à le concevoir comme la blessure d'une personne réelle et tangible ;⁷ une fracture, non pas des relations entre le citoyen et l'Etat, mais bien du lien sociétal, de manière horizontale. On arrive logiquement à la conclusion que la punition, à l'inverse d'une «sanction du mal», acquiert une dimension thérapeutique : elle vise à guérir la victime et couvrir ses besoins, à pardonner l'auteur et à anticiper sa réintégration,

⁴ Voir par exemple l'analyse, comportant de nombreuses références au droit français, de Louise Baste Morand, «La réparation pénale : un embryon français de justice restaurative», *Les Cahiers Dynamiques*, 59/2014 [Dossier: La Justice Restaurative], p. 61 et s.

⁵ Voir les propositions faites par R. Cario, «Justice restaurative: principes et promesses», *op. cit.*, p. 28-31.

⁶ L. Walgrave en est un témoin particulièrement significatif, voir Lode Walgrave, 'Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain', in A. v. Hirsch *et. al.* (ed.), *Restorative Justice and Criminal Justice*, *op. cit.*, p. 61 et s. L'auteur insiste sur le fait que la justice restaurative doit *remplacer*, complètement, le système pénal, ou dans le cas contraire il s'agirait plutôt d'une *punition alternative* que d'une vraie *alternative à la punition* (p. 63).

⁷ Voir, à titre d'exemple, Robert Cario, «La justice restaurative: vers un nouveau modèle de justice pénale? », *A.J. pénal*, 2007-9, pp. 372-375.

à rétablir en définitive la cohésion sociale.

Il est évident que le discours relatif à la justice restaurative se réfère largement à un ensemble de concepts et de valeurs allant *au-delà de la loi pénale*, qui trouvent leur origine directe dans le vocabulaire philosophique spécifique à la *justice sociale*. Ce discours invoque, par exemple, les valeurs de la solidarité, de la communauté ou du lien social.⁸ Ses disciples déclarent avoir pour but «non pas seulement la prévention pénale» mais aussi l'«éradication de l'injustice sociale»⁹. Parmi les principaux représentants de ce courant, J. Braithwaite, dans son ouvrage intitulé, de manière significative, *Restorative Justice and Social Justice*, plaide en faveur d'une convergence de valeurs (la justice restaurative et la justice sociale *partageraient les mêmes valeurs*), voire d'une convergence de résultats (la justice restaurative permettrait d'obtenir des *résultats favorables à la justice sociale*)¹⁰.

Le présent article ne vise certainement pas répertorier les réglementations – ou les propositions de réglementations – en la matière. Nous ne pouvons pas non plus apprécier, du point de vue empirique, les applications de la justice restaurative, qui font en tout état de cause encore l'objet de recherches. Notre hypothèse de travail consiste à préciser cet examen conjoint, que la littérature interne au courant concerné a bien introduit,¹¹ *de la justice restaurative et de la justice sociale*. À ce titre, il convient tout d'abord de clarifier les concepts en cause, à savoir la justice restaurative (*pénale*) et la justice sociale (*distributive*), puis d'examiner leurs rapports, quels qu'ils soient.

⁸ Voir R. Cario, «Justice restaurative: principes et promesses», *op. cit.*, pp. 26-27, et Rob White, 'Restorative justice and social strategies', *Contemporary Justice Review*, 3/2000, p. 61-65.

⁹ Voir J. Braithwaite, 'Principles of restorative justice', *op. cit.*, p. 1.

¹⁰ Voir John Braithwaite, 'Restorative justice and social justice', *Saskatchewan Law Review*, 63/2000, p. 186, 194.

¹¹ Voir les articles ci-dessus (de R. Cario et J. Braithwaite) et voir également Belinda Hopkins, 'Restorative justice as social justice', *Nottingham Law Journal*, 21/2012, p. 121 et s. ; Gregg Barak, 'Repressive versus restorative and social justice: a case for integrative praxis', *Contemporary Justice Review*, 3/2000, p. 39-41.

Notre idée principale est la suivante : 1. Il faut distinguer, dans leurs fondements normatifs propres, la réponse au crime pénal et le souci de la répartition juste des ressources. En d'autres termes, l'exercice de la justice pénale ne fait pas que contribuer à la justice sociale. 2. Le souci pénal et le souci distributif, entre autres à cause de leur fondements normatifs (clairement distingués), doivent tous deux demeurer des institutions essentiellement publiques. Seule la République, en tant qu'institution de la volonté générale, peut les gérer. Dans le cadre précisé, nous présentons également notre position sur la justice restaurative. L'idée directrice reste, à ce titre, qu'il faut d'abord se demander, en suivant la suggestion méthodologique du criminologiste A. Duff, *ce qu'est en définitive la restauration*, dans le champ de la loi criminelle.¹²

B. Selon une définition généralement admise – ouverte par ailleurs au débat davantage en ce qui concerne les principes et les critères appropriés – la justice sociale se réfère à la répartition juste des ressources, des biens et des charges sociales.¹³ En effet, l'injustice sociale *au sens strict du terme* renvoie à la condition dans laquelle se trouve une personne (ou un ensemble de personnes) qui jouit de moins de biens et/ou supporte plus de charges qu'elle aurait dû.¹⁴ Ainsi, on peut appeler *socialement injuste* toute chose (par exemple, une politique étatique) qui entraîne – ou contribue à – une telle condition.

