

Les promesses de la médiation pénale

La médiation pénale est la première procédure relevant de la justice restauratrice introduite dans le droit belge. Son avènement et son développement ont eu lieu sous l'égide de trois idéaux fondateurs répondant à trois critiques adressées à la justice pénale classique. Ces idéaux permettent d'approcher les valeurs qui sous-tendent la justice restauratrice. Au cœur du projet : une volonté de placer les justiciables au centre du processus. Mais le mouvement n'est pas dépourvu d'équivoques, voire de contradictions.

CHRISTOPHE MINCKE

La justice restauratrice est un mouvement qui s'est développé en Belgique dès la première moitié des années nonante. C'est en 1994 que, faisant suite à un projet pilote, la première disposition légale influencée par ce mouvement de pensée fut adoptée. La médiation pénale introduite par l'article 216ter du Code d'instruction criminelle créait la possibilité de proposer à l'auteur d'une infraction d'effectuer un travail d'intérêt général, de suivre une formation ou de se soumettre à une thérapie en échange de l'extinction de l'action publique, laquelle extinction rendait définitivement impossibles des poursuites pénales. Plus encore, une quatrième possibilité était prévue, relevant à proprement parler de la médiation : l'organisation d'une discussion entre l'auteur et la victime, portant sur les faits infractionnels et sur les conséquences à en tirer.

Cette médiation pénale *sensu stricto* est un processus volontaire permettant aux parties à un conflit, aidées par un assistant de justice, de s'entretenir au sujet des faits (explications, expressions des sentiments ressentis, etc.) et de tenter de s'accorder sur des mesures réparatrices au sens le plus large (indemnisation, services compensatoires, explications sur les faits, excuses orales ou écrites, conventions sur des règles de vie, etc.)¹. L'initiative revient au procureur du Roi et concerne, *de facto*, des infractions de faible gravité.

Ce premier pas législatif fut suivi d'autres, consistant en le développement de procédures de médiation dans divers domaines (médiations scolaire, familiale, locale, interculturelle, « en matière pénale », etc.). Judiciarisées ou

¹ Pour une présentation de la procédure, voir Mincke, 2006.

non, elles témoignent d'un engouement pour ce type de procédure... et pour le terme « médiation ». L'on est en effet parfois fort loin d'une réelle médiation, ouverte et librement consentie. Ainsi en va-t-il de la médiation prévue en matière de sanctions administratives communales (SAC).

D'autres pas furent aussi accomplis avec le développement d'autres interventions réparatrices en matière pénale (voir la contribution de A. Lemonne et B. Claes), qu'elles s'insèrent dans des processus de médiation (médiation en matière pénale conduite jusqu'en prison, médiation SAC) ou pas (peine de travail autonome). Ici aussi, si la réparation est officiellement l'un des objectifs, les manières d'y parvenir sont très diverses.

La médiation pénale prend par ailleurs place dans un contexte fortement marqué par un souci d'efficacité et d'efficience de l'organisation judiciaire et des processus de traitement des dossiers pénaux. C'est ainsi que le législateur a expressément investi la médiation pénale de la tâche de permettre une réponse effective et rapide à la commission d'infractions jusqu'alors négligées par l'appareil de justice. Ce souci fut aussi à l'origine du développement de procédures accélérées et/ou administratives en matière répressive (convocation par procès-verbal, comparution immédiate, SAC, etc.).

On le voit, la médiation pénale participe d'un triple mouvement législatif. Y correspondent trois idéaux fondateurs qui ont présidé à la création du premier mécanisme étatique de justice restauratrice en Belgique et qui continuent de sous-tendre les débats à son sujet². Bien entendu, ces idéaux fondateurs doivent une partie de leur audience au fait qu'ils répondent à des critiques adressées au système classique de justice et, plus spécifiquement, de justice pénale.

