

ROLE ACTIF DU MAGISTRAT DANS LA MISE EN PLACE DE LA MEDIATION PENALE

Bienne, le 7 mai 2009 / MLA

Sommaire

- I. Introduction
- II. Un nouveau mode de régulation des conflits
- III. Un changement de modèle dans la justice pénale
- IV. L'institutionnalisation de la médiation en Suisse :
 - a) en droit des adultes
 - b) la conciliation
 - c) en droit des mineurs
 - d) dans les cantons latins
- V. Le rôle du juge des mineurs dans la législation fribourgeoise
- VI. Statistiques
- VII. Quelques obstacles
- VIII. Conclusion

I. Introduction

La médiation s'est imposée parmi les modes alternatifs de résolution des conflits. Ce phénomène n'est pas propre à la Suisse. De fait, les pays européens, qu'ils soient de tradition continentale ou de common law, se sont progressivement intéressés à la médiation et ont globalement bénéficié de l'expérience américaine.

La médiation, la conciliation, la négociation, l'arbitrage et en particulier la transaction ont été utilisés depuis longtemps en Europe, en particulier dans le domaine commercial. Ces modes de règlement à l'amiable des conflits participent à des degrés divers de l'émergence d'une justice de compromis. La question centrale est de savoir comment la médiation et l'institution judiciaire peuvent s'interpénétrer ou si elles ont vocation à s'ignorer. L'institutionnalisation de la médiation constitue un premier élément de réponse dans la mesure où elle fixe les règles d'une intégration de ce nouveau mode dans le droit interne. La réflexion doit pourtant également intégrer les apports de la médiation en amont et en aval de l'institution judiciaire, si bien que la reconnaissance légale ne permet pas, à elle seule, de dégager une transversalité dans l'approche du traitement du conflit et dans la régulation sociale.

Aussi ce cours portera-t-il, dans un premier temps, sur la définition d'un nouveau mode de régulation des conflits et un aperçu des changements des modèles dans la justice pénale. Il abordera, dans un deuxième temps, les questions de l'institutionnalisation de la médiation, avec des références au droit pénal des adultes, au processus de conciliation et au droit pénal des mineurs, en particulier dans les cantons latins. Dans une troisième étape, il définira le rôle du magistrat dans la procédure de médiation sous l'angle de la législation et de l'expérience fribourgeoises. Enfin, avant de tirer une conclusion, il traitera des statistiques fribourgeoises et de quelques obstacles à surmonter.

II. Un nouveau mode de régulation des conflits

Entre l'ordre accepté, où les parties transigent, ne laissant pas le différend se transformer en conflit et l'ordre contesté, où les conflits se terminent par la victoire du plus fort ou du plus habile, il y a l'ordre négocié, où les différends deviennent des conflits gérés par un tiers pacificateur et l'ordre imposé, où le conflit se transforme en litige tranché par un juge qui rend la justice en appliquant le droit existant.

Longtemps, la justice pénale a imposé l'autoritarisme dans toutes les relations sociales et l'idée généralisée que seul le pouvoir pouvait résoudre tous les conflits. Selon la théorie évolutionniste du droit, l'ordre imposé était un aboutissement des sociétés complexes étatiques. Mais le fulgurant développement socio-économique a provoqué l'explosion des litiges ordinaires et déstabilisé les structures judiciaires en place, ce qui a ouvert une réflexion sur l'efficacité et les limites du droit imposé, notamment en matière criminelle, où la seule répression n'est pas la panacée pour nos sociétés modernes. En effet, les citoyens ont soif de justice, paraissent se préoccuper de la délinquance grandissante et souhaitent, en particulier les victimes, participer aux débats. C'est ainsi que le droit négocié, symbolisé par la médiation, la conciliation, la négociation, l'arbitrage ou la transaction, a donné une impulsion à la justice en proposant de nouvelles, efficaces et créatives alternatives.

III. Un changement de modèle dans la justice pénale¹

La justice rétributive, base du système pénal suisse, veut préserver les valeurs et les principes définis par l'Etat. Ainsi, le système judiciaire :

- rend la justice par le conflit entre adversaires
- fait prévaloir la règle
- oppose le délinquant à l'Etat
- établit la culpabilité du délinquant
- fixe une peine en suivant des règles préétablies.

La justice restauratrice conçoit le crime ou le délit comme une atteinte aux relations sociales. Ainsi, le système judiciaire :

- recherche la justice par le dialogue
- fait prévaloir l'autodétermination des parties
- donne le rôle central à la victime et au délinquant
- identifie les besoins individuels et les obligations sociales
- permet la restauration des liens personnels et sociaux.

