

La justice réparatrice au Canada : quelques enseignements

Par : Dennis Cooley, Ph.D.

Communication faite dans le cadre du colloque
Practical Approaches to Appropriate Dispute Resolution
Vancouver (C.-B.), les 8 et 9 mars 2002

Dennis Cooley, Ph.D.
Directeur de recherche

Commission du droit du Canada
11^e étage, Édifice Trebla
473, rue Albert
Ottawa (Ontario) K1A 0H8

dcooley@lcc.gc.ca
www.lcc.gc.ca

This document a été préparé pour la Commission du droit du Canada. Les points de vue exprimés sont ceux de l'auteur(e) et ne reflètent pas nécessairement ceux de la Commission.

This paper is also available in English under the title: Restorative Justice in Canada: Lessons Learned.

Table des matières

I.	Introduction	1
II.	L'approche fondée sur la justice réparatrice.....	3
III.	Programmes de justice réparatrice.....	5
IV.	Le processus de réparation.....	6
V.	Certains enseignements tirés	9
A.	Besoin d'une solution de rechange au processus accusatoire	9
B.	Coercition	11
C.	Émotions	12
D.	Le rôle de la collectivité.....	14
E.	Évaluation.....	20
F.	Méthode descendante ou ascendante	24
G.	La justice réparatrice et le droit vivant.....	25
VI.	La perspective de justice transformatrice.....	28

I. Introduction

La justice réparatrice se fonde sur une idée simple : la façon la plus efficace de répondre à un conflit consiste à réparer le préjudice causé par l'acte répréhensible. Des mesures de réparation, matérielles et symboliques, représentent le point de départ du processus, mais la réparation au sens large ne se limite pas au dédommagement de la victime. Pour la personne lésée, la réparation signifie à la fois la réparation du préjudice causé par le méfait et le fait de retrouver la pleine maîtrise de sa propre vie. Pour le délinquant, la réparation suppose à la fois l'acceptation de la responsabilité de ses actes, par la réparation du préjudice qu'il a occasionné, et la prise de mesures à l'égard des problèmes qui ont contribué à la perpétration du délit. Pour la collectivité, la réparation signifie à la fois la dénonciation du comportement des délinquants et l'aide aux victimes et aux délinquants dans le cadre du processus de réparation. On voit donc que la justice réparatrice vise en même temps à répondre au conflit immédiat et à favoriser le développement de relations fondées sur le respect entre les délinquants, les personnes qui ont subi le préjudice et les membres de la collectivité.

La Commission a amorcé son examen de la justice réparatrice en supposant que, dans un grand nombre de situations, les méthodes traditionnelles de résolution des différends ne sont plus adéquates. Traditionnellement, la procédure judiciaire repose sur la présomption que les procès ont pour but de dégager les faits qui ont trait à une situation de conflit particulière, pour ensuite établir quelles lois s'appliquent à ces faits. Toutefois, un grand nombre de conflits ne se conforment pas à ce modèle. Souvent, les conflits concernent plus de deux parties, qui ont divers points de vue incompatibles. Ainsi, les questions peuvent non seulement être appréhendées de deux façons, mais présentent plusieurs facettes. En outre, les recours recherchés ne sont pas nécessairement la simple réparation d'un préjudice ou le rétablissement

d'une situation antérieure, souvent, les parties souhaitent la transformation d'une relation qui s'est dégradée.

La Commission du droit du Canada est un organisme fédéral indépendant dont le mandat consiste à donner des conseils en vue d'améliorer, de moderniser et de réformer les lois au Canada. Trois principes guident les travaux de la Commission, qui doit :

- considérer la loi et le système juridique dans un large contexte social et économique;
- faire preuve d'innovation dans les méthodes de recherche;
- tenir compte de l'incidence des lois sur différents groupes et personnes lorsqu'elle présente ses recommandations .

À la lumière de ce mandat et de ces principes, la Commission croit que l'observation du fonctionnement de la justice réparatrice au Canada et ailleurs dans le monde peut être riche d'enseignements quant à la façon d'aborder des relations complexes où interviennent des intérêts divergents. En examinant les façons dont la justice réparatrice peut être améliorée au sein du système de justice pénale, nous souhaitons aussi vérifier s'il serait possible d'utiliser son cadre et ses principes pour établir de nouvelles conceptions à l'égard des processus utilisés pour la résolution des litiges civils.

La présente communication a pour but de nous faire réfléchir à certaines des questions issues de l'expérience canadienne en matière de justice réparatrice. Qu'est-ce que ces enseignements peuvent-ils nous dire sur la nature du conflit et la gestion des conflits? Que peut-on apprendre de notre expérience relative à la justice réparatrice qui soit applicable à la résolution de conflits non criminels?

II. L'approche fondée sur la justice réparatrice

Les conflits causent de la souffrance et des préjudices. Ils blessent des personnes et causent des dommages matériels, d'une manière parfois irréparable. Ils peuvent entraîner la destruction des relations entre des personnes. Pourtant, les conflits peuvent aussi avoir des effets positifs. Ils permettent de tracer des frontières, tant au sens physique qu'au sens social. Ils établissent des limites quant à ce qui constitue un comportement acceptable et ce qui ne l'est pas. Les enfants apprennent quels comportements sont socialement acceptables en entrant en conflit avec leurs camarades, leurs parents, leurs enseignants, les autres personnes avec lesquelles la vie les met en contact. Les conflits précisent les normes en vigueur dans la société et les renforcent.

Pour une société, donc, les conflits constituent à la fois un défi et une possibilité. Le but de la politique sociale ne saurait consister simplement en l'élimination des conflits -- ce serait du reste impossible. Il consiste plutôt à miser sur le potentiel transformateur des conflits, à s'en servir pour construire une société plus juste.

La justice réparatrice est une manière générale d'aborder le défi et la possibilité que constitue le conflit. Elle propose un cadre de réflexion sur les conflits, les crimes et les réponses aux crimes, plutôt qu'une théorie ou une philosophie unifiée de la justice. Bien qu'il n'existe aucune définition généralement acceptée de la justice réparatrice, une définition que connaissent bien la plupart de ceux qui travaillent dans le domaine est la suivante :

[Traduction]

[La justice réparatrice] consiste à s'occuper des victimes et des délinquants en se focalisant sur le règlement des conflits suscités par le crime et en réglant les problèmes sous-jacents qui en sont à l'origine. D'une façon plus large, il s'agit aussi d'une manière d'aborder la criminalité en général selon une approche rationnelle de résolution des problèmes. Au centre de la notion de justice

réparatrice, il y a la reconnaissance du fait que c'est la collectivité, et non les organismes de justice pénale, qui constitue le lieu privilégié pour la répression du crime¹.

La justice réparatrice s'insère entre les théories de la justice et ses diverses pratiques. Il ne s'agit pas tant d'un système philosophique que d'un ensemble d'idées sur la manière dont on devrait rechercher la justice en tant qu'expérience vécue. Ces idées sont, par leur nature, fondées sur l'expérience. Elles s'appuient sur des actions concrètes. L'idée de la justice réparatrice promeut une nouvelle approche face au crime et au conflit. La justice réparatrice est une réponse aux conflits qui amène les victimes, les délinquants et la collectivité à réparer collectivement le tort qui a été causé, d'une manière conforme à leur conception de la justice.

La plupart des programmes de justice réparatrice ont pour point de départ l'idée que les conflits qualifiés de « crimes » ne devraient pas être considérés seulement (ni même principalement) comme des transgressions portant atteinte à l'État, mais plutôt comme la rupture d'une relation entre deux ou plusieurs personnes. Pour cette raison, le système de justice pénale devrait être axé sur le préjudice causé par l'acte répréhensible. Les victimes, les délinquants et la collectivité devraient, dans la mesure du possible, participer à la réparation de ce préjudice. On incite les délinquants à assumer la responsabilité de leurs actes. Les victimes se voient donner l'occasion d'obtenir la guérison du tort subi. Les membres de la collectivité participent activement au processus de résolution du conflit. Le rôle de la police, des procureurs de la Couronne et de l'ordre judiciaire varie selon les programmes, mais l'idée essentielle est qu'ils devraient faciliter la résolution du conflit d'une façon satisfaisante pour les parties concernées.

