

Zeitschrift: Reihe Kriminologie / Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie = Collection criminologie / Groupe suisse de travail de criminologie
Herausgeber: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie
Band: 20 (2002)

Artikel: Médiation pénale, justice réparatrice, justice de proximité : la notion de "troisième voie" en fait de traitement judiciaire des petite et moyenne délinquances : stratigraphie de ses principaux enjeux

Autor: Knoepfler, Julien

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1051156>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 05.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

JULIEN KNOEPFLER

**MÉDIATION PÉNALE, JUSTICE RÉPARATRICE,
JUSTICE DE PROXIMITÉ
LA NOTION DE «TROISIÈME VOIE» EN FAIT DE TRAITEMENT
JUDICIAIRE DES PETITE ET MOYENNE DÉLINQUANCES:
STRATIGRAPHIE DE SES PRINCIPAUX ENJEUX**

Résumé

Depuis des décennies sinon des siècles, penseurs et praticiens en matière pénale ne connaissent leur discipline que déchirée par un affrontement stérile entre partisans de la punition systématique des fautes légalement incriminées (les «rétributivistes») et tenants d'une action (éducative, thérapeutique ou neutralisante) fondée sur la dangerosité du délinquant (les «réabilitativistes»). Aujourd'hui, cependant, devant l'incapacité également manifeste de ces deux paradigmes à s'imposer, mais également sous la poussée de mouvements citoyens critiques (mise en cause de la prison, défense des victimes, ...), se dégage avec force une nouvelle «grille de lecture» de la question pénale.

Et si, plus qu'une atteinte portée à l'Etat, l'infraction était d'abord un conflit opposant l'auteur et la victime, mais impliquant également la société, dans ce qu'elle a de plus informel? Théorisée sous l'appellation anglaise de «restorative justice», et généralement traduite en français par les termes de justice réparatrice, cette analyse assigne évidemment une mission radicalement nouvelle à l'appareil judiciaire: désormais dépouillé de ses anciens attributs – également infantilisants pour les protagonistes – de «père Fouettard» ou de «maître d'école» (selon qu'on considère l'un ou l'autre des crédos historiques), le juge ne jouerait plus, dans ce schéma, qu'un rôle (essentiel cependant) de supervision du processus au cours duquel auteur et victime s'entendent sur la réparation du préjudice. Dans cette tâche, il s'appuierait à l'avenir sur un acteur nouveau, à la fois indépendant et en rapport de collaboration étroite avec la magistrature: l'agent de justice réparatrice, le plus souvent un médiateur pénal, du nom de l'institution qui s'impose dans un grand nombre de pays maintenant comme l'instrument privilégié de mise en œuvre de la «restorative justice».

Au stade de développement atteint par le débat sur la justice réparatrice – et tandis que la Suisse elle-même semble en passe de l'intégrer partiellement dans ses réformes pénales en chantier –, il n'y a pas de doutes qu'elle continuera à faire des convaincus au cours des années à venir. Deux questions demeurent cependant indécises. La première concerne la portée que ce paradigme gagnera: se limitera-t-il aux délits véniables ou osera-t-on également le mettre en œuvre en regard d'infractions graves (viols, homicides, ...) comme cela se fait dans certains projets étrangers, quitte à l'appliquer en marge d'une peine privative de liberté? Quant au second enjeu, il

touche lui à l'usage qui sera fait de la «justice de proximité» contenue dans l'idée réparatrice. Le risque existe en effet – certains pays proches du nôtre peuvent en attester – d'un entraînement de la médiation pénale dans la dérive sécuritaire que connaissent aujourd'hui les Etats, en compensation de leur désinvestissement croissant sur le plan social. Une grande attention sera en tous les cas nécessaire pour éviter ce paradoxe voulant qu'une idée fondamentalement libérale puisse être récupérée à des fins d'extension du contrôle social ...

Zusammenfassung

Seit Jahrzehnten, wenn nicht Jahrhunderten kennen Theoretiker und Praktiker des Strafwesens ihren Tätigkeitsbereich vor allem als eine sterile Auseinandersetzung zwischen den Befürwortern der systematischen Bestrafung für strafrechtliche Vergehen und den Befürwortern von Massnahmen (erzieherischer, therapeutischer oder neutralisierender Art) in Bezug auf die Gefährdung durch den Täter. Angesichts der Tatsache, dass sich offensichtlich keiner dieser beiden Ansätze durchsetzen kann, und auf Grund verschiedener kritischer Stimmen aus der Bevölkerung (Hinterfragung von Gefängnisstrafen, Opferhilfe etc.) zeichnet sich mit grosser Deutlichkeit ein neuer Ansatz in der Strafrechts-Problematik ab.

Was würde es bedeuten, wenn eine Straftat weniger als Vergehen gegen den Staat, sondern als Konflikt zwischen Täter und Opfer, aber auch als simples Vergehen gegen die Gesellschaft betrachtet würde? Das Konzept der Restorativen Justiz (engl. «restorative justice») weist der Justiz eine völlig neue Aufgabe zu: Heute werden Richter nicht mehr mit den alten – und für die Betroffenen kindischen – Attributen «Knecht Ruprecht» oder «Schulmeister» assoziiert. Vielmehr ist die Rolle des Richters in diesem Konzept beschränkt auf die (jedoch wesentliche) Kontrolle eines Prozesses, in dessen Rahmen sich Täter und Opfer auf eine Wiedergutmachung des Schadens verständigen. Bei dieser Aufgabe kann er sich in Zukunft auf eine neue Figur stützen, die einerseits unabhängig ist, andererseits aber eng mit der Staatsanwaltschaft zusammenarbeitet: auf den Mediator, oft ein Strafvermittler im Namen der Institution der Restorativen Justiz, die heute in zahlreichen Ländern als bevorzugtes Rechtsinstrument umgesetzt wird. Angesichts des heutigen Standes der Debatte zur Restorativen Justiz wird diese in den kommenden Jahren zweifellos weitere Anhänger finden – auch die Schweiz ist auf bestem Weg, dieses Konzept teilweise in die begonnene Strafrechtsreform zu integrieren. Zwei Fragen bleiben allerdings offen: Die erste betrifft den zukünftigen Anwendungsbereich dieses juristischen Konzepts: Wird sich die Restorative Justiz auf leichte Vergehen beschränken – oder wird der Ansatz auch bei schweren Vergehen (Vergewaltigung, Tötungsdelikten, etc.) zur Anwendung kommen, wie dies bei einigen Projekten im Ausland der Fall ist, auf die Gefahr hin, dass anstelle einer Freiheitsstrafe eine Mediation erfolgt? Die zweite offene Frage betrifft den Einsatz der sogenannten «Justiz der Annäherung», welche in der Idee der Restorativen Justiz enthalten ist. Es besteht tatsächlich die Gefahr – und einige Länder in unserer Umgebung können dies bestätigen –, dass die Straf-

mediation Teil des in vielen Ländern fortschreitenden Abbaus der Sicherheit wird, als Kompensation für die immer geringeren Investitionen im Sozialbereich. Deshalb muss unter allen Umständen verhindert werden, dass eine paradoxe Situation entsteht: dass nämlich ein grundsätzlich liberales Konzept dazu dient, die soziale Kontrolle zu verstärken ...

«*Vaut-il mieux prévenir ou réprimer?*». Longtemps ce dilemme a constitué la ligne de fracture de tout débat sur l'attitude à développer par les autorités pénales contre les petite et moyenne délinquances. De fait, celui qui entendait exprimer une position dans ce domaine n'avait d'autre choix que d'épouser l'une des deux vues. Embrassait-il la cause des *préventifs*? Il gagnait instantanément l'image, largement assimilée à une position de gauche, d'un esprit idéaliste et quelque peu naïf, misant sur la seule politique sociale pour combattre la propagation du crime. Se ralliait-il, à l'inverse, au camp des *répressifs*? On voyait alors en lui le partisan – présumé de droite – d'une politique «du gros bâton», méconnaissant tout travail à long terme au profit de châtiments excessivement spectaculaires.

