

DJAYA DEPIERRAZ

La médiation pénale en droit suisse

Cadre légal et mise en œuvre dans les cantons de Fribourg, de Genève et du Valais

Travail rédigé sous la direction de
CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE

Université de Lausanne
Mémoire de Master
Automne 2017

Table des matières

LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	IV
BIBLIOGRAPHIE.....	V
I. Introduction	1
II. La médiation pénale comme pratique de justice réparatrice.....	3
A. Les fondements	3
B. Définition et caractéristiques de la médiation pénale	4
C. Le processus de médiation.....	6
a. Qui peut proposer de faire appel à un médiateur ?	6
b. Les médiateurs	7
c. Le déroulement du processus de médiation.....	7
D. Avantages, risques et limites de la médiation pénale	8
III. La médiation en droit pénal des adultes : cadre légal fédéral	11
A. L'évolution.....	11
B. La médiation volontaire et ses conséquences sur la procédure pénale	13
C. La médiation déléguée est-elle envisageable à l'aune du CPP ?.....	14
a. En procédure préliminaire	14
b. En phase de jugement.....	15
c. Conséquences de l'accord de médiation.....	16
D. La médiation en exécution de peine	16
IV. La médiation en droit pénal des mineurs : cadre légal fédéral	17
A. L'évolution du droit.....	17
B. Les conditions de la médiation pénale selon la PPMIn.....	18
C. Stade de la procédure	19
D. La médiation en exécution de peine	20
E. Les conséquences de l'accord de médiation.....	20
F. Quid de la médiation volontaire ?	21
V. Mise en œuvre de la médiation au niveau cantonal	22
A. Canton de Fribourg.....	22
a. Réglementation	22
b. Utilisation de la médiation.....	24

B.	Canton de Genève.....	26
a.	Réglementation	26
b.	Utilisation de la médiation.....	28
C.	Canton du Valais	29
a.	Réglementation	29
b.	Utilisation de la médiation.....	31
VI.	Conclusion.....	33

Liste des abréviations

a(+abréviation)	ancien(ne) ou abrogé(e)
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
AP.	avant-projet
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BOCN	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale (Conseil national)
ch.	chiffre(s)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DPMIn	Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (RS 311.1)
éd./éds	éditeur/éditeurs
FF	Feuille fédérale
LCR	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.81)
let.	lettre
LStup	Loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes (RS 173.110)
n°	numéro(s)
NPS	Revue Nouvelles pratiques sociales
p.	page(s)
P.	projet
PJA	Pratique juridique actuelle
PPMin	Loi fédérale du 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs (RS 312.1)
Rec	Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe
RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSC	Revue suisse de criminologie
SJ	Semaine judiciaire
ss	et suivant(e)s

Bibliographie

Sauf mention contraire, les ouvrages sont cités avec le nom de l'auteur et le numéro de page et/ou de paragraphe correspondant :

AERSTEN IVO / MACKAY ROBERT / PELIKAN CHRISTA / WILLWMSSEN JOLIEN / WRIGHT MARTIN, *Renouer les liens sociaux – Médiation et justice réparatrice en Europe*, Édition du Conseil de l'Europe, Strasbourg 2004 (cité : CONSEIL DE L'EUROPE).

BALMER ALEXANDRE / MILLET JEAN-DANIEL, *La médiation avec des mineurs au pénal et au civil*, article paru in : Revue d'information sociale (REISO), Novembre 2015¹.

BICHOVSKY AUDE, *La procédure préliminaire*, in : Bohnet François / Kuhn André (éds), *La procédure pénale applicable aux mineurs*, Neuchâtel 2011, p. 129-149 ss.

BONAFÉ-SCHMITT JEAN-PIERRE, *Justice réparatrice et médiation pénale : vers de nouveaux modèles de régulation sociale ?*, in : Jaccoud Mylène (dir.), *Justice réparatrice et médiation pénale, Convergences ou divergences ?*, Paris 2003, p. 17 ss.

CARIO ROBERT, *Victimologie, De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, Paris / Montréal 2000.

CARVAJAL SÁNCHEZ FERNANDO, *Justice réparatrice, médiation pénale et restauration du lien social, L'étude du rôle des représentations sociales dans les obstacles à un changement paradigmatique de la justice*, thèse Saarbrücken 2011.

CHRISTIE NILS, *Conflicts as Property*, in : British Journal of Criminology, 1977 n°17, p. 1-15.

DEMIERRE GÉRARD, *La médiation pénale avec les mineurs*, in : RSC 2007 n°2, p. 60 ss.

FAGET JACQUES, *La médiation : essai de politique pénale*, Ramonville Saint-Agne 1997.

FALLER CATHERINE, *Historique de la médiation pénale dans le Code de procédure pénale suisse : de son introduction à sa suppression*, in : RPS 2009(127) n°1, p. 18 ss.

¹ Document accessible en ligne sur : <https://www.reiso.org/articles/themes/enfance-et-jeunesse/398-la-meditation-avec-des-mineurs-au-penal-et-au-civil>.

GAUTHIER BENOÎT, *La médiation pénale : Une pratique québécoise*, in : NPS 2009 vol. 21 n°2, p. 77-92.

GORDON COLIN, *Le possible : alors et maintenant. Comment penser avec et sans Foucault autour du droit pénal et du droit public*, in : Cultures & Conflits, été/automne/hiver 2014 n°94/95/96, p. 111-134.

JACCOTTET TISSOT CATHERINE / KAPFERER NILS / MONA MARCO, *Pour une justice restaurative en Suisse, Pistes de réflexion*, in : PJA 2016 n°9, p. 1176 ss.

JACCOUD MYLÈNE (DIR.), *Justice réparatrice et médiation pénale, Convergences ou divergences ?*, Paris 2003.

JEANNERET YVAN, *Aperçu général du nouveau droit*, in : Bohnet François (éd.), *Le nouveau droit pénal des mineurs*, Neuchâtel 2007, p. 1-35.

JEANNERET YVAN / KUHN ANDRÉ, *Précis de procédure pénale*, Berne 2013.

KANYAR ANDRE, *Wiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich im schweizerischen Strafrecht : Entwicklung eines Modells unter Berücksichtigung des deutschen und österreichischen Strafrechts*, thèse Bâle 2008.

KNOEPFLER JULIEN, *Médiation pénale, justice réparatrice, justice de proximité*, in : Dittmann Volker / Kuhn André / Maag Renie / Wiprächtiger Hans (éds), *Entre médiation et perpétuité*, Zürich 2002, p. 313 ss.

KUHN ANDRÉ, *La médiation en droit pénal des mineurs*, in : Bohnet François (éd.), *Le nouveau droit pénal des mineurs*, Neuchâtel 2007, p. 57 ss (cité : KUHN 2007).

KUHN ANDRÉ, *Sanctions pénales : est-ce bien la peine ? Et dans quelle mesure ?*, 2^{ème} tirage revu et corrigé par l'auteur, Charmey 2010 (cité : KUHN 2010).

KUHN ANDRÉ, *Quel avenir pour la justice pénale ?*, Charmey 2012 (cité : KUHN 2012).

LEFRANC SANDRINE, *Le mouvement pour la justice restauratrice : « an idea whose time has come »*, in : *Droit et société* 2006/2 n° 63-64, p. 393-409.

PASTORE FLORENCE / SAMBETH GLASNER BIRGIT, *La médiation en matière pénale pour les adultes à l'ère du code de procédure pénale unifié*, in : PJA 2010 n°6, p. 747 ss.

PERRIER CAMILLE, *Criminels et victimes : quelle place pour la réconciliation ?*, Charmey 2011 (cité : PERRIER 2011A).

PERRIER CAMILLE, *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 (cité : PERRIER 2011B).

PERRIER CAMILLE, *Conciliation et médiation*, in : Bohnet François / Kuhn André (éds), *La procédure pénale applicable aux mineurs*, Neuchâtel 2011, p. 103 ss (cité : PERRIER 2011C).

STRÄULI BERNARD, *La résolution amiable des différends en matière pénale*, in : Mirimanoff Jean A. (éd.), *La résolution amiable des différends en Suisse, Interaction entre procédures traditionnelles et modes consensuels*, Berne 2016, p. 99 à 144.

VEZZONI LETIZIA, *La médiation en droit pénal des mineurs : de la théorie législative à la pratique*, in : Jusletter 7. September 2009.

ZANOLINI VEIO, *Wiedergutmachung durch Mediation. Eine UNtersuchung über praktische Erfahrungen in Strafsachen*, Berne 2014 (cité : ZANOLINI, 2014).

ZANOLINI VEIO, *Vergleich, Wiedergutmachung, Mediation : welche Fallzuweisungskriterien im Jugendstrafrecht*), in : PJA 2011 n°3, p. 304 ss (cité : ZANOLINI, 2011).

ZANOLINI VEIO, *Erste Erkenntnisse zur Mediation im Jugend- und Erwachsenenstrafrecht*, in : RPS 2007 (125), p. 395 ss (cité : ZANOLINI, 2007).

ZANOLINI VEIO / ZANOLINI VEIO sen., *Der Friedensrichter als Wegbereiter des Mediation in Erwachsenenstrafsachen*, in : RPS 2011 (129), p. 79.

ZEHR HOWARD, *La justice restaurative, Pour sortir des impasses de la logique punitive, (Préface de Robert Cario)*, Genève 2012².

² Traduction de : Howard Zehr, *The Little Book of Restorative Justice*, Pennsylvania 2002.

I. Introduction

« Il est un danger que peut-être on n'évoquera pas : celui d'une société qui ne s'inquiéterait pas en permanence de son code et de ses lois, de ses institutions pénales et de ses pratiques punitives (...). Il est bon, pour des raisons éthiques et politiques, que la puissance qui exerce le droit de punir s'inquiète toujours de cet étrange pouvoir et ne se sente jamais trop sûre d'elle-même »¹.

Quelle réponse donner à un comportement pénalement répréhensible ? Faut-il punir ou soigner les délinquants ? Quel est le but de la sanction ? Quel est le rôle des différentes personnes concernées par l'infraction ? Ces questions suscitent de nombreux débats depuis fort longtemps. Les mots de Michel Foucault nous rappellent l'importance de rester critiques face à notre système et notre manière de concevoir la réponse pénale. De la même manière, ceux qui le remettent en cause doivent se questionner sur leurs propres convictions et croyances. Effectivement, s'il existait une solution miracle à la criminalité, nous vivrions simplement dans une société sans crime. S'interroger constamment, voilà l'important.

S'intéresser à l'histoire du droit pénal permet de nourrir notre réflexion, de comprendre comment notre système de justice s'est instauré et de voir les autres manières de gérer les conflits pénaux². Le droit pénal actuel trouve ses racines en droit romain déjà. De cette époque à nos jours, il a connu de profondes mutations qui sont le reflet des transformations de la société, de la structure étatique et de ses institutions³.

A l'heure actuelle, le monopole de l'Etat en matière de justice pénale est acquis. La justice pénale est administrée uniquement par les autorités désignées par la loi et les procédures pénales ne peuvent être exécutées et closes que dans les formes prévues. Ainsi et à de rares exceptions près, la justice pénale contemporaine retire à l'auteur et à la victime de l'infraction la possibilité de prendre part de manière active à la résolution du conflit et de mettre un terme à la procédure par une transaction privée⁴. Dans cette vision traditionnelle, le crime est considéré comme une offense contre l'Etat. Dès lors, il s'agit d'organiser la juste réplique de ce dernier lorsqu'un acte outrepassé le cadre de la légalité et met en péril l'ordre public⁵. Le procès se focalise sur l'acte commis par l'auteur et la juste sanction à lui infliger selon son degré de

¹ FOUCAULT Michel, « Punir est la chose la plus difficile qui soit » (entretien avec A. Spire), Témoignage chrétien, n° 1942, 28 septembre 1981, p. 30.

² PERRIER (2011B), p. 6.

³ PERRIER (2011A), p. 23 ss.

⁴ CARIO, p. 19 ; LEFRANC, p. 394 ; PERRIER (2011B), p. 3 ; voir art. 2 CPP.

⁵ GAUTHIER, p. 79 ; JACCOTTET TISSOT/KAPFERER/MONA, p. 1177.

culpabilité, c'est-à-dire sa faute⁶. La victime⁷ joue un rôle tout à fait secondaire, voir est parfois même complètement absente du procès. Ayant été remplacée par le ministère public avec l'étatisation de la justice pénale, la victime est passée aux oubliettes jusqu'à la fin de la seconde guerre mondiale. Ce n'est qu'à ce moment que l'on s'est intéressé à ses besoins et à sa place dans la procédure pénale⁸. Malgré les efforts législatifs accomplis en ce sens, le procès ne permet guère de répondre à ses attentes et engendre bien souvent de nombreuses frustrations⁹.

La médiation pénale, quant à elle, est un mode de résolution de conflits découlant d'une « nouvelle » conception de la justice pénale qui a vu le jour à la fin des années septante, essentiellement aux Etats-Unis : la justice réparatrice^{10/11}. A la base de ce nouveau paradigme se trouve un constat d'échec du système judiciaire classique à tendance punitive et réhabilitative¹². Selon la philosophie réparatrice, le crime est davantage une atteinte aux personnes et aux relations interpersonnelles créant ainsi des dommages. Au lieu de se focaliser sur l'infraction à la loi, la justice réparatrice prend donc comme point de départ la réparation des préjudices causés par l'infraction¹³.