L'IDÉAL DE MÉDIATION

Le premier idéal fondateur de la médiation pénale concerne l'aspect processuel : par quelles procédures est-il juste de dénouer un litige ? En usant de quels instruments et de quelles personnes ? Quelles sont les autorités à même de décider des normes qui y seront appliquées ? etc.

En cette matière, l'une des critiques récurrentes de la justice adjudicatoire³ porte sur le cœur même du projet qu'elle constitue : la rationalisation du règlement des conflits par le recours à la loi. La loi, émanation de la volonté de la nation par le biais du Parlement, incarne à la fois la rationalité faite norme et la défense la plus parfaite de l'intérêt général. C'est sur elle que se construit un édifice qui permettra, via une schématisation des conflits, de les traiter par genre et de leur donner des solutions uniformes. Ainsi, le fait que, au terme de longs mois d'un conflit larvé, la main de M. A. rencontre le visage de M^{me} B. et y laisse une légère marque qui sera qualifiée de coups et blessures

² Les considérations qui vont suivre ont été amplement développées dans un ouvrage récemment paru qui reprend ces questions et présente les résultats d'une recherche empirique portant sur les relations se nouant entre les participants à la médiation pénale, dans le bureau même de l'assistant de justice (Mincke, 2010).

³ Nous appellerons « justice adjudicatoire » les processus fondés sur une attribution des torts et des droits par un tiers neutre en position d'autorité. L'exemple type en est la justice pénale classique.

volontaires, passibles d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de vingt-six à cent euros ou d'une de ces peines seulement (art. 398, C. pén.). Ce fait rejoindra, dans une même catégorie, les coups de poing portés par quelqu'un dans une soirée et une bousculade volontaire ayant débouché sur une chute et quelques hématomes. La rationalisation du conflit, sa réduction aux éléments constitutifs d'infractions prédéterminées, ou encore la discussion par le législateur⁴ des conséquences à tirer de ce type de faits sont autant de garanties du caractère juste de l'issue du conflit. Dans ce cadre, l'intervention d'un juge parfaitement impartial et indépendant, nommé et payé en vertu de la loi, agissant selon une procédure préétablie et méticuleusement codifiée, et sommé de justifier la moindre de ses décisions au regard de la loi et des faits, ajoute à la rationalité du processus. Cette perfection du rationalisme va précisément être au centre d'une violente critique.

Selon celle-ci, le « codage juridique » du conflit reviendrait à l'appauvrir au point de trahir sa signification pour les parties et de n'en laisser subsister que les aspects qui intéressent l'État. Cet appauvrissement se doublerait d'une régulation rigide à l'excès découlant de l'application de normes préétablies à des lieues du terrain et du vécu conflictuel, en telle sorte que toute appréhension appropriée du conflit serait radicalement impossible par ce moyen. La procédure adjudicatoire se révélerait alors l'instrument d'une confiscation du conflit et un obstacle à sa résolution par les parties. Le magistrat, focalisé sur le travail juridique, peu soucieux (voire empêché) de se pencher sur la réalité humaine du litige, ne pourrait que réduire les parties à des entités abstraites : un auteur objet de l'action publique, une partie civile réduite à demander de l'argent. Au terme du processus, l'application du Code légal binaire (légal/illégal, compétent/incompétent, infractionnel/non infractionnel) aboutirait à une répartition des torts et à une stigmatisation des coupables qui figerait définitivement le conflit. En fin de compte, ce qui est contesté, c'est la nature même de processus de résolution des conflits des procédures adjudicatoires.

La charge contre la justice adjudicatoire s'accompagne bien entendu de contre-propositions. La médiation, dans son idéal en tout cas, présenterait des vertus la mettant à l'abri des critiques évoquées ci-dessus. Une importante innovation découlerait du renoncement à la prééminence d'une norme légale préconstituée. Plus radicalement, élaboration et application de la loi seraient (partiellement) indifférenciées (De Munck, 1997, 60-62), les normes étant (aussi) produites par les parties, au cours du processus de résolution du litige. Certes, un cadre légal minimal peut être prévu, mais il doit être complété de règles professionnelles (déontologie, bonnes pratiques, etc.) et de conventions *ad hoc* convenues par les protagonistes du litige.

