

La médiation pénale en Suisse

Julien KNOEPFLER

Pour rendre compte de la position de la Suisse en fait de médiation pénale, nous avons choisi, dans les lignes qui suivent, de mettre en évidence trois étapes successives caractérisant le processus d'ouverture - certes lent, mais néanmoins irréversible - que notre pays mène désormais à l'endroit de cette institution. La première phase à considérer concerne essentiellement le *passé*, en ce qu'elle a trait aux raisons du retard pris sur ce plan par la Suisse en comparaison européenne (infra 1). La seconde peut être assimilée au *présent*, via les expériences pratiques qui se sont lancées ces dernières années, de manière pragmatique, en lien plus ou moins direct avec la médiation pénale (infra 2). Enfin, l'*avenir* de cette dynamique de rapprochement ressort indéniablement des mentions que font de l'idée réparatrice les quatre textes de lois sur le point d'être adoptés dans le cadre du vaste chantier dont est actuellement l'objet le droit pénal suisse (infra 3).

1. Le passé : la Suisse à l'écart de deux courants porteurs

Que la Suisse ne compte pas au nombre des pays pionniers en fait de médiation pénale n'est pas un secret. Pour expliquer cet état de fait, on invoque volontiers l'organisation fédéraliste de ce pays, soit le partage de compétences prévalant entre droit de fond (à la charge de l'Etat central) et droit de forme (laissé à la prérogative des cantons). D'un point de vue strictement juridique, cet argument peut toutefois être retourné contre ceux qui s'en prévalent, dans la mesure où des initiatives auraient en réalité pu être prises à l'un comme à l'autre de ces deux niveaux, en jouant sur le caractère hybride de la médiation pénale. Si la médiation pénale reste fort peu réglementée en Suisse, ce n'est donc, à notre sens, pas prioritairement en raison d'une organisation politique particulière, qui se serait peu prêtée à consacrer l'institution ; c'est plutôt parce que les deux courants dont les vagues ont, ailleurs, porté habituellement la médiation pénale se sont montrés, en Suisse, bien moins puissants.

Premier de ces vents traditionnellement favorables à la médiation pénale, la **justice réparatrice** a fortement marqué les codifications européennes dès les années 70 et 80, encourageant à l'institution de possibilités nouvelles de négociation entre auteurs et victimes d'infractions (sans, il est vrai, que les paradigmes rétributif et réhabilitatif soient pour autant abandonnés). Or, pour des raisons chronologiques, la Suisse n'a guère participé à ce débat d'idées. Entré en vigueur le 1^{er} janvier 1942, le code pénal actuel a certes été salué d'emblée au plan européen comme un texte pionnier à plusieurs titres (système dualiste, régime progressif d'exécution des peines,...). Il demeure que cette avant-gardisme a joué, à certains égards, un effet paralysant ; en effet, tandis que plusieurs pays n'eurent d'autre choix, durant les décennies qui suivirent, que de se donner de nouvelles codifications, et donc, de se plonger dans de vifs débats qui allaient ménager une grande place à la justice

réparatrice, la Suisse a, elle, pu se contenter - jusqu'aux vastes réformes désormais en passe d'aboutir - de sa législation encore récente et fonctionnelle. Il en résulte que les mentions de l'idée de réparation demeurent très ponctuelles dans le code pénal suisse, mais aussi très formelles, se limitant souvent à une conception financière du terme.

Mais on le sait, l'essor de la justice réparatrice n'a pas été la seule brise à souffler dans les voiles de l'institution « médiation pénale ». A un niveau plus gestionnaire, cette institution a indéniablement été portée aussi par le souci des Etats de renforcer leur légitimité contestée, au travers du lancement de politique de *proximité* dans les domaines judiciaire, policier et sociosanitaire. Sur le front du fonctionnement des tribunaux en particulier, la médiation pénale été perçue comme le moyen tout désigné de mettre en œuvre le troisième volet d'une « **justice de proximité** », soit la proximité *humaine*.

Qu'en a-t-il été de la justice de proximité en Suisse ? Fort peu de choses, précisément ! Si cette politique a donné lieu à beaucoup d'efforts en France et en Belgique, deux pays marqués par un important phénomène d'arriéré judiciaire, la tranquille Helvétie ne s'est pas trouvée face aux mêmes besoins. Il faut dire que son taux de criminalité reste une des plus modestes au monde. Par ailleurs, le maillage des institutions - spécialement judiciaires - couvre densément tout le territoire. Il en résulte pour les citoyens le sentiment d'une sorte de proximité « naturelle » à ses autorités. Enfin, la compétence centralisée de nature à servir de socle à cette politique aurait, dans le contexte suisse, fait défaut. En résumé : la Suisse aurait-elle éprouvé le besoin de mener une telle politique qu'elle n'en aurait pas eu les structures.

2. Le présent : des pratiques « périphériques » à la loi genevoise

L'engouement constaté au cours de ces dernières années en Europe pour la médiation, et spécialement la médiation pénale, ne pouvait cependant laisser les Suisses éternellement indifférents. En sont donc résultées quelques initiatives, toutes récentes, que nous rattachons ici, d'une certaine manière, à la phase *présente* de l'évolution décrite.