Cette époque est aujourd'hui assez largement révolue. A l'heure qu'il est, nombre des acteurs du champ judiciaire pénal – mais malheureusement pas tous, il faut le reconnaître – ont admis que l'opposition entre prévention et répression était sans issue. Cette évolution ne s'est du reste pas manifestée que dans des stratégies de combinaison des deux objectifs. Laissé jusqu'alors en friche, un nouveau champ de solutions a été progressivement exploité. Nommés *réparation*, *reconstruction* (de la relation interindividuelle, du lien social, ...), *réconciliation*, *dialogue*, *médiation* ou encore *proximité*, les fruits issus de cette nouvelle culture expriment tous une même idée: celle que les protagonistes d'une infraction sont – sauf preuve du contraire – des êtres raisonnables, auxquels il convient que l'Etat s'adresse en tenant compte de leur capacité de jugement, pour les inviter à contribuer ensemble à la liquidation de l'infraction en cause tout en se donnant les moyens d'éviter à futur toute nouvelle lésion de l'intérêt d'autrui.

S'il est évident que les motivations de cet enthousiasme ne sont pas les mêmes pour tous, il reste que la réunion, derrière la bannière de cette «justice douce»¹, de juges comme de politiques (de gauche aussi bien que de droite, désormais), de professionnels attachés à la cause des victimes comme à celle des délinquants, de praticiens comme de scientifiques, enfin, a de quoi impressionner. De fait, c'est rien moins qu'un nouveau chemin qui se dégage sous leurs pas, parfois assurés et déterminés, parfois plus hésitants. Un chemin qui, sans renier les acquis de la prévention et de la répression, évidemment, s'en démarque néanmoins, s'affirmant par son autonomie et son innovation. Cette image du *chemin* n'est du reste pas proposée ici par hasard: en dépit d'usages antérieurs de cette expression dans le contexte politique², c'est en effet sous le terme de «troisième voie» que quelques auteurs encore trop rares se proposent de désigner ce nouveau courant.

Dans le cadre d'un colloque qui ambitionne de dresser un inventaire – large sinon exhaustif – des «*nouvelles voies dans la lutte contre la criminalité*», il était inimaginable de ne pas consacrer une partie de l'attention à cette «troisième voie», précisément. C'est dès lors l'objectif de cette contribution que de clarifier un peu cette notion. Pour y parvenir, nous avons pris le parti de distinguer trois strates, trois niveaux superposés, qui ne transparaissent qu'imparfaitement dans l'expression quelque peu générique de «troisième voie».

- De manière peut-être un peu surprenante, mais néanmoins fondée d'un point de vue rhétorique, le premier de ces niveaux à être examiné ne sera ni celui que nous considérons comme le plus élé-

1 BONAFE-SCHMITT J.-P., *La médiation, une justice douce*, Paris: Syros Alternatives, 1992.

2 Non la première chronologiquement, la «Troisième Voie» conceptualisée par les dirigeants socialistes BLAIR et SCHROEDER en juin 1999 aura été en revanche certainement la plus fameuse application politique de ce terme. Elle défendait une vision fondée à la fois sur la libre concurrence et la justice sociale, entre la gauche classique, d'une part, jugée sclérosée par son égalitarisme et sa défense figée des acquis, et la droite néo-libérale, accusée de confondre *économie* de marché et *société* de marché. Pour beaucoup, cette «Troisième Voie» est cependant aujourd'hui en forte perte de vitesse. A ce sujet, voir par exemple MERRIEN F.-X., «Les «troisièmes voies» socialistes devant leurs contradictions», *Le Temps* (Genève), 22 septembre 2000.

vé, ni celui qui nous apparaîtrait comme le plus basique. En nous préoccupant avant toute chose de la *justice réparatrice* en tant que telle, nous commencerons en effet par ce qui nous semble être le niveau *intermédiaire* du débat, son étage central («noble», diraient les architectes), en termes de degrés d'abstraction. De fait, les réflexions que suscite ce niveau II ne sont *ni strictement concrètes* – on traite tout de même ici des fondements philosophiques de la peine, *ni complètement générales*, en ce sens qu'on reste préoccupé d'un aspect seulement de la justice étatique, qui est la justice pénale précisément.

- La justice réparatrice ne saurait toutefois se réaliser par elle-même: c'est dire qu'elle pose un enjeu de *mise en œuvre*. Pour assurer cette mise en œuvre, la *médiation pénale* est, de l'avis de tous, l'institution la mieux adaptée. Au-dessous de la justice réparatrice, nous devrons donc aborder – plus brièvement – un niveau I, que l'on pourra qualifier de «*technique*». Cet examen supposera de voir comment un mode de règlement des conflits récemment revenu sur le devant de la scène dans d'autres domaines a été proprement *importé* dans le contexte pénal, créant à cette occasion, il faut bien le reconnaître, une rencontre détonante entre la technique de la *médiation*, réputée informelle et volontaire, d'une part, et le contexte du *droit pénal*, connu pour son caractère légaliste et contraignant, d'autre part.
- Même s'il est fréquent que les présentations liées à notre sujet s'arrêtent là, nous tiendrons toutefois, pour notre part, à nous consacrer aussi à évoquer un *troisième niveau* (niveau III), situé, lui, *au-dessus* de la justice réparatrice, car de nature «*macro-criminologique*», et consacré à la place de justice pénale dans les grandes politiques étatiques. Force est de le constater, en effet, la médiation pénale a été depuis quelques années maintenant désignée par plus d'un gouvernement comme l'institution phare d'une *nouvelle politique judiciaire: la justice de proximité*. Or il y a là à l'évidence un paramètre qui influe largement sur notre sujet.

Même si brièvement, là aussi, nous nous arrêterons donc un temps à ce niveau III.

Pour être un tant soit peu objectif, ce survol ne pouvait cependant se limiter à la seule définition des trois niveaux de la «troisième voie» évoqués à l'instant. Il faut dire que les difficultés posées par les termes de *médiation pénale*, de *justice réparatrice* et de *justice de proximité* ne tiennent pas qu'à un manque de clarté, que quelques précisions ciblées suffiraient à surmonter; de manière plus sournoise, on doit constater que les termes de ce vocabulaire devenu à la mode malgré lui ont parfois été récupérés pour défendre des vues très différentes de celles qu'ils recouvrent en fait. Or ces différents glissements sont capables d'anéantir tous les bienfaits qu'on pensait susciter en se ralliant à cette nouvelle approche. Pour mettre au jour ces risques, l'étude de chacun des trois niveaux cités ici sera conclue par la présentation d'une petite controverse. En plus de cette fonction d'indispensable mise en garde, on attend de ces trois excursus une vertu pédagogique; ainsi débattues et controversées, les notions étudiées devraient gagner en réalité et en épaisseur.

Une ultime précision doit être faite ici quant à la situation de la Suisse en regard de la «troisième voie». N'aurait-il pas été normal de conclure cet exposé d'une appréciation des quelques réalisations que connaît notre pays en fait de justice «douce»? A l'évidence, une telle ouverture aurait eu toute sa pertinence. Le souci de conserver un taille modeste à ce texte nous en a toutefois empêché. Nous nous permettons dès lors de renvoyer sur ce point à un autre article, pratiquement contemporain de lui, et qui s'agence presque naturellement avec celui-ci. L'objet en a été d'analyser expressément les innovations apportées en fait de médiation pénale dans les quatre grands chantiers pénaux en cours du droit fédéral.³

3 KNOEPFLER J., «La médiation pénale dans les révisions en cours du droit fédéral suisse. Première appréciation à l'aune d'une justice de troisième voie», *Revue de droit pénal et de criminologie* (Bruxelles), n° 6 (juin 2002).

1 Le niveau paradigmique (II): la *justice réparatrice*

Pour bien comprendre ce nouveau paradigme, il faut dire un mot de ses *origines*. Ensuite seulement nous verrons quels sont ses *principaux postulats*, avant d'en arriver à la première *polémique*.

1.1 Les origines de la justice réparatrice

L'avènement, au sein de la discussion pénale moderne, du paradigme de la justice réparatrice, est dû à *deux types de causes*.

Sa première source doit être vue dans les *débats théoriques* qui se mènent depuis longtemps déjà, et plus spécifiquement, depuis l'époque des Lumières, quant aux *fondements théoriques de la peine*. L'on s'accorde en effet généralement pour considérer que deux modèles ont structuré la pénalité depuis deux siècles: le modèle rétributiviste et le modèle réhabilitativiste. Le paradigme *rétributiviste* s'inscrit dans la logique libérale des Etats-nations modernes, où la violation du contrat social, et donc, l'atteinte à l'autorité étatique, appelle une sanction légale. Dans cette conception, la peine apparaît comme la contrepartie inéluctable de tout acte réprimé par la loi, contrepartie fondée sur le libre-arbitre du sujet. L'adage correspondant à ce premier paradigme: «*punitur quia peccatum est*», punir parce qu'une faute a été commise. Globalement plus tardif, le paradigme *réabilitatif*, pour sa part, s'inscrit dans la logique de l'Etat social, qui, par ses interventions, tente de réduire les inégalités sociales, y compris dans le champ pénal où une justice plus tutélaire que punitive cherchera, avec des instruments tels que la probation ou la protection de la jeunesse, à permettre la resocialisation des «déviants». Ici, la formule n'est plus «*punitur quia peccatum est*», mais «*punitur ne pecetur*»: punir pour qu'il ne soit pas commis de faute à nouveau.

