

Letizia Vezzoni

La médiation en droit pénal des mineurs: de la théorie législative à la pratique

Die Einführung der Strafrechts-Mediation im Jugendstrafgesetz stellt einen wichtigen Schritt in der Entwicklung des Jugendstrafrechts dar. Nach einer kurzen Übersicht über die bisherige und aktuelle kantonale Rechtsprechung und einiger Überlegungen hinsichtlich der zukünftigen schweizerischen Strafprozessordnung, die auch auf Minderjährige anwendbar sein wird, vertieft sich der vorliegende Beitrag auf einige grundlegende Praktiken des Mediationsverfahrens, wobei er besonderen Augenmerk auf die Wiedergutmachung legt, zu der sich der Minderjährige im Rahmen der Mediation bereit erklären kann. Der Beitrag enthält weiter ein konkretes Beispiel zur Einführung der Strafrechts-Mediation, nämlich dasjenige des Kantons Freiburg. (ts)

Rechtsgebiet(e): Jugendstrafrecht

Zitiervorschlag: Letizia Vezzoni, La médiation en droit pénal des mineurs: de la théorie législative à la pratique, in: Jusletter 7. September 2009

Table des matières

- I. Introduction
- II. La situation judiciaire dans les différents cantons
 1. Du passé au présent
 - 1.1. Les cantons qui connaissaient déjà la médiation pénale pour les mineurs
 - 1.2. L'entrée en vigueur de la Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs
 - 1.3. La médiation pénale dans la pratique judiciaire cantonale
 2. Du présent au futur: la Loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs
- III. Le processus de médiation: les enjeux pratiques
 1. La suspension de la procédure durant la phase d'instruction: l'analyse de la situation personnelle du mineur
 2. La suspension de la procédure aux fins de médiation durant la phase de jugement: quelles différences entre le modèle du «Juge des mineurs» et le modèle du «Jugendanwalt?»
 3. Le médiateur: les aptitudes requises et son rôle dans le processus de médiation
 4. La réparation directe ou indirecte dans le cadre de la médiation pénale
 - 4.1. La prestation personnelle pénale
 - 4.2. La prestation personnelle médiée et les limites aux prétentions des victimes
 - 4.3. A partir de quel moment peut-on considérer la médiation comme aboutie?
 - 4.4. Le non aboutissement de la médiation
 - 4.5. Les infractions sans victime
 5. Comment gérer le cas particulier des coauteurs?
 6. Un exemple à suivre: le canton de Fribourg
 - 6.1. Introduction
 - 6.2. Les caractéristiques du processus de médiation dans la pratique fribourgeoise
 - 6.3. La prestation personnelle médiée
 - 6.4. L'aboutissement de la médiation
 - 6.5. La gestion des coauteurs
- IV. Considérations finales

I. Introduction

[Rz 1] En janvier 2007, après une longue et difficile période d'élaboration, sont enfin entrées en vigueur la nouvelle partie générale du Code pénal suisse¹ (ci-après CPS) et la Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs² (ci-après DPMIn), cette dernière constituant désormais une loi formellement indépendante. Si le Code pénal ne prévoit pas encore la médiation pénale³, le nouveau droit pénal des mineurs introduit expressément cette institution. Malgré le fait que l'adoption de la médiation pénale dans notre droit soit tardive par rapport aux pays qui nous entourent⁴, nous accueillons

positivement cette méthode alternative de résolution des conflits, inspirée par la justice réparatrice⁵, qui est destinée à donner un rôle central à l'auteur comme à la victime.

[Rz 2] Plusieurs définitions de la médiation pénale coexistent, mais celle prévue par la Recommandation (99)19 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil d'Europe le 15 septembre 1999 nous semble être la plus exhaustive. La médiation peut ainsi être définie comme «*tout processus permettant à la victime et au délinquant de participer activement, s'ils y consentent librement, à la solution des difficultés résultant d'un délit, avec l'aide d'un tiers indépendant, le médiateur*»⁶.