D'un autre côté, il suffit de parcourir les textes juridiques pour cons-

¹² Voir Antony Duff, 'Restoration and Retribution', in A. von Hirsch *et al.* (ed.), *Restorative Justice and Criminal Justice*, *op. cit.*, p. 44.

¹³ Voir les lignes tout éclairantes par David Miller, *Principles of Social Justice*, Harvard University Press, London, 1999, p. 1-8. Pour la question de la *justice sociale* en général voir aussi David Boucher – Paul Kelly (ed.), *Social Justice : From Hume to Walzer*, Routledge, London/New York, 1998 ; Matthew Clayton & Andrew Williams (eds.), *Social Justice*, Blackwell Publishing, Oxford, 2004 ; Philippe Van Parijs, *Qu'est-ce qu'une Société Juste? Introduction à la pratique de la philosophie politique*, Éditions de Seuil, Paris, 1991.

¹⁴ On pourrait, par la suite, se référer aux injustices sociales *au sens large du terme*, à savoir pour des phénomènes qui apparaissent comme *des effets* (par exemple, l'exclusion sociale) de l'injustice sociale *au sens strict*, expliquée ci-dessus.

tater combien les références à la justice sociale elle-même peuvent être malheureuses ou même excessives. Elle est perçue, bien souvent, comme un synonyme de *la justice substantielle* ou de *l'application effective* des normes et des principes de droit, sans distinction de contenu. Et très fréquemment, elle est présentée, dans le cadre de discours presque journalistiques, comme l'opposé du malheur public. Dans le premier cas, la justice sociale *ne se focalise sur aucun domaine particulier du droit*. Dans le second cas, *elle n'a plus guère de substance juridique*.

En réalité, cela n'a aucun sens d'évoquer la répartition du capital social sans recourir à l'ensemble de normes et institutions publiques qui la régissent et visent à la réaliser.¹⁵ Alors, par son objet, la justice sociale s'avère *juridiquement déterminée*, liée aux institutions de droit, existantes ou souhaitées, et en même temps *déterminable d'un point de vue juridique* : elle renvoie à ces institutions de droit spécifiques qui répartissent le capital social, soit positif soit négatif (voir, par exemple, les réglementations relatives à la propriété, la fonction fiscale, les droits sociaux).

Étant donné qu'on perçoit alors la répartition comme *la notion-clé de la justice sociale*, cette dernière n'est pas loin d'être synonyme de la justice distributive. Il est significatif à cet égard que J. Rawls, dans sa *Théorie de la Justice*, alors qu'il définit la *justice sociale* comme l'ensemble des principes, droits et obligations qui régissent la répartition des biens et des charges distribuables dans une société,¹⁶ à de nombreuses reprises, utilise ailleurs le terme de *justice distributive*, tout en traitant du même domaine.¹⁷ D. Miller a donc essayé de conceptualiser la différence: il soutient que *la justice sociale est la justice distributive à l'échelle de la société politique* – en rappelant, à ce propos, que chez Aristote, qui en est à l'origine, le terme était aussi relatif aux entités de petite échelle (par

¹⁵ Voir pour cela D. Miller, *Principles of Social Justice*, *op. cit.*, pp. 5-6, Brian Barry, *Theories of Justice: A treatise on social justice*, Vol. I, University of California Press, Berkeley, 1989, p. 355.

¹⁶ Voir John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, p. 4.

¹⁷ *Ibid*, p. 274 et s., 314-315, 318.

exemple, aux domiciles ou aux corporations)¹⁸. Cela nous mène alors directement à la distinction aristotélienne célèbre entre deux types de justice : la *justice distributive* et la *justice corrective*¹⁹.

En résumé, la première, d'une part, vise à l'établissement d'une *égalité proportionnelle* quant à l'accès aux biens distribuables [το εν ταις διανομαίς [όσων] μεριστάτοις κοινωνούσι της πολιτείας],²⁰ afin que les ressources soient attribuées conformément aux caractéristiques spécifiques de chaque personne ou de la condition dans laquelle elle vit. La seconde, d'autre part, garantit le retour à l'égalité absolue au sein des transactions humaines, après la survenance d'un éventuel déséquilibre [το εν τοις συναλλάγμασιν διορθωτικόν].²¹ afin qu'il soit mis fin aux bénéfices injustement réalisées ou aux pertes injustement subies. En effet, le *suum quique tribuere* (à savoir «à chacun son dû»)²² va de pair avec l'«usage légitime de la contrainte publique»,²³ comme les deux traits essentiels de la justice, dans tous ses aspects. Le premier cas consiste en *l'usage légitime de la contrainte à des fins distributives* et le second consiste en *l'usage légitime de la contrainte dans un but de correction*. En tout état de cause, comment convient-il de percevoir le droit pénal, qui reste d'ailleurs l'«usage de la contrainte publique» le plus tangible et le meilleur, compris par tout homme ?²⁴

¹⁸ Voir D. Miller, *Principles of Social Justice*, op. cit., pp. 2-3.