Très tôt – en fait, dès le XVIII^e siècle, par la plume de leurs premiers défenseurs – ces deux modèles se sont durement affrontés. Chacune

des deux écoles s'est attachée à démontrer les lacunes de l'autre.⁴ Après des décennies, sinon des siècles de disputes, on a toutefois bien dû se rendre à l'évidence: aucun des deux modèles n'est pleinement satisfaisant ni à même, par conséquent, de fonder à lui seul le droit de punir de l'Etat. De même, on a dû constater que les tentatives d'articuler ces deux courants de pensée n'étaient guère concluantes. Ce constat est ressorti aussi bien du débat théorique⁵ que des réalisations législatives⁶ effectuées dans ce sens. Malgré ces efforts, donc, le feu continue à couver sous la cendre, et les deux courants du rétributivisme et du réhabilitativisme demeurent en conflit.⁷

A côté de ce débat dogmatique, un autre facteur ayant conduit à la justice réparatrice réside par ailleurs dans une série de *mouvements sociaux* de vaste ampleur, souvent étayés par des chercheurs mais néanmoins alimentés en première ligne par des groupes de citoyens, qui obligèrent la communauté des pénalistes à une profonde introspection. Trois courants doivent en particulier être cités.⁸

- Le premier est celui dont l'objet fut de *critiquer les institutions répressives*, et particulièrement la *prison*. Depuis la fin du XVIII^e siècle, époque à laquelle elle était apparue comme un grand progrès (MONTESQUIEU, BECCARIA, BENTHAM), la privation de liberté n'a cessé, en effet, de perdre du crédit dans les milieux criminologiques et la population. A partir du tournant du XIX^e, la critique positiviste, d'abord, puis dans les années 60, les thèses inter-

4 Pour une relecture magistrale et récente de ces controverses, voir DEBUYST C./DIGNEFFE F./PIRES A. P., *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*, Vol. 2., Paris/Bruxelles: De Boeck Université, 1998.

5 On pense ici au mouvement des «néoclassiques» (auquel devait participer notamment le Genevois d'adoption PELLEGRINO ROSSI) et à son fameux «ni plus qu'il n'est juste, ni plus qu'il n'est utile».

6 Un semblable essai de fusion des deux paradigmes rétributiviste et réhabilitativiste a été tenté dans les principales codifications modernes, dont le code pénal suisse. Voir par exemple son art. 63.

7 Cet antagonisme s'exprime aujourd'hui encore de manière particulièrement forte en matière de *droit pénal des mineurs*, où s'affrontent les modèles *sanctionnel* (de nature rétributive) et *protectionnel* (relevant d'une logique réabilitative). A ce sujet, voir les deux contributions de TREPANIER J. et D'AMOURS O., in: Institut international des Droits de l'Enfant (éd.), *100 ans de justice juvénile. Bilan et perspectives*, Sion: IUKB, 2000.

8 Pour un tableau plus développé de ces trois courants, voir Faget J, *La médiation. Essai de politique pénale*, Toulouse: 1997.

actionnistes liées à la notion d'étiquetage (LEMERT, BECKER, ...) amèneront à ce constat désabusé du «*nothing works*».⁹

- Le second mouvement est celui qui a porté, depuis le XIX^e, sur la question du statut de la victime face à la justice pénale.¹⁰ L'alliance de mouvements de gauche (féministes, notamment) et de droite (petits commerçants lassés du vandalisme) a constitué un levier important dans la critique du phénomène d'instrumentalisation dont les victimes étaient largement devenues l'objet. La médiatisation depuis une décennie des affaires de pédophilie a achevé de convaincre les Etats qui n'en avaient pas de se doter de loi de protection des victimes.¹¹
- Enfin, il faut attribuer leur part de responsabilité dans les changements en cours aux mouvements ayant postulé, dès la fin des années 60, un accroissement de la participation du public à la politique pénale.¹² L'influence qu'a vite exercée cette idée s'explique en partie par la puissance symbolique du mot de «communauté», qui rappelle le paradis perdu d'une société traditionnelle où les relations sociales horizontales seraient riches et denses.¹³

La force des fondateurs de la justice réparatrice a été de mettre de l'ordre dans ces deux «champs de bataille», dogmatique pour le premier, militant pour le second. Cet ordre, les tenants de la justice réparatrice l'ont établi en dégageant de la mêlée trois constats pré-dominants:

9 CUSSON M., *La criminologie*, Paris: Hachette (coll: «Les Fondamentaux»), 1998.

10 Pour une présentation très complète de ces évolutions, voir PETERS T., «Victimisation, médiation et pratiques orientées vers la réparation», *Annales internationales de criminologie*, Année 2000, vol. 38 1-2, 135-175.

11 Comme on le sait, l'adoption par la Suisse en 1991 de sa *loi sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI)* situe notre pays dans le peloton de queue des pays à s'être dotées de telles normes.

12 Voir dans ce sens, notamment, la *Recommandation du Conseil de l'Europe du 23 juin 1983 relative à la participation du public à la mise en œuvre des orientations de la politique criminelle*.

13 Les thèses fondamentales de ce courant ont notamment été développées par LOUK HULSMAN in: HULSMAN L., *Peines perdues. Le système pénal en question*, entretiens avec BERNAT DE CELIS J., Paris: Le Centurion, 1982.

- Le premier porte sur le fait que *le nombre de buts* assignés à la peine est aujourd’hui *pléthorique*. C’est là la grande limite de la solution de compromis à laquelle sont arrivés nos codes: en refusant de trancher entre deux paradigmes également imparfaits, les législateurs ont en fait additionné les objectifs de chacun d’eux, et, par voie de conséquence, soumis la peine à une kyrielle de finalités. Or celles-ci sont souvent incompatibles,¹⁴ particulièrement lorsqu’ils s’agit de les articuler dans le cadre d’une peine privative de liberté.
- Le deuxième constat rend directement justice aux mouvements de défense des victimes cités à l’instant. Il revient à admettre, comme une évidence qui n’aurait jamais dû être occultée, que la victime est un des protagonistes essentiels de l’infraction et de son traitement. Comme le relève ANTOINE GARAPON «*Les philosophies contemporaines de la peine présentent, en dépit de leurs divergences, une même caractéristique: elles envisagent un homme seul (...). (...) le sujet reste sans vis-à-vis*».¹⁵ Pour les pères de la justice réparatrice, l’inclusion urgente, pleine et entière, de la victime dans les principes fondateurs de nos politiques pénales n’obéit donc pas seulement au souci d’éviter des processus de victimisation secondaire engendrés par l’action judiciaire; d’un point de vue plus global, aussi, il s’impose de restaurer la «*trinité pénale*», qui ne se conçoit que par l’octroi d’un rôle à part entière à la société et à l’auteur, évidemment, mais aussi à la victime.
- Même si moins présent que les deux précédents dans les controverses antérieures du fait de sa relative nouveauté, un troisième élément a été mis en évidence par les théoriciens de la justice réparatrice pour justifier l’exploration d’un nouveau paradigme. Ils se sont ainsi appuyé sur le fait que le système pénal actuel repose sur un fonctionnement largement *vertical*, au sein duquel

14 Sur ce constat, voir par exemple dans ce recueil la contribution du Prof. ROBERT.

15 GARAPON A., «La justice reconstructive», in: GARAPON A./GROS F./PECH TH., *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris: Odile Jacob, 2001, 247.

l'Etat joue un rôle omnipotent. Car c'est un fait: que l'on considère la justice *rétributive*, et son discours de conformité à la *loi*, ou la justice *réhabilitatrice* et son discours de conformité à la *norme* (prise dans le sens de normalité), dans les deux cas, l'État impose de manière autoritaire son choix d'intervention. *Criminel* ou *déviant*, l'individu demeure objet de l'exercice, par le juge ou l'expert, d'un pouvoir non négociable. Ce que nombre d'auteurs mettent en évidence aujourd'hui, c'est que cette relation largement infantilisante¹⁶ au justiciable n'est plus possible. L'Etat tout entier (et par conséquent, même l'Etat pénal) n'échappe pas, en effet, à une profonde mutation du rapport à la norme et à l'autorité (que connaissent d'ailleurs avec lui l'ensemble des cellules traditionnelles de structuration sociale: famille, entreprise, église, école,...). S'imposait donc une nouvelle conception de l'intervention étatique, moins substantiellement directive, d'avantage régulatrice, ou, comme la qualifie DE MUNCK reprenant HABERMAS, davantage «procédurale».¹⁷