[Rz 3] L'introduction de la médiation dans la nouvelle Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs constitue une étape importante dans l'évolution du droit pénal des mineurs. Dans un premier temps et sans prétention d'exhaustivité, nous ferons un bref survol de la situation judiciaire actuelle des cantons. Nous aborderons, ensuite, quelques enjeux pratiques du processus de médiation, en mettant un accent particulier sur la prestation que le mineur peut être amené à fournir en tant que réparation directe ou indirecte⁷. La médiation pénale en droit des mineurs étant une institution encore peu connue, et afin d'éviter d'en rester à une contribution purement théorique, nous nous intéresserons plus précisément au canton de Fribourg, qui, à nos yeux, représente un bon exemple eu égard à sa longue expérience en la matière.

II. La situation judiciaire dans les différents cantons

1. Du passé au présent

1.1. Les cantons qui connaissaient déjà la médiation pénale pour les mineurs⁸

[Rz 4] En Suisse, l'intérêt pour la médiation pénale intervient dans les années 1990. Quelques cantons ont alors commencé à développer cette pratique en s'appuyant sur deux dispositions à caractère réparateur de l'ancien Code pénal (art.

¹ RS 311.0.

² RS 311.1.

³ La médiation pénale n'est pas expressément prévue par la nouvelle partie générale du Code pénal mais certains considèrent que l'on peut en retrouver le principe à l'art. 53 CPS sous la mention «*Exemption de peine en cas de réparation du dommage*». Voir à ce propos le Message concernant la modification du CPS, FF 1999 pp. 1787ss, ainsi que ROSSELLAT S., L'exemption de peine, in KUHN A. / MOREILLON L. / VIREDAZ B. / BICHOVSKY A. (éds.), La nouvelle partie générale du Code pénal suisse, Stämpfli, Berne, 2006, pp. 255-273.

⁴ SCHROEDER P., La médiation pénale dans tous ses états, Institut universitaire Kurt Böschi, Sion, 2002; FAHRNI S., Mediation im Jugendstrafrecht – eine vergleichende Studie über die rechtliche Ausgestaltung und Praxis in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Zürcher Studien zum Strafrecht, Schulthess, Zurich, 2001, ainsi que BONAFÉ-SCHMITT J.P., La

médiation pénale en France et aux Etats-Unis, Réseau Européen Droit et Société, Paris, 1998.

⁵ Pour un aperçu voir WALGRAVE L., La justice restaurative: à la recherche d'une théorie et d'un programme, Criminologie, 32(1), 1999, pp. 7-29.

⁶ Recommandation N° R (99)19 du 15 septembre 1999 du Comité des Ministres aux Etats Membres sur la médiation en matière pénale, § 17. Pour une analyse du contenu des diverses définitions trouvées dans la littérature, voir KUHN A., La médiation pénale, JdT 2002 I pp. 99-109.

⁷ Pour une définition des différents types de réparation voir GISEL-BUGNION M., Punir sans prison – quelques suggestions, Editions Labor et Fides, 1984, pp. 93-106.

⁸ KNOEPFLER J., Quelles sont les possibilités actuelles de la médiation dans la justice pénale en Suisse ? Quelles sont les évolutions envisageables ?, in RIKLIN F. (éd.), Mediation: ein Weg in der Strafjustiz, Lucerne 2001, pp. 91ss et aussi FAHRNI S., op. cit. ad nota 4.

88 pour ce qui concerne les enfants et art. 97-98 pour ce qui est des adolescents) et grâce à l'esprit d'initiative de certains magistrats et associations.

[Rz 5] En s'inspirant des expériences d'autres pays européens, ces cantons ont développé leurs pratiques de façon hétérogène et spécifique. Parmi eux, on trouve d'une part des cantons comme celui de Bâle-Campagne⁹, où le juge gérait lui-même les rencontres entre le jeune délinquant et la victime, ne déléguant ainsi pas cette tâche à un tiers¹⁰ (élément aujourd'hui primordial pour parler de médiation). D'autre part, certains cantons, tels que Zurich¹¹, le Valais¹² et Fribourg¹³, appliquaient de façon embryonnaire la médiation déléguée, soit celle confiée par l'autorité judiciaire «à une instance extérieure et autonome, [qui] fonctionne à l'intérieur du cadre judiciaire, que ce soit sur mandat ou sous contrôle judiciaire»¹⁴.

