

Quelle importance accordons-nous aux modes amiables de règlement des conflits?

Autor(en): **Kuhn, André / Perrier, Camille**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Kriminologie / Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie
SAK = Criminologie / Groupe Suisse de Criminologie GSC =
Criminologia / Gruppo Svizzero di Criminologia GSC**

Band (Jahr): **28 (2010)**

PDF erstellt am: **13.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-1051548>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Quelle importance accordons-nous aux modes amiables de règlement des conflits?

ANDRÉ KUHN

Prof. de criminologie et de droit pénal aux Universités de Lausanne, Neuchâtel et Genève

CAMILLE PERRIER

Collaboratrice scientifique à l'Institut de Criminologie et de Droit Pénal de l'Université de Lausanne

Résumé

Dans leur contribution, André Kuhn et Camille Perrier considèrent notre système pénal sous un regard critique et proposent une manière de le réformer.

Dans un premier temps, ils montrent en quoi il est erroné de croire – en l'état actuel des connaissances scientifiques – à la prévention du crime par la sanction pénale. Dans un deuxième temps, ils se penchent sur les modes les plus adéquats de prévention du crime, en mettant un accent particulier sur la prévention situationnelle. Par la suite, ils se concentrent sur la description d'un nouveau modèle de justice, la justice dite « réparatrice ». Il s'agit d'un système dans lequel tous les protagonistes d'une infraction (victime, auteur et leurs proches) ont l'occasion de discuter du mal qui a été fait et de ce qui doit être entrepris pour réparer ce mal, pour empêcher qu'il ne se reproduise et pour répondre aux besoins que l'infraction a créés. Quatre exemples de processus mettant en œuvre la justice réparatrice sont ensuite exposés, à savoir les conférences de groupe, les cercles de sentence, les *Community Boards* et la médiation pénale.

Finalement, la question de l'importance accordée à ce modèle de justice en Suisse est abordée, avant de conclure sur une proposition d'articulation entre prévention, justice réparatrice et justice pénale.

Zusammenfassung

Welchen Wert legen wir auf die gütliche Einigung bei der Beilegung von Konflikten?

Im Rahmen ihres Beitrags betrachten André Kuhn und Camille Perrier unser Strafjustizsystem kritisch und schlagen eine Reform vor:

In einem ersten Schritt wird aufgezeigt, dass es gemäss heutigem wissenschaftlichem Erkenntnisstand ein Irrtum ist, an die Kriminalitätsprävention mittels Strafe zu glauben. In einem zweiten Schritt erfolgt eine Auseinandersetzung mit geeignetsten Methoden der Kriminalitätsverhütung, in welcher insbesondere die situative Prävention fokussiert wird. Anschliessend wird ein neues Justizmodell beschrieben, die sog. Wiedergutmachungsjustiz.

Es handelt sich dabei um ein System, in welchem alle Protagonisten eines Delikts (Opfer, Täter und ihre jeweiligen Angehörigen) die Gelegenheit erhalten sowohl das erfolgte Übel zu diskutieren als auch die daran notwendigerweise anzuknüpfenden Konsequenzen, die der Wiedergutmachung und der Verhinderung erneuter Taten dienen sowie den Bedürfnissen entsprechen sollten, die aus der Tat heraus entstanden sind. Vier Verfahrensbeispiele, die diesem Modell der Wiedergutmachungsjustiz entsprechen, werden in der Folge erläutert: die Gruppenkonferenzen, die Strafzirkel, die *Community Boards* und die strafrechtliche Mediation.

Schliesslich wird auf die Frage eingegangen, welche Bedeutung einem solchen Modell in der Schweiz zugemessen wird, bevor abschliessend ein Modell zwischen Prävention, Wiedergutmachung und Strafjustiz vorgeschlagen wird.

1. Introduction

Dans toute situation, il y a toujours au moins deux solutions. C'est ainsi que lorsqu'une personne souffre d'une infection et a de la fièvre, elle a deux alternatives : (1) soit elle prend un médicament contre la fièvre, (2) soit elle prend un médicament traitant l'infection. Sachant que la fièvre provient de l'infection, elle traite donc soit le *résultat* du mal (1), soit la *cause* du mal (2).

Même si, dans la pratique, bon nombre de personnes prennent des médicaments contre la fièvre en pensant traiter l'infection, chacun admet

tout naturellement qu'un traitement des causes est théoriquement plus adéquat qu'un traitement des conséquences.

Mais alors pourquoi le même raisonnement ne paraît-il pas aussi naturel en droit pénal ? Pourquoi donc ne s'attaque-t-on toujours qu'au résultat et aux conséquences (soit à l'« après-crime ») et non aux causes et aux enjeux (soit à l'« avant-crime ») ? Principalement pour deux raisons :

1. Il est beaucoup plus simple de sanctionner après la commission d'une infraction que de tenter de prévenir les infractions et, comme pour l'infection, en s'attaquant au résultat, on croit s'attaquer à la cause ; en sanctionnant, on pense prévenir le crime.
2. De plus, le fait de s'attaquer aux causes n'empêchera pas certaines personnes de commettre des infractions. Il faudra donc de toute manière s'attaquer aux conséquences dans certains cas.

Dans un premier temps, la présente contribution tentera de montrer en quoi il est erroné de croire – en l'état actuel des connaissances scientifiques – à la prévention du crime par la sanction pénale. Dans un deuxième temps, nous nous pencherons sur les modes les plus adéquats de prévention du crime. Par la suite, nous nous attarderons quelque peu sur la question de savoir s'il ne serait pas possible de trouver une réaction sociale au crime différente de celle préconisée par la justice pénale d'aujourd'hui ; c'est-à-dire de trouver un moyen de prise en charge de la criminalité qui n'agirait pas uniquement sur le résultat, mais qui permettrait de s'attaquer au résultat tout en traitant les causes du mal. Finalement, nous nous poserons la question de la valeur à attribuer à chacun des éléments mentionnés auparavant, soit la sanction, la prévention et le traitement de la criminalité par ce qu'il est d'usage d'appeler les modes amiables de règlement des conflits issus d'une infraction pénale.

2. Vous avez dit effet dissuasif de la sanction pénale ?

L'une des fonctions souvent attribuée à la sanction pénale est l'*intimidation* ou la *dissuasion*. Celle-ci peut s'exercer sur deux catégories de personnes : d'une part, sur les délinquants condamnés et, d'autre part, sur l'ensemble de la population. Ainsi, en infligeant une sanction à un délinquant, le juge estime qu'elle lui permettra de prendre conscience de la gravité de son acte et lui enlèvera toute envie de recommencer ; c'est ce que l'on appelle la *prévention spéciale*. Mais la connaissance de la sanc-

tion pénale peut également dissuader l'ensemble des auteurs potentiels (c'est-à-dire chacun de nous) de commettre la même infraction ; c'est ce que l'on appelle la *prévention générale*. La question qui se pose ici est donc de savoir si ces effets d'intimidation (spéciale et générale) tiennent du mythe ou de la réalité.

Pour ce qui est de la *prévention spéciale*, elle se mesure généralement par le taux de récidive après une condamnation. On observe ainsi, dans les États occidentaux, un taux de récidive générale¹ de quelque 50% dans les cinq ans après l'exécution de la sanction infligée. De plus, on doit se demander si un taux de récidive de 50% est un taux d'échec de 50% ou un taux de réussite de 50%²... En effet, si notre attente est de voir tous les condamnés « guéris » par la sanction qui leur est infligée, nous parlerons alors d'un taux d'échec. Si, par contre, on pense que la sanction pénale – et plus particulièrement la peine privative de liberté – doit être réservée à des criminels graves qui présentent de très mauvaises perspectives de réinsertion sociale, on devrait alors admettre qu'un taux de récidive de 50% est une immense réussite. On le comprend donc aisément, il n'est pas facile de déterminer si une sanction a véritablement un effet de prévention spéciale et les recherches³ concluantes sur ce sujet sont relativement rares.

Quant à la *prévention générale*, il a pu être observé que, dans le domaine de la circulation routière, un abaissement des limitations légales de vitesse était immédiatement suivi d'une diminution de la vitesse

¹ C'est-à-dire en considérant comme récidiviste tout individu qui a commis une nouvelle infraction quelle qu'elle soit. C'est ainsi qu'un violeur commettant une ivresse au volant après sa sortie de prison sera un récidiviste au sens où on l'entend lorsqu'on parle d'un taux de récidive d'environ 50%. Si on applique une définition plus restrictive, ce taux de récidive chute très fortement pour se situer au-dessous de 10% lorsque l'on ne tient compte que des récidives spécifiques, soit celles où le récidiviste commet le même genre d'infraction au titre de récidive que celle qu'il avait commise initialement. À ce propos, cf. l'étude particulièrement intéressante de Kensey/Tournier, 1994, dans laquelle les auteurs appliquent des définitions différentes du mot « récidive » à une cohorte de sortants de prison et recalculent à chaque fois le taux de récidive par type d'infractions. Voir également le dossier « Récidive sexuelle » paru dans la *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique* 4/2009, 260-358.