1.2 La justice réparatrice (*restorative justice*): vers un nouveau paradigme pénal?

Née de cette riche histoire des idées, dont des théoriciens avisés ont su dégager les lignes force, que postule, en définitive, la justice réparatrice? Une première réponse résulte du nom même que l'on donne à ce nouveau paradigme¹⁸: «*restorative justice*» en anglais, «*Wiederherstellungsjustiz*» en allemand, «*justice réparatrice*» en français – quand on ne la qualifie pas, dans cette dernière langue, de «*restaurative*», «*restauratrice*» ou «*reconstructive*». De tous ces termes, il res-

16 Plaçant l'Etat dans le rôle, respectivement, du «père Fouettard» ou du «maître d'école».

17 DE MUNCK J., «Normes et procédure: les coordonnées d'un débat», in: DE MUNCK J./VERHOEVEN M. (éd.), *Les mutations du rapport à la norme. Un changement dans la modernité?*, Paris/Bruxelles: De Boeck Université, 1997, 25–63.

18 WALGRAVE L., «La justice restaurative: à la recherche d'une théorie et d'un programme», *Criminologie* (Montréal), vol. 32, n° 1, 1999, 3. NB: Nous n'avons eu accès qu'à la version Internet de ce texte; les numéros de page indiqués sont donc susceptibles de petites variations en fonction des paramètres d'impression choisis.

sort en effet que la *réparation du dommage* causé par l'infraction est une idée centrale de ce nouveau modèle de pensée.

Est-ce la seule? Attention à ne pas se laisser tromper! Certains ont en effet donné un sens trop restreint à cette notion de justice réparatrice. Se fondant tout à la fois sur la critique des philosophies pénales pré-dominantes à ce jour, d'une part,¹⁹ et sur la nécessité de réintégrer la victime dans la «trinité pénale», d'autre part, ils proposent aujourd'hui une nouvelle conception du pénal entièrement construite sur la victime.²⁰ Cette conception (on parle parfois de «*justice réparatrice au sens strict*») les amène pratiquement à confondre droit pénal et droit de la responsabilité civile.²¹ Comme le montrent plusieurs auteurs,²² cette proposition tient certes compte d'une évolution perceptible, sur le plan de l'importance accrue donnée en pénal également à la notion de *risque*; elle n'est cependant pas réaliste en tant qu'elle fonderait un modèle souhaitable de justice. Il ne serait pas sain de faire ainsi de la souffrance de la victime l'unique critère de détermination de la réaction pénale: on voit d'ici les océans de subjectivité auxquels on s'exposerait.

Mais qu'est-ce alors que la «vraie» justice réparatrice, la justice réparatrice «au sens large»? Comme le montrent les nombreux auteurs qui se rallient à cette seconde acceptation,²³ le secret de la justice répa-

19 Qu'il s'agisse de la philosophie rétributive, centrée sur les besoins de la société, voire de l'Etat, ou de la philosophie réabilitative, focalisée sur la personne du délinquant.

20 Cette conception fait en particulier une très large place aux solutions assurantielles lorsque l'auteur n'est pas retrouvé.

21 GARAPON, *op. cit.*, 251 ss.

22 Pour une synthèse, voir LLEWELLYN J. J./HOWSE R., *La justice réparatrice – cadre de réflexion*, Mémoire préparé par la Commission du droit du Canada, Toronto, 1999, 10. NB: Nous n'avons eu accès qu'à la version Internet de ce texte (<http://www.cdc.gc.ca/fr/themes/sr/rj/howse/index.html>); les numéros de page indiqués sont donc susceptibles de petites variations en fonction des paramètres d'impression choisis.

23 Entre autres ouvrages de référence: JOHNSTONE G., *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, Cullompton: Willian Publishing, 2002; VAN NESS D./HEETDERKS K., *Restoring Justice*, Cincinnati: Andersen Publishing, 1997; UMBREIT M., *Victim Meets Offender. The Impact of Restorative Justice and Mediation*, New-York: Criminal Justice Press, 1994; ZEHR H., *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice: Victims, Offenders and Community*, Londres: Sage Publications, 1990; WRIGHT M./GALAWAY B. (éd.), *Mediation and Criminal Justice. Victims Offenders and Community*, Newbury Park; Sage Publications, 1989.

ratrice au sens large réside dans le fait de renoncer définitivement au fait même de se focaliser sur l'un des trois acteurs exclusivement de la «trinité pénale» (fût-ce la victime). Ce qui sera décisif, ce n'est donc ni l'auteur seul, ni la victime seule, ni la société ou l'Etat seuls. Ce sur quoi convergeront toutes les attentions, dans cette conception large de la justice réparatrice, c'est la *relation entre l'auteur et la victime, telle qu'établie* – ou requalifiée, en cas de préexistence de cette relation – *par l'événement de l'infraction, la société en étant le témoin*. Cette compréhension de la justice réparatrice ressort de la définition célèbre qu'en donne TONY MARSHALL:²⁴

«*La justice réparatrice est un processus par le biais duquel toutes les parties intéressées par une infraction donnée se réunissent afin de décider ensemble de la meilleure façon d'aborder les conséquences du délit ainsi que ses répercussions futures*».

L'accent mis sur la relation entre auteur et victime «sur fond» de participation sociétale modifie considérablement l'optique, par rapport à l'idée d'une justice réparatrice strictement axée sur la victime telle que présentée à l'instant. En effet, cette dimension relationnelle introduit au moins *quatre idées essentielles*, que la définition de MARSHALL laisse d'ailleurs diversement transparaître:

- La première est le fait que l'on donnera un rôle important non seulement à la victime, mais *aussi au délinquant*. Tout un travail sera mené avec lui pour lui permettre d'exprimer ses propres besoins, sa perception des revendications de la victime, sa position face aux possibilités de réparer, etc.
- Par ailleurs, l'on ne se contentera pas de restaurer un *statu quo ante*. On imaginera, entre auteur et victime, des *solutions créatrices*. La panoplie est ici très large, qui va des voies classiques (indemnisation, restitution) à des excuses, des prestations en nature,

24 Cité in LLEWELLYN J. J./HOWSE R., *op. cit.* 9.

des engagements de ne pas faire, des engagements au profit de tiers, etc.

- Ce faisant, on travaillera aussi – et c'est essentiel – sur *l'avenir* de la relation. On visera à restaurer le lien social également dans le *futur*. Par exemple, si deux jeunes se sont frappés et blessés à l'occasion d'une bagarre, on pourra convenir avec eux qu'ils soumettront à l'avenir à un tiers neutre (voisin, médiateur, enseignant) leurs conflits avant d'en venir aux mains.
- Enfin, tout ceci se mènera au travers d'un *processus*. C'est-à-dire que le travail qui sera mené par le tiers en charge de mettre en œuvre l'idée de justice réparatrice supposera un découpage en phases, éventuellement même en séances multiples.

En définitive, on peut dire avec YVES CARTUYVELS de la justice réparatrice au sens large qu'elle offre à la société «*un espace de marquage intermédiaire, porteur de limites sans être un pur rapport de forces, sanctionnateur sans être stigmatisant, entre le <Charybde de l'interdiction> et le <Scylla du laisser faire>*».²⁵ On le voit, se dégage, à ce niveau déjà, ce que l'on est en droit de qualifier comme une attitude nouvelle et en rupture: une «troisième voie», véritablement ...

1.3 Le débat autour de la portée de la justice réparatrice

C'est une fois définie comme nous venons de le faire la justice réparatrice qu'intervient notre première controverse. Celle-ci renvoie à cette question simple, mais essentielle: *quelle place exactement convient-il de ménager à la justice réparatrice dans notre droit pénal?* Nouveau paradigme soit: mais, en *complément* des autres, ou en *remplacement* de ceux-ci?

²⁵ CARTUYVELS Y., «Le champ pénal, entre une éthique de la communication et une pragmatique de la gestion», in: CARTUYVELS Y./MARY PH. (éd.), *L'Etat face à l'insécurité. Dérives politiques des années 90*, Bruxelles: Labor, 1999.