Ce changement de perspective permet donc d'envisager de nouvelles réponses à l'acte criminel¹⁴. La médiation pénale étant la pratique la plus répandue en Europe, elle sera l'objet d'étude du présent travail. Après quelques généralités sur le sujet, nous aborderons ensuite le cadre légal fédéral en droit pénal des adultes et en droit pénal des mineurs. Nous verrons ensuite la mise en œuvre de la médiation pénale dans les cantons de Fribourg, de Genève et du Valais¹⁵ avant de conclure le travail.

⁶ PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 747 ; PERRIER (2011B), p. 29 ; voir art. 47 CP.

⁷ Dans le présent travail, le terme « victime » est employé dans un sens général et englobe tant le lésé que la victime au sens des art. 115 et 116 CPP.

⁸ BONAFÉ-SCHMITT, p. 33 ; CARIO, p. 18 ss ; PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 747 ; PERRIER (2011B), p. 20, 26 et 27.

⁹ CONSEIL DE L'EUROPE, p. 13 ; KUHN (2012), p. 48 ; JACCOTTET TISSOT/KAPFERER/MONA, p. 1185.

¹⁰ FALLER, p. 19 ; PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 747 ; PERRIER (2011B), p. 30 : « *L'idée de la réparation des dommages, à tous le moins subis par la victime, a toujours été présente. Le changement de perspective constitue plutôt un élargissement de l'idée de réparation* ».

¹¹ PERRIER (2011B), p. 29 note 114 : « *Le mouvement étant d'origine anglo-saxonne, il prit le nom anglais « restorative justice », traduit parfois en français par « justice restaurative » ou encore « justice restauratrice »* ».

¹² CARIO, p. 187 ; FALLER, p. 19 ; ZEHR, p. 25 et 26.

¹³ CONSEIL DE L'EUROPE, p. 14 et 17 ; PERRIER (2011A), p. 37 ; ZANOLINI (2011), p. 307 et 308 ; ZEHR, p. 43 ss.

¹⁴ KUHN (2012), p. 52 ; PERRIER (2011B), p. 3.

¹⁵ Les deux premiers cantons ont été choisis en raison de leur rôle dans l'émergence et la pratique de la médiation en Suisse. Le canton du Valais, qui fait également partie des premiers cantons à avoir expérimenté la médiation avec des mineurs, a été retenu puisqu'il est le lieu de mon futur professionnel. De plus, ces trois cantons présentent une organisation des médiateurs différente ce qui nous permettra de faire quelques comparaisons.

II. La médiation pénale comme pratique de justice réparatrice

A. Les fondements

L'ouvrage qui a consacré les fondements théoriques de la justice réparatrice est celui de Howard Zehr « *Changing lenses : A new focus on criminal justice* »¹⁶. Cependant, avant lui, Nils Christie envisageait déjà un changement de perspective en dénonçant le vol du conflit aux parties par les professionnels du droit dans son article « *Conflicts as property* ». Dans cet article, il propose que le jugement se donne comme objectif premier la détermination des dommages et leur réparation en faisant participer les principaux protagonistes, qui sont les réels « propriétaires du conflit ». La question de la sanction ou d'une éventuelle mesure thérapeutique ne se poserait alors que dans un second temps. Ce que propose surtout Christie, c'est de « déprofessionnaliser » le procès en mettant en place une justice de proximité qui serait rendue par des juges laïcs¹⁷.

Dix ans après Nils Christie, Howard Zehr publie son ouvrage dans lequel il propose de changer notre manière de voir le crime et de l'envisager comme un acte qui porte préjudice à des personnes et des relations. Au lieu de focaliser l'attention sur la transgression à la loi, il s'agit d'identifier les dommages issus de l'infraction afin de les réparer¹⁸. Pour lui, il ne s'agit pas seulement d'humaniser le procès pénal, mais de développer de nouvelles pratiques comme réponse à l'infraction¹⁹. Dans la perspective de Zehr, l'acte criminel porte atteinte non seulement à la victime, mais également au délinquant, à la relation « victime-délinquant » et à la communauté²⁰. A partir de ce constat, la justice réparatrice se donne plusieurs objectifs. Premièrement, elle vise la réparation des dommages auprès de chaque personne atteinte par l'infraction en impliquant activement les participants au processus. En leur redonnant la parole, la justice réparatrice permet également la responsabilisation de chacun et espère ainsi prévenir de nouvelles infractions²¹. Sans que la justice réparatrice ait comme but le pardon et la réconciliation, elle offre un cadre dans lequel les échanges et la compréhension mutuelle sont favorisés permettant ainsi de donner une place à ces valeurs²². Enfin, la justice réparatrice prend en considération les besoins de tous et tente d'y répondre afin que chaque protagoniste puisse se sentir « réparé » à l'issue du processus²³.

¹⁶ CARIO, in : ZEHR, p. 7 et 13 ; CONSEIL DE L'EUROPE, p. 17 ; PERRIER (2011B), p. 31.

¹⁷ CHRISTIE, p. 1 ss ; LEFRANC, p. 405 ; PERRIER (2011B), p. 30 et 31.

¹⁸ ZEHR, p. 57.

¹⁹ CARIO, in : ZEHR, p. 13.

²⁰ ZANOLINI (2014), p. 24 ss ; ZEHR, p. 36 ss.

²¹ CARIO, p. 188 ; CONSEIL DE L'EUROPE, p. 14, 17 et 18 ; PERRIER (2011B), p. 31 à 33 ; ZEHR, p. 57 et 62.

²² ZEHR, p. 31.

²³ ZEHR, p. 63.

Contrairement à la justice pénale classique qui se demande « qui a commis l'infraction contre la loi et quelle sanction doit-on lui infliger ? », la justice réparatrice se pose donc les questions suivantes : « Qui a subi des dommages ? Quels sont ses besoins ? À qui revient-il d'y répondre ? Qui est légitimé à s'investir dans l'affaire ? Quel processus est le mieux adapté pour impliquer les parties ? »²⁴. Les besoins auxquels la justice réparatrice tente de répondre peuvent être résumés de la manière suivante²⁵ :

Victime	Auteur	Les proches	La société
<p><i>Besoin de comprendre pourquoi elle a été victime</i></p> <p><i>Besoin d'être reconnue en tant que victime</i></p> <p><i>Besoin d'exprimer son ressenti, de dire quelles sont les conséquences de l'infraction sur sa vie</i></p> <p><i>Réparation de tous les dommages (matériels, physiques, psychiques)</i></p> <p><i>Dépasser sa colère et sa souffrance</i></p> <p><i>Obtenir des excuses</i></p> <p><i>Restitution d'un sentiment de maîtrise sur sa vie, se sentir à nouveau en sécurité</i></p>	<p><i>Restitution de sa dignité en ayant la possibilité de s'excuser</i></p> <p><i>Se responsabiliser face à son acte</i></p> <p><i>Restitution d'un sentiment de pouvoir sur sa vie</i></p> <p><i>Ne pas être marginalisé</i></p> <p><i>Réparation des éventuels dommages (matériels, physiques, psychiques)</i></p>	<p><i>Réparation du lien entre la victime et ses proches et entre l'auteur et ses proches</i></p> <p><i>Besoin d'exprimer leurs sentiments</i></p> <p><i>Pour les proches de la victime : besoin de comprendre ce qu'elle vit afin de pouvoir apporter le soutien nécessaire</i></p> <p><i>Pour les proches de l'auteur : besoin de comprendre l'acte afin de l'aider à en assumer les conséquences et le soutenir dans le respect de ses engagements</i></p>	<p><i>Besoin de sécurité</i></p> <p><i>Besoin qu'une réponse soit donnée à un acte pénalement relevant</i></p> <p><i>Besoin d'avoir confiance en la justice et savoir qu'elle permet de rétablir la paix sociale</i></p>

S'agissant du processus, il est possible d'envisager plusieurs manières de mettre en œuvre la justice réparatrice, l'essentiel étant le respect de certains principes fondamentaux qui constituent un idéal vers lequel il faut tendre^{26/27}.

B. Définition et caractéristiques de la médiation pénale

Plusieurs définitions de la médiation pénale ont été données. Nous choisissons ici de faire référence à celle proposée par le Conseil de l'Europe qui est généralement reconnue comme

²⁴ JACCOTTET TISSOT/KAPFERER/MONA, p. 1179 ; ZEHR, p. 63 ; ZANOLINI (2014), p. 17.

²⁵ PERRIER (2011B), p. 45 ss.

²⁶ CONSEIL DE L'EUROPE, p. 9 et 22 ; JACCOTTET TISSOT/KAPFERER/MONA, p. 1179 ; PERRIER (2011B), p. 53 ; ZEHR, p. 27.

²⁷ Voir notamment : *Les principes fondamentaux de la justice restaurative*, par Howard Zehr et Harry Mika, in : ZEHR, p. 91.

étant la plus complète²⁸. De plus, en tant qu'institution supranationale, le Conseil de l'Europe a exercé une influence importante dans l'émergence des pratiques réparatrices notamment par le biais de ses Recommandations²⁹ qui permettent le développement de pratiques uniformes au sein des Etats membres³⁰. C'est la Recommandation (99)19 adoptée le 15 septembre 1999 qui traite de la médiation en matière pénale. Cette Recommandation définit la médiation comme « *tout processus permettant à la victime et au délinquant de participer activement, s'ils y consentent librement à la solution des difficultés résultant du délit, avec l'aide d'un tiers indépendant, le médiateur* ».

En raison des nombreuses définitions de la médiation pénale, il nous semble important de relever maintenant quelles en sont les caractéristiques essentielles :

<i>Existence d'un conflit</i>	<i>Implique la présence d'au moins un auteur et une victime³¹ ce qui exclut les infractions à la LStup et à la LCF³²</i>
<i>Un conflit de nature pénale</i>	<i>Signifie que les éléments constitutifs d'une infraction du CP semblent à tout le moins réalisés³³</i>
<i>Participation de trois personnes</i>	<i>Il s'agit de l'auteur, de la victime et du tiers médiateur³⁴</i>
<i>La médiation est un processus</i>	<i>Signifie que la médiation s'inscrit dans la durée et nécessite plusieurs entretiens³⁵</i>
<i>Qualités essentielles du médiateur</i>	<i>Il doit être compétent, neutre, indépendant et impartial³⁶</i>

²⁸ KUHN (2007), p. 61 ; PERRIER (2011B), p. 57 ; VEZZONI, p. 2.

²⁹ Voir : La Recommandation R(83)7, orientée à encourager la participation du public dans l'élaboration et l'application de politiques pénales afin de prévenir la criminalité et faciliter la réparation de préjudices causés aux victimes comme une alternative à la peine privative de liberté ; La Recommandation R(85)11, sur la position de la victime dans le procès et dans le droit pénal. Elle conseille aux gouvernements de réviser la législation et les pratiques judiciaires afin que les décisions de justice tiennent compte de la réparation des dommages subis par la victime et de tout effort sérieux de l'offenseur dans le sens de la réparation ; La Recommandation R(87)18 sur la simplification de la justice pénale. Elle invite les Etats membres à encourager l'application des principes de la dépenalisation et l'intervention minimale dans les affaires mineures. Dans le même sens, elle suggère pour ce type d'affaires d'arriver à des arrangements de compensation entre l'offenseur et la victime, évitant ainsi l'action pénale si l'offenseur respecte les conditions accordées.

³⁰ CARVAJAL SÁNCHEZ, p. 39 ; LEFRANC, p. 408.

³¹ KUHN (2007), p. 58 et 59 ; PERRIER (2011B), p. 58.

³² KNOEPFLER, p. 334 ; KUHN (2012), p. 63.

³³ PERRIER (2011A), p. 16 ss.

³⁴ KUHN (2007), p. 59.

³⁵ DEMIERRE, p. 63 ; PERRIER (2011B), p. 57 et 58.

³⁶ KUHN, p. 59.

<i>Le consentement des parties</i>	<i>Auteur et victime doivent accepter de participer au processus et peuvent y mettre un terme à tout moment³⁷</i>
<i>Participation active des parties</i>	<i>Il leur revient de trouver ensemble l'accord qui leur paraît acceptable. Le rôle du médiateur est de favoriser les échanges constructifs et d'instaurer un cadre dans lequel la parole de chacun peut être portée, entendue et reconnue³⁸</i>
<i>La confidentialité du processus</i>	<i>Permet d'instaurer un réel dialogue entre les participants³⁹</i>

C. Le processus de médiation

a. Qui peut proposer de faire appel à un médiateur ?

Le recours à la médiation peut premièrement venir de l'initiative des parties en conflit. Dans ce cas, on parle de médiation sociale ou volontaire. Le processus se déroule donc indépendamment des institutions judiciaires et peut intervenir soit en amont, en parallèle ou encore postérieurement à la procédure pénale⁴⁰. Nous verrons quelles conséquences la médiation volontaire peut avoir sur la procédure pénale selon que l'infraction est poursuivie sur plainte ou poursuivie d'office dans la prochaine partie de ce travail.