² Il s'agit de la question du verre à moitié vide ou à moitié plein. Notons toutefois que, scientifiquement parlant, il y aurait une troisième hypothèse: soit celle du verre deux fois trop grand...

³ Pour une revue de littérature sur le sujet, voir par exemple Killias, 2001, 477ss.

moyenne⁴ effective sur les routes et qu'une obligation d'attacher la ceinture de sécurité – accompagnée de sanctions à l'égard des contrevenants – était propre à augmenter très significativement le nombre de personnes s'attachant⁵. Ainsi, à tout le moins dans le domaine de la circulation routière, la sanction semble donc avoir un effet de prévention générale.

Néanmoins, lorsque l'on quitte le domaine de la criminalité de masse, on observe que les peines extrêmes n'intimident pas forcément davantage que des peines plus douces. Au contraire même, certaines recherches ont permis d'observer que, lorsque l'État procède lui-même à des exécutions capitales, il désinhibe les citoyens en les confortant dans l'idée que la violence est une manière adéquate de résoudre les conflits, augmentant ainsi le nombre de crimes violents. Ce dernier effet – déjà mentionné par Montesquieu⁶ – est connu en criminologie sous le terme de « brutalisation »⁷. Il y aurait donc prévention générale au bas de l'échelle des sanctions et « brutalisation » – c'est-à-dire encouragement au crime et donc effet inverse de celui de la prévention générale – au haut de l'échelle. La question reste toutefois ouverte en criminologie de savoir à quel moment la courbe de l'effet préventif en fonction de la sévérité de la peine s'incurve, passant de la dissuasion à l'encouragement au crime. Dans ce contexte, une étude publiée en octobre 2008 montre qu'en Californie les groupes d'âge que l'on envoie de plus en plus en prison voient leur taux de criminalité augmenter, alors que ceux que l'on envoie de moins en moins en prison voient leur taux de criminalité baisser⁸...

Les quelques développements présentés ci-dessus montrent donc clairement que dans le domaine de l'intimidation et, plus particulièrement, de la prévention générale, les certitudes de l'époque, ainsi que certaines

⁴ Cela ne signifie pas pour autant que les limitations de vitesse sont respectées, mais simplement qu'un abaissement de la limite autorisée de 10 km/h engendre une baisse de la vitesse moyenne effective de 10 km/h.

⁵ Pour d'autres exemples encore, voir Killias, 2001, 452 ss.

⁶ Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Livre VI, Chapitre XII : «Souvent un législateur qui veut corriger un mal ne songe qu'à cette correction ; ses yeux sont ouverts sur cet objet, et fermés sur les inconvénients. Lorsque le mal est une fois corrigé, on ne voit plus que la dureté du législateur; mais il reste un vice dans l'État, que cette dureté a produit : les esprits sont corrompus, ils se sont accoutumés au despotisme».

⁷ Cette hypothèse de la « brutalisation » a, par exemple, été vérifiée dans l'État d'Oklahoma par BAILEY, 1998.

⁸ Center on Juvenile and Criminal Justice, *Does more imprisonment lead to less crime?*, disponible sur Internet à l'adresse <http://www.cjcj.org>.

croyances bien ancrées aujourd'hui encore, ont de plus en plus de mal à résister aux connaissances scientifiques nouvelles...

Pourtant, si l'effet brutalisant de la peine capitale n'est pas très difficile à imaginer, il en va différemment de l'éventuel effet brutalisant que pourrait avoir la privation de liberté imposée par l'Etat à certains de ses justiciables. Mais il suffit de songer à la punition ordinaire que les parents infligent à leurs enfants lorsque ceux-ci font une bêtise. Bon nombre de parents – et d'enfants d'ailleurs aussi – ont totalement intégré l'acceptabilité de l'enfermement dans la chambre de l'enfant comme sanction, alors que ce genre d'enfermement n'est rien d'autre – aux yeux de la loi – qu'un crime de séquestration⁹. Ne devons-nous donc pas admettre que nous sommes tous fortement brutalisés par le système étatique de sanctions que nous reproduisons sans même nous en rendre compte à plus petite échelle ?

3. La prévention du crime par la diminution des occasions de le commettre

Au-delà du constat que la sanction pénale n'est probablement que très peu dissuasive, ne devons-nous pas admettre que la prévention du crime ne devrait tout simplement pas être l'un des buts de la sanction pénale ? En effet, pour prévenir le crime, ce n'est pas vers le droit des sanctions qu'il s'agit de se tourner, mais bien vers des moyens spécifiquement développés à cette fin, tels par exemple des moyens de prévention situationnelle. De son côté, le droit des sanctions doit impérativement devenir un droit de l'accession à la capacité de vivre en liberté sans commettre d'infraction.

Mais alors, comment prévenir le crime ? Parmi les multiples théories d'explication du phénomène criminel, on en trouve une qui part de l'idée que *l'occasion fait le larron*. Selon cette manière de voir, le crime ne découlerait pas des caractéristiques sociales ou de la personnalité du criminel, mais serait le produit de la situation. Dans ce sens, Aristote¹⁰ affirmait déjà que la proximité entre un auteur et une victime potentielle, de même que le manque de prudence de cette dernière, favoriseraient la commission d'un crime. Il constatait également que l'on vole plus facilement les objets que l'on peut aisément faire disparaître ou ceux qui

⁹ Art. 183 du Code pénal suisse (CP), RS 311.0.

¹⁰ Aristote, *Art rhétorique et art poétique*, chapitre XII, n° 18, 19 et 33 à 35.

sont faciles à transporter. Il aura fallu ensuite attendre les années 1970 pour voir ces idées reprises par des criminologues tentant d'expliquer le phénomène criminel par le style de vie des gens (Hindelang/Gottfredson/Garofalo, 1978) et par leurs activités routinières (Cohen/Felson, 1979). Selon cette conception, plus une cible potentielle est attrayante, plus elle encourt le risque d'être touchée par les délinquants. En d'autres termes, plus on offre d'occasions, plus on attire – voire on crée – les larrons¹¹.

En termes de prévention, cette idée se traduit par le fait qu'il suffirait de réduire le nombre d'occasions pour diminuer également le nombre de larrons et, par conséquent, le nombre de crimes commis. Ainsi, sans toucher à la société dans son ensemble, ni modifier la personnalité des individus, on pourrait diminuer le nombre de crimes commis en changeant simplement certaines situations.

Par exemple, en remplaçant la monnaie par des cartes de crédit ou des cartes à prépaiement, on évite les vols d'argent. De même, en marquant les objets à l'aide de gravures d'identification, on les rend impropres à la revente et donc inintéressants pour les voleurs. Enfin, en coordonnant les heures de fermeture des bars et discothèques avec les heures des derniers métros ou des derniers bus, on évite que des gens ne conduisent en état d'ébriété. Il existe par ailleurs encore bien d'autres exemples qui font partie de ce que l'on appelle la *prévention situationnelle*¹².

Cependant, on pourrait penser que, si l'on modifie une situation, les criminels vont simplement s'adapter et s'attaquer à une autre cible ou commettre leur infraction ailleurs, phénomène que les criminologues appellent le *déplacement du crime*. Si un tel déplacement existait réellement, le nombre total de crimes commis ne diminuerait pas et l'on n'aurait alors rien gagné. La réalité est pourtant tout autre. On observe en effet que les humains n'ont pas une capacité illimitée de s'adapter aux nouvelles situations. En d'autres termes, le déplacement du crime n'est jamais total et l'on gagne toujours quelque chose à modifier une situation « criminogène ». Par exemple, si l'on prolonge les horaires des métros jusqu'à l'heure de fermeture des bars, il y aura inévitablement moins de

¹¹ C'est ainsi que le vol à l'étalage n'existait pas avant la création des présentoirs dans les magasins.