Dans un premier temps, que l'on peut situer globalement vers le milieu des années 90, c'est sous forme d'un certain nombre de pratiques innovantes mais quelque peu « périphériques » que cet intérêt naissant s'est manifesté. Se greffant sur les quelques rares dispositions à vocation réparatrice du code pénal, ces pratiques se sont développées dans trois domaines spécifiques.

- Le premier est celui des **mineurs**. Ici, la base légale a été fournie par deux dispositions du code pénal (ci après : CP) mentionnant de manière assez vague l'idée de réparation (et ne disant rien, en revanche, de la médiation elle-même). Les pratiques instituées dans ce cadre à l'échelle de quelques cantons ont été la plupart du temps dues à des initiatives personnelles de magistrats, initiatives dont on doit cependant regretter qu'elles aient souvent manqué de tout encadrement et évaluation scientifiques (ce qui a d'ailleurs été fatal à quelques-unes d'entre elles). Les dispositifs actuellement à l'œuvre traitent de manière fort variable la question de la délégation des cas, selon que c'est le juge des mineurs lui-même qui conduit le processus ou que, à l'opposé, est prévu un transfert des cas à des assistants sociaux externes.
- Le deuxième terrain d'innovation évoquant la médiation pénale aura été celui de l'**exécution des peines privatives de liberté** (« médiation carcérale »). Dans ce cas, le point d'ancrage légal a résulté de la modification de l'art. 37 CP, consacrant en droit suisse le régime pénitentiaire progressif. L'adoption de la *Loi sur l'aide aux victimes d'infraction (LAVI)*, en 1991, a en effet conduit

à compléter les buts que cette norme attribuait à l'exécution d'une peine de prison, en y ajoutant la réparation du dommage éprouvé par la victime. En pratique, deux expériences de médiation en milieu carcéral se sont fait connaître pour leur engagement réparateur : le projet du pénitencier de Saxerriet, dans le canton de St-Gall, lancé en réalité dans les années quatre-vingt déjà, et le projet TaWi, initié pour sa part il y a de cela quelques années seulement à l'échelle de l'ensemble des autorités pénitentiaires du canton de Berne.

- Enfin, la médiation pénale a été mobilisée dans le cadre de la **lutte contre le racisme**. Le 25 septembre 1994, le peuple suisse permettait l'entrée en vigueur d'un art. 261^{bis} CP, réprimant une série de comportements constitutifs d'une telle discrimination. L'application dans les faits de l'art. 261^{bis} n'a cependant pas tardé à révéler les limites de cette norme, liées aussi bien à la difficulté à établir les faits qu'à une jurisprudence très restrictive. C'est le mérite des associations de lutte contre le racisme que d'avoir donné, au travers de la médiation, une portée plus large et une efficacité accrue à ce texte. L'Association ACOR, en particulier, a ainsi offert à celles des victimes qui le voulaient de quitter la perspective du droit pénal rétributif, fondé sur la qualification juridique des faits et leur sanction par une peine, au profit d'une approche plus restauratrice.

Ce n'est que dans un second temps qu'a été véritablement envisagée de manière frontale la possibilité, *pour les adultes également*, de participer à une médiation pénale *dès le stade de la saisine du ministère public*, et en regard de *toutes espèces de biens juridiquement protégés*. Dans la mesure où il s'agissait désormais d'instituer une pratique plus « officielle », donnant une compétence nouvelle au ministère public tout en requérant d'être bien connue des justiciables, les constructions juridiques alambiquées et les interprétations larges n'étaient plus possibles : un texte légal spécifique s'imposait. De fait, ce n'est pas la Confédération, mais bien un des Etats fédérés, le canton de Genève, qui a ici ouvert les feux. Il faut dire que la forte tradition de « classement par opportunité » qu'a toujours connue ce canton avait rendu urgente la nécessité d'explorer une « troisième voie ».

C'est à une association privée, le *Groupement Pro Médiation (GPM)*, que l'on doit la première impulsion dans ce processus législatif. La proposition de loi élaborée par cette association consacrait un dispositif de médiation pénale *déléguée*, faisant du recours à cette technique un instrument à part entière du droit de procédure pénale. Elle a impliqué la révision de deux textes légaux : une série de dispositions a d'abord été à être inséré dans la *loi d'organisation judiciaire*, aux fins de régler les questions de la qualification des médiateurs, de leurs devoirs et de leurs relations avec le parquet ; un autre article a été rédigé pour compléter le *code de procédure pénale genevois*, avec la tâche de décrire, de manière pédagogique et sur sept alinéas, le cheminement d'un dossier renvoyé en médiation. La loi a été adoptée par le Grand Conseil genevois en date du 16 février 2001 et est entrée en vigueur le 15 août de la même année. Huit médiateurs indépendants ont été assermentés.