D'une manière générale, il s'agit de donner la main aux justiciables et de leur permettre de déterminer les contours de leur différend, la manière dont ils entendent procéder pour le résoudre et les normes leur permettant de qualifier les faits et les compensations proposées. Cette restitution du conflit place *de*

⁴ On notera que la notion de législateur est elle-même issue d'une généralisation, le législateur n'étant pour ainsi dire jamais deux fois le même et n'ayant pas d'existence individuelle propre hors des personnes qui le composent.

facto l'État dans une position secondaire. Il peut même en être quasiment absent, se bornant à créer un espace dans lequel d'autres acteurs pourront agir⁵. Même dans le cas de la médiation pénale, où l'assistant de justice est employé par l'État au sein d'une maison de justice, la position de ce tiers est conçue de manière radicalement différente de celle d'un magistrat. Le médiateur est en effet un tiers minimal, un facilitateur dont l'objectif doit être de permettre de renouer les liens du dialogue entre les parties et de s'effacer aussi vite que possible. Son impartialité tient à ce qu'il ne prend pas parti — jamais — contrairement au magistrat qui suspend son choix jusqu'au terme du processus, mais finit par prendre position en tranchant le litige.

On le voit, l'idéal de la médiation se fonde en bonne partie sur une critique de la mise à distance du litige et de sa solution : séparation des parties, accaparement de la compétence décisionnelle et confiscation de la gestion du processus, attribution de la capacité à définir les critères de justice en des temps et lieux éloignés des protagonistes, etc. Y répond une proposition processuelle basée sur l'*empowerment* des parties, sur la relocalisation maximale de la gestion des conflits : par elles, pour elles, en fonction de leurs préférences devenues critères de justice. On l'aura compris, la médiation pénale se veut une nouvelle manière de résoudre les litiges. Ce processus est-il pour autant une fin en soi ?

L'IDÉAL DE RÉPARATION

Au fondement de la procédure de médiation pénale ne se trouve pas seulement l'ambition de procéder de nouvelle manière, mais aussi celle de donner de nouvelles finalités à l'intervention en matière pénale. Il s'agit de renoncer à punir ou à réhabiliter pour se centrer sur la question de la réparation.

Comme dans le cas de l'idéal de médiation, nous sommes ici confrontés à l'articulation d'une critique du système rétributif (punitif) en place et d'une proposition novatrice. La critique se fonde, d'une part, sur la conception même du litige, l'autre sur celle des réponses à y apporter.

La logique rétributive s'appuie sur un élément déclencheur très particulier : l'infraction pénale, à savoir le fait contrevenant à une norme pénale préétablie. Cette définition du conflit pénal se centre, d'une part sur l'infracteur en tant qu'auteur de la faute et, d'autre part, sur l'État en tant qu'il défend les intérêts de la collectivité ; la question des dommages causés n'est ici que secondaire⁶. Or, cette conception est dénoncée par les tenants de la justice restauratrice comme trahissant les contours réels du litige. La réalité de ceux-ci serait à chercher du côté des parties qui peuvent légitimement les tracer. Plus encore, la motivation de l'État ne devrait pas être trouvée dans la défense d'un ordre

5 C'est ce qui se produit dans le cadre de la « médiation en matière pénale », laquelle permet l'intervention d'associations pratiquant la médiation, sans conséquence nécessaire sur la procédure pénale ou l'exécution des peines et sans intervention d'agents étatiques.

6 Ainsi le dommage n'est-il pas nécessaire pour que des poursuites soient intentées. S'il en est survenu, ils seront traités dans une partie annexe au procès pénal ou au cours d'un procès civil distinct.

moral et social menacé par l'infraction, mais dans un équilibre social atteint par un dommage. D'une infraction, on passerait à une « situation-problème », dont l'aspect problématique serait issu de la survenance de conséquences dommageables.