¹² Nous pensons ici en particulier à la théorie des « *broken windows* » (Wilson/Kelling, 1982) selon laquelle les criminels s'attaquent davantage aux choses en mauvais état qu'aux objets neufs. En termes de prévention situationnelle, cela signifie qu'il faudrait toujours faire réparer au plus vite les dommages matériels subis, plutôt que de poursuivre les criminels. À ce propos, voir Kuhn, 2010, 58 s.

gens qui se déplaceront en voiture. Et il en va de même pour tous les autres exemples que nous venons de mentionner (Kuhn, 2010, 54 ss).

Evidemment, le législateur d'aujourd'hui ne voit pas les choses de cet œil. Il édicte encore et toujours des lois pénales en imaginant ainsi régler des problèmes sociaux dont on ignore souvent la source, mais dont on croit savoir comment les combattre efficacement. Criminaliser de nouveaux comportements donne peut-être bonne conscience en procurant le sentiment de s'attaquer à un phénomène, alors qu'en réalité, toute criminalisation équivaut à un aveu d'échec d'une politique sociale¹³. Ce n'est en effet que parce que d'autres moyens de résoudre un problème échouent que l'on criminalise. C'est ainsi notamment que la consommation de stupéfiants n'est pas un problème pénal, mais bien un problème de santé publique géré de façon désastreuse par le politique, et qu'il ne serait pas nécessaire de criminaliser la circulation routière si des politiques de prévention adéquates étaient enfin mises en œuvre. Dès lors, constatant par exemple qu'en matière d'ivresse au volant, le droit pénal a démontré qu'il était incapable d'éradiquer le problème, il serait peut-être opportun de rendre obligatoire un système d'allumage du véhicule muni d'un éthylomètre empêchant de mettre en marche sa voiture après avoir bu de l'alcool¹⁴. De la même manière, le GPS sachant non seulement où un véhicule se trouve, mais également à quelle vitesse il se déplace et à quelle vitesse maximale les véhicules sont autorisés à se déplacer à cet endroit précis, il pourrait émettre un son strident à chaque dépassement de la vitesse autorisée, voire empêcher le véhicule de dépasser ladite vitesse¹⁵.

Toujours dans le domaine de la prévention situationnelle et contrairement à toute attente, le fait d'avoir modifié la situation en abolissant l'ensemble de la signalisation routière en ville de Drachten (Pays-Bas) semble avoir accru le « savoir SE conduire » et ainsi diminué le nombre d'accidents et d'infractions au code de la route¹⁶... S'inscrivant dans le concept connu sous le nom de « shared space » (Hamilton-Baillie, 2008), ce constat découle en effet de l'hypothèse – qui semble d'ailleurs se vérifier – que les conducteurs prêtent davantage attention à leur environnement lorsqu'ils ne peuvent pas se baser sur des règles précises de

¹³ Ajoutons qu'une réaction forte de la part du législateur est souvent un signal qui est davantage destiné aux électeurs qu'aux criminels potentiels...

¹⁴ À ce propos, voir par exemple <http://www.motorlegend.com/actualite-automobile/volvo-et-la-securite/1038.html>.

¹⁵ Pour d'autres exemples, voir Killias, 2006, 383 s.

¹⁶ À ce propos, voir <http://fr.wikipedia.org/wiki/Drachten>.

circulation routière. Un espace « désignalisé », exempt de lignes blanches, de feux de signalisation, de panneaux de circulation, de gendarmes couchés, de voies cyclables ou autres passages pour piétons – à première vue plus dangereux qu'un espace balisé –, semble donc obliger les usagers à davantage de prudence et d'attention et, par là, réduire les risques d'accidents.

Ces quelques exemples montrent donc que, plutôt que de criminaliser de plus en plus de comportements, nous pourrions également envisager une société dans laquelle nous aurions de moins en moins besoin de normes pénales, puisque nous aurions de moins en moins l'occasion de commettre certaines infractions. A ce propos, mentionnons encore que cette idée n'est pas fondamentalement nouvelle, puisque Beccaria écrivait déjà en 1764 que « [l]a punition d'un crime ne saurait être juste ou nécessaire [...] tant que la loi n'a point employé, pour le prévenir, les meilleurs moyens possibles dans les circonstances où se trouve la nation »¹⁷.

4. Et alors, que faire en cas de commission d'une infraction ?

On attribue souvent à Einstein cette phrase ô combien intelligente selon laquelle « on ne peut pas résoudre un problème au même niveau de pensée que celui qui a permis de le créer ». Le système pénal étant manifestement davantage un problème en soi plutôt qu'une solution aux problèmes sociaux pour la résolution desquels il a été créé, il devient urgent de repenser l'infraction pénale et la réaction à adopter face à celle-ci.

Il existe d'ailleurs dans le monde des manières très différentes de résoudre les conflits nés d'une infraction pénale. C'est ainsi que, dans certaines sociétés dites « primitives », le crime est considéré comme un déséquilibre introduit dans le groupe et la sanction a dès lors pour fonction première de rétablir l'équilibre rompu. « En effet, si étonnant que cela paraisse, on rencontre des populations où la peine – mais mérite-t-elle encore ce nom? – consiste simplement dans l'intégration du coupable dans le groupe de la victime, dont il prend la place, par exemple en épousant sa veuve, ou à la suite d'une adoption à titre de fils ou de frère » (Lé-

¹⁷ Cesare Bonesana Marchese di Beccaria, *Traité des délits et des peines*, 1764, Chapitre XXXI.

vy-Bruhl, 1968, 1170 ss)¹⁸. Il s'agit en fait d'une espèce de talion sans l'élément destructeur qu'est la vengeance, où l'auteur perd son identité et disparaît au profit de la victime qui renaît. À l'opposé de nos sociétés marginalisantes écartant les déviants du groupe social, il existe donc des sociétés où les criminels et les déviants font partie intégrante du groupe et y tiennent une place bien précise, à l'image du « tapagoille »¹⁹, chargé de taper dans les gouilles et les marais pour faire taire les crapauds.

Dans de telles sociétés « intégratives », l'emprisonnement est considéré comme la perte d'une force de travail et l'amende comme une escroquerie de la part de l'État, puisque ce dernier ne rétrocède pas son montant à la victime de l'infraction. Dès lors, on comprend mieux pourquoi les peuples colonisés par l'Occident hésitent à faire usage du droit du colonisateur et recourent encore aux droits traditionnels (Le Roy, 2004, 121). Ailleurs, on trouve des compromis, tels que le « village pénitentiaire »²⁰ dans lequel on place des personnes condamnées selon le droit du colonisateur, mais où chaque « détenu-villageois » se voit octroyer une tâche très précise, nécessaire à la bonne marche de l'ensemble du village. Ce dernier fait donc office de centre de détention, mais ne comporte aucun mur, ni aucune barrière destinés à éviter les éventuelles évasions.

À ce jour, notre justice occidentale, plus particulièrement notre droit pénal, suppose l'existence d'intérêts individuels distants les uns des autres, le conflit intervenant lorsque les intérêts des uns se rapprochent trop de (voire empiètent sur) ceux des autres. La justice est ainsi appelée à trancher le point de rencontre avec le glaive et à replacer les intérêts de chacun sur une balance afin de rétablir l'équilibre (Salberg/Knoepfler, 2000, 526).

Une autre conception de la justice – à la base de nombreux systèmes légaux « non occidentaux » – considère que les divers intérêts individuels s'imbriquent et forment les fibres d'un tissu social. Le conflit correspond alors à un éloignement des intérêts individuels, soit à une déchirure du tissu social. Telle une couturière munie d'un fil et d'une aiguille, la justice doit alors recoudre les intérêts séparés par la crise (Afande, 2002, 277).

¹⁸ Sur ce que l'on appelle « l'abandon noxal », voir également Kellens, 1991, p. 28. Pour quelques exemples parlants d'autres modèles de justice, voir Le Roy, 2004, 76 ss.

¹⁹ Tapagoille : personnage à intelligence limitée dont le rôle était primordial pour les habitants du village, puisqu'il leur permettait de dormir sans être gênés par le bruit incessant des crapauds. Cela se passait au XX^e siècle, en Valais (Suisse).

²⁰ On trouve par exemple un tel village au Mali; à ce propos, voir Andriamirado, 1997, 9.

Ces deux conceptions montrent clairement que la justice est un concept polysémique et qu'il est donc possible de rendre justice de plusieurs façons. Nos tribunaux appliquent la « justice du glaive »²¹, alors que d'autres sont plus sensibles à une forme de « justice de l'aiguille ». Si notre logique judiciaire propose de trancher un litige en donnant raison à l'une des parties en conflit au détriment de l'autre, la seconde conception vise, quant à elle, à permettre aux parties de trouver – si possible consensuellement – une solution à leur conflit grâce à l'intervention d'un tiers qui sera davantage médiateur²² que juge. Ce dernier mode de pensée s'inscrit dans ce que l'on appelle communément la justice réparatrice (ou encore « *restorative justice* »)²³.