¹⁹ Pour une généalogie documentée de cette distinction, voir Izhak England, *Corrective and Distributive Justice: From Aristotle to modern times*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

²⁰ Voir Aristotle, *Nicomachean Ethics*, trad. Robert C. Bartlett & Susan D. Collins, University of Chicago Press, Chicago, 2011, p. 94-95 [1130b].

²¹ *Ibid.*, p. 95 [1131a].

²² La phrase apparaît pour la première fois *ainsi* au commencement des *Institutes d'Iustinian* [Inst. 1, 1,3-4]. Voir pour l'histoire de la phrase David Wiggins, *Ethics*, Penguin Books, London, 2006, p. 284, n. 13.

²³ Voir Emmanuel Kant, *Métaphysique des Mœurs. Doctrine du droit/Doctrine de la vertu*, trad. Alain Renaut, Flammarion, Paris, 1994, p. 218 [VI, 231].

²⁴ Voir par exemple Arthur Ripstein, *Equality, Responsibility and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 135. Le penseur y propose de thématiser le droit pénal comme un champ spécial de l'usage de contrainte légitimé, au

Compte tenu toujours du dipôle aristotélien, certains auteurs tentent de classer le droit pénal dans le domaine distributif. Aya Gruber propose, ainsi, une «théorie distributive du droit pénal», dans la mesure où le châtement «répartit les sentiments de douleur et de contentement entre la victime et l'auteur», en faveur d'un «équilibre juste de bien-être» au sein de la société.²⁵ De même, Herbert Morris juge que la peine est distributive, puisqu'elle «restaure l'équilibre des bénéfices et des devoirs» que l'auteur du fait criminel avait ébranlé, en revendiquant à son profit de se soustraire au droit pénal.²⁶

Néanmoins, il ne serait pas justifié d'appréhender le respect de la loi comme un charge à distribuer ; on ne pourrait pas non plus considérer comme un bien social une chose à laquelle personne n'a droit (à savoir, le fait de se substituer à l'application du droit en vigueur).²⁷ En outre, les conséquences d'un crime (ou de l'imposition d'une sanction), soit matérielles, soit psychologiques, ne peuvent guère être assimilées aux *resources distribuables*. Il n'y a donc pas lieu d'entrer dans le débat philosophique relatif à la question de savoir si la justice sociale réside dans l'égalité par rapport aux biens matériels ou dans l'égalité du bien-être que procurent probablement ces biens, ou bien encore (selon une meilleure approche) si elle réside dans une situation intermédiaire :²⁸ que les besoins de chacun soient couverts et ses capacités réalisées, grâce à un accès équitable à l'avantage social, avant tous – et indépendamment des – résultats psychologiques, sensationnels, intellectuels etc. Par

trement dit d'un domaine qui s'appelle proprement *philosophie juridique*.

²⁵ Voir Aya Gruber, 'A distributive theory of criminal law', *William and Mary Law Review*, 52/2010, p. 5, 11, 19.

²⁶ Voir Herbert Morris, *On Guilt and Innocence: Essays in legal philosophy and moral psychology*, University of California Press, Berkeley, 1976, pp. 31-34.

²⁷ Voir la critique exercée par A. Ripstein, *Equality, Responsibility and the Law*, *op. cit.*, p. 161.

²⁸ Du moins selon une certaine approche, au-dedans d'une conversation tellement riche, avec laquelle on se trouve à plusieurs points en accord, voir Amartya Sen, *Inequality Reexamined*, Oxford University Press, Oxford, 1992, p. 5-6, 79 et s. Voir aussi l'analyse de Gerald Allan Cohen, *On the Currency of Egalitarian Justice*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 2011, p. 73-81.

exemple, ce qui importe du point de vue moral, ce n'est pas l'égalité par rapport aux denrées alimentaires mais l'égalité par rapport au niveau de nutrition, indépendamment d'une égalité «d'utilité» (en matière, par exemple, de saveur ou de digestion).

D'un autre côté, la plupart des auteurs jugeraient que le droit pénal doit figurer dans le champ de la *justice corrective*.²⁹ La similitude entre le *délit pénal* et le *dommage civil* est ici forte : tous deux représentent des formes de *malfaisance*, qui doivent être éradiquées. Par ailleurs, chez Aristote et dans le contexte historique de son époque, il n'existe pas de distinction entre délit pénal et délit civil.