¹ Ministère de la justice, *Restorative Justice: A Discussion Paper*, ministère de la Justice de la Nouvelle-Zélande, 1996, p. 1.

III. Programmes de justice réparatrice

Plusieurs types de programmes de justice réparatrice sont actuellement en cours en Amérique du Nord, en Europe, en Australie et en Nouvelle-Zélande.

Les *programmes de réconciliation entre la victime et le délinquant* sont sans doute les mieux connus et les plus répandus. Ils consistent à réunir la victime et le délinquant avec un facilitateur professionnel afin de discuter du conflit, de préciser les stratégies de réparation du préjudice et de s'entendre sur des calendriers concernant l'indemnisation, le suivi et les contrôles. Les programmes de réconciliation permettent en outre aux victimes d'exprimer leur colère en milieu contrôlé et de poser des questions aux délinquants. Les délinquants sont pour leur part placés dans une situation où ils peuvent connaître les conséquences de leurs actes, en assumer l'entière responsabilité et mettre en œuvre les mesures réparatrices qui sont indiquées.

Les *conférences familiales* ressemblent aux programmes de réconciliation entre victimes et délinquants, sauf que les participants y sont plus nombreux. En plus de la victime et du délinquant, ces conférences font en effet intervenir, entre autres, les membres de leur famille et des professionnels : enseignants, travailleurs sociaux, agents de police et avocats. Pendant une conférence, les victimes et les délinquants relatent leur version des faits. On donne ensuite aux autres participants l'occasion de s'exprimer, et tout le monde discute des mesures de réparation nécessaires. Le succès des conférences familiales dépend en grande partie de la capacité des membres de la collectivité à susciter un sentiment de honte chez les délinquants. Le but de l'exercice consiste à montrer que la collectivité désapprouve l'acte commis (mais pas son auteur) et à offrir au délinquant la possibilité de réintégrer la collectivité.

De nombreuses collectivités autochtones du Canada, par exemple, ont recours aux *conseils de détermination de la peine*. Cette formule permet aux victimes, aux délinquants, aux aînés, à d'autres membres de la collectivité et à des fonctionnaires judiciaires de discuter, tous ensemble, des répercussions d'un conflit et d'explorer des façons d'y remédier.

La réparation des dommages causés et la réinsertion du délinquant dans la collectivité sont considérées comme prioritaires. Les membres de la collectivité aident activement la victime et le délinquant dans le cadre du processus de guérison. Les comités de justice pour les jeunes fonctionnent d'une manière semblable aux conseils de détermination de la peine, mais sont utilisés pour les délinquants non autochtones comme pour les délinquants autochtones.

Un programme de justice réparatrice peut être amorcé à toute étape du processus de justice pénale et ne doit pas être utilisé simplement aux fins de déjudiciarisation. À l'heure actuelle, on compte cinq points d'entrée déterminés dans le système de justice pénale à partir desquels les délinquants peuvent être dirigés vers un programme de justice réparatrice :

1. services de police (avant la mise en accusation);
2. procureur de la Couronne (après la mise en accusation);
3. tribunaux (avant le prononcé de la sentence);
4. services correctionnels (après le prononcé de la sentence);
5. libération conditionnelle (avant la révocation).

IV. Le processus de réparation

Un thème commun aux divers programmes de justice réparatrice consiste en la volonté de réparer le préjudice causé par le crime à la victime, au délinquant et à la collectivité. À

l'heure actuelle, le droit pénal est focalisé sur les actions et l'état mental du délinquant. Son but consiste à déterminer la culpabilité et la peine adéquate. Le tort effectivement causé par le délinquant n'est pris en considération qu'à titre de preuve de la gravité de l'infraction ou dans le cadre de la détermination de la peine. La justice réparatrice, elle, s'intéresse principalement à la réparation des préjudices causés par l'acte du délinquant.

Il existe diverses mesures de réparation : restitution ou remplacement de biens, réparation matérielle ou économique de dommages (réparation d'un carreau de fenêtre brisé, par exemple), versement d'une somme pour les dommages causés aux biens, indemnisation de la victime pour les menues dépenses qu'elle a dû engager. Ces mesures peuvent aussi revêtir un caractère plus symbolique : travail d'intérêt général, participation du délinquant à des séances de counseling ou de thérapie dans le but de résoudre des problèmes susceptibles d'avoir contribué aux actes répréhensibles. Les mesures de réparation peuvent viser les victimes immédiates, les victimes secondaires, comme les amis de la victime et les membres de sa famille, ou la collectivité à laquelle appartient la victime ou le délinquant.

Les mesures de réparation, au sens restreint du terme, ne constituent pas une fin en elles-mêmes. En effet, le but de la justice réparatrice ne consiste pas simplement à indemniser les victimes pour les biens perdus ou les dommages subis en raison d'un délit. Le tort causé par le crime dépasse de beaucoup les atteintes aux biens matériels. La colère, le ressentiment, l'impression de ne plus maîtriser sa vie sont des sentiments fréquemment exprimés par les victimes. Au sens large, la réparation représente le processus par lequel on corrige le mal, on guérit les blessures. En outre, les mesures de réparation, au sens étroit du terme, sont appliquées dans une seule direction : le délinquant répare le préjudice causé par son acte. La justice réparatrice, elle, fait intervenir à la fois la victime et le délinquant. C'est pourquoi, si les

mesures de réparation constituent une première étape importante (voire indispensable) vers la réparation au sens large, elles ne sont pas suffisantes à elles seules.

Les programmes de justice réparatrice, comme les programmes de réconciliation entre la victime et le délinquant, les conférences familiales et les conseils de détermination de la peine, sont axés sur l'idée d'une rencontre entre la victime et le délinquant. Le but est de permettre à ces personnes de se rencontrer en toute sécurité, en présence d'un facilitateur professionnel, pour discuter des façons de résoudre le conflit. Le facilitateur oriente l'interaction entre les participants. Les parties exposent leur version des faits, et on les encourage à se poser des questions les unes aux autres, à donner des explications et à essayer de s'entendre sur les faits. Elles sont aussi invitées à parler des mesures susceptibles de permettre la réparation du préjudice causé par le crime. Cette rencontre est censée aboutir à un accord dans lequel on précisera le type de mesures de réparation sur lesquelles on s'est entendu.

La rencontre met au premier plan l'obligation pour le délinquant de rendre compte de ses actes. Il doit expliquer personnellement son comportement à la victime et aux membres de la collectivité. Cette obligation repose sur la conviction que le délinquant a, en raison de son infraction, une dette envers la victime et la collectivité. On l'encourage à tenter de comprendre l'incidence de son comportement sur la vie des victimes et à reconnaître le tort causé, en présentant des excuses verbales ou écrites et en s'attaquant aux problèmes de comportement qui, le cas échéant, ont contribué à ses actes répréhensibles. Il assume aussi la responsabilité de ses actes par la réparation du tort causé, soit en indemnisant les victimes, soit en effectuant du travail communautaire.

La justice réparatrice suppose la participation active des membres de la collectivité. Ils sont encouragés à faire des efforts constructifs témoignant de leur désapprobation à l'égard des

actes commis par les délinquants. Les membres de la collectivité sont en outre invités à appuyer les efforts faits par les délinquants pour assumer la responsabilité de leurs actes et pour aider les victimes, une fois qu'ils ont reconnu le préjudice causé. Par leur participation active au processus de résolution du conflit, les membres de la collectivité sont en mesure de rétablir les liens fondés sur un comportement approprié au sein de la collectivité.

V. Certains enseignements tirés

Les programmes de justice réparatrice existent au Canada depuis les dix à quinze dernières années. Cette section donne un aperçu des enseignements tirés durant cette période.

