

INSTILLER DANS LA PROCEDURE PENALE UNE CULTURE DE MEDIATION¹

Antonio BUONATESTA

Directeur de l'ASBL Médiate

et

Georges KELLENS

Professeur émérite de l'Université de Liège ²

¹ Article publié dans: *Liber Amicorum Henry-D.Bolsly*, Bruxelles, La Charte, 2009, p.211-218

² Les auteurs remercient Denis Van Doosselaere de sa lecture attentive et experte.

En matière pénale, la médiation est mitoyenne, entre droit pénal et procédure pénale.

On a déjà beaucoup écrit sur la « médiation pénale » de 1994³, dont les deux termes « hurleraient d'être accouplés ». Il convient pourtant de reconnaître dans la création du service de médiation pénale, espace sans doute utilitaire et instrumentalisé, une tentative, voire une façon d'introduire un peu de culture de la médiation.

Ses pratiques ont permis de réelles médiations, qu'un vade-mecum a eu pour fonction de guider⁴. Le volet réparateur et négocié de cette loi a été renforcé par la circulaire commune du ministre de la Justice et du Collège des procureurs généraux du 30 avril 1999⁵. « Cette circulaire retient notamment, comme critères de politique criminelle pour l'orientation des dossiers vers la médiation pénale, l'existence d'une victime identifiée et d'un dommage, et l'existence d'un enjeu important sur le plan émotionnel en raison, par exemple, d'une composante violente ou de l'importance du maintien des relations existant entre l'auteur et la victime avant l'infraction »⁶.

L'offre de médiation à tous les stades du cheminement pénal et pour tout type de faits, souvent qualifiée de « médiation réparatrice »⁷, introduite par la loi du 22 juin 2005, représente une avancée plus importante de l'idée de justice restauratrice dans la procédure pénale.

³ Notamment dans l'ouvrage contenant les actes du colloque organisé pour le 60^e anniversaire de l'Ecole des sciences criminologiques Léon Cornil et en hommage aux professeurs Jean Sace, Colette Somerhausen et Dimitri Kalogeropoulos, Ph. MARY (dir.), *Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social ?*, Bruxelles, Bruylant, 1997. Voyez aussi A. RAES, *Een communicatieve en participatieve justitie? Een onderzoek bij het openbaar ministerie als hedendaagse bestraffer*, unpublished Phd dissertation (Brussels, Vrije Universiteit Brussel), 2006 ou I. AERTSEN, *Victim-offender mediation in Belgium*, in *Victim-Offender Mediation in Europe - Making restorative justice work*, The European Forum for Victim-offender Mediation and restorative Justice (Ed.), 2000.

⁴ S. DEMET, K. LAUWAERT, E. MAES, A. PIERS, D. VAN DOOSSELAERE, *Mesures et peines alternatives. Vade-mecum pénologique*, Heule, U.G.A., 1997.

⁵ Circulaire commune du ministre de la Justice et du Collège des procureurs généraux relative à la médiation pénale, « COL 8/99 » du 30 avril 1999, points 2.1., 2.2. et 4.2.2.

⁶ L. NOUWYNCK, *Introduction au concept de justice réparatrice*, document à l'usage de la formation des magistrats sur « La place de la victime dans le système pénal » organisée par le Conseil supérieur de la Justice, janvier 2007.

⁷ Par exemple dans les Codes La Charte, M. DANTINNE, V. SERON, *Droit de l'exécution des peines*, Bruxelles, La Charte, 2008, et surtout dans l'arrêt de la Cour de cassation (2^e ch., F) du 19 novembre 2008 (annoté dans la *Revue de droit pénal et de criminologie* de mars 2009, sous presse).

Cette offre de médiation a pénétré en droit pénal dans l'édition de 2007 de *l'Introduction au droit pénal et à la criminologie* de Françoise Tulkens et Michel van de Kerchove, et en procédure pénale, dans l'édition de 2006 du manuel de Michel Franchimont, Ann Jacob et Adrien Masset, et dans celle de 2008 du manuel de notre jubilaire Henri Bosly, de Damien Vandermeersch et Marie-Aude Beernaert.

Si l'on se réjouit de cette entrée dans la cour des grands, on reviendra tout à l'heure sur les réticences que l'on doit avoir à l'endroit de l'appellation « médiation réparatrice ».

Quoi qu'il en soit, ce paraît une belle matière à traiter dans ce volume d'hommage à cet ami de toujours, grand pénaliste et grand processualiste.

Que cette contribution soit écrite à quatre mains s'explique par une longue collaboration au sein de l'ASBL « Médiante » - l'homologue de l'ASBL « Suggnomè » du côté flamand -, dont, depuis sa création, le premier d'entre nous est le directeur, et le second le président.