Bien entendu, si le litige est une infraction, la réponse apportée est une punition, c'est-à-dire l'infliction d'un mal en retour et en compensation de l'acte délictueux. Ce point est également violemment critiqué, la rétribution étant considérée comme résultant d'un réflexe archaïque de vengeance et relèverait de l'idée que l'homme ne peut être gouverné que par la violence et la peur. Continuant d'appuyer « là où ça fait mal », les critiques de l'approche rétributive insistent sur le fait que l'inhumanité pénale ne peut même invoquer à sa décharge son efficacité. Largement contre-productive, la peine ajouterait l'absurde à l'inhumain.

Mais la rétribution n'est pas seule en lice dans les réactions à la déviance, la justice pénale applique également de nombreuses mesures réhabilitatrices⁷ — fondées sur l'idée d'une réaction curative ou préventive à un danger constitué par une situation ou un individu. La réhabilitation est quant à elle critiquée sur la base de ses échecs répétés et de ses équivoques fondamentales. Sous le prétexte du bien de l'infracteur, l'État se permettrait des interventions particulièrement invasives et déresponsabilisantes pour les infracteurs. Les potentialités punitives de telles mesures seraient de plus bien réelles. Ajoutons la critique d'une approche peu soucieuse d'une victime ravalée au rang de symptôme du problème à traiter, mais dont l'intervention ne peut être d'aucune utilité.

À nouveau, ces critiques sont parallèles au développement de propositions alternatives, reposant cette fois sur ce que nous appelons l'idéal réparateur. Il s'agit de faire droit à une nouvelle appréhension de la situation à traiter. Son élément générateur n'est plus une contravention à une loi préexistante, pas davantage que d'une situation de danger à laquelle il convient de réagir. Le conflit naît de l'infliction d'un dommage : il n'est donc plus tant centré sur l'auteur que sur la victime et ses besoins. Combinant la responsabilité de l'auteur (qui rappelle la responsabilité pénale) et la volonté de répondre à la situation concrète dans le cadre de laquelle l'intervention se produit (qui rappelle l'approche réhabilitative et ses prétentions de prise sur le réel), la réparation entend résoudre le problème né du comportement problématique par la suppression ou la compensation de ses conséquences.

Idéalement, la réparation doit couvrir l'ensemble du dommage causé. Dès lors, la victime peut être, au-delà des personnes directement concernées par le comportement dommageable, un groupe social plus ou moins étendu, voire la société dans son ensemble. De là le fait que la peine de travail autonome est considérée par certains comme une forme de réparation, au moyen d'un service rendu à la collectivité, du dommage causé par l'acte injuste.

⁷ Internement des délinquants malades mentaux, mesures protectionnelles vis-à-vis des jeunes délinquants, mesures de sûreté vis-à-vis des délinquants récidivistes, etc.

On l'aura compris, la latitude est ici très large et l'on ne s'étonnera pas que la notion de réparation fasse l'objet de vives controverses théoriques, portant notamment sur sa possible cohabitation avec les autres types de réactions. Quand certains plaident pour une application maximale — et éventuellement combinée avec d'autres types de réactions — de la réparation (Walgrave, 1999), d'autres estiment que la réparation a vocation à remplacer les modes anciens de gestion des conflits pénaux.

Ce qui frappe, ici, c'est qu'il n'est plus question du rétablissement d'un ordre moral au moyen d'une réaction punitive, pas davantage que de permettre un fonctionnement sans heurts de la mécanique sociale au terme d'une réhabilitation de ses éléments dysfonctionnels, mais, plus modestement et plus pragmatiquement, de permettre un retour, concret ou symbolique, à la situation antérieure à la perturbation survenue : un retour à l'équilibre plutôt que la défense d'un ordre moral idéal ou que la résolution de dysfonctionnements sociaux.