A. Besoin d'une solution de rechange au processus accusatoire

La première leçon qui peut être tirée de l'expérience de la justice réparatrice concerne le besoin d'une solution de rechange pour la résolution de conflits. L'insatisfaction envers le droit pénal est particulièrement vive chez ceux et celles qui sont les plus directement visés par le processus, soit les victimes et les délinquants. Les victimes sont dans une large mesure exclues du processus judiciaire, sauf en tant que témoins. On présume que les intérêts de l'État et ceux de la victime sont identiques. La plupart des victimes souhaitent la reconnaissance publique du préjudice qu'elles ont subi, et le système de justice pénale est en mesure de répondre à cette préoccupation. Toutefois, de nombreuses victimes souhaitent aussi des réponses à des questions que les tribunaux criminels, en raison de leur structure, sont incapables de fournir : Pourquoi cela m'est-il arrivé? Est-ce que je serai indemnisé pour les dommages causés à mes biens? Les organisations de défense des droits des victimes ont-elles aussi exprimé des critiques à l'égard de la procédure. Elles estiment qu'elles ont été écartées du processus et exercent des pressions pour obtenir le droit de participer davantage aux

décisions relatives au traitement judiciaire des poursuites. Finalement, les victimes se voient privées de renseignements importants sur ce qui arrive aux délinquants une fois qu'ils sont entrés dans le système correctionnel.

Le processus pénal accusatoire laisse aussi à désirer, parfois, du point de vue des délinquants. Il encourage nombre d'entre eux à faire preuve de passivité et à plaider coupable afin d'être condamnés à la peine la moins sévère possible. Leur crime est objectivé et sorti du contexte social dans lequel il a été commis. Les actes des délinquants sont reformulés en termes d'infractions au Code criminel, plutôt qu'en tant qu'atteintes à autrui. L'avocat du délinquant utilise le droit pour créer la plus grande distance possible entre le délinquant et le conflit. On ne donne pas souvent aux délinquants l'occasion d'apprécier les répercussions de leurs actes sur la vie de leurs victimes, et on leur demande rarement de réparer les préjudices qu'ils ont causés. La formule du procès, qui les incite bien peu à assumer la responsabilité de leurs gestes, n'est pas faite pour leur inculquer le respect de la loi ni le respect d'autrui.

Plusieurs des critiques formulées par les victimes et les délinquants à l'égard du système de justice pénale ont leur pendant dans le système de justice civile. La résolution judiciaire des différends de nature non criminelle est coûteuse et prend du temps. Les personnes lésées exercent bien peu de contrôle sur la procédure, qui souvent leur semble incompréhensible. Les enjeux sont formulés dans le langage juridique, plutôt que selon la façon dont ils sont vécus par les intéressés. Les mesures de réparation judiciaires ne coïncident pas toujours avec la manière dont les parties auraient résolu le conflit si on leur en avait donné la possibilité.

La première leçon tirée est simple : le tribunal judiciaire ne représente pas toujours le meilleur moyen de résoudre le conflit. Différentes façons de résoudre le conflit offrent un sens

de la justice beaucoup plus satisfaisant pour les victimes et les délinquants, les demandeurs et les défendeurs. Au-delà de cette première leçon, d'autres enseignements peuvent être tirés de la justice réparatrice en pratique.

B. Coercition

De nombreuses infractions criminelles représentent des expressions de pouvoir – les voies de faits, par exemple, sont souvent une façon de montrer qu'une personne a plus de pouvoir qu'une autre. De nombreux commentateurs, y compris des défenseurs des droits des victimes, ont constaté que la réunion des victimes et des délinquants dans un cadre de justice réparatrice peut victimiser de nouveau la victime si les précautions nécessaires ne sont pas prises.

Les victimes peuvent aussi se sentir contraintes de participer à un programme de justice réparatrice. Cela est particulièrement vrai lorsqu'elles ne s'estiment pas en mesure de défendre leurs intérêts. Par exemple, une victime pourra hésiter à refuser de participer à un programme si elle sait que l'accusé, certains membres de la collectivité, la police, d'autres professionnels et un facilitateur acceptent d'y participer.

La coercition intervient aussi dans la négociation d'ententes relatives à la réparation, surtout lorsque, dans le cas où aucune entente n'est négociée, le délinquant est inculpé formellement ou est retourné devant le tribunal judiciaire pour le prononcé de sa peine.

Les délinquants peuvent aussi se sentir contraints de participer au processus. Certaines personnes risquent de se sentir contraintes de participer à un tel programme même si elles ne

sont coupables d'aucune infraction. Tant que la menace d'une incarcération pèse sur les délinquants, leur participation à un programme de justice réparatrice n'est pas entièrement libre.

Des protocoles détaillés ont été élaborés pour traiter de la question de coercition. Tout d'abord, presque tous les programmes de justice réparatrice sont volontaires. Les participants – tant les victimes que les délinquants – doivent donner un consentement éclairé avant de participer au processus. En outre, à n'importe quel moment durant le processus, une victime ou un délinquant peut se retirer et l'affaire retourne au système accusatoire. De plus, des dispositions existent précisément pour que les victimes et les délinquants puissent être accompagnés par des personnes ayant un rôle de soutien, notamment un avocat, au cours de toute réunion à laquelle ils participent. Ces personnes offrent un soutien émotionnel aux parties durant une séance en plus de s'assurer que les ententes définitives sont justes et raisonnables.

C. Émotions

Une troisième leçon tirée de la justice réparatrice est que l'irrationalité est bénéfique. Le système de justice pénale tente de contrôler les émotions, de traiter du crime sans émotion et de façon logique. Dans les tribunaux criminels, l'expression de fortes émotions est gérée de près – il suffit de considérer l'opposition aux dernières nouveautés qui permettent que les déclarations de la victime soient lues devant le tribunal.

Le rôle de la collectivité dans le processus décisionnel présente un exemple intéressant « d'irrationalité » de la justice réparatrice. Le système juridique met en valeur le processus décisionnel de personnes indépendantes. Les jurys fonctionnent selon l'hypothèse que les personnes qui n'ont rien à perdre et rien à gagner du résultat de l'affaire prendront une décision raisonnée. En effet, les citoyens peuvent être disqualifiés de la participation à un jury s'ils ont

une connexion personnelle avec le cas ou s'ils possèdent des renseignements qui pourraient porter préjudice dans le cadre du processus décisionnel. Le détachement encourage l'impartialité et encourage un processus décisionnel logique.

Les programmes de justice réparatrice incitent à s'éloigner de cette façon traditionnelle d'intégrer la collectivité. Contrairement aux jurys, les représentants communautaires des programmes de justice réparatrice ne sont pas impartiaux. Alors que les jurys représentent les collectivités de façon abstraite, la représentation dans les conseils de détermination de la peine est concrète. Les familles des victimes et du délinquant, les personnes qui habitent dans la région, les personnes qui connaissent les parties au différend et celles qui ont un intérêt direct envers le résultat de l'affaire participent directement à l'action en justice. Contrairement aux jurys, la valeur des participants communautaires au processus de justice réparatrice réside dans la possibilité de miser sur leur relation avec le délinquant pour parvenir à une résolution sensée de l'incident.

La justice réparatrice reconnaît la valeur de l'émotion. Les facilitateurs et les médiateurs qui travaillent dans le domaine de la justice réparatrice signalent souvent que les victimes ne veulent pas uniquement être dédommagées pour leurs pertes, mais souhaitent exprimer au délinquant – dans leurs propres mots – quelles ont été les répercussions de leurs actes sur elles. Elles veulent que les délinquants voient que leurs actes ont véritablement causé de la douleur. En outre, elles veulent elles-mêmes constater que les délinquants sont vraiment pleins de remords.

La justice réparatrice nous apprend donc que les émotions sont bénéfiques. Dans le domaine de la justice réparatrice, les émotions sont maîtrisées, mais les personnes ont une latitude beaucoup plus grande pour exprimer leurs véritables sentiments. Les manifestations

d'émotions font partie du processus de résolution des conflits. Pour certaines parties lésées, elles sont aussi importantes, sinon plus importantes, que le dédommagement ou la réparation des torts subis. Nous ignorons toutefois comment les émotions sont maîtrisées dans le cadre de la justice réparatrice. Comment les facilitateurs, les avocats et les autres personnes présentes à une conférence répondent-elles aux manifestations d'émotions?