Il a fallu un long chemin pour arriver à la loi, et un gros effort pour la mettre en œuvre.

Comme souvent pour les grandes étapes de la politique criminelle, la loi a été précédée d'une réflexion philosophique et d'une expérimentation pratique, influencées par des modèles mondiaux (John Braithwaite, docteur *honoris causa* de la K.U.L., n'est pas loin), et relayées par des recommandations européennes.

La Katholieke Universiteit Leuven a joué un rôle déterminant dans ce domaine⁸.

Anne Lemonne, Leo Van Garsse, et récemment dans sa thèse Katrien Lauwaert, ont bien rappelé qu'en 1993 déjà, le Groupe de recherche en pénologie et victimologie de la Katholieke Universiteit Leuven mettait sur pied une recherche-action dans le domaine de la médiation réparatrice (*herstelbemiddeling*), visant à explorer l'idée de médiations dans le cadre d'infractions graves⁹.

Il s'agissait ici, non plus d'une offre de diversion concernant des infractions de relativement faible gravité (pour lesquelles, en vérité, le risque était moins la

⁸ L. DUPONT, F. HUTSEBAUT (eds), *Herstelrecht tussen toekomst en verleden. Liber amicorum Tony Peters*, Leuven, Universitaire Pers, 2001.

⁹ A. LEMONNE, « Evolution récente dans le champ de la médiation en matière pénale : entre idéalisme et pragmatisme », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 100/2-3 (février-mars 2007), p. 156-169.

poursuite que le classement sans suite), mais d'une véritable *alternative* (on nuancera après cette notion d'alternative, qui peut être parallèle, sécante, parfois perpendiculaire, complémentaire en tout cas) « *restauratrice* » au système pénal, spécialement dans le cas d'infractions graves.

« La médiation auteur-victime établie dans le cadre de cette recherche-action devait offrir non seulement une possibilité de dialogue pour le délinquant et sa victime - 'communication horizontale' - mais également une opportunité de communication entre le juge et les parties - 'communication verticale', le projet ayant pour ambition de transcender le niveau strictement interindividuel de la médiation pénale pour le resituer dans le contexte social en offrant à la victime et à l'auteur, ainsi qu'à ses proches, la chance de réagir sur ce qui est socialement acceptable et ce qui ne l'est pas, en prenant leur conflit comme point de départ »¹⁰. Cette communication verticale pouvait être couronnée, le cas échéant, par l'intégration par le magistrat, dans sa décision, d'un accord convenu par les parties.

Dès 1998, le GACEP, partant de son expérience dans le domaine de la protection de la jeunesse¹¹, avait accompli la même démarche dans le champ des majeurs, sous l'appellation de « *médiation après poursuites* »¹². Il s'agissait, comme l'écrivait le premier d'entre nous, d'ouvrir une véritable perspective réparatrice tout au long de la procédure pénale traditionnelle, qui mobilise au mieux et à tout moment les intéressés dans la recherche d'une solution négociée. Cette perspective s'imposait naturellement dès lors que les conflits, tensions et ressentiments entre les parties, ainsi que les possibilités de les traiter de manière consensuelle, ne disparaissent pas du simple fait qu'une action publique est mise en mouvement¹³.

L'offre de médiation fut même étendue au delà de la décision judiciaire, spécialement lorsque des « *consultants en justice réparatrice* », à présent mis à mal, firent entrer la justice réparatrice en milieu carcéral¹⁴.

¹⁰ A. LEMONNE, *op. cit.*, p. 158.

¹¹ Sur d'autres expériences, d'Arpège notamment, v. D. VAN DOOSSELAERE, Ph. GAILLY, « La médiation auteur mineur d'âge – victime : le point de vue des praticiens », in : *Droit de la jeunesse*, Commission Université-Palais, vol. 53 (février 2002), p. 105-129.

¹² Nous commenterons plus avant en quoi cette appellation s'avère également inadéquate depuis l'entrée en application de la loi du 22 juin 2005.

¹³ A. BUONATESTA, « La médiation entre auteurs et victimes dans le cadre de l'exécution des peines », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 97/2 (février 2004), p. 242-257.

¹⁴ S. DEMET, « Le concept de justice réparatrice en question », dans l'ouvrage du deuxième d'entre nous, *Punir. Pénologie et droit des sanctions pénales*, Editions juridiques de l'Université de Liège, p. 43-58.