4.1. La justice réparatrice

Comme cela a été mentionné plus haut, le système pénal en place ne semble pas être efficace tant à prévenir qu'à traiter le crime. Certains auteurs ajoutent à cette critique que le système pénal, non content d'être inefficace à réaliser ses buts, influe de manière négative aussi bien sur l'auteur de l'infraction que sur sa victime, lorsque l'on tente d'impliquer cette dernière dans la procédure pénale²⁴. En particulier, il est reproché au système pénal de « voler » le conflit qui était – à la base – la propriété de deux ou plusieurs individus (Christie, 1977), les empêchant de trouver par eux-mêmes une solution qui leur convienne.

Le postulat qui sous-tend la justice réparatrice consiste en un changement de perspective : il s'agit de mettre l'accent, non pas sur l'acte répréhensible pour en punir l'auteur et tenter de le « soigner », mais sur les dommages nés de l'infraction dans le but de les réparer.

²¹ De vengeance privée, la justice a passé aux mains de l'État, en conséquence de quoi la victime a progressivement perdu sa place au procès pénal au profit de l'État. Dans cette conception de la justice, le crime est ainsi perçu comme une atteinte à l'État plutôt qu'à la victime. Cela ne laisse évidemment que peu de place à une justice couturière.

²² À propos de la médiation pénale, voir Kuhn, 2002.

²³ Le mouvement étant d'origine anglo-saxonne, ce nouveau paradigme prit le nom anglais de « *restorative justice* », que certains ont traduit en français par justice restauratrice ou restaurative.

²⁴ Pour un tour d'horizon de ces critiques, voir Domenig, 2008, 81 ss. L'auteur y insiste sur le côté excluant du système pénal ; l'auteur est mis au ban de la société et la victime est écartée de la résolution du conflit. Sur la déception des attentes des victimes lors de leur participation à un procès criminel, voir Languin/Robert, 2008, 56 ss.

C'est Howard Zehr qui écrit le livre qui pose les bases de la justice réparatrice : « *Changing lenses : A new focus on criminal justice* »²⁵. Personne engagée dans sa communauté religieuse²⁶, Zehr commence par organiser des « *victim-offender reconciliation programs* » (VORP : programme de réconciliation entre victime et auteur). La vision de la justice qu'il prône est plus humaine, plus proche des citoyens et se base sur des thèmes typiquement religieux : le repentir, le pardon et la réconciliation (Zehr, 2005, 45 ss).

La proposition de Zehr est la suivante : le crime est actuellement regardé à travers une « lentille » rétributive. La justice criminelle, qui utilise cette lentille, ne voit pas – et ainsi ne répond pas – à de nombreux besoins de la victime et de l'auteur lui-même (2005, 178 s.). Zehr propose de cesser de chercher des sanctions alternatives ou autres substituts à la sanction, mais plutôt de changer notre « lentille », soit en français la perspective que nous avons à l'égard du phénomène criminel. Celui-ci doit être vu d'abord comme une offense contre des personnes et des relations, comme une situation créant des dommages²⁷. La justice se concentrerait alors sur la réparation.

Quatre dimensions sont atteintes par ces dommages (Zehr, 2005, 184 ss) : la victime, le délinquant, les relations entre la victime et le délinquant et enfin la communauté. Ces quatre dimensions doivent être prises en compte par la justice, dont le but devrait être de réparer chacune d'elles. La victime doit récupérer son sentiment de sécurité et se reconstruire complètement ; la relation entre victime et délinquant doit aboutir à la réconciliation ; le délinquant doit pouvoir prendre ses responsabilités et la justice doit tenter de répondre à ses autres besoins, comme un emploi, des facultés interpersonnelles, un support émotionnel, une meilleure image de soi, *etc.* (Zehr, 2005, 200) ; enfin la communauté doit pouvoir se sentir à nouveau unie. Bien que tout ceci semble utopique, ce que reconnaît Zehr lui-même, celui-ci postule que le sentiment de justice peut se contenter d'être approximatif (2005, 188 s.) ; la justice pourrait

²⁵ Première édition publiée en 1990 à Scottdale.

²⁶ Howard Zehr est à cette époque directeur du « comité central mennonite (MCC) » en charge de la justice criminelle, organisation émanant – comme son nom l'indique – de l'Église mennonite (mouvement chrétien protestant anabaptiste). À ce propos, voir <http://mcc.org> ou, plus spécifiquement, <http://us.mcc.org/programs/peacebuilding>.

²⁷ Il rejoint en cela Hulsman, 1982, qui préconise – outre l'abolition du système pénal – de remplacer le terme crime/délit par celui de « situations-problèmes » (Hulsman/Bernat de Celis, 1982, 118 s).

ainsi ne répondre que partiellement aux besoins de chacun. En définitive, la justice réparatrice est un idéal vers lequel il faut tendre.

Il résume sa thèse en opposant justice rétributive et réparatrice dans un tableau comparatif (Zehr, 2005, 211)²⁸:

Justice rétributive	Justice réparatrice
Le crime est une <i>offense contre l'Etat</i> et ses lois	Le crime est une <i>offense contre des gens</i> et des relations
La justice se concentre sur l'établissement de la <i>faute</i>	La justice s'efforce d'identifier des <i>besoins</i> et des obligations
Afin de mesurer la dose de <i>souffrance</i> à infliger	Afin de trouver un <i>remède</i> à la situation
La justice est recherchée au cours d'un <i>duel</i> entre adversaires	La justice encourage le <i>dialogue</i> et l'accord mutuel
... au cours duquel <i>l'accusé est opposé à l'Etat</i>	...et donne à <i>l'auteur et à la victime</i> un rôle central
On « mesure » la justice en fonction des <i>règles</i> , des lois et des intentions (pas du résultat). On admet qu'une partie gagne et l'autre perde.	On mesure la justice en fonction du <i>résultat</i> , de l'étendue de la prise de conscience, de la réponse aux besoins. La guérison (des individus et des relations) est encouragée.

Depuis l'ouvrage de Zehr (en 1990), la littérature relative à la justice réparatrice s'est considérablement développée, pour donner naissance à un véritable courant de pensée (voir Braithwaite, 2002 ; Jaccoud, 2003 ; McCold, 1998 ; Walgrave, 1999), présent dans le monde entier²⁹.

Selon John Braithwaite, « la justice réparatrice est un processus qui considère avec sérieux des valeurs telles que la reconstruction de la victime, les excuses et l'amendement de l'auteur, autant que la prévention pratique de la récidive, en même temps qu'il cherche à restaurer les victimes, les contrevenants et la communauté. Il s'agit d'un processus

²⁸ Pour un tableau comparatif développé, voir chez Umbreit, 2001, xxxi s.

²⁹ Pour un aperçu de l'ampleur du mouvement, voir le site: <www.restorativejustice.org>.

dans lequel tous les protagonistes d'un crime ont l'occasion de discuter du mal qui a été fait et de ce qui doit être entrepris pour réparer ce mal, pour empêcher qu'il ne se reproduise et pour répondre aux besoins des protagonistes » (Braithwaite, 2007, 148)³⁰.

Tout comme la justice rétributive, la justice réparatrice veut donc prévenir la récidive³¹. Cependant, elle poursuit cet objectif par la responsabilisation de l'auteur, en le faisant se pencher sur son acte et participer à la recherche d'une solution plutôt que par l'infliction d'une sanction.

En outre, la justice réparatrice se donne pour objectif de réparer les dommages liés à l'infraction, subis tant par la victime que par l'auteur lui-même, leurs proches et la société. La réparation des dommages subis par l'auteur implique de réintégrer celui-ci dans la société dans laquelle il vit³². La justice réparatrice partage ainsi avec la justice pénale au moins l'objectif de resocialisation que cette dernière attribue à la sanction privative de liberté (art. 75 al. 1 CP).

Enfin, on constate – du moins en théorie – que le changement de perspective, de l'acte vers les dommages que celui-ci a engendrés, constitue de surcroît un élargissement du champ ; la justice réparatrice ne se cantonne pas, comme le fait la justice pénale, à l'auteur de l'infraction.

