

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	139 (2020)
Artikel:	Règlement consensuel des différends en droit pénal
Autor:	Perrier Depeursinge, Camille
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-1052943

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: 22.01.2026

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

Règlement consensuel des différends en droit pénal

CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE*

* Dr iur., Professeure de droit pénal général et spécial ainsi que de modes amiables de règlement des conflits en droit pénal à l'Université de Lausanne, avocate à Lausanne. L'auteure remercie chaleureusement M. Ryan Gauderon, MLaw, doctorant au centre de droit pénal, pour sa relecture attentive et ses suggestions pertinentes.

Table des matières

A. Introduction	100
B. Le «conflit pénal» et son règlement à travers l'histoire	101
I. Etendue du droit pénal: «publicisation» progressive de conflits privés	102
II. Canalisation de la vengeance et composition	104
III. Avènement de la procédure pénale publique: du système compensatoire au système punitif	105
IV. Quelques constats intermédiaires	108
C. Le règlement consensuel des différends en droit pénal suisse: <i>de lege lata</i>	109
I. Dispositions procédurales	109
1. Conciliation pénale	109
a. Champ d'application matériel et temporel	110
aa. Infractions poursuivies sur plainte	110
bb. Infractions auxquelles l'art. 53 CP serait applicable	111
cc. Autorités pénales saisies et procédure pénale pendante	112
b. Procédure	113
c. Conséquences	114
aa. Conciliation aboutie	114
bb. Echec de la conciliation	117
2. Procédure simplifiée	118
3. Médiation pénale	120
a. Champ d'application matériel et temporel	121
b. Procédure	122
c. Conséquences	123
II. Droit matériel	125
1. Réparation	125
2. Repentir sincère	128
3. Fixation de la peine en général	128
III. Appréciation critique	129
1. Le moment de la résolution amiable	129
2. La mise en œuvre des processus	130
3. Le contenu de la résolution amiable	131
4. Les conséquences de la résolution amiable sur la procédure pénale	132
5. La limitation du champ d'application des modes de résolutions amiables	133
6. Conclusions intermédiaires	134
D. Le règlement consensuel des différends de nature pénale <i>de lege ferenda</i>	135
I. Justice restaurative	135
1. Définition	135
2. Processus mettant en œuvre la justice restaurative	136
a. Médiation pénale ou dialogue victime-auteur	138
b. Conférences	140
c. Cercles	141
d. Autres pratiques	143
3. Institutionnalisations possibles de ces processus	143
4. Effets et résultats d'études criminologiques	145
a. Récidive, réduction des coûts et désistance	146
b. Réinsertion et satisfaction des victimes et des auteurs d'infractions	147
II. Intégration de la justice restaurative en droit suisse	149
E. Conclusion	151

A. Introduction

De prime abord, il peut sembler incongru de parler de «règlement consensuel des différends en droit pénal». Ce dernier domaine du droit est en effet précisément caractérisé par le fait que l'autorité pénale impose une sanction à un individu (ou une entreprise) en raison de la transgression d'une norme de comportement, et cette sanction n'est, en principe, pas susceptible de négociation ou d'accord.

Cependant, l'infraction pénale, dans de très nombreux cas, crée des dommages (à l'intégrité corporelle ou sexuelle de la victime, au patrimoine du lésé, mais aussi à la réputation d'une personne, à l'entourage du prévenu, à la famille entière de la victime, etc.). Telle une pierre jetée dans un lac, l'infraction frappe d'abord au centre de son point d'impact, mais ses effets se déploient sur divers cercles plus ou moins élargis. La société dans son ensemble est atteinte par un assassinat violent, mais moins sans doute que le voisinage direct de la victime ou de l'auteur et encore moins que leurs proches respectifs. Le droit pénal vise ainsi à protéger aussi bien la communauté en général que les personnes qui la composent. Lorsqu'il échoue et qu'une infraction est commise, cela implique non seulement de la souffrance auprès de ces personnes, mais également un devoir de réparer celle-ci, d'une manière ou d'une autre.

Historiquement, l'infliction d'un mal à la suite de la transgression d'une norme n'intervient pas immédiatement. L'organisation des communautés (Romains, Germaniques, villes du nord de la France, etc.) se concentre d'abord sur la canalisation du droit de vengeance et le montant de la réparation à verser à la victime et à sa famille. La forme du «procès pénal» en est le reflet; victime et auteur s'y opposent dans un procès-duel, de type accusatoire, où le juge n'a qu'un rôle d'arbitre et n'est saisi qu'en dernier recours, lorsque le règlement consensuel a échoué.

La présente contribution se concentre ainsi sur les vestiges de ce temps en droit positif. Nous verrons dans quelle mesure il est encore possible pour les principaux concernés par l'infraction, soit le prévenu et le lésé, de s'entendre. Nous examinerons encore la portée d'une transaction intervenue entre les parties. Les négociations et accords éventuels entre le prévenu et l'autorité pénale (soit en préalable à une ordonnance pénale, à un classement basé sur l'art. 53 CP¹ ou dans le cadre d'une procédure simplifiée selon les art. 358 ss CPP²) ne seront traités que de façon marginale. Nous chercherons d'abord à mettre en lumière le règlement consensuel des différends de nature pénale qui surviennent entre individus.

Il faudra admettre que le droit suisse est faiblement doté à cet égard; rares sont les dispositions qui favorisent la transaction pénale. Les tribunaux sont en

1 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CPP; RS 311.0).

2 Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (Code de procédure pénale, CPP; RS 312.0).

outre restrictifs lorsqu'il s'agit de tenir compte d'un tel accord. Un autre modèle de justice, en vigueur principalement à l'étranger, permet cependant de redonner une place aux personnes directement touchées par une infraction pénale, dans un but de réparation des dommages qui en sont issus. Il s'agit de la *justice restaurative* qui, à travers ses différents outils et au vu de ses résultats auprès des parties, constitue selon nous un modèle de justice propre à inspirer le législateur suisse.

B. Le «conflit pénal» et son règlement à travers l'histoire

Sans nullement prétendre à faire un historique complet du droit pénal et de la procédure criminelle³, nous nous bornerons à mettre en exergue certains éléments à même d'éclairer sous un jour différent le procès pénal que nous connaissons aujourd'hui. Il s'agit d'une lecture éminemment subjective, dirigée par la volonté de comprendre comment, en s'organisant en communautés, les individus en sont venus à abandonner le pouvoir de régler seuls leurs différends de nature pénale, tout en donnant au juge le pouvoir de sanctionner l'auteur. Cependant, l'histoire du droit pénal n'a rien de linéaire; les époques et civilisations se succèdent sans continuité dans la construction de la justice criminelle. L'édifice «droit pénal» est construit, puis détruit, puis construit à nouveau, parfois au moyen de matériaux recyclés ou empruntés ailleurs. Certains modèles ressurgissent, mais on ne peut y voir systématiquement une volonté d'amélioration. Nous ferons donc la lumière sur certains aspects, à certaines périodes, seulement.

Trois éléments nous semblent particulièrement mériter notre attention: les importantes variations dans la définition du «conflit de nature pénale», la place centrale de modèles consensuels de règlement de ces conflits à travers l'histoire et les motifs pour lesquels la procédure pénale est désormais régie par la forme inquisitoire, c'est-à-dire initiée par le magistrat et dont l'issue dépend presque exclusivement de la décision de celui-ci⁴.

3 Pour cela, nous renvoyons à JEAN-MARIE CARBASSE, avec la collaboration de PASCAL VIEL-FAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., Paris 2014; MARK PIETH, *Stafrechtsgeschichte*, Bâle 2015; HINRICH RÜPING et GÜNTER JEROUSCHEK, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 6^e éd., Munich 2016.

4 En histoire du droit pénal, on oppose en effet la procédure pénale de type «accusatoire» à l'«inquisitoire». La procédure accusatoire suppose qu'un plaignant la déclenche; à défaut, le juge ne peut pas enquêter. Une fois lancé, le procès pénal se déroule sous la forme d'un duel entre l'accusateur et l'accusé. Le juge se contente, à la fin du duel, de constater de quel côté est le bon droit, pour attribuer à la victime le montant de la réparation. En revanche, la procédure inquisitoire est, quant à elle, engagée par le magistrat, qui représente la communauté ou l'intérêt public. Il peut agir d'office, dès qu'il a connaissance de l'infraction. Il enquête sur les faits et, le cas échéant, condamne à une peine. Dans ce système, la victime est en arrière-plan ou n'intervient pas du tout. Sur cette distinction, v. CARBASSE (note 3), p. 15 s.

I. Etendue du droit pénal: «publicisation» progressive de conflits privés

On peut définir le droit pénal comme un ensemble de règles dont la violation est assortie d'une sanction de nature pénale, c'est-à-dire à but punitif et dissuasif⁵. Le droit pénal joue le rôle de «ligne rouge», délimitant les comportements définis comme tellement antisociaux qu'ils méritent d'être punis. Par la crainte de la sanction qu'il prévoit, le droit pénal entend protéger les justiciables contre ceux qui ne sont pas suffisamment contenus par leur éducation, leur morale ou encore la crainte pour leur réputation, par exemple⁶. Comme dernier rempart, le droit pénal assure encore le respect d'actes et de décisions rendues en droit civil et administratif (art. 286–292, 294 CP). Vu sous cet angle, le droit pénal joue un rôle essentiel dans une société moderne, comme *corpus* de règles fondamentales prétendant assurer une forme de cohésion sociale.

Ainsi défini, il est difficile d'imaginer une société organisée et pacifiée dans laquelle le droit pénal est inexistant. Cependant, l'histoire de la justice criminelle est ponctuée de périodes, parfois longues, où il n'existe pas de pouvoir central suffisamment fort pour faire respecter des règles de nature strictement pénale. Bien plus, durant de longues périodes, il n'existe tout simplement pas de telles règles. Nous ne citerons que deux exemples, tirés de l'histoire de notre civilisation, à l'appui de ce constat.

Soulignons en premier lieu la distinction qu'effectuait le droit romain entre délits publics (*crimen*, au pluriel *crimina*) et délits privés (*delictum*, au pluriel *delicta*). Avant l'avènement de la République (qui intervient vers 509 av. J.-C.), puis également par la suite, le droit romain distinguait ainsi les infractions lésant les intérêts publics, concernant la communauté toute entière, de celles qui n'atteignaient que la sphère des intérêts privés, concernant uniquement des individus. Aux débuts de la République, le droit pénal public était rare; seuls les crimes politiques ou ayant trait à la religion étaient réprimés par les magistrats au moyen d'une procédure pénale pouvant aboutir à un châtiment⁷. Les *delicta*, telle l'*injuria* (atteintes corporelles et injures verbales) ou le vol (*furtum*), qui lèsent des intérêts privés, étaient réglées selon une procédure essentiellement civile, dans laquelle le lésé intervenait comme plaignant pour réclamer au prévenu une réparation (appelée *poena* compensatoire), fixée en

5 V. notamment MARTIN KILLIAS, ANDRÉ KUHN et NATHALIE DONGOIS, *Précis de droit pénal général*, 4^e éd. 2016, p. 1 s. sur les caractéristiques de la sanction pénale.

6 Nous empruntons ici au préambule de l'Ordonnance criminelle qu'a rendue Louis XIV en 1670 à Saint-Germain-en-Laye: «[...] Règlement de l'instruction Criminelle, qui est d'autant plus importante, que non seulement elle conserve les particuliers dans la possession paisible de leurs biens, ainsi que la Civile; mais encore elle assure le repos public, & contient par la crainte des châtiments, ceux qui ne font pas retenus par la considération de leur devoir», texte original mis en ligne par la Bibliothèque nationale de France (www.bnf.fr), département Droit, économie, politique, F-12143.

7 CARBASSE (note 3), p. 34 s. et 56 ss. Sur les peines du droit romain et leur développement, v. ce même auteur, p. 73 ss.

fonction des circonstances de l'acte et de la valeur du bien atteint⁸. C'est principalement dès l'époque d'Auguste (27 av. J.-C.) que s'est développé le «droit pénal public»⁹. Tel a été le cas par l'introduction d'infractions nouvelles (comme le déplacement de bornes) ou la transformation en crimes publics de comportements qui n'étaient que des délits privés, parce qu'ils lésaient en outre l'ordre public (par exemple: vol de bétail, vol dans les thermes ou vol avec effraction)¹⁰. Toutefois, lorsque l'infraction était à l'origine un délit privé, devenu un crime public, le lésé avait le choix d'agir au civil pour demander réparation, ou au pénal pour obtenir le châtiment du coupable¹¹. La tendance à l'extension du droit pénal public s'est poursuivie et fortement accentuée sous le Bas-Empire (III^e siècle ap. J.-C.), avec en outre l'avènement de sanctions corporelles cruelles, infligées publiquement afin de dissuader les criminels.

De même que sous les premiers temps de l'ère romaine, à la suite des grandes invasions barbares du V^e siècle, le droit pénal public a pratiquement disparu. Il faut attendre le XII^e, voire le XIII^e siècle de notre ère pour que le pouvoir central (royal ou impérial) commence à être suffisamment fort pour définir des infractions et assurer la répression de celles-ci¹². Avant cette période, les véritables «infractions pénales», telles les homicides, rapt et trahisons, qui pouvaient être sanctionnées à l'issue d'un procès, étaient rares¹³. Ce n'est qu'au cours des quatre derniers siècles du Moyen-Age que le droit pénal public s'est développé, pour définir également des infractions de moindre importance, puis fixer les peines applicables. Cette évolution s'est poursuivie jusqu'à aujourd'hui, où de nombreux conflits de nature purement privée peuvent être portés devant le juge pénal.

C'est également au cours des XIII^e au XV^e siècles que la procédure inquisitoire s'est progressivement généralisée¹⁴. Est-ce à dire que l'anarchie et l'insécurité régnèrent pendant près de dix siècles, de la chute de Rome au Bas Moyen-Age? Il est fréquent de lire que la vengeance privée était alors la règle et débouchait sur des querelles et guerres infinies¹⁵. Bien qu'on ne puisse nier

8 CAMILLE PERRIER, *La médiation en droit pénal suisse: Etude de la législation suisse relative à la médiation pénale à la lumière des droits français, allemand et belge*, Bâle 2011, p. 10 s.; CARBASSE (note 3), p. 34 et 66 ss.

9 Concédons toutefois que le développement du droit pénal public a commencé au milieu du II^e siècle avant notre ère, avec un essor marqué sous la dictature de Sylla (82–79), lequel a fait voter des lois réprimant selon une procédure de droit pénal public de nouvelles infractions, comme les fraudes électorales ou les falsifications de testaments.

10 CARBASSE (note 3), p. 42 ss.

11 CARBASSE (note 3), p. 70.

12 RENÉ PAHUD DE MORTANGES, *Schweizerische Rechtsgeschichte: Ein Grundriss*, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2017, p. 133 ss; CARBASSE (note 3), p. 90 ss. Il y a toutefois une période, à l'époque carolingienne, où Charlemagne parvient à ressusciter le droit pénal public existant sous le Bas-Empire romain, notamment à l'égard des brigands ou des sorciers, v. PERRIER (note 8), p. 13.

13 CARBASSE (note 3), p. 89 ss.

14 V. ci-après: chiffre III.

15 V. notamment KILLIAS, KUHN et DONGOIS (note 5), p. 4.

l'existence de telles *vendetta*, on doit également souligner l'adoption systématique de règles qui canalisèrent la vengeance, précisément pour éviter qu'elle ne dégénérât.

II. Canalisation de la vengeance et composition

En l'absence de règles de droit pénal public, les hommes ont systématiquement adopté des règles fixant (parfois très précisément) le montant à payer à la victime ou à son clan pour l'indemniser et lui racheter son droit à la vengeance. Ce versement avait en outre, dans certains cas, un caractère punitif. On peut désigner le montant en question par le terme générique de «composition»¹⁶.

Le premier exemple et le plus évident de règles fixant un tel tarif est celui qui figure dans la Loi des XII Tables (autour de 451 av. J.-C.), applicable aux premiers temps de la République romaine. Les tables VIII et XII fixaient d'une part un prix à payer en dédommagement de la victime (la *poena* compensatoire)¹⁷ et d'autre part la loi du Talion pour des crimes plus graves. Si, par la suite, le droit pénal public romain s'est développé et que les peines se sont diversifiées, la *poena* est néanmoins restée en vigueur jusqu'à la chute de l'Empire¹⁸.

Les lois germaniques comportaient également de tels «tarifs». La loi salique (applicable aux Francs) rendit même l'acceptation de la composition obligatoire, pour éviter que la vengeance ne puisse dégénérer¹⁹. A l'époque franque, la réparation était l'unique «peine» à laquelle l'accusé pouvait être condamné²⁰. Le montant de la composition (ou *Wergeld*²¹) était fixé dans la loi de façon très précise, en fonction notamment de la victime (Franc, Gallo-romain, jeune fille ou femme enceinte, etc.), de la nature de l'acte (commis par l'épée, noyade, etc.) ou de l'importance du dommage causé²². Cependant, seuls les deux tiers

16 Sur ce sujet en particulier, v. NUMA DENIS FUSTEL DE COULANGES, *La monarchie franque*, Paris 1988, p. 471 ss.

17 Par exemple une règle de la table VIII: «*Manu fustive si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subito si iniuriam faxxit, viginti quinque poenae sunt.*» (Si quelqu'un casse les os d'un autre à la main ou à l'aide d'une massue, que la compensation soit de 300 sesterces, si c'est un esclave, 150, s'il a fait un simple mal, 25).

18 CARBASSE (note 3), p. 65 ss.

19 CARBASSE (note 3), p. 95 ss.

20 ELMAR G. M. WEITEKAMP, *The History of Restorative Justice*, in: Gordon Bazemore et Lode Walgrave (éds), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, Monsey 1999, p. 75–102, spec. 84 s.; FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, *Wiedergutmachung und Genugtuung im Strafprozess vom 16. bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts*, in: Heinz Schöch (éd.) *Wiedergutmachung und Strafrecht*, Neue Kriminologische Studien, T. 4, Munich 1987, p. 9 ss, spec. 19 ss.

21 Ce qui signifie le «prix de l'homme» et a été originellement fixé pour les homicides, mais appliqué par la suite par extension aux autres infractions moins graves.

22 V. JEAN FRANÇOIS AIMÉ PEYRÉ, *Lois des Francs, Contenant la Loi Salique et la Loi Ripuaire, Suivant le Texte de Dutillet*, Paris 1828.

de ce prix étaient versés à la victime ou à sa famille (en tant que part de la vengeance: le *faidus*, de *faida*: vengeance). Le tiers restant était payé au roi, comme amende pour trouble de la paix publique: le *fredus*, de *friede*: paix²³. La loi Gombette (applicable aux Burgondes), antérieure, contient également de tels tarifs²⁴, tout comme la loi ripuaire²⁵, rédigée postérieurement à la loi salique, au VII^e siècle.

Soulignons qu'à l'époque, les victimes n'avaient recours aux tribunaux et aux tarifs indiqués que si les parties en cause n'avaient pu s'entendre seules. Fréquemment aidées par des hommes d'Eglise, elles signaient des pactes de paix ou de sécurité, qui scellaient l'accord et fixaient le montant de la composition²⁶. La procédure judiciaire, essentiellement «accusatoire»²⁷, reposait entièrement sur la volonté du lésé et de son clan de saisir le juge pour obtenir le montant de la compensation. L'accusateur s'opposait alors à l'accusé et le juge n'avait qu'un rôle d'arbitre²⁸. Corollaire inévitable: si le malfaiteur était puissant, que le lésé n'avait pas de moyens ou craignait de saisir la justice²⁹, le coupable restait impuni. C'est une des raisons qui ont motivé la transformation de la procédure pénale.

On constate néanmoins que la «vengeance» a toujours très rapidement été encadrée et canalisée, dans l'idée d'assurer d'une part la paix publique et, d'autre part, une forme d'indemnisation aux victimes³⁰.

III. Avènement de la procédure pénale publique: du système compensatoire au système punitif

L'adoption du droit pénal public (et répressif) est apparue matériellement nécessaire, d'une part parce que l'idée s'est répandue que l'argent ne devait pas permettre de s'absoudre de certains crimes³¹, et d'autre part pour éviter que

23 CARBASSE (note 3), p. 103 ss.

24 V. GEORGE AUGUSTE MATILE, *Etudes sur la loi Gombette*, Turin 1847.

25 PEYRÉ (note 22), p. 229 ss.

26 DOMINIQUE BARTHÉLEMY, La vengeance, le jugement et le compromis, in: *Actes des congrès de la Société des historiens médiévistes de l'enseignement supérieur public*, 31^e congrès, Angers, 2000. Le règlement des conflits au Moyen Âge, p. 11–20. Cet auteur insiste sur le fait que les jugements des tribunaux entérinaient des accords privés ou rendaient des décisions qui y étaient fortement similaires. V. ég. PERRIER (note 8), p. 13; CARBASSE (note 3), p. 195 ss.

27 Sur la distinction entre procédure inquisitoire et accusatoire dans l'histoire de la justice criminelle, v. note 4.

28 PAHUD DE MORTANGES (note 12), p. 133 ss.

29 Ajoutons que les tribunaux médiévaux appliquaient le système dit de la «rétorsion de la peine», hérité de l'époque romaine, qui signifie que le plaignant qui ne parvient pas à démontrer le bien-fondé de son accusation est condamné à la peine à laquelle l'accusé était exposé.