Selon le nouvel article 553 du Code d'instruction criminelle porté par la loi introduisant des dispositions relatives à la médiation dans le Titre préliminaire du Code de procédure pénale et dans le Code d'instruction criminelle (M.B. 27 juillet 2005), toute personne qui a un intérêt direct peut, dans chaque phase de la procédure pénale et de l'exécution de la peine, formuler une demande de médiation.

La médiation est définie dans cette loi comme un processus permettant aux personnes en conflit de participer activement, si elles y consentent librement, et en toute confidentialité, à la résolution des difficultés résultant d'une infraction, avec l'aide d'un tiers neutre s'appuyant sur une méthodologie déterminée. Elle a pour objectif de faciliter la communication et d'aider les parties à parvenir d'elles-mêmes à un accord concernant les modalités et les conditions permettant l'apaisement et la réparation.

Ce processus est conçu comme tout aussi important qu'un accord dont les parties conviendraient éventuellement. A elle seule, la *communication* peut déjà donner une importante impulsion à la pacification et à la réparation.

Une recherche en cours à l'Institut national de criminalistique et de criminologie relative à la politique en faveur des victimes semble indiquer que le recours à la médiation avait permis à un certain nombre d'entre elles de canaliser leurs émotions négatives (d'exprimer leur colère, de transcender la haine qu'elles portent en elles) ; « de transmettre leur message à l'auteur (lui exprimer leur souffrance et la perte de qualité de vie que leur acte a engendrées) ; de se faire 'une autre idée de la vérité' (en recevant des informations concernant les faits que seul l'auteur peut leur apporter dans le cadre d'une rencontre dénuée d'enjeux pénaux ou en obtenant des réponses à des questions plus personnelles). Pour certaines, enfin, elle leur a permis d'élaborer ou de contrôler, de manière plus réaliste, les conditions de libération conditionnelle. Dans la majorité des cas, les victimes interrogées ont exprimé avoir ressenti un apaisement important suite à la rencontre avec l'auteur, ne le voyant plus de manière aussi noire qu'auparavant et leur permettant d'envisager d'une manière très différente sa future libération : leur crainte s'étant souvent estompée, elles ont dit avoir souvent éprouvé le sentiment de pouvoir enfin 'tourner la page' »¹⁵.

¹⁵ A. LEMONNE et T. VAN CAMP, *Quatrième rapport intermédiaire de recherche portant sur l'évaluation de la politique en faveur des victimes en Belgique*, non publié, cité par A. LEMONNE, *op. cit.*, p. 167, n. 40.

Les médiateurs¹⁶ semblent avoir une perception analogue : « Avec la médiation l'infraction est avant tout considérée comme une atteinte portée à la relation entre l'auteur et la victime. On peut recentrer le débat sur eux et leur laisser la possibilité de s'exprimer sur leurs attentes, leurs besoins, leurs préoccupations. Ils peuvent être davantage acteurs de la résolution du conflit et de ses conséquences ».

« La communication n'étant souvent plus possible entre les parties en cause, la médiation permet de faciliter les échanges d'informations, tout en veillant à ce que les intérêts de chacune d'elles soient respectés. On aide ainsi celles-ci à trouver des solutions plus satisfaisantes et si possible apaisantes ».

« Cette médiation n'est ni un préalable, ni une fin en soi. C'est une étape dans les 'cheminements réparateurs' respectifs de l'auteur et de la victime et un point de jonction entre les deux. Ces cheminements doivent permettre, de façon simplifiée, à la victime de retrouver une certaine maîtrise de sa vie, et à l'auteur de passer de la simple culpabilité à la responsabilité. La médiation y participe à l'instar d'autres interventions (aide aux victimes et aux auteurs notamment). En ce sens, elle n'est pas seulement un complément de la justice classique, mais aussi de l'action des autres intervenants qui vont aider les auteurs et les victimes ».

« Le concept de 'cheminement réparateur' se retrouvera essentiellement dans le cadre de faits où les conséquences ont eu un retentissement assez important dans la vie des gens ».

Cette incontestable composante « réparatrice » de la médiation à différents niveaux ne justifie pas pour autant, selon nous, que l'on qualifie de « médiation réparatrice » le dispositif mis en place par la loi du 22 juin 2005.

Tout comme le choix de l'appellation « médiation après poursuites », celui de « herstelbemiddeling », avait essentiellement été dicté par la nécessité de distinguer les deux projets pilotes de la procédure de « médiation pénale ». Dans la mesure où il s'agissait d'explorer prioritairement les possibilités de médiation dans des cas d'infractions graves où les poursuites étaient déjà engagées, l'appellation « médiation après poursuites » du projet pilote francophone a été préférée à celle de « médiation réparatrice », considérant que celle-ci n'était pas censée être plus « réparatrice » qu'une médiation « pénale » impliquant effectivement une victime.