Il est possible ensuite que l'autorité judiciaire en charge de l'affaire propose aux parties d'entreprendre un processus de médiation qui est alors appelée « médiation pénale déléguée ». Les dossiers pouvant faire l'objet d'une médiation sont donc sélectionnés par un membre de l'appareil judiciaire, puis transmis à un médiateur indépendant du système de justice. La procédure pénale est généralement suspendue afin d'attendre le résultat du processus. En cas d'échec, le dossier est renvoyé aux autorités pénales et la procédure suit ainsi son cours. Lorsque les parties parviennent à un accord, il est possible de prévoir le classement obligatoire de l'affaire ou alors une prise en compte du résultat dans la suite de la procédure en atténuant ou en exemptant l'auteur de toute peine⁴¹. La médiation pénale déléguée est envisageable à toutes les phases de la chaîne pénale. Elle peut intervenir en phase préliminaire par délégation de l'autorité compétente pour l'instruction ; avant un jugement par délégation du juge ou alors, pendant l'exécution de la peine sur envoi des autorités d'exécution⁴².

³⁷ KUHN, p. 60 et 61.

³⁸ BALMER/MILLET, p. 3 ; KUHN (2007), p. 60 et 61 ; PERRIER (2011B), p. 61 et 62.

³⁹ KUHN (2007), p. 61 ; PERRIER (2011B), p. 62.

⁴⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, p. 25 et 26 ; KNOEPFLER, p. 334 ; KUHN (2007), p. 62.

⁴¹ BONAFÉ-SCHMITT, p. 30 ; KNOEPFLER, p. 333 ; KUHN (2007), p. 62 ; PERRIER (2011B), p. 65 et 66.

⁴² CONSEIL DE L'EUROPE, p. 25 ; KNOEPFLER, p. 333 ; PERRIER (2011B), p. 63.

b. Les médiateurs

Nous avons mentionné les qualités essentielles que doit présenter tout médiateur appelé à intervenir dans le cadre de la procédure pénale. Au-delà de ces éléments, c'est les lois cantonales qui déterminent qui sont les médiateurs auxquels les autorités pénales peuvent faire appel et quelles sont les compétences personnelles et professionnelles requises à l'exercice de cette fonction⁴³.

c. Le déroulement du processus de médiation

Quant au processus en lui-même⁴⁴, le médiateur reçoit la plupart du temps les personnes d'abord séparément dans des entretiens préliminaires destinés à expliquer en détails et à fixer le cadre et les règles de la médiation. Il doit bien évidemment s'assurer de la volonté des personnes impliquées à participer à ce processus. Son rôle consiste également à vérifier qu'il existe un minimum de sécurité relationnelle permettant aux auteurs et aux victimes de se rencontrer de manière constructive. Le médiateur doit être attentif à ce que le processus de médiation ne renforce pas la violence et n'entraîne pas une victimisation secondaire. Le médiateur recherche à identifier l'objet du conflit et à définir les attentes de chacun. Une fois ces points vérifiés, le processus de médiation à proprement parler peut débuter. Auteur et victime sont alors invités à exprimer respectivement leur compréhension de la situation, leurs besoins, leurs stratégies, leurs intérêts et leurs points de vue dans un climat d'écoute et de respect mutuel. Les échanges sont menés dans la perspective de construire un accord réaliste et durable. Dans certaines situations difficiles où le traumatisme est encore vif, notamment dans le cas de contrainte sexuelle, il est parfois prévu de mettre en place des médiations indirectes afin que la victime et l'auteur n'aient pas l'obligation de se retrouver face à face, au moins dans un premier temps. Le processus de médiation se déroule donc en plusieurs entretiens. Le médiateur encadre les échanges et travaille à favoriser une meilleure compréhension de la position de chaque partie et une reconnaissance réciproque. Mais la médiation vise aussi à valoriser les compétences de chacun afin qu'auteur et victime élaborent eux-mêmes une solution créative à leur conflit. Les parties sont libres dans le choix du contenu de l'accord et peuvent prévoir par exemple la rédaction d'une lettre d'excuse, une indemnisation des dommages ou une indemnisation symbolique, un travail en faveur d'une institution, l'engagement à adopter un certain comportement. A la fin de la démarche, si la médiation aboutit, les parties choisissent la solution qui leur semble juste et une convention concrétise leur accord.

⁴³ KUHN (2007), p. 75 ; PERRIER (2011B), p. 218.

⁴⁴ BALMER/MILLET, p. 3 et 4 ; CONSEIL DE L'EUROPE, p. 31 et 32 ; DEMIERRE, p. 63 ; PERRIER (2011B), p. 64 et 65.

D. Avantages, risques et limites de la médiation pénale

La médiation pénale permet de répondre à nombreux besoins de la victime et de l'auteur ainsi que de pallier certains problèmes posés par le système judiciaire. Cependant, elle présente également certains risques et n'est pas à même de répondre à tous les délits⁴⁵. Un tableau résumant les avantages de la médiation au regard des différents objectifs qu'elle poursuit, tant vis-à-vis de la victime que de l'auteur, a été présenté par Gérard Demierre, médiateur dans le canton de Fribourg⁴⁶.

Objectif	Victime ou lésé	Mis en cause ou auteur
<i>Ecoute – Reconnaissance</i>	<i>Etre entendue - Dire sa souffrance Reconnaissance de son statut Jouer un rôle actif</i>	<i>Pouvoir expliquer voire justifier les raisons de l'acte Etre entendu et jouer un rôle actif</i>
<i>Contact – lien</i>	<i>Entendre les raisons de l'acte Mieux comprendre – « accepter » Obtenir un certain apaisement</i>	<i>Pas de marginalisation Garder un visage humain Recevoir un certain soulagement Rester membre de la société</i>
<i>Réparation</i>	<i>Obtenir réparation des différents dommages Recevoir des excuses ou une prestation compensatoire</i>	<i>Prise de conscience du mal causé Possibilité concrète de démontrer sa bonne volonté, son envie de réparer, de mieux faire</i>
<i>Responsabilisation</i>	<i>Evaluer le vrai rôle de chacun Eventuellement assumer le déclenchement ou la provocation</i>	<i>Responsabilisation face à l'acte et face à la victime</i>
<i>Réhabilitation</i>	<i>Tourner la page</i>	<i>Retrouver une place dans la société Se dégager de l'étiquette de délinquant</i>
<i>Prévention</i>	<i>Retrouver la confiance</i>	<i>Engagement sur l'avenir Aide concrète à la non-récidive</i>

Comme nous l'avons dit, la médiation présente aussi certains risques et certaines limites. Un des premiers dangers identifiés est connu sous le nom de « net widening », c'est-à-dire le risque de voir la médiation utilisée pour des infractions de peu de gravité qui seraient normalement classées⁴⁷. Pour éviter que la pratique de la médiation n'ait pour effet d'élargir la réponse pénale,

⁴⁵ DEMIERRE, p. 63 et 64 ; KUHN (2012), p. 63.

⁴⁶ DEMIERRE, p. 64.

⁴⁷ Le « risque de net widening » est traduit en français par « risque d'élargissement du filet pénal ».

il est possible d'exiger que l'infraction ait une certaine gravité pour que l'affaire puisse être renvoyée en médiation⁴⁸.

Un autre risque important est celui d'engendrer une victimisation secondaire. Le médiateur joue un rôle important puisqu'il doit déterminer si les parties sont aptes à se rencontrer, s'écouter et se respecter. Une médiation mal préparée peut donner lieu à des violences tant verbales que physiques qui risquent de créer un nouveau traumatisme pour la victime, notamment si elle a l'impression que son statut n'est pas reconnu et que l'auteur n'a aucun remord. La victimisation pourrait également survenir lors de la mise en route du processus puisqu'il se peut que la victime donne son consentement à la médiation, mais que l'auteur n'entre pas en matière. Afin d'éviter que son refus ne renforce le traumatisme vécu par la victime, il est préférable que le médiateur s'adresse à l'auteur dans un premier temps afin de s'assurer qu'il envisage sérieusement la médiation⁴⁹.

Certains auteurs mentionnent également le danger de créer une sous-justice et une aggravation des fossés sociaux en ne réservant la médiation qu'à une certaine catégorie de délinquants. Effectivement, lorsque les autorités judiciaires ont le pouvoir de décider des cas à renvoyer en médiation, elles pourraient faire des distinctions fondées sur le statut et les origines sociales ou encore, sur le genre de l'auteur⁵⁰.

Quant aux limites de la médiation pénale, force est de constater qu'elle ne peut répondre à tous les délits. La médiation étant par définition un mode de résolution consensuel, elle dépend de la volonté des participants de sa mise en place jusqu'à son aboutissement. Ainsi, une partie peut faire échouer le processus à tout moment⁵¹. Celui qui s'implique et fournit de réels efforts en vue de régler le conflit pourrait se sentir bien frustré lorsque cette bonne volonté n'est pas partagée. La possibilité de voir la procédure classée en cas de médiation réussie peut également avoir pour effet de biaiser le consentement de l'auteur qui ne reposerait que sur la perspective d'échapper à la procédure pénale. Du côté de la victime, il est aussi possible qu'elle profite de cette situation pour faire pression sur l'auteur et, qu'au lieu d'une solution consensuelle, elle cherche à imposer ses exigences quant à la réparation du dommage⁵².

Les infractions sans victime, comme les excès de vitesse ou la consommation de drogue, constituent une autre limite de la médiation. Pour ces infractions, c'est la société qui est indirectement lésée puisque par son comportement, l'auteur met en danger les intérêts de la

⁴⁸ PERRIER (2011B), p. 269 ss.

⁴⁹ CONSEIL DE L'EUROPE, p. 30 ; PERRIER (2011B), p. 273 et 274.

⁵⁰ PERRIER (2011B), p. 274 et 275.

⁵¹ DEMIERRE, p. 62 ; KUHN (2012), p. 63.

⁵² CARIO, p. 202 ; PERRIER (2011B), p. 61.

collectivité⁵³. Comme nous l'avons vu, le processus de médiation nécessite la participation active de deux personnes dont les intérêts s'opposent en vue de résoudre le conflit de manière consensuelle. A notre sens, tout comme le procureur représente et défend les intérêts de la société dans le cadre du procès, il ne nous semble pas inenvisageable de faire de même dans le cadre d'un processus de médiation. La médiation se déroulerait ainsi avec un tiers représentant les intérêts collectifs, l'auteur de l'infraction et le médiateur. La question qui se poserait alors est celle de savoir en quoi consisterait la réparation puisqu'il n'y a pas de préjudice direct. L'idée qui vient à l'esprit est l'engagement de l'auteur à effectuer un travail en faveur d'une institution publique ou d'une association caritative. Bien que le travail d'intérêt général, qui deviendra un mode d'exécution de peine dès janvier 2018⁵⁴, figure dans notre code pénal, nous pensons qu'il faut le distinguer d'un engagement en faveur de la collectivité qui surviendrait à l'issue d'une médiation. Face aux autorités judiciaires, un dialogue constructif et participatif n'a pas sa place. Ce dernier élément, au cœur du processus de médiation, permet à notre avis une meilleure responsabilisation de l'auteur et donc un engagement qui soit réel et sincère.

Enfin, nous mentionnerons encore que certains auteurs représentent un réel danger pour la société et doivent dès lors faire l'objet d'une prise en charge particulière impliquant une privation de liberté. Une intervention coercitive est ainsi parfois nécessaire afin de maintenir la paix et la sécurité sociale⁵⁵.

⁵³ KUHN (2012), p. 63 ; VEZZONI, p. 9.

⁵⁴ FF 2012 p. 4385 ss (notamment : p. 4401 et 4402).

⁵⁵ KUHN (2012), p. 63.

III. La médiation en droit pénal des adultes : cadre légal fédéral

A. L'évolution

Alors que la médiation pénale s'est considérablement développée ces dernières années dans de nombreux pays, force est de constater qu'elle ne tient pas encore une place de choix en droit pénal suisse⁵⁶. Avant 2011, date de l'entrée en vigueur du CPP, seuls deux cantons envisageaient la médiation dans leur Code de procédure pénale : Genève et Zurich⁵⁷. Sur la base de l'art. 75 al. 3 CP, des projets pilotes de médiation carcérale ont également été mis en place dans les cantons de Berne et Saint-Gall⁵⁸.

En 2001, le Professeur Niklaus Schmid a livré son avant-projet⁵⁹ de code de procédure pénale ainsi qu'un rapport explicatif⁶⁰. Cet avant-projet contenait un article 346 AP-CPP relatif à la « tentative de conciliation » et un article 347a AP-CPP concernant « la procédure en cas de réparation »⁶¹. Cette dernière disposition était formulée de la manière suivante :

Art. 347a Procédure en cas de réparation

1. *Si une exemption de peine pour réparation selon l'art. 53 du code pénal entre en ligne de compte, le ministère public invite les parties en application par analogie de l'article 346 à des pourparlers ayant pour but une réparation.*
2. *Le ministère public peut aussi charger de cette mission, en application par analogie des dispositions sur les experts, une personne reconnue et qualifiée pour cela.*
3. *Le ministère public peut suspendre la procédure préliminaire pendant la durée des pourparlers de réparation.*
4. *Si le prévenu répare le dommage au sens de l'article 53 du code pénal, le ministère public classe la procédure.*

Encouragé par les réactions positives émises lors de la procédure de consultation portant sur l'AP-CPP, le Conseil fédéral a alors introduit dans son projet une disposition très détaillée concernant la médiation pénale (art. 317 P-CPP)⁶² :

Art. 317 Médiation

1. *Le ministère public peut, en tout temps, faire appel à un médiateur. Il requiert à cet effet le consentement du lésé et du prévenu, en leur indiquant la portée de la médiation. Il transmet une copie du dossier au médiateur.*
2. *Il reste maître de l'action pénale. Il peut en tout temps s'enquérir de l'état d'avancement de la médiation.*
3. *Le médiateur est chargé de rechercher une solution librement négociée entre les personnes en litiges. A cette fin, il exerce ses fonctions en toute indépendance du ministère public, ainsi qu'en toute impartialité et sans exercer aucune pression sur les personnes en litige.*

⁵⁶ FALLER, p. 18 ; KUHN (2007), p. 65.