L'IDÉAL DE FLUIDITÉ

Au-delà des questions processuelles et téléologiques, la médiation pénale peut être considérée sous un angle organisationnel. Or, chacun sait que le pouvoir judiciaire — et le système répressif dans son ensemble — est soumis à des pressions et critiques relatives à son inefficacité réelle ou supposée. À nouveau, la mise en cause du système en place voisine avec la valorisation de la médiation pénale comme solution aux problèmes identifiés.

Certains discours promouvant la médiation pénale pointent ainsi du doigt le système judiciaire comme incapable de gérer l'afflux considérable de dossiers. La justice (pénale) serait lente, encombrée, incapable de garantir un quelconque traitement des affaires, couteuse, lourde, etc.

Est dénoncée, non seulement l'indigence de l'appareil judiciaire, en moyens tant humains que matériels, mais aussi son fonctionnement selon une logique d'un autre âge. Les garanties juridictionnelles, les procédures complexes, les logiques d'action traditionnelles du judiciaire sont autant de caractéristiques qui dénotent dans une époque qui valorise à l'extrême les logiques gestionnaires et managériales. À ce titre, les garanties juridictionnelles sont de plus en plus présentées comme des obstacles que comme des garanties consubstantielles du système de justice classique. Bien sûr, le système judiciaire n'a pas été pensé pour répondre à une demande formulée en termes de productivité d'outputs au départ d'inputs, selon une logique de satisfaction de la clientèle, il n'est donc pas étonnant qu'il prêle tant le flanc à la critique.

Dans ce contexte, émerge un pragmatisme qui veut voir, dans la médiation pénale, l'instrument d'une diversification des moyens d'action de la justice pénale. L'instauration de voies supplémentaires de traitement des dossiers est alors à la justice ce que l'élargissement du ring est à la fluidité du trafic autour de Bruxelles : une mesure mécanique visant à supprimer les goulots d'étranglement et à fluidifier les circulations.

On notera que ce discours est essentiellement tenu par le politique, en charge du bon fonctionnement de l'appareil d'État, et quasiment jamais par des praticiens de la médiation pénale qui, au contraire, tendent à souligner le caractère irréaliste de la fixation d'objectifs productivistes.

LA MÉDIATION PÉNALE TIRAILLÉE

Entre ses trois idéaux fondateurs, la médiation pénale est tiraillée. Certes, des convergences existent entre ces divers pôles. Ainsi, la plupart des partisans de la réparation conviennent-ils que celle-ci, idéalement, doit se décider dans le cadre d'un processus consensuel du type de la médiation. De même, s'il ne s'agit pas d'un objectif nécessaire de la médiation, qui peut se suffire à elle-même et ne viser qu'une résolution du conflit par le dialogue, de nombreux tenants de cette procédure affirment qu'il est souhaitable qu'elle débouche sur une réparation des dommages causés par l'infraction. Enfin, on conviendra que les carences du système judiciaire pointées par la critique « organisationnelle » n'œuvrent pas au bénéfice de la réparation du dommage.

Pourtant, d'importantes tensions peuvent se faire jour. Il est par exemple parfaitement envisageable que les idéaux de médiation et de réparation entrent en conflit ouvert. Ainsi en ira-t-il lorsque le caractère consensuel de la médiation et l'absence d'autorité du médiateur déboucheront sur un blocage, les parties se refusant à s'entendre ou en étant incapables. Le respect de l'éthique médiatrice est alors un obstacle sur la voie de l'obtention d'une réparation. À l'inverse, si l'on poursuit l'objectif d'une réparation, il n'est pas nécessairement problématique de recourir à des moyens de contrainte ou de s'accommoder de procédures peu égalitaires. La réparation imposée peut ainsi s'opposer à une résolution du litige, rendue impossible, notamment par une distribution des rôles entre « réparants » et « réparés ». Enfin, ce n'est pas un hasard si la logique gestionnaire de l'idéal de fluidité n'est pas supportée par les praticiens de la médiation pénale qui savent combien complexe et lent peut être un processus qui se fixe témérairement l'objectif de résoudre un conflit, même banal.