¹⁶ Merci à Marie-Cécile Collard, à Aurore Goffard, à Nathalie Hargot, à Grégory Havelange, à Catherine Jacquain, à Isabelle Martin, à Sylvaine Paquet, à Philippe Paulet, à Catherine Vanbellinghen, de leur coopération.

Entre-temps, la loi du 22 juin 2005 a confirmé le principe selon lequel la médiation organisée dans le champ pénal doit nécessairement être conçue comme un service accessible à tous les stades de la procédure et indépendamment de celle-ci. Ce nouveau champ d'application élargi a rendu caduque l'appellation « médiation après poursuites » sans pour autant confirmer celle de médiation « réparatrice ». Aucun de ces deux termes ne figure dans la loi. Au moment où l'on déplore l'accouplement malheureux des termes « médiation pénale », il serait regrettable de pérenniser celui de « médiation réparatrice », dès lors qu'il a été conçu pour des motifs tout à fait conjoncturels.

Le qualificatif « réparateur » suscite également une certaine incompréhension auprès de collègues étrangers qui parlent volontiers de médiation entre victimes et auteurs d'infraction (« *Victim-Offender Mediation* »), de *médiation dans le champ pénal* ou de *médiation en matières pénales*, et réservent le qualificatif réparateur à une philosophie du droit ou de la justice¹⁷. Cette gamme terminologique nous paraît plus adéquate.

Ajoutons enfin la difficulté d'ordre méthodologique que peut susciter le qualificatif « réparateur » lorsqu'il s'agit de gérer des faits d'une gravité telle que les parties intéressées s'indigneraient de les voir considérés comme « réparables », du moins au sens d'une restauration d'un état antérieur.

Ce souci d'adéquation d'une appellation au champ réel d'intervention conduirait même à éviter de le terme de « médiation » et à parler plutôt de « *gestion de la relation* entre auteurs et victimes à toutes fins utiles pour les intéressés... ».

Cette ambiguïté du terme même de « médiation » est ressentie et exprimée par les médiateurs à différents niveaux.

« Beaucoup de personnes pensent que le terme 'médiation' est synonyme de rapprochement, alors que l'apaisement passe parfois, en ce qui nous concerne, par la gestion d'une mise à distance, par la simple expression d'émotions difficiles. Cette dimension ne semble pas toujours être comprise par les autres intervenants 'judiciaires' susceptibles de faire offre de médiation ».

« La confusion avec la 'médiation pénale' amène beaucoup de personnes à ne pas pouvoir l'envisager autrement que comme une alternative. Pourtant [...], elle prend sans doute tout son sens *en parallèle à la procédure classique*. Notons que la loi n'empêche pas qu'un magistrat classe 'sans suite' lorsqu'une

¹⁷ Paraphrasant le commentaire d'une victime sur son expérience de médiation, un médiateur relève que même l'appellation « Justice réparatrice » devrait être considérée comme un pléonisme dès lors que la Justice devrait par essence être réparatrice.

médiation au stade de l'information a été fructueuse. Si cela contente les parties, l'objectif est atteint.

« Le processus que nous proposons n'a pas d'objectif prédéfini en termes, par exemple, de réconciliation, d'excuses, de restauration d'un lien... Le seul objectif que nous pourrions viser est un apaisement pour les parties, mais il est naturellement assuré par le respect, à tous les moments de la médiation, des souhaits et attentes des parties en présence ». Telle victime faisait part de beaucoup de questions liées aux faits : « Qui est-il, pourquoi et comment m'a-t-il 'choisie', dois-je craindre des représailles, j'aimerais mettre un visage sur son nom car j'ai un 'trou noir' concernant l'agression, est-il prêt à me dédommager... ? », et de son côté, l'auteur était « très heureusement surpris de cette réaction de la victime, parce qu'il ne s'attendait pas à pouvoir être utile personnellement à la victime et à être en mesure de pouvoir répondre à ses questions et être source d'apaisement des angoisses qu'il avait causées par la commission des faits ».

Tel auteur prendra la parole « non pour excuser son geste mais pour expliquer à la victime comment il en est arrivé là, comment il perçoit son geste actuellement et son évolution personnelle depuis les faits », et la rencontre aura permis à la victime « de dépasser certaines de ses angoisses ».

« Il n'y a rien de pire – dira tel médiateur – que d'avoir une personne au téléphone et qu'elle me dise : 'Ah, Madame, si seulement vous m'aviez sonné plus tôt, ici je ne vois pas l'intérêt mais j'ai été victime autrefois, et là, j'aurais vraiment voulu entrer en communication avec mon agresseur' ».