D. Le rôle de la collectivité

Un des buts de la justice réparatrice est de faire participer la collectivité au processus de justice. Dans le document de discussion et la vidéo intitulée *Le défi des conflits pour les collectivités* de la Commission, nous avons maintenu que la justice réparatrice offre la possibilité de mettre en valeur la capacité des particuliers à créer le capital social nécessaire pour établir des collectivités plus solides. Le capital social concerne les éléments de l'organisation sociale dont les réseaux, les normes et la confiance sociale qui favorise la coordination et la coopération pour le bénéfice mutuel². Le capital social aide à créer des liens et des réseaux d'engagement civique entre les membres de la collectivité. Les liens entre les membres d'une collectivité encouragent la confiance, découragent l'opportunisme politique et économique et facilitent la collaboration vers un but commun. Ainsi, les hauts et les bas de la vie communautaire et politique dépendent du niveau de capital social que peuvent mobiliser les membres de la collectivité.

La participation à un programme de justice réparatrice aide à créer des relations entre les membres d'une collectivité. Les programmes de justice réparatrice permettent à ces personnes de se trouver dans un endroit sûr où elles peuvent discuter de leurs différends et

² R. Putnam, *The Decline of Civil Society: How Come? So What?*, The John L. Manion Lecture, Centre canadien de gestion, Ottawa, 22 février 1996, p. 4.

résoudre leurs conflits. Les conseils de détermination de la peine, les mécanismes de justice communautaire, les séances de médiation entre la victime et le délinquant et les autres formes de justice réparatrice offrent la possibilité de réunir des personnes qui proviennent de milieux socioculturels différents qui n'établiraient pas normalement une relation significative. Dans le contexte d'un conseil de détermination de la peine ou d'un mécanisme communautaire, on demande à ces personnes d'interagir, de parler ouvertement et d'écouter ce que les autres ont à dire. Cela accroît la densité du réseau de relations entre les membres de la collectivité.

Le juge Barry Stuart, qui prend régulièrement part aux conseils de détermination de la peine, a écrit que l'occasion qu'on offre aux membres de la collectivité de participer à la résolution des conflits leur permet de voir les limites du système.

[Traduction]

La valeur d'un conseil communautaire va au-delà de ses répercussions sur les victimes et les délinquants. La valeur la plus importante du conseil réside dans son incidence sur la collectivité. En permettant aux membres de la collectivité de régler eux-mêmes les questions qui les concernent, un conseil rétablit un sentiment de responsabilité collective et aussi, de collectivité³.

Les membres de la collectivité commencent à se rendre compte des complexités du processus de justice pénale. Ils viennent à comprendre les limites des sanctions comme réponse au conflit. De même, les professionnels de la justice parviennent à mieux comprendre les besoins et les aspirations des membres de la collectivité. Enfin, la participation à un programme de justice réparatrice permet aux membres d'une collectivité de prendre conscience des liens dans la vie de leur collectivité.

La justice réparatrice va au-delà de l'évaluation de la culpabilité du point de vue juridique pour déterminer la responsabilité d'un conflit, ce qui signifie de s'occuper du contexte immédiat

³ B. Stuart, Key differences: Courts and community circles, dans *Justice Professional*, 1998, vol. 11, p. 94.

de l'incident – le délinquant a-t-il commis l'acte? – mais aussi de placer l'acte dans un contexte plus général – quelle était la relation entre la victime, le délinquant et la collectivité? Quels sont certains des facteurs sous-jacents qui peuvent avoir été associés au conflit? Comme l'a déclaré John Braithwaite :

[Traduction]

Pour rétablir une démocratie... nous ne devons pas simplement nous arrêter à motiver les gens à participer à des conseils qui traitent des problèmes de la vie qui touchent directement leurs relations personnelles. Le pas de plus vers la citoyenneté démocratique est fait lorsque le citoyen passe de la participation à une conférence sur la justice réparatrice à des actions concrètes dans le mouvement social de justice réparatrice⁴.

Les appels lancés pour l'établissement de collectivités représentent souvent un désir de revenir à une période pendant laquelle les significations étaient fixes, les identités étaient protégées et la vie publique ne présentait aucun danger, tout en étant prévisible. On estime que les valeurs évoquées par la collectivité – réciprocité, mutualité et partage – s'opposent à la puissante poussée vers l'individualisme généré par le capitalisme, l'urbanisation et la sécularisation. Il s'agit souvent d'un réflexe nostalgique contre notre société « post-industrielle » caractérisée par la fragmentation sociale, l'insécurité, le manque de certitude et la prévisibilité ainsi que l'anxiété accrue au sujet de la sécurité personnelle. L'envie de retourner à une meilleure époque dissimule souvent certains des aspects plus restrictifs que les collectivités peuvent présenter.

Ce n'est que rarement que nous reconnaissons que certaines collectivités peuvent viser l'exclusion, être inflexible, bornées, vengeresses ou discriminatoires. En effet, le fait d'attribuer un descripteur à un milieu, qu'il s'agisse d'un milieu de chasseurs, d'un milieu de personnes âgées ou d'un milieu juridique, a tendance à cacher les divisions internes et les conflits dans un

⁴ J. Braithwaite, J. *Democracy, Community and Problem Solving*, communication faite durant la conférence intitulée Building Strong Partnerships for Restorative Practices, tenue du 5 au 7 août 1999, à Burlington, dans le Vermont.

groupe. Certaines collectivités ont des codes de comportement stricts qui limitent les libertés individuelles. Dans d'autres, le pouvoir et la capacité de prendre des décisions sont réservés à l'élite. Les collectivités peuvent être très stratifiées, selon la race, le sexe, la classe sociale ou l'âge. Les collectivités peuvent aussi imposer des conditions d'adhésion qui sont très exclusives et injustes. Les collectivités peuvent être inclusives, mais aussi exclusives.

Un grand nombre de groupes de femmes, dont les groupes de femmes autochtones, nous ont mis en garde contre le danger d'accepter allègrement la « collectivité » comme bénéfique pour la société. On se préoccupe véritablement de la possibilité que la justice réparatrice répète un grand nombre des inégalités du processus accusatoire actuel. Par exemple, la Newfoundland Provincial Association of Family Violence a fait les commentaires suivants :

[Traduction]

La justice réparatrice prévoit que la collectivité assume une responsabilité importante pour la mise en œuvre des programmes. La création de nouvelles situations d'autorité entraîne des préoccupations au sujet de divers membres de la collectivité et de la façon dont leurs points de vue sont inclus. La dynamique des collectivités intègre des relations d'autorité – l'existence de groupes dominants fondés sur l'âge, la religion, la couleur, la capacité ou l'incapacité, le sexe, la race, la situation socio-économique, l'ethnie et l'orientation sexuelle, les meneurs et ceux qui les suivent. Nous ne pouvons pas présumer que les collectivités sont saines ou sûres ou se préoccupent d'établir un statut équitable pour tous leurs résidents. Des mesures de protection doivent être établies pour prévenir une mauvaise utilisation possible de l'autorité créée par les programmes de rechange⁵.

La Commission a parrainé l'Aboriginal Women's Action Network (AWAN) pour l'organisation d'un certain nombre de groupes de discussion avec des femmes dans des collectivités autochtones rurales de la Colombie-Britannique⁶. Ces groupes de discussion

⁵ *PROVINCIAL ASSOCIATION AGAINST FAMILY VIOLENCE, Making it Safe: Women, Restorative Justice and Alternative Dispute Resolution*, St. John's (Terre-Neuve), juillet 2000, p. 12.