Cet éclairage théorique de la justice restauratrice permet d'envisager le conflit non plus dans une perspective de rupture et d'exclusion mais plutôt de maintien du lien et d'intégration. Le lien social n'est plus seulement l'ordre établi par l'Etat, mais intègre tous les membres de la société dans la recherche de la restauration d'un équilibre. Dans cette nouvelle perspective, la médiation trouve son rôle à jouer puisqu'elle intègre toutes les parties concernées à la gestion d'un conflit.

IV. L'institutionnalisation de la médiation en Suisse

a) en droit des adultes

Largement plébiscitée et institutionnalisée dans certains Etats d'Europe, Belgique, France, Allemagne, notamment, et aux Etats-Unis (déjà vers les années 1980), ainsi qu'en Amérique du Sud, la médiation pénale pour adultes est encore au stade de l'expérimentation en Suisse. En effet, le système fédéraliste suisse, qui veut que chaque canton ait son propre code de procédure, a vu naître différentes pratiques qui ont débuté vers les années 2000. Les associations en faveur de la médiation jouent un double rôle dans la promotion de celle-ci en droit pénal, en étant, d'une part, les instigatrices de quelques projets pilotes cantonaux et, d'autre part, en acquérant un savoir-faire qui leur permet d'être des interlocutrices privilégiées².

¹ Anne-Catherine Salberg, médiatrice FSM - ASM, "La médiation en matière pénale", 109^{ème} journée d'étude des juges des mineurs de la Suisse romande et du Tessin, 27-06-02, Les Paccots/Fribourg

² Catherine Faller, Fribourg, travail de master "Historique de la médiation pénale dans le code de procédure pénale suisse : de son introduction à sa suppression" RPS Tome 127 1 p. 18ss

En pays romand, sous l'impulsion de l'association "Groupement Pro Médiation", le canton de Genève est le seul à s'être doté d'un texte légal : la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941, modifiée le 16 février 2001, permettant au Procureur général de "charger un médiateur pénal de rechercher une solution librement négociée entre des personnes en litige pour des faits susceptibles de constituer une infraction pénale".

En Suisse allemande, la Verein Mediation im Strafverfahren Aargau est une association récente (née de l'introduction de la médiation dans la loi pénale des mineurs : 1^{er} janvier 2007) et fondée par des juristes, avocats et médiateurs qui vise, d'une part, la mise en place de la médiation dans le droit pénal des adultes et, d'autre part, une sensibilisation générale à la médiation pénale, ainsi que la création d'une institution pour la médiation pénale.

De son côté, la Verein Strafmediation Zürich a mené un projet pilote de médiation pénale sur deux ans (2003-2005), puis, dans les deux années suivantes, a maintenu le projet tout en améliorant sensiblement le système, de sorte que la médiation pénale figure depuis 2007 dans le Code de procédure pénale zurichois pour adultes (et pour mineurs).

Pour la petite histoire, il n'est pas inintéressant de relever que c'est le projet pilote zurichois qui est en partie responsable de l'échec de l'inscription de la médiation pénale dans le futur code de procédure fédérale !

En effet, dans son projet du code de procédure pénale suisse (P-CPP) du 21 décembre 2005, le Conseil fédéral avait prévu la médiation à l'article 317 al. 1, sous la formulation potestative : "*Le Ministère public peut, en tout temps, faire appel à un médiateur...*". Toutefois, après de longs débats et un chassé-croisé incroyable entre les deux Chambres fédérales, la majorité du Conseil national a finalement voté, le 5 octobre 2007, la suppression de la médiation sur la base du rapport d'évaluation du projet pilote de médiation pénale mené de 2003 à 2005 à Zürich, du professeur Schwarzenegger de l'Université de Zurich³. "Les chiffres⁴ ressortant de ce rapport ont été présentés par le Ministre de la Justice qui s'est attaché à relever que la médiation pénale était plus longue qu'une procédure devant le Ministère public et que les frais étaient plus élevés dans le cadre d'une médiation pénale. Il a encore précisé que même si l'art. 317 P-CPP est supprimé, il sera toujours possible pour les parties de recourir à une médiation pénale; le Ministère public pouvant la recommander aux parties et suspendre la procédure durant la médiation pénale ou éventuellement s'adjoindre un médiateur dans les discussions relevant des éléments négociables de la procédure". Mais supprimée du CPP, la médiation pénale perd son statut d'élément de procédure pénale, par conséquent, sa légitimité.

Finalement, la volonté du Conseil fédéral est, d'une part, de débarrasser les cantons de cette charge financière et, d'autre part, de leur éviter de devoir légiférer en la matière, tout en laissant l'entreprise d'une médiation pénale à la charge des parties. Autrement dit, il y a une volonté évidente de soustraire l'Etat et les cantons à la responsabilité d'institutionnaliser ce nouveau mode de résolution des conflits !