30 BARTHELEMY (note 26), p. 14 ss.

31 CARBASSE (note 3), p. 123. Idée qui a gardé toute sa pertinence aujourd'hui encore; v. à cet égard l'initiative parlementaire n° 10.519 de Daniel Vischer, qui a guidé la modification du texte de l'art. 53 CP, afin qu'elle ne puisse plus donner «l'impression [qu'elle] était appliquée de telle

certains crimes ne demeurent impunis³². Pour assurer la répression, il fallait également réformer la procédure: il est apparu nécessaire de combler les lacunes du système accusatoire en prévoyant, d'abord dans certains cas puis de manière plus générale, que le juge puisse ouvrir une enquête sans le concours d'un plaignant, c'est-à-dire une procédure inquisitoire³³.

Les facteurs ayant facilité ce tournant aux XII^e et XIII^e siècles sont multiples³⁴; on a évoqué les lacunes du système accusatoire, mais il faut aussi signaler l'importance de la redécouverte du droit pénal romain du Bas-Empire (le *Corpus Iuris Civilis* de Justinien), dont le volet pénal prévoit la procédure inquisitoire et des sanctions pénales particulièrement sévères et visibles, dans une perspective de prévention générale³⁵. Le droit romain a considérablement influencé non seulement le droit canonique mais également les statuts de villes du Nord de l'Italie puis celles du Midi de la France. La procédure inquisitoire s'est encore répandue grâce à l'influence de plus en plus importante des Cours d'Eglise (ou *Officialités*³⁶), où elle pouvait dans certains cas être applicable³⁷. Originellement créés pour juger les infractions commises par les membres de l'Eglise (non seulement les clercs, mais aussi les étudiants, pèlerins et croisés) ou qui avaient trait à la religion (hérésie, sacrilège, blasphème, etc.), ces tribunaux d'exception ont gagné en importance au XIII^e siècle. Enfin, la concentration du pouvoir dans les mains du souverain a également été un facteur de généralisation de la procédure inquisitoire. L'enjeu est essentiel: le souverain marque sa puissance en intervenant d'office et en sanctionnant les criminels. Comme le relève Dupont-Bouchat, le droit pénal public va de pair avec la création de l'Etat³⁸.

sorte qu'elle permettait aux personnes qui en avaient les moyens d'échapper facilement aux sanctions» (FF 2018 3882).

- 32 GÜNTER JEROUSCHEK, «Ne crima remaneant impunita»: Auf daß Verbrechen nicht ungestraft bleiben: Überlegungen zur Begründung öffentlicher Strafverfolgung im Mittelalter, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Kanonistische Abteilung 89 vol. 1 (2013), p. 323–337. Cet auteur démontre que, si Innocent III n'a peut-être pas été à l'origine de la redécouverte de ce principe, il a fortement contribué à sa popularité.
- 33 V. note 4.
- 34 Sur le tournant du XIII^e siècle vers la procédure inquisitoire, v. CARBASSE (note 3), p. 188 ss; PERRIER (note 8), p. 16 ss; PETER LANDAU «Ne crima maneant impunita». Zur Entstehung des öffentlichen Strafanspruchs in der Rechtswissenschaft des 12. Jahrhunderts, in: Mathias Schmoekel, Orazio Condorelli et Franck Roumy (éds), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, Tome 3: Straf- und Strafprozessrecht, Cologne/Weimar/Vienne 2012, p. 23–35.
- 35 CARBASSE (note 3), p. 127 ss; WINFRIED TRUSEN, IX. Der Inquisitionsprozeß: Seine historischen Grundlagen und frühen Formen, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Kanonistische Abteilung, 74 (1), 1988, p. 168–230, 219 ss.
- 36 Du nom de l'*official*, ecclésiastique spécialement chargé par les évêques de juger en leur nom.
- 37 Sur la procédure inquisitoire devant les Cours d'Eglise, son origine et ses conditions, v. l'article très détaillé de TRUSEN (note 35).
- 38 MARIE-SYLVIE DUPONT-BOUCHAT, Le crime pardonné: la justice réparatrice sous l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e siècles), Criminologie, volume 32, numéro 1, printemps 1999, p. 31–56, p. 33.

Dès le XII^e siècle également, la transaction pénale sera progressivement proscrite. Certaines sources de droit médiéval postulent que l’interdiction de l’accord victime-auteur n’a pas immédiatement concerné toutes les infractions, mais uniquement une partie des infractions susceptibles d’une peine de mort, soit en particulier l’adultère et le rapt ainsi que les infractions moins graves³⁹. Les autres infractions possibles de la peine capitale, tel l’homicide, pouvaient en revanche faire l’objet d’une transaction avec le lésé, afin d’épargner au coupable la peine de mort. Cependant, en France, dans la seconde moitié du XIII^e siècle, dès lors que le pouvoir de juger et de punir leur appartenait, les souverains ont promulgué des ordonnances interdisant de façon générale toute forme de transaction judiciaire pénale⁴⁰. Il ne fallait plus laisser aux particuliers le pouvoir de s’entendre sur des litiges de nature pénale, dont le règlement incombait exclusivement au roi. Bien que les transactions judiciaires soient devenues illicites, elles ont perduré pendant plusieurs siècles, et ce particulièrement en pays de coutume⁴¹. En effet, la procédure accusatoire et la possibilité de signer un pacte de paix avait été un point essentiel, réclamé par les bourgeois des villes du Nord de la France au XII^e siècle, précisément pour se prémunir contre l’arbitraire des seigneurs. L’objectif était de ne pas pouvoir être poursuivi à bien plaisir, en l’absence d’un quelconque plaignant⁴².

Néanmoins, les grandes codifications intervenues en France et dans le Saint Empire Romain Germanique au XV^e siècle⁴³ font la part belle à la procédure inquisitoire et aux peines exemplaires, reléguant à l’arrière-plan la victime et la réparation⁴⁴. Les codifications françaises et, dans une certaine mesure, germaniques, ont influencé le droit applicable en Suisse⁴⁵. Ces lois ont posé le cadre du procès pénal actuel en consacrant la justice pénale que nous connaissons aujourd’hui, soit une enquête initiée et dirigée par un magistrat ainsi qu’un droit pénal «public» visant à infliger une sanction au coupable⁴⁶. Dans un tel contexte, la victime n’a plus de rôle central: elle peut certes participer et réclamer une réparation, mais elle n’a plus d’influence sur le sort de l’action publique; l’Etat punit, ce qui consacre le passage d’un modèle de justice compensatoire à un modèle répressif.

39 LANDAU (note 34), p. 28 s.

40 Sur l’interdiction progressive des transactions, v. CARBASSE (note 3), p. 193 ss et les références aux ordonnances des rois de France qu’il contient.

41 CARBASSE (note 3), p. 195 ss.

42 PERRIER (note 8), p. 15 s.

43 Soit la Constitutio Criminalis Carolina de 1532 et l’Ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539.

44 PERRIER (note 8), p. 21 s.

45 Sur l’influence de la Caroline en Suisse, lire: ALBERT MEIER, *Die Geltung der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. im Gebiete der heutigen Schweiz*, thèse Berne, 1911, spéc. p. 121 ss. Sur l’influence de la législation française en Suisse, lire MICHAEL ALKALAY, *Das materielle Strafrecht der französischen Revolution und sein Einfluss auf Rechtsetzung und Rechtsprechung der Helvetischen Republik*, thèse Zurich 1984, p. 112 ss.

46 Le lecteur nous pardonnera la rapidité avec laquelle nous passons sur les codifications de l’Ancien Régime; il trouvera un résumé plus détaillé dans une publication antérieure (PERRIER [note 8], p. 21 ss) ainsi que, pour le XIX^e siècle, chez PAHUD DE MORTANGES (note 12), p. 254 ss.

IV. Quelques constats intermédiaires

Ces quelques éléments de l'histoire du droit pénal et de la procédure pénale nous ont permis de prendre conscience que la notion de crime varie considérablement au cours des siècles. C'est de façon très changeante que les hommes ont assigné au domaine pénal ou civil tel ou tel «acte qui cause un dommage». Alors que le rapt était l'une des seules infractions de droit pénal public au Haut Moyen-Age, le Code pénal suisse n'entend plus punir celui qui parvient à ravir à un tiers son épouse légitime – pour autant bien sûr que cette dernière y consente. A l'inverse, notre code punit comme l'un des crimes les plus graves la traite d'êtres humains (art. 182 CP, passible d'une peine privative de liberté jusqu'à 20 ans), alors que la vente d'esclaves païens par les marchands vénitiens était un commerce tout à fait respectable au X^e siècle. Pour trivial qu'il soit, ce constat permet de réfléchir au caractère indispensable – ou non – d'un droit pénal public dont le champ d'application est aussi large que celui que nous connaissons aujourd'hui.

En outre, l'avènement du droit pénal public n'a pas mis fin à une époque enlisée dans la vengeance privée, barbare et sans limite⁴⁷. Nous empruntons le constat suivant à ROULAND⁴⁸: «Ce que l'Etat moderne a éradiqué, ce n'est pas la violence ni la vengeance, mais le système vindicatoire, qui avait au moins l'avantage de les canaliser en les enserrant dans une stricte régulation d'ordre juridique». Aujourd'hui, la colère ressentie par la victime et sa famille doit trouver un exutoire dans la sanction infligée au prévenu condamné. Cela suppose toutefois que la culpabilité puisse être établie et, le cas échéant, que la sanction leur paraisse appropriée – ce qui est rarement le cas⁴⁹.

Enfin, soulignons que la procédure purement inquisitoire et répressive ne trouve pas sa source uniquement dans les limites et carences du système accusatoire et compensatoire. Il ne s'agit que d'une partie de l'explication. Si la possibilité d'agir d'office était indispensable pour éviter que certains crimes ne restassent impunis, l'interdiction de la transaction pénale et l'infliction de la sanction ont également été souhaitées d'abord par les représentants du pouvoir, afin d'asseoir celui-ci et d'assurer qu'ils en aient le monopole.

S'il faut saluer l'interdiction de la vengeance privée, nous constatons que de nombreuses victimes souffrent d'avoir été mises à l'écart du règlement d'un conflit qui les concerne au premier chef⁵⁰. Certes, la victime a la possibilité d'intervenir en procédure pénale pour y réclamer une réparation pécuniaire

47 Eg. BARTHÉLEMY (note 26).

48 NORBERT ROULAND, *Aux confins du droit, Anthropologie juridique de la modernité*, Paris 1991, p. 88.

49 NOËLLE LANGUIN et CHRISTIAN-NILS ROBERT, *Quel rôle pour la victime dans le procès pénal?*, Plädoyer 2008 no 3, p. 56–61, spéc. p. 58 ss.

50 LANGUIN/ROBERT (note 49), p. 60, contribution dans laquelle les auteurs ont identifié au moyen d'une étude qualitative que certaines victimes souhaitaient être entendues et reconnues.

(art. 122 à 126 CPP). Cependant, la place que lui réserve le Code de procédure pénale est mal ajustée à certains de ses besoins; et pour cause, lorsque la victime attend une reconnaissance de ses souffrances et un procès à vertus cathartiques, elle se heurte à la réalité de la justice pénale dont l'objet est, et doit rester, l'établissement de la culpabilité de l'auteur – non du mal subi par la victime.

Ces constats intermédiaires nous permettent d'appréhender avec quelque distance le système pénal que nous connaissons en droit suisse et de voir, peut-être, sous un autre jour les modes amiables de règlement des différends de nature pénale qui sont prévus non seulement en droit positif, mais également à l'étranger.

C. Le règlement consensuel des différends en droit pénal suisse: *de lege lata*

Certes, l'Etat moderne a éradiqué le système de vengeance privée et le principe universel de la composition, mais il a laissé – ou réinstauré – en procédure des possibilités pour l'auteur et la victime de régler à l'amiable leur différend de nature pénale. Le droit pénal matériel permet également, dans une certaine mesure, de valoriser une telle transaction si elle intervient de façon spontanée.

I. Dispositions procédurales

Quelques dispositions du Code de procédure pénale et de la Procédure pénale applicable aux mineurs facilitent le règlement consensuel des différends entre le prévenu et le lésé. La loi reste relativement succincte mais prévoit néanmoins trois types de processus: la conciliation pénale, la procédure simplifiée et la médiation pénale.

1. Conciliation pénale

La conciliation pénale peut être définie comme un processus de règlement consensuel des différends de nature pénale mené par le juge ou le procureur et opposant le lésé au prévenu⁵¹. Elle peut intervenir dès le début d'une procédure

51 V. également CAMILLE PERRIER, Conciliation et médiation, in: François Bohnet et André Kuhn (éds), la Procédure pénale applicable aux mineurs, Neuchâtel 2011, p. 103–127, p. 107 s.; CATHERINE HOHL-CHIRAZI et RITA SETHI-KARAM, En chemin vers la résolution du conflit pénal, in: Laurent Hirsch et Christophe Imhoos (éds), Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, Genève 2018, p. 7–46, p. 39; BERNHARD STRÄULI, La résolution amiable des différends en matière pénale, in: Jean Mirimanoff (éd.), La résolution amiable

pénale et permet le classement de celle-ci en cas d'aboutissement. En droit suisse, elle est réglementée à l'art. 316 et 332 al. 2 CPP, ainsi que, pour les mineurs, à l'art. 16 PPMIn. Cette dernière disposition se limite en réalité à poser les deux spécificités de la conciliation pénale applicable au prévenu mineur: (1) elle n'est jamais qu'une possibilité offerte au juge (qui n'est donc pas constraint de la tenter)⁵² et (2), lorsque c'est la réparation que celui-ci tente d'obtenir, la loi renvoie à l'art. 21 al. 1 let. c DPMIn, non à l'art. 53 CP qui ne s'applique qu'aux délinquants adultes⁵³. Ces différences étant mineures, nous examinerons essentiellement le texte de l'art. 316 CPP.

Les deux premiers alinéas de l'art. 316 CPP traitent du champ d'application de la conciliation, c'est-à-dire (aa) les infractions poursuivies sur plainte (art. 316 al. 1 CPP) et (ab) les infractions poursuivies d'office mais pour lesquelles une exemption de peine selon les art. 53 CP et 21 al. 1 let. c DPMIn entre en ligne de compte (art. 316 al. 2 CPP). Le troisième alinéa envisage les conséquences pour ces deux types d'infractions lorsque la conciliation aboutit et le quatrième la suite à donner à la procédure si tel n'est pas le cas. La procédure de conciliation elle-même n'est que très brièvement abordée.

a. *Champ d'application matériel et temporel*

aa. Infractions poursuivies sur plainte

La conciliation pénale concerne essentiellement les infractions poursuivies sur plainte, visées par l'art. 316 al. 1 CPP. En effet, en cas d'accord, le lésé retire sa plainte et l'infraction en question est classée en application de l'art. 319 al. 1 let. d CPP⁵⁴. Contrairement à ce qu'indique le texte légal, le ministère public peut tenter la conciliation également lorsque la procédure ne concerne pas «exclusivement» des infractions poursuivies sur plainte. Seul le texte français de l'art. 316 al. 1 CPP fait mention de cet adverbe, de sorte que le Tribunal fédéral a confirmé que la tentative de conciliation était licite lorsque la procédure visait également des infractions poursuivies d'office⁵⁵.

On rappelle brièvement que la nécessité d'une plainte concerne une quarantaine d'infractions du Code pénal, soit:

-
- des différends en Suisse, Berne 2016, p. 99–144, p. 101 ss (qui ne définit toutefois pas ce processus spécifiquement).
- 52 Contrairement à ce que semble indiquer le texte légal applicable aux adultes, soit l'art. 316 al. 2 CPP, qui impose au procureur de tenter la conciliation lorsqu'une exemption de peine au titre de réparation est envisageable. Cette obligation nous paraît cependant toute relative (v. infra, paragraphe a/ab).
- 53 AURELIEN STETTLER, art. 16 PPMIn N 84, in: Nicolas Quéloz (éd.), Co DPMIn-PPMin, Genève/Zurich 2018.
- 54 En effet, le retrait de la plainte pénale implique qu'une condition de l'ouverture de l'action pénale n'est plus réalisée, situation spécifiquement visée à l'art. 319 al. 1 let. d CPP.
- 55 ATF 140 IV 118 c. 3 (fr.). Cet adverbe sera très vraisemblablement supprimé du texte légal lors de la prochaine modification du CPP, dont le projet peut être consulté à la FF 2019 6437.

- les lésions corporelles simples et les voies de fait⁵⁶ (art. 123, 125 et 126 CP);
- les infractions contre le patrimoine de faible gravité ou intervenues au préjudice de proches ou de familiers (art. 137 ch. 2, 138 ch. 1 al. 3, 139 ch. 4, 141, 141^{bis}, 142 al. 1, 143 al. 2, 143^{bis} al. 1, 144 al. 1, 144^{bis} ch. 1, 145, 146 al. 3, 147 al. 3, 149 à 151, 158 ch. 3, 162, 165 ch. 2, 172^{ter} CP);
- toutes les infractions contre l'honneur (art. 173 à 178 CP) et la quasi-totalité des infractions contre le domaine secret⁵⁷ (art. 179 à 179^{novies} CP);
- les menaces (art. 180 al. 1 CP, sauf en cas de violences domestiques) et la violation de domicile (art. 186 CP);
- l'exhibitionnisme (art. 194 al. 1 CP) et les contraventions contre l'intégrité sexuelle (art. 198 CP);
- la violation d'une contribution d'entretien (art. 217 CP) et l'enlèvement de mineur (art. 220 CP);
- la suppression de titres commise au préjudice de proches ou de familiers (art. 254 al. 2 CP);
- la corruption privée (active et passive) de faible gravité (art. 322^{octies} al. 2 et 322^{novies} al. 2 CP) et enfin;
- la violation du droit du bail (art. 325^{bis} CP).

Il s'agit donc, en général, d'infractions qui concernent exclusivement des intérêts privés et qui, en outre, peuvent être qualifiées de violations de gravité moyenne à faible de ces intérêts. En pareil cas, il appert que la mise en œuvre de la poursuite pénale, puis l'infliction d'une sanction ne doit intervenir qu'à défaut d'accord, raison pour laquelle le Conseil fédéral indiquait dans le Message relatif au CPP que le ministère public *devait* en principe faire usage de cette possibilité, à moins qu'une réconciliation ne semble d'emblée exclue⁵⁸.

bb. Infractions auxquelles l'art. 53 CP serait applicable

Les infractions poursuivies d'office peuvent également faire l'objet d'une conciliation. De par sa rédaction au présent de l'indicatif, l'art. 316 al. 2 CPP semble obliger le ministère public à citer les parties à une audience de conciliation «si une exemption de peine au titre de réparation selon l'art. 53 CP entre en ligne de compte». Or, l'exemption selon l'art. 53 CP suppose la réalisation de conditions laissant au magistrat conciliateur une importante marge d'appréciation⁵⁹. Il faut en effet que [a] la peine qu'il envisage lui-même soit inférieure à un an de peine privative de liberté et puisse le cas échéant être assortie du sursis;

56 Sauf lorsqu'il s'agit de violence domestique (art. 123 ch. 2 CP et 126 al. 2 CP).

57 La seule exception est la mise en circulation et réclame en faveur d'appareils d'écoute, de prise de son et de prise de vues visée par l'art. 179^{sexies} CP.

58 Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1057, 1251.

59 Dans le même sens, BSK StPO-M. RIEDO, art. 316 N 11; ALAIN MACALUSO, L'application de l'art. 53 CP par le Ministère public et sa portée transnationale, in: Daniel Jositsch, Christian Schwarzenegger et Wolfgang Wohlers (éds): Festschrift für Andreas Donatsch, Zurich 2017, p. 121–135, p. 124.

[b] l'intérêt public et celui du lésé à poursuivre soient de peu d'importance; et [c] l'auteur ait admis sa participation aux faits déterminants)⁶⁰. Il nous semble donc malaisé de déterminer dans quels cas l'obligation est effective et encore moins d'en faire examiner une éventuelle violation. Quoi qu'il en soit, le ministère public devrait tenter la conciliation lorsque la réparation selon l'art. 53 CP est envisageable et qu'en outre, les autres conditions pourraient être réalisées à l'issue de la conciliation, une fois que l'auteur aura réalisé les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour réparer le tort causé⁶¹.

Ici également, le but recherché par le législateur est de résERVER la conciliation aux cas de faible gravité; les conditions de l'art. 53 let. a et b CP, qui viennent d'être modifiées pour en restreindre le champ d'application⁶², ont précisément pour but d'exclure les infractions graves, pour lesquelles on considère qu'une sanction est indispensable et, partant, qu'une conciliation est exclue.

cc. Autorités pénales saisies et procédure pénale pendante

La conciliation pénale peut intervenir, à notre sens, avant même l'ouverture de la procédure préliminaire. En effet, le ministère public peut, à réception d'une plainte et dans le cadre des investigations préalables à l'ouverture de l'instruction (v. art. 309 al. 1 let. a CPP), inviter⁶³ le plaignant et la personne visée dans la plainte afin de déterminer non seulement s'il y a lieu d'ouvrir une instruction mais également s'il est possible de concilier les parties. La conciliation est ensuite possible en procédure préliminaire, après l'ouverture formelle d'une procédure pénale. Ensuite, le juge de première instance peut encore la tenter (art. 332 al. 2 CPP), de même que l'autorité d'appel (l'art. 405 al. 1 renvoie en effet à l'art. 332 CPP)⁶⁴.

60 Sur ces conditions dans le détail, v. CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, art. 316 CPP N 11 ss.

61 En effet, selon la conception avancée ici, le prévenu ne devrait reconnaître les faits (condition de l'art. 53 let. c CP) qu'en procédure de conciliation et non au préalable. En outre, la réalisation des conditions relatives à la peine envisagée et à l'intérêt public et privé à la poursuite sera influencée par l'attitude du prévenu en procédure et *a fortiori* par une réparation obtenue en conciliation. Pour un argumentaire plus détaillé, v. PERRIER DEPEURSINGE (note 60), N 12 à 15b.