⁶ W. Stewart, A. Huntley et F. Blaney, *The Implications of Restorative Justice For Aboriginal Women and Children Survivors of Violence: A Comparative Overview of Five Communities In British Columbia*, Vancouver, Aboriginal Women's Action Network, 2001.

avaient pour but de déterminer les préoccupations relatives aux questions juridiques et d'évaluer l'incidence des programmes de justice réparatrice sur ces femmes. L'AWAN a signalé que la violence dans les collectivités autochtones rurales de la Colombie-Britannique était tellement répandue qu'elle était presque devenue normalisée. En outre, lorsque les femmes s'élèvent contre la violence, leurs voix sont réduites au silence. La normalisation de la violence a été accompagnée d'un manque de soutien social et de programmes contre la violence dans la collectivité. L'AWAN a fait remarquer que même en présence de services sociaux, les femmes autochtones faisaient souvent face à de la discrimination; les services de police et les autres organismes de services sociaux ne répondent pas toujours à leurs demandes d'aide. Enfin, les liens étroits dans la vie des membres de la collectivité, tout particulièrement de ceux qui sont responsables de la prestation des programmes et des services, fait qu'il est notamment très difficile de maintenir la confidentialité.

L'AWAN a reconnu la position contradictoire dans laquelle de nombreuses collectivités autochtones se trouvent. D'une part, l'AWAN se rend compte que bon nombre de collectivités autochtones sont paralysées par la violence et d'autres problèmes sociaux sérieux qui réduisent considérablement la qualité de la vie d'un grand nombre de femmes et d'enfants. D'autre part, l'AWAN reconnaît que le système de justice traditionnel, un système de justice qui retire les hommes de la collectivité, n'a pas été efficace.

L'AWAN appuie les idéaux de la justice réparatrice, mais soutient que les appels faits à la collectivité doivent être pris au sérieux. Pour assurer la légitimité des programmes de justice réparatrice dans la collectivité, *tous* les membres de la collectivité doivent faire des commentaires sur la conception et la mise en œuvre des programmes :

[Traduction]

[...]

nous nous sommes penchés sur l'expérience de colonisation des femmes, qui est aussi déterminée par le sexe, et avons ainsi établi de quelle façon les femmes, les enfants et les personnes dans des positions d'infériorité sont marginalisés. Cette marginalisation les empêche de participer aux discussions et au processus décisionnel relativement à ce qui est bénéfique pour nos collectivités. Les intervenants responsables des réformes de la justice réparatrice, qui fondent leur compréhension de ce qui est bénéfique pour nos collectivités sur ce que quelques personnes détenant un plus grand pouvoir ont à dire, romancent la culture autochtone et passent sous silence la réalité de la violence dans la vie des femmes et des enfants⁷.

Les collectivités représentent des phénomènes sociaux complexes. La plupart des gens ont une compréhension intuitive de ce en quoi consiste les collectivités : les quartiers dans lesquels nous habitons, le réseau d'associations et d'amis que nous établissons au fil des années, les personnes avec lesquelles nous travaillons ou allons à l'église. Pourtant, un examen plus attentif permet de constater que les collectivités sont multidimensionnelles, leurs limites sont flexibles et se chevauchent et, selon le point de référence utilisé, elles peuvent être démocratiques ou répressives, dynamiques ou abrutissantes, enrichissantes ou restreignantes. De plus, il est probable que les collectivités sont démocratiques, dynamiques et enrichissantes tout en étant *simultanément* répressives, abrutissantes et restreignantes.

Compte tenu de la complexité des collectivités, les exposés de principes doivent aller plus loin et ne pas uniquement professer le soutien de collectivités dynamiques. L'enseignement qu'il faut tirer de la justice réparatrice est tout d'abord de reconnaître les aspects positifs et négatifs de la collectivité, puis d'élaborer des politiques et des pratiques qui maximisent les aspects de la vie de la collectivité qui font avancer la liberté et la dignité et réduisent au minimum ceux qui y font obstacle.

⁷

W. Stewart, A. Huntley et F. Blaney, *The Implications of Restorative Justice For Aboriginal Women and Children Survivors of Violence: A Comparative Overview of Five Communities In British Columbia*, Vancouver, Aboriginal Women's Action Network, 2001, p. 29.

E. Évaluation

Une cinquième leçon qui peut être tirée de l'expérience de la justice réparatrice concerne l'évaluation. L'évaluation est un élément nécessaire de n'importe quel programme. Elle aide à déterminer si les résultats du programme sont atteints et elle attire l'attention sur les conséquences imprévues (tant positives que négatives) d'un programme. Les évaluations de programme permettent d'affiner les buts organisationnels, d'améliorer les programmes et de faciliter le développement organisationnel.

Les évaluations traditionnelles ont souvent été conçues et faites selon un style autoritaire « descendant ». En vertu de ce modèle, les questions auxquelles il faut répondre sont formulées par l'élaboration d'une théorie neutre; les experts se rendent ensuite sur les lieux de la recherche pour recueillir des données et rédiger des rapports. Ces rapports sont souvent d'usage limité pour les « sujets » de la recherche parce que ce qui intéresse les évaluateurs n'est pas toujours d'intérêt pour les personnes évaluées.

Les évaluations des programmes de justice pénale ont typiquement été faites en fonction de ce style descendant. Les principaux critères de l'évaluation d'une intervention de justice pénale sont habituellement le récidivisme et l'efficacité. Pour mesurer la récidive, les évaluateurs de programme comparent un groupe de délinquants qui a suivi un programme ou reçu un traitement et comparent ensuite leur activité criminelle ultérieure avec un groupe correspondant de délinquants qui n'a pas reçu le traitement. Un programme est couronné de succès si les taux de nouvelles condamnations du groupe de traitement sont inférieurs à ceux du groupe témoin. Pour mesurer l'efficacité, les évaluateurs de programme comparent le cheminement des cas dans le système avant et après l'introduction de la nouvelle pratique. Le

changement a-t-il accru la vitesse de traitement des cas? Le changement a-t-il réduit la moyenne de temps ou les ressources utilisées pour chaque cas?

Certains proposants affirment que les programmes de justice réparatrice peuvent réduire la récidive et de nombreux administrateurs de justice pénale appuient les programmes de justice réparatrice parce qu'ils croient qu'ils pourraient supprimer l'arriéré de registres de la Cour et réduire le nombre de délinquants incarcérés. La récidive et l'efficacité sont des mesures importantes d'un programme. Il est important de reconnaître, toutefois, que bien qu'il puisse s'agir de conséquences de la justice réparatrice, celles-ci ne sont pas nécessairement les buts de la justice réparatrice.

Dans son document de discussion, la Commission a posé la question suivante :

Comment faire en sorte qu'un programme de justice réparatrice ne soit pas évalué uniquement en fonction d'objectifs et de valeurs qui ont peu ou rien à voir avec les principes de la justice réparatrice?

Les évaluations des programmes de justice réparatrice ont typiquement porté sur deux éléments : la satisfaction des participants ainsi que la conformité et la récidive. En règle générale, comparativement aux approches non réparatrices classiques, les programmes de justice réparatrice représentent une méthode plus efficace d'amélioration de la satisfaction de la victime et du délinquant, ils permettent aux délinquants de se conformer davantage aux accords de dédommagement et ils réduisent la récidive des délinquants par rapport aux solutions plus traditionnelles de la justice pénale (c.-à-d. incarcération, probation, ordonnance de dédommagement, etc.⁸).

⁸ J. Latimer, C. Dowden et D. Muise. *L'efficacité des pratiques de la justice réparatrice : méta-analyse RR2001-6f*, ministère de la Justice du Canada, avril 2001.

Les rapports d'évaluation des programmes de justice réparatrice sont impressionnants. Mais la satisfaction et la conformité sont-elles des critères suffisants pour l'évaluation des programmes de justice réparatrice? Dans la dernière section, nous avons soutenu que la création d'une collectivité est un élément important des programmes de justice réparatrice. Comment les évaluations de programme mesurent-elles le succès du renforcement des capacités? Comment établissent-ils le lien entre la résolution de conflits et le renforcement des capacités de la collectivité?