³ Ch. Schwarzenegger/U. Thalmann/V. Zanolini, Mediation im Strafrecht : Erfahrungen im Kanton Zürich : Schlussbericht zur kriminologischen Evaluation des Zürcher Pilotprojekts, 2005, disponible en ligne : <http://www.strafmediation.ch/docs/strafmediation.pdf>, état au 25 novembre 2008

⁴ C. Faller (n.2)

Ce refus du Conseil fédéral et des représentants du peuple est d'autant plus navrant qu'ils n'ont pas voulu prendre en compte un article du même professeur Schwarzenegger⁵, paru dans la NZZ un jour avant les débats en plenum ! En effet, le professeur Schwarzenegger, se basant sur les nouveaux chiffres faisant suite à l'amélioration du système de médiation pénale à Zurich entre 2006 et 2007 écrivait, en bref, que la médiation pénale était devenue plus efficace et le coût de sa mise en œuvre avait été réduit de moitié. Il précisait que, le système zurichois ayant été professionnalisé et les méthodes de travail simplifiées, la médiation était aujourd'hui plus rapide que la procédure classique du Ministère public, coûtait moins cher et obtenait un taux élevé (environ 90 %) d'accords finalisés. Enfin, il insistait sur le fait que la médiation pénale était également envisageable pour les délits poursuivis d'office, qu'elle se rehaussait d'un effet préventif et, en l'ancrant dans le Code de procédure pénale, elle permettait l'harmonisation avec le Code pénal.

Aujourd'hui, force est de constater que la procédure de médiation pénale pour les adultes déjà ancrée dans certaines procédures cantonales disparaîtra dès l'entrée en vigueur du CPP prévue le 1^{er} janvier 2011. Zurich et Genève retourneront donc à la case "départ" et se consoleront en sachant que la médiation pénale pourra persister en dehors de la procédure pénale selon le bon vouloir des parties et des médiateurs et que la procédure de conciliation, processus proche et pourtant différent de la médiation, pourra toujours être utilisée lorsque les infractions se poursuivent sur plainte !

b) la conciliation

Qu'il me soit permis ici de faire une courte allusion à la procédure de conciliation, alternative, certes proche de la médiation, ancrée dans plusieurs lois cantonales, mais aussi grande source de confusion. En bref, la médiation pénale est une négociation entre les parties en présence d'un tiers neutre cherchant à faire émerger des décisions, tandis que la conciliation est une négociation entre les parties en présence de l'autorité pénale proposant des solutions.

Tant dans le projet du code de procédure pénale suisse (CPP) du 21 décembre 2005, que dans celui du code de procédure pénale applicable aux mineurs (PPMin) du 21 décembre 2005, ainsi que dans les "Nouvelles propositions du Conseil fédéral" du 22 août 2007 et dans le projet de la Commission de rédaction pour le vote final du 20 mars 2009, la procédure de conciliation est inscrite respectivement aux art. 316 CPP et 16 PPMIn. En fait, bon nombre de législations cantonales connaissent aujourd'hui la tentative de conciliation en matière d'infractions poursuivies sur plainte. Il s'agit alors pour la direction de la procédure de tenter de trouver un arrangement à l'amiable entre le plaignant et le prévenu permettant au premier de retirer sa plainte et de renoncer ainsi à l'action pénale.

Il est intéressant de noter que les deux futurs codes proposent en fait deux sortes de tentative de conciliation :

1. la tentative **potestative** pour le juge des mineurs (**obligatoire avant le projet de mars 2009 !**) et pour le Ministère public d'aboutir à un arrangement entre le lésé et le prévenu lorsque la procédure porte sur une infraction poursuivie sur plainte ;

⁵ Ch. Schwarzenegger/V. Zanolini, Strafmediation auch beim Erwachsenen - keine Frage der Kosten - das Strafmonopol des Staates wird nicht in Frage gestellt, NZZ 17. September 2007, n°215, 34

2. la tentative **potestative** pour le juge des mineurs (**obligatoire avant le projet de mars 2009 !**) et **obligatoire** pour le Ministère public d'obtenir une réparation lorsqu'une exemption de peine au titre des art. 53 CPS et 21, al. 1 let. c DPMin entre en ligne de compte.

La conciliation est une procédure très ancienne dans le canton de Fribourg. Elle figurait déjà dans la LJPM de 1973 à l'art. 39 :

- "1. Lorsqu'un mineur a commis une infraction qui ne se poursuit que sur plainte, le juge informateur entend le plaignant, le représentant légal et, au besoin, le mineur et tente la conciliation.*
- 2. Toutefois, si l'affaire implique également un prévenu âgé de plus de 18 ans, la tentative de conciliation peut avoir lieu simultanément pour tous les prévenus soit devant le juge informateur, soit devant le préfet".*

Longtemps conduite par le juge informateur, la procédure de conciliation est aujourd'hui, en pratique, dirigée par un assistant social du Service social de la Chambre pénale des mineurs pour les motifs suivants :

- arrangement extrajudiciaire sans l'impulsion autoritaire du juge
- procédure conduite dans des locaux appropriés (pas de salle de tribunal)
- décharge importante pour le juge des mineurs