1.2. L'entrée en vigueur de la Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs

[Rz 6] En fixant les minima de la médiation pénale, la nouvelle Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, au travers des articles 8 et 21, prescrit une certaine uniformité dans les différents cantons. Inapplicables à elles-seules, ces dispositions ont amené les législateurs cantonaux à adopter des règlements d'application (art. 8 al. 3 DPMIn). En comparant ces différents textes de loi, on constate certaines similitudes entre ceux-ci, tous largement inspirés de la Recommandation (99)19 du Conseil d'Europe et des textes déjà existants sur notre territoire¹⁵. En général, ces textes d'application rappellent le principe de la médiation et fixent les conditions de mise en œuvre et d'aboutissement du processus de médiation, en passant par les principes directeurs (notamment l'indépendance et l'impartialité du médiateur, ainsi que la confidentialité des rencontres), les aptitudes requises d'un médiateur, les autorités compétentes, le règlement des frais, etc.¹⁶. En raison du caractère nouveau de la médiation, ces

textes ne règlementent que certains points, laissant une certaine marge de manœuvre (ou des lacunes à combler) aux praticiens, qui seront amenés à aborder de façon concrète le processus de médiation. Bien que le texte législatif soit le résultat de longues réflexions, on constate que le passage à la pratique entraîne de nombreux et laborieux efforts.

1.3. La médiation pénale dans la pratique judiciaire cantonale

[Rz 7] L'idée originelle de la présente contribution était d'analyser l'application pratique de la médiation pénale dans les différents cantons quelques deux ans après l'entrée en vigueur du DPMIn. Idée difficile à concrétiser! En effet, si certains cantons pratiquent depuis des années déjà la médiation pénale avec beaucoup de succès¹⁷, nombre de cantons n'ont formellement introduit la médiation dans leur législation que consécutivement à l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2007, du DPMIn.

[Rz 8] Le plus souvent, pour ces cantons «débutants» qui commencent à proposer aux parties de résoudre leur conflit à l'aide de la médiation, le processus en est encore à une phase initiale et le nombre de cas traités reste souvent très limité. Dès lors, une étude comparative et représentative de la réalité fédérale à ce jour demeure malheureusement impossible¹⁸.

2. Du présent au futur: la Loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs¹⁹

[Rz 9] A ce jour, la procédure pénale applicable aux mineurs est réglée par des dispositions spécifiques contenues dans les 26 législations cantonales que compte le droit suisse. Une importante étape vers l'unification du droit procédural a été réalisée avec la présentation, par le Conseil fédéral, du Projet et du Message y relatif concernant la Loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs (ci-après P-PP-Min). Le P-PPMin a été objet de multiples débats parlementaires et, conséquemment, plusieurs modifications ont été apportées. Le texte définitif²⁰ (ci-après PPMIn) a été adopté par le Parlement en mars 2009. Cette loi, comme le précise

⁹ BIERRI S., FEREL A., Täter – Opfer – Ausgleich. Ansatz einer kriminalpolitischen Reform im Strafrecht, Berne, 1994.

¹⁰ Cette manière de procéder correspond à ce qui est généralement appelé conciliation, voir à ce propos KUHN A., *op. cit. ad nota* 6.

¹¹ ZANOLINI V., Erste Erkenntnisse zur Mediation im Jugend- und Erwachsenenstrafrecht, RPS 125 (2007), pp. 395-418.

¹² LÉGER-COURTINE I., Les prémisses de la médiation pénale en Valais, Institut universitaire Kurt Bösch, Sion, 2006.

¹³ Le but ici n'est pas d'être exhaustif, mais de donner un aperçu du développement et conséquemment de l'intérêt pour la médiation pénale avant l'introduction de la Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs.

¹⁴ Pour une définition des différents types de médiation voir KUHN A., La médiation pénale en droit des mineurs, in BOHNET F. (éd.), *Le nouveau droit pénal des mineurs*, Université de Neuchâtel, Cemaj, 2007, pp. 58-75.