62 Modification entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2019, RO 2018 1809. Sur la modification, v. les débats parlementaires BO 2018 N 1472: «[L'] objectif est de mettre fin à l'impression que les personnes solvables ont les moyens de monnayer leur sanction, impression dont découle un sentiment d'impunité. En revanche, et selon le souhait clair de la majorité de la commission, la possibilité pour la petite délinquance d'accéder à une exemption de peine en cas de réparation demeure, car elle valorise la réparation du tort par l'auteur, dans une démarche consistant à assumer la responsabilité de ses actes. Pour restreindre la portée de cet article, nous proposons donc que l'exemption de peine en cas de réparation ne s'applique que pour des peines moindres»; BO 2018 N 855 et le message, FF 2018 3881.

63 Avant l'ouverture formelle d'une procédure pénale (acte visé par l'art. 309 CPP), le ministère public ne peut pas ordonner des mesures de contrainte, telles que le mandat de comparution visé à l'art. 201 CPP. Il peut en revanche procéder à ses propres constatations, ce qui lui permet notamment de demander à la personne mise en cause une prise de position (TF, arrêts non publiés 6B_1365/2017 du 27 juin 2018, c. 3.3; 6B_431/2013 du 18 décembre 2013 c. 2.2).

64 PERRIER DEPEURSINGE (note 60), N 18.

Si le CPP permet l'usage de la conciliation à tous les stades de la procédure, il faut toutefois que cette loi soit applicable. La conciliation pénale suppose ainsi que l'autorité de poursuite pénale soit saisie et que la procédure ne soit pas close. Une fois la peine prononcée devenue exécutoire, la conciliation prévue par le CPP ne peut, par définition, plus intervenir.

b. Procédure

La procédure commence de manière identique, quelle que soit l'infraction pour laquelle on tente la conciliation: le ministère public ou le juge investi de la direction de la procédure cite les parties à une audience de conciliation (art. 316 al. 1 et 2 CPP). Les parties doivent comparaître personnellement et ne peuvent se contenter d'y être représentées. En effet, selon le Tribunal fédéral, la conciliation permet, par la confrontation directe, la prise en considération du point de vue de la partie adverse, ce qui devrait faciliter un accord⁶⁵. Si l'infraction visée par la conciliation est poursuivie sur plainte et que le plaignant fait défaut sans excuse (au sens de l'art. 205 al. 2 et 93 CPP), la plainte sera considérée comme retirée, quand bien même le plaignant aurait annoncé au préalable sa volonté de ne pas concilier⁶⁶. En tous les cas, si de son côté le prévenu fait défaut, la procédure pénale suit son cours sans délai (art. 316 al. 4 CPP).

La loi indique encore que la conciliation doit aboutir à un «arrangement à l'amiable» en cas d'infraction poursuivie sur plainte (art. 316 al. 1 CPP) ou à «une réparation» en cas d'infraction poursuivie d'office visée par l'art. 316 al. 2 CPP. L'arrangement devrait évidemment permettre un retrait de plainte, le cas échéant. Quant à la réparation visée, elle recouvre souvent non seulement le versement de valeurs patrimoniales au lésé, à la Collectivité publique ou à des institutions de bienfaisance⁶⁷ mais également la reconnaissance du tort causé⁶⁸. Cependant, les parties peuvent être plus créatives, et envisager d'autres formes de «prestations» en échange d'un retrait de plainte ou d'un classement (lettre d'excuses, engagement à ne plus adopter un certain comportement, reconnaissance publique du tort, restitution d'un objet, cadeau, travail en faveur de la communauté, etc.)⁶⁹. La loi n'indique pas que le lésé doive considérer la réparation comme suffisante ou l'accepter. Certes, le terme «conciliation» suppose

65 TF, arrêt non publié 6B_374/2013 du 19 septembre 2013, c. 2.4.1.

66 V. les faits de l'arrêt du TF 6B_1104/2013 du 5 juin 2014, non publiés in: ATF 140 IV 118. CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, art. 316 N 21.

67 Dans certains cas, de plusieurs millions de francs. V. le tour d'horizon des affaires, certes exceptionnelles, mais néanmoins emblématiques, des cas d'application de l'art. 53 CP par ANDREW M. GARBARSKI et JONATHAN RUTSCHMANN, *La réparation selon l'article 53 du Code pénal: justice de cabinet ou disposition providentielle*, RPS 134/2016, p. 171–195, p. 172 s.

68 Cette reconnaissance est désormais une condition d'application de l'art. 53 CP, sous let. c. Sur la portée de cette reconnaissance, v. MACALUSO (note 59), p. 126 ss.

69 V. ég. l'objet de la transaction envisagé par le Tribunal fédéral, TF, arrêt non publié 6B_291/2018 du 17 octobre 2018, c. 4.3.2: «Ainsi, la plainte déposée (cf. art. 316 al. 1 CPP), des prétentions en réparation du dommage ou du tort moral, peuvent sans doute faire l'objet

que les parties s'accordent, mais le Tribunal fédéral a clairement indiqué qu'il incombaît au ministère public de décider si une réparation est suffisante au regard de l'art. 53 CP, et non au lésé⁷⁰. En pratique, les parties conviendront d'une forme de réparation. Si l'exécution de l'accord n'est pas immédiate, la procédure peut être suspendue en application de l'art. 314 al. 1 let. c CPP pour permettre au prévenu de s'exécuter avant que la procédure ne soit classée⁷¹.

Entre la citation à comparaître et l'objectif de la conciliation, la loi ne donne pas d'indication sur la marche à suivre par le magistrat conciliateur. En particulier, le CPP n'impose pas (contrairement à ce qui prévaut en droit civil, v. art. 205 CPC) que les débats de conciliation soient confidentiels. En outre, l'autorité de conciliation est (ou peut-être, suivant la réglementation d'application prévue en droit cantonal) celle qui est appelée à trancher en cas d'échec de la conciliation⁷². Quant à la conduite de la procédure de conciliation elle-même, le procureur ou juge de première instance dirige les échanges et, fréquemment en pratique, suggère des pistes d'accord⁷³. Sauf exceptions et bien que la loi n'interdise pas la tenue de plusieurs audiences, la procédure de conciliation se tient très majoritairement en une seule audience.

c. *Conséquences*

aa. Conciliation aboutie

Selon l'art. 316 al. 3 CPP, lorsque la conciliation aboutit, le procès-verbal doit le mentionner. La seconde phrase de cet alinéa précise que «[l]e ministère public classe alors la procédure».

La conséquence est cohérente en cas de retrait de plainte, lorsque la conciliation est tentée en application de l'art. 316 al. 1 CPP. Quel que soit le stade de la procédure, le retrait de la plainte consacre un empêchement de procéder de

d'un tel accord. On ne peut, non plus, exclure qu'une partie fasse, comme en l'espèce, une déclaration, reconnaît sa responsabilité ou présente des excuses».

70 Selon les termes de l'ATF 136 IV 41 c. 1.2.2: «Der Gesetzesstext setzt nicht voraus, dass die geschädigte Person der Wiedergutmachung zustimmt. Im Idealfall wird das eintreffen. Wenn anderseits die Geschädigte die Wiedergutmachung nicht akzeptiert, ist dies kein Beweis für den fehlenden Ausgleich des bewirkten Unrechts».

71 HOHL-CHIRAZI/SETHI-KARAM (note 51), p. 41.

72 Cela n'est pas toujours le cas en droit civil en fonction du droit cantonal: v. l'art. 41 al. 1 du Code de droit privé judiciaire vaudois (CDPJ, RSV 211.02); l'art. 60 al. 2 de la Loi sur la Justice fribourgeoise prévoit que le magistrat soit différent si une partie le demande (LJ, RSF 130.1); la règle s'inverse en droit neuchâtelois, qui prévoit que le juge de première instance soit forcément un autre que celui de la conciliation, à moins que les deux parties ne demandent qu'il soit identique: art. 15 al. 2 de la Loi d'organisation judiciaire neuchâteloise (OJN, RSN 161.1); art. 3 al. 1 let. a et 4 al. 1 de la Loi d'application du code de procédure civile suisse valaisanne (LACPC, RS VS 270.1).

73 JEAN A. MIRIMANOFF (direction), MARTINE BECKER, CINTHIA LEVY, FEDERICA OUDIN, ANNE-SOPHIE SCHUMACHER et CORALIE SMETS-GARY, *Dictionnaire de la résolution amiable des différends*, Bruxelles 2015, p. 82 ss.

sorte que l’infraction en question ne peut plus être poursuivie ni jugée (art. 319 al. 1 let. d CPP ou, en phase de jugement, art. 329 al. 4 CPP)⁷⁴.

En cas d’infractions poursuivies d’office et pour lesquelles la réparation survenue en conciliation permet d’aboutir à un accord, la question est plus délicate. En procédure préliminaire, l’ordonnance de classement s’impose, en application de l’art. 8 al. 1 et 4 CPP. En outre, l’art. 316 al. 3 CPP statue clairement que le ministère public doit classer la procédure. Qu’en est-il du juge après la mise en accusation, en procédure de première instance ou en appel? Selon la jurisprudence, lorsque les conditions de l’art. 53 CP ne sont réunies que devant l’instance de jugement, cette dernière doit, sauf cas exceptionnels, reconnaître l’auteur coupable et l’exempter de peine – le classement étant exclu à ce stade de la procédure en application de l’art. 329 al. 4 CPP⁷⁵. Le TF considère en effet que l’art. 8 al. 1 et 4 CPP n’est pas applicable au-delà de la procédure préliminaire⁷⁶. Cette jurisprudence ne s’est cependant jamais appliquée lorsque la réparation intervient à la suite d’une conciliation. En pareil cas, le CPP semble imposer une décision de classement en application de l’art. 316 al. 3, par renvoi des art. 332 al. 2 et 405 al. 1 CPP. Sans voir une contradiction entre la lettre de la loi et sa jurisprudence, le TF a, dans un arrêt non publié, indiqué que «la conciliation est régie par les mêmes dispositions devant l’autorité de jugement et devant l’autorité d’instruction», tout en soulignant dans le même considérant que le classement après conciliation, *in casu* intervenu devant le juge, a force de chose jugée⁷⁷. Dans cette affaire, le classement en question faisait suite à un retrait de plainte, sans qu’il ne soit indiqué dans l’état de fait si la procédure portait également sur des infractions poursuivies d’office⁷⁸. Dans le prolongement de cet arrêt et à notre sens, même si l’art. 316 al. 3 CPP semble ne s’adresser qu’au ministère public, l’autorité de jugement devrait avoir la possibilité de rendre une ordonnance de classement également⁷⁹. Les art. 332 al. 2 et 405 al. 1 CPP, qui renvoient à l’art. 316 al. 3 CPP, constituent une base légale suffisante à cet égard – base légale qui faisait défaut selon le TF dans l’ATF 139 IV 220. En outre, la conciliation sera vraisemblablement tentée en début de pro-

74 CR CPP-WINZAP, art. 329 N 6.

75 ATF 139 IV 220, JdT 2014 IV 94. Cette solution a été critiquée à notre sens à juste titre en doctrine, notamment en lien avec l’argumentation peu convaincante du Tribunal fédéral au regard du contenu des travaux préparatoires, lesquels ne semblent nullement exclure le classement (v. GARBASKI/RUTSCHMANN [note 67], p. 183). Ces auteurs soulignent que le classement en opportunité devrait être autorisé devant les tribunaux vu les objectifs visés par l’art. 8 CPP et dans l’intérêt d’une saine administration de la justice.

76 ATF 139 IV 220, c. 3.4.3 à 3.4.7, JdT 2014 IV 94.

77 TF, arrêt non publié 6B_291/2018 du 17 octobre 2018 c. 4.1.

78 Il s’agissait d’une procédure ouverte en 2013 contre un époux et père pour allégations de violence domestique et, contre la dénonciatrice (épouse et mère) probablement pour dénonciation calomnieuse (infraction poursuivie d’office) – mais cela ne ressort pas expressément de l’état de fait. La dénonciatrice avait reconnu devant le juge de police la fausseté de ses allégations et le prévenu-plaignant avait retiré sa plainte.

79 Dans le même sens, GARBASKI/RUTSCHMANN (note 67), p. 181 ss; STRÄULI (note 51), p. 113.

cédures, de sorte que le classement éviterait au tribunal une administration des preuves et une motivation du jugement complètes. En effet, si le tribunal doit statuer sur l'accusation, les débats doivent être menés à leur terme. Bien que l'art. 53 let. c CP suppose que le prévenu ait reconnu les faits, cela ne dispense pas le tribunal de rechercher la vérité (art. 139 al. 1 et 160 CPP) et ne suppose pas non plus une reconnaissance de culpabilité⁸⁰. Il est bien des cas dans lesquels le prévenu, par gain de paix, peut reconnaître sa participation aux faits déterminants tout en niant avoir commis une infraction⁸¹.

Pour toutes ces raisons, la conclusion logique d'une conciliation aboutie doit rester le classement, quel que soit le stade de la procédure ou la nature des infractions dont elle est l'objet (poursuivies d'office ou sur plainte). Le Tribunal fédéral n'a toutefois jamais formellement tranché cette question.

L'accord survenu entre parties met ainsi un terme à la procédure pénale. Le classement entré en force est assimilé à un acquittement (art. 320 al. 4 CPP), de sorte qu'une nouvelle procédure à raison des mêmes faits est formellement exclue⁸², hors du cadre restreint de la reprise de la procédure préliminaire (art. 323 CPP), qui suppose des moyens de preuves ou faits nouveaux qui ne ressortent pas du dossier antérieur. En outre et par analogie avec les règles développées en procédure simplifiée, une procédure pénale ne saurait être à nouveau ouverte concernant des faits sur lesquels les parties se sont entendues, à moins que l'accord ne soit le résultat d'une infraction⁸³.

En cas de retrait de plainte du plaignant en conciliation, les frais de procédure sont laissés à la charge de l'Etat (art. 427 al. 3 CPP). Si la conciliation porte sur une infraction poursuivie d'office, il faut à notre sens distinguer. Si le prévenu reconnaît avoir commis une faute et un acte illicite, sinon pénal, les frais de la procédure peuvent être mis à sa charge même s'il bénéficie d'un classement, en application de l'art. 426 al. 2 CPP. En revanche, lorsque le comportement illicite n'est pas établi, ils devront être laissés à la charge de l'Etat (art. 423 al. CPP). Le Tribunal fédéral est moins nuancé, puisque, se référant au texte de l'art. 53 CP (l'auteur doit «réparer le dommage» ou «compenser le tort»), il laisse entendre que l'art. 426 al. 2 CPP s'appliquerait de façon systématique en pareil cas⁸⁴. Nous ne partageons pas cette opinion, puisque l'on peut causer du tort sans nécessairement commettre un acte illicite et fautif.

80 CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, art. 316 N 15b.

81 On peut songer par exemple à un gérant de fortune accusé de gestion déloyale pour des placements spéculatifs à risque, sortant par hypothèse du cadre du mandat de gestion confié par son client. Si ce dernier se plaint de pertes après avoir toléré une année ou deux que lesdits placements lui rapportent des bénéfices, le gérant ou son employeur peuvent admettre une part des torts, rembourser les pertes mais non admettre la commission d'un crime.

82 TF, arrêt non publié 6B_291/2018 du 17 octobre 2018 c. 4.1.

83 V. ATF 143 IV 122.

84 ATF 144 IV 202 c. 2.3: «[les art. 52 à 54 CP reposent] donc sur la prémissse selon laquelle l'auteur a commis un acte illicite, pour lequel il porte une part de culpabilité (cf. art. 52 CP), ou par lequel il a causé une «atteinte» (cf. art. 54 CP), un «dommage» ou un «tort» (cf. art. 53 CP). A

bb. Echec de la conciliation

En cas d'échec de la conciliation, soit que les parties ne parviennent pas à un accord, soit que le prévenu fasse défaut à l'audience, la procédure préliminaire suit son cours sans délai (art. 316 al. 4 CPP). L'échec de la conciliation en procédure préliminaire n'empêche cependant pas l'autorité de première instance ou d'appel de tenter à nouveau une conciliation⁸⁵.

Aucune disposition légale n'interdit l'utilisation dans la procédure ultérieure des déclarations que les parties auraient pu faire dans l'optique d'une transaction pénale. Certes, le procès-verbal d'audience ne mentionnera pas le contenu des déclarations⁸⁶, mais, et de façon regrettable, le code n'empêche pas les autorités de tenir compte de ce qu'elles ont entendu en conciliation – alors qu'une telle règle est précisément prévue à l'art. 362 al. 4 CPP, qui rend inexploitables les déclarations faites par les parties dans la perspective de la procédure simplifiée. Cette disposition devrait à notre sens être appliquée par analogie à la procédure de conciliation.

En cas d'échec, les frais de la conciliation suivent le sort des frais de la procédure; c'est-à-dire qu'ils seront supportés par le prévenu en cas de condamnation (art. 426 al. 1 CPP), à moins que l'autorité ne les mette à la charge de la partie plaignante en application de l'art. 417 CPP si elle ne s'est pas présentée (et que l'infraction est poursuivie d'office)⁸⁷. En cas de classement ou d'acquittement, ils seront supportés par le prévenu si l'art. 426 al. 2 CPP est applicable, soit lorsque son comportement est fautif et contraire à une règle juridique, en lien de causalité avec l'ouverture de la procédure⁸⁸. Il se peut également que la partie plaignante ait à en supporter une partie en application de l'art. 427 al. 2 CPP (soit si le prévenu n'est pas astreint au paiement des frais en application de l'art. 426 al. 2 CPP et que la procédure concerne des infractions poursuivies sur plainte).

cet égard, la loi prévoit certes que le ministère public et les tribunaux rendent, le cas échéant, une ordonnance de non-entrée en matière ou de classement (cf. art. 8 al. 4 CPP). [...] Néanmoins, compte tenu de l'acte illicite nécessairement commis et en dépit duquel une non-entrée en matière ou un classement est prononcé, une mise à sa charge des frais s'avère en tous les cas justifiée».

85 STRÄULI (note 51), p. 114 et les références citées.

86 A moins que cela ne fasse l'objet d'un accord exprès en ce sens, v. TF, arrêt non publié 6B_291/2018 du 17 octobre 2018, c. 4.3.2.

87 En effet, si les infractions sont poursuivies sur plainte et que la partie plaignante ne se présente pas, la plainte est considérée comme retirée et la procédure classée.

88 ATF 144 IV 202 c. 2.2; TF, arrêts non publiés 6B_1247/2015 du 15 avril 2016 c. 1.3; 6B_229/2013 du 4 juillet 2013 c. 1.3.

2. Procédure simplifiée

Prévue par les art. 358 à 362 CPP, la procédure simplifiée permet au prévenu, à la partie plaignante et au ministère public de trouver un accord sur le contenu de l'acte d'accusation (en particulier faits, sanctions et prétentions civiles). Si les conditions de la procédure sont respectées, l'acte d'accusation est présenté au tribunal de première instance qui, après un examen sommaire, en confirme le contenu pour l'assimiler à un jugement (art. 362 al. 2 CPP).

Le champ d'application de la procédure est large, puisqu'il concerne toutes les affaires où le ministère public requiert une peine inférieure ou égale à 5 ans de privation de liberté (art. 358 al. 2 CPP). La procédure simplifiée concerne donc potentiellement la quasi-totalité des affaires portées à la connaissance des autorités pénales. En effet, si l'on s'en tient aux statistiques concernant les condamnations pénales d'adultes pour crimes ou délits, sur les 107 030 jugements entrés en force en 2018 dans toute la Suisse, seuls 151 comportaient une condamnation égale ou supérieure à 5 ans de privation de liberté⁸⁹. Notons toutefois que la procédure simplifiée est exclue lorsque le prévenu est mineur (art. 3 al. 2 let. d PPMIn).

La procédure est en principe initiée par le prévenu, qui fait la demande d'ouverture de la procédure simplifiée s'il est prêt à reconnaître les faits déterminants pour l'appréciation juridique (art. 358 al. 1 CPP). A l'égard de la partie plaignante, le prévenu doit reconnaître, au stade de l'ouverture de la procédure, «le principe» de ses prétentions civiles, c'est-à-dire le fait qu'il lui doit réparation, non le montant de celle-ci. La demande est librement acceptée ou refusée par le ministère public, dont la décision n'est pas sujette à recours (art. 359 al. 1 CPP).

Si le ministère public admet l'exécution de la procédure simplifiée, il notifie sa décision aux parties et, le cas échéant, fixe à la partie plaignante un délai de dix jours pour annoncer et chiffrer ses prétentions (soit non seulement ses prétentions civiles au sens des art. 122 ss CPP mais également les indemnités au sens de l'art. 433 CPP; art. 359 al. 2 CPP).

Le code ne pose pas de cadre aux transactions⁹⁰. Le prévenu peut ainsi reconnaître une partie seulement des faits, quand bien même ils ne correspondraient ni à la réalité ni même aux faits retenus dans un jugement postérieur⁹¹.

89 Office fédéral de la statistique, Tableau «Adultes: Condamnations pour un crime ou un délit, selon le type et la durée de la peine principale, Suisse et cantons», version du 11 juillet 2019. Pour les trois années précédant 2018, ce chiffre est autour de 200.

90 V. les critiques émises à juste titre à cet égard par NILS STOHNER, *Abgekürzte Rechtsstaatlichkeit – Überlegungen zum abgekürzten Verfahren gemäss Art. 358–362 StPO*, *forum poenale* 3/2015, p. 168–175, p. 168 ss.

91 ATF 144 IV 121 c. 1.3, JdT 2008 IV 327; ATF 143 IV 122 c. 3.2.4. Pour une critique particulièrement pertinente de ces arrêts, v. YVAN JEANNERET, *Révision et procédure simplifiée: la contractualisation du droit pénal aux dépens de la vérité judiciaire*, *RPS* 137/2019, p. 245–266, p. 245 ss.