Les positions exprimées sur ce délicat sujet s'échelonnent sur un continuum, qui va de la vue la plus «minimalistes» à la vue la plus «radicale».

- Pour les «minimalistes» – comme les appelle WALGRAVE²⁶ –, il conviendrait de ne réservier à la justice réparatrice qu'un champ très limité au sein du système judiciaire, connu pour sa tendance à pervertir les pratiques qui lui sont étrangères. Cette justice «alternative» devrait donc s'exprimer essentiellement hors des tribunaux, dans des cercles informels, et sous forme de processus volontaires.
- A priori, l'analyse n'est pas fondamentalement différente pour les «radicaux», situés à l'autre bout du continuum. Comme les «minimalistes», ce deuxième groupe d'auteurs accuse le système pénal d'assurer sa propre survie avant tout, et de n'utiliser l'idée de médiation pénale, notamment, qu'à cette seule fin. Même prémisses, donc, mais conclusions fort différentes. Car faute de pouvoir insérer la justice réparatrice *dans* le système pénal, les radicaux ne se contentent pas, quant à eux, de défendre son développement *à côté* de ce système. Sans guère donner de détails quant au modus de ce renversement, d'ailleurs, ils proposent carrément de l'instaurer *à sa place*.²⁷ On ne sera pas surpris de ce que ces positions radicales se recoupent avec celles qu'il est convenu de qualifier d'*abolitionnistes*.
- On s'en sera douté, d'autres positions plus nuancées occupent la portion intermédiaire du continuum. Ces conceptions, que nous nous proposons ici de qualifier de partisanes d'une justice réparatrice «cadreée», se caractérisent par le fait qu'elles intègrent assez largement l'idée réparatrice au sein du système judiciaire, mais en soumettant sa mise en oeuvre à un certain nombre de conditions.

26 WALGRAVE L., *op. cit.*, 6, qui renvoie à DUNKEL et MARSHALL comme illustrations de ce courant.

27 ZEHR, *op. cit.*, 233–235; WRIGHT M./GALAWAY B., *op. cit.*, 55–56.

Deux exigences se dégagent en particulier, qui se retrouvent dans nombre de dispositifs légaux. La première concerne la *gravité des faits*, dont il sera attendu qu'elle demeure suffisamment faible. Quant à la seconde, elle renvoie au *consentement exprès de toutes les parties à l'infraction*.

Dans ce contexte, une école tout à fait originale se dégage aujourd’hui, dont les représentants les plus connus dépendent de la *Katholieke Universiteit Leuven*, en Belgique.²⁸ Cette école, que l’on qualifiera de «pragmatique», est sensible à la crainte – formulée par les minimalistes comme par les radicaux – d’un confinement par le système judiciaire traditionnel de la justice réparatrice aux seules causes véniales. Mais ses membres n’envisagent pas une seconde, cependant, la suppression du système pénal! Comment sortent-ils du dilemme propre à cette vue intermédiaire? Eh bien, en surmontant les deux conditions posées par les tenants d’une justice réparatrice «cadrée».

- Dans cet esprit, ces auteurs belges commencent par établir qu’il serait bien dommage de limiter la justice réparatrice aux seuls cas *véniaux*. Elle doit aussi être appliquée à des cas *graves*. La différence, face à ces infractions graves, tiendra simplement dans le fait que l’enjeu ne sera pas un choix entre *classement et poursuite*, mais entre *peine lourde et peine légère*, voire *peine très lourde et peine lourde*. L’importance de l’enjeu lié à un telle ouverture du champ de la justice réparatrice a incité ces auteurs à lancer un projet de médiation après ouverture des poursuites, connu sous le nom de «*mediation for redress*». En vertu de cette expérience, qui a connu un vif succès et est sur le point d’être étendue à toute la Belgique,²⁹ lorsqu’une infraction mettant en scène un enjeu relationnel présente un intérêt incontournable à la répression, la mé-

28 LODE WALGRAVE, TONY PETERS, ou encore, IVO AERTSEN.

29 Pour une description de ce dispositif, voir AERTSEN I., «Victim-offender mediation in Belgium», in: *Victim-Offender Mediation in Europe. Making restorative justice work*, European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (éd.), Leuven: Leuven University Press, 2000, 153–192.

diation est simplement déplacée du niveau du parquet à celui du juge de siège.

- Reste l'exigence du *consentement*. Une limite effectivement gênante pour l'avènement de la justice réparatrice. On sait en effet que nombre de dossiers renvoyés en médiation pénale donnent lieu à des échecs, dus au fait que l'une des parties (souvent la victime, parfois l'auteur) a refusé la médiation. Que proposent les pragmatiques pour surmonter ce second obstacle? Eh bien tout simplement, de ne pas se focaliser sur la *médiation*, qui requiert effectivement l'accord des deux parties. Si la médiation est refusée, reste toujours à la justice la possibilité de condamner l'auteur à une peine de *travail d'intérêt général*, ou au versement d'une somme à un *fonds de victimes*, par exemple.³⁰ La réparation n'aura peut-être plus le caractère bilatéral et personnel que l'on aurait pu espérer. Mais elle demeurera, à un niveau plus abstrait et symbolique, conservant en particulier toute sa fonction pédagogique.³¹

30 De tels fonds ont été constitués avec grand succès dans l'expérience «Oikoten», à Leuven également, connue pour ses pratiques de réparation impliquant des mineurs. Le fonds est en effet utilisé ensuite pour aider au financement de montants d'indemnisation, aux côtés de jeunes désargentés. Une clé de conversion est arrêtée, qui permet à tout jeune amené à rembourser une somme en réparation de fournir une prestation d'intérêt public à hauteur du montant dû (sorte de «salaire» symbolique). Le recours à ce montage permet à l'évidence un effet de responsabilisation bien plus élevé que si les parents avaient été sollicités.

31 WALGRAVE L., *op. cit.*, 13ss.

2 Le niveau technique (I): la *médiation pénale*

2.1 La médiation pénale, un instrument de mise en œuvre parmi d'autres

Il existe une tendance à désigner sous la dénomination de «justice réparatrice» toute pratique se déroulant hors du cadre judiciaire et sans l'intervention d'aucun juge ou avocat. Dans ce sens, on assimile parfois la justice réparatrice à une certaine «justice alternative». Cette dilution du terme est évidemment regrettable.

Il n'en demeure pas moins que la médiation pénale, qu'il nous a déjà été donné de mentionner au cours des lignes qui s'achèvent et qui sera présentée dans un instant, n'est pas le seul dispositif à servir la justice réparatrice.³² Cette dernière peut tout d'abord être mise en œuvre au moyen d'autres modes de gestion des conflits que la médiation.³³ Une deuxième possibilité de mobilisation est constituée par toute une série de pratiques d'origine dite «primitive» (Maoris néo-zélandais, autochtones du Nord canadien, tribus d'Afrique noire), pratiques dont le propre est de travailler avec la collectivité dans son ensemble.³⁴ Nous l'avons évoqué à l'instant, la justice réparatrice peut également découler de l'astreinte à des *prestations communautaires*, comme le *travail d'intérêt général* (TIG).³⁵ Enfin, dans un registre assez nettement différent, la justice réparatrice est aussi perceptible dans les vastes *dispositifs de transition* consécutifs à la fin de conflits d'échelle nationale, inspirés de la *Commission «Vérité et*

32 Sur la problématique générale de la mise en œuvre de la justice réparatrice, voir l'ouvrage du *European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice* cité à l'instant.

33 On peut penser à la conciliation judiciaire, par exemple.

34 Ces méthodes ne sont pas toujours transposables telles quelles dans nos sociétés très éclatées, mais on constate néanmoins des tentatives (anglaises et néerlandaises notamment), d'adapter ces processus en cas de conflits de groupes.

35 Cette qualification réparatrice du TIG ne pourra être admise, cependant, que pour autant qu'il n'y ait aucune ambiguïté quant à ses fondements. Face à chaque dispositif, de cas en cas, il faudra donc prendre garde à ce que ce le TIG ne soit pas affecté, en fait, à des objectifs *rétributifs* (ce qui en ferait une variante des travaux forcés) ou *réhabilitatifs* (le travail étant alors utilisé comme instrument de correction).

*Réconciliation» sud-africaine.*³⁶ Mais revenons-en à la médiation pénale en tant que telle.