¹⁵ Pour le canton Fribourg par exemple, voir l'Ordonnance sur la médiation dans la juridiction pénale des mineurs (OMJPM), RSF 132.62.

¹⁶ A titre d'exemple, voir le Règlement sur la médiation dans le cadre de la

juridiction pénale des mineurs (RMJPM) adopté par le canton de Vaud le 10 juillet 2007, RSV 312.05.5.

¹⁷ Pour un aperçu du système mis en œuvre dans le canton Fribourg, voir DEMIERRE G., *La médiation pénale avec les mineurs*, RSC 2/2007, pp. 61-64.

¹⁸ A ce propos, voir BECK KADIMA M. / CHERIX C. / DEBONS C. / JOT E. / MICHEL V., *Médiation pénale pour mineurs en Suisse: les premières données – élaboration d'outils de recherche pour le recensement des données dans le cadre du lancement d'un Observatoire européen de la médiation*, Institut universitaire Kurt Bösch, Sion, 2007.

¹⁹ FF 2009 pp. 1705ss.

²⁰ Le délai référendaire a expiré le 9 juillet 2009.

le Message du Conseil fédéral²¹, constitue une *lex specialis* par rapport au futur Code de procédure pénale unifiée applicable aux adultes²² et contient uniquement les normes qui dérogent à ce dernier. Concrètement, l'art. 5 al. 1 lit. b PPMIn prévoit qu'une médiation aboutie entraîne obligatoirement la renonciation à toute poursuite pénale. Le principe de l'opportunité des poursuites²³, déjà prévu à l'art. 8 du futur Code de procédure pénale unifiée, trouve donc aussi sa consécration en droit des mineurs avec l'art. 5 PPMIn. Toutefois, ce principe n'est pas absolu et, en considérant le caractère avant tout protecteur de ce droit (art. 4 PPMIn), une restriction est apportée à son application dans le cas où des mesures de protection doivent être prises à l'égard du mineur (art. 5 al. 1 lit. a PPMIn)²⁴.

[Rz 10] L'art. 17 PPMIn traite également de la médiation pénale. Cette disposition prévoit en effet les conditions à remplir pour pouvoir entreprendre le processus de médiation et reprend pour l'essentiel ce qui est déjà prévu aux articles 8 et 21 al. 3 DPMIn²⁵. Au travers de cette disposition, le législateur souligne que la médiation implique l'abandon du cadre judiciaire et la remise de l'affaire à un intervenant extérieur à la justice. Ce point est essentiel pour la distinction souvent incomprise entre la médiation et la conciliation. Cette dernière, prévue à l'art. 16 PPMIn, devra, quant à elle, être menée par l'autorité d'instruction ou le tribunal des mineurs. Dans la PPMIn, la conciliation comme la médiation, sont possibles à tous les stades de la procédure, et leur aboutissement entraîne le classement de la procédure²⁶. L'intérêt de prévoir la médiation en plus de la conciliation réside dans la possibilité de charger un tiers externe à la justice, le médiateur, de mener les rencontres entre le lésé et le mineur délinquant, dès lors que des compétences particulières sont nécessaires. En outre, la médiation suppose une participation plus active des parties par rapport au processus de conciliation, où la solution est normalement proposée aux parties et non recherchée et créée par celles-ci²⁷.