Jusqu'à présent, une des seules évaluations qui a tenté d'établir un lien entre la justice réparatrice et la capacité de la collectivité a été amorcée dans la collectivité de Hollow Water⁹. L'évaluation du Processus holistique de guérison (Community Holistic Circle Healing ou CHCH) s'est composée de deux volets : i) une analyse de rentabilité « traditionnelle » et ii) une analyse des avantages à « valeur ajoutée » pour la collectivité. La partie de l'évaluation portant sur l'analyse de rentabilité a montré que le programme était rentable. Pour chaque dollar que dépense le gouvernement provincial pour le programme, il économise 3,75 \$ en dépenses précédant l'incarcération, frais d'emprisonnement et de probation. Et, pour chaque dollar que le gouvernement fédéral dépense pour le programme, il économise de 2,46 \$ à 12,15 \$ en frais d'incarcération et de libération conditionnelle.

Le deuxième élément de l'évaluation mesurait à quel point la collectivité a changé en raison du résultat du programme. La décision d'évaluer cet aspect du programme a été fondée sur une profonde compréhension du rapport entre le conflit, la résolution de conflits et la création de collectivité :

⁹ NATIVE COUNSELLING SERVICES OF ALBERTA. *Une analyse de rentabilité du processus holistique de guérison de la Première nation de Hollow Water*, Ottawa, Solliciteur général du Canada, 2001.

Comment peut-on évaluer les subtilités du processus de guérison, et que doit-il réaliser pendant combien de temps pour que l'on puisse parler de valeur ajoutée? Comment peut-on attribuer une valeur monétaire au sourire d'un enfant ainsi qu'aux composantes mentales, émotionnelles, spirituelles et physiques du bien-être? Ou encore, comment attribue-t-on une valeur monétaire à la puissance des sept enseignements sacrés, philosophie de base autour de laquelle le CHCH fonctionne et réconcilie les délinquants et la collectivité? On ne dispose pas de critères adéquats, peut-être n'y en a-t-il pas, pour établir le nombre de mailles de valeur des parties qui forment le tout...La valeur réelle du travail du CHCH, c'est la valeur que représente une collectivité en mouvement plutôt qu'une simple valeur monétaire¹⁰.

Dans le but de mesurer l'incidence sur la collectivité, le processus d'évaluation comptait des entrevues avec les aînés et d'autres membres de la collectivité. L'évaluation a déterminé que depuis l'introduction du programme, un certain nombre de changements positifs s'était produit :

- un plus grand nombre de personnes ont terminé leurs études;
- la santé des enfants s'est améliorée;
- la collectivité a élargi ses ressources et assumé une plus grande responsabilité pour ses affaires;
- on a constaté un sentiment accru de sécurité et une réduction globale de la violence.

L'enseignement tiré de la justice réparatrice est donc de penser de façon créative lorsqu'il s'agit d'évaluer les programmes. La justice réparatrice (et, il est à espérer, la médiation civile) est plus que de trouver le moyen le plus commode de résoudre un conflit. Ces méthodes «de rechange» consistent à trouver des approches satisfaisantes et constructives au problème du conflit. Les questions de coût et de gestion des cas sont d'importants indices de succès, mais ils ne sont pas les seuls.

¹⁰ NATIVE COUNSELLING SERVICES OF ALBERTA. *Une analyse de rentabilité du processus holistique de guérison de la Première nation de Hollow Water*, Ottawa, Solliciteur général du Canada, 2001, p.29.

F. Méthode descendante ou ascendante

Le rôle élargi de la collectivité dans le système de justice pénale s'inscrit dans un mouvement plus général de remaniement de la relation entre le droit, les collectivités et le gouvernement. De plus en plus, les gouvernements se tournent vers les collectivités pour les solutions à de nombreuses questions sociales. Les collectivités sont non seulement l'endroit où sont mis en œuvre les politiques et les programmes mais de plus en plus de collectivités sont appelées à développer et à administrer la politique. La justice réparatrice est un exemple de cette nouvelle relation, mais on peut aussi mentionner les services de police communautaires, les soins de santé communautaires et le développement économique communautaire.

Ces nouveaux partenariats soulèvent un certain nombre de questions concernant la relation entre les gouvernements et les collectivités. Les partenariats sont des accords volontaires entre deux ou plusieurs personnes ou organismes qui conviennent de travailler ensemble à un but commun. Les partenariats couronnés de succès vont bien au-delà de la consultation.

Le passage d'une consultation vide de sens et d'un engagement parfois creux – habituellement un aperçu de l'opinion publique obtenu à un moment donné – à un engagement véritablement délibéré et interactif des citoyens exigera un changement fondamental....Un véritable engagement des citoyens exige qu'on dialogue et qu'on écoute, qu'on exprime et échange des points de vue, qu'on délibère collectivement et individuellement et qu'on réfléchisse et apprenne¹¹.
(traduction)

Les partenariats couronnés de succès sont ceux dans le cadre desquels on reconnaît que toutes les parties n'ont pas nécessairement des pouvoirs égaux et que des mesures doivent être prises pour assurer que même les membres les moins puissants du partenariat sont traités

¹¹ S. Torjman. *Strategies for a Caring Society*, communication présentée à la conférence intitulée Investing in the Whole Community: Strategies for a Caring Society, Toronto, les 15 et 16 octobre 1998, p.10.

sur un pied d'égalité. Par exemple, un programme de justice réparatrice dans lequel les experts ont autorité sur les victimes et les délinquants ou sinon exercent un contrôle sur le processus de justice pénale n'est pas un partenariat, peu importe la quantité d'information que partagent ces experts avec leur « clientèle ». Les partenariats exigent la volonté du gouvernement de céder ses pouvoirs et la prise de décisions à la collectivité. Par ailleurs, les membres de la collectivité doivent être encouragés à se charger du processus décisionnel.

G. La justice réparatrice et le droit vivant

Un dernier enseignement tiré de l'expérience de justice réparatrice au Canada est que la réforme du droit n'est pas toujours simplement une question de modifier les lois. Il ne fait aucun doute que des réformes du droit ont influencé l'évolution de la justice réparatrice. Dans la décision *Gladue*¹² de la Cour suprême du Canada, on énonce clairement que l'alinéa 718 (e) du *Code criminel* appuie les programmes de justice réparatrice pour les Canadiens autochtones :

La surreprésentation critique des autochtones au sein de la population carcérale comme dans le système de justice pénale témoigne d'un problème social attristant et urgent. Il est raisonnable de présumer que le Parlement, en prévoyant spécifiquement à l'al. 718.2e) la possibilité de traiter différemment les délinquants autochtones dans la détermination de la peine, a voulu tenter d'apporter une certaine solution à ce problème social. On peut légitimement voir dans cette disposition une directive que le Parlement adresse à la magistrature, l'invitant à se pencher sur les causes du problème et à s'efforcer d'y remédier, dans la mesure où cela est possible dans le cadre du processus de détermination de la peine. (alinéa 64).

La *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, qui est actuellement devant le Parlement, accorde aussi un rôle important aux concepts de justice réparatrice. La discussion au Parlement concernant les questions relatives aux victimes a clairement indiqué que le bureau proposé pour les services aux victimes d'actes criminels devrait établir des principes de

¹² R c. *Gladue*, 1999, 1 S.C.R. 688.

justice réparatrice conformes à la protection des intérêts des victimes¹³. Plus récemment, le Canada a été à la tête d'une démarche visant à faire accepter à l'Organisation des Nations Unies les principes de base concernant le recours à la justice réparatrice.

Ces efforts en matière de réforme du droit feront sans aucun doute avancer le programme de la justice réparatrice au Canada, ainsi qu'à l'étranger. Mais, peut-être de façon plus importante, l'expérience du Canada relativement à la justice réparatrice a montré qu'une réforme efficace du droit signifie un changement de la façon dont les Canadiens vivent le droit.