Il est vrai, comme nous l'avons vu, que la justice corrective vise à garantir qu'à un niveau des transactions individuelles nous évitions tout dommage illégal. Il est également vrai que les actions, d'un point de vue philosophique, sont considérées comme objets du libre-arbitre et, donc, rattachées au sujet libre et responsable. Il en résulte l'inférence fondamentale que *le dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*. Toutefois, entre les délits pénaux et les délits civils, il existe plus de différences que de points communs. Par exemple, en droit civil, il arrive parfois qu'un dommage soit couvert par quelqu'un qui n'a commis aucune faute (voir le cas de la *responsabilité civile objective*). D'un autre côté, en droit pénal, quelqu'un peut être puni même s'il n'a pas causé de dommage (voir le cas de la *tentative*) – ou indépendamment de la question de savoir si un dommage donné doit et peut être réparé financièrement (voir le cas de la *responsabilité civile en parallèle*). La question qui ici reste cruciale, c'est celle de savoir pourquoi, *malgré l'indemnisation, on considère qu'une punition est nécessaire*. Et la réponse découle de la réponse à cette autre question, plus large et bien plus philosophique : *qu'entendons-nous par crime et comment convient-il d'y réagir (si tant est qu'il le faut) ?*

²⁹ Voir J. Rawls, *A Theory of Justice*, op. cit., pp. 314-315; D. Miller, *Principles of Social Justice*, op. cit., p. 3; A. Ripstein, *Equality, Responsibility and the Law*, op. cit., p. 162; Lucy Allais, 'Social justice and retributive Justice', *Social Dynamics*, 34/2008, pp. 128-139.

C. On estime fréquemment *qu'il faut* punir tout court, presque pour des raisons évidentes et sans analyser les conditions ou la justification de cette prétendue nécessité. Ils sont d'ailleurs nombreux ceux qui pensent *qu'il est utile* de punir : ils considèrent en fait la peine comme un moyen d'arriver à une fin qui se situe, comme souvent, à l'extérieur du droit : à des fins, par exemple, d'apaisement de la société ou de prospérité, d'éducation morale des citoyens etc.³⁰. La punition se présente ainsi comme un « mal », qui doit donc être rééquilibré par un « bien » (en invoquant, peut-être, la formule *un moyen controversé pourrait être purifié par un but bénéfique*). Ici, nous nous dissociions de ces deux argumentations, en soutenant la position suivante : *sachant que la peine ne constitue pas une contrepartie qui serait une fin en soi, les valeurs qu'elle promet ne sont pas extérieures au droit*.

Au soutien de notre argument, nous recourons de manière sélective aux contributions de certains auteurs contemporains (J. Hampton, A. Ripstein, A. Duff), mais l'horizon principal de nos références reste toutefois la philosophie allemande classique (Kant, Hegel, Fichte).³¹ On doit rappeler, à ce propos, qu'il nous intéresse moins de revendiquer la cohérence des idées d'un philosophe quelconque, que de constituer plutôt une argumentation cohérente, *aujourd'hui*, sous l'égide des questions – cognitives ou éthico-pratiques – qui, *de nos jours*, sont crucia-

³⁰ Les arguments utilitaristes, opposés aux arguments déontologiques (dont Kant est le témoin le plus important), prédominent dans les diverses « philosophies de peine », de Beccaria à Hart. Voir Cesare Beccaria, *On Crimes and Punishments and Other Writings*, trad. R. Davies, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 11, 31, 66 et s., et H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the philosophy of law*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, pp. 1-27.

³¹ S'agissant de la « théorie pénale » des philosophes en question voir Arthur Ripstein, *Force and Freedom: Kant's legal and political philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 2009, p. 300-324; Allen W. Wood, *Hegel's Ethical Thought*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, p. 108-126. Voir aussi Jean-Christophe Merle, *German Idealism and the Concept of Punishment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, avec lequel nous ne partageons pas toujours les mêmes interprétations et conclusions, toutefois il présente de manière éclairante les ouvrages d'intérêt pénal des trois philosophes allemands.

les.

La théorie de droit kantienne commence par la présomption selon laquelle l'action humaine doit être conciliée avec la *liberté extérieure égale*, c'est-à-dire la liberté pour tous de se fixer et poursuivre des objectifs, en toute indépendance des contraintes posées par les choix des autres, en termes de réciprocité.³² Tout homme a droit à la promotion de ses propres buts et engage pour cela ses propres moyens (à savoir son état physique, sa personnalité et les ressources extérieures qui sont les siennes à *juste titre*³³), mais «sous une loi universelle» : afin que ses propres buts (et, voire, ses propres moyens) ne posent pas, arbitrairement, des limites à la liberté extérieure d'autrui. C'est pourquoi la *liberté juridique* n'équivaut pas à la *liberté naturelle*, sans entraves. Au contraire, elle présuppose sa *limitation contraignante mutuelle*, comme la condition du libre-arbitre égal de tous. C'est là qu'on doit faire référence aux deux citations célèbres, relativement obscures, de Kant: a) *la liberté se trouve limitée dans son idée propre* et b) *le droit et la faculté de contraindre signifient la même chose*.³⁴ On en retient, alors, que la contrainte légitime publique (en tant que volonté générale) freine la contrainte arbitraire privée (c'est-à-dire, dans les cas où la liberté extérieure de l'un est soumise au choix arbitraire de l'autre).