⁵⁷ PERRIER (2011B), p. 189 ss ; ZANOLINI (2007), p. 402 ss ; ZANOLINI/ZANOLINI, p. 79.

⁵⁸ FALLER, p. 18 ; PERRIER (2011B), p. 189.

⁵⁹ <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/archiv/strafprozessrecht/vn-ve-1-f.pdf>

⁶⁰ <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/archiv/strafprozessrecht/vn-ber-1-f.pdf>.

⁶¹ FALLER, p. 24 ; PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 749.

⁶² FF 2006 p. 1250 ss ; PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 750 ; STRÄULI, p. 120.

4. *Le médiateur convoque le lésé et le prévenu, en rappelant le caractère volontaire de leur participation. Lorsqu'il estime que sa mission est achevée, il communique le résultat de la médiation au ministère public. La communication comprend :*
 - a. *Les termes de l'accord intervenu entre les personnes en litiges et les preuves de son exécution, ou*
 - b. *Le seul constat d'échec.*
5. *Les autorités pénales tiennent compte de façon appropriée du résultat de la médiation qui a abouti.*
6. *Quelle que soit l'issue de la médiation, nul ne peut ultérieurement se prévaloir devant une autorité pénale de déclarations faites devant le médiateur.*
7. *Le médiateur est tenu de garder le secret. Il ne peut pas être entendu à quelque titre que ce soit sur les faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ni sur les opérations auxquelles il a procédé ou participé ; son dossier est insaisissable.*
8. *La Confédération et les cantons fixent les modalités applicables à la désignation des médiateurs habilités à intervenir dans le cadre de procédure pénale. Ils déterminent en particulier les conditions que doivent remplir ces personnes sur les plans professionnel et personnel et édictent des dispositions concernant la déontologie, l'inscription dans un registre professionnel et la surveillance.*

Prévue pour tous les types d'infractions, qu'elles soient poursuivies sur plainte ou d'office, la médiation aurait ainsi été obligatoire pour tous les cantons. Quant au stade de la procédure, le projet prévoyait la possibilité de la mettre en œuvre tant en phase préliminaire qu'en première instance ou en procédure d'appel lors des débats préliminaires^{63/64}. Afin de préserver le monopole des autorités pénales, l'art 317 P-CPP était formulé de manière potestative et, en cas de réussite de la médiation, il n'était pas prévu de classement obligatoire de la procédure⁶⁵. Enfin, les principes fondamentaux de la médiation tels que le libre consentement des parties, les qualités essentielles du médiateur, la confidentialité du processus et la protection du secret professionnel étaient expressément mentionnés⁶⁶.

Malheureusement, l'art. 317 P-CPP n'a pas survécu à la phase parlementaire et a finalement été biffé. Les principaux arguments contre cette disposition avaient trait aux coûts qui risquaient d'être engendrés pour les cantons par l'introduction de la médiation et, bien évidemment, le risque de perte du monopole étatique de la justice. La pression du temps a certainement eu raison de l'art. 317 P-CPP, puisque le but du Parlement était de terminer l'examen du CPP avant la fin de la législature⁶⁷. De même, la proposition d'ajouter un alinéa 5 à l'art. 316 P-CPP

⁶³ PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 750.

⁶⁴ Art. 317 P-CPP concernant la procédure préliminaire (FF 2006 p. 1252) ; art. 333 P-CPP pour la procédure de première instance (FF 2006 p. 1263) ; art. 412 P-CPP s'agissant de la procédure d'appel, qui renvoie aux dispositions applicables aux débats de première instance en cas de procédure orale (FF 2006 p. 1300).

⁶⁵ FF 2006 p. 1253 ; KANYAR, p. 222 ; PERRIER (2011B), p. 198.

⁶⁶ FF 2006 p. 1252 ; KANYAR, p. 221 et 222 ; PERRIER (2011B), p. 197.

⁶⁷ BOCN 2007 p. 1578 ; FALLER, p. 37 ; PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 750.

permettant ainsi la délégation de la conciliation pendant la phase préliminaire à un médiateur n'a finalement pas été retenue⁶⁸.

Ainsi, seule la conciliation judiciaire figure aujourd'hui à l'art. 316 CPP. Quand bien même la conciliation vise un règlement amiable du conflit opposant les parties, elle ne doit pas être confondue avec la médiation. En effet, la grande différence entre la conciliation et la médiation est que la première est un acte de procédure interne au processus pénal, menée par une autorité pénale, alors que la seconde intervient en dehors du cursus judiciaire, le tiers médiateur ne pouvant être rattaché aux autorités pénales. Dans le cadre de la conciliation, la relation entre le conciliateur et les parties est donc pyramidale et hiérarchisée et non pas horizontale comme le requiert la médiation⁶⁹. Ainsi, le conciliateur, de par sa position, peut exercer des pressions sur les parties et surtout, la confidentialité du processus est en pratique impossible à garantir. Effectivement, même dans l'hypothèse où le magistrat conciliateur n'est pas le magistrat chargé de la procédure pénale, l'apparence créée risque fort d'empêcher les parties de s'exprimer librement⁷⁰. Il nous semble donc peu probable qu'une « conciliation réussie » soit synonyme de « conflit résolu »⁷¹. De plus, l'objectif de la conciliation étant le retrait de plainte par souci d'économie de procédure, il est fort probable que le processus conciliatoire soit expéditif ne laissant pas la place et le temps nécessaire à la résolution du cœur du litige.

B. La médiation volontaire et ses conséquences sur la procédure pénale

Bien que le CPP ne prévoit pas expressément la possibilité de faire appel à un médiateur, les parties restent bien évidemment libres de décider d'entreprendre cette démarche indépendamment de la procédure pénale. La principale question qui se pose ici est celle de savoir de quelle manière elles pourront faire valoir un accord de médiation auprès des autorités pénales.

Les infractions poursuivies sur plainte ne posent pas de problème dans ce cadre. Effectivement, si les parties décident de résoudre leur conflit de manière privée et parviennent à s'entendre, la partie lésée peut renoncer à déposer plainte ou accepter de la retirer. Dans ce dernier cas, le retrait de plainte peut intervenir tant que le jugement de deuxième instance n'a pas été prononcé (art. 33 al. 1 CP) et a comme conséquence le classement de la procédure (art. 319 al. 1 let. d CPP en procédure préliminaire et art. 329 al. 4 CPP en phase de jugement).

⁶⁸ BOCN 2007 p. 1578 ; PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 750 ; PERRIER (2011B), p. 199 ; STRÄULI, p. 121.

⁶⁹ FF 2006 p. 1252.

⁷⁰ PERRIER, (2011A), p. 79 et 80.

⁷¹ Pour un exemple concret voir : Arrêt du 6 mai 2015 (502 2015 58) de la Chambre pénale du Tribunal cantonal de Fribourg.

S'agissant des infractions poursuivies d'office, c'est les articles 53 CP et 48 let. d CP qui permettent de tenir compte d'un accord survenu à l'issue de la médiation. L'art. 53 CP concerne les cas dans lesquels il est possible pour les autorités de renoncer à toute poursuite ou à infliger 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 causé. Pour que cette disposition s'applique, il est encore nécessaire que les conditions du sursis de l'art. 42 CP soient remplies et que l'intérêt public et l'intérêt du lésé à poursuivre l'auteur soit pénalement peu importants⁷². La réparation au sens de l'art. 53 CP peut prendre diverses formes telles que l'indemnisation, mais aussi des excuses ce qui permet donc de faire valoir un accord survenu entre les parties de manière privée⁷³. Toutefois, il est important de relever ici que la réussite du processus de médiation, au sens d'une solution consensuelle et acceptée par les parties, n'entraîne pas nécessairement l'application de l'art. 53 CP. La réparation intervenant à l'issue d'une médiation et la réparation selon 53 CP ne sont pas identiques. Effectivement, dans ce dernier cas, c'est au ministère public ou au juge de déterminer si l'auteur a réparé le dommage ou fourni tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui⁷⁴.

Lorsque les conditions de l'art. 53 CP ne sont pas remplies, c'est l'art. 48 let. d CP qui entre en considération et peut permettre à l'auteur de faire valoir la réussite de la médiation. Cette disposition prévoit que 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, le juge atténue la peine. Le repentir sincère implique que l'auteur prenne réellement conscience du mal causé et se responsabilise concrètement face à ses actes⁷⁵.

C. La médiation déléguée est-elle envisageable à l'aune du CPP ?

La médiation n'étant pas prévue explicitement par le CPP, nous allons voir maintenant si les autorités pénales sont en droit de renvoyer, avec l'accord des parties, un cas en médiation.

a. En procédure préliminaire

Selon le Conseil fédéral⁷⁶ et l'Office fédéral de la justice⁷⁷, le ministère public a la faculté, dans le cadre de la conciliation au sens de l'art. 316 CPP, de proposer aux parties de se tourner vers un médiateur quand bien même la loi ne le mentionne pas expressément⁷⁸. La médiation déléguée

⁷² KANYAR, p. 216 ss.

⁷³ FF 1999 p. 1872 et 1873 ; KANYAR, p. 215 et 216 ; PERRIER (2011B), p. 203 et 204.

⁷⁴ PERRIER (2011B), p. 204 ; ZANOLINI/ZANOLINI, p. 84.

⁷⁵ PERRIER (2011B), p. 206

⁷⁶ BOCN 2007 p. 1577.

⁷⁷ BOCN 2007 p. 1389.

⁷⁸ PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 750 ; STRÄULI, p. 122.

est donc envisageable en procédure préliminaire et pour les infractions susceptibles de faire l'objet d'une conciliation. Au niveau cantonal, les cantons de Genève et de Fribourg ont consacré expressément cette possibilité dans leur droit⁷⁹.

S'agissant du champ d'application de l'art. 316 CPP, l'alinéa 1 prévoit que lorsque la procédure préliminaire porte exclusivement sur des infractions poursuivies sur plainte, le ministère public peut citer le plaignant et le prévenu à une audience en vue de trouver un arrangement à l'amiable. Si le plaignant fait défaut, la plainte est considérée comme retirée. L'alinéa 2 vise quant à lui les cas où une exemption de peine au titre de réparation selon l'art. 53 CP entre en ligne de compte⁸⁰. Lorsque tel est le cas, le ministère public cite le lésé et le prévenu à une audience dans le but d'aboutir à une réparation. Il peut suspendre la procédure pour une durée de trois mois le temps de la conciliation, durée qui peut être prolongée une seule fois de trois mois également (art. 314 al. 1 let. c et al. 2 CPP). Dans ce cadre, le ministère public est donc habilité, moyennant le consentement des parties, à renvoyer l'affaire à un médiateur plutôt que de procéder lui-même à une conciliation⁸¹. La procédure peut être suspendue comme précité, les motifs de suspension énumérés à l'art. 314 CPP n'étant pas exhaustifs⁸².

b. En phase de jugement

Maintenant, nous pouvons nous poser la question de savoir si la médiation déléguée est envisageable à un stade ultérieur de la procédure, soit en première instance ou lors de l'appel. Si l'on s'en tient aux débats parlementaires et à l'opinion du Conseil fédéral, il ressort que (1) le ministère public peut, malgré l'absence de mention expresse dans la loi, renvoyer l'affaire en médiation si les parties y consentent, et (2) les cas visés sont ceux pour lesquels une tentative de conciliation peut (alinéa 1) ou doit (alinéa 2) avoir lieu. Par l'emploi du terme « ministère public » et non pas « direction de la procédure », la médiation est donc envisagée en phase préliminaire.

Toutefois, à teneur du texte légal, la conciliation reste possible en première instance et en cas d'appel (lorsque la procédure est orale) lors des débats préliminaires (art. 332 CPP et 405 al. 1 CPP qui renvoie à l'art. 332 CPP). Comme nous l'avons vu, la médiation entre en ligne de compte pour les mêmes cas visés par l'art. 316 CPP. Dès lors, il nous semble possible qu'une

⁷⁹ Pour le canton de Genève, voir : art. 34a et 34b de la loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale, du 27 août 2009 (LaCP ; RSG E 4 10) ; Pour le canton de Fribourg, voir : art. 41 et 42 de l'ordonnance sur la médiation en matière civile, pénale et pénale pour les mineurs, du 6 décembre 2010 (OMéd, RSF 134.11).

⁸⁰ Relevons ici que le canton de Genève élargit le champ d'application de la médiation lorsqu'une exemption de peine au titre de l'absence d'intérêt à punir selon l'art. 52 CP entre en ligne de compte (art. 34a al. 2 LaCP et art. 34b al. 2 LaCP).