L'art. 16 PPMIn donne la compétence au juge des mineurs ou au tribunal des mineurs de tenter la conciliation. Aura-t-il la liberté de déléguer la procédure à l'assistant social ? La question a été posée aux juges d'instruction qui semblent vouloir refuser cette possibilité !

c) en droit des mineurs

Le pas décisif a été franchi en droit pénal des mineurs, puisque la médiation a été consacrée dans la nouvelle loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (DPMIn), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Il s'agit en fait d'une loi peu bavarde, se limitant à énumérer les conditions d'application de la médiation et chargeant les cantons d'édicter les dispositions d'exécution. En effet, l'art. 8 DPMIn prescrit que :

- "1. L'autorité compétente peut suspendre la procédure et charger une organisation ou une personne reconnue et compétente en la matière d'engager une procédure de médiation lorsque*
 - a) il n'y a pas besoin de mesures de protection*
 - b) les conditions d'exemption ne sont pas remplies*
 - c) les faits sont établis*
 - d) il n'y a pas de crimes graves commis*
 - e) toutes les parties sont d'accord*
- 2. L'autorité compétente classe la procédure si, grâce à la médiation, un arrangement est intervenu entre le lésé et le mineur.*
- 3. Les cantons édictent les dispositions relatives à la procédure de médiation".*

Et l'art. 21 al. 3 DPMIn prévoit que :

"s'il n'y a pas de motif d'exemption de peine au sens des al. 1 et 2, l'autorité de jugement peut suspendre la procédure et charger une organisation ou une personne reconnue et compétente en la matière d'engager une procédure de médiation si les conditions de l'art. 8 sont remplies. Si un arrangement intervient entre le lésé et le mineur, l'autorité de jugement classe la procédure".

Le principe de recourir à la médiation a été maintenu, également sous la forme potestative, dans le projet du code de procédure pénale applicable aux mineurs (PPMin) du 21 décembre 2005, ainsi que dans les "Nouvelles propositions du Conseil fédéral" du 22 août 2007, code qui doit également entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2011, mais qui, à l'heure actuelle, n'a pas encore été adopté par l'Assemblée fédérale !

Selon l'article 17 PPMIn :

"1. 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 :

- a. il n'y a pas lieu de prendre des mesures de protection ou l'autorité civile a déjà ordonné les mesures appropriées;*
- b. les condition fixées à l'art. 21 al. 1 DPMIn ne sont pas remplies.*

2. Si la médiation aboutit à un accord, la procédure est classée".

On peut déduire que le législateur, à son habitude, est plus enclin à innover lorsqu'il s'agit du droit spécifique concernant les jeunes délinquants. Pourquoi ?

Pour bien pouvoir évaluer la place de la médiation dans la justice des mineurs, il faut comprendre les buts particuliers que vise la justice juvénile⁶. Contrairement à la justice ordinaire qui cherche à apporter une rétribution au tort causé par l'infraction de l'adulte, un prix à payer, une vengeance de la société envers celui qui n'a pas respecté les règles nécessaires à la coexistence pacifique, la justice spécialisée des mineurs vise d'autres objectifs qui s'éloignent du répressif, pour aller vers l'éducatif (art. 2 al. 1 DPMIn "la protection et l'éducation du mineur sont déterminantes dans l'application de la présente loi"). Pas l'éducatif au sens traditionnel du mot, c'est-à-dire la transmission d'un ensemble de valeurs basées sur la tradition, le respect du passé, l'instruction, les connaissances etc... mais la poursuite d'un objectif de **prise de conscience**, qui va porter sur trois éléments :

1. l'acte lui-même : il s'agit de montrer au mineur que son acte réalisant les conditions objectives et subjectives d'une infraction viole la loi. L'enfant ou l'adolescent ne connaît pas la règle de droit. Il a connaissance de grands principes qui s'approchent ou découlent de son éducation religieuse ou sociale ("Tu ne voleras pas"). Il est donc nécessaire de l'informer de l'existence de telle prescription, de la portée de cette règle et de sa raison d'être.

⁶ Jean Zermatten, Directeur de l'Institut international des Droits de l'Enfant (IDE) et vice-président du comité des droits de l'enfant de l'ONU : "Qu'est-ce que la médiation et pourquoi la médiation et la justice des mineurs font bon ménage", Sion 2002

2. Les conséquences de cet acte pour la société ou les tiers : il s'agit de montrer au mineur le tort corporel, matériel ou moral qu'il a causé aux victimes par son agissement. Cela semble particulièrement délicat dans les cas d'infractions sans victime telles que les mises en danger (circulation routière par ex.) ou les infractions contre soi-même (stupéfiants). Il y a donc un travail important à effectuer pour éclairer une situation qui est souvent obscure et trouble tant pour le mineur lui-même que pour ses parents.
3. Les suites possibles de l'acte : il ne s'agit pas seulement de montrer au mineur les nécessités de la réparation et du rachat, mais bien aussi de mettre en évidence les conséquences causées par les désagréments directs et proches de type rumeur, colportage, réputation, et, à moyen terme, les risques d'exclusion ou de marginalisation et, à plus long terme, les problèmes liés au casier judiciaire, aux risques représentés par la récidive, aux difficultés dans la recherche d'emplois etc....