Une des hypothèses sur laquelle se fonde le travail de la Commission est que le droit regarde fondamentalement autant les Canadiens que les législatures, les tribunaux et les avocats. Les Canadiens bâtissent et négocient leurs propres systèmes juridiques officieux qui complètent le système juridique officiel du Canada. Les Canadiens créent ainsi un droit mieux adapté et pluraliste. Comme l'a écrit l'ancien président de la Commission du droit du Canada :

Les citoyens savent que, bien que ces assemblées législatives, ces avocats et ces tribunaux prétendent avoir le monopole de la loi, c'est le droit officieux de leur vie au jour le jour qui est le fondement d'une société juste et respectueuse. Dans une démocratie, les citoyens sont toujours les réformateurs les plus importants du droit. Ils renouvellent le droit en le vivant, réussissant souvent à réparer les injustices d'une loi officielle que le Parlement ne veut pas ou ne peut pas modifier¹⁴.

L'essor de la justice réparatrice est un exemple convaincant de la capacité des collectivités de modifier le droit. Le mouvement de la justice réparatrice a pris racine dans les sous-sols d'églises, les réunions de conseils d'administration d'organismes juridiques sans but lucratif, les prisons et les centres communautaires, où les personnes qui étaient mécontentes

¹³ CANADA. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Les droits des victimes – Participer sans entraver, Rapport du Comité permanent de la justice et des droits de la personne*, Ottawa, 1998.

¹⁴ R. MacDonald. *Le droit, la justice et la collectivité : La voie de l'avenir*, allocution prononcée au Colloque intitulé *Le droit, la justice et la collectivité*, Université Dalhousie, Halifax (N.-É.), le 17 avril 1999.

de la façon dont le processus accusatoire intervient face au crime ont cherché à remanier de nouveaux concepts innovateurs du droit. Ainsi, les organisations communautaires ont contesté la revendication que les tribunaux et les législatures ont un monopole sur le droit. En cherchant à modifier la façon dont nous envisageons la justice, en mettant en question certains des préceptes fondamentaux du système juridique, les organisations communautaires se sont engagées dans la réforme pratique du droit, c'est-à-dire la réforme du droit vivant dans leur vie quotidienne.

Un des messages qui s'est dégagé à la suite des consultations de la Commission avec les Canadiens participant à la justice réparatrice au Canada est que la réforme *législative* avait très peu d'importance en ce qui concerne les facteurs qui ont encouragé ou découragé l'établissement de la justice réparatrice. Celle-ci a été un produit du changement dans le droit vivant chez les Canadiens. Peut-être, de façon plus importante, a été l'établissement de bonnes relations de travail entre les particuliers de la collectivité et un engagement à modifier le droit vivant.

Tout récemment, la Commission a commandité un travail de recherche fait par Julie Macfarlane, dans le but d'examiner le programme de médiation obligatoire en Ontario. Une des principales conclusions de cette recherche a été que ce programme était mieux accueilli à Ottawa qu'à Toronto. Une des principales différences qui a permis d'expliquer pourquoi le programme de médiation obligatoire a connu plus de succès à Ottawa qu'à Toronto était qu'à Ottawa, le droit vivant a aussi été réformé.

Un élément essentiel des attitudes changeantes envers le recours à la médiation par les avocats plaidants est la crédibilité que donne au processus le soutien de leaders professionnels. Presque tous les avocats du groupe-échantillon d'Ottawa ont fait des commentaires – sans que cela leur soit demandé – sur le rôle du juge James Chadwick et du protonotaire Robert Beaudoin dans l'établissement d'un

soutien pour la médiation obligatoire à Ottawa. À Toronto, certains leaders professionnels sont engagés envers la médiation, mais ils sont moins nombreux et moins puissants que leurs collègues à Ottawa. Cela se reflète dans les normes des groupes de pairs. Il n'est pas particulièrement en vue pour les avocats plaidants en droit commercial les plus prestigieux de soutenir dans une large mesure la médiation, et certainement pas le programme de médiation obligatoire¹⁵. (traduction)

La réforme du droit ne peut être légiférée en vue de la mettre en vigueur – le changement durable ne se produira que lorsque le droit vivant sera réformé.

L'enseignement tiré de l'expérience canadienne relativement à la justice réparatrice, ainsi que de l'étude de J. Macfarlane sur la médiation obligatoire, est que la réforme du droit doit viser à modifier non seulement le droit officiel, mais aussi la façon dont le droit s'applique à la vie des Canadiens.

VI. La perspective de justice transformatrice

Comment passer de la justice réparatrice à la justice transformatrice? Qu'entendons nous par justice transformatrice? La justice transformatrice consiste à reconnaître toute la gamme des préjudices causés par un conflit et à y réagir et aussi à tirer parti des occasions que présente ce conflit, en réunissant des personnes dans le cadre d'un processus qui encourage à la fois la guérison et le développement personnel.

Il serait cependant faux de mettre sur le même pied, d'une part les autres modes de résolution des différends comme façon de résoudre les conflits relevant du droit pénal, et d'autre part la justice réparatrice appliquée dans le contexte du droit pénal. Il existe toute une

¹⁵ J. Macfarlane, *Changement culturel ? Les avocats-plaideurs en droit commercial et le processus de médiation obligatoire en Ontario*, communication présentée à la Commission du droit du Canada et au Conseil de recherches en sciences humaines, 2001, p. 77.

gamme d'autres mécanismes de résolution des différends, de la négociation informelle à la décision rendue d'une manière traditionnelle par des tribunaux privés. Les autres processus de résolution des différends peuvent être empreints de solennité, ou sans formalité aucune. Ils peuvent être volontaires ou obligatoires. Les ententes peuvent être négociées, elles peuvent aussi être imposées. Pour bien des partisans des autres modes de résolution des différends, les solutions de rechange aux procédures judiciaires doivent respecter des principes analogues à ceux de la justice réparatrice. Mais tous ne sont pas de cet avis. Jusqu'ici, la notion d'autres modes de résolution des différends n'a pas été axée sur les moyens par lesquels il serait possible de faire en sorte que les préoccupations et les intérêts des parties à un conflit soient plus adéquatement pris en compte que lorsque les procédures habituelles du droit civil sont déployées.

La portée de la justice transformatrice dans les domaines du droit autres que le droit pénal dépendra de la mesure dans laquelle elle est susceptible d'enrichir notre compréhension des autres modes de règlement des différends élaborés au cours des deux dernières décennies. Il serait possible d'examiner et d'évaluer différents autres modes d'après des trois principes de la justice réparatrice.

- Est-ce que les programmes d'autres modes de règlement envisagent les différends sous l'angle d'atteintes à des relations, plutôt que sous l'angle de l'objet du conflit en question?
- Est-ce que les autres modes les plus courants – négociation, médiation, arbitrage – confèrent aux parties un pouvoir suffisant pour définir les enjeux et déterminer les résultats en fonction de leurs intérêts propres?
- La collectivité a-t-elle un rôle à jouer dans la résolution de différends civils?

Les méthodes de la justice réparatrice sont axées sur l'existence d'un tort, d'un préjudice. La justice réparatrice entre en scène sur la prémisse qu'un tort a été causé. Elle fonctionne bien dans le système de justice pénale, parce que le droit pénal propose une liste toute faite de délits, et parce que l'auteur du délit est facilement identifiable. Dans la très grande majorité des cas, il n'existe aucune ambiguïté sur la nature du tort ainsi que sur l'identité du responsable et de la victime. Comme, du point de vue de la justice réparatrice, la culpabilité du délinquant est tenue pour acquise, il est important de déterminer ce qui s'est passé seulement en vue de la réparation du préjudice.

Quand on sort du cadre du droit pénal, toute une gamme de nouvelles questions surgissent, qui ont trait à la relation entre l'acte fautif et l'application de la justice réparatrice. Dans bon nombre de litiges civils, certes, il existe une faute évidente : une personne a intentionnellement ou par inadvertance endommagé un bien; une personne, intentionnellement ou par inadvertance, manque à une obligation contractuelle; une personne, intentionnellement ou par inadvertance, profite du travail ou des idées d'une autre personne. Mais dans d'autres cas, il est impossible de présumer le caractère fautif des actes d'une personne : lorsque des enfants diffèrent sur ce qui leur revient en vertu du testament de leur père, le différend ne repose généralement pas sur une faute; lorsque des parents ne s'entendent pas sur la garde des enfants et les droits de visite dans le cadre d'un divorce, le différend ne porte généralement pas sur une faute; lorsque des créanciers présentent des revendications contradictoires quant aux biens d'une société en faillite, ils ne s'accusent habituellement pas l'un l'autre d'avoir commis des actes fautifs.