La seule cautèle est l'adéquation de sa déposition avec le dossier, qui fera l'objet d'une vérification sommaire par le tribunal de première instance (art. 361 al. 2 let. b et 362 al. 1 let. b CPP). En échange de son aveu, même partiel, le prévenu peut espérer une sanction moins sévère et, en tous les cas, une procédure plus rapide et plus discrète que la procédure ordinaire.

L'acte d'accusation doit être expressément accepté par le prévenu et, au moins tacitement, par la partie plaignante (art. 360 al. 2 et 3 CPP). En cas de rejet de l'une des parties, la procédure simplifiée s'arrête et le ministère public engage une procédure préliminaire ordinaire (art. 360 al. 5 CPP). En ce sens, il faut donc que prévenu et lésé s'accordent sur le contenu de l'acte d'accusation.

La partie plaignante dispose ainsi, dans une telle procédure, d'une sorte de droit de veto – et ainsi d'un levier puissant. Si le prévenu veut pouvoir bénéficier de la procédure simplifiée et des avantages qu'elle promet, il doit se soumettre aux exigences de la partie plaignante, qui peut ainsi «gonfler» ses prétentions⁹². Il se peut également que la partie plaignante ait des velléités quant à la quotité de la sanction. La question relative à la portée de l'accord de la partie plaignante sur la sanction convenue entre prévenu et procureur est controversée⁹³. Dans les dispositions sur les voies de recours, l'art. 382 al. 2 CPP précise que la partie plaignante n'a pas d'intérêt juridique à recourir à l'égard de la quotité de la peine ou la mesure. Cependant, les art. 358 à 362 CPP ne nous semblent pas permettre au ministère public de ne considérer un refus que s'il porte sur un point ou un autre, sous réserve d'un abus de droit manifeste. En outre, le code n'impose pas au plaignant de motiver son rejet de l'acte d'accusation. Enfin, les parties renoncent aux voies de recours en procédure simplifiée, de sorte que l'art. 382 CPP est de toute manière inapplicable. Le Tribunal pénal fédéral a une fois confirmé un acte d'accusation établi en procédure simplifiée malgré le refus du lésé, parce que ce refus n'avait trait qu'à la quotité de la peine⁹⁴. On doit néanmoins admettre, avec une partie de la doctrine, que l'accord de la partie plaignante doit porter sur l'entier de l'acte d'accusation⁹⁵.

Dans la mesure où la partie plaignante peut ainsi faire échouer l'entier du processus, le prévenu devrait commencer par s'assurer de son accord en commençant, dans une première étape, par transiger les prétentions civiles et procédurales. Ensuite seulement, le prévenu pourra négocier les faits et la peine avec

92 CR CPP-PERRIN/DE PREUX, art. 360 N 25.

93 STOHNER (note 90), p. 171 s.

94 TPF, SK.2011.20 du 14 octobre 2011.

95 CR CPP-PERRIN/DE PREUX, art. 360 N 25. *Contra*, en raison de la portée de l'art. 382 al. 2 CPP: MORITZ OEHEN, *Der Strafkläger im Strafbefehls und im abgekürzten Verfahren*, thèse Lucerne 2019, Berlin/Berne, p. 134 ss ainsi que les nombreuses références citées dans la note 761, en particulier: YVAN JEANNERET, *La partie plaignante et l'action civile RPS 3/2010*, p. 297–317, p. 311. A noter que MAZOU est également de cet avis, et doute de la possibilité pour la partie plaignante de s'opposer même à la qualification juridique de l'infraction (MIRIAM MAZOU, *La procédure simplifiée dans le nouveau Code de procédure pénale: principes et difficultés* RPS 1/2011, p. 1–21, p. 14).

le ministère public⁹⁶. Certes, la partie plaignante pourrait toujours par la suite rejeter l'acte d'accusation négocié, mais elle perdrait ainsi également le bénéfice de la transaction intervenue sur ses prétentions, ce qui devrait la décourager de rendre caducs tous les accords intervenus entre le procureur et le prévenu.

Ajoutons enfin que le procureur ne s'immisce pas (ou rarement), en pratique, dans les négociations qui interviennent entre le prévenu et le lésé; les parties négocient le plus souvent en pareil cas par l'intermédiaire de leur avocat, le cas échéant.

Les dispositions concernant la procédure simplifiée mettent donc en place une forme de négociation à deux niveaux. Prévenu et partie plaignante peuvent s'accorder seuls sur le montant des prétentions civiles et des dépens, soit les aspects purement privés du conflit pénal. En revanche, les questions de l'établissement des faits, de l'infraction retenue et de ses conséquences (sanctions, modalités d'exécution, conséquences accessoires du jugement, frais de procédure, etc.) doivent, à notre avis, être approuvées par le prévenu, la partie plaignante et le ministère public⁹⁷.

3. *Médiation pénale*

La médiation pénale n'est pas prévue en droit pénal des adultes⁹⁸, mais uniquement dans la Procédure pénale applicable aux mineurs (PPMin)⁹⁹. Il s'agit d'un processus qui permet un échange, voire une (ou plusieurs) rencontre(s), entre le lésé d'une infraction pénale et l'auteur direct de cette infraction¹⁰⁰. L'échange est encadré par un médiateur (ou facilitateur) impartial¹⁰¹, extérieur au conflit et indépendant de l'appareil judiciaire¹⁰². La définition du Conseil de l'Europe précise encore que la médiation pénale suppose le consentement libre des parties et leur participation active afin de trouver une solution aux difficultés résultant du délit¹⁰³.

96 Dans le même sens, CR CPP-PERRIN/DE PREUX, art. 360 N 25.

97 Dans le même sens, voir cet arrêt publié par l'Obergericht du Canton de Thurgovie, SW.2018.70 du 9 août 2018, RBOG 2018 p. 220.

98 Nous ne reviendrons pas en détail sur l'échec de son introduction dans le Code de procédure pénale suisse (art. 317 P-CPP) et les motifs de ce rejet, la question ayant déjà été abondamment commentée, v. PERRIER (note 8), p. 195 ss; v. ég. CATHERINE FALLER, Historique de la médiation pénale dans le Code de procédure pénale suisse: de son introduction à sa suppression RPS 127/2009 p. 18–39.

99 Loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs (Procédure pénale applicable aux mineurs, PPMin), RS 312.1.

100 Pour une définition complète v. PERRIER (note 8), p. 57 ss. V. ég. HOLH-CHIRAZI/SETHI KARAM (note 51), p. 37 ss.

101 Certains médiateurs parlent volontiers de «*multipartialité*» en ce sens qu'ils soutiennent de façon égale la victime et l'auteur de l'infraction.

102 ANDRÉ KUHN, La médiation pénale, JdT 2002 I p. 99–109, p. 100.

103 V. la Recommandation N° R (99) 19 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 15 septembre 1999 sur la médiation en matière pénale, avant pt. 1.

a. Champ d'application matériel et temporel

A teneur de l'art. 17 al. 1 PPMIn, «l'autorité d'instruction et les tribunaux peuvent en tout temps suspendre la procédure et charger une organisation ou une personne compétente dans le domaine de la médiation d'engager une procédure de médiation».

Pour que le processus puisse être envisagé, deux conditions cumulatives¹⁰⁴ doivent être remplies: il n'est pas nécessaire d'ordonner des mesures de protection (art. 17 al. 1 let. a) et il n'est pas possible de classer immédiatement la procédure en application de l'art. 21 al. 1 DPMIn¹⁰⁵ (art. 17 al. 1 let. b PPMIn). La première de ces conditions consacre le but de protection du DPMIn; en effet, si la médiation aboutit, la procédure est classée, de sorte qu'il ne sera pas possible au juge d'ordonner des mesures visant à protéger le mineur¹⁰⁶. Quant à la seconde condition, elle cherche à éviter toute forme d'intervention pénale, et même de médiation, lorsque les conditions d'une exemption de peine sont réalisées à ce stade de la procédure déjà. Suivant le texte de l'art. 21 al. 1 DPMIn, tel est le cas en substance lorsque l'intérêt public à punir est faible et, notamment, que le mineur a été durement atteint par les conséquences de son acte, que ces conséquences sont de faible importance, qu'il a déjà été suffisamment puni par les personnes qui en sont responsables ou encore qu'il a déjà lui-même réparé le dommage¹⁰⁷.

La loi ne restreint pas davantage le recours à la médiation. Le juge ou le procureur décide ainsi librement si les conditions en sont réunies et si, en outre, il considère que l'affaire se prête à un tel processus. Les parties peuvent certes demander au magistrat d'y avoir recours, mais elles n'y ont pas droit.

Concernant le stade de la procédure, il est incontesté que la médiation est possible, selon le texte de l'art. 17 al. 1 PPMIn, «en tout temps» de la procédure pénale, soit dès la saisie des autorités pénales et jusqu'au jugement d'appel. Nous considérons qu'elle est possible même ultérieurement, en exécution de peine, mais que la conséquence prévue par la loi (le classement de la procédure selon l'art. 17 al. 2 PPMIn) est inapplicable en pareil cas¹⁰⁸.

104 AURELIEN STETTLER, art. 17 PPMIn N 97, in: Nicolas Queloz (éd.), *Co DPMIn – PPMIn*, Genève/Zurich, 2018.

105 Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (Droit pénal des mineurs, DPMIn), RS 311.1.

106 STETTLER (note 104), N 99; STRÄULI (note 51), p. 134 s.

107 Pour autant, en pareil cas, que les autres conditions de l'art. 21 al. 1 let. c DPMIn soient réalisées, c'est-à-dire que le mineur ait admis les faits, que la réprimande soit la seule peine envisagée et que les intérêts du lésé à la poursuite soient de peu d'importance.

108 PERRIER (note 51), p. 114 et 120 s.; PERRIER (note 8), p. 216 et 262 s. Dans le même sens: FLORENCE PASTORE: La médiation en matière pénale, in: Jean A. Mirimanoff (éd.), *La médiation dans l'ordre juridique suisse, une justice durable à l'écoute du troisième millénaire*, Bâle 2011, p. 149–190, p. 174. *Contra*, en raison du texte de l'art. 17 al. 2 PPMIn: STRÄULI (note 51), p. 136; STETTLER (note 104), N 102 note 20.

b. Procédure

La loi ne décrit en rien le processus de médiation pénale. La mise en œuvre de l'art. 17 PPMIn dépend ainsi beaucoup des législateurs cantonaux¹⁰⁹ ainsi que du bon vouloir des autorités pénales¹¹⁰. La majorité des cantons romands¹¹¹ ont légiféré autour de la médiation pénale, en particulier sur la profession de médiateur et sur le sort des frais de la médiation. Dans certains cas, les lois cantonales portent sur la procédure de transmission du dossier et sur le retour de celui-ci (ce qui est remis au médiateur et ce que le médiateur peut communiquer)¹¹². Cependant, de nombreux cantons alémaniques n'ont pas du tout légiféré pour mettre en œuvre la médiation pénale¹¹³. En particulier, ils n'ont pas désigné qui était «l'organisation ou la personne compétente en matière de médiation» visée par l'art. 17 PPMIn, de sorte que les autorités pénales ne peuvent, de fait, pas y avoir recours.

En pratique, s'il peut et souhaite y avoir recours, le magistrat transmet le dossier à un médiateur (désigné par le droit cantonal, le cas échéant), lequel prend ensuite contact avec les parties. Sauf exception, le médiateur procède d'abord à des entretiens préliminaires avec chacune des parties individuellement, afin d'expliquer ce qu'implique la médiation et son déroulement. Le médiateur s'assurera que les parties acceptent de participer et qu'elles pourront le faire de manière constructive. Il leur indique qu'elles peuvent à tout moment y mettre un terme. Au cours de ces entretiens, le médiateur prépare les parties; il demande à celles-ci ce qu'elles attendent du processus, ce qu'elles veulent y dire ou y entendre, tout en les prévenant des risques qui y sont liés (déceptions des attentes notamment), en soulignant les besoins éventuels de suivi thérapeutique¹¹⁴.

Ensuite, le médiateur procédera à la médiation proprement dite. Celle-ci commence par une phase d'écoute, au cours de laquelle le médiateur aide les parties à exprimer leur ressenti, leurs besoins, leurs intérêts, enfin ce qu'elles attendent de l'issue de la médiation. Le médiateur fait ensuite la synthèse de ce qui a été dit et tente de permettre aux parties de se mettre d'accord sur une définition

109 En effet, le droit fédéral ne dit rien des qualités requises du médiateur, du processus de transmission des dossiers, du sort des frais, des conséquences d'un accord de médiation qui n'aurait pas été respecté, des informations que le médiateur peut ou ne peut pas transmettre aux autorités pénales, etc. PERRIER (note 8), p. 216.

110 PERRIER (note 8), p. 217.

111 Notamment, Règlement vaudois sur la médiation dans le cadre de la procédure pénale applicable aux mineurs (RMPPM-VD, RSV 312.05.5), Ordonnance fribourgeoise sur la médiation en matière civile, pénale et pénale pour les mineurs (ROF 2010_154), arrêté neuchâtelois relatif à la médiation pénale pour les mineurs (RSN 323.2).

112 Sur l'ensemble de la question, v. PERRIER (note 8), p. 219 et suivantes.

113 Plus précisément, les cantons de Berne, Thurgovie, Bâle-Ville, Lucerne, Grisons, Schwyz, Zoug, Schaffhouse, Appenzell Rhodes-Intérieures, Appenzell Rhodes-Extérieures, Nidwald, Obwald et Uri.

114 PERRIER (note 51), p. 118 s.; JADE REYMOND, La médiation pénale des mineurs dans les cantons romands, Jusletter 9 septembre 2019, N 19 ss; PASTORE (note 108), p. 172.

nition commune du conflit. Enfin, les parties recherchent et proposent des solutions ou des formes de réparation, quelles qu'elles soient (travail en faveur de la communauté, engagement à suivre une thérapie, à ne pas adopter un certain comportement, à verser un certain montant, etc.). Elles choisissent enfin parmi les options imaginées et rédigent un accord¹¹⁵.

La durée d'une médiation pénale varie bien évidemment de cas en cas. Un peu plus de la moitié des médiations sont réglées en 1 à 2 séances, et un peu moins de 40% nécessitent 3 à 5 séances. Seules 10% des médiations pénales sont menées en plus de 5 séances. La durée totale du processus dépasse rarement trois mois; seuls 10% des cas ont une durée de 3 à 6 mois, jamais davantage¹¹⁶.

Le contenu de l'accord devrait, dans l'idéal, être spécifique, réaliste et limité dans le temps¹¹⁷. En effet, plus l'exécution de l'accord s'inscrit dans la durée, plus la vérification du respect de ce dernier est difficile. Afin de s'assurer qu'il est exécuté conformément à la volonté des deux parties, certains médiateurs attendent qu'elles se soient acquittées de leurs obligations avant de transmettre l'accord signé, avec le dossier en retour, aux autorités pénales¹¹⁸.

A tout moment, les parties peuvent mettre un terme au processus. En pareil cas, le médiateur se borne à en constater l'échec avant de retourner le dossier au juge ou au procureur des mineurs.

c. Conséquences

La loi impose qu'en cas d'aboutissement, la procédure pénale soit classée (art. 17 al. 2 PPMIn). Le magistrat n'a ainsi aucune latitude quant à la suite à donner à un accord intervenu en médiation. Sciemment, le législateur a fait de la médiation un processus «diversionnel», c'est-à-dire un moyen de renoncer à avoir recours à la justice pénale. Il ne s'agit pas d'influencer la peine mais bien d'imposer qu'en cas d'accord, on puisse renoncer à tout traitement judiciaire. La réglementation a malheureusement pour «effet secondaire» que les magistrats renoncent à *proposer* la médiation s'ils considèrent qu'il faut sanctionner l'auteur, quand bien même ce

115 PERRIER (note 51), p. 119. Sur les étapes du processus, v. ANNE-CATHERINE SALBERG et BIRGIT SAMBETH GLASNER, La médiation, in: Jean A. Mirimanoff et Sandra Vigneron-Maggio-Aprile (éd.), La gestion des conflits: Manuel pour les praticiens, Lausanne 2008, p. 57 ss, p. 66 ss; MARK S. UMBREIT, The Handbook of Victim Offender Mediation: An essential Guide to Practice and Research, San Francisco 2001, p. 35 ss; JEAN-PIERRE BONAFÉ-SCHMITT, Les techniques de médiation en matière de médiation pénale et de quartier, in: La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits?, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Vol. 19, Zurich 1992, p. 223 ss, p. 233 ss.

116 SDM-FSM, Enquête Médiation Suisse 2014, p. 6–7. Ce sondage est disponible sur le site Internet de la Fédération suisse des Associations de Médiation (SDM-FSM), www.mediation-ch.org (février 2020).

117 V. STEFAN KESSEN et MARKUS TROJA, Die Phasen und Schritte der Mediation als Kommunikationsprozess, in: Fritjof Haft et Katharina Schlieffen (éds), Handbuch Mediation, 2^{ème} éd., Munich 2009, p. 293 ss, p. 318.

118 REYMOND (note 114), N 29.

dernier admettrait ses torts¹¹⁹. La loi le leur interdit même, lorsqu'une mesure éducative serait indiquée (art. 17 al. 1 let. a PPMIn). En pratique, on constate que l'utilisation de ce processus est en effet modérée. En plus du motif évoqué, les raisons avancées pour justifier cette réticence sont la méfiance des autorités, le coût du processus¹²⁰ ou l'absence totale de règlementation en droit cantonal¹²¹.

En cas d'échec, la procédure pénale est menée à son terme, de la même manière qu'en cas d'échec de la conciliation (cf. art. 316 al. 4 CPP). En règle générale, le médiateur transmet le dossier sans commentaire, et en particulier sans indiquer quelle partie serait à l'origine de l'échec du processus (mauvaise volonté du prévenu ou prétentions démesurées de la partie plaignante, par exemple). En effet, le médiateur est formé à la confidentialité totale du processus¹²². Cependant, la loi ne protège que très imparfaitement le secret professionnel du médiateur¹²³. Alors qu'en procédure civile, le médiateur peut refuser de témoigner (art. 166 al. 1 let. d CPC), le CPP ne contient pas de règle similaire. Il doit donc être considéré comme le détenteur «d'autres secrets protégés par la loi» au sens de l'art. 173 al. 2 CPP. En tant que tel, il pourrait être contraint de déposer à moins de rendre vraisemblable que l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur la manifestation de la vérité¹²⁴, ce qu'il fera sans peine. La pratique, heureusement et à notre connaissance, respecte le secret de la médiation et ne cherche pas à connaître le contenu des échanges intervenus dans le cadre d'une médiation pénale. Cela étant, les parties elles-mêmes peuvent être tentées de divulguer le contenu des discussions. C'est pourquoi certains cantons interdisent aux parties de se prévaloir en procédure de ce qui a été dit en médiation¹²⁵, solution qui devrait à notre sens prévaloir en pratique, même si la législation ne le prévoit pas expressément.

Dans tous les cantons qui ont légiféré autour de la médiation pénale, le sort des frais de la médiation dépend de la décision du juge ou du procureur des mi-

119 REYMOND (note 114), N 43 ss.

120 En effet, dans tous les cantons qui ont réglé la question, le coût de la médiation est à la charge de l'Etat, non des parties: FALLER (note 98), p. 30 ss.

121 Tel est le cas par exemple dans le canton de Berne, dont la législation ne contient qu'une très brève mention du mot médiation en droit pénal, à l'art. 92 al. 1 de la Loi portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs (LiCPM, RSB 271.1). Dite disposition permet au ministère public de statuer sur les frais de la médiation. Pour un aperçu plus complet de l'état de la législation cantonale relative à la médiation en procédure pénale des mineurs, v. PERRIER (note 8), p. 219 et suivantes.

122 V. l'art. 4 des Règles déontologiques pour les médiatrices et médiateurs, disponibles sur le site Internet de la Fédération suisse des Associations de Médiation (SDM-FSM), www.mediation-ch.org (février 2020).

123 Le droit fédéral est muet sur la question en matière pénale. En revanche, certains cantons ont protégé la confidentialité du processus, soit les cantons de Vaud, Fribourg, Valais et Neuchâtel, v. PERRIER (note 8), p. 225 note 1161.

124 V. à l'égard du secret professionnel du réviseur: ATF 145 IV 273, c. 3.1 à 3.4.

125 Soit les cantons de Zurich, Vaud, Argovie, Saint-Gall, Genève, Tessin, Fribourg, Valais et Neuchâtel, v. PERRIER (note 8), p. 225 note 1164.

neurs, à l'issue de la procédure. En cas d'aboutissement, la procédure étant classée, les frais restent en principe à la charge de l'Etat (art. 423 al. 1 CPP, sous réserve de l'art. 426 al. 2 CPP). En cas d'échec, le sort des frais de la médiation dépendra de l'issue de la procédure pénale. Certains cantons ont néanmoins posé en principe la gratuité de la médiation pour les parties, quelle que soit son issue¹²⁶. A noter que, même en cas de condamnation après l'échec de la médiation, bien que les frais puissent être mis à la charge du prévenu et de ses parents (art. 44 al. 2 et 3 CPP en lien avec l'art. 426 al. 1 CPP), la pratique tend à réduire ces frais, pour éviter de charger financièrement trop lourdement le mineur¹²⁷.

II. Droit matériel

En dehors du cas des infractions poursuivies sur plainte, trois dispositions de droit pénal matériel permettent de tenir compte, dans une certaine mesure, d'un accord intervenu entre le lésé et le prévenu hors d'une procédure pénale ou en marge de celle-ci.