Il faut, ici, rappeler que l'indemnisation civile favorise, d'une part, la réparation d'un dommage injustement provoqué au sein des interactions humaines (volontaires ou non), et d'autre part, de manière générale, la restauration des conditions équitables d'interaction. Toutefois, le fait présentant un intérêt pénal n'est pas, en vérité, dénoncé parce qu'il cause un dommage, matériel ou psychologique,³⁵ mais en réalité

³² Voir Kant, *Métaphysique des Mœurs*, op. cit., pp. 25-26[VI, 237].

³³ À ce stade et s'agissant de la question bien distincte, bien que toute aussi cruciale, de savoir *comment la possession des ressources matérielles extérieures est légitimée*, voir l'excellente analyse de Helga Varden, 'Kant's non-voluntarist conception of political obligations: why justice is impossible in the state of nature', *Kantian Review*, 13/2008, pp. 6 et s.

³⁴ Voir Kant, *Métaphysique des Mœurs*, op. cit., pp. 18-19[VI, 231-232].

³⁵ Du reste, il est évident qu'un délit pénal puisse parfois également relever des

parce qu'il engendre une «brèche morale»³⁶ dans les conditions de la liberté extérieure équitable. Comme nous l'avons déjà évoqué, il est parfois noté que, *malgré toute indemnisation, le crime ne s'efface pas*. Mais qu'est-ce que cela signifie? Si quelqu'un pouvait faire usage de mon corps ou de mon vélo à sa guise, à *des fins qui ne sont pas les miennes*, et que cela n'entraîne que la nécessité d'une compensation, cela donnerait par conséquent l'impression que je n'ai pas de titre de disposition. Il apparaît qu'une telle action (ou même une simple tentative) équivaut, en effet, au placement des limites de ma liberté extérieure sous le régime du libre-arbitre d'un autre.³⁷ Tout cela s'assimile, alors, comme le formule de manière pertinente Ripstein, à une «substitution de la rationalité publique par des objectifs individuels».³⁸

Quelle est donc la correction nécessaire? Selon le modèle de la justice corrective, il serait en vérité crucial de restaurer un équilibre ébranlé, qui concerne toutefois, du point de vue de sa portée, la *communauté politique* dans son entier et *non pas les deux seules parties*. Comme le dit Kant: «si tu [...] voles, c'est toi-même que tu voles», puisque *tu rends la propriété précaire en général*.³⁹ C'est ainsi que la punition tend à inverser ce mouvement qui avait ébranlé le statut même de la *liberté extérieure égale*. Compte tenu de cela, on apprécie mieux ces développements kantien et hégélien que beaucoup considèrent comme les plus noirs de ces philosophes: l'éloge qu'ils ont fait du *poena talionis*.⁴⁰

Tout d'abord, pour ces philosophes, la punition n'a pas besoin *et ne doit pas non plus* être justifiée par ses conséquences censées être bénéfici-

aspects privatistes, c'est-à-dire des aspects relatifs à l'indemnisation, comme un dommage privé relève aussi d'intérêts pénaux.

³⁶ Voir l'argumentation de Jean Hampton, 'Correcting harms versus righting wrongs: the goal of retribution', *UCLA Law Review*, 39/1992, pp. 1659-1660.

³⁷ Voir également A. Ripstein, *Equality, Responsibility and the Law*, *op. cit.*, pp. 158, 163.

³⁸ *Ibid.*, p. 134.

³⁹ Voir Kant, *Métaphysique des Mœurs*, *op. cit.*, p. 153[VI, 332].

⁴⁰ D'une manière telle que certains auteurs trouvent peu réconciliables le *Kant humanitaire* et le *Kant punitif*, voir par exemple Nick Smith, 'Kantian Restorative Justice', *Criminal Justice Ethics*, 29/2010, p. 54.

ques. Dans ce cas on traiterait en effet le criminel *comme un animal nuisible*, comme d'instrument au service de ces fins bénéfiques, ce qui équivaldrait, selon Kant, à contester son humanité même.⁴¹ Hegel, pour sa part, aborde cette question à partir de la comparaison suivante : punir afin de prévenir la criminalité *équivaudrait à empoigner, de manière intimidante, un bâton devant un chien*. En revanche, punir afin de châtier le criminel *signifie qu'on l'honore comme un être rationnel*⁴² Nous devons nous demander pourquoi Kant et Hegel, en définitive, persistent à considérer que la justice punitive – proportionnelle est la seule réponse juste face à un crime.