Les principes de la justice réparatrice sont-ils applicables à de telles situations, dans lesquelles il n'y a aucun délit? Par ailleurs, l'application de ces principes peut-elle être étendue aux cas où une personne souhaite recourir au droit pour prévenir un préjudice éventuel plutôt

que pour obtenir réparation d'un préjudice déjà causé? Par exemple, une association de défense de l'environnement peut demander une injonction pour faire interdire la construction d'un entrepôt de produits chimiques dans le voisinage d'un quartier résidentiel.

Il y a aussi des différends civils qui ne portent pas sur une faute unique; en effet, les différends relevant du droit familial, des relations de travail et des relations entre propriétaire et locataire sont souvent constitués de fautes cumulatives commises par toutes les parties au conflit. Voici un exemple : un propriétaire ne prend pas les mesures nécessaires pour éliminer la vermine dans un appartement; le locataire refuse pour cette raison de mettre les ordures à l'endroit prévu; pour se venger, le propriétaire néglige de réparer la plomberie défectueuse, puis transmet un avis d'éviction au locataire parce que ce dernier a cessé de payer le loyer. Quel rôle pourraient jouer les principes de la justice réparatrice dans des cas semblables?

Pour terminer, les principes de la justice réparatrice sont-ils applicables lorsque les parties s'entendent sur le préjudice causé, mais que le différend repose sur la détermination de qui en est responsable? Un exemple : le propriétaire d'une maison a intenté une action contre l'entrepreneur général, à qui il reproche d'avoir construit des fondations d'une façon non conforme aux règles de l'art. L'entrepreneur reconnaît le dommage (infiltrations d'eau) mais soutient qu'il est attribuable à la mauvaise qualité du béton qu'on lui a fourni et que, pour cette raison, la responsabilité du préjudice incombe à l'entreprise qui l'a livré.

Les exemples que nous venons de donner soulèvent un certain nombre de questions relativement à la possibilité (et à l'opportunité) de transposer les principes de la justice réparatrice dans des domaines autres que le droit pénal. D'autre part, ce sont tous des cas dans lesquels les mécanismes traditionnels du droit civil suscitent des difficultés. Si les principes et les pratiques de la justice réparatrice ne sont pas applicables dans leur totalité, ne

serait-il pas possible de les modifier pour qu'ils répondent aux caractéristiques des litiges civils sans compromettre pour autant le cadre général de la justice réparatrice comme réponse aux conflits dans le domaine du droit pénal? C'est peut-être sur ce plan qu'il serait possible d'utiliser le potentiel transformateur de la justice réparatrice pour élaborer une conception élargie de la justice transformatrice, susceptible de s'appliquer tant aux litiges civils qu'aux différends relevant du droit pénal.

Même lorsqu'il n'entraîne pas un préjudice précis, le conflit demeure un concept relationnel. Ainsi, un conflit ayant trait à l'emplacement souhaitable d'une décharge publique peut faire intervenir des relations entre les membres de différentes industries, des syndicats, des associations de défense de l'environnement, des Autochtones, différents ordres de gouvernement, des associations de citoyens et d'autres groupes de personnes. La faillite implique des relations entre un débiteur et un ou plusieurs créanciers, et entre divers types de créanciers, dont chacun peut avoir une relation d'une nature tout à fait différente avec le débiteur : une banque, un concessionnaire d'automobiles, un employé, un conjoint, le gouvernement, une personne qui a été lésée par le débiteur, etc. Les conflits de relations de travail se caractérisent toujours par des relations complexes entre les travailleurs et la direction, entre les actionnaires d'une société et ses dirigeants, entre les salariés et leur syndicat, entre le gouvernement et la société concernée, entre une collectivité et les usines qui y sont installées, etc. Dans chaque situation, des intérêts s'affrontent et des valeurs peuvent se heurter quand les parties essaient d'orienter la définition du conflit et la réponse qui doit y être apportée.

S'inspirant de la justice réparatrice, une approche transformatrice à l'égard du règlement de différends se donnerait comme premier objectif de transformer les relations entre les parties au conflit. La force de la justice réparatrice réside dans la capacité d'utiliser le conflit pour favoriser le développement personnel. Les conflits qui ont lieu dans d'autres domaines

présentent le même potentiel. Une approche transformatrice à l'égard de la résolution des conflits consisterait à encourager l'établissement de relations fondées sur l'accommodation entre des groupes aux intérêts opposés. Une situation d'affrontement entre des groupes sera ainsi transformée en une situation dans laquelle ces groupes reconnaissent qu'ils ont mutuellement intérêt à parvenir à des solutions applicables.

Que nous enseigne la justice réparatrice à propos des approches sous-jacentes qui devraient être utilisées en vue du règlement de différends de nature non pénale?

Tout d'abord, elle constitue une pierre de touche au regard de laquelle peuvent être évalués divers autres modes de règlement des différends. Une approche fondée sur la justice transformatrice consisterait à réunir toutes les personnes et tous les groupes concernés par un conflit, y compris ceux qui sont investis du pouvoir de rendre la décision. Dans la mesure du possible, il faut accorder aux participants la liberté de maîtriser le processus, d'établir les limites du conflit, d'établir des règles au sujet de la manière dont le processus devrait se dérouler et du rôle que jouera, le cas échéant, le médiateur. Les intérêts devront faire l'objet de discussions et de négociations, les positions devront être précisées. Tout comme une rencontre entre un délinquant et sa victime dans le contexte pénal, les rencontres entre les parties à un conflit de nature civile les aideront à comprendre leur propre position et celle des autres, en s'efforçant d'y trouver une solution.

Contrairement à ce qui se passe au cours d'une rencontre de justice réparatrice en matière pénale, il ne sera pas toujours nécessaire de rétablir les relations entre les parties en réparant le préjudice causé par l'acte fautif. Par exemple, un conflit relatif aux normes de santé et de sécurité dans un lieu de travail peut viser à amener une société à se conformer aux normes relatives à la qualité de l'air plutôt qu'à celle d'obtenir réparation pour d'éventuels

préjudices causés par une mauvaise circulation d'air. Dans de tels cas, les excuses et les mesures de réparation ou d'indemnisation ne constitueront pas toujours la solution la plus appropriée. Le but consistera plutôt à parvenir à une entente acceptable pour toutes les parties.

Dans d'autres situations, en revanche, il arrive que le conflit semble à première vue porter sur une question technique alors qu'il existe en fait une faute sous-jacente qui n'a pas été réparée. Par exemple, un appel interjeté auprès d'une commission des accidents du travail peut viser en apparence à établir le droit du demandeur à toucher des prestations, alors qu'en réalité le travailleur estime que la société refuse de reconnaître que les mauvaises conditions de travail ont causé ses blessures. Dans un tel cas, des excuses et des mesures de réparation et d'indemnisation pourront constituer la solution la plus indiquée.

La justice transformatrice doit être axée sur les besoins des participants. Les décisions relatives au règlement du conflit doivent reposer sur un consensus. Par consensus, nous entendons une entente sur des mesures acceptables pour tous. Un consensus ne peut pas être imposé. Il ne constitue pas non plus une simple solution intermédiaire. L'objectif consistera à trouver un terrain d'entente à partir duquel on en arrivera à un règlement mutuellement acceptable. Voilà où réside la force de la justice transformatrice : la possibilité de se servir de la substance d'un conflit pour examiner des options et mettre au point des réponses qui non seulement sont acceptables pour toutes les parties, mais favorisent le développement et le renforcement des relations entre tous les intéressés.