⁸¹ PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 751 ; STRÄULI, p. 121, 122 et 127.

⁸² Art. 314 al. 1 CPP : « Le ministère public peut suspendre une instruction, *notamment* lorsque l'auteur ou son lieu de séjour est inconnu ou qu'il existe des empêchements momentanés de procéder (let. a) ; lorsque l'issue de la procédure dépend d'un autre procès dont il paraît indiqué d'attendre la fin (let. b) ; lorsque l'affaire fait l'objet d'une procédure de conciliation dont il paraît indiqué d'attendre la fin (let. c) ; lorsqu'une décision dépend de l'évolution future des conséquences de l'infraction (let. d).

médiation intervienne en lieu et place d'une conciliation dans le cadre des débats préliminaires en première instance ou en appel. La procédure pénale peut alors être suspendue sur la base de l'art. 329 alinéa 2 CPP qui prévoit que, s'il apparaît lors de l'examen de l'accusation ou plus tard durant la procédure qu'un jugement au fond ne peut pas encore être rendu, le tribunal suspend la procédure. A l'appui de notre position, nous citons l'art. 34b de la loi genevoise d'application du code pénal (LaCP), adopté le 23 septembre 2016 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2017, qui prévoit expressément la possibilité de mettre en place une médiation en lieu et place d'une conciliation en procédure de première instance :

Chapitre VIA Procédure de première instance

Art. 34b Médiation

1. *En lieu et place d'une conciliation (art. 332 al. 2 CPP), la direction de la procédure peut inviter le prévenu et la partie plaignante à engager une médiation au sens des articles 66 et suivants de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010.*
2. *Elle peut également procéder selon l'alinéa 1 lorsqu'une exemption de peine au titre de l'absence d'intérêt à punir selon l'art. 52 CP entre en ligne de compte.*

c. Conséquences de l'accord de médiation

Que la médiation soit mise en œuvre par une initiative privée des parties ou sur délégation des autorités pénales, les conséquences sont identiques. Nous renvoyons donc à ce qui a été dit ci-dessus dans le cadre de la médiation volontaire.

D. La médiation en exécution de peine

Nous avons mentionné qu'avant l'entrée en vigueur du CPP, des projets de médiation carcérale ont été mis en œuvre sur la base de l'art. 75 al. 3 CP qui mentionne la réparation du dommage comme un objectif de l'exécution de peine. A l'heure actuelle, un tel projet a été mis en place par l'association AJURES (Association pour la justice restaurative) dans le canton de Genève. Présidée par Madame Camille Perrier Despeursinge, cette association a notamment pour but de promouvoir et de mettre en œuvre, en Suisse, des pratiques de justice restaurative. Nous aborderons le projet de dite association dans la partie consacrée à l'utilisation de la médiation dans le canton de Genève.

IV. La médiation en droit pénal des mineurs : cadre légal fédéral

A. L'évolution du droit

Avant l'entrée en vigueur de la Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (DPMin) en janvier 2007⁸³, la médiation pénale a été pratiquée dans quelques cantons de manière novatrice par certains magistrats qui s'appuyaient alors sur les art. 88 aCP s'agissant des enfants, et 97-98 aCP s'agissant des adolescents⁸⁴. Depuis le 1^{er} janvier 2007, la médiation pénale fait donc partie intégrante de la législation pénale applicable aux mineurs. Les dispositions contenues dans cette nouvelle loi (art. 8 et 21 al. 3 aDPMin) fixaient les conditions minimales de la médiation permettant ainsi une uniformité dans les différents cantons⁸⁵.

Selon l'art. 8 aDPMin, il était possible pour l'autorité d'instruction de suspendre la procédure et de charger une organisation ou une personne reconnue et compétente en la matière d'engager une procédure de médiation aux conditions suivantes : il n'était pas nécessaire de prendre des mesures de protection ou l'autorité civile s'était déjà chargée de les ordonner (al. 1 let. a) ; les conditions d'exemption de la peine fixée à l'art. 21 al. 1 DPMin n'étaient pas remplies (al. 1 let. b) ; les faits devaient être pour l'essentiel établis (al. 1 let. c) ; les faits n'étaient vraisemblablement pas constitutifs d'un crime pour lequel une privation de liberté ferme au sens de l'art. 25 DPMin était envisageable (al. 1 let. d) ; les parties et leurs représentants légaux devaient consentir au processus (al. 1 let. e). S'agissant des conséquences de la médiation, l'alinéa 2 de l'art. 8 aDPMin prévoyait le classement de la procédure lorsque grâce à la médiation, les parties parvenaient à un arrangement. La médiation était également possible en procédure de jugement aux mêmes conditions en vertu du renvoi de l'art. 21 al. 3 aDPMin à l'art. 8 aDPMin. Pour le reste, les cantons étaient tenus d'édicter les dispositions d'exécution relatives à la procédure de médiation (art. 8 al. 3 aDPMin)⁸⁶.

Le 1^{er} janvier 2011, la Loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs (PPMin) est entrée en vigueur. Les art. 8 et 21 aDPMin ont alors été abrogés pour être partiellement repris aux art. 5 et 17 PPMin⁸⁷. Comme nous le verrons, ces dispositions ne règlent pas de nombreux aspects essentiels de la médiation⁸⁸. Effectivement, la PPMin étant un *lex specialis* par rapport au CPP, elle ne contient que les normes qui dérogent à ce dernier⁸⁹. En vertu du renvoi de l'art. 3 PPMin, l'art. 317 P-CPP aurait dû s'appliquer également à la médiation pénale avec des mineurs

⁸³ FF 1999 p. 1787.

⁸⁴ KANYAR, p. 229 ; PASTORE/SAMBETH GLASNER, pp. 748 et 749 ; VEZZONI, p. 2 et 3.

⁸⁵ FF 2003 p. 3990 ; VEZZONI, p. 3 ; ZANOLINI (2007), p. 399.

⁸⁶ FF 2003 p. 3992 et 3993 ; KANYAR, p. 232 ss ; KUHN (2007), p.65 ss.

⁸⁷ FF 2009 p. 1705 ; PERRIER (2011B), p. 208.

⁸⁸ PERRIER (2011C), p. 112.

⁸⁹ FF 2006 p. 1091 ; voir art. 3 PPMin qui prévoit le renvoi au CPP.

pour les aspects non réglés dans la PPMIn. L'art. 317 P-CPP n'ayant pas été retenu, c'est vers les lois cantonales d'organisation judiciaire et d'application de la PPMIn qu'il faut se tourner pour trouver les règles relatives à la mise en œuvre de la médiation⁹⁰. Notons que la PPMIn n'ayant pas repris l'art. 8 al. 3 aDPMIn, certains cantons ne prévoient aucune règle relative à la médiation malgré l'abandon de l'art. 317 P-CPP⁹¹. Toutefois, l'organisation judiciaire étant de leur compétence en vertu du droit fédéral (123 Cst), ils sont à tout le moins tenus de déterminer qui sont les médiateurs habilités à intervenir dans le cadre de la procédure pénale⁹².

B. Les conditions de la médiation pénale selon la PPMIn

Les conditions qui doivent être réunies pour engager un processus de médiation sont aujourd'hui prévues à l'art. 17 PPMIn. Il prévoit que 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 dans les cas suivants : il n'y a pas lieu de prendre de mesures de protection ou l'autorité civile a déjà ordonné les mesures appropriées (al. 1 let. a) ; les conditions fixées à l'art. 21 al. 1 DPMIn ne sont pas remplies (al. 1 let. b)⁹³.

La première condition permet de respecter les principes cardinaux qui gouvernent le droit pénal des mineurs : le principe de la protection et le principe de l'éducation (art. 4 PPMIn et art. 2 DPMIn). Contrairement au droit pénal applicable aux adultes qui est un droit de l'acte, le droit pénal des mineurs met l'accent sur la personne de l'auteur⁹⁴. Ainsi, lorsqu'une prise en charge éducative ou thérapeutique semble nécessaire⁹⁵, la médiation ne peut être mise en œuvre puisque le prononcé d'une mesure de protection ne peut intervenir que dans le cadre d'une ordonnance pénale de l'autorité d'instruction (art. 32 al. 1 et 2 PPMIn) ou d'un jugement du tribunal des mineurs (art. 34 al. 1 et 2 PPMIn)⁹⁶. Notons bien que lorsque les mesures de protection qui s'imposent ont déjà été prises par les autorités civiles, la médiation est tout à fait possible⁹⁷. La seconde condition permet d'éviter le risque évoqué de « net widening » et repose

⁹⁰ PERRIER (2011c), p. 112 et 113 ; STRÄULI, p. 134.

⁹¹ PERRIER (2011B), p. 220 ; STRÄULI, p. 122 : « Dans les cantons d'Appenzell Rhodes Intérieures, d'Appenzell Rhodes Extérieures, de Bâle-Ville, des Grisons, de Nidwald, de Schaffhouse, de Thurgovie, d'Uri et de Zoug, la médiation est purement et simplement absente des textes ».

⁹² KUHN (2007), p. 75 ; PERRIER (2011B), p. 218.

⁹³ ZANOLINI (2011A), p. 307.

⁹⁴ FF 2006 p. 1091 ; JEANNERET, p. 5 et 6.

⁹⁵ Voir art. 10 ss DPMIn.

⁹⁶ Elle peut alors être mise en œuvre après le prononcé de l'ordonnance pénale ou du jugement.

⁹⁷ STRÄULI, p. 134 et 135.

sur un souci d'économie de procédure. Elle pose ainsi une limite qui exclut la médiation lorsqu'un motif d'exemption de peine au sens de l'art. 21 al. 1 DPMIn entre en considération⁹⁸.

S'agissant des infractions pouvant faire l'objet d'une médiation, elle est possible tant pour les infractions poursuivies sur plainte que pour les infractions poursuivies d'office⁹⁹. Pour autant qu'il existe un lésé au sens de l'art. 115 CPP, il n'est plus prévu de limite supérieure quant à la gravité de l'acte considéré¹⁰⁰. Cette ouverture en faveur de la médiation se conforme ainsi à l'idée que les critères de renvoi d'une affaire doivent reposer avant tout sur la capacité des parties à se rencontrer et à résoudre le conflit de manière consensuelle¹⁰¹.

La PPMIn n'exige plus que les faits soient pour l'essentiel établis avant d'entreprendre la médiation. Cet abandon n'est pas problématique puisque la médiation permet précisément d'éclaircir la situation¹⁰². Nous rappelons que la participation du prévenu ne constitue pas un aveu de culpabilité qui reste également libre de refuser la médiation s'il ne reconnaît absolument pas les faits¹⁰³. Le consentement des parties ne figure également plus dans la loi, mais reste bien évidemment nécessaire à la mise en œuvre de la médiation. Quant au consentement des représentants légaux, nous verrons dans la prochaine partie, qu'en pratique, il continue à jouer un rôle prépondérant d'après les médiateurs interrogés à ce sujet. De surcroît, lorsque la médiation aboutit positivement, il est toujours exigé qu'ils signent l'accord conclu.

C. Stade de la procédure

Quant au stade de la procédure, l'art. 17 PPMIn prévoit que « l'autorité d'instruction et les tribunaux peuvent en tout temps... ». La médiation est ainsi prévue de manière large et peut intervenir à tous les stades de la procédure. La compétence de l'autorité d'instruction renvoie à la procédure préliminaire qui se divise en deux phases : l'investigation policière et l'instruction proprement dite (art. 299 al. 1 CPP)¹⁰⁴. Selon l'art. 5 al. 1 let. b PPMIn, qui consacre le principe d'opportunité des poursuites (art. 8 CPP) en droit pénal des mineurs, l'autorité d'instruction doit renoncer à toute poursuite lorsqu'une médiation a abouti à un accord. La médiation peut ainsi intervenir avant l'ouverture de l'instruction pour autant que les conditions de l'art. 17 PPMIn

⁹⁸ PERRIER (2011B), p. 243 ; STRÄULI, p. 135.

⁹⁹ ZANOLINI (2011A), p. 303.

¹⁰⁰ PERRIER (2011B), p. 243 ; STRÄULI, p. 135

¹⁰¹ CONSEIL DE L'EUROPE, p. 24 ; PERRIER (2011B), p. 213.

¹⁰² PERRIER (2011B), p. 209. Nous verrons que cette condition est maintenue dans la législation cantonale fribourgeoise.

¹⁰³ PERRIER (2011B), p. 61 et 184.

¹⁰⁴ BICHOVSKY, p. 133.

soient remplies¹⁰⁵. Enfin, en mentionnant « les tribunaux », la loi vise à permettre la médiation tant lors de la procédure de jugement de première instance qu'en procédure d'appel¹⁰⁶.

D. La médiation en exécution de peine

Les avis sont partagés quant à savoir si la médiation est possible en exécution de peine¹⁰⁷. A notre sens, plusieurs arguments vont en faveur d'une réponse positive à cette question. Premièrement, si l'on s'intéresse aux autorités qui ont la compétence de proposer une médiation, nous avons vu que l'art. 17 PPMin mentionne « l'autorité d'instruction et les tribunaux ». Or, l'autorité d'instruction est de par la loi celle d'exécution (42 al. 1 PPMin). L'art. 17 PPMin prévoit ensuite que la médiation est possible « en tout temps ». A la teneur de la lettre, il semble donc que la volonté est bien de permettre une application aussi large que possible de la médiation. De plus, cette interprétation est conforme à la Recommandation du Conseil de l'Europe.