2.2 La médiation pénale: notion, origines, espèces et conditions

Selon une définition tellement reprise qu'on en connaît plus vraiment l'auteur, la *médiation* se définit comme un «*processus formel par lequel un tiers impartial, le médiateur, offre à des personnes en conflit l'occasion de se rencontrer pour exprimer leurs émotions et leurs besoins respectifs et collaborer de manière créative et négociée à la recherche d'une solution originale et partagée.*» Cette technique, en réalité ancienne, est aujourd'hui en plein essor, favorisée qu'elle est par la mutation des rapports à l'autorité que nous avons évoqués plus haut. De fait, on la retrouve dans pratiquement tous les champs de la vie sociale: famille, travail, voisinage, école, commerce, consommation, environnement, etc.

Dans une certaine mesure, la notion de «médiation pénale» est simple à appréhender: ce n'est rien d'autre, en effet, que *l'application au champ pénal de la technique de la médiation*. Dans les faits, on sait cependant que ce montage est bien moins aisé qu'il y paraît au premier abord. En effet, le domaine de la justice pénale, on a eu l'occasion de le rappeler, est l'une des activités étatiques les plus formelles, légalistes et non-négociables qui soit. Imaginer l'institution de la médiation pénale a donc impliqué la rencontre et l'articulation de deux mondes, le «*choc de deux éthiques*», selon une formule que nous avons utilisée en d'autres lieux. Nous y reviendrons.

Quoiqu'il en soit de ses particularités, la médiation pénale partage avec les applications familiale, commerciale ou institutionnelle de la médiation le *processus* (phasage) et la *déontologie* (principes d'indé-

³⁶ On l'ignore souvent, mais cette manière de faire a été bien loin de se limiter au seul cas sud-africain, et a au contraire été envisagée – et souvent mise en œuvre – pour nombre de conflits récents.

pendance, d'impartialité, de réserve, de confidentialité, de vigilance, etc.) propres à ce mode de gestion des conflits.

La médiation pénale a connu ses premiers développements en Amérique du Nord (en Ontario, plus précisément) au début des années 70. L'apparition de la médiation pénale en Europe doit, pour sa part, être située dans les années 80. Quelques projets pionniers sont alors nés (p. ex, en France, à Valence). Ces projets se sont multipliés et ont fait l'objet d'évaluations vers la fin des années 80. Ce mouvement a débouché sur une vague d'institutionnalisation de la médiation par voie législative à la moitié des années 90 (France 1993, Belgique 1994, Allemagne 1994, ...). Malgré ce qu'on attendait, ces bases légales n'ont cependant pas donné lieu à une explosion des cas. Au contraire, on a assisté à une croissance constante, mais lente.³⁷

Un autre facteur de développement de la médiation pénale doit être vu dans l'adoption, à compter de la fin des années 80, de différents textes internationaux sur cette institution. On citera ainsi la Recommandation (99) 19 du *Conseil de l'Europe*, qui encourage la médiation pénale en tant que processus volontaire et confidentiel, et ce, à tous les stades du processus pénal. Par ailleurs, il faut mentionner la Déclaration de l'ONU de 2000 posant les «*principes fondamentaux relatifs à l'usage de programmes de justice réparatrice en matière criminelle*».

On peut essentiellement distinguer les espèces de médiations pénales selon trois critères: l'âge de l'auteur; le moment de l'intervention médiatrice; et le degré de tutelle de l'appareil judiciaire sur le processus.

- *L'âge de l'auteur.* Cette distinction renvoie à la question de savoir si l'on se trouve dans le champ du droit pénal des mineurs ou du

37 Voir les éléments chiffrés proposées dans les différentes contributions nationales de l'ouvrage du *European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice* déjà cité.

droit pénal des adultes. Il faut bien avoir à l'esprit, à ce propos, que, dans la majorité des pays d'Europe, la médiation pénale a fait ses premiers pas dans le champ des mineurs, avant d'être étendue aux adultes.

- *Le moment de l'intervention.* Aux termes de la R (99) 19 citée à l'instant, la médiation pénale devrait être possible à toutes les phases de la «chaîne pénale». Il pourra donc s'agir de médiation avant saisine du système pénal («médiation sociale»); d'une médiation correspondant au niveau de l'intervention policière (les Belges parlent ici de «médiation locale»); d'une médiation située à l'ouverture des poursuites (cas typique); d'une médiation au stade de l'instruction; d'une médiation préalable au jugement (la médiation constituant ici l'un des éléments de la peine). Enfin, la médiation pénale pourra intervenir en cours d'exécution de la peine (médiation qualifiée parfois de «carcérale»).
- *Le degré de tutelle de l'appareil judiciaire sur le processus.* La médiation pénale telle que la définit la recommandation du Conseil de l'Europe se conçoit comme une *médiation pénale déléguée*. Dans ce système, les dossiers sujets à médiation sont sélectionnés par l'appareil judiciaire (membre du parquet ou autre magistrat), puis transmis à un ou plusieurs médiateurs indépendants, généralement, via une structure associative regroupant ces derniers. La médiation pénale déléguée fonctionne non seulement sur mandat de l'appareil judiciaire mais également sous son contrôle. Durant le processus, le Parquet est ainsi informé de l'aboutissement ou non des tractations. Au terme de la «parenthèse médiation», il demeure par ailleurs libre de *classer sans suite* ou de *poursuivre* l'auteur présumé de l'infraction. D'une manière générale, si la médiation aboutit à un accord, c'est un classement sans suite qui viendra clore la procédure.
Sous cet angle du degré de tutelle de l'Etat, cette médiation pénale déléguée se distingue de deux autres formes de «médiation pénale», qui pour leur part, n'en sont en réalité pas vraiment. Du

côté d'une *plus grande indépendance des médiateurs*, elle s'oppose à la médiation *communautaire*, soit aux pratiques de médiation utilisées pour résoudre, à l'échelle du quartier, et sans le recours à la justice, les conflits «du quotidien». Le caractère pénal de ce système tient uniquement au fait que les actes en cause peuvent parfois être matériellement constitutifs d'infractions, mais sans que la justice n'en ait été saisie.

A l'extrême inverse, la médiation pénale est qualifiée de «*retenue*» lorsque le Parquet *conserve le dossier et fait effectuer la médiation par un de ses membres*. Ce modèle a été pratiqué en France, via les maisons de justice,³⁸ mais a de moins en moins cours aujourd'hui. Il demeure, d'une certaine manière dans le régime belge posé par l'art. 216^{ter} du *Code d'Instruction Criminelle*, les assistants de médiation, étant, dans ce pays, directement dépendants du parquet.

Par delà leurs spécificités nombreuses, les pratiques de médiation pénale sont soumises à un certain nombre de *conditions*, dont la plupart sont communes (on mettra tout à fait à part, cependant, la médiation en milieu carcéral). Sans malheureusement disposer ici de la phase nécessaire à les commenter, énumérons sommairement ces conditions:

- Existence d'une victime;³⁹
- Les faits doivent donner lieu à un large consensus;⁴⁰
- Les deux parties doivent avoir donné leur consentement à la médiation;⁴¹
- L'infraction en cause ne doit être ni trop grave⁴² ni trop bénigne;
- Le dommage doit être déterminé, ou à tout le moins déterminable;
- Le cas ne doit pas être d'une nature à générer pour la victime une «victimisation secondaire»;

38 Voir infra 3.1.

39 Ce qui exclut les infractions en matière de stupéfiants, les mises en dangers abstraites propre au domaine de la circulation routière, etc.

40 Sans toutefois, et c'est essentiel, qu'il soit question d'aveux formels.

41 Elles peuvent par ailleurs révoquer ce consentement en tout temps.

42 Malheureusement, ce plafond reste encore la règle.

- Enfin, certains dispositifs ont érigé en condition le fait que l'auteur soit un délinquant primaire. Cette exigence ne nous paraît cependant pas fondée.

En définitive, la médiation pénale apparaît donc comme une voie médiane entre le fait de poursuivre une infraction selon le cours de la justice traditionnelle, et un simple classement souvent frustrant pour la victime et dénué de toute vertu pédagogique pour l'auteur. En ce sens, elle participe bien, à son tour et à son niveau, à la mise en évidence d'une «troisième voie», ainsi que nous cherchons à l'illustrer ici.⁴³

2.3 «Médiation» contre «pénal», le «choc des éthiques»

La controverse que nous aimerais évoquer, en regard de la médiation pénale, ne porte pas, comme c'était le cas en fait de justice réparatrice, sur la réponse à donner à une question précise. Ce qui nous paraît intéressant ici, c'est davantage de revenir une seconde à cette *collision* que nous avons mentionnée et que réalise cette «institution de synthèse» entre deux mondes, la *médiation*, d'une part et le *système pénal*, d'autre part.