III. Le processus de médiation: les enjeux pratiques

1. La suspension de la procédure durant la phase d'instruction: l'analyse de la situation personnelle du mineur

[Rz 11] Selon le DPMIn, la suspension de la procédure aux fins de médiation peut intervenir aussi bien en cours d'instruction (art. 8 DPMIn) que lors de la phase de jugement (art. 21 al. 3 DPMIn). Avant que le magistrat compétent ne renvoie la cause devant le médiateur, il nous semble alors nécessaire qu'il procède à l'analyse de la situation personnelle du mineur délinquant et, partant, de sa compréhension de l'illicéité de l'acte commis²⁸. En l'occurrence, si cette condition est usuellement remplie lorsque la procédure est suspendue durant la phase de jugement, il n'en va pas toujours de même lorsque le processus de médiation intervient dans le cadre de l'instruction. On peut toutefois déduire de l'art. 8 al. 1 lit. a DPMIn²⁹ que cette condition vaut également pour l'autorité d'instruction. En effet, cette disposition précise notamment que la médiation ne pourra pas intervenir s'il y a lieu de prendre des mesures de protection. Or, on voit mal le magistrat pouvoir se prononcer en l'espèce sans qu'il se soit préalablement penché sur les besoins éducatifs et thérapeutiques du mineur, ainsi que sur ses capacités cognitives et volitives³⁰. Par ailleurs, il faut prendre en compte le caractère intrinsèque de la médiation, qui se caractérise par une empreinte éducative et réconciliatrice importante. Dès lors, renvoyer un mineur au processus de médiation sans tenir compte de sa situation personnelle et de sa compréhension de l'illicéité de l'acte commis pourrait avoir un caractère nuisible, tant pour le mineur lui-même, qui devrait peut-être en premier lieu bénéficier d'une mesure de protection, que pour la victime, qui risque de se trouver face à un auteur incapable de faire face à un processus fondé sur la confrontation.

2. La suspension de la procédure aux fins de médiation durant la phase de jugement: quelles différences entre le modèle du «Juge des mineurs» et le modèle du «Jugendanwalt»?

[Rz 12] Les cantons, compétents pour légiférer en matière de procédure pénale³¹, ont réglementé de façon hétérogène

²¹ FF 2006 pp. 1057ss.

²² FF 2007 pp. 6583ss.

²³ A ce propos, voir FF 2006 p. 1340. Toutefois, on peut se poser la question de savoir s'il s'agit vraiment de la consécration du principe de l'opportunité des poursuites vu que, si les conditions sont remplies, l'autorité n'a pas le choix mais elle est obligée de renoncer à la poursuite.

²⁴ Comme c'est d'ailleurs déjà le cas aujourd'hui, cf. art. 8 al. 1 lit. a DPMIn.

²⁵ Il est à noter qu'en vertu de l'annexe mentionnée à l'art. 46 al. 1 PPMIn, les art. 8 et 21 al. 3 DPMIn, sont ceux consacrés à la médiation, seront abrogés et remplacés par les dispositions susmentionnées de la PPMIn.

²⁶ Pour une analyse de la notion de «classement» lors de la phase de jugement, voir KUHN A., *op. cit. ad nota* 14, pp. 69-70.

²⁷ Voir à ce propos KUHN A., *op. cit. ad nota* 14.

²⁸ On ne se réfère pas à la notion de responsabilité pénale telle que prévue à l'art. 19 CPS, mais de manière plus générale à la compréhension du caractère illicite de l'acte commis, que celle-ci fût déjà donnée au moment de la commission de l'acte ou qu'elle soit intervenue ultérieurement.

²⁹ Repris par l'art. 17 al. 1 lit. a PPMIn.

³⁰ Recommandation (99)19, § 13-15.

³¹ La compétence pour légiférer en matière de procédure pénale est

la procédure applicable aux mineurs. Ils connaissent deux grands modèles de base: le modèle du «Juge des mineurs», principalement choisi par les cantons romands, et le modèle du «Jugendanwalt» (traduit par «procureur des mineurs» dans la PPMIn), privilégié par les cantons alémaniques. Ces deux modèles ont été repris dans la PPMIn³².

[Rz 13] Dans les deux modèles, un seul et même magistrat (respectivement le juge et le procureur des mineurs) est en principe compétent pour instruire l'affaire (art. 30 PPMIn), rendre le jugement³³ (art. 32 PPMIn) et veiller à l'exécution de celui-ci (art. 42 PPMIn). Pour les cas plus graves toutefois (art. 34 al. 1 PPMIn), le modèle romand voit le juge se joindre au tribunal des mineurs pour prononcer la sanction (art. 6 al. 3 PPMIn), alors que le Jugendanwalt perd la compétence de juger et assure l'accusation devant ledit tribunal (art. 6 al. 4 PPMIn). Les cas sont alors considérés comme graves lorsque les infractions examinées sont susceptibles d'être sanctionnées, soit par un placement, soit par une amende de plus de 1'000 CHF, soit par une peine privative de liberté de plus de trois mois³⁴ (art. 34 al. 1 PPMIn).