Quant à l'état d'esprit qui entoure la mise en œuvre médiation, il traduit le souci de limiter l'intervention des autorités pénales et des médiateurs à ce qui est nécessaire, ainsi que la priorité des mesures de protection et d'éducation. Par définition, en exécution de peine, les mesures de protection auront déjà été prononcées et les cas bagatelles éliminés. Une médiation au stade de l'exécution de peine s'inscrit donc bien dans l'esprit de la médiation telle que prévue dans la PPMin. De plus, en consacrant la médiation dans la loi, l'idée est également d'ouvrir la porte à la réconciliation et à la réparation de tous les dommages issus de l'infraction¹⁰⁸. Relevons encore que lors de la libération conditionnelle du mineur, l'autorité d'exécution peut prévoir des règles de conduite visant la réparation du dommage (art. 29 DPMIn). Enfin, rappelons que la médiation permet la prise en considération de l'autre et la responsabilisation qui sont, comme le relève le Conseil fédéral, des prémices indispensables à une prévention couronnée de succès¹⁰⁹.

E. Les conséquences de l'accord de médiation

S'agissant des conséquences d'une médiation réussie, l'art. 17 al. 2 PPMin prévoit que lorsque les parties parviennent à un accord, la procédure est classée. Si l'accord de médiation intervient avant l'ouverture formelle de l'instruction, une ordonnance de non entrée en matière sera rendue (5 al. 2 PPMin et 310 CPP). A un stade ultérieur de la procédure, l'autorité d'instruction ou de jugement prononcera une ordonnance de classement (17 al. 2 PPMin, 320 CPP et 329 IV

¹⁰⁵ PERRIER (2011B), p. 212.

¹⁰⁶ FF 2008 p. 2776 ; PERRIER (2011B), p. 216.

¹⁰⁷ Pour une telle possibilité : PERRIER (2011B), p. 216 ; contre : STRÄULI, p. 136.

¹⁰⁸ FF 2006 p. 1250 ss.

¹⁰⁹ FF 2006 p. 1252.

CPP)¹¹⁰. Concernant une médiation qui interviendrait en exécution de peine, il est bien évident qu'un accord de médiation ne peut déboucher sur la libération du mineur. La médiation intervient à ce stade principalement à titre éducatif en permettant au mineur de se responsabiliser concrètement face à son acte et ses conséquences. Il revient donc aux autorités de déterminer de quelle manière tenir compte d'un accord de médiation dans l'aménagement de l'exécution de la peine. Le respect de ses engagements par le mineur peut constituer dans ce cadre un indice favorable pour les autorités en vue de sa libération conditionnelle¹¹¹.

F. Quid de la médiation volontaire ?

Quand bien même le magistrat chargé de l'affaire n'envisage pas la médiation, les parties restent bien évidemment libres d'entreprendre des démarches de manière volontaire. Elles peuvent ensuite faire valoir un éventuel accord auprès des autorités pénales mais, contrairement à la réussite d'une médiation déléguée, cet accord n'entraîne pas nécessairement le classement de la procédure lorsque l'infraction est poursuivie d'office¹¹². Effectivement, les conditions de l'art. 17 al. 1 PPMIn étant larges, elles laissent aux autorités pénales une grande marge d'appréciation quant à l'opportunité de renvoyer une affaire en médiation. Il faut notamment que le classement de la procédure soit envisageable en cas de réussite du processus. Dès lors, si un accord intervient à l'issue d'une médiation volontaire, le magistrat en charge de l'affaire apprécie librement la manière d'en tenir compte et n'est donc pas tenu de classer la procédure¹¹³.

Dans le cadre de la procédure pénale applicable aux mineurs, l'art. 53 CP n'est pas applicable puisque la DPMIn n'y renvoie pas. C'est l'art. 21 al. 1 let. c DPMIn qui permet au magistrat de renoncer à toute peine lorsque le mineur a réparé le dommage. Outre la réparation, l'art. 21 al. 1 let. c DPMIn exige que la seule peine envisageable soit la réprimande (art. 22 DPMIn) et que l'intérêt public et l'intérêt du lésé à poursuivre le mineur pénalement soient peu importants. Lorsque les conditions de l'art. 21 al. 1 let. c DPMIn ne sont pas remplies, c'est l'art. 48 let. d CP qui, tout comme en droit pénal des adultes, peut entrer en considération et permettre l'atténuation de la peine.

¹¹⁰ PERRIER (2011B), p. 212 ; STRÄULI, p. 138.

¹¹¹ PERRIER (2011B), p. 263.

¹¹² Pour les infractions poursuivies sur plainte, l'art. 33 CP est également applicable.

¹¹³ PERRIER (2011B), p. 242 et 243.

V. Mise en œuvre de la médiation au niveau cantonal

Nous allons aborder maintenant la mise en œuvre de la médiation dans les cantons de Fribourg, de Genève et du Valais. Nous remercions les médiateurs qui ont accepté de nous accorder du temps et nous ont permis de rédiger les parties relatives à l'utilisation de la médiation.

A. Canton de Fribourg

a. Réglementation

Dans le canton de Fribourg, la médiation a été introduite dans le droit pénal des mineurs en 2002 déjà. C'est l'art. 39a de l'ancienne Loi cantonale de procédure applicable aux mineurs (aLJPM)¹¹⁴ qui prévoyait la possibilité pour le juge de faire appel à un médiateur à tous les stades de la procédure¹¹⁵. Afin de préciser le cadre de la médiation, une Ordonnance sur la médiation dans la juridiction pénale des mineurs (aOMJPM)¹¹⁶ est entrée en vigueur en 2004¹¹⁷. Lors de l'unification des procédures civile, pénale et pénale applicable aux mineurs au niveau fédéral, le canton de Fribourg a adopté la Loi sur la justice du 31 mai 2010 (LJ)¹¹⁸ relative à l'application de ces textes ainsi qu'à l'organisation judiciaire¹¹⁹. Trois articles concernent la médiation (art. 125 à 127 LJ) qui est prévue pour toutes les procédures. Ces dispositions prévoient notamment que la médiation peut avoir lieu en tout temps, traitent du statut des médiateurs et prévoient que les frais sont répartis selon le droit de procédure applicable. Suite à l'adoption de la LJ, une ordonnance sur la médiation en matière civile, pénale et pénale pour les mineurs (OMéd) est venue remplacer l'aOMJPM.

L'OMéd est très complète : elle définit la médiation ; elle traite de la surveillance et de la discipline des médiateurs ; elle énonce les conditions personnelles et de formation que doit présenter le médiateur, ainsi que leurs droits et obligations¹²⁰ ; elle fixe le déroulement du processus de médiation et garantit sa confidentialité ; elle consacre enfin quelques dispositions relatives aux spécificités de chaque procédure¹²¹. Lorsque la médiation aboutit positivement, l'OMéd prévoit que l'accord doit être signé par les parties et, pour les mineurs, par leurs

¹¹⁴ Abrogée avec l'entrée en vigueur de la loi cantonale fribourgeoise sur la justice (LJ) du 31 mai 2010 (RS-Fribourg 130.1).

¹¹⁵ DEMIERRE, p. 61 ; ZANOLINI (2007), p. 414.

¹¹⁶ Cette ordonnance a été remplacée par l'ordonnance sur la médiation en matière civile, pénale et pénale pour les mineurs (OMéd) du 6 décembre 2010 (RS-Fribourg 134.11).

¹¹⁷ DEMIERRE, p. 61 ; ZANOLINI (2007), p. 414.

¹¹⁸ RS-Fribourg 130.1.

¹¹⁹ Message n° 175 du Conseil d'Etat accompagnant le projet de loi sur la justice (LJ) du 14 décembre 2009, p. 1 et 2.

¹²⁰ Elle mentionne notamment l'indépendance, l'impartialité, la neutralité du médiateur ainsi que son obligation de garder le secret sur les faits dont il a connaissance.

¹²¹ Pour la médiation en procédure pénale des mineurs, voir les art. 30 à 38 OMéd. Pour la médiation en procédure pénale des adultes, voir les art. 41 (qui mentionne qu'une médiation est possible en lieu et place d'une conciliation au sens de l'art. 316 CPP) et 42 OMéd.

représentants légaux également. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre, le médiateur doit se borner à constater l'échec du processus (art. 25 à 27 OMéd).

Dans le cadre de la médiation pénale avec des mineurs, l'OMéd énonce les critères qui doivent être réunis en sus des conditions de l'art. 17 PPMIn pour que le juge puisse recourir à la médiation (art. 33 OMéd). Ces critères sont les suivants : une personne lésée ou une victime ont été identifiées (let. a), les faits constitutifs de l'infraction sont pour l'essentiel établis (let. b) et pour finir, les faits ont été globalement reconnus par l'auteur (let. c). Pour les cas très graves, la médiation est soumise à l'accord préalable du Ministère public. Pour le surplus, l'OMéd prévoit que le juge peut, avant de recourir à la médiation, demander l'avis du médiateur. Lorsque le juge estime que la médiation est possible, l'art. 34 OMéd prévoit qu'il en informe les parties par écrit. C'est ensuite au médiateur qu'il revient de leur donner connaissance de leurs droits, de la nature volontaire et de la portée de la démarche ainsi que des conséquences possibles. Selon l'art. 36 OMéd, la médiation a lieu en principe en présence des représentants légaux des parties. Il est également prévu que chacun peut se faire assister par un défenseur, un représentant du Service de l'enfance et de la jeunesse et d'une personne de confiance.

Concernant l'organisation des médiateurs, la loi prévoit la tenue d'un tableau des personnes reconnues et autorisées par l'Etat à exercer la fonction de médiateur. Sur ce tableau doit également figurer les qualifications particulières ou les domaines spécialisés du médiateur et, le cas échéant, l'office de médiation dont il dépend (art. 10 OMéd). En droit pénal des mineurs, l'organe compétent est le Bureau de la médiation pénale pour mineurs (BMPM) qui fonctionne déjà depuis 2004. Ce Bureau, qui est rattaché administrativement à l'Etat, est composé de trois médiateurs. Par le choix de cette structure, le canton de Fribourg a voulu donner une visibilité accrue et une forme de reconnaissance à la médiation. Elle permet également une meilleure collaboration et l'instauration d'une relation de confiance entre les magistrats et les médiateurs. De surcroît, de par son caractère officiel, elle bénéficie d'une meilleure crédibilité auprès des justiciables¹²². S'agissant des coûts du processus de médiation, l'art. 38 OMéd prévoit la gratuité de cette dernière lorsqu'elle intervient dans le cadre de la procédure applicable aux mineurs. Lorsque la médiation intervient en procédure pénale des adultes, l'art. 42 OMéd prévoit que les frais sont fixés conformément aux articles 422 ss CPP.

¹²² DEMIERRE, p. 61 et 62.

b. Utilisation de la médiation¹²³

Dans le canton de Fribourg, la médiation pénale avec des mineurs a connu un grand succès dès ses débuts. Avec une moyenne de 90 médiations par année, représentant environ le 15% des « affaires médiables » traitées par le Tribunal des mineurs, Fribourg est largement reconnu comme l'exemple à suivre. Selon Gérard Demierre, le premier élément clé de cette réussite est l'impulsion donnée par la justice des mineurs elle-même. L'ancien juge Michel Lachat, convaincu du bien-fondé de la médiation et conscient des limites de la justice pénale, a largement soutenu le projet et contribué à l'essor de cette pratique. Le deuxième point important est la structure étatique du Bureau de la médiation pénale pour mineurs (BMPM) qui lui a conféré d'emblée une certaine légitimité. Avec ce choix d'organisation, les juges n'ont pas à se préoccuper de la compétence des médiateurs et sont naturellement invités à réfléchir à l'opportunité d'une médiation.

En pratique, lorsque le juge envisage de déléguer une affaire, il en informe les parties par écrit et transmet dans le même temps le dossier au BMPM. Les médiateurs prennent ensuite contact avec chacun. Dès le départ, ils se sont donné comme principe de base de toujours faire cette prise de contact par téléphone¹²⁴. Une question qui est systématiquement posée à ce stade : « Comment avez-vous réagi au courrier qui vous a été adressé par le juge ? ». De manière générale, ils peuvent constater qu'il y a de moins en moins de gens qui sont totalement remontés et opposés à la médiation. Son développement dans différents domaines, notamment scolaire, a permis qu'elle soit aujourd'hui mieux connue et reconnue. Les parents peuvent se montrer un peu plus réticents d'où l'importance de l'information lors de cette prise de contact. Les médiateurs ont ce devoir d'expliquer ce qu'est la médiation, leur mission et leur rôle, la déontologie, la participation volontaire et la possibilité d'arrêter en tout temps le processus. Une fois informés sur tous ces aspects, parents et mineurs sont dans une grande majorité des cas favorables à tenter les démarches. En 2017, le BMPM n'a enregistré que trois « médiations non entamées »¹²⁵.