Quels sont les principaux points de friction entre ces deux systèmes de valeurs? L'un des plus souvent invoqués est celui de la *présomption d'innocence*, que l'acceptation d'une médiation par l'auteur compromettrait irrémédiablement. Certains s'inquiètent ensuite de la garantie d'un *juge impartial et indépendant*, qui ne serait plus observée. Le *droit à un avocat* semble mis en péril à d'autres, parmi lesquels les membres de ladite corporation, évidemment. On soulève aussi les menaces qui pèseraient sur le *principe d'égalité*: est-il bien normal qu'un même prévenu soit dirigé vers des procédures radi-

43 Sur les origines de l'usage du terme de «troisième voie» en regard de la médiation pénale, voir WYVEKENS A., «Les maisons de justice: sous la médiation, quelle troisième voie?», in: CARIO R. (éd.), *La médiation pénale. Entre répression et réparation*, Paris: L'Harmattan, 1997, 61–82.

calement différentes selon que la victime de ses actes accepte ou non le recours à un médiateur?⁴⁴

Comment continuer à soutenir la médiation pénale face à ce feu nourri de critiques? Deux attitudes nous semblent également possibles, sur lesquels il convient de jouer alternativement selon les circonstances.

- La première consiste à défendre la médiation sur le terrain même de ces grands principes du droit pénal. A condition qu'on y consacre le soin nécessaire, cette défense n'est pas si difficile qu'on cherche parfois à nous le faire croire.⁴⁵ Pour ne prendre que deux arguments parmi ceux qui ont été cités à l'instant, il est tout à fait excessif, par exemple, d'affirmer que les avocats seraient exclus du processus de médiation; il leur est simplement demandé d'adopter une attitude différente de celle qu'ils auraient dans des débats contradictoires. De même, le reproche d'inégalité de traitement peut être surmonté assez aisément, par exemple en orientant sur le travail d'intérêt général l'auteur qui s'oppose à un refus de la victime d'aller en médiation.
- Pour indispensable qu'elle puisse être dans une certaine mesure, cette rhétorique de la conformité aux principes pénaux ne doit cependant pas faire naître une perversion. Car il faut garder à l'esprit, quoiqu'il en soit, que la médiation pénale *n'est pas* du droit pénal. C'est une *parenthèse*, une *bulle*, d'une toute autre nature, qui vient s'insérer dans le champ de la justice criminelle. Cette différence de nature constitue précisément la force de la médiation, dans son apport au pénal. Rapprocher de manière trop fu-

44 Pour un inventaire de ces objections, voir CARIO R., «Potentialités et ambiguïtés de la médiation pénale», in CARIO R. (éd.), *op. cit.*, 11–33.

45 Pour un tel exercice, voir BORNOZ N./KNOEPFLER J., «Médiation pénale: le choc des éthiques. Analyse croisée d'une institution de synthèse à la veille de son introduction dans les systèmes procéduraux de Suisse romande», in: KILLIAS M. (éd.), *L'éthique et le droit. Discordances et points de rencontre*, Actes du colloque de 3^{ème} cycle de droit (Château-d'Oex 1998), Fribourg: Editions Universitaires, 2000, 231–270.

sionnelle les deux logiques apparaît donc comme le moyen le plus sûr de se priver de l'heureuse rupture, de la redistribution des rôles que propose la médiation. Voilà, donc, le type de discours qui nous semble devoir être proposé en deuxième rang à ceux qui, de manière trop formelle, stigmatiseraient «l'hérésie» de la médiation.

3 Le niveau politique (III): la *justice de proximité*

3.1 Les origines du phénomène

Depuis une vingtaine d'années, les nations occidentales – la Suisse un peu moins que les autres, il est vrai – connaissent une crise de leurs systèmes judiciaires. Une cause importante de cette crise réside dans le fait que les tribunaux sont débordés comme jamais, notamment en raison de la multiplication des textes légaux. Il faut y voir également, cependant, l'expression d'un phénomène pour ainsi dire culturel: la croissance de la consommation judiciaire. Cette propension des citoyens à saisir la justice s'exprime beaucoup au civil;⁴⁶ mais elle se constate aussi au pénal, par suite d'une certaine désagrégation du lien social, ainsi que de l'affaiblissement de toute une série de structures intermédiaires qui, précédemment, jouaient un rôle de régulation naturelle. Le résultat de ces tendances est très concret: il veut que les citoyens soient très vite tentés d'appeler la police, et amenés tout aussi naturellement à déposer plainte.

Pour endiguer cette tendance, les Etats ont entrepris d'injecter un *nouveau dynamisme* et une *nouvelle légitimité* dans la partie de leur justice la plus directement en contact avec le citoyen. En matière pénale, c'est ainsi la «*délinquance du quotidien*» qui a été particulièrement l'objet d'initiatives. C'est de la sorte qu'est née l'idée de «*justice de proximité*».

46 C'est le fameux «I'll sue you!» des Américains..

La France a joué un rôle pionnier dans la conceptualisation et l'expérimentation de cette politique. Comme l'a abondamment et finement illustré ANNE WYVEKENS,⁴⁷ l'histoire de cette consolidation peut être découpée en quelques grandes phases. Elles s'étagent entre l'institution des *conseils communaux de prévention de la délinquance* (CCPD), consécutifs au célèbre rapport BONNEMAISON de 1983, d'une part, et les actuel *contrats locaux de sécurité*, en vigueur depuis 1997, d'autre part, en passant par l'ouverture des *maisons de justices*, au début des années quatre-vingt-dix. Au fil de ces périodes, l'attitude des juges glissera de la posture de méfiance et d'observation des débuts à une franche collaboration avec le volet préventif, collaboration dont quelques dispositifs d'abord limités aux écoles et aux centres commerciaux seront les premières expressions.

Pourquoi la justice de proximité nous intéresse-t-elle tant ici? C'est que, on l'aura déduit de ce qui précède, la technique de la médiation, d'une part, et l'idée de la justice réparatrice, d'autre part, ont été largement utilisées dans cette entreprise de «refondation» de la justice. Mais pour bien comprendre en quoi, détaillons un peu mieux les composantes de cette justice de proximité.

3.2 Les composantes de la justice de proximité

Sans avoir l'ambition de proposer ainsi une définition appelée à faire date, nous pourrions dire de la justice de proximité qu'elle consiste en *un ensemble de pratiques judiciaires, essentiellement relatives au champ pénal, ayant en commun une vocation déclarée à mieux servir le justiciable au travers d'un rapprochement géographique, d'une célérité accrue et d'un accroissement du soin mis à la relation entre lui et les autorités*.

47 WYVEKENS A., *La justice de proximité en France: politique judiciaire de la ville et interrogations sur la fonction de la justice*, in: FAGET J., WYVEKENS A. (éd.), *La justice de proximité en Europe. Pratiques et enjeux*, Erès: Toulouse, 2001; WYVEKENS A., *L'insertion locale de la justice pénale. Aux origines de la justice de proximité*, L'Harmattan: Paris, 1997.

Cette définition permet surtout de mettre en évidence le fait que la proximité dont question s'entend traditionnellement au travers d'une trinité pour ainsi dire «canonique»:⁴⁸

- Le premier terme en est la proximité *spatiale*, soit une justice qui se veut physiquement, géographiquement, plus à la portée des justiciables. Cette dimension a souvent été ramenée à son expression visible, ces fameuses *maisons de justice*, antennes du parquet implantées dans les quartiers que l'on évoquait encore à l'instant. Elle possède toutefois également un aspect que l'on peut qualifier de « substantiel », dans la mesure où le lien au territoire se manifeste dans la définition de politiques judiciaires spécifiques.⁴⁹
- S'ajoute à cela la proximité *temporelle* d'une justice qui, se voyant reprocher ses engorgements et ses lenteurs, cherche à y remédier. Le grand outil de cette proximité-là sera le *traitement en temps réel* (on parle aussi de procédure de *comparution immédiate*), permettant un premier traitement pour ainsi dire instantané par un juge, sitôt un auteur interpellé. «*L'un des objectifs affichés de la politique de proximité – précisent à ce propos FAGET ET WYVEKENS – est de raccourcir le temps de latence entre l'expression du malaise et le moment où il est pris en compte. Au pénal, ce raccourcissement est justifié par le souci d'apaiser le courroux de l'opinion publique et d'envisager un travail pédagogique plus efficient auprès de prévenus, surtout jeunes, pour lesquels le temps se conjugue au présent*».⁵⁰
- Enfin, et nous en arrivons au cœur de notre problématique, la proximité se veut *humaine* (ou *relationnelle*). C'est dire qu'il doit s'agir d'une justice plus soucieuse de compréhension, de négociation que de sanction. Ce volet est naturellement celui auprès duquel les idées de médiation pénale et de justice réparatrice ont

48 FAGET J/WYVEKENS A., *op. cit.*, 8.

49 WYVEKENS A., *op. cit.* (2001), 18.

50 *Op. cit.*, 12.

trouvé leur rattachement. En effet, «*ce que l'on a appelé proximité humaine ou relationnelle renvoie d'abord à l'idée de substituer à la froideur administrative une sorte de bureaucratie «chau-de», un justice qui doit avoir «du cœur»*». En tant qu'expression d'une «justice douce», la médiation ne pouvait que devenir l'emblème de ce troisième élément de la justice de proximité.