[Rz 14] S'agissant de la médiation, on pourrait penser que le modèle du juge unique est le plus adéquat, au sens où il voit le même magistrat suivre le mineur tout au long de la procédure, quelle que soit la gravité de l'acte commis, alors que, dans le modèle alémanique, en cas d'infraction grave, une médiation initiée durant la phase de jugement sera du ressort d'une institution «étrangère» au mineur: le tribunal. On est toutefois tenté de croire que, si des éléments nouveaux propices à une médiation se présentaient à ce stade, le procureur des mineurs interviendra en faveur de celle-ci, et qu'il sera sans doute écouté par le tribunal. En outre, il faut préciser que les cas graves, tels qu'ils sont listés à l'art. 34 al. 1 PPMIn, représentent une toute petite minorité du volume de la délinquance juvénile. Enfin, il faut également relever que, à ce jour, la médiation n'est pas possible lorsque le mineur a commis un crime vraisemblablement passible d'une privation de liberté ferme au sens de l'art. 25 DPMIn (art. 8 al. 1 lit. d DPMIn)³⁵, même si cette condition n'est pas reprise dans la PPMIn. En conclusion, on peut donc affirmer qu'en termes de médiation il n'y a pas de différences marquées entre le modèle du «Juge des mineurs» et le modèle du «Jugendanwalt».

3. Le médiateur: les aptitudes requises et son rôle dans le processus de médiation

[Rz 15] Le DPMIn prévoit, à son art. 8 al. 1, que le juge peut suspendre la procédure et charger une organisation ou une personne reconnue et compétente en la matière d'engager une procédure de médiation. La PPMIn va dans le même sens en prévoyant que le médiateur doit être «une personne reconnue dans le domaine de la médiation» (art. 17 PPMIn). Le médiateur revêt donc un rôle essentiel et central dans le processus de médiation; mais qui est-il?

[Rz 16] La législation fédérale ne nous en dit pas beaucoup sur les aptitudes requises de la part d'un médiateur, mais les législateurs cantonaux précisent un peu ce point³⁶. En l'occurrence, si les principes déontologiques (notamment l'indépendance, l'impartialité, la confidentialité) semblent des notions acquises et indispensables pour garantir les droits des participants à la médiation, encore faut-il comprendre qui peut être médiateur, quelle formation il doit suivre et selon quels critères l'autorité compétente peut lui accorder l'habilitation à exercer.

[Rz 17] Dans certains textes cantonaux, les conditions personnelles et formelles nécessaires pour devenir médiateur sont énumérées. Nous relevons entre autres une formation universitaire ou équivalente, une formation reconnue et certifiée dans le domaine de la médiation, des connaissances de droit pénal, l'absence d'antécédents judiciaires, une autorisation d'exercer délivrée par l'autorité cantonale compétente et, pour certains cantons, l'obligation de prêter serment avant l'entrée en fonction³⁷.

[Rz 18] Dans la pratique, les travailleurs sociaux et les juristes³⁸ présentent le profil type du médiateur. Les législations cantonales ne mentionnent, malheureusement, que très laconiquement la formation spécifique requise par le médiateur, sans de surcroît spécifier son contenu, sa durée et sa reconnaissance. À notre sens, il semble indispensable, qu'indépendamment de la filière d'origine du médiateur, ce dernier ait une formation à la médiation spécifique, initiale et continue³⁹. Nous pensons, en particulier, à une formation permettant d'acquérir les bases des domaines psychologique, social et judiciaire. En outre, au-delà d'une prédisposition et d'un intérêt personnel pour le travail avec les jeunes, le médiateur devrait être formé à l'entretien et à l'écoute (par

aujourd'hui fédérale (art. 123 al. 1 Cst.) mais, jusqu'à l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale unifiée, les cantons demeurent compétents.

³² Pour une brève présentation des deux modèles et un aperçu de leur transposition dans la PPMIn, voir FF 2008 pp. 2759-2770.