Cela étant, force est d'admettre que la justice réparatrice n'est pas à même de répondre à certaines infractions d'une part et à certains criminels d'autre part. Certaines infractions n'impliquent pas de victime (infractions

³⁰ Traduction libre de « *Restorative justice is a process that takes values such as healing, apology, and forgiveness seriously, as well as practical prevention of recurrence, as it seeks to restore victims, restore offenders, and restore communities. It is a process where all the stakeholders in a crime have the opportunity to discuss what harm has been done and what needs to be done to repair that harm, prevent it from happening again, and meet the needs of the stakeholders. Often, both victims and offenders are supported by loved ones who assist them to identify their hurts, their needs, and the remedies they are able to offer* ». Notons qu'il ajoute à sa définition le fait que, souvent, la communauté proche des victimes et des auteurs est présente et participe à la réparation.

³¹ ATF 134 IV 121, cons. 3.3.3 (all.) ; 134 IV I cons. 5.4.1 et la jurisprudence citée, lesquels attribuent à la sanction pénale le rôle premier de prévention spéciale.

³² Braithwaite a, à cet égard, développé la théorie de la honte ré-intégrative (« *reintegrative shaming* »). L'objectif est de montrer une désapprobation face à l'acte tout en continuant à montrer du respect envers l'auteur. Tel est précisément ce qui est fait en justice réparatrice ; l'auteur est associé activement à la réparation du préjudice qu'il a commis, son acte est désapprouvé, mais l'auteur est respecté car directement impliqué dans la recherche de la solution (Braithwaite, 2002, 74 ss).

à la LStup³³, à la LEtr³⁴, à la LCR³⁵...). En outre, il serait erroné de ne pas prendre en considération le fait que certains auteurs d'infraction représentent un réel danger pour la société ou devraient faire l'objet d'une mesure. Or, la justice réparatrice n'a pas pour objectif l'intimidation ou la neutralisation. Ce dernier constat nous amène à reconnaître que la justice réparatrice et la justice criminelle sont probablement dans un rapport de complémentarité.

4.2. Quelques exemples concrets

Quels sont donc ces processus qui répondent à la définition de Braithwaite ? Comment la justice réparatrice est-elle mise en œuvre à travers le monde ?

Il y a différentes manières de faire de la justice réparatrice et différents processus, d'origines diverses, ont été mis en place. Les plus souvent cités dans la littérature et mis en œuvre à travers le monde sont les conférences de groupe familial, les cercles de sentence, les *community boards* et la médiation pénale.

4.2.1. Conferencing

Les conférences familiales ou *family group conferences* (FGC) tirent leurs racines dans les traditions de peuples aborigènes Maori de Nouvelle-Zélande et Wiradjuri de la ville de Wagga Wagga en Australie. Elles ont été réintroduites dans le système pénal néo-zélandais en 1989³⁶, puis en Australie en 1991. Cette technique est depuis utilisée dans certains Etats américains et dans certaines parties du Canada, ainsi que dans le Royaume-Uni (Aertsen/Mackay/Pelikan/Willemsen/Wright, 2004, 32 s.) et, plus récemment, en Hollande et en Belgique (Walgrave, 2003). Nous nous limiterons toutefois ici à décrire le système mis en place en Nouvelle-Zélande et en Australie.

Tout en poursuivant les buts de justice réparatrice évoqués, la particularité de la FGC est qu'elle fait participer la famille ou les personnes proches des parties (leur « communauté »). Y participent également un

³³ Loi fédérale sur les stupéfiants (LStup), RS 812.121.

³⁴ Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20.

³⁵ Loi fédérale sur la circulation routière (LCR), RS 741.01.

³⁶ Instaurées par le « Children, Young Persons, and Their Families Act 1989 N°24 ».

représentant de l'ordre, le plus souvent un policier, ainsi qu'un avocat et un assistant social. L'une des conditions préalables est que l'auteur ait plus ou moins reconnu les faits, et que les deux parties acceptent de participer (Gavrielides, 2007, 33).

Les FGC sont utilisées avant tout en droit pénal des mineurs, que ce soit en procédure préliminaire (par renvoi par la police dans la majorité des cas) ou en phase de jugement, après renvoi par le juge (Gavrielides, 2007, 34 ; Doolin, 2008, 5). Elles sont mises en place par un « *Care and Protection Coordinator* », spécialiste employé par l'équivalent néo-zélandais du service de protection de la jeunesse. Ce « *coordinator* » joue le rôle de facilitateur ; il est indépendant des autorités pénales et dispose d'une formation spécifique. Le *coordinator* ne joue pas un rôle déterminant dans la discussion, son but est de faire discuter les parties et leur famille de manière active.

Le processus lui-même commence par une phase de préparation, au cours de laquelle le facilitateur rencontre les parties pour leur demander leur accord. Puis la conférence à proprement parler consiste en une réunion (unique) au cours de laquelle chacun a d'abord l'occasion de donner sa version des faits et d'indiquer comment il a vécu l'acte. Suit une phase prévue pour que chaque personne présente son point de vue et son ressenti vis-à-vis de l'infraction. La victime exprime ensuite ce qu'elle attend, puis chacun cherche ce qui peut être fait pour réparer le mal fait, tant pour la victime que pour l'auteur. En Nouvelle-Zélande, cette phase se déroule d'abord uniquement entre le délinquant et sa famille (ce qu'ils appellent un « *private time* »), ce sont eux qui élaborent seuls le plan de réparation. Puis la conférence reprend afin que chacun puisse donner son avis sur ce qui est proposé (Walgrave, 2003, 7). Enfin, l'accord est signé et tous ceux qui ont participé à la FGC doivent contribuer à sa bonne exécution. Cet accord contient le plus souvent des excuses, une certaine forme de réparation pour la victime et éventuellement une sanction sous forme de travail d'intérêt général (voir par exemple Aertsen/Mackay/Pelikan/Willemsen/Wright, 2004, 33). Il peut également prévoir certaines mesures préventives pour éviter que l'auteur ne recommence, comme un couvre-feu ou l'interdiction de fréquenter certaines personnes (Doolin, 2008, 7).

Dans certaines conférences ayant lieu au Royaume-Uni et en Australie, il y a une ultime phase très informelle que l'on appellerait en Suisse un apéritif, afin de sceller la réconciliation (McCold, 2000, 4).

Si les parties ne parviennent pas à un accord, le cas est renvoyé devant la police ou devant la justice.

Une particularité des conférences de groupe néo-zélandaises est qu'elles peuvent être utilisées pour tout type d'infractions, à l'exception de l'homicide³⁷. En pratique, les FGC sont plutôt mises en place pour des infractions de gravité moyenne ou importante, les cas bagatelle étant plutôt réglés par un avertissement, éventuellement assorti d'exigences supplémentaires (lettre d'excuses, réparation à la victime) (Doolin, 2008, 4). En outre, les décisions prises à l'unanimité dans les conférences néo-zélandaises ont la même force qu'un jugement (Harris, 2008, 3).

4.2.2. Sentencing circles

Les cercles de sentence tirent leurs origines dans la justice traditionnelle des indiens nord-américains (Ojibwé, Navajo)³⁸. La pratique a été réintroduite au Canada en 1992, au Yukon, et s'est depuis répandue dans les pays anglo-saxons.

Le processus est assez analogue à la conférence de groupe, la spécificité étant que les participants sont placés en cercle et parlent chacun à leur tour. La pratique navajo utilisait une plume sacrée pour déterminer qui avait la parole (McCold, 2000, 5). Une autre spécificité est la participation des membres de la société qui ont pu être touchés par l'infraction ou qui pourraient apporter une contribution, comme par exemple un spécialiste en alcoolisme ou en addiction si cela s'avère nécessaire. Les cercles de sentence font, comme dans les FGC, participer l'avocat de l'auteur, mais aussi – et c'est là leur principale particularité – le juge et le procureur. Il ne s'agit ainsi plus d'un processus diversionnel, le *sentencing circle* fait office de tribunal ; s'il est décidé d'y avoir recours et que les parties l'acceptent, il prend la place d'un jugement habituel.

Les *sentencing circles* peuvent être utilisés pour les adultes comme pour les mineurs et à différents stades de la procédure, à discrétion des juges (Lilles, 2002). La loi restreint à peine leur utilisation, exceptant les infractions graves où une longue peine est nécessaire pour protéger la société (Aertsen/Mackay/Pelikan/Willemsen/Wright, 2004, 34). Comme les séances durent de 2 à 8 heures, en pratique on ne les met pas en place

³⁷ Pour une comparaison entre l'utilisation des FGC en Australie et en Nouvelle-Zélande, voir Harris, 2008.