Reste à s'interroger encore sur la question de savoir en quoi la justice de proximité illustre l'idée de «troisième voie» sous laquelle il est question de la ranger ici. Sa connexité évidente avec les notions de médiation et de justice réparatrice pourrait certes suffire à l'expliquer. A son niveau propre, elle exprime cependant elle aussi cette idée de rupture et d'innovation. Se démarquant de l'image longtemps vraie d'une justice distante, ritualisée et froide, la justice de proximité renonce, en même temps, à donner crédit aux positions communautariennes qui, toujours présentes depuis leur lancement dans les années 70, exigent une justice totalement restituée aux particuliers. «Troisième voie» ici aussi, on le constate donc.

3.3 Nouvelle justice de proximité, ou proximité accrue d'une ancienne justice par trop connue?

Par son propos novateur, sa vocation au rassemblement et son élégante présentation en trois volets, le discours sur la justice de proximité a indéniablement séduit. Notre troisième controverse trouve toutefois sa cause dans le fait qu'il s'est également attiré, par delà les frontières, un certain nombre d'ennemis. Reprenant au niveau pénal des analyses sociologiques plus larges (P. BOURDIEU, P. ROSAN-VALLON, ...), des criminologues aussi bien français que belges, notamment, mettent en garde contre les périls que ce discours fort séduisant en apparence pourrait dissimuler.

Pour ces chercheurs, observateurs de longue date de leurs réalités nationales respectives, la justice de proximité ne serait en réalité que

la poudre aux yeux, l'écran de fumée destiné à masquer un phénomène de glissement auquel auraient cédé les Etats depuis une dizaine d'années maintenant, un déplacement de leurs priorités du champ social – traditionnellement de leur compétence – vers le pénal et le sécuritaire – désormais prioritaires.⁵¹ Lancé aux Etats-Unis et se développant maintenant en Europe, s'opérerait ainsi, pour reprendre la jolie formule de WACQUANT, une transformation du traditionnel *Etat-providence* en un nouvel «*Etat-pénitence*».⁵²

Aux yeux de ces analystes, cet abandon du social au profit du pénal ne serait cependant pas une grande surprise: il serait tout simplement la conséquence de la *mondialisation*. Contraints à une «nouvelle alliance» avec les groupes globalisés – qui produisent, on le sait, des bénéfices parfois plus élevés que certains PIB!, les Etats se seraient rabattus sur le pénal et le policier pour assurer leur légitimité. Dans ce contexte, les termes – apparemment humanistes et «euphoniques» – de «*partenariat*», de «*gestion locale*», de «*contrat*» ou de «*médiation*» ne seraient pas simplement des «miroirs aux alouettes». Pire: ils constitueraient carrément *les instruments mêmes du «nouveau contrôle social»*.

Pour mettre tout cela en formules choc, le prétendu essor de la «justice de proximité» ne ferait que dissimuler une proximité accrue de la justice traditionnelle, désormais dotée des moyens de se saisir de cas qui antérieurement lui échappaient. Quant à la justice réparatrice, ce qu'on lui demanderait de réparer, ce serait avant tout la légitimité d'Etats en voie de capitulation au profit de l'économie mondialisée.

51 MARY PH., «Travail d'intérêt général et médiation pénale face à la crise de l'Etat social: dépolitisation de la question criminelle», in: MARY PH. (éd.), *Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social?*, Bruxelles: Bruylants, 1997, 325–347; CARTUYVELS Y./MARY PH., «Justice de proximité ou proximité de la justice? Etat des lieux en Belgique», in: FAGET J./WYVEKENS A. (éd.), *op. cit.*, 101–130.

52 WACQUANT L., «L'Etat-pénitence tend à se substituer à l'Etat-providence», entretien donné au *Monde*, 7 décembre 1999.

Ces thèses ont pour elles un point qui a de quoi faire réfléchir, même s'il requerrait une analyse plus détaillée. Dans pratiquement tous les contextes judiciaires où la médiation pénale a été introduite, on constate en effet que cette médiation pénale est appliquée au moins autant à des infractions qui étaient auparavant punies qu'à des infractions qui étaient auparavant classées. Toute crainte d'un «*net-widening*», d'une extension du filet social, n'est ainsi pas infondée, force est de le constater.⁵³

Est-ce forcément à dire qu'il faut accepter telle quelle l'analyse critique que font de la justice de proximité les auteurs évoqués ci-dessus? Nous ne pouvons nous empêcher de rester un peu plus prudent. Certes, une dérive n'est pas exclue, et il est sage de la nommer. Mais d'imagine c'est probablement faire preuve d'un pessimisme excessif que les Etats planifier ainsi un contrôle social accru via la justice de proximité. Connaissant, dans nos démocraties, leur structure extrêmement divisée, d'où émanerait d'ailleurs une telle volonté? D'autre part, faut-il vraiment poser une fois pour toute que le traitement pénal est le pire de tous? N'y a-t-il pas des prises en charge pénales qui, sans stigmatiser leur destinataire, sont au contraire de nature, sous certaines conditions, à les aider à un moment de leur existence?

4 En guise de conclusion

On le voit, en définitive, une approche de type «troisième voie» existe bel et bien, qui caractérise une nouvelle conception du traitement de la délinquance, particulièrement petite et moyenne (même si cette limite est certainement à repousser vers le haut à moyen terme). Certes, chacun de ses trois niveaux connaît ses propres enjeux, soulève ses propres débats. Par-delà ces nuances (et indépendamment, par ailleurs, du fait, que l'idée de tercéité innovante ne prend pas, comme on l'a vu, le même sens à chaque «étage»), il demeure

53 DE VROEDE N., «La médiation pénale», *Journal des Tribunaux* (Bruxelles) 1999, 263.

qu'un référentiel commun se dégage, qui propose de nombreuses interactions possibles en son sein.

Cette cohérence des évolutions que connaissent tout à la fois *institutions, philosophies et politiques* pénales pourrait être saluée d'un point de vue purement intellectuel, comme on s'incline devant une œuvre d'art élégamment taillée, composée ou agencée. En tentant d'esquisser une vue d'ensemble de la «troisième voie», ainsi que nous venons de le faire, nous avons évidemment obéi à une toute autre ambition. Nous espérons surtout que l'articulation sous un même terme de ces trois niveaux d'enjeux puisse avoir une valeur pédagogique, de sorte qu'ils puissent tous trois, simultanément, être davantage présents à l'esprit des décideurs politiques. Ce vœu, évidemment, porte avant tout sur la Suisse, où un tel travail, en regard des multiples projets fédéraux de normes consacrant la médiation pénale, est de la plus grande actualité.⁵⁴

Il est de notre conviction profonde qu'une sensibilité accrue aux potentialités de la «troisième voie» permettrait d'aborder de manière plus sereine certains termes du débat sur l'insécurité qui nous a submergé avec tant de force et de persistance depuis les semaines qui ont précédé les élections présidentielles françaises de ce mois d'avril 2002. Si souvent invoquée avant et après ces scrutins, la notion de «tolérance zéro», en particulier, pourrait enfin regagner des rivages plus réalistes. Car si elle est évidemment absurde dans son expression new-yorkaise hyper-répressive, dont le seul effet aura été de faire exploser le surpeuplement carcéral de cette ville, cette formule peut trouver un sens très respectable dans un esprit de *médiation, de réparation et de proximité*: celui d'une justice qui, pareille à un bon père de famille, ne laisserait aucun écart de ses enfants sans réaction, mais leur fournirait au contraire une réponse systématique, proportionnée, individualisée, aimante enfin, dont le dialogue et la vertu de responsabilisation seraient les principaux ingrédients.

54 Voir à ce propos notre article à paraître indiqué sous note 3.