Seule la justice punitive peut « indiquer de manière précise la qualité et la quantité de la peine [...] quand bien même cela ne serait pas possible à la lettre », comme l'écrit Kant.⁴³ Il est évident que le *quid pro quo* (à savoir que le criminel doit assumer ce qu'il a fait), pris au sens littéral, constitue un principe impraticable ou même ridicule.⁴⁴ Hegel souligne à ce stade qu'il ne s'agit pas d'une *égalité quant à la forme spécifique de l'acte*, mais plutôt d'une *proportion de valeur*,⁴⁵ qui s'oriente, en termes kantien, cette fois, vers « la position qu'occupe l'aiguille de la balance de la justice ». Il en résulte que le principe d'une punition proportionnelle n'est pas une simple formule ne garantissant que la portée (et les limites maximales) de la peine – mais bien, une maxime axiologique visant à réparer la brèche apparue au sein de la liberté extérieure (et de la valeur morale) égale des sujets humains. Afin que la marque de l'asymétrie provoquée par le crime soit effacée, cette éradication doit se réaliser de manière strictement précise et proportionnelle.

À ce propos, l'extrait suivant de Kant, qui suscite fréquemment

⁴¹ Voir Kant, *Métaphysique des Mœurs*, *op. cit.*, p. 152 [VI, 331].

⁴² Voir Georg Friedrich Hegel, *Principes de la Philosophie du Droit*, trad. André Kan, Gallimard, Paris, 1940, p. 136 [§100].

⁴³ Voir Kant, *Métaphysique des Mœurs*, *op. cit.*, p. 153-154 [VI, 332].

⁴⁴ « [...] ainsi vol pour vol, brigandage pour brigandage, œil pour œil, dent pour dent, qui nous représentent le criminel borgne et édenté », voir Hegel *Principes de la Philosophie du Droit*, *op. cit.* p. 138 [§101].

⁴⁵ *Ibid.*, p. 137-138 [§101].

l'étonnement ou la dérision de la part des commentateurs, est caractéristique: *Même si la société politique se dissolvait avec l'accord de tous ses membres* (voir «par exemple, si le peuple qui habite une île décidait de se séparer et de se disperser dans le monde»), *il faudrait auparavant punir tous les criminels, un par un, sans exception.*⁴⁶ Encore une fois, Kant souligne, à ce niveau, que ce qui compte, c'est la demande *de levée de l'asymétrie morale per se* (et ce indépendamment des appréciations d'utilité publique).

Plus loin, et malgré les approches manquant d'esprit philosophique critique et qui persistent à instaurer une dichotomie absolue entre *prévention* et *châtiment*, la théorie de la peine kantienne est imprégnée du souci d'éviter le crime.⁴⁷ Néanmoins, chez Kant, la prévention n'est pas distinguée de l'état juridique lui-même. La punition se pose comme une garantie que les *objectifs individuels* ne se substituent pas à la *volonté générale*, soit (à titre rétrospectif) par le biais de l'usage de contrainte, soit (à titre prospectif) par le biais de la menace de l'usage de contrainte. Si le *ratio* de la peine demeure alors immanent au concept du droit, cela implique tout simplement que *sa justification ne dépend pas des conséquences.*⁴⁸

D. Que signifie donc l'expression d'Hegel, selon laquelle *la punition dépasse le crime?*⁴⁹ Pour une oreille exercée au vocabulaire hégélien, le double sens du verbe original *aufheben* est limpide: il signifie à la fois, d'une part, *abolir/nier* et, d'autre part, *conserver/affirmer.*⁵⁰

La justice pénale consiste, dans le jargon hégélien, en un processus par lequel «le droit revient en soi par négation de sa négation» et, alors, la restauration a lieu, c'est-à-dire la «société civile retourne à son

⁴⁶ *Ibid.*, p. 155 [VI, 333].

⁴⁷ Voir l'excellente argumentation de A. Ripstein, *Freedom and Force*, *op. cit.*, pp. 301-302, 307-312.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 301.

⁴⁹ Voir l'argumentation de A. Wood, *Hegel's Ethical Thought*, *op. cit.*, pp. 112-118.

⁵⁰ Voir les commentaires du philosophe lui-même quant au sens du *aufheben*, chez Hegel, *Encyclopédie des Sciences Philosophiques*, t. 1, trad. Bernard Bourgeois, Vrin, Paris, 1970, p. 530.

concept». ⁵¹ En premier lieu, la « blessure du général » (voire le *fait du crime*) est dépassée et, en second lieu, le « général » (à savoir la cité de la volonté générale et de la reconnaissance mutuelle de liberté) se relève. ⁵²