Anne Lemonne montre que l'adoption en urgence de la loi de 2005 semble avoir été essentiellement, non idéaliste, mais pragmatique, parce qu'une loi était juridiquement nécessaire pour que l'amorce de justice réparatrice puisse se développer. Mais elle craint que « la mise en œuvre de ces dispositions, au lieu de correspondre réellement à une avancée vers un idéal de justice dominé par la 'restauration', participe de manière beaucoup plus pragmatique, à l'évolution d'une justice encore et toujours 'pénale', qui laisserait simplement çà et là de petites 'niches' pour la restauration », c'est-à-dire pour « la communication et la réparation »¹⁸.

Et Leo Van Garsse, pour sa part, dans un numéro thématique de la revue *Panopticon* consacré à la gestion du changement (*Veranderingsmanagement*),

¹⁸ A. LEMONNE, *op. cit.*, p. 166, et la conclusion p. 169.

est assez amer ¹⁹. Pour lui, l'introduction de la médiation était pour l'ASBL Suggnomè avant tout le cheval de Troie (en vérité, son expression est « la porte d'entrée ») d'une culture pénale plus orientée vers la justice restauratrice (« *in de eerste plaats bedoeld als een ingangspoort naar de bevordering van een meer herstelgerichte strafrechtelijke cultuur* »). Ce devait être « le catalyseur d'un changement culturel entre les instances impliquées, avec l'accent sur le besoin d'une justice plus compréhensible et plus communicative ». Et, par rapport à cette ambition structurelle, à long terme, en l'absence d'un mandat formel, la pratique de la médiation risque d'être trop fragile et trop cachée pour dépasser le pragmatisme et la marginalité. Il n'y aurait pas encore de *politique de justice restauratrice*.

Même s'il est clair que le politique n'accorde pas la priorité qui devrait être reconnue à la justice restauratrice, quelques éléments chiffrés permettent de montrer que la situation évolue.

D'un point de vue strictement *quantitatif*²⁰, on est certes encore loin d'une imprégnation maximale de la médiation à tous les stades de la procédure, qui reste encore fort dépendante d'une implication discrétionnaire des différents acteurs judiciaires concernés. Sur ce point, il importe de donner corps aux principes directeurs de la loi de 2005, notamment en matière d'accessibilité générale à l'offre de médiation, par toute une série de dispositions qui précisent plus concrètement le rôle et l'importance de ces acteurs dans une application optimale de la loi.

D'un point de vue *qualitatif* cependant, son application croissante dans des dossiers très lourds généralement traités au stade de l'exécution de la peine confirme dès maintenant une plus-value dans l'exercice de la justice, encore inconcevable il y a quelques années. Une simple séquence chiffrée suffit à illustrer ce constat : sur 373 médiations organisées dans des dossiers de meurtre et homicide involontaire, on observe près de 54 % de résultats positifs (échanges personnels bénéfiques ou engagements écrits) et on dénombre plus de 40 rencontres en face à face.

¹⁹ L. VAN GARSSE, « De implementatie van de herstellbemiddeling : veranderingsmanagement in samenspraak », *Panopticon*, 29/5 (september-oktober 2008), p. 14-30.

²⁰ Les offres de médiation sont passées de 141 (en 2000) à 377 (en 2004) et à 830 (en 2008) en Communauté française par exemple. Pour une explication de ces chiffres voyez les rapports d'activité de Médiate sur <http://www.mediante.be>. Voyez aussi ceux de Suggnomè pour la Flandre sur <http://www.suggnome.be>.

L'exemple de la réforme de la loi sur la protection de la jeunesse de 2006, qui a donné la priorité aux offres restauratrices, est encourageant. Comme pour les enfants, une série de phares commencent à briller dans la nuit, et à guider la navigation des passagers adultes.

Dans cette pratique, Katrien Lauwaert estime que l'essentiel repose encore trop sur les épaules des médiateurs²¹. Les organisations dont ils relèvent les soutiennent bien entendu. Ils se retrouvent dans des formations continuées. Ils auront progressivement comme référence les avis de la commission de déontologie qui se met en place²². Mais tout un environnement positif doit se développer pour encourager une culture de débat encore trop rare dans le terrain pénal, conçu comme une arène.

²¹ K. LAUWAERT, *Herstelrecht en procedurele waarborgen*, Apeldoorn-Antwerpen, Maklu, 2008, p. 333.

²² A.R. du 26 janvier 2006, *Mon. b*, 1^{er} février 2006.