Une fois accepté sur son principe par les parties, le processus proprement dit peut commencer. Au BMPM, des entretiens préliminaires séparés ne sont pas nécessairement tenus puisque les contacts téléphoniques suffisent bien souvent à préparer la rencontre. Lorsque cette dernière ne paraît pas envisageable en raison du caractère sensible de l'affaire, il est également possible de mettre en place une médiation navette. La présence de plusieurs co-auteurs est un autre élément

¹²³ Les lignes qui suivent ont été rédigées suite à un entretien avec Gérard Demierre, juriste de formation et médiateur auprès du Bureau de la médiation pénale pour mineurs à Fribourg depuis sa création en 2004.

¹²⁴ Lorsqu'une affaire implique plus de 3-4 co-auteurs, ils les invitent toutefois à une séance d'information au BMPM.

¹²⁵ Terme utilisé dans leurs statistiques qui signifie que les parties ont refusé d'entrée de tenter la médiation.

qui rend le processus plus délicat. Pour éviter une victimisation secondaire et s'assurer que chacun ait son temps de parole, la pratique du BMPM est d'intervenir en co-médiation. Quant à la participation des parents, Gérard Demierre estime qu'il est essentiel de leur donner une place puisqu'ils jouent le premier rôle dans l'éducation de leurs enfants et ont tout autant besoin de comprendre ce qui est vécu, d'exprimer leurs émotions et d'être entendus. Cela peut rallonger le processus, mais leur présence est tout à fait légitime et souhaitable. Sans assister nécessairement à toutes les séances, le BMPM leur offre la possibilité de participer dès le début. Il n'y a donc pas de règle stricte qui oblige les médiateurs à procéder de telle ou telle manière. L'essentiel pour mener à bien la médiation est d'avoir la capacité de s'adapter à chaque situation présentée et de toujours s'assurer que chacun a acquis la maturité nécessaire avant d'avancer dans le processus. La capacité d'adaptation englobe également la question de la répartition des dossiers entre les médiateurs. Avec trois personnes au sein du BMPM¹²⁶, ils peuvent se concerter sur ce point et déterminer ensemble qui répond le mieux aux besoins de l'affaire. Cette flexibilité constitue un grand avantage par rapport aux autres cantons et donne de la qualité à leur action.

S'agissant du type d'infraction, le BMPM connaît de tout. Cependant, les médiateurs ont pu remarquer ces dernières années un recul des vols (ce qui est également constaté par les tribunaux) et une augmentation des infractions par le biais des réseaux sociaux et de la téléphonie en général. La violence physique reste très présente ainsi que les dommages à la propriété. Fait étonnant, ils ont également constaté une nette diminution des cas impliquant des mineurs germanophones. Au fil des années, le taux de réussite est resté stable et encourageant puisque dans environ 75% des cas, les parties parviennent à trouver un terrain d'entente. La surveillance de la bonne exécution de l'accord est un autre principe fondamental de la pratique du BMPM. Les engagements pris en cours de processus sont oraux ce qui valorise la parole de chacun. Les parties reçoivent ensuite une lettre qui reprend ce qui a été convenu. Si personne ne s'oppose, les démarches de réparation peuvent commencer. Ce n'est qu'une fois les engagements respectés que les mineurs et leurs parents se rencontrent une dernière fois avec le médiateur pour constater, ensemble et par écrit, la bonne exécution de l'accord qui est alors signé par tout le monde.

Si l'on s'intéresse à la réussite de la médiation d'un point de vue « prévention de la récidive », l'expérience de Gérard Demierre lui permet d'être convaincu, qu'en tant que démarche qui oblige le jeune à s'impliquer très personnellement, la médiation permet vraiment la prise de conscience et la responsabilisation du mineur. A ce jour, il n'a en tout cas jamais été constaté qu'elle serait

¹²⁶ Deux médiateurs francophones, Sandra Dietsche et Gérard Demierre, et une médiatrice germanophone, Monika Bürge-Leu.

« nettement moins efficace » que la justice pénale dans la prévention de nouvelles infractions. De plus, et il convient de souligner cet aspect, il faut tenir compte des bénéfices de la médiation pour la victime. De ce point de vue, la plus-value apportée par la médiation ne fait pas de doute.

Chez les adultes, la médiation pénale déléguée reste très peu utilisée. Au sein du BMPM, il leur arrive toutefois d'avoir des dossiers qui impliquent tant des mineurs que des majeurs. Ils ont enregistré 17 cas l'an dernier. Gérard Demierre, exerçant également en tant qu'indépendant, reçoit des autorités pénales 2 à 3 affaires par année. Généralement, il s'agit de situations où chaque partie est tant auteur que victime. Selon lui, la médiation avec des adultes est plus compliquée en ce sens que, lorsqu'ils sont auteurs, il leur est plus difficile de reconnaître leurs torts et, lorsqu'ils sont victimes, certains se complaisent dans ce rôle et n'ont pas la volonté d'aller de l'avant. De ce point de vue, les jeunes ont une plus grande capacité à se « réhabiliter conjointement » et tourner la page. Un aspect regrettable de l'utilisation de la médiation, tant avec les mineurs qu'avec des adultes, est qu'elle n'est jamais¹²⁷ mise en œuvre après jugement alors qu'elle trouve également tout son sens dans ce contexte.

La médiation pénale avec des mineurs est donc bien ancrée dans la pratique fribourgeoise. Gérard Demierre relève cependant que nombreuses « affaires médiables » restent traitées par la justice pénale. En droit pénal des adultes, il y a encore un bout de chemin à parcourir. Bien que la médiation en phase préliminaire ou de jugement semble plus « difficile » qu'avec les jeunes, Gérard Demierre souligne un principe fondamental qui doit valoir dans tous les domaines : une accessibilité égale et pour tous de la médiation.

B. Canton de Genève

a. Réglementation

Sous l'impulsion de l'association « Groupement Pro Médiation », le canton de Genève a introduit la médiation pénale dans sa législation en 2001 déjà¹²⁸. Prévues initialement en droit pénal des adultes, la médiation figurait aux art. 156 ss de l'ancienne Loi sur l'organisation judiciaire (aLOJ) et à l'art. 115b de l'ancien Code de procédure pénale genevois (aCPP-GE). Chez les mineurs, un équivalent de l'art. 115b aCPP-GE a été inséré dans la Loi sur les juridictions pour enfants et adolescents en 2007 (art. 53 aLJEA). Ces dispositions de procédure consacraient ainsi la possibilité pour le procureur, respectivement le juge des mineurs, de faire appel à un médiateur et réglaient notamment la transmission du dossier entre les autorités pénales et le médiateur ainsi que les informations à donner aux parties. De son côté, l'ancienne LOJ traitait des

¹²⁷ Gérard Demierre n'a le souvenir que d'un cas de médiation après jugement avec un mineur.

¹²⁸ FALLER, p. 22.

questions relatives à l'exercice de la fonction de médiateur. Elle a été complétée par le Règlement relatif aux médiateurs pénaux et civils (Rméd) entré en vigueur en 2005¹²⁹. L'unification des procédures au niveau fédéral a entraîné des modifications de l'organisation judiciaire du canton. Ainsi, une nouvelle loi sur l'organisation judiciaire a été adoptée en 2010 (LOJ)¹³⁰. Quant aux lois de procédures cantonales, elles ont été abrogées par l'entrée en vigueur en 2011 de la Loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale (LaCP)¹³¹.

La réglementation de la médiation figure donc aujourd'hui aux art. 66 ss LOJ qui est toujours complétée par le Règlement relatif aux médiateurs pénaux et civils. La LaCP, elle, n'a pas repris les dispositions des anciennes lois de procédure cantonales. Elle contient à ce jour deux dispositions qui prévoient expressément la possibilité, en droit pénal des adultes, de procéder à une médiation en lieu et place d'une conciliation au sens de l'art. 316 CPP en procédure préliminaire (art. 34a LaCP) et en procédure de première instance (art. 34b LaCP). La LOJ concerne essentiellement les compétences, les devoirs et les obligations des médiateurs qui doivent recevoir une autorisation du Conseil d'Etat et prêter serment pour exercer. Toute personne autorisée et assermentée figure ensuite dans un tableau tenu par le Conseil d'Etat avec ses domaines de spécialité.

Depuis 2016, il existe une Directive adoptée par le Procureur général concernant la médiation pénale avec des adultes¹³². On y trouve au point 2.2 une énumération des situations qui se prêtent bien à la médiation : injures, événements de la vie quotidienne qui ont dégénérés, conflits sur les lieux de travail, infraction de petite ou moyenne importance entre personnes étant amenées à se revoir, litiges commerciaux (notamment en cas de concurrence déloyale). Il est intéressant de relever que, selon cette Directive, le Ministère public tient sa propre liste des médiateurs pénaux auxquels les procureurs peuvent s'adresser. C'est la greffière de juridiction du Ministère public qui est seule compétente pour ajouter ou supprimer des médiateurs de la liste. Quant aux coûts de la médiation, ils sont à charge du Ministère public jusqu'à concurrence de 1'000.- (soit 5 heures de médiation).

Du côté des mineurs, le TMin-GE dispose également d'une Directive interne relative à la médiation¹³³. Cette Directive décrit les étapes d'un dossier de son renvoi au médiateur jusqu'à son retour au Tribunal. Elle donne un cadre à la mise en œuvre de la médiation en mentionnant

¹²⁹ RS-Genève E 2 05.06.

¹³⁰ RS-Genève E 2 05.

¹³¹ RS-Genève E 4 10.

¹³² Directive du Procureur général C.12 adoptée le 12 avril 2016 relative à la médiation pénale disponible sur le site de l'Etat de Genève : <http://ge.ch/justice/directives-du-procureur-general>.

¹³³ Cette Directive n'étant pas publiée, ses grandes lignes nous ont été transmises par Viktoria Aversano.

les situations qui y sont favorables. Il est prévu que la médiation est gratuite pour les participants et qu'en cas d'accord, il doit être signé par les mineurs et leurs représentants légaux.

b. Utilisation de la médiation¹³⁴

Dans le canton de Genève, la médiation avec les mineurs s'est surtout développée depuis 2010-2011. Selon Viktoria Aversano, elle a aujourd'hui trouvé sa place dans la pratique et la plupart des juges la considère favorablement. Sans pouvoir donner de chiffre exact, le nombre d'affaires renvoyées en médiation semble stable ces dernières années dans les statistiques tenues par le TMin-GE¹³⁵. Les infractions rencontrées par Viktoria Aversano dans son travail sont de tout genre. Les situations de violence physique (notamment les bagarres entre jeunes à l'école ou dans leur quartier) et les infractions via les réseaux sociaux sont très présentes.

Le processus de délégation se fait de la même manière que dans le canton de Fribourg (lettre du juge aux parties, transmission du dossier au médiateur et première prise de contact par téléphone). La proposition de tenter une médiation est très souvent bien accueillie par les mineurs, mais elle constate encore une grande fermeture de certains parents, notamment ceux de la victime. Pour elle, c'est une des principales difficultés à gérer dans la pratique. Lorsque les parties consentent à mettre en route la médiation, Viktoria Aversano procède toujours à des entretiens individuels séparés en présence des parents de chaque partie qui, selon elle, sont la clé de réussite des étapes ultérieures. Les rencontres ont lieu ensuite avec ou sans les parents selon la volonté des jeunes concernés. Dans les cas sensibles ou ceux qui impliquent plusieurs mis en cause, elle fait appel à un second médiateur si elle l'estime nécessaire. Œuvrant au sein d'un bureau de trois médiateurs, cette possibilité lui est ainsi facilement offerte. La médiation avec les mineurs fait également ses preuves à Genève puisque le taux de réussite se situe également vers les 75-80%. Tout en soulignant l'apport de la médiation dans les affaires graves et sensibles, Viktoria Aversano est d'avis que la médiation apporte satisfaction à tous les participants, permet réellement de responsabiliser les auteurs et d'être efficace en matière de prévention.

Concernant la médiation déléguée en droit pénal des adultes, elle est mise en œuvre même si les cas ne sont pas fréquents. Dans les affaires qu'elle reçoit, il s'agit la plupart du temps d'infractions qui surviennent entre des personnes qui sont amenées à se côtoyer dans leur quotidien. Par rapport à la médiation avec des mineurs, elle ne tient pas à utiliser le terme « plus difficile », mais relève que c'est différent. Quant aux résultats obtenus, ils sont majoritairement

¹³⁴ Cette partie a été rédigée suite à un entretien avec Viktoria Aversano, avocate, médiatrice et fondatrice du Bureau « Esprit d'entente » à Genève.

¹³⁵ Notons que les affaires renvoyées en médiation ne figurent pas dans le rapport d'activité des autorités judiciaires genevoises. Malgré notre demande adressée au TMin-GE, les statistiques tenues ne nous sont toujours pas parvenues à ce jour.

positifs. Elle souligne toutefois qu'elle ne peut généraliser ses propos puisqu'ils relèvent de son expérience personnelle.