1. Réparation

La disposition la plus fréquemment invoquée pour tenir compte d'un accord intervenu entre prévenu et lésé est l'art. 53 CP (réparation). Son pendant en droit pénal des mineurs est l'art. 21 al. 1 let. c DPMIn. Ces deux dispositions permettent de renoncer à poursuivre l'auteur, à le renvoyer devant un juge ou à lui fixer une peine lorsqu'il a «réparé le dommage» ou qu'il a «accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé».

Pour être applicables, ces dispositions supposent (outre la réparation dont il sera question ci-dessous) la réalisation de trois autres conditions. Notons d'emblée qu'il incombe aux autorités pénales d'en examiner la réalisation, de sorte qu'un accord entre le lésé et l'auteur n'a pas obligatoirement pour effet d'entraîner l'application de l'art. 53 CP¹²⁸.

La première condition concerne la peine concrètement envisagée. Selon le Code pénal, elle ne doit pas dépasser un an de privation de liberté et pouvoir être assortie du sursis¹²⁹ (art. 53 let. a CP). En droit pénal des mineurs, la peine

126 Soit les cantons de Zurich, Genève, Tessin et Fribourg. V. PERRIER (note 8), p. 239 note 1257.

127 PC DPMIn PPMIn, PPMIn 1^{re} partie N 100.

128 Ces conditions donnent aux autorités un important pouvoir d'appréciation. Cependant, si les conditions sont réalisées, les conséquences liées à l'art. 53 CP (classement ou exemption de peine) sont obligatoires: v. MACALUSO (note 59), p. 124.

129 Pour autant que le sursis soit applicable. En effet, si la peine envisagée est une amende qui ne peut être assortie du sursis (art. 42 al. 4 et 105 al. 1 CP), l'art. 53 CP peut néanmoins trouver application.

ne doit pas être supérieure à une réprimande au sens de l'art. 22 DPMIn (art. 21 al. 1 let. c ch. 1 DPMIn). Cette condition vise à limiter le champ d'application de l'exemption de peine à la criminalité de faible à moyenne importance¹³⁰.

En outre, l'intérêt public et l'intérêt privé du lésé à la poursuite de l'auteur doivent être minimes (art. 53 let. b CP et 21 al. 1 let. c ch. 2 DPMIn). Concernant l'intérêt public à la poursuite, la jurisprudence recommande d'examiner les intérêts juridiques que la norme pénale protège et examiner si une sanction s'impose en termes de prévention générale ou spéciale malgré la réparation. S'il s'agit en premier lieu d'intérêts privés et que le lésé a accepté la réparation, selon la jurisprudence, l'intérêt à la poursuite pénale fait alors la plupart du temps défaut¹³¹. En revanche, lorsque la norme pénale protège des biens juridiques de haute importance (comme le développement sexuel non perturbé des mineurs), la jurisprudence considère qu'il est d'intérêt public que les comportements qui y contreviennent ne demeurent pas impunis. En pareil cas, l'exemption de peine ne doit être qu'exceptionnellement admise¹³². S'agissant de l'intérêt privé, il est généralement pris en compte dans le cadre de la réparation. La jurisprudence considère toutefois que le lésé n'a pas à consentir à l'application de l'art. 53 CP¹³³; il incombe ainsi exclusivement à l'autorité pénale de décider si l'intérêt du lésé à la poursuite fait défaut. Le lésé peut donc considérer que la réparation est suffisante alors que l'autorité pénale refuse l'application de l'art. 53 CP¹³⁴. A l'inverse, l'autorité peut considérer que l'intérêt du lésé à la poursuite fait défaut, quand bien même ce dernier souhaite que l'auteur soit puni¹³⁵.

Enfin, troisième condition, l'auteur doit avoir «reconnu les faits» (art. 53 let. c CP et 21 al. 1 let. c ch. 3 DPMIn). Selon le législateur, cette condition vise

130 V. ATF 135 IV 12 c. 3.4.3 (relative aux conditions de l'ancienne version de l'art. 53 let. a CP, qui permettait tout de même une exemption alors que la peine envisagée allait jusqu'à 2 ans). Or, ce plafond a récemment été abaissé afin de ne plus permettre l'application de l'art. 53 CP à des cas «relativement graves», selon la Commission des affaires juridiques du Conseil national «Initiative parlementaire. Modifier l'article 53 CP. Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national», FF 2018 3888. Il est vrai que le plafond des deux ans était élevé (FELIX BOMMER, Bemerkungen zur Wiedergutmachung [Art. 53 StGB], forumpoenale 3/2008, p. 171–177, p. 173 s.).

131 ATF 135 IV 12 c. 3.4.3; TF, arrêt non publié 6B_558/2009 du 26 octobre 2009, c. 2.1.2.

132 TF, arrêt non publié 6B_215/2013 du 27 janvier 2014, c. 2.5.

133 ATF 136 IV 41 c. 1.2.2.

134 V. TF, arrêt non publié 6B_215/2013 du 27 janvier 2014, c. 2.5. Le lésé (une jeune fille d'un peu moins de 16 ans) avait eu de son plein gré des rapports sexuels avec le prévenu (âgé de 30 ans). Le prévenu avait eu des doutes quant à la majorité sexuelle de l'enfant mais choisi de ne pas renoncer. Après les faits, le prévenu s'est maintes fois excusé auprès de la jeune fille et de sa mère et leur a versé une indemnité. Ces dernières ont signé une déclaration de renonciation à la procédure pénale, mais le tribunal a tout de même condamné le prévenu à une sanction pour les faits en question.

135 Ce qui a été le cas dans l'ATF 136 IV 41, cas dans lequel l'auteur de violation d'une contribution d'entretien (217 CP) avait entièrement réparé le dommage lié à l'infraction et obtenu une renonciation à la poursuite en application de l'art. 53 CP contre la volonté du lésé.

avant tout à ce que l'auteur prenne ses responsabilités, de sorte que c'est à l'aune de cet objectif que l'admission des faits selon CP 53 (c) doit être examinée. Le Conseil fédéral précise qu'«il ne sera plus nécessaire que l'auteur reconnaisse avoir enfreint une norme»¹³⁶. Ainsi, l'auteur n'a pas à admettre le caractère illicite de l'acte, mais uniquement sa participation aux faits déterminants, et pour autant que ces faits aient été établis. En effet, suivant le stade de l'instruction, il peut subsister beaucoup d'incertitudes non seulement sur les faits mais également, et *a fortiori*, sur leur qualification juridique¹³⁷. A l'inverse, si le prévenu persiste à nier tout comportement incorrect, on doit admettre qu'il ne reconnaît ni n'assume sa faute¹³⁸.

Ces trois conditions doivent être réunies pour qu'une «réparation» permette à l'auteur d'obtenir un classement ou une exemption de peine. Selon l'art. 53 CP, la réparation peut porter non seulement sur l'indemnisation du dommage, mais également (alternativement) sur la compensation des torts. Cette dernière forme de réparation peut intervenir selon la jurisprudence par la prise de conscience et de responsabilité du prévenu, après un échange avec le lésé¹³⁹. La réparation suppose ainsi que le prévenu démontre qu'il prend ses responsabilités¹⁴⁰. Par exemple, si l'auteur n'indemnise pas lui-même, s'il nie ou minimise son implication, l'autorité refusera d'appliquer l'art. 53 CP¹⁴¹. La forme de la réparation elle-même n'est pas imposée par la loi. Le plus souvent il s'agit du versement d'une somme d'argent au lésé qui couvre le dommage autant que l'auteur pouvait le faire en fonction de ses moyens¹⁴². En cas de violation d'intérêts publics, le versement ira à la Collectivité publique ou à une organisation caritative. Il est néanmoins envisageable que l'auteur d'une infraction compense les torts causés d'une autre manière, par exemple sous

136 «Initiative parlementaire: Modifier l'art. 53 CP. Rapport du 3 mai 2018 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national. Avis du Conseil fédéral», FF 2018 5029, 5033. En effet, la jurisprudence rendue en application de l'art. 53 CP exigeait de l'auteur qu'il «assume ses responsabilités» et reconnaîsse «notamment le caractère illicite ou du moins incorrect de son acte» (TF, arrêt non publié 6B_130/2016 du 21 novembre 2016 c. 3.1 *i.f.*, qui se réfère à l'ATF 135 IV 12 c. 3.5.3). Les arrêts rédigés en allemand étaient à notre avis plus exigeants et demandaient de l'auteur qu'il reconnaîsse la violation de la loi (le TF parle de «Normverletzung»; ATF 136 IV 41 c. 1.2.1; ATF 135 IV 12 c. 3.5.3).

137 FF 2018 3889.

138 TF, arrêts non publiés 6B_533/2019 du 3 juillet 2019, c. 3.1; 6B_558/2009 du 26 octobre 2009, c. 2.2.

139 ATF 135 IV 12, c. 3.5.3.

140 TF, arrêt non publié 6B_130/2016 du 21 novembre 2016, c. 3.1.

141 TF, arrêts non publiés 6B_130/2016 du 21 novembre 2016, c. 3.2; 6B_533/2019 du 3 juillet 2019, c. 3.2;

142 GARBASKI/RUTSCHMANN (note 67), p. 172 ss; JÜRG-BEAT ACKERMANN et RETO WEILENMANN, Wiedergutmachung (Art. 53 StGB) – «Freikauf» oder Anreiz zum Fehlermanagement? In: Jürg-Beat Ackermann et Marianna Johanna Hilf (éds), Kurzer Prozess, zu kurzer Prozess – im Wirtschaftsstrafverfahren, 10. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zurich 2019, p. 29–58, p. 44 ss.

forme de réparation symbolique (travail en faveur de la communauté, du lésé, ou cadeau)¹⁴³.

L'art. 53 CP incite donc dans une certaine mesure à réconcilier l'auteur et le lésé, en dehors même d'une procédure de conciliation. Selon la doctrine, il s'agit de rétablir autant que possible la paix sociale¹⁴⁴. Toutefois, l'art. 53 CP peut s'appliquer même en l'absence de lésé direct¹⁴⁵, si l'auteur a porté atteinte à un bien collectif. On ne peut donc pas parler de norme visant exclusivement à promouvoir le règlement amiable des différends, mais plutôt d'une disposition qui permet une application rationnelle du principe de l'opportunité des poursuites.

2. *Repentir sincère*

Une autre disposition permet de tenir compte d'un accord survenu avec le lésé sur la sanction pénale, soit l'art. 48 let. d CP, lequel oblige le juge à atténuer la peine «si l'auteur a manifesté par des actes un repentir sincère, notamment s'il a réparé le dommage autant qu'on pouvait l'attendre de lui».

L'art. 48 let. d s'appliquera par exemple lorsque les conditions de l'art. 53 CP ne sont pas entièrement réunies, notamment lorsque l'intérêt public à poursuivre «résiduel» après réparation impose une sanction¹⁴⁶. A noter toutefois que la jurisprudence applique cette disposition avec retenue, exigeant de l'auteur un comportement «désintéressé et méritoire» adopté de façon spontanée, «dans un esprit de repentir». Il faut en outre que l'auteur consente à un effort particulier et à des sacrifices pour tenter de réparer le tort causé¹⁴⁷.

Les exigences de la jurisprudence sont élevées dans l'examen du comportement méritoire; on constate en pratique que l'art. 48 let. d CP est appliqué relativement rarement¹⁴⁸. A titre d'exemple, l'auteur qui fait valoir ses droits dans la procédure, notamment en contestant une partie des faits, puis s'efforce de vendre un bien immobilier au meilleur prix pour désintéresser au mieux les plaignants, n'adopte pas un tel comportement¹⁴⁹.

143 ACKERMANN/WEILENMANN (note 142), p. 48 ss.

144 BSK StGB-RIKLIN, art. 53 N 5.

145 Dans le même sens, ACKERMANN/WEILENMANN (note 142) p. 43.

146 TF, arrêt non publié 6B_215/2013 du 27 janvier 2014, c. 2.5.4.

147 ATF 107 IV 98, c. 1; TF, arrêt non publié 6B_84/2012 du 6B_94/2012 du 5 juillet 2012, c. 2.2.

148 V. à titre exemplatif, les arrêts suivants dans lesquels la disposition a été invoquée mais où le Tribunal fédéral a rejeté son application: TF, arrêts non publiés 6B_1276/2015 du 29 juin 2016; 6B_968/2008 du 20 mars 2009; 6B_291/2007 du 25 janvier 2008; 6B_265/2011 du 13 septembre 2011; 6B_614/2009 du 10 août 2009; 6B_84/2012 du 5 juillet 2012. Certes, il est probable que les auteurs qui bénéficient de l'art. 48 let. d CP ne recourent pas au Tribunal fédéral, mais il n'en demeure pas moins que les arrêts cités montrent à quel point la réparation ne permet que rarement d'obtenir une réduction effective de la peine.

149 TF, arrêt non publié 6B_1276/2015 du 29 juin 2016 c. 1.3.1 et 1.3.2.

3. *Fixation de la peine en général*

Enfin, à supposer que les conditions des art. 53 ou 48 let. d CP ne soient pas réunies malgré le règlement amiable d'un différend de nature pénale, l'art. 47 CP pourrait permettre de «valoriser» une telle transaction. Cette disposition pose les critères à prendre en considération pour fixer la peine, mais laisse au juge une large marge d'appréciation, du moment qu'il reste dans le cadre légal applicable à l'infraction en cause¹⁵⁰. Parmi les critères évoqués par la loi et la jurisprudence, l'attitude de l'auteur à la suite de l'acte entre en considération¹⁵¹. L'auteur peut ainsi voir sa peine diminuée lorsqu'il avoue, collabore à l'enquête, fait montre de remords et de prise de conscience de sa faute – pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un pur calcul stratégique¹⁵². De telles circonstances pourraient être réalisées en cas d'accord amiable.

III. Appréciation critique

Le règlement du différend de nature pénale est désormais institutionnalisé. On admet qu'il incombe aux autorités pénales de protéger la population et que l'exercice d'une forme de vengeance n'intervienne qu'à travers elles. Partant, le règlement amiable des litiges ne peut avoir qu'un rôle marginal. Ce rôle marginal est consacré par les processus et dispositions étudiées ci-dessus. Malgré le fait qu'elles n'interdisent jamais un règlement amiable, les dispositions précitées ne sont pas sans défauts et manques, que nous évoquerons brièvement avant d'aborder une manière de les pallier.

1. *Le moment de la résolution amiable*

Les dispositions de procédure pénale encourageant la résolution amiable ne sont, par définition, disponibles que pendant la procédure. Cependant, aucune disposition de droit matériel ou d'exécution des peines ne favorise l'échange entre la victime et l'auteur après la procédure, lorsque les choses se sont apaisées. Certes, la médiation pénale applicable aux mineurs est théoriquement envisageable en exécution de peine, mais la pratique la réserve à la phase pré-sententielle.

Or, il est une évidence qui n'est pas prise en compte par la procédure pénale: le temps de la reconstruction d'une victime à la suite d'une infraction n'est pas nécessairement concomitant au temps de la procédure pénale ni même à celui de l'exécution de la peine¹⁵³. Il faut souvent du temps au lésé qui a subi un

150 KILLIAS/KUHN/DONGOIS (note 5), N 1212 p. 201.

151 CR CPI I-QUELOZ/HUMBERT, art. 47 N 74 ss.

152 ATF 121 IV 202, c. 2d/cc et dd; TF, arrêt non publié 6B.265/2010 du 13 août 2010.

153 Soulevant déjà cette problématique: LANGUIN/ROBERT (note 49), p. 58: «Il y a une profonde discordance chronologique entre le temps immuable de la mise en ordre judiciaire d'une responsabilité pénale et le temps profondément modulable et individuel du devoir de reconstruction de soi».

traumatisme avant qu'il ne soit prêt à envisager une résolution amiable. Il arrive que des victimes d'infractions à l'intégrité sexuelle, par exemple, commencent par refuser d'admettre avoir même été victime d'une infraction (phase de déni), pour n'en prendre conscience que des jours ou des mois plus tard. Après la prise de conscience, il y aura souvent une phase de colère où la victime demandera vengeance¹⁵⁴. L'infraction comme événement traumatique peut ensuite avoir pour conséquences divers symptômes (troubles anxieux, dépressifs, relationnels, somatoformes, pour n'en citer qu'une partie)¹⁵⁵. Ainsi, un processus alternatif, qui pourrait aider la victime dans une phase ultérieure de reconstruction, ne serait indiqué que plusieurs années après l'infraction. On peut même souligner que la tentative de conciliation, qui intervient très souvent en pratique peu de temps après la dénonciation ou le dépôt de plainte, l'est à une étape où la victime, justement, réclame que l'auteur soit sanctionné. Il est ainsi fréquent qu'elle ne souhaite pas concilier, précisément pour cette raison. La même remarque peut être faite à l'égard de la médiation pénale, qui cependant donne de très bons résultats (quelque 75 % des affaires traitées en médiation pénale débouchent sur un accord)¹⁵⁶. On regrette néanmoins que ces modes amiables ne soient pas proposés ni encouragés après le prononcé d'un jugement, en particulier en exécution de peine.

Il n'y a pas non plus de dispositions qui encouragent le règlement amiable avant l'ouverture d'une procédure pénale. Si les art. 53, 48 let. d et 47 CP permettent dans une faible mesure d'encourager, du côté du prévenu, un règlement amiable dans la perspective du risque que les autorités pénales soient saisies, ni le droit cantonal de police ni la LAVI¹⁵⁷ ne contiennent de disposition qui orienterait les justiciables vers un règlement amiable, en amont de l'ouverture d'une procédure pénale. Or, pour les cas bagatelle, il serait sans doute indiqué d'intervenir le plus rapidement possible afin de limiter la mobilisation des autorités pénales aux cas qui nécessitent réellement leur intervention.

2. *La mise en œuvre des processus*

Quel que soit le processus amiable envisagé, le choix de le mettre en œuvre incombe exclusivement aux autorités pénales. C'est le magistrat qui convoque les parties à une audience de conciliation (art. 316 al. 1 et 2 CPP), le procureur qui

154 JO-ANNE WEMMERS, 4. L'impact du crime, in: *Introduction à la victimologie*, Montréal, 2003, p. 57–77.

155 EVELYNE JOSSE, *Le traumatisme psychique*, Bruxelles 2011, p. 109 ss. Par ailleurs, ces phases ne sont pas sans rappeler les cinq phases du deuil développées par ELISABETH KÜBLER-ROSS, *On death and dying*, Londres/New York 1973.

156 V. les statistiques annoncées en 2015 sur le site officiel du Canton de Fribourg après 10 ans de médiation pénale, <<https://www.fr.ch/dsj/police-et-securite/prevention/en-dix-ans-le-bureau-de-mediation-penale-pour-mineurs-a-vu-defiler-plus-de-1400-jeunes-auteurs-de-delits-penaux-et-plus-de-1000-victimes>> (février 2020).

157 Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (Loi sur l'aide aux victimes, LAVI; RS 312.5).

statue sur la mise en œuvre de la procédure simplifiée (art. 359 al. 1 CP) et le juge ou le procureur des mineurs qui peut envoyer le cas en médiation (art. 17 al. 1 PPMIn). Dans aucune de ces hypothèses, les parties n'ont un droit à tenter de mettre fin à leur conflit par la voie amiable. S'il nous paraît justifié que les autorités pénales décident librement de mettre fin à l'action publique ou d'examiner, dans les limites de leur pouvoir d'appréciation, les conditions d'application des art. 53, 48 let. d et 47 CP, il est regrettable que les parties ne puissent pas dans certains cas avoir accès à un processus amiable. Certes, tant le prévenu que la partie plaignante peuvent demander la mise en œuvre d'une conciliation, d'une procédure simplifiée ou d'une médiation, mais la loi restreint fortement le champ d'application de la conciliation (v. ci-dessus) et de la médiation (exclue si l'auteur n'est pas mineur). Quant à la procédure simplifiée, si tant est qu'elle puisse être considérée comme un mode de résolution amiable des différends entre parties, elle suppose avant tout le bon vouloir du ministère public, non seulement dans sa mise en œuvre mais surtout dans les négociations.

En outre, à l'exception de la médiation, les processus sont menés par les autorités pénales, soit des personnes formées à l'application du droit et non à la gestion et la résolution des conflits. La pratique le montre, le magistrat tend à diriger les échanges, à proposer des solutions et va dans certains cas jusqu'à «menacer» les parties de ce qu'il adviendra si elles ne parviennent pas à trouver un terrain d'entente.

Enfin, à l'exception de la médiation en droit pénal des mineurs, les parties doivent s'exprimer devant le magistrat qui tranchera en cas d'échec. Il appert donc qu'elles ne pourront s'exprimer librement. On peine en effet à imaginer que le prévenu se risque à admettre des faits qui ne sont pas prouvés devant le procureur, alors que la partie plaignante pourrait ensuite refuser de concilier, ce d'autant moins que la procédure de conciliation ne connaît pas de disposition, semblable à celle prévue à l'art. 362 al. 4 CPP, proscrivant l'exploitation des déclarations faites par les parties dans la perspective d'un accord.

3. Le contenu de la résolution amiable

Malgré l'ouverture de l'art. 53 CP sur «la compensation des torts» et les nombreux développements de la doctrine autour des formes variées que peut prendre la réparation, la pratique semble extrêmement fixée sur le versement d'une indemnité pécuniaire. En conciliation ou en procédure simplifiée, le prévenu «paie» le retrait de la plainte ou l'accord de la partie plaignante. Il en va de même en pratique lorsque les négociations en procédure préliminaire portent sur l'application de l'art. 53 CP¹⁵⁸. La loi est même explicite en procédure sim-

158 GARBARSKI/RUTSCHMANN (note 67), p. 172 ss.

plifiée, puisque le prévenu doit reconnaître les prétentions civiles de la partie plaignante (art. 358 al. 1 CPP).