³⁸ McCOLD, 2000, 5 ss, décrit le processus chez les Navajo. Pour un autre exemple, voir chez JACCOUD 1998, 291ss, qui explique le déroulement des Community Holistic Circle Healing, mode de règlement des conflits d'une communauté Ojibwé du Manitoba au Canada.

pour les infractions mineures. La discussion dépasse bien souvent le cadre de l'acte criminel et s'étend aux raisons qui ont mené à l'infraction, à la manière de vivre du délinquant dans la communauté, ainsi qu'à ce qui pourrait être fait pour l'aider à exécuter l'accord et à ne plus recommencer.

Chaque participant a successivement la parole. Le procureur commence par exposer le cas, puis vient le tour de la victime et de ses avocats (Bazemore/Griffiths, 2003, 86). Tous les participants auront ensuite un temps de parole en se passant une plume ou un « *talking stick* ». La prise de décision est communautaire et le but est de trouver un accord sur la manière de réparer au mieux les conséquences de l'infraction (Bazemore/Griffiths, 2003, 79).

Le *sentencing circle* faisant intervenir un juge, les garanties juridiques de la procédure usuelle doivent être respectées : le cercle est public, consigné dans un procès-verbal et sa décision est sujette à recours.

4.2.3. Community boards

Les *community boards* viennent des Etats-Unis et ont commencé à être utilisés en 1977 à San Francisco, puis dans le Vermont dès 1995. Ils consistent en des petits groupes de citoyens actifs, spécialement entraînés à conduire des rencontres en face-à-face avec l'auteur, « condamné » à participer par la justice. Le processus intervient donc en aval d'une condamnation, à la place d'une sanction.

Le but est, ici aussi, de permettre au délinquant de prendre conscience de ce qu'il a fait et de se responsabiliser. Il s'agit en effet de confronter l'auteur à la victime et à la communauté d'une manière constructive. Contrairement aux pratiques évoquées jusqu'ici, les *community boards* se réunissent d'abord sans le délinquant pour traiter de la nature de l'infraction, de ses conséquences pour la victime et la communauté. Ils proposent ensuite une série de sanctions, dont ils discutent avec le délinquant, dans certains cas avec la victime (Bazemore/Griffiths, 2003, 83 s.), jusqu'à ce qu'ils trouvent un accord. Enfin, les *community boards* discutent des moyens de parvenir à « réparer » le crime, à quel moment et dans quel laps de temps (Gavrielides, 2007, 35 s.).

Le processus est intéressant parce qu'il ne se termine que lorsque le temps convenu pour l'exécution de la sanction et de la réparation est écoulé. Ce n'est qu'ensuite que le *community board* fait un rapport au

tribunal sur la manière dont le plan a été suivi, tribunal qui décidera de classer l'affaire ou de la reprendre (Gavrielides, 2007, 36).

4.2.4. Médiation pénale

Les origines de la médiation dans le domaine pénal sont difficiles à placer, tant il semble qu'elle a toujours et partout été utilisée. Sous nos latitudes, on trouve des traces de médiation pénale à l'époque franque, lorsque des hommes d'Eglise tentaient de rapprocher les parties à un conflit afin d'éviter un règlement par la vengeance (Carbasse, 2006, 90 et 126 s.)³⁹.

La médiation a commencé à être (ré)utilisée au milieu des années 70 en Amérique du nord (1974 : « *the Kitchener Experiment* », en Ontario, expérience canadienne qui donna lieu au premier *Victim offender reconciliation Program [VORP]* en 1975 sous l'impulsion d'une communauté religieuse⁴⁰, puis suivirent les premiers VORP états-uniens⁴¹ en 1978, en Indiana) (McCold, 2006, 35 ss). Elle s'est ensuite considérablement développée hors des pays anglo-saxons, en France, en Allemagne, en Belgique, en Autriche, en Pologne, en Tchéquie, en Slovénie et dans les pays scandinaves (Finlande, Norvège et Suède ; ces deux derniers Etats ont même adopté une loi⁴² autonome sur la médiation)⁴³. Elle est aujourd'hui très souvent utilisée au Canada, aux Etats-Unis, en Australie et en Nouvelle-Zélande. Il s'agit en définitive du programme de justice réparatrice le plus répandu au monde.

La médiation en matière pénale a été définie par le Conseil de l'Europe dans une recommandation R (99) 19 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 (médiateur) ». Ajoutons à cette définition la nécessité que le tiers soit médiateur (donc spécialement formé à la

³⁹ La pratique était si fréquente qu'on trouve des modèles de « pactes de paix », dans lesquels les parties renoncent à la vengeance moyennant une compensation dont le montant était convenu.

⁴⁰ Plus précisément une communauté mennonite (mouvement chrétien protestant anabaptiste). Voir Jaccoud, 2004, 743.

⁴¹ Sous la même impulsion mennonite, voir Zehr, 2005, 158 ss.

⁴² Pour la Norvège : <http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19910315-003-eng.pdf>. Pour la Suède : <http://www.riksdagen.se/webbnav/index.aspx?nid=3911&bet=2002:445> (non traduit en anglais).

⁴³ Sur la diffusion de la justice réparatrice en Europe, voir Aertsen/Mackay/Pelikan/Willemsen/Wright, 2004, 20 ss.

médiation), neutre (c'est-à-dire sans préjugés quant au résultat) et impartial. En outre, la médiation vise à permettre aux parties de communiquer librement et donc de créer un espace de confiance. Il est ainsi nécessaire, non seulement que le médiateur soit indépendant des autorités pénales, mais encore que le processus soit strictement confidentiel⁴⁴.

4.3. *Quelle place accordons-nous aux modes amiables de résolution des conflits ?*

4.3.1. Médiation

De tous ces modes amiables de résolution des conflits intégrant les valeurs de la justice réparatrice, seule la médiation a trouvé un écho dans la législation suisse. L'art. 8 DPMIn⁴⁵, qui sera remplacé à son entrée en vigueur par l'art. 17 PPMIn⁴⁶, autorise le juge ou le procureur des mineurs à renvoyer une affaire en médiation s'il ne peut la classer immédiatement. Tant l'art. 8 al. 2 DPMIn que 17 al. 2 PPMIn prévoient que si la médiation aboutit, la procédure est classée.

Toute législation fédérale nécessite néanmoins une mise en œuvre en droit cantonal. Ce sont donc les cantons qui, responsables de l'organisation judiciaire, doivent mettre en place des instances de médiation ou à tout le moins prévoir quelles personnes peuvent être médiateurs. Or, nombre de cantons n'ont simplement pas mis en œuvre le droit fédéral. Certains ne mentionnent même pas la médiation en droit pénal des mineurs⁴⁷. D'autres posent dans leur loi un renvoi à une législation d'exécution fantôme, jamais adoptée par l'Exécutif cantonal⁴⁸. Enfin, certains cantons reprennent le sens du droit fédéral ou y renvoient, sans toutefois apporter la moindre précision⁴⁹.

En outre, parmi les cantons qui ont effectivement adopté des dispositions relatives à la médiation pénale, seuls deux cantons semblent en faire

⁴⁴ Pour d'autres définitions, voir par exemple Kanyar, 2008, 21s. ; Kuhn, 2007, 57 ss ; Tränkle, 2007, 5 ss ; Knoepfler, 2002, 331 ; Fahrni, 2001, 7 ; Faget, 1997, 14 ss.

⁴⁵ Loi fédérale du 20 juin 2003 régissant la condition pénale des mineurs (Droit pénal des mineurs, DPMIn), RS 311.1.

⁴⁶ Loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs du 20 mars 2009 (Procédure pénale applicable aux mineurs, PPMIn), FF 2009 1705.

⁴⁷ TG et, dans leurs lois d'application du CPP, AR et AI.

⁴⁸ LU ; SO ; OW ; UR.

⁴⁹ BS ; SZ ; ZG ; SH ; NW.

une utilisation dépassant la dizaine de cas par année⁵⁰. Notons que ces deux cantons sont également ceux qui ont instauré des instances de médiation dépendantes du département cantonal de la justice.

La médiation pénale n'a donc pas – espérons pas *encore* – trouvé une place substantielle dans le système pénal helvétique. Les législateurs cantonaux comme les autorités pénales semblent en effet très méfiants à l'égard de ce processus de justice réparatrice.

4.3.2. Conciliation

Signalons que, bien que ne faisant traditionnellement pas partie des processus dits de justice réparatrice, la conciliation judiciaire est également prévue dans notre système pénal. Elle est actuellement présente dans les codes de procédure de certains cantons latins⁵¹. Le nouveau CPP⁵² la prévoit à l'art. 316, et la PPMin réserve également une place à la conciliation à son art. 16.