3. L'avenir : les révisions en cours du droit pénal suisse

Que la première codification de la médiation pénale soit intervenue à l'échelle du canton de Genève, et que des projets similaires soient aujourd'hui recensés dans d'autres cantons (en particulier, Vaud et Zurich) a donné un temps l'impression que notre institution était en passe de gagner la Suisse « par le bas », dans le cadre des compétences procédurales des entités fédérées. C'était négliger cependant le fait que la Suisse voit aujourd'hui arriver à leur terme plusieurs réformes en matière pénale, parfois si anciennes qu'on les avait presque un peu oubliées ! Touchant aussi bien le droit de fond que le droit de forme, concernant les adultes comme les mineurs, elles sont appelées à mo-

difier radicalement le « paysage pénal helvétique ». Or, force est de constater que dans les quatre champs ainsi désignés, les textes en projet rompent à chaque fois une lance en faveur de la médiation pénale ou, à tout le moins, de la justice réparatrice.

- Processus de réforme le plus lourd et le plus ancien de tous (son lancement date du début des années 80), la révision du **code pénal** est probablement aussi le moins enthousiasmant, paradoxalement, dans le cadre de notre sujet. Le projet de loi actuellement en discussion se contente en effet, à son article 53, de faire de la réparation un motif d'exemption de peine. Sur le modèle de ce que connaissent les droits autrichien et allemand, ministère public et juge de siège se verraient ainsi octroyer le droit de renoncer à poursuivre, respectivement à imposer une peine, « *lorsque l'auteur a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé* ». Même si la perspective est donc réparatrice, la médiation n'est ici mentionnée que très discrètement, au niveau du seul rapport explicatif du Conseil fédéral.
- Un deuxième chantier à la grande force symbolique réside dans le processus, attendu de très longue date par les praticiens, consistant à réaliser une **unification des procédures pénales** jusqu'alors cantonales. Dans ce contexte, l'un des opérations les plus difficiles et contestées a consisté dans le fait de déterminer, au sein de la diversité des solutions cantonales, un modèle appelé à s'appliquer à l'avenir à tout le territoire suisse. Sur le front de la médiation pénale, l'article 347a de l'avant-projet de code nous intéresse tout particulièrement. Dans les cas où l'application de l'art. 53 CP vu à l'instant entre en ligne de compte, il permet en effet au ministère public (institution charnière du nouveau système) d'inviter les parties dès le stade de l'instruction à « *des pourparlers ayant pour but la réparation* ». Le ministère public *peut aussi* (sans y être tenu systématiquement) « *charger de cette mission une personne reconnue et qualifiée pour cela* ».
- Les deux derniers textes en travaux concernent les **mineurs**. Le premier est une loi de fond entièrement nouvelle reprenant dans un texte désormais distinct la matière relative aux mineurs, qui avait antérieurement son siège dans le code pénal lui-même. L'autre est également nouveau mais pour une autre raison : il réalise en effet à l'échelle des mineurs le phénomène d'unification de la procédure décrit à l'instant au niveau des adultes. S'il est possible de traiter ici ces deux textes sous un paragraphe commun, c'est qu'ils présentent l'un et l'autre, en l'état du processus de réforme, une disposition pratiquement semblable. Cette disposition (art. 7 bis de la loi de fond et art. 28 de la loi de procédure) consacre de manière relativement détaillée une possibilité de médiation pénale clairement déléguée, pour les cas où les faits sont pour l'essentiel établis, et pour autant que le mineur et ses représentants légaux soient d'accord.

4. En guise de conclusion

Comme l'ont montré ces lignes, la situation de la médiation pénale en Suisse est aujourd'hui en pleine évolution, après une première période de stagnation. Plusieurs signes sont à cet égard très encourageants. La question spécifique de savoir quel sera l'impact des textes fédéraux en cours d'élaboration est néanmoins indéterminée. Avant toute chose, il faut remarquer à ce propos que le rythme des réformes demeure lent, et que les obstacles politiques restent nombreux avant toute entrée en vigueur. Il s'impose donc de poursuivre les dispositifs cantonaux, voire même, de légiférer encore dans l'intervalle, au niveau des cantons, sur le modèle genevois, dans l'idée que le volume

d'expérience soit déjà très important quand interviendront les nouvelles dispositions. Plus fondamentalement, il faudra rester attentif à tous les détails de ces textes fédéraux. Les projets actuels comportent en effet certains défauts, comme le fait de ne pas imposer systématiquement la délégation à des tiers, ou de limiter le champ d'application de la médiation à des cas très véniels. Pour y remédier, l'attitude la plus sage semble être d'inviter le législateur à coller au plus près de la recommandation (99) 19 du Conseil de l'Europe, dont la qualité est unanimement reconnue .

Julien KNOEPFLER
julien.knoepfler@unine.ch

Avocat, chercheur et consultant
Tit. Master européen en médiation
Université de Neuchâtel (Suisse)
Chercheur invité auprès des unités de criminologie
de la Katholieke Universiteit Leuven et
de l'Université Libre de Bruxelles

Bruxelles, le 15 juin 2002