La médiation fait néanmoins exception, puisque la loi attend de ce processus qu'il «[aboutisse] à un accord». Le contenu de l'accord est, dans ces cas, très variable et les parties peuvent être plus inventives. Malheureusement, cela n'empêche pas les autorités et les parties de rester fixées sur l'idée que le processus de règlement amiable doit déboucher sur la signature d'une transaction. Les autorités pénales veulent, à terme, voir un document qui consacre un accord. Les avocats des parties également.

Ces règlementations cadrent le sens des échanges amiabes à intervenir entre l'auteur et la victime d'une infraction. Certes, l'indemnisation d'une partie plaignante a son importance. On constate cependant que les besoins des victimes portent parfois simplement sur la reconnaissance de leur souffrance, sur l'obtention de réponses à leurs questions ou encore sur le fait d'avoir la possibilité de confronter l'auteur¹⁵⁹. La réparation pécuniaire n'est qu'un aspect de la réparation de la victime, et qui n'est parfois même pas souhaité par elle¹⁶⁰.

4. *Les conséquences de la résolution amiable sur la procédure pénale*

C'est un fait: d'après le législateur suisse, la résolution amiable du litige de nature pénale, si elle est mise en œuvre, doit conduire le ministère public à classer la procédure ou à accorder au prévenu un traitement de faveur. Si la conciliation aboutit, la procédure pénale est classée (art. 316 al. 3 CPP). La même conséquence intervient lorsque la médiation permet aux parties de signer un accord (art. 17 al. 2 PPMIn). La procédure simplifiée, quant à elle, est supposée permettre au prévenu d'obtenir divers avantages (réduction des charges ou de la sanction, rapidité et discrétion). Enfin, les dispositions de droit matériel évoquées ci-dessus visent toutes à permettre au prévenu d'être sanctionné moins sévèrement.

Cela a pour première conséquence que toute forme de conciliation ou de médiation sera d'emblée exclue par l'autorité (qui décide seule de mettre en œuvre de tels processus) lorsqu'elle considère qu'une peine est nécessaire, pour des motifs de prévention spéciale ou générale ou simplement en application d'une politique criminelle répressive. De la même manière, la loi interdit même de tenter la médiation lorsqu'une mesure est nécessaire pour protéger le mineur. Il y a là une «antinomie» entre le besoin de protection et la médiation, dénoncée par la doctrine¹⁶¹. De façon plus générale, le législateur oppose le besoin de

159 JO-ANNE WEMMERS, 5. La seconde victimisation et les besoins des victimes, in: *Introduction à la victimologie*, Montréal 2003, p. 79–89; LANGUIN/ROBERT (note 49), p. 60.

160 CAROLE DAMIANI, *La réparation psychique: Psychological reparation for crime victims*, Médecine & Droit 100–101 (2010), p. 56–61, p. 61.

161 STRÄULI (note 51), p. 135.

sanctionner au besoin pour les parties de s'entendre. Or, la sanction ou la résolution amiable ont chacune une raison d'être propre; ce n'est pas parce que l'auteur doit être sanctionné que la victime doit être empêchée de rencontrer l'auteur pour échanger, voire transiger avec lui.

Fatalement, puisque l'autorité est obligée de classer la procédure, c'est à elle non seulement de décider si le processus peut être tenté mais également si elle peut le considérer comme abouti, à tout le moins en conciliation ou dans l'application de l'art. 53 CP. Comme déjà relevé, l'accord ou le désaccord du lésé peut dans certains cas être ignoré par l'autorité de poursuite, ce qui peut conduire celui-là à ressentir une forme d'incompréhension, à tout le moins.

En outre, la conséquence annoncée aux parties si elles transigent influe sur leur décision de participer ou non et de concilier ou non. L'auteur d'une infraction sera évidemment motivé (au moins également) par des considérations tactiques, dans l'espoir d'obtenir un traitement de faveur des autorités. Il peut de ce fait paraître moins sincère à la victime. On relève encore que le Tribunal fédéral vilipende justement l'auteur qui a agi par considération tactique, et exclut de ce fait l'application de l'art. 53 CP ou de l'art. 48 let. d CP¹⁶². En d'autres termes, le législateur promet au prévenu un traitement de faveur et la jurisprudence reproche à ce dernier d'espérer l'obtenir. Il y a là une contradiction évidente. A l'égard de la partie plaignante également, cette conséquence obligatoire n'est pas sans influence. Il est arrivé en pratique que des lésés se sentent obligés de concilier, pour ne pas être celui à cause duquel le prévenu sera sanctionné – spécialement lorsque ce dernier est mineur.

En définitive, ce lien obligatoire entre aboutissement du mode amiable et sort de la procédure pénale biaise la volonté des parties. Il biaise même la volonté de l'autorité, qui peut voir un intérêt direct dans le classement et donc inciter trop fortement les parties à concilier ou, à l'inverse et comme déjà relevé, souhaiter qu'elles ne concilient pas pour qu'elle puisse sanctionner l'auteur.

5. *La limitation du champ d'application des modes de résolutions amiables*

L'obligation de classer ou d'exempter de peine a pour effet, voulu par le législateur (art. 53 let. a CP), de restreindre les modes amiables à la criminalité de faible importance. Nous le regrettons vivement, car les modes amiables en deviennent de fait exclus lorsque les infractions sont graves. Or, c'est précisément lorsque les infractions ont occasionné des conséquences lourdes pour la victime que cette dernière peut souhaiter avoir un échange avec l'auteur, afin notam-

162 Selon les termes de la Haute Cour: «Celui qui ne consent à faire un effort particulier que sous la menace de la sanction à venir ne manifeste pas un repentir sincère, il s'inspire de considérations tactiques et ne mérite donc pas d'indulgence particulière» TF, arrêt non publié 6B_719/2019 du 23 septembre 2019, c. 2.2 et les nombreuses références citées.

ment d'exprimer sa souffrance, d'obtenir des réponses à ses questions, voire des excuses¹⁶³.

6. *Conclusions intermédiaires*

Le législateur suisse a décidé que les parties ne pourraient s'entendre que dans des cas de faible gravité, pour autant que les autorités pénales le décident, au moment où elles le décident, par leur intermédiaire (directement ou sur leur délégation) et selon ce qu'elles considèrent comme une forme appropriée de réparation. Cela est logique puisque le législateur a aussi choisi de conférer à l'accord intervenu le pouvoir d'éteindre la procédure pénale ou d'atténuer la peine.

L'état de la législation est ainsi perfectible à maints égards. En premier lieu, il nous semble indispensable de dissocier le règlement amiable du sort de la procédure pénale. Certes, si les parties s'entendent sur une affaire de moindre importance ou poursuivie sur plainte, le ministère public doit pouvoir classer. Toutefois, et quelle que soit la gravité de l'infraction, si les parties ont besoin d'échanger, le font de manière constructive et parviennent à obtenir une forme de réparation, le ministère public doit néanmoins pouvoir décider, en toute indépendance, du sort de l'action pénale et des conséquences de l'infraction. Cela permettrait d'étendre considérablement le champ d'application des règlements amiables des différends, tout en évitant de biaiser la volonté des parties ainsi que celles des autorités. On créerait alors une voie parallèle à la procédure pénale qui lui serait complémentaire, tout en étant accessible avant et après celle-ci. Il serait dès lors envisageable de confier le règlement amiable des différends à des professionnels spécifiquement formés à cet effet, qui axeraient la négociation et la «réparation» sur les besoins des parties, exprimés par elles et non dictés par les nécessités de la procédure pénale.

D'autres Etats ont fait ces mêmes constats et adopté une législation mettant en place une voie parallèle; on y parle de justice restaurative¹⁶⁴.

163 CAROLINE M. ANGEL, LAWRENCE W. SHERMAN, HEATHER STRANG, BARAK ARIEL, SARAH BENNETT, NOVA INKPEN, ANNE KEANE et THERESE S. RICHMOND, Short-term effects of restorative justice conferences on post-traumatic stress symptoms among robbery and burglary victims: a randomized controlled trial, *J Exp Criminol* (2014) 10, p. 291–307, p. 294 ss.

164 V. le préambule de la Recommandation CM/Rec (2018) 8 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la justice restaurative en matière pénale (adoptée par le Comité des Ministres le 3 octobre 2018): «*Le Comité des Ministres, [...] Constatant l'intérêt croissant pour la justice restaurative au sein de ses Etats membres; [...] Notant que les Etats membres tendent de plus en plus à recourir à la justice restaurative, qui constitue un processus souple, réactif, participatif et axé sur le règlement du problème; reconnaissant que la justice restaurative peut être appliquée en complément des procédures pénales traditionnelles ou s'y substituer [...]».*

D. Le règlement consensuel des différends de nature pénale *de lege ferenda*

I. Justice restaurative

1. Définition

A l'origine de la justice restaurative se trouve l'idée que «rendre justice» impliquerait de mettre l'accent, non pas uniquement sur l'acte commis par l'auteur pour lui infliger une sanction en fonction de sa faute, mais sur les préjudices qui sont issus de l'infraction pour tenter de les réparer, en fonction des besoins de ceux qui ont été touchés¹⁶⁵.

Ce qui change par rapport aux modes amiables présentés jusqu'ici est, en premier lieu, que les «préjudices» sont conçus de façon «large»¹⁶⁶, en ce sens que toute forme de préjudice est considérée (convertible ou non de façon pécuniaire, qu'il s'agisse de torts matériels ou immatériels) et, en outre, qu'on ne limite pas le cercle des personnes atteintes au léssé direct mais qu'on l'élargit notamment à ses proches, aux proches de l'auteur et, dans certains cas, à leur communauté de vie (voisinage, école, église, par exemple)¹⁶⁷.

En outre, la manière de réparer ne se conçoit pas uniquement comme la remise d'une forme de dédommagement à la victime, mais également à travers le processus de justice lui-même, qui suppose la participation active et librement consentie des parties. Ce sont les parties qui vont jouer un rôle essentiel dans la mise en œuvre du processus, en déterminant notamment son rythme, son contenu et son issue.

Selon la définition donnée en 2018 par le Conseil de l'Europe, la Justice restaurative¹⁶⁸ désigne «tout processus permettant aux personnes qui ont subi un préjudice résultant d'une infraction et aux responsables de ce préjudice de participer activement, s'ils y consentent librement, au règlement des problèmes résultant de l'infraction, avec l'aide d'un tiers qualifié et impartial»¹⁶⁹. Les

165 HOWARD ZEHR, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. 3^e éd. Scottdale 2005, p. 211 ss.

166 Le terme anglais est «harm», soit souffrance, tort ou encore dommage.

167 V. par exemple la définition de PAUL McCOLD, *Restorative Justice: Variations on a Theme*, in: Lode Walgrave (éd.), *Restorative Justice For Juveniles: Potentialities, Risks and Problems*, Leuven 1998, p. 19 ss p. 20.

168 Suivant les Etats qui la mettent en œuvre, on peut trouver également les termes de «justice réparatrice» ou de «justice restauratrice». Tous sont des traductions des termes anglo-saxons «restorative justice». Nous utilisons désormais (*contra* PERRIER [note 8], p. 29 note 114) le terme justice restaurative, d'une part parce qu'il s'est imposé devant le Conseil de l'Europe (v. note suivante) et, d'autre part, parce qu'il ne laisse pas entendre que l'on pourrait «réparer» une personne à la suite d'une infraction pénale. Il s'agit dans ces processus de «restauration», c'est-à-dire de transformation positive.

169 Recommandation CM/Rec (2018) 8 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la justice restaurative en matière pénale (adoptée par le Comité des Ministres le 3 octobre 2018), pt. 3.

processus en question, qui mettent en œuvre la justice restaurative, sont divers et seront présentés *infra* (chiffre 2)¹⁷⁰.

En Suisse, les termes «justice restaurative» ne se trouvent aujourd’hui dans aucun texte législatif, mais on peut rattacher à ce modèle de justice la médiation pénale instaurée pour les mineurs¹⁷¹. Comme déjà relevé, la réglementation qui l’entoure nous semble imparfaite à plusieurs égards, et en particulier quant à son champ d’application, limité aux infractions commises par des auteurs mineurs et de moyenne gravité.

Afin d’ouvrir la réflexion, nous présenterons les trois types de processus de justice restaurative utilisés de par le monde, avant d’examiner les différentes manières de les institutionnaliser en droit positif suisse. Comme la justice restaurative est appliquée depuis quelques décennies dans certains pays (en particulier anglo-saxons), la recherche en criminologie a permis de mettre en lumière ses effets bénéfiques à l’égard des parties, que nous présenterons également brièvement.

2. *Processus mettant en œuvre la justice restaurative*

A notre sens¹⁷², pour pouvoir se réclamer de la justice restaurative, un processus doit remplir, au moins, les quatre critères suivants:

170 Notons qu'il y a eu beaucoup d'expériences ou «projets-pilotes» menés dès les années 1970 visant à mettre en contact la victime et l'auteur d'une infraction, de façon parfois très pratique, sans qu'ait encore été développés d'une part les fondements théoriques de la justice restaurative, ni d'autre part la formation des personnes qui les ont menés, afin d'assurer que de telles rencontres se fassent sans dommages pour les participants: v., pour les premières expériences nord-américaines, PAUL McCOLD, *The recent history of restorative justice: Mediation, circles, and conferencing*, in: Dennis Sullivan et Larry Tifft (éds), *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, Oxon/New York 2006, p. 23–51, p. 26 s; pour la France, JEAN-PIERRE BONAFÉ SCHMITT, *La médiation sociale et pénale*, in: Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, Jocelyne Dahan, Jacques Salzer, Marianne Souquet, Jean-Pierre Vouche (éds). *Les médiations, la médiation*, Ramonville Saint-Agne 2003, p. 15–25; pour l'Allemagne: STEFANIE TRÄNKLE, *Im Schatten des Strafrechts, Eine Untersuchung der Mediation in Strafsachen am Beispiel des deutschen Täter-Opfer-Ausgleichs und der französischen médiation pénale auf der Grundlage von Interaktions- und Kontextanalysen*, Berlin 2007, p. 12 ss; pour la Suisse (en Valais en 2001): MURIEL BECK KADIMA, CASSANDRA CHERIX, CHRISTINE DEBONS, ERIC JOST, VANESSA MICHEL, *Médiation pénale pour les mineurs en Suisse: les premières données*, Mémoires de Diplôme Universitaire en Médiation, IUKB, Sion 2007, p. 38.

171 V. ci-dessus paragraphe C.I.3.

172 V. déjà CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE, *Les bases légales de la justice restaurative en Suisse*, in: *La Justice restaurative en France et en Europe: Actes de la journée d'étude du Master Médiation du 22 mai 2019*, Université Lumière Lyon 2 (à paraître en juin 2020). Dans le même sens, bien que plus détaillé, CATHERINE JACCOTTET TISSOT, NILS KAPFERER et MARCO MONA, *Pour une justice restaurative en Suisse*, PJA 2016 p. 1176–1186, p. 1178 s. Sur les caractéristiques communes de ces processus, v. ég. BARBARA RAYE et ANN WARNER ROBERTS, *Restorative processes*, in: Gerry Johnstone et Daniel W. Van Ness (éd.), *Handbook of Restorative Justice*, Londres/New York 2007, p. 211–227, p. 217, qui mettent également l'accent sur la participation de la société civile au règlement du conflit.

- L’objectif du processus est la réparation des préjudices liés à une infraction pénale. Peu importe que l’auteur ait été condamné ou qu’il ait préalablement reconnu l’ensemble des faits et admis sa culpabilité. L’infraction (alléguée) et ses dommages au sens large fixent le cadre du processus.
- Le processus suppose le consentement libre et éclairé des deux parties. Chaque participant accepte d’entrer dans un tel processus, après avoir été dûment informé, et peut à tout moment s’en retirer. L’accord ne peut être forcé.
- Le déroulement du processus suppose la participation active des parties au conflit, soit au moins de l’auteur et du lésé, qui peuvent y exprimer leur ressenti, définir leurs besoins et proposer des solutions.
- La mise en œuvre du processus est confiée à un tiers (1) qualifié, (2) indépendant des autorités pénales et (3) impartial¹⁷³. Ce tiers peut être «médiateur», «facilitateur» ou «gardien du cercle»¹⁷⁴, mais est spécifiquement formé pour assister les parties dans un tel processus. Il lui faut en effet s’assurer que victime et auteur communiquent dans le respect mutuel et l’empathie ainsi que favoriser la prise de responsabilité de l’auteur et la reconstruction de la victime au travers de l’échange. Il doit également s’assurer que les trois autres critères définis ci-dessus soient respectés. C’est en effet le tiers qui s’assure du consentement des parties, les guide afin qu’elles règlent elles-mêmes activement leur conflit, tout en limitant l’objet du processus au règlement des préjudices liés à l’infraction.

Certains auteurs ajoutent à ces caractéristiques le fait que le processus soit mené selon des «valeurs restauratives» telles que l’honnêteté, le respect mutuel, l’empathie, l’humilité, la responsabilisation des parties, la confiance ou la guérison¹⁷⁵. Ces valeurs nous semblent cependant aller de pair, d’une part, avec les objectifs de réparation de la justice restaurative et, d’autre part, avec la professionnalisation du tiers qualifié. En outre, il ne paraît pas y avoir de consensus sur le contenu de ces valeurs.

En tous les cas, chacun des processus décrits ci-dessous n’intervient que si toutes les parties l’ont souhaité ou au moins accepté de tenter sa mise en œuvre. Si tel est le cas, l’auteur ou la victime rencontre d’abord seul(e) le médiateur ou le facilitateur. En effet, avant toute forme d’échange entre les parties, une phase de préparation s’impose. Le facilitateur s’assure d’abord que chaque partie souhaite effectivement s’engager dans un processus de justice restaurative et que cette voie est opportune dans son cas¹⁷⁶. Ensuite, il

173 Certains médiateurs parlent de «*multipartialité*» en ce sens qu’ils soutiennent de façon égale la victime et l’auteur de l’infraction.

174 Est un «facilitateur» celui qui mène le processus de conférence de groupe, un médiateur la médiation et le gardien du cercle (*circle keeper*) celui qui mène le cercle de sentence.

175 V. en particulier KAY PRANIS, Restorative Values, chapter 4, in: Gerry Johnstone et Dan Van Ness (éds), *Handbook of Restorative Justice*, Londres 2007, p. 59–74 et les nombreuses références bibliographiques citées.

176 CATHERINE JACCOTTET TISSOT et PASCALE HALDIMANN, Le droit à des processus restauratifs dans l’aide aux victimes, in: *Jusletter* 23 octobre 2017, § 13.

détermine avec chacune d'elles ce qu'elle attend du processus (pour quels motifs souhaite-t-elle participer, avec quelles demandes), en la rendant attentive aux risques qui y sont liés (d'abord, que l'autre partie refuse de participer, ensuite que l'autre ne réponde pas nécessairement à ses attentes de la manière espérée). Il peut y avoir plusieurs rencontres avec le facilitateur seul, en fonction du degré de sensibilité du cas (en présence d'une agression sexuelle ou d'un meurtre, par exemple, la phase de préparation sera particulièrement intense). L'éventuelle rencontre entre la victime et l'auteur pourra être préparée jusqu'à déterminer qui parle en premier, avec quel sujet, ou comment les parties seront assises¹⁷⁷.

Le nombre des participants au processus et les modalités de l'éventuelle rencontre varie selon le modèle de processus choisi.

a. Médiation pénale ou dialogue victime-auteur

Traditionnellement, on date la réintroduction de la médiation pénale à 1974 au Canada, dans une petite ville (Elmira) non loin de Kitchener, en Ontario. Deux adolescents qui avaient commis des actes de vandalisme y ont rencontré leurs victimes. Le succès de l'opération fut tel qu'il a donné lieu à un véritable programme de réconciliation entre auteur et victime à Kitchener dès 1975¹⁷⁸. L'idée et les initiatives similaires se sont ensuite répandues aux Etats-Unis et au Canada dans les deux décennies qui ont suivi, avant d'être introduites en Europe dans les années 1990 (en Belgique, en France et en Allemagne, ainsi que dans les pays scandinaves, notamment)¹⁷⁹.

Aujourd'hui, même si d'aucuns préfèrent utiliser le mot «dialogue» que celui de médiation¹⁸⁰, il s'agit toujours de proposer, d'organiser et d'encadrer un échange, voire une (ou plusieurs) rencontre(s), entre le lésé d'une infraction pénale et l'auteur direct de cette infraction¹⁸¹. Si les parties se font parfois accompagner de personnes de confiance, le processus ne le suppose pas; en règle générale, seuls la victime et l'auteur rencontrent le médiateur. En outre, après la phase de préparation évoquée ci-dessus, il y a fréquemment plusieurs rencontres à trois, cas échéant espacées dans le temps. L'objectif peut aussi bien

177 MARK UMBREIT et MARILYN PETERSON ARMOUR, *Restorative Justice Dialogue: An Essential Guide for Research and Practice*, sp. chapitre 8: Victim-Offender Dialogue in Crimes of Severe Violence, New York 2011, p. 211–236, p. 223.

178 McCOLD (note 170), p. 26.

179 V. PERRIER (note 8), p. 56 s.

180 PASCALE HALDIMANN, CATHERINE JACCOTTET TISSOT, KILS KAPFERER et SOPHIE MOESCHLER, *Justice restaurative et médiation, une distinction qui s'impose*, Plaidoyer 5/2018, p. 38–42.

181 Pour une définition complète, v. PERRIER (note 8), p. 57 ss. V. ég. HOLH-CHIRAZI/SETHI KARAM (note 51), p. 37 ss.

être de limiter le thème d'une rencontre¹⁸² que de permettre aux parties d'avoir un temps de réflexion et de pause¹⁸³.