S'ajoute à cette situation interne, la difficile intégration de la logique médiatrice dans un contexte pénal, saturé de règles, de principes moraux, d'attentes collectives, de questions symboliques, de peurs et de préjugés. Dans ce panorama, c'est l'idéal de médiation qui apparaît comme le plus « extraterrestre ». En effet, l'idéal de fluidité, en principe gestionnaire, ne heurte pas de front les principes mêmes de l'action pénale. L'idéal de réparation, quant à lui, peut s'accommoder, dans sa version maximaliste, d'une cohabitation avec les logiques répressives traditionnelles (Walgrave, 1999). L'idéal de médiation, par contre, apparaît comme nécessairement incompatible avec les logiques pénales classiques. Il y est donc potentiellement vecteur d'une révolution.

La médiation pénale est-elle dès lors irrémédiablement condamnée à une division interne la poussant sur la voie de la schizophrénie? Nous ne le pensons pas. Il nous paraît qu'un élément en constitue l'articulation centrale, sous

Bibliographie

- Allain S. (2005), « La médiation environnementale comme système de régulation politique. Application au gouvernement de l'eau », Faget J. (dir.) *Médiation et action publique : La dynamique du fluide*, Presses universitaires de Bordeaux.
- De Munck J. (1997), *Normes et procédures : les coordonnées d'un débat, Les mutations du rapport à la norme. Un changement dans la modernité?*, De Boeck.
- Mincke Chr. (2006), *v° Médiation pénale, Droit pénal et procédure pénale*, Kluwer.
- Mincke Chr. (2010), *La médiation pénale face à ses idéaux fondateurs. De l'utopie à l'aveuglement*, Kluwer.
- Walgrave L. (1999), « La justice restaurative : à la recherche d'une théorie et d'un programme », *Criminologie*, p. 7-29.

la forme d'un déplacement du centre de gravité de la procédure. En effet, aussi bien dans l'idéal de médiation que dans l'idéal de réparation, c'est le justiciable lui-même qui constitue le pivot de l'intervention.

En premier lieu, ce sont ses valeurs et perceptions qui constituent en principe l'étalon de la procédure. L'appréciation de la justesse de la réparation, l'élaboration des règles de procédure, la détermination des normes permettant de qualifier les faits et gestes des parties, la définition des contours du litige, la décision que le conflit est résolu sont considérées comme devant largement procéder des parties. Même si celles-ci ne sont pas laissées totalement libres, il est clair que le centre de gravité se déplace d'une collectivité nationale représentée par les institutions étatiques vers les personnes⁸ dont les intérêts propres sont en jeu dans le conflit. Les idées de responsabilisation, de proximité, d'activation ou d'*empowerment* sont intimement liées à ce mouvement. La médiation pénale est donc, en soi, le vecteur de l'irruption de logiques exogènes dans le domaine de la justice pénale. En conclure que les jours de cette dernière sont comptés serait aller bien vite en besogne. On garde à l'esprit la contestation radicale de la rétribution classique par les tenants de la réhabilitation, d'approches protectionnelles de gestion de la dangerosité et de méthodes médico-scientifiques. Elle aboutit bien davantage à ajouter une strate au système de traitement des conflits pénaux qu'à remettre concrètement en question la justice pénale classique. Il y a fort à parier que la médiation pénale et, plus largement, le mouvement de la justice restauratrice aboutiront à ce type de résultat que l'on voit déjà poindre dans les propositions d'accommodements raisonnables que font les tenants d'une application maximaliste de ce type de mécanisme (Walgrave, 1999). ■

⁸ Et non d'individus abstraits.