Pour obtenir cette prise de conscience, le juge des mineurs dispose d'un seul instrument, bien simple et non spécifique : **la parole**. Père et maître à la fois, le magistrat va devoir expliquer, faire comprendre, démontrer, user de l'exemple, de l'anecdote, du récit de la situation vécue, de sa force de persuasion... Pour entrer en contact direct et personnel avec le mineur et faire passer le message, le juge va quitter sa tour d'ivoire et se mettre au niveau de son interlocuteur et ce, dès l'enquête au poste de police, lors de l'audience du jugement ou encore à l'occasion de visites rendues au mineur placé dans une institution.

Tenant compte des objectifs visés par le droit des mineurs, la procédure de médiation s'inscrit valablement dans ce processus de prise de conscience et d'éducation. En assurant la confrontation du mineur à sa victime ou à la réalité d'un comportement fautif, on lui permet de toucher du doigt la faute, on lui permet aussi, tout en gardant sa liberté individuelle et en prenant ses responsabilités personnelles, de réparer et de racheter.

En effet, en matière de justice juvénile, la médiation :

- permet une confrontation entre l'auteur et la victime, en présence du tiers médiateur. Cette démarche est utile dans le sens où le mineur peut connaître physiquement la victime, l'amène à entendre les doléances de la victime (pas seulement le montant du dommage mais les séquelles psychologiques), lui donne l'occasion d'expliquer les raisons de son acte ;
- contribue ainsi à sa réflexion, puisque l'auteur est obligé de se poser des questions sur sa manière d'agir, sur le sens de ses actes et sur les conséquences potentielles implicites à ceux-ci ;
- permet alors au mineur d'élaborer une démarche intérieure (remords, regrets...) sur son attitude envers les autres et aussi envers la règle ;
- l'oblige à instaurer un dialogue avec l'autre et à ébaucher des solutions de négociation, pour l'amener progressivement vers un accord consenti entre les parties, une réparation totale, partielle ou symbolique (excuses, paiement de dommages ou d'une partie de celui-ci, prestations volontaires pour le lésé ou pour la société...)

- amène à la pacification fondée sur l'engagement et la qualité relationnelle entre des personnes en conflit et la société en général ;
- est génératrice d'un meilleur respect de la loi, à partir d'une reconnaissance de la règle et d'une conscience des effets du non-respect.

On peut donc conclure que la procédure de médiation est un processus de communication qui prépare le mineur à assumer ses futures responsabilités de citoyen. En cela, la médiation est un processus globalement éducatif.

La médiation peut également agir comme prévention secondaire ou tertiaire, en anticipant les risques de récidives ou de délinquance chronique.

Enfin, la médiation touche les aspects psychologiques et émotionnels. Le mineur agit très souvent par impulsion, par recherche d'expériences, sous diverses influences (paris, psychotropes, alcool...) ou par réaction. Il ne maîtrise pas toutes les implications de son acte. Aussi, par la confrontation qu'elle implique, la médiation a-t-elle un impact psychologique important sur l'auteur d'une infraction, impact dont on peut attendre, par les émotions véhiculées, des effets triplement favorables sur la reconnaissance du délit, sur la reconnaissance de la victime et sur la reconnaissance de la loi. Cet effet permet alors de travailler avec l'auteur sur ce qu'il faut faire pour éviter de telles réalités sociales et relationnelles, pour choisir entre le juste et le faux et pour prendre des décisions raisonnées (à défaut d'être toujours raisonnables...).

La médiation, qui ne doit pas être considérée comme la panacée universelle, est un instrument qui complète extrêmement bien la philosophie de la justice des mineurs et s'intègre dans les objectifs éducatifs de cette justice spécialisée.

Il faut espérer que le droit des adultes profite de l'expérience menée en droit des mineurs et inscrive un jour cette possibilité dans sa loi. En effet, l'encadrement législatif est une étape essentielle pour convaincre les sceptiques. Pourtant, cela ne suffit pas. Le développement et la promotion du recours à la médiation requièrent un minimum de finances et une pérennité du financement, une subordination à une bonne implantation géographique des structures et aussi et surtout une réflexion sur le rôle de chacun des acteurs, en particulier de celui du magistrat.

d) dans les cantons latins

Le canton de Fribourg est devenu, à ma connaissance, le pionnier à légiférer pour les mineurs. En effet, les autorités fribourgeoises ont réagi avec à propos et célérité en introduisant, le 1^{er} juillet 2002, la médiation dans la loi sur la juridiction pénale des mineurs (LJPM) du 27 novembre 1973, puis en adoptant, le 16 décembre 2003, l'ordonnance fribourgeoise sur la médiation dans la juridiction pénale des mineurs (OMJPM), dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1^{er} janvier 2004, enfin en instituant un Bureau "étatisé" de la médiation, qui fonctionne depuis le 1^{er} novembre 2004.