Dans ce processus, le médiateur pratique ce que l'on appelle l'écoute active, c'est-à-dire qu'il pose des questions et reformule ce que ressentent les parties. Il doit les aider à rassembler leurs idées et à identifier leurs intérêts, leurs émotions et leurs besoins. Le médiateur tente de donner aux parties une vue extérieure, d'ensemble, pour éventuellement leur permettre de changer de perspective. Ensuite seulement, les parties sont amenées à chercher puis proposer des pistes de solutions. Le médiateur doit alors être créatif sans être directif, pour aider victime et auteur à trier ces idées et à les sélectionner afin, éventuellement, de signer un accord¹⁸⁴.

Dans le domaine pénal, il arrive cependant fréquemment que les parties souhaitent uniquement avoir une discussion et qu'il ne soit dès lors pas nécessaire de rédiger une transaction. Après avoir pu exprimer à l'auteur ses souffrances, la victime peut ne pas en souhaiter davantage. De même, la médiation peut très bien se conclure sur l'expression de regrets par l'auteur, tout en laissant la possibilité à la victime de refuser d'accorder son pardon. On ne mesure pas la «réussite» de la médiation pénale en fonction du fait qu'elle ait ou non abouti à un accord ou une réconciliation. L'objectif est de mettre en place les conditions qui permettent aux parties un échange d'informations et de points de vue, sans *a priori* sur le contenu de cet échange¹⁸⁵. Cela n'empêche pas les parties, parfois, de néanmoins signer un accord. Celui-ci peut se limiter à communiquer qu'une médiation a eu lieu et qu'elle s'est bien déroulée¹⁸⁶.

Lorsqu'elle intervient après le jugement pénal, on parle de médiation carcérale ou post-sentencielle. En pareil cas, la médiation se déroule souvent durant la détention de l'auteur en milieu pénitentiaire ou en cours de suivi par un service de probation. Cette forme de médiation n'a pas d'incidence directe sur la

182 Par exemple, ne parler que des souffrances liées à l'infraction et laisser pour une rencontre suivante les moyens de tenter de les réparer.

183 FLORENCE PASTORE et BIRGIT SAMBETH GLASNER, La médiation en matière pénale pour les adultes à l'ère du code de procédure pénale unifié Pages PJA 2010 p. 747–753, p. 748. Ces auteures décrivent les caractéristiques de la médiation pénale.

184 PERRIER (note 8), p. 59.

185 V. la description de la «médiation réparatrice» en Belgique par STEPHANIE THIRY, Comment comprendre la place de la médiation pénale et de la médiation réparatrice en Belgique? Analyse à travers les paradigmes de la rationalité pénale moderne et de la justice restauratrice, Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, mémoire de master 2019 sous la direction de THIBAUT SLINGENEYER, p. 60 ss, spécialement p. 65.

186 Relevons à cet égard le point 51 de la Recommandation du Conseil de l'Europe: «Les accords ne doivent pas nécessairement mentionner des résultats concrets. Les parties sont libres de convenir que le dialogue a suffisamment satisfait leurs besoins et leurs intérêts»: Recommandation CM/Rec(2018)8 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la justice restaurative en matière pénale (adoptée par le Comité des Ministres le 3 octobre 2018, lors de la 1326e réunion des Délégués des Ministres).

durée de la peine privative de liberté. Elle nécessite souvent une préparation intense, car elle implique des infractions d'une certaine gravité¹⁸⁷.

b. *Conférences*

Les «conférences familiales» (*family group conferences*) tirent leurs origines de la tradition des peuples aborigènes Maori de Nouvelle-Zélande et Wiradjuri de la ville de Wagga Wagga en Australie. L'objectif est de réunir non seulement l'auteur et la victime, mais également leur famille respective, afin qu'elles trouvent elles-mêmes et ensemble une solution¹⁸⁸. Elles ont été réintroduites dans le système pénal néo-zélandais en 1989¹⁸⁹, puis en Australie en 1991. Cette technique est depuis utilisée dans certains Etats des Etats-Unis¹⁹⁰ et dans certaines parties du Canada, au Royaume-Uni et en Irlande du Nord ainsi que, en Europe continentale, aux Pays-Bas et en Belgique notamment¹⁹¹.

La conférence de groupe familiale consiste ainsi en une (généralement unique) rencontre entre l'auteur, la victime, leurs familles ainsi que des personnes de soutien qui leur sont proches. Elle est menée par un ou plusieurs «facilitateurs», suivant le nombre de participants. En effet, en fonction des Etats et des pratiques, des membres de «la communauté» au sens large peuvent participer, en particulier un policier, un assistant social, ou encore un collaborateur d'un service de l'Etat chargé de la protection des enfants¹⁹². Initialement conçues comme un processus diversionnel dans une procédure pénale impliquant un mineur (à laquelle elles mettaient fin en cas de réussite), les conférences ont gagné en importance et peuvent, dans certains Etats, être utilisées avec des crimes plus graves commis par des auteurs majeurs¹⁹³.

L'objectif de la présence des proches est de soutenir les victimes lors du processus et de restaurer les liens, entre eux, que l'infraction aurait fragilisés. En

187 Sur ce point en particulier, v. UMBREIT/PETERSON ARMOUR (note 177), p. 211–236.

188 RAYE/WARNER ROBERTS (note 172), p. 213.

189 L'acte qui les a instaurées est le «Children, Young Persons, and Their Families Act 1989 No 24».

190 Par exemple dans le Vermont, v. GALE BURFORD, Chapter 10: Family Group Conferences in Youth Justice and Child Welfare in Vermont, in: Katherine S. van Wormer et Lorenn Walker (éds), Restorative Justice Today: Practical Applications, Sage Pub. Californie 2013, p. 81–91; MARIE CONNOLLY, Fifteen years of family group conferencing: Coordinators talk about their experiences in Aotearoa New Zealand, British Journal of Social Work vol. 36 no 4 (2006), p. 523 ss, p. 524.

191 En 2015, 13 pays de l'Union européenne avaient intégré les conférences de groupe, dont 5 à un niveau national: IVO AERTSEN, Implementing restorative justice in Europe: achievements and challenges, in: Nicolas Queloz, Catherine Jaccottet Tissot, Nils Kapferer et Marco Mona (éds), Mettre l'humain au centre du droit pénal: les apports de la justice restaurative, Schulthess, Genève 2018, p. 43–60, p. 48; v. ég. IVO AERTSEN, ROBERT MACKAY, CHRISTA PELIKAN, JOLIEN WILLEMSEN et MARTIN WRIGHT, Renouer les liens sociaux – Médiation et justice réparatrice en Europe, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg 2004 p. 32 s.

192 CAMILLE PERRIER, Criminels et victimes: quelle place pour la réconciliation?, l'Hèbe, Charmey 2011, p. 51; v. ég. RAYE/WARNER ROBERTS (note 172), p. 213 ss.

193 RAYE/WARNER ROBERTS (note 172), p. 214.

effet, l’infraction a tendance à isoler la victime, qui peine à en parler à son entourage, notamment par honte ou crainte d’être en partie tenue pour responsable. De même, la famille de la victime peut se culpabiliser de n’avoir pas su la protéger¹⁹⁴. A l’égard des auteurs, les proches peuvent d’une part les aider à prendre leurs responsabilités et à changer durablement leur comportement. D’autre part, le processus peut également permettre de renouer des liens rompus par l’infraction (rejet de l’auteur en raison de ce qu’il a fait, sentiment de culpabilité de l’entourage, etc.). Les conférences donnent ainsi aux familles, qui sont également touchées lors de la commission d’une infraction, la possibilité d’exprimer leur propre souffrance mais aussi de jouer un rôle actif.

Après la première étape de préparation, décrite ci-dessus, la rencontre se déroule en général en différentes phases, l’une dédiée au récit des faits (rappelés par le policier en charge de l’affaire qui participerait à la conférence), la suivante à l’expression des torts causés, puis à ce qui peut être fait pour les réparer¹⁹⁵. En Nouvelle-Zélande, cette phase concerne d’abord l’auteur et sa famille seuls, qui proposent ensuite leur solution au groupe, qui la discute, la modifie ou l’avalise. Enfin, le processus se termine par un échange convivial (une sorte d’apéritif) qui clôture la conférence et scelle la réconciliation¹⁹⁶.

c. Cercles

Inspirés cette fois des pratiques des Premières Nations nord-américaines¹⁹⁷, les processus dits de «cercles restauratifs» (*restorative circles*) ont été réintroduits au Yukon (Canada) en 1992 et se sont depuis répandus dans les pays anglo-saxons¹⁹⁸. En 2015, seuls trois pays européens avaient tenté ces processus à titre de projets pilote (Allemagne, Hongrie et Belgique)¹⁹⁹.

Les cercles restauratifs consistent d’abord en une technique de communication: placés en cercle, les participants se passent un objet symbolique (un «*talking stick*») qui donne au seul porteur le droit de parole²⁰⁰. L’accent est mis sur la communication et l’écoute; tant qu’un participant a l’objet en main, il peut s’exprimer.

194 WEMMERS (note 154), p. 57–77 concernant les «répercussions sociales» du crime.

195 GABRIELLE MAXWELL, Chapter 12: Restorative and Diversionary Responses to Youth Offending in New Zealand, in: Katherine S. van Wormer et Lorenn Walker (éds), Restorative Justice Today: Practical Applications, Sage Pub. Californie 2013, p. 103–111, p. 104 s.

196 PERRIER (note 192), p. 53.

197 RAYE/WARNER ROBERTS (note 172), p. 215 s. McCOLD (note 170), p. 27 ss; Pour un autre exemple, voir MYLÈNE JACCOUD, Restoring justice in native communities in Canada, in: Lode Walgrave, (éd.) Restorative Justice For Juveniles: Potentialities, Risks and Problems, Louvain 1998, p. 285 ss, 291 ss, qui explique le déroulement des *Community Holistic Circle Healing*, mode de règlement des conflits d’une communauté Ojibwé du Manitoba au Canada.

198 PERRIER (note 8), p. 55 s. PERRIER (note 192), p. 54 s.

199 CLARA RIGONI, Restorative justice and mediation in penal matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries, Restorative Justice, 2016 (4) 2, p. 276–279.

200 RAYE/WARNER ROBERTS (note 172), p. 215.

primer sans être interrompu. Les Premières Nations utilisaient une plume, mais tout objet de parole peut être utilisé²⁰¹.

Les cercles ressemblent au processus du *conferencing* en ce sens qu'ils supposent la participation de l'auteur, de la victime et de leur famille respective, cas échéant de leurs proches, mais également de toute personne de la communauté concernée par la commission de l'infraction (voisins, famille étendue, membre de la même église ou école, etc.) ainsi que, encore, de toute personne à même d'apporter son soutien (par exemple: un spécialiste en addiction)²⁰². Il peut y avoir jusqu'à une cinquantaine de participants, qui formeront alors deux cercles²⁰³. Lorsqu'il s'agit d'un *sentencing circle*, le cercle implique en outre un juge ou un procureur, puisqu'il porte également sur la sanction. Dans ce dernier cas, l'accord aura la force d'un jugement²⁰⁴. En outre, le prévenu doit avoir reconnu les faits et accompli une longue phase de préparation, qui suppose déjà qu'il propose un plan de réparation qu'il présentera lors du cercle²⁰⁵.

Le déroulement d'un cercle restauratif ressemble à celui des conférences; il est souvent délimité en phases avec un thème prédefini, mais peut durer plus longtemps vu le nombre de participants (jusqu'à huit heures)²⁰⁶. Généralement et vu le nombre de participants, il est mené par plusieurs facilitateurs, appelés «gardiens du cercle». Dans un cercle, la phase introductory est particulièrement importante. Le facilitateur demande généralement aux participants de définir des valeurs à respecter dans le cadre du processus (respect, écoute, etc.)²⁰⁷ et leur permet d'établir d'abord une forme de relation, avant la discussion même autour de l'infraction²⁰⁸. Puis viennent les thèmes identiques à ceux de la conférence: le vécu de l'infraction par chacun des participants, ses conséquences, ce qui peut être fait pour y remédier²⁰⁹. A l'exception du cas particulier du cercle «de sentence», qui porte donc également sur la peine, il s'agit comme pour les conférences de trouver un accord sur la réparation des dommages subis par la victime et sur la meilleure manière de réintégrer l'auteur au sein de la communauté.

201 ROBERTS COATES, MARK UMBREIT et BETTY Vos, Restorative justice circles: An exploratory study, *Contemporary Justice Review* 2003, vol. 6(3), p. 265–278, p. 269.

202 PERRIER (note 192), p. 54.

203 Le cercle du centre sera composé des personnes les plus touchées par l'infraction, et celui de l'extérieur des membres de la communauté élargie. CHARLOTTE GROLIMUND, La pratique des cercles de sentence sur le territoire du Yukon au Canada: une approche réparatrice de la justice criminelle, Mémoire de master, Ecole de droit, UNIL, p. 6; V. HEINO LILLES, Circle Sentencing: Part of the Restorative Justice Continuum, in: Allison Morris and Gabrielle Maxwell (éds), *Restorative Justice for Juveniles: Conferencing, Mediation and Circles*, Londres 2001, p. 161–180, p. 163.

204 JACCOTTET TISSOT/KAPPERER/MONA, (note 172), p. 1180; PERRIER (note 8), p. 55 s.

205 BARRY STUART et KAY PRANIS, Peacemaking circles: Reflections on principal features and primary outcomes, in: Dennis Sullivan et Larry Tifft (éds), *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, Oxon/New York 2006, p. 121–133, p. 123.

206 LILLES (note 203), p. 164. Cas échéant, il peut également se tenir sur deux séances.

207 COATES/UMBREIT/VOS (note 201), p. 268.

208 STUART/PRANIS (note 205), p. 126 s.

209 COATES/UMBREIT/VOS (note 201), p. 268 ss.

d. Autres pratiques

Dans la mesure où chacun des trois processus décrits ci-dessus nécessite l'accord des deux parties au conflit, il peut être difficile de les mettre en place (auteur inconnu, refus d'une partie ou impossibilité de la joindre, abandon, etc.). D'autres pratiques ont dès lors vu le jour, afin de permettre tout de même aux personnes concernées d'avoir accès à une forme de justice restaurative. Ainsi, dans certains Etats, surtout anglo-saxons, il se tient des cercles de parole impliquant uniquement des victimes. De même, divers projets ont lieu dans des établissements pénitentiaires, visant à favoriser chez les détenus la prise de responsabilité et l'empathie pour les victimes²¹⁰.

Parmi ces autres pratiques, citons les «dialogues restauratifs», qui impliquent quant à eux la rencontre tant de victimes que d'auteurs. Le processus est différent des médiations, conférences et cercles en ce sens que les participants ne sont pas liés par l'infraction commise mais par un certain type d'infraction. Il ne s'agit donc pas pour un auteur de rencontrer «sa» victime (et inversement), mais plutôt une ou des victimes d'une infraction similaire (p.ex. agressions sexuelles). La discussion porte néanmoins sur les conséquences de l'infraction, les dommages qui en résultent, la prise de responsabilité de l'auteur et les actes concrets envisageables pour offrir une forme de réparation. Ces programmes sont le plus souvent mis en place dans des établissements de détention («Projets Sycomore» en Amérique du Nord, appelés «*Building Bridges*» en Europe); les détenus sont ainsi confrontés aux conséquences de leurs actes et encouragés à en endosser la responsabilité ainsi qu'à développer de l'empathie envers les victimes²¹¹. En Suisse alémanique, ce processus est utilisé à la prison de Lenzburg dans le canton d'Argovie²¹², et a récemment (fin 2019) été introduit dans le canton de Vaud, à la prison «Les Léchaires», soit une prison spécialisée dans la prise en charge de mineurs et de jeunes adultes²¹³.

3. Institutionnalisations possibles de ces processus

L'utilisation de ces processus et leurs éventuels liens avec la justice pénale dépend d'abord du choix que fait chaque Etat dans la manière dont il les institutionnalise. Le législateur d'un Etat donné peut ainsi décider²¹⁴:

210 «Victim awareness and empathy programs», sur les processus de justice restaurative en prison, lire DANIEL W. VAN NESS, Prisons and restorative Justice, in: Gerry Johnstone et Daniel W. Van Ness (éd.), *Handbook of Restorative Justice*, Londres/New York 2007, p. 312–324.

211 Jaccottet Tissot/Haldimann (note 176), § 13.

212 CAMILLE QUEHEN, La médiation carcérale, un processus qui peine à trouver sa place en Suisse, *Infoprisons, Plateformes d'échanges sur la prison et la sanction pénale*, bulletin 22, mars 2018.

213 V. l'article paru dans le quotidien «24 Heures» le 19 septembre 2019: «Le Canton ose un premier pas vers le dialogue détenus victimes.»

214 Ivo AERTSEN, Implementing restorative justice in Europe: achievements and challenges, in: Nicolas Queloz, Catherine Jaccottet Tissot, Nils Kapferer et Marco Mona (éds), *Mettre l'humain au centre du droit pénal: les apports de la justice restaurative*, Schulthess, Genève 2018,

- de prévoir de tels processus avant, pendant ou après la procédure pénale;
- d'imposer ou non aux autorités pénales d'informer les parties de cette possibilité;
- de laisser ou non le choix aux autorités pénales de proposer le processus aux parties;
- de suspendre ou non la procédure pénale pendant son déroulement;
- d'en faire un processus purement diversionnel, qui éteint la procédure pénale en cas d'aboutissement, ou un processus complémentaire, qui influence (ou non) la procédure pénale, selon un choix laissé au juge;
- de limiter l'usage de la justice restaurative aux cas impliquant un mineur délinquant, ou de la prévoir de façon générale en cas d'infraction pénale, quel que soit l'âge de l'auteur au moment des faits;
- de poser des conditions quant à la gravité du délit ou sa nature;
- d'exiger ou non, préalablement, l'admission des faits par l'auteur;
- de réglementer les conditions d'exercice du métier de facilitateur;
- de créer des services dédiés à la mise en œuvre de ces processus ou de la confier à des indépendants, cas échéant sous certaines conditions (formation et déontologie);
- de limiter les informations et les données adressées au facilitateur;
- de rendre confidentiels les échanges intervenus dans ces processus et de soumettre le facilitateur au secret professionnel;
- de réglementer la prise en charge des coûts du processus;
- etc.

Ces choix sont avant tout politiques. Un processus de justice restaurative peut avoir lieu à n'importe quelle étape de la procédure pénale, avant ou après jugement, et être bénéfique aux parties quelle que soit la nature de l'infraction ou sa gravité, et qu'elle ait été commise par un mineur ou un adulte²¹⁵.

En pratique, il est fréquent qu'un Etat commence par prévoir un processus de justice restaurative pour les mineurs, comme un processus diversionnel, qui en cas d'aboutissement met fin à la procédure pénale (ainsi en Suisse ou en Belgique pour la médiation pénale, ou en Nouvelle-Zélande pour les conférences de groupe familial). Toutefois, cette manière de procéder condamne ces processus à se limiter à des infractions mineures²¹⁶. Il arrive cependant par la suite que de tels processus soient étendus aux adultes, puis s'inscrivent en complément de

p. 43–60, p. 49. Sur le sujet, v. ég. PERRIER (note 8), p. 220 ss sur la manière dont les cantons ont institutionnalisé la médiation pénale pour mineurs.

215 V. ci-après, chiffre 4.

216 CHRISTA PELIKAN et THOMAS TRENCZEK, *Victim offender mediation and restorative justice: The European landscape*, in: Dennis Sullivan et Larry Tifft (éds), *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, Oxon/New York 2006, p. 63–90, spécialement p. 84 s. Dans le même ouvrage, MARK S. UMBREIT, ROBERT B. COATES et BETTY VOS, *Victim offender mediation: An evolving evidence-based practice*, in: Dennis Sullivan et Larry Tifft (éds), *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, Oxon/New York 2006, p. 52–62, p. 54 (même constat).

la procédure pénale (avant, en parallèle ou après celle-ci), avec pour but premier de permettre la reconstruction de la victime et la responsabilisation de l'auteur. La possibilité d'influencer le sort de l'action pénale n'est qu'accessoire²¹⁷. La réglementation tourne ensuite autour des questions annexes (information des parties, accès au métier de facilitateur, confidentialité du processus, frais, etc.)²¹⁸. Le cas de la Belgique est à cet égard emblématique; la médiation pénale y a été instaurée d'abord pour les mineurs, puis étendue aux adultes en 1994, mais toujours comme processus diversionnel. Ainsi limitée aux cas de faible gravité, la justice restaurative a été introduite beaucoup plus largement en 2005, sous forme de «médiation réparatrice», disponible en tout temps, sans limite quant à la nature ou la gravité des cas²¹⁹. La Belgique est ainsi devenue le pays d'Europe qui permet l'un des usages les plus étendus de la justice restaurative, sans toutefois prétendre à ce qu'elle supplanté la justice pénale dans le traitement des infractions.

4. *Effets et résultats d'études criminologiques*

Les processus de justice restaurative ont été abondamment étudiés et évalués, en particulier quant à leur capacité à réinsérer les auteurs d'infraction (on a en effet comparé les taux de récidive avec ou sans justice restaurative, mais on a également cherché ce qui pouvait amener les auteurs à entrer dans un processus de désistance). Ont également été évaluées la satisfaction et la réparation des victimes et des auteurs. Nous présentons ici brièvement les conclusions de ces études criminologiques, effectuées depuis plusieurs décennies. Il s'agit de résultats essentiellement tirés de méta-analyses ou de «reviews», soit des études qui condensent les conclusions de plusieurs recherches²²⁰. Ajoutons encore que les programmes évalués s'inscrivent tant en alternative qu'en seul complément de la justice pénale (en plus d'une peine ou pendant l'exécution de celle-ci, par exemple) et sont effectuées avec des auteurs aussi bien mi-

217 Ainsi en Belgique, avec la «médiation réparatrice» en opposition à la «médiation pénale», v. PERRIER (note 8), p. 139 ss; PELIKAN/TRENCZEK (note 216), p. 85.