Cependant, contrairement à la médiation, la conciliation selon le CPP et la PPMin se déroule devant le ministère public ou le juge. Le conciliateur n'est ainsi ni indépendant au regard des institutions, ni complètement impartial⁵³. Il possède en outre un pouvoir décisionnel en cas d'échec de la conciliation⁵⁴. Ajoutons à cela que la conciliation telle qu'instituée dans les nouvelles lois de procédure fédérales a principalement pour objectif de faire en sorte que le plaignant retire sa plainte contre une indemnisation par le prévenu. Il n'est pas prévu que chacun puisse exprimer son ressenti vis-à-vis de l'infraction commise, ni ne participe activement à la recherche d'une solution dans l'idée de réparer tous les dommages subis.

⁵⁰ Il s'agit du canton de Fribourg (Vezzoni, 2009, Rz 39 ss ; Demierre, 2007, 60 ss) et du canton de Zurich (Zanolini, 2009, Rz 13 ss). Nous ne disposons pas de données pour les autres cantons, mais les médiateurs que nous avons contactés nous ont confirmé ne pas être très souvent mis à contribution par les autorités pénales.

⁵¹ Art. 146s. CPP-VD ; art. 116 CPP-NE ; art. 149 CPP-FR ; art. 180 CPP-TI ; art. 115b CPP-GE (médiation).

⁵² Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (Code de procédure pénale, CPP), FF 2007 6583.

⁵³ Malgré le fait que le procureur instruit à charge et à décharge, sa fonction de représentant de l'action publique au sein du procès, et donc agissant contre le prévenu, ne permet pas de lui conférer la qualité d'intervenant neutre.

⁵⁴ Voir la définition du Groupement européen des magistrats pour la médiation citée par Mirimanoff/Vigneron-Maggio-Aprile, 2008, 92.

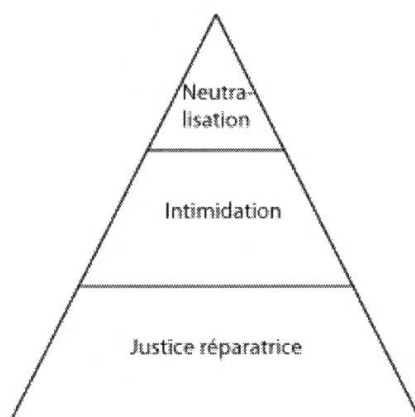
Pour toutes ces raisons, la conciliation nous semble être davantage un outil de gestion du flux des affaires pénales qu'un processus de justice réparatrice.

5. Conclusion

La place que la Suisse réserve à la justice réparatrice est plus que modeste. Certains Etats sont bien plus ambitieux. La Nouvelle-Zélande, en particulier, propose la conférence de groupe à chaque fois qu'elle est théoriquement possible, c'est-à-dire lorsqu'un lésé est identifié et que le cas n'est pas trop bénin⁵⁵. Le potentiel de progrès est donc immense dans notre pays.

Après avoir postulé que la justice réparatrice et la justice criminelle pouvaient se compléter, il reste à déterminer de quelle manière. Braithwaite (2002, 30 ss) a développé à cet égard la théorie de la « *responsive regulation* » (régulation réactive). Selon lui, la réaction sociale à l'infraction est à voir selon une pyramide.

A la base de la pyramide se trouve la justice réparatrice. Si nécessaire, la réaction sociale se poursuit avec l'intimidation, avant de terminer – en cas de nécessité absolue – avec la neutralisation. L'important est de toujours commencer par le bas de la pyramide, afin de ne garder la réaction la plus punitive qu'envers les criminels pour lesquels les moyens les moins coercitifs ont échoué.



Braithwaite insiste en outre sur le fait qu'il est indispensable que toutes les affaires pénales passent d'abord par un processus de justice réparatrice (même un homicide ou un viol) et que rien ne soit d'emblée

⁵⁵ § 247 ss du « Children, Young Persons, and Their Families Act 1989 N°24 ».

exclu. Seule une telle manière de procéder permettra en effet de s'extraire des préjugés et de l'idée préconçue selon laquelle certaines infractions ne sont pas « réparables »⁵⁶. Rien n'est en effet impossible lorsque les parties au conflit manifestent de la bonne volonté.

Une telle vision de la réaction sociale assure le respect du principe de proportionnalité : là où la justice réparatrice aboutit à un règlement satisfaisant du conflit, il n'est pas nécessaire de prévoir, en plus, une sanction intimidante. L'intimidation ne serait ainsi plus nécessaire dans bon nombre de cas qui, aujourd'hui, font l'objet d'un traitement par notre seule justice rétributive.

Il n'est certes pas toujours possible de faire de la justice réparatrice. En effet, celle-ci suppose toujours que l'infraction implique un lésé et que ce dernier consente à participer à un processus réparateur. Elle implique également un consentement de la part de l'auteur de l'infraction, ainsi qu'une certaine capacité à se pencher sur son acte de manière constructive. Pour tous les cas où ces conditions sont réunies, il nous semblerait propice de tenter la justice réparatrice, en application de la pyramide de Braithwaite.

Si l'on ajoute à cela une application plus large de la prévention situationnelle, une bonne partie de la justice d'aujourd'hui pourrait être avantageusement remplacée.

Il n'est point nécessaire d'être extrémiste ou abolitionniste pour admettre qu'avant de livrer la guerre, on doit faire appel aux diplomates et leur donner le temps et les moyens d'obtenir un règlement du conflit qui satisfasse les deux parties. Le système proposé est empreint de ce même esprit. Ainsi, d'une « justice du glaive », on préconise le passage à une « justice de l'aiguille ». La justice violente d'aujourd'hui est ainsi appelée à faire d'abord place à des modes amiables de résolution des conflits pénaux.

Enfin, le système en place engendre souvent l'incompréhension et la déception des justiciables qui finissent par être les grands perdants de la justice pénale. De ce système du « *loser-looser* », il serait en effet possible de passer à un système où chacun pourrait se sentir gagnant par le seul fait de sa participation à la résolution du conflit. On troquerait donc un système dans lequel les deux parties sont perdantes contre un système de type « *win-win* ». En outre, la société dans son ensemble serait

⁵⁶ En Belgique, il est en effet possible de faire des médiations pénales en cas de viol ou d'homicide. La médiation réparatrice n'y est toutefois pas aménagée en remplacement du système pénal, mais bien en complément (voir Aertsen, 2005, 81 ss).

également gagnante du fait de la réparation du tissu social ; ainsi la justice réparatrice est en réalité un modèle de type « *win-win-win* ».

À ceux qui ne pourraient concevoir une société où la sanction infligée par l'Etat ne serait utilisée qu'en dernier recours, il est utile de rappeler qu'il fut un temps, pas si lointain, où l'aveu était indispensable pour condamner un individu et où le « bon » fonctionnement du système était dépendant de la torture pour obtenir (ou extirper) cet aveu. En ce temps-là, une société sans torture n'était simplement pas concevable... Si l'on avait dit à des pénalistes de l'époque que, au XXI^{ème} siècle, on pourrait condamner un individu sans qu'il avoue son méfait, ils nous auraient pris pour des barbares capables de condamner des innocents. Avec l'œil averti d'un humain du XXI^{ème} siècle, nous regardons pourtant le droit de nos aïeux avec mépris. Mais quel regard portera l'humain du XXV^{ème} siècle sur les pratiques pénales de ses propres aïeux ?

Rien n'est éternel. Ni la prison, ni les sanctions formelles, ni même le droit pénal probablement... Une chose est en effet certaine et notre système pénal ne l'a manifestement pas encore compris : « On ne peut garantir la vie en donnant la mort, on ne peut défendre la liberté en enfermant des milliers d'individus, on ne peut refuser la violence en utilisant la violence » (Baker, 2004, 176 s.) ; notre droit pénal est donc indubitablement destiné à se réformer en profondeur.