Aujourd'hui, la médiation est ancrée dans la loi fédérale applicable aux mineurs depuis deux ans et les cantons ont, à ma connaissance, tous élaboré une loi d'exécution.

Il sied ici de donner un rapide aperçu des pratiques des cantons latins :

Valais :

Base : - loi d'application de la loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 14 septembre 2006
- règlement interne adopté par les juges des mineurs

Médiateurs : indépendants

Statistiques : de 2007 à février 2009 : 17 cas, dont 9 arrangements

Vaud :

Base : règlement du 10 juillet 2007 sur la médiation dans le cadre de la juridiction pénale des mineurs

Médiateurs : indépendants

Statistiques : 2008 : 14 cas (résultats positifs)

Critère : les cas dans lesquels les protagonistes sont amenés à continuer à se côtoyer

Jura :

Projet pilote depuis 2003

Base : ordonnance portant application de la loi sur le Tribunal des mineurs du 26 septembre 2007

Médiateurs : Fondation St-Germain (AEMO)

Statistiques : 2007 : 18 mineurs concernés; 2008 : 17 mineurs, dont une affaire avec 7 mineurs (9 mineurs ont trouvé un arrangement)

Tessin :

Base : règlement sur la médiation pénale des mineurs du 23 janvier 2007

Médiateurs : indépendants

Statistiques : 2007 : 22 affaires (bonne réussite);
2008 : environ 22 affaires (beaucoup d'échecs)

Critère : infractions de peu de gravité (surtout l'art. 144 CP)

Neuchâtel :

Base : arrêt relatif à la médiation pénale pour les mineurs du 2 juillet 2008

Médiateurs : un ou deux (co-médiation) médiateurs indépendants ou association de médiation

Statistiques : aucune, les premières affaires ont été soumises au début 2009

Genève :

Base : la loi du 11 novembre 2008 sur les juridictions pour enfants et adolescents (art. 53)

Médiateurs :

Statistiques :

Il est donc juste de dire qu'aujourd'hui la procédure de médiation en droit des mineurs est théorisée, alors que la pratique en est encore à ses balbutiements. A l'heure actuelle, celle-ci n'a pas fourni une grande jurisprudence ! Il me paraît dès lors judicieux d'examiner le rôle du juge des mineurs à la lumière de l'Ordonnance fribourgeoise sur la médiation dans la juridiction pénale des mineurs.

V. Le rôle du juge des mineurs dans la législation fribourgeoise

Cette Ordonnance, qui fixe l'essentiel de l'organisation de la médiation pénale pour les mineurs, est une loi très concise comprenant 21 articles. En cela, elle correspond bien au caractère spécifique du droit des mineurs moins formaliste que le droit ordinaire et à la procédure de médiation également moins rigide que la procédure pénale.

Néanmoins, elle consacre tous les grands principes du droit des enfants et respecte ceux de la procédure :

- participation volontaire des parties
- confidentialité
- service accessible à tous (gratuité)
- utilisation de la médiation dans toutes les phases de la procédure
- autonomie des services de médiation.

Elle correspond aussi entièrement aux critères fixés par la Commission constituée par le Conseil d'Etat fribourgeois, à savoir :

- reconstruire des modes de règlement des différends tombés en désuétude
- renforcer la position des victimes
- imaginer d'autres solutions que la peine privative de liberté et les mesures d'enfermement
- réduire le coût et la charge de travail du système de justice pénale et en améliorer son efficacité.

Quel rôle cette ordonnance accorde-t-elle au juge des mineurs ?

Rappelons l'art. 8 DPMIn qui stipule à son alinéa 1 que l'autorité compétente peut suspendre la procédure et charger une organisation ou une personne reconnue et compétente en la matière d'engager une procédure de médiation et à son alinéa 3 que l'autorité compétente classe la procédure.

De l'art. 2 OMJPM, il ressort que "la médiation dans la juridiction pénale des mineurs est un processus par lequel le ou la juge charge une personne qualifiée et autonome, le médiateur ou la médiatrice, de conduire des entretiens en vue de la recherche d'une solution librement négociée entre une ou plusieurs personnes lésées et une ou plusieurs personnes mineures mises en cause à la suite d'un conflit issu de faits susceptibles de constituer une infraction pénale".