218 AERTSEN (note 214), p. 48 s.

219 Sur la question, v. PERRIER (note 8), p. 135 à 168.

220 LAWRENCE W. SHERMAN, HEATHER STRANG, EVAN MAYO-WILSON, DANIEL J. WOODS et BARAK ARIEL, Are Restorative Justice Conferences Effective in Reducing Repeat Offending? Findings from a Campbell Systematic Review, *J Quant Criminol* (2015) 31, p. 1–24; HEATHER STRANG, LAWRENCE W. SHERMAN, EVAN MAYO-WILSON, DANIEL J. WOODS et BARAK ARIEL, Restorative Justice Conferencing (RJC) Using Face-to-Face Meetings of Offenders and Victims: Effects on Offender Recidivism and Victim Satisfaction. A Systematic Review, *Campbell Systematic Reviews* Volume9, Issue1, 2013, p. 1–59; LAWRENCE SHERMAN et HEATHER STRANG, Restorative justice: the evidence, The Smith Institute, Londres, 2007, 62 ss; JEFF LATIMER, CRAIG DOWDEN et DANIEL MUISE, The effectiveness of restorative justice practices: A meta-analysis, *The Prison Journal* Vol. 85 No. 2, uin 2005, p. 127–144; WILLIAM R. NUGENT, MONA WILLIAMS et MARK UMBREIT, Participation in Victim-Offender Mediation and the Prevalence and Severity of Subsequent Delinquent Behavior: a Meta-Analysis, *Utah Law Review* 2003, p. 137–166 (15 études, 9307 auteurs).

neurs qu'adultes. Or, ces deux paramètres (adultes-mineurs ou complément-alternative) n'ont pas d'incidence sur les résultats présentés ci-dessous²²¹. En particulier, la justice réparatrice ne fonctionne pas «mieux» avec les mineurs.

a. Récidive, réduction des coûts et désistance

Une méta-analyse de 2007, combinant les résultats de 25 études effectuées à travers le monde et concernant au total 4741 auteurs d'infractions, a montré que le passage par un processus de justice restaurative (aux côtés ou en lieu et place d'une procédure pénale) réduisait le taux de récidive de façon systématique, lorsque l'infraction en cause était une infraction impliquant de la violence (non une simple infraction contre la propriété)²²². Une autre méta-analyse, plus récente (datée de 2013), et basée sur 10 études impliquant 1879 auteurs d'infraction, a mis en évidence une baisse systématique du taux de récidive pour les auteurs ayant eu accès à un processus de justice restaurative, quel que soit le type de l'infraction. Le pourcentage de baisse calculé en méta-analyse est de 7 %, mais certaines recherches reprises dans l'analyse arrivaient à une baisse de 45 %²²³. Les autres *reviews* et méta-analyses que nous avons pu consulter (datées de 2003 et 2005) arrivent à la même conclusion: la justice restaurative est associée à un taux plus faible de récidive (également de l'ordre de 7 %) et, lorsque récidive il y a, les infractions commises sont de plus faible gravité²²⁴. On peut donc prudemment conclure que la mise en place de processus de justice restaurative réduit au moins faiblement, mais de façon statistiquement significative, le risque de récidive de l'auteur et améliore ainsi sa réinsertion.

La seconde méta-analyse citée ci-dessus a également calculé le coût le plus plausible de la récidive ainsi évitée (de 7 %) et l'a comparé aux coûts de la mise en place de programmes de justice restaurative. Les chercheurs ont ainsi démontré, au moyen de sept études conduites au Royaume-Uni, que chaque *pound* investi dans la justice restaurative impliquait une économie de 3.7 à 8.1 *pounds* en termes de coûts de récidive²²⁵.

221 PERRIER (note 8), p. 78 à 81 et les références citées.

222 SHERMAN/STRANG (note 220), p. 68 ss.

223 STRANG/SHERMAN/MAYO-WILSON/WOODS/ARIEL (note 220), p. 12.

224 NUGENT/WILLIAMS/UMBREIT (note 220), p. 161 ss (étude qui met en avant la nature de la récidive et la plus faible gravité des actes commis après le processus de justice restaurative chez les délinquants mineurs); LATIMER/DOWDEN/MUISE (note 220), spécialement p. 138 ss, concluent également à des baisses de récidive mais mettent en garde contre le biais d'autosélection inhérent à la justice restaurative. En effet, seuls les auteurs qui acceptent de participer à un tel programme y entrent; ils sont donc probablement plus motivés à sortir de la voie criminelle (on peut parler également de «bons risques»). Or, les méta-analyses plus récentes citées sous note 220 ont exclu ce biais et arrivent néanmoins à une baisse de récidive de l'ordre de 7 %.

225 SHERMAN/STRANG/MAYO-WILSON/WOODS/ARIEL (note 220).

Soulignons encore que la récidive n'est pas le seul indicateur de la réinsertion du délinquant²²⁶. La justice restaurative a également un impact important sur la désistance, c'est-à-dire le processus qui conduit un criminel à cesser de commettre des infractions. A cet égard, l'image que le criminel se fait de lui-même et de son acte est décisive. Pour s'engager sur le chemin de la désistance, il importe que l'auteur regrette l'infraction, souhaite vivre sans en commettre à nouveau et, en outre, ait le sentiment qu'il soit capable d'être à l'avenir une personne honnête. Une étude a démontré que les processus de justice restaurative aident les auteurs à prendre conscience de la gravité de leur acte (et donc à exprimer des regrets) et qu'ils les soutiennent dans l'idée qu'ils sont aptes à réparer et à ne plus récidiver²²⁷. Le but est de dissocier l'acte de l'auteur; on réprouve l'acte, mais on ne met pas l'auteur à l'écart: ce dernier peut et doit réparer²²⁸.

b. Réinsertion et satisfaction des victimes et des auteurs d'infractions

A l'égard des victimes, la justice restaurative est spécialement bénéfique lorsque des crimes graves sont en cause²²⁹. En effet, plusieurs études démontrent que les victimes, au cours d'un processus de justice restaurative, ont l'occasion de comprendre les circonstances du crime et d'y obtenir une reconnaissance de leurs souffrances. Elles expriment même un sentiment de libération et ne regrettent pas leur participation²³⁰. En outre, les victimes ayant participé à un processus de justice restaurative présentent un score plus faible à des tests mesurant le stress post-traumatique que celles n'y ayant pas eu accès. Elles retournent en outre significativement plus rapidement travailler si elles ont pris part à un programme de justice restaurative que si elles n'ont eu accès qu'à une procédure pénale usuelle²³¹. Il semble donc que la réinsertion des victimes soit améliorée avec la mise en œuvre d'un processus de justice restaurative.

-
- 226 On peut en effet très bien imaginer un trafiquant de drogue dure qui arrête son trafic mais commet un excès de vitesse; on parlera alors de récidive, alors qu'il est déjà engagé sur un processus de désistance.
- 227 BART CLAES et JOANNA SHAPLAND, Desistance from crime and restorative justice, *Restorative Justice*, Vol. 4/3 (2016), p. 302–322.
- 228 Idée exprimée par John Braithwaite sous les termes de «reintegrative shaming», c'est-à-dire faire honte à l'auteur de son acte, mais en le réintégrant à la communauté en l'associant au processus de réparation du mal commis, v. JOHN BRAITHWAITE, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, 1989.
- 229 MARK S. UMBREIT, BETTY VOS, ROBERT B. COATES et MARILYN P. ARMOUR, Victims of Severe Violence in Mediated Dialogue with Offender: The Impact of the First Multi-Site Study in the U.S., *International Review of Victimology*, Vol. 13/1 (2016), p. 27–48.
- 230 SARA-EVE CHARRETTE-DUCHESNEAU, L'expérience des victimes et du médiateur impliqués dans un processus de médiation pour des crimes «graves» au Québec, Université de Montréal, 2009, 174 ss.
- 231 CAROLINE M. ANGEL, LAWRENCE W. SHERMAN, HEATHER STRANG, BARAK ARIEL, SARAH BENNETT, NOVA INKPEN, ANNE KEANE et THERESE S. RICHMOND, Short-term effects of restorative justice conferences on post-traumatic stress symptoms among robbery and burglary victims:

Enfin et de manière générale, les victimes sont toujours très majoritairement satisfaites des processus de justice restaurative, dont elles indiquent qu'il leur paraît «juste». En plus d'obtenir des réponses à leur questions et une forme de reconnaissance, les victimes soulignent qu'elles ont le sentiment de reprendre le contrôle de leur vie en ayant le courage de rencontrer l'auteur et de régler elles-mêmes les conséquences de l'infraction. Elles apprécient particulièrement le fait que la justice restaurative leur laisse le choix (de participer, de continuer, de la manière dont elle est mise en place, etc.)²³². En cas de comparaison avec la justice criminelle sur leur perception de la manière dont leur affaire a été traitée, les victimes montrent toujours un taux de satisfaction plus élevé après un processus de justice restaurative qu'après un procès pénal uniquement²³³. On note encore que l'accord conclu en justice restaurative a statistiquement plus de chances d'être exécuté qu'un jugement pénal qui condamnerait l'auteur à verser une indemnisation à la victime²³⁴.

Quant aux auteurs d'infractions, la recherche a démontré qu'ils souhaitent participer à un processus de justice restaurative tant pour des motifs altruistes qu'égoïstes. Il s'agit à la fois de prendre la responsabilité de leurs actes, de présenter leurs excuses et de tenter d'indemniser la victime, mais également de «tourner la page» et d'en finir avec les conséquences de l'infraction²³⁵. Pour eux également, le taux de satisfaction est élevé (entre 80 et 97 %, suivant les études)²³⁶ et plus élevé en comparaison avec leur ressenti à l'égard de la justice pénale²³⁷. De même, le sentiment de justice est ressenti par plus de 80% des auteurs à l'issue d'un processus de justice restaurative²³⁸.

Ces nombreuses recherches démontrent que la justice restaurative, en complément de la justice pénale, a des effets très bénéfiques pour les victimes tout d'abord (elles y obtiennent réponses, reconnaissance, réparation et y trouvent satisfaction), effets que la procédure pénale ne permet pas toujours d'obtenir, ou le cas échéant dans une moindre mesure. En outre, la justice restaurative réduit le risque de récidive, même si cela n'est que faiblement, accompagne les auteurs sur le chemin de la désistance et implique de ce fait des économies non

a randomized controlled trial, *Journal of Experimental Criminology* Vol. 10 (2014), p. 291–307; CAROLINE M. ANGEL, *Crime victims meet their offenders: Testing the impact of restorative justice conferences on victims' post-traumatic stress symptoms*, thèse, 2005.

232 SHERMAN/STRANG (note 220), p. 62 ss; TINNEKE VAN CAMP et JO-ANNE WEMMERS, *Victim satisfaction with restorative justice: More than simply procedural justice*, *International Review of Victimology*, 19/2 (2013), p. 117–143.

233 VAN CAMP/WEMMERS, (note 232).

234 LATIMER/DOWDEN/MUISE (note 220), p. 137, qui démontrent dans une méta-analyse un taux de respect de l'accord (vis-à-vis d'un jugement) plus important de l'ordre d'un tiers (33%).

235 UMBREIT/COATES/VOS, (note 216), p. 56.

236 MARK S. UMBREIT, *The Handbook of Victim Offender Mediation*, San Francisco 2001, p. 164 ss.

237 LATIMER/DOWDEN/MUISE (note 220), p. 136.

238 UMBREIT (note 236), p. 167.

négligeables en termes de coût de la justice, quand bien même elle suppose un investissement dans sa mise en œuvre.

II. Intégration de la justice restaurative en droit suisse

Au vu des impressionnantes résultats constatés par la recherche criminologique, il nous semble donc utile et nécessaire d'instaurer des processus de justice restaurative en droit suisse, et de façon plus générale.

Toutefois, il faut se garder d'y voir systématiquement une *alternative* à la justice pénale, en ce sens que l'accord devrait permettre à l'auteur d'échapper à une sanction²³⁹. Comme nous avons pu le constater en examinant la conciliation prévue par l'art. 316 CPP ou la médiation pénale prévue en procédure pénale des mineurs, une telle manière d'instituer ces règlements amiables réduit considérablement leur champ d'application. Or, cela est regrettable, car la recherche a démontré que la justice restaurative était particulièrement bénéfique aux victimes lorsque l'infraction était sérieuse et impliquait de la violence. En outre, la réduction du risque de récidive est plus marquée dans ces mêmes cas²⁴⁰. Il s'agit donc d'ouvrir la possibilité de la justice restaurative de façon large et de ne jamais lier l'issue de la procédure pénale à son résultat. Une telle manière de faire laisserait le monopole de la justice pénale à l'Etat, sans toutefois empêcher les autorités pénales de tenir compte d'un accord intervenu, pour autant que celui-ci réduise aux yeux des magistrats l'intérêt public au prononcé d'une sanction.

Actuellement, seules les victimes de prévenus mineurs peuvent bénéficier de la justice restaurative, et dans une mesure très restreinte. Pour étendre le champ d'application de la médiation pénale aux auteurs adultes, il suffirait d'inclure dans le Code de procédure pénale une disposition similaire à celle de l'art. 17 PPMIn²⁴¹. A notre sens, il faudrait prévoir la possibilité, en tout temps, pour le magistrat et les parties, de proposer ou de demander un processus de justice restaurative (non uniquement une médiation pénale). Afin que la justice restaurative soit possible également en dehors d'une procédure pendante, il faudrait également prévoir une modification du Code pénal, en particulier des articles concernant la fixation de la peine et l'exécution de celle-ci. Les nouvelles dis-

239 La recommandation du Conseil de l'Europe va également en ce sens, puisqu'elle enjoint aux Etats de réglementer la justice restaurative en prévoyant qu'elle «puisse» avoir une conséquence sur la procédure pénale (pt. 21) mais en laissant une totale liberté aux autorités pénales quant au sort de l'action publique (pt. 32), v. Recommandation CM/Rec(2018)8 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la justice restaurative en matière pénale (adoptée par le Comité des Ministres le 3 octobre 2018, lors de la 1326e réunion des Délégués des Ministres).

240 SHERMAN/STRANG (note 220), spécialement p. 88 où les auteurs résument les résultats de leur recherche.

241 Notons que cela était prévu dans le projet de Code de procédure pénale, à l'art. 317 p-CPP, mais uniquement pour la médiation pénale, non pour les autres processus. Sur l'échec de cette disposition, après d'âpres et longues discussions au Parlement, v. PERRIER (note 8), p. 195 ss; FALLER, (note 98).

positions porteraient non seulement sur la possibilité d'avoir recours à la justice restaurative en exécution de peine, mais également sur les conséquences d'un éventuel accord entre le lésé et le prévenu, en laissant aux magistrats une liberté totale quant à l'opportunité d'en tenir compte. Enfin, la LAVI devrait également être modifiée, afin d'accorder un droit aux victimes de demander la mise en œuvre d'un processus de justice restaurative²⁴².

Parmi les informations données aux victimes ainsi qu'aux prévenus ou détenus, il devrait également figurer des informations portant sur la justice restaurative, la possibilité d'y avoir recours et la marche à suivre pour y avoir accès. Une modification du CPP en ce sens, par exemple des art. 158 CPP (informations à donner au prévenu lors de la première audition) et 305 CPP (information de la victime) serait souhaitable. La Belgique a par ailleurs adopté une telle règle, à l'article 553 § 2 de son Code d'instruction criminelle²⁴³.

La loi devrait également régler le sort des frais de la justice restaurative. A notre sens et pour autant que le processus intervienne en amont d'une décision judiciaire, le coût de la justice restaurative devrait entrer dans les frais de procédure et faire l'objet d'une décision judiciaire, à l'instar de ce qui prévaut en cas d'expertise. Ils seraient ainsi supportés soit par les parties, soit laissés à la charge de l'Etat. Nous sommes néanmoins favorable à ce que la justice restaurative soit gratuite pour les parties, pour en encourager l'utilisation. En dehors d'une procédure pendante, le coût financier de la justice restaurative ne serait pas démesuré; en effet et à titre d'exemple, les médiateurs pénaux travaillent sur la base d'un tarif horaire de l'ordre de 150 francs environ (réduit à 80 francs pour le travail administratif)²⁴⁴ (140 francs à Neuchâtel) et, en moyenne, une médiation pénale se tient sur une fourchette de deux à trois séances d'une heure à une heure et demie²⁴⁵. Soulignons encore que la recherche a démontré que les processus de justice restaurative réduisent la récidive et qu'il en résulte une baisse substantielle des frais de justice²⁴⁶. En outre, la justice restaurative assure une meilleure (et plus rapide) réinsertion des victimes, ce qui implique nécessairement une baisse du coût de leur prise en charge par la Collectivité (frais médicaux, prestations des assurances sociales et privées, frais de la LAVI, etc.).

242 Elément déjà suggéré par CATHERINE JACCOTTET TISSOT et PASCALE HALDIMANN, *Le droit à des processus restauratifs dans l'aide aux victimes*, in: *Jusletter* 23 octobre 2017, spécialement N 26 ss concernant les propositions concrètes de modification de la LAVI.

243 «Le ministère public, le juge d'instruction, les juridictions d'instruction et le juge veillent à ce que les parties impliquées dans une procédure judiciaire soient informées sur la possibilité de demander une médiation. Pour autant qu'ils l'estiment opportun dans des dossiers concrets, ils peuvent eux-mêmes proposer une médiation aux parties.»

244 V. par exemple l'article 13 du Règlement vaudois du 22 juin 2010 sur la médiation dans le cadre de la procédure pénale applicable aux mineurs (RMPPM), RSV 312.05.5.

245 SDM-FSM, *Enquête Médiation Suisse 2014*, p. 6–7. Ce sondage est disponible sur le site Internet de la Fédération suisse des Associations de Médiation (SDM-FSM), www.mediation-ch.org (février 2020).

246 SHERMAN/STRANG/MAYO-WILSON/WOODS/ARIEL (note 220).

Conformément à l'art. 123 al. 2 Cst., l'organisation des «instances» de justice restaurative doit être laissée aux cantons. Il leur incombe en particulier de décider si les médiateurs ou facilitateurs doivent être indépendants de l'Etat (à l'instar de ce qui prévaut dans le canton de Vaud pour les médiateurs pénaux) ou intégrés dans un service dédié (comme à Fribourg le «bureau de la médiation pénale pour mineurs»). La législation fédérale devrait toutefois poser trois conditions quant à l'accès à l'exercice du métier de facilitateur: (1) une formation appropriée, (2) l'indépendance vis-à-vis des autorités pénales et (3) l'impartialité à l'égard des parties²⁴⁷.

Enfin, concernant le déroulement du processus lui-même, la loi (par là on entend le relais législatif à insérer dans le CPP) devrait définir la justice restaurative, préciser et limiter les informations transmises aux facilitateurs et assurer la totale confidentialité des échanges, sous réserve de l'accord de l'ensemble des parties quant à une éventuelle communication aux autorités.

Il nous paraît que ces modifications législatives sont de faible ampleur et que l'institutionnalisation de la justice restaurative ne serait pas particulièrement coûteuse ni complexe.

E. Conclusion

Les modes amiables de résolution des conflits en matière pénale ont toujours existé. L'histoire du procès pénal est jalonnée de nombreuses possibilités pour l'auteur et la victime d'une infraction de s'entendre et de trouver une solution à leur conflit. Avec l'avènement de la procédure inquisitoire et l'instauration d'un monopole de la justice à l'Etat, ils ont perdu en importance mais ont néanmoins conservé une place en procédure pénale et en droit pénal matériel.

La conciliation, la médiation pénale et, dans une mesure discutable, la procédure simplifiée donnent la possibilité au prévenu et au lésé de régler leur différend à l'amiable. L'accord qui intervient entre eux peut, sous certaines conditions, être «valorisé» sur la sanction à prononcer contre l'auteur, en la réduisant ou en permettant aux autorités pénales d'y renoncer. Toutefois, ces procédures diversionnelles, restreintes aux affaires de faible importance, ne peuvent être mises en œuvre que sur l'initiative des autorités pénales. Celles-ci décident presque librement de tenir compte de leur résultat.

La justice restaurative ouvre un champ nouveau de possibilités. Ses processus permettent à toutes les personnes touchées par une infraction pénale de décider ensemble du meilleur moyen de remédier aux conséquences de l'infraction, dans un espace sécurisé par un tiers spécifiquement formé à cet effet. La

247 V. à cet égard les points 36 à 49 de la Recommandation CM/Rec(2018)8 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la justice restaurative en matière pénale (note 239), qui détaillent l'importance de la formation et de l'impartialité des facilitateurs.

recherche criminologique a évalué ces processus et démontré leur utilité, en termes de reconstruction des victimes, de réinsertion des auteurs d'infraction ainsi que de réduction des risques de récidive et des coûts qui y sont liés.

Il est donc non seulement souhaitable, mais également possible d'instaurer la justice restaurative en Suisse de façon plus générale, en ne la limitant pas à la médiation pénale applicable aux mineurs délinquants. Les quelques changements législatifs que cette (demi) innovation suppose ne sont guère complexes. Les frais de justice supplémentaires liés à la mise en œuvre de ces processus seraient largement compensés par le gain qu'ils impliquent en termes de baisse des coûts de la récidive, sans compter les économies liées à la meilleure prise en charge des victimes que la justice restaurative permet.