Bibliographie

- Aertsen I., Mackay R., Pelikan C., Willemsen J. Wright M., Renouer les liens sociaux – Médiation et justice réparatrice en Europe, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg , 2004.
- Aertsen I., La médiation victime-délinquant en cas d'infractions graves, in : Politique pénale en Europe, Bonnes pratiques et exemples prometteurs, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005, 81-93.
- Afande K.K.A., Les sanctions pénales en Afrique : entre tradition et modernité, in : Entre médiation et perpétuité : Nouvelles voies dans la lutte contre la criminalité, Rüegger, Coire/Zurich, 2002, 275-295.
- Andriamirado S., Mali, pourquoi les partis ont peur..., Jeune Afrique, 1-7 janvier 1997.
- Bailey W.C., Deterrence, Brutalization, and the Death Penalty : Another Examination of Oklahoma's Return to Capital Punishment, Criminology, Vol. 36, 1998, 711-734.
- Baker C., Pourquoi faudrait-il punir?, Tahin Party, Lyon, 2004.
- Bazemore G., Griffiths C.T., Conferences, Circles, Boards, and Mediations : The « New Wave » of Community Justice Decisionmaking, in : McLaughlin E., Fergusson R., Hughes G., Westmarland L. (Eds), Restorative Justice : Critical Issues, Sage Publications, Londres, 2003, 76-93.
- Braithwaite J., Building Legitimacy Through Restorative Justice, in : Tyler T.R. (Ed.), Legitimacy and Criminal Justice : International Perspectives, Russel Sage Foundation, New York 2007, 146-162.
- Braithwaite J., Restorative Justice and Responsive Regulation, University Press, Oxford, 2002.
- Carbasse J.-M., Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, puf, Paris, 2^{ème} éd. 2006.
- Christie N., Conflicts as Property, British Journal of Criminology, Delinquency and Deviant Social Behavior, Vol. 17, 1977, 1-15.
- Cohen L.E., Felson M., Social Change and Crime : A Routine Activity Approach, American Sociological Review, Vol. 44/4, 1979, 588-608.
- Demierre G., La médiation pénale avec les mineurs, Revue Suisse de Criminologie, 2/2007, 60-64.

- Domenig C., Restorative Justice und integrative Symbolik : Möglichkeiten eines integrativen Umgangs mit Kriminalität und die Bedeutung von Symbolik in dessen Umsetzung, Haupt, Thèse Berne 2008.
- Doolin K., Translating Restorative Justice into Practice : lessons from New Zealand family group conferencing approach to youth offending, *International Journal of Restorative Justice*, Vol. 4, n°1, 2008, 1-24.
- Faget J., La médiation : essai de politique pénale, ères, Ramonville Saint-Agne, 1997.
- Fahrni S., Mediation im Jugendstrafrecht, Schulthess, Thèse Zurich 2001.
- Gavrielides T. Restorative Justice Theory and Practice : Addressing the Discrepancy, European Institute for Crime Prevention and Control (HEUNI), Publications series N° 52, Helsinki, 2007.
- Hamilton-Baillie B., Shared Space : Reconciling People, Places and Traffic, *Built Environment*, Vol. 34 n° 2, 2008, 161-182.
- Harris N., Family Group Conferencing in Australia : 15 years on, *Child abuse prevention Issues*, Vol. 27, 2008, 1-19.
- Hindelang M.J., Gottfredson M.R., Garofalo J., *Victims of Personal Crime : An Empirical Foundation for a Theory of Personal Victimization*, Ballinger, Cambridge (MA), 1978.
- Hulsman L., Bernat de Celis J. (pour l'interview de L. Hulsman de la première partie), *Peines perdues, le système pénal en question*, Le Centurion, Paris, 1982.
- Jaccoud M., Les mesures réparatrices, in : Le Blanc M., Ouimet M., Szabo D. (sous la dir. de), *Traité de criminologie empirique*, Les Presses de l'Université de Montréal, Montréal, 3^{ème} éd. 2004, 740-758.
- Jaccoud M. (sous la dir. de), *Justice réparatrice et médiation pénale, Convergences ou divergences ?*, L'Harmattan, Paris, 2003.
- Jaccoud M., Restoring justice in native communities in Canada, in : Walgrave L. (Ed.), *Restorative Justice For Juveniles : Potentialities, Risks and Problems*, University Press, Leuven, 1998, 285-299.
- Kanyar A., *Wiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich im schweizerischen Strafrecht : Entwicklung eines Modells unter Berücksichtigung des deutschen und österreichischen Strafrechts*, Helbing & Lichtenhahn, Thèse Bâle 2008.
- Kellens G., *Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*, Collection scientifique de la faculté de droit de Liège, Liège, 1991.

- Kensey A. et Tournier P., *Libération sans retour ?*, Paris : Ministère de la justice, 1994.
- Killias M., *Prévenir la violence par la répression pénale?*, *Revue Pénale Suisse* 4/2006, 374-387.
- Killias M., *Précis de criminologie*, Stämpfli, Berne, 2^e éd. 2001.
- Knoepfler J., *Médiation pénale, justice réparatrice, justice de proximité*, in : Dittmann V., Kuhn A., Maag R. Wiprächtiger H. (Eds), *Entre médiation et perpétuité*, Rüegger, Coire/Zurich, 2002, 313-343.
- Kuhn A., *Sommes-nous tous des criminels?*, L'Hèbe, Charmey, 2010.
- Kuhn A., *La médiation en droit pénal des mineurs*, in : Bohnet F. (Ed.), *Le nouveau droit pénal des mineurs*, CEMAJ, Neuchâtel, 2007, 57-75.
- Kuhn A., *La médiation pénale*, in : *La mise en œuvre et la protection des droits*, Lausanne : UNIL et JdT, 2002, 99-109.
- Languin N., Robert C.-N., *Quel rôle pour la victime dans le procès pénal ?*, *Plädoyer* 3/2008, 56-61.
- Le Roy E., *Les Africains et l'Institution de la Justice : Entre mimétismes et métissages*, Dalloz, Paris, 2004.
- Lévy-Bruhl H., *Ethnologie juridique*, in : *Ethnologie générale*, Gallimard (Encyclopédie de la Pléiade n° 24), Bruges, 1968, 1111-1179.
- Lilles H., *Circle Sentencing : Part of the Restorative Justice Continuum*, 2002, http://www.iirp.org/library/mn02/mn02_lilles.html
- McCold P., *The recent history of restorative justice : Mediation, circles, and conferencing*, in : Sullivan D., Tifft L. (Eds), *Handbook of Restorative Justice : A Global Perspective*, Routledge, Londres, 2006, 23-51.
- McCold P., *Overview of Mediation, Conferencing and Circles*, article présenté au dixième congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, réunion auxiliaire sur la justice réparatrice, Vienne 10-17 avril 2000, <http://www.restorativejustice.org/resources/doc/mccold>.
- McCold P., *Restorative Justice : Variations on a Theme*, in : Walgrave L. (Ed.), *Restorative Justice For Juveniles : Potentialities, Risks and Problems*, University Press, Leuven, 1998, 19-33.
- Mirimanoff J.A., Vigneron-Maggio-Aprile S., *La nouvelle conciliation judiciaire*, in : Mirimanoff J./Vigneron-Maggio-Aprile S. (Ed.), *La gestion des conflits : Manuel pour les praticiens*, CEDIDAC n° 78, Lausanne, 2008, 75-96.

- Salberg A.C., Knoepfler J., *Le glaive, le miroir et l'Autre. Expériences de médiation transculturelle en Suisse romande*, in : *Les défis migratoires, actes du 4^e colloque CLUSE*, Seismo, Neuchâtel, 2000, 518-527.
- Tränkle S., *Im Schatten des Strafrechts, Eine Untersuchung der Mediation in Strafsachen am Beispiel des deutschen Täter-Opfer-Ausgleichs und der französischen médiation pénale auf der Grundlage von Interaktions- und Kontextanalysen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007.
- Umbreit M. S. *The Handbook of Victim Offender Mediation : An essential Guide to Practice and Research*, Jossey-Bass, San Francisco, 2001.
- Vezzoni L., *La médiation en droit pénal des mineurs : de la théorie législative à la pratique*, Jusletter 7 septembre 2009.
- Walgrave L., *La justice restauratrice et les victimes*, *Journal International De Victimologie*, Vol. 4, 2003, <http://www.jidv.com>.
- Walgrave L., *La justice restaurative : à la recherche d'une théorie et d'un programme*, *Criminologie*, Vol. 32 n° 1, 1999, 7-29.
- Wilson J.Q., Kelling G.L., *Broken Windows : The police and neighbourhood safety*, *Atlantic Monthly*, Vol. 249, 1982, 29-38.
- Zanolini V., *Quo vadis Strafmediation? Bericht zuhanden des Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich über die Praxis der Strafmediation nach zwei Jahren seit deren gesetzlicher Verankerung*, Jusletter 23 novembre 2009.
- Zehr H., *Changing lenses : A new focus for crime and justice*, Herald Press, Scottdale, 3^{ème} éd. 2005.