Actuellement, l'autorité compétente est donc le juge informateur, c'est-à-dire le juge qui dirige l'enquête : rien empêche toutefois le Président de la Chambre, soit le juge unique, ou la Chambre, soit le juge unique et deux assesseurs, de suspendre la procédure de jugement et de renvoyer les parties en médiation. Dans le futur Code de procédure, seront compétents : le juge des mineurs (le procureur des mineurs pour la Suisse allemande) et le Tribunal des mineurs.

Pour bien comprendre le rôle joué par le juge des mineurs, il importe de présenter le déroulement d'un cas pratique.

1. La police adresse au juge un rapport dans lequel elle dénonce un mineur pour une infraction.
2. Le juge examine de façon approfondie le dossier, en particulier sous l'angle des critères de délégation (art. 9 OMJPM) :
 - a) lésé identifié
 - b) faits établis pour l'essentiel
 - c) faits reconnus par l'auteur
 - d) accord du Ministère public (faits graves, cf. liste annexée)

Dans certains cas, le juge peut, avant de recourir à la médiation, demander l'avis du médiateur (ex. l'ensemble d'une famille concernée par des AOS commis par deux frères sur leur demi-sœur handicapée).

Les critères du DPMIn (art. 8) ont été formulés après ceux de l'OMJPM ! Ainsi, selon le droit fédéral, la suspension de la procédure aux fins de médiation est possible lorsque :

- a) il n'y a pas besoin de mesures de protection (cf. art. 18 OMJPM : les mesures sont réservées)
- b) les conditions d'exemption de la peine (art. 21 al. 1 DPMIn) ne sont pas remplies
- c) les faits sont pour l'essentiel établis
- d) il n'y a pas de crimes graves commis
- e) toutes les parties sont d'accord.

3. Le juge prend l'initiative de recourir à la médiation et adresse, si les conditions de la médiation sont réalisées, un courrier aux parties concernées pour les informer (art. 10 al. 1 OMJPM; cf. lettre d'information annexée) et transmet en même temps le dossier au médiateur du Bureau de la médiation (art. 11 al. 1 OMJPM), lequel donne connaissance aux parties de leurs droits en relation avec ce processus, de la nature volontaire et de la portée de la démarche ainsi que les conséquences possibles de leur décision sur la procédure pénale (art. 10 al. 2 OMJPM).
4. Le juge impartit au médiateur un délai raisonnable (3 mois), en tenant compte des spécificités de la cause, en particulier de la nature de l'infraction et de la situation personnelle des parties (art. 11 al. 2 OMJPM; cf. entretiens téléphoniques avec le Bureau de la médiation; arrêt du TC du 8 août 2007 : le délai de la prescription continue à courir pendant la procédure de médiation).
5. Durant tout le processus, le juge reste maître de l'action pénale. Il peut en tout temps s'enquérir de l'état d'avancement de la médiation (art. 11 al. 3 OMJPM). Il s'agit là d'une caractéristique essentielle de la médiation judiciaire qui reste sous le contrôle du juge à tous les stades de la procédure, aussi bien au stade de l'enquête qu'à celui du jugement, selon l'état d'avancement des dossiers à la demande du juge, ainsi que le tableau adressé tous les 4 mois par le Bureau de la médiation.

Ici, se pose la question suivante : pourquoi le législateur fédéral ne veut-il pas de médiation dans la phase de l'exécution du jugement ? L'OMJPM a prévu cette possibilité à son article 8. En effet, le Juge des mineurs est l'autorité d'exécution et à ce titre suit le condamné jusqu'à la fin de l'exécution de la sanction ou de la mesure. Ce faisant, il garde un contact étroit avec l'auteur condamné et répond aux demandes des victimes. Or, il n'est pas rare qu'un mineur condamné ou parfois une victime, tous deux rebelles au départ à toute médiation, ressentent, avec du recul, le besoin pour le premier de s'excuser de vive voix ou pour le second de comprendre le geste de l'auteur. Dans ces cas assez fréquents, une rencontre entre les parties sous la bienveillante attention du médiateur apporterait sans doute l'apaisement souhaité.

6. Une fois la médiation terminée, le médiateur retourne le dossier au juge avec un rapport constatant l'accord ou l'échec du processus (17 al. 1 OMJPM).
7. En cas d'échec, la procédure est reprise par le juge pour décision. En cas d'accord, le juge renonce à la poursuite ou acquitte l'auteur (art. 18 al. 1 OMJPM) et met les frais relatifs du dossier judiciaire (la procédure de médiation elle-même étant gratuite, art. 20 OMJPM) à la charge de l'auteur ou les répartit entre les parties selon leur accord.