Il convient à ce niveau de revenir à notre hypothèse de travail. Nous pouvons le rappeler, une des propositions qui constituent le noyau de la « justice restaurative » consiste à cesser considérer le crime comme « une atteinte aux intérêts de l'Etat » et à se focaliser plutôt sur *blessures des personnes données*, tout en revendiquant un type de châtement qui ressemble plutôt à la réconciliation et au pardon, plutôt qu'une sorte de déguisement juridico-moral du désir de vengeance. ⁵³ Dans le sens contraire cependant, Hegel soutient que la punition ne serait qu'une *question de vengeance*, une affaire strictement privée, si on ne se concentre pas sur le « général blessé ». ⁵⁴ Expressis verbis, au paragraphe 218 de ses *Principes de la philosophie du droit*, il souligne que dans la mesure où des biens personnels sont reconnus comme valables, *en termes du droit et au sein d'une République*, le crime, en réalité, n'est plus désormais « une offense à l'infini subjectif, mais une violation de la chose publique ». ⁵⁵ Il remarque que pendant un procès courant, les parties, bien que demeurant des sujets, représentent néanmoins la volonté générale. ⁵⁶ On en déduit que la distinction même entre les crimes contre les biens publics et ceux contre les biens privés, est plutôt une distinction quantitative que qualitative: Fichte note, à ce propos, que les « crimes contre l'Etat » peut avoir lieu de deux manières, soit *directement* (dans le cas de la rébellion et de la haute trahison), soit *indirectement*

⁵¹ Voir Hegel, *Principes de la Philosophie du Droit op. cit.*, p. 125-126, 254 [§82 et 229].

⁵² *Ibid.*, p. 125-127 [§82-85].

⁵³ Ainsi, le droit pénal est appelé à adhérer à « une orgie du pardon, d'origine chrétien », voir Jeffrie G. Murphy – Jean Hampton, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. 10-12.

⁵⁴ Voir Hegel, *Principes de la Philosophie du Droit, op. cit.*, p. 139 [§102].

⁵⁵ *Ibid.*, p. 245 [§218].

⁵⁶ *Ibid.*, p. 139 [§102].

(dans tous les autres cas).⁵⁷

On pourrait en effet aborder la conclusion sous la forme de l'aphorisme suivant: L'auteur d'un crime n'est pas opposé au *spécifique-individuel* («dommage privé»), ni à l'*abstrait-général* («la lettre de la loi pénale»), mais plutôt au *spécifique-général* («la volonté générale et la liberté extérieure égale»). C'est pourquoi le pardon, ou le « droit de gracier », comme le dit Kant de manière explicite, est attribué exclusivement au *souverain*.⁵⁸ Certes, si on dissocie ici la souveraineté de la *personne physique* qui l'exerce,⁵⁹ ce sont les pouvoirs nationaux ou bien en définitive la *communauté politique souveraine* qui occupent cette place.

Tout débat relatif aux réformes pénales souhaitées⁶⁰ – et si nous voulons éviter qu'il se résume à un «mélange de bonne volonté et de mauvaise philosophie»⁶¹ – doit ainsi respecter le caractère public de la peine et le ratio proportionnel de sa mise en application. De même, en ce qui concerne une soi-disant réforme privilégiant des orientations «restauratives», nous souscrivons pleinement aux observations finales d'A. Duff:⁶² il serait possible qu'une forme de médiation pénale soit instaurée, mais nécessairement sous l'égide et l'autorité d'un *tribunal*,

⁵⁷ Voir Johann Gottlieb Fichte, *Fondement du Droit Naturel selon les Principes de la Doctrine de la Science*, trad.-prés. A. Renaut, Quadrige/PUF, Paris, 1984, p. 278 [§20, III].

⁵⁸ Voir Kant, *Métaphysique des Mœurs*, *op. cit.*, p. 160[VI, 337].

⁵⁹ Voir Otfried Höffe, *Immanuel Kant*, trad. Marshall Farrier, State University of New York Press, New York, 1992, p. 189.

⁶⁰ Hegel lui-même, souligne que – à part la *question des fondements*, qui se pose au niveau des principes – la précision d'une certaine peine (au niveau de l'application) est *ouverte historiquement*. Alors que le crime ne devrait pas rester impuni (sinon *l'injuste* serait instauré comme *juste*), la « sévérité du châtement » est conditionnée, en dernière analyse, par le progrès de la société politique (elle « est variable selon l'état de la société civile »), de sorte qu'un crime serait « modérément puni », proportionné au niveau de sureté qu'une société aurait acquis, voir Hegel, *Principes de la Philosophie du Droit*, *op. cit.*, p. 246 [§218].

⁶¹ Voir A. Ripstein, *Equality, Responsibility and the Law*, *op. cit.*, p. 134.

⁶² En ce qui concerne la formulation qui suit, voir A. Duff, 'Restoration and retribution', *op. cit.*, p. 53-57.

dans le cadre d'un procès public. Le juge peut prononcer, en premier lieu, la condamnation et puis, sous condition de l'accord unanime de tous, une « consultation des parties » peut s'ouvrir, relative à une « peine correctrice » éventuelle ou à la « restauration » indiquée (par exemple, des services orientés vers les besoins de la victime ou des services d'intérêt public). En tout état de cause, l'autorité judiciaire doit encadrer le processus et garantir ainsi l'égalité des parties et la primauté de la volonté générale. Et il est impératif également que seul le tribunal s'exprime à la fin, de manière décisive, sur la question des mesures restauratives en déclarant qu'il s'agit d'une punition appropriée, quant à son objet et quant à sa proportionnalité.