Nous l'avons déjà mentionné dans ce travail, un projet de médiation carcérale a été mis en place par l'association AJURES dans la prison de La Brenaz. Gérard Demierre, membre du comité d'AJURES, nous en a dit quelques mots lors de notre entretien. Il relève premièrement les difficultés liées à la concrétisation du projet : tout d'abord, les contraintes imposées par le système carcéral et le système d'exécution des peines, mais surtout, les murs politiques qu'ils affrontent depuis deux ans. La médiation carcérale est envisagée de manière positive par le personnel de l'établissement, mais de l'avis des politiciens, elle est trop risquée. En raison de l'opposition manifestée par certains, les débuts d'expérience qui avaient réussi à voir le jour ont dû être interrompus. Tout récemment, une nouvelle tentative s'est mise en route. Selon Gérard Demierre, par rapport à une médiation avec des adultes en cours de procédure, la médiation carcérale pourrait donner de meilleurs résultats comme l'atteste l'exemple belge. Effectivement, les adultes ont souvent besoin de plus de temps pour dépasser leurs émotions et pouvoir envisager les démarches. Après le jugement, les esprits sont calmés et le besoin de rencontrer la victime/l'auteur peut se faire ressentir afin de pouvoir aller de l'avant. Le contexte carcéral pourrait donc être un bon moyen de développer la pratique de la médiation en droit pénal des adultes.

C. Canton du Valais

a. Réglementation

Dans le canton du Valais, la médiation a été formellement introduite dans le droit pénal des mineurs en 2007. Les dispositions y relatives figuraient alors dans la Loi d'application de la loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (LADPMin)¹³⁶. Ces dispositions ont ensuite été abrogées pour être reprises dans la Loi d'application de la loi fédérale sur la procédure applicable aux mineurs (art. 11 et 12 LAPPMin)¹³⁷ entrée en vigueur en 2011. Actuellement, ces dispositions sont toujours les seules règles relatives à la médiation pénale dans le droit cantonal valaisan. En 2011, un avant-projet de Loi sur la médiation judiciaire et administrative¹³⁸ a été mis en consultation par le Département de la sécurité, des affaires sociales et de l'intégration. Cet avant-projet avait notamment pour but de généraliser et légitimer le processus de médiation ainsi qu'informer les justiciables et les autorités de l'existence de ce mode de règlement des conflits¹³⁹.

¹³⁶ RS-Valais 314.1.

¹³⁷ RS-Valais 314.2.

¹³⁸ L'avant-projet et le rapport l'accompagnant sont disponibles sur le site officiel du canton du valais sous : *Administration > Présidence > Chancellerie d'Etat > Procédure de consultation > Consultations cantonales terminées du 09/09/11.*

¹³⁹ Rapport accompagnant l'avant-projet de loi sur la médiation, p. 1.

La médiation pénale y était consacrée expressément tant pour les adultes que pour les mineurs (art. 19 ss de l'avant-projet). Malheureusement, il a reçu une forte opposition de certains milieux consultés ce qui a conduit le Conseil d'Etat du canton à abandonner l'idée d'un projet de loi sur la médiation en général¹⁴⁰.

Concernant la réglementation actuelle, l'art. 12 LAPPMin prévoit les règles de base de la médiation : il rappelle les informations qui doivent être transmises aux parties et garantit le respect des droits de procédure ainsi que la confidentialité du processus. En cas d'issue positive de ce dernier, il est prévu que le médiateur confirme par écrit que l'accord, qui doit être signé par au moins un des représentants légaux du mineur mis en cause, a été ou sera vraisemblablement respecté. Dans le cas inverse, le médiateur doit simplement constater l'échec de la démarche.

L'art. 11 LAPPMin concerne l'organisation des médiateurs et les coûts de la médiation. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LAPPMin, il était simplement prévu que la médiation devait être confiée à des personnes qualifiées ou à des organisations privées faisant appel à des médiateurs (art. 7 aLADPMin). Pour sa part, La LAPPMin a initialement consacré la solution de médiateurs privés agréés, figurant sur une liste officielle (art. 11 aLAPPMin). Ce système ne permettant pas vraiment de reconnaître la médiation et de favoriser son essor, la commission d'experts chargée de rédiger l'avant-projet de loi sur la médiation judiciaire et administrative a décidé d'y consacrer le modèle d'un bureau de médiation étatisé suivant l'exemple fribourgeois¹⁴¹. Suite aux critiques émises à l'encontre de cet avant-projet, notamment des coûts engendrés par la création d'un bureau de la médiation, il a été décidé de suivre le modèle du canton du Jura et de prévoir la possibilité pour le Département de la sécurité de conclure, sur proposition du Tribunal des mineurs, des mandats de prestation avec un nombre limité de médiateurs. Selon le Conseil d'Etat du canton du Valais, la création d'un monopole de quelques médiateurs se justifiait par le fait que la justice des mineurs est particulière et exige une approche éducative et une bonne collaboration entre les juges des mineurs et les médiateurs. Pour ces raisons, il est nécessaire de favoriser la crédibilité et la visibilité des médiateurs par une reconnaissance étatique¹⁴². Ainsi, depuis juin 2014, six médiateurs sont habilités à intervenir dans le cadre de la procédure pénale applicable aux mineurs (deux par arrondissement). S'agissant des coûts et afin d'éviter qu'ils ne constituent un frein pour les parties, l'art. 11 LAPPMin prévoit expressément la gratuité du processus de médiation.

¹⁴⁰ Message du Conseil d'Etat (2013.11) accompagnant le projet de loi modifiant la loi d'application de la loi fédérale sur la procédure civile suisse et la loi d'application de la loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs, p. 3.

¹⁴¹ Rapport accompagnant l'avant-projet de loi sur la médiation, p. 2.

¹⁴² Message du Conseil d'Etat (2013.11) accompagnant le projet de loi modifiant la loi d'application de la loi fédérale sur la procédure civile suisse et la loi d'application de la loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs, p. 6 et 7.

b. Utilisation de la médiation¹⁴³

Dans les premières années qui ont suivi l'introduction de la médiation dans la DPMIn, le canton du Valais n'a connu que de rares cas de médiation puisque seules 17 affaires ont été déléguées par les juges jusqu'en 2010. Un des freins venait du fait que les médiateurs auxquels pouvaient s'adresser les autorités devaient simplement être des personnes « qualifiées ». Il était ainsi encore plus difficile pour les juges d'accorder leur confiance à la médiation. Avec l'entrée en vigueur de l'art. 11 LAPPMin en 2011 et le système des médiateurs privés agréés par l'Etat, l'utilisation de la médiation a pris de l'ampleur puisque 41 affaires ont été déléguées contre seulement 9 en 2010. Après un recul les deux années suivantes, le changement d'organisation de 2014 a permis à la médiation un nouvel envol. Selon Jean Gay, la décision de conclure des mandats de prestation avec un nombre limité de 6 médiateurs pour le canton a vraiment permis une meilleure collaboration et une plus grande confiance des autorités judiciaires en leur travail.

L'utilisation de la médiation a gagné en importance, mais le type d'affaire a également changé. Initialement, seuls des cas mineurs étaient délégués alors qu'aujourd'hui, les médiateurs interviennent également dans des affaires relativement graves. Tout comme pour Fribourg et Genève, les infractions via les réseaux sociaux et la téléphonie sont devenues fréquentes.

Avant de déléguer une affaire, le juge examine notamment si la médiation paraît être dans l'intérêt des deux parties au vu de la situation personnelle de chacun. En cas de doute quant à sa faisabilité, il arrive en pratique qu'il demande l'avis du médiateur. Une fois sa décision prise, le juge transmet le dossier au médiateur et en informe les parties par écrit en leur expliquant quels sont leurs droits en relation avec ce processus, la nature volontaire et de la portée de la démarche ainsi que des conséquences possibles sur la procédure. Tout comme dans les autres cantons, il est également habituel d'établir le premier contact par téléphone et de renseigner complètement les parties à ce moment. Dans son activité, Jean Gay relève encore une assez grande retenue des parents voire une opposition totale au processus. Pour lui, ils peuvent être un frein important à son bon déroulement de par l'influence qu'ils exercent sur leurs enfants. Lorsque la médiation est acceptée, il procède toujours à des entretiens individuels séparés avant d'organiser la première rencontre entre les parties. Cela lui permet de bien fixer le cadre, de déterminer quelles sont les intérêts et les attentes de chacun et d'évaluer si les parties sont bien prêtes à entreprendre les démarches. Les rencontres entre les mineurs se déroulent ensuite en principe sans les parents, au besoin, il organise une séance entre les parents de la victime et ceux du mis en cause. Les médiateurs étant deux par arrondissement, ils leur arrivent d'intervenir en co-médiation lorsque cela semble nécessaire (situation délicate ou plusieurs co-auteurs).

¹⁴³ Cette partie a été rédigée suite à un entretien avec Jean Gay, avocat, notaire, arbitre et médiateur. En Valais, il intervient en tant que médiateur dans le cadre du droit pénal des mineurs.

Le taux de réussite dans le canton du Valais est également réjouissant et se situe aux alentours de 80%. Avant de signer l'accord, les médiateurs s'assurent toujours de sa bonne exécution. La signature d'au moins un des représentants légaux du mis en cause est exigée par la loi. En pratique, les parents de la victime participent également à la signature de l'accord. L'expérience de Jean Gay lui permet également d'affirmer que la médiation atteint ses objectifs tant d'un point de vue de la prévention de la récidive que de la justice réparatrice. Il note une réelle satisfaction des participants lorsque le processus débouche sur un accord, mais relève aussi que l'échec engendre une grande déception lorsqu'une partie y avait mis un réel espoir.

S'agissant de la médiation pénale avec des adultes, il n'a pas connaissance de cas dans le canton du Valais. Quant à la médiation après jugement, elle ne fait pas encore partie des pratiques valaisannes.

VI. Conclusion

De fait, la médiation déléguée en droit pénal des adultes reste très peu utilisée. Bien que possible, son inexistence dans le CPP ne lui confère certainement pas la légitimité nécessaire. Ayant passé une journée au sein d'un Ministère public, il est évident que l'idée de renvoyer une affaire en médiation ne semble pas entrer en ligne de compte pour la plupart des procureurs qui estiment la conciliation suffisante. Les exemples de Fribourg et Genève, qui pourtant consacrent expressément la possibilité dans leur droit, semblent confirmer ce constat. A notre sens, il est également regrettable que la médiation soit limitée au champ d'application de l'art. 316 CPP. Elle devrait être envisageable de manière plus large tout comme le prévoyait l'art. 317 P-CPP. Mais avant de parler de son champ d'application, la première étape est de lui donner une place dans la législation fédérale.

En droit pénal des mineurs, la médiation semble aujourd'hui bien acceptée par la plupart des juges. Malheureusement, malgré les résultats très positifs obtenus, les magistrats n'ont pas encore acquis le réflexe de s'interroger sur l'opportunité d'une médiation dans chaque cas où elle serait possible. Selon l'expérience de Gérard Demierre, une affaire sur deux serait « médiable » en pratique. Dans les années à venir, il faut souhaiter que la médiation soit également proposée après jugement. Nous pensons surtout aux mineurs qui ne peuvent en bénéficier en raison de la nécessité de prendre des mesures de protection. Quant au choix d'organisation des médiateurs, nous soutenons la solution fribourgeoise qui, sans aucun doute, permet une mise en œuvre optimale de la médiation. Au-delà de tous les bénéfices en termes de reconnaissance, de crédibilité, de confiance entre magistrats et médiateurs, elle évite que la bonne marche de la médiation ne dépende du budget des autorités pénales. Bien évidemment, la mise en place d'une telle structure a des coûts. Mais tel que le témoigne l'exemple fribourgeois, sur le long terme, les bénéfices sont là puisque le BMPM permet de décharger réellement le Tribunal des mineurs. Une telle organisation donne aussi l'occasion aux médiateurs de collaborer, de développer une pratique uniforme et de s'adapter aux besoins de chaque affaire.

La médiation carcérale avec des adultes pourrait avoir un bel avenir si les murs politiques s'abaissent. Effectivement, le temps écoulé depuis l'infraction aura permis à l'auteur une prise de conscience de ses actes et, à la victime, un apaisement de ses souffrances. A notre sens, les échanges ont grande chance d'être constructifs et de permettre à chacun de tourner la page définitivement. Le processus étant volontaire, les rencontres préparées, le cadre sécurisé, nous ne voyons aucun argument pertinent pour empêcher son développement. Comme le relève Gérard Demierre, la médiation carcérale fait ses preuves depuis 20 ans en Belgique et, contrairement à ce que prétendent certains, toutes les personnes incarcérées ne sont pas des psychopathes incontrôlables. Refuser sa mise en œuvre sous prétexte que « c'est trop

dangereux » met simplement en lumière le manque de volonté des autorités politiques et leur désintérêt à humaniser le système carcéral. De plus, cela démontre un grand manque d'empathie vis-à-vis des victimes pour qui, la rencontre avec leur agresseur peut être nécessaire pour guérir complètement du traumatisme engendré par l'infraction.

Une mise en œuvre effective de la médiation en droit pénal nécessite donc plusieurs ingrédients : un soutien politique, une reconnaissance et une conviction des juges en son bien-fondé, une structure et des moyens financiers adaptés à son développement, des médiateurs compétents et des parties favorables aux démarches. La médiation faisant ses preuves depuis plusieurs années en droit pénal des mineurs, nous ne pouvons qu'espérer qu'elle continuera à se développer et saura convaincre les derniers réticents. Quant au projet mené par l'association AJURES, son succès pourrait contribuer à favoriser l'essor et la reconnaissance de la médiation en droit pénal des adultes.