VI. Statistiques

Quelques chiffres

<u>Affaires déléguées au Bureau de la Médiation</u>	<u>2005</u>	<u>2006</u>	<u>2007</u>	<u>2008</u>
nb d'affaires déléguées	77	79	99	84
concernant (nb de mineurs impliqués et mis en cause)	128	153	161	145
Processus ayant conduit à un accord de médiation	40	54	73	66
concernant (nb de mineurs impliqués et mis en cause)	65	65	144	105
Processus n'ayant pas abouti à un accord de médiation	9	13	29	20
concernant (nb de mineurs impliqués)	15	28	49	33
Processus en cours au 31 décembre	28	40	31	26
concernant (nb de mineurs impliqués et mis en cause)	48	91	48	51

VII. Quelques obstacles

Aujourd'hui, on parle beaucoup de médiation, mais cette procédure dans le système judiciaire pénal, seulement institutionnalisée en droit des mineurs, se heurtent à plusieurs obstacles :

1. la procédure de médiation considérée comme une alternative aux peines privatives de liberté notamment détonne au sein même de la population qui réclame aujourd'hui et en réaction aux révélations d'affaires extrêmement graves un net durcissement de la loi. Faut-il donc abandonner une procédure pacifique et modifier une loi sur la base de quelques affaires graves et médiatisées à outrance ? Evidemment non, tant il est clair que les réactions émotionnelles n'apportent jamais de bonnes solutions.
2. Faute d'ouvrages et d'articles, la médiation est encore méconnue d'un grand nombre de magistrats qui peinent à appréhender ses apports et se montrent réticents à son égard. En effet, de nombreux juges estiment être aptes à un travail d'entremise caractéristique de la médiation et souhaitent conserver la direction du procès à travers ses différentes étapes. Ils considèrent au surplus que le recours généralisé à la médiation appauvrirait l'intérêt de leur fonction, notamment dans les dossiers complexes. Les avocats et les parties elles-mêmes sont aussi en manque d'information et rechignent à se lancer dans une telle procédure. Il importe donc que le juge soit en mesure d'informer, d'expliquer, de proposer, voire de rassurer, par courrier ou, comme le préconise la R 98 - 1 du Conseil de l'Europe, dans un premier rendez-vous informatif.

3. Des interrogations existent sur le plan procédural, notamment sur :

- le moment le plus approprié pour faire intervenir la médiation
- le déclencheur du processus : juge unique ou collège de juges
- la durée de la médiation
- la suspension de la prescription
- le contrôle du respect de l'ordre public et des positions jurisprudentielles acquises dans le cadre d'une homologation censée ne plus être modifiée par le juge
- l'inspection des services de médiation
- la transparence, la publicité, les droits de recours etc.

En institutionnalisant et en pratiquant la médiation, toutes ces questions seront discutées et résolues.

4. Le choix des médiateurs par le magistrat, chargé de vérifier les aptitudes et les qualifications de celui-ci (le système fribourgeois y échappe !), suscite de gros débats. Actuellement, il appartient au juge de se constituer un "vivier" de médiateurs si aucune liste n'a été retenue. Peut-être verrons-nous des structures spécialisées regroupant à l'instar des cabinets médicaux, des avocats spécialisés, des psychologues et des médiateurs, ou encore comme au Québec des officines de médiation proposant leurs services dans des domaines les plus variés.
5. Le coût de la médiation peut, dans un premier temps, paraître élevé, en particulier lorsque les médiateurs, comme à Fribourg, sont "étatisés", c'est-à-dire des fonctionnaires nommés et payés par l'État. Mais si l'on considère la réduction du travail des juges - pas d'augmentation du taux d'activité des juges depuis environ 10 ans - et l'efficacité du processus - moins de contestations du fait de la participation active des victimes -, les montants octroyés au Service de la médiation ne grèvent pas le budget !

VIII. Conclusion

La médiation pénale est un mode de résolution de conflits découlant d'une nouvelle conception de la justice pénale : la justice dite restaurative. Il s'agit d'une voie intermédiaire mais non exclusive dont la vocation peut s'inscrire dans une logique procédurale. Le juge doit apprécier en fonction de la configuration et de l'objet du litige et du profil psychologique des parties l'opportunité de proposer un processus de médiation. L'originalité du dispositif réside dans le fait que malgré son intégration dans la procédure, la médiation n'est pas outil d'aide à la décision. Dès lors, le juge peut, le cas échéant, combiner une médiation avec des mesures d'instruction. A première vue, cette pratique semble contraire à l'éthique et à la déontologie mêmes de médiation, mais une mesure d'expertise peut apporter un élément indispensable à la compréhension du litige et à son apaisement. Le juge reste toutefois le garant des intérêts des parties en ce qui concerne le bon déroulement de l'ensemble du processus, la vérification du consentement quant au contenu des accords et à la validité de ceux-ci.

En Suisse, la médiation pénale est une institution existant dans le droit pénal des mineurs. La reconnaissance d'une telle procédure en droit des adultes passera par la continuation des différents projets cantonaux et par l'émergence des expériences réalisées au niveau des mineurs.

Bienne, le 7 mai 2009
Michel Lachat
Juge des mineurs