Certes, pour une série des raisons qui, entre autres, expliquent que le débat sur la justice restaurative ait été si nourri dans le passé récent, il paraît souhaitable des proposer des *formules des peines alternatives*⁶³ – dont le statut de peine ne doit toutefois pas être contesté (c'est-à-dire, comme une *réponse publique – proportionnelle face à un acte d'intérêt pénal*). Au contraire, on ne saurait approuver l'empressement qu'ont manifesté plusieurs partisans de l'école de la justice restaurative, à se prononcer en faveur des « tendances à la privatisation du droit pénal ».⁶⁴ Dans un texte fondateur de cette école, le *Conflicts as Properties* de Nils Christie, ce dernier affirme qu'il faut revendiquer la « réappropriation » des conflits pénaux, comme des « ressources publiques », par les sociétés elles-mêmes, au-delà de l'Etat et de ses fonctionnaires.⁶⁵ Si on laisse de côté les doutes que suscitent ces arguments du point de vue analytique, il nous paraît crucial de noter le point suivant: ce n'est pas par

⁶³ Voir les paramètres évoqués par R. Cario, « Justice restaurative: Principes et Promesses », *op. cit.*, pp. 24-25 (critique de l'institution de la prison, nécessité de fournir un soutien socio-psychologique aux victimes etc.).

⁶⁴ Voir les contributions dans le volume Herman Bianchi & Rene van Swaaningen (ed.), *Abolitionism: Towards a non-repressive approach to crime*, Free University Press, Amsterdam, 1986, et les œuvres de Nils Christie, *Limits to Pain*, Universitetsforlaget, Oslo, 1981, et 'Conflicts as property', *The British Journal of Criminology*, 17/1977.

⁶⁵ Voir N. Christie, 'Conflicts as property', *op. cit.*, p. 7 et s.

hasard que le discours relatif aux *schémas de la justice pénale dite «décentralisée»* a surgi à la même époque où s'est généralisée la mise en doute de la primauté réglementaire du secteur public⁶⁶ – et l'alternative proposée, à ce titre, était alors la «mobilisation de la société civile» ou la «responsabilisation des individus» etc.⁶⁷

Bien que dans le cadre du présent texte nous ne puissions élaborer autant qu'il serait nécessaire,⁶⁸ notre position est que l'accès aux ressources essentielles à l'autosuffisance de chacun, *en termes de justice distributive*, ne doit pas être abandonné aux imprévus et à la partialité du dispositif individuel. Pour garder au contraire son caractère obligatoire et universel, la justice sociale doit être incarnée par institutions publiques et contraignantes, dont le nom exact demeure: *état social*. Pour des raisons bien distinctes, mais toutefois fondées, le statut des institutions pénales doit rester *également public*.

Et pour conclure à propos des rapports entre la justice pénale et la justice sociale, indiquons que l'auteur d'un acte criminel qui se trouve en désavantage distributif n'est pas, *pour cette raison*, moins punissable. Le fait que l'injustice sociale favorise le comportement criminel est certainement déjà connu de l'époque de Thomas More,⁶⁹ et est sans doute juste *dans son vrai champ, à savoir celui de la sociologie critique*. Toutefois *sous un angle normatif*, cela ne signifie pas que la justice distributive et

⁶⁶ Voir les remarques critiques par Anthony Bottoms, 'Some sociological reflections on restorative justice', in A. von Hirsch *et al.* (eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice*, *op cit*, p. 104-107, et Sophia Giovanoglou, «Modernité tardive et systèmes de justice pénale décentrés: Le cas de la justice restaurative», in *Crime et Suppression Pénale à l'Âge de crise, Volume Honoraire au Professeur Nestor Courakis*, Antonis Sakkoulas, Athènes, 2016, p. 590 et s. [en grec].

⁶⁷ Voir l'analyse des tendances en question chez Jacques Donzelot, *L'invention du Social: Essai sur le déclin des passions politiques*, Éditions du Seuil, Paris, 1994, p. 224-226.

⁶⁸ Nous nous permettons toutefois de nous référer à cet égard à Stergios Mitas, *La Solidarité Comme Principe de Droit Fondamental*, Editions de l'Institut Sakis Karagiorgas, Athènes, 2016, *passim* [en grec].

⁶⁹ Voir Maria/Louisa Berneri, *Voyage à Travers l'Utopie*, Nisides, Thessalonique, 1999, pp. 9, 61 et s. [en grec].

la justice pénale s'entrecroisent. Ce qu'on touche, dans une telle hypothèse, c'est la suggestion de *deux injustices pour un même cas*: *l'injustice qui découle du délit lui-même et l'injustice qui résulte des circonstances socio-économiques qui furent les circonstances de ce délit.*