³³ Ou plus précisément une ordonnance pénale.

³⁴ Quant aux raisons de ce choix, voir le Rapport explicatif relatif à l'Avant-projet de la Loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs, pp. 64-65. Cette limite a été objet de plusieurs débats au Parlement; à ce propos, voir BO CE 2007 1081, BO CN 2008 1235, BO CE 2008 881, BO CN 2009 67 et 271 ainsi que BO CE 2009 96.

³⁵ Rappelons que l'art. 8 DPMIn sera abrogé avec l'entrée en vigueur de la PPMIn (art. 46 al. 1 et annexe PPMIn).

³⁶ Pour le canton Genève par exemple, voir la Loi sur l'organisation judiciaire (LOJ), art. 156ss (RSG E.2.05).

³⁷ A titre d'exemple: pour le canton Fribourg voir l'art. 4 OMJPM; pour le canton de Vaud voir l'art. 3 RMJPM; pour le canton Neuchâtel voir l'art. 1 de l'Arrêté relatif à la médiation pénale pour les mineurs adopté le 2 juillet 2008 (RSN 323.2); pour le canton Genève voir l'art. 156 LOJ; pour le canton du Tessin voir l'art. 3 du Regolamento sulla mediazione penale minore adottato le 23 janvier 2007 (RST 4.2.2.1.2.).

³⁸ Exemple du canton Fribourg et du canton du Valais: BECK KADIMA M. / CHERIX C. / DEBONS C. / JOT E. / MICHEL V., *op. cit. ad nota* 18.

³⁹ Dans ce sens: Recommandation (99)19, § 24.

exemple l'écoute active, la reformulation) et aux techniques d'intervention. Il convient également de ne pas négliger le fait que l'implication du médiateur dans une relation conflictuelle entre deux parties exige également un engagement personnel actif pour lancer une négociation et faciliter une rencontre entre les acteurs.

[Rz 19] Pour pouvoir normaliser les formations, les requis ou encore le code déontologique au niveau national, il nous semble essentiel de faire référence à des organismes de certification et de surveillance *supra partae*, laissant la tâche aux cantons de déterminer les plus appropriés. A l'heure actuelle, la Fédération Suisse des Associations de Médiation⁴⁰ accomplit un travail important; elle a adopté un «*Règlement sur la reconnaissance des formations à la médiation et des médiateurs*», des directives éthiques, et propose des cours de formation à la médiation. Poursuivre sur cette voie nous semble souhaitable pour garder le maximum d'homogénéité au niveau national et pour créer les conditions nécessaires à une acceptation de la médiation en tant que vraie alternative au cursus pénal ordinaire⁴¹. La réglementation de ces aspects pourrait également être essentielle pour instaurer une base à la médiation pénale en droit des adultes⁴² et en faciliter l'entrée effective dans notre système pénal. Cependant, le législateur fédéral a pour l'instant décrété l'abandon pur et simple de l'ancien art. 317 du Projet de Code de procédure pénale unifiée⁴³ prévoyant la médiation pénale pour les adultes.

[Rz 20] Pour en revenir aux aptitudes requises d'un médiateur, le principe de la Recommandation (99)19 § 22, qui prévoit la bonne compréhension des cultures et des communautés locales, nous semble intéressant. Malheureusement il n'a pas été repris au niveau national, la législation fédérale laissant aux cantons la faculté de légiférer en la matière⁴⁴. Pourtant, avec le pluralisme culturel que connaît notre pays, le médiateur peut être amené à se trouver face à un auteur et à une victime de cultures différentes. Dans ce cas spécifique, la médiation peut s'avérer plus complexe en raison d'une non compréhension de l'autre. Le médiateur devra gérer deux modes de pensée différents, auxquels s'ajoutera souvent un obstacle linguistique. Avec une connaissance de cette diversité, il pourra véritablement aider les parties à

trouver un point de rencontre et de dialogue⁴⁵. Un médiateur bien informé et partageant la même réalité que les parties constituera un atout certain pour apprécier les spécificités de chaque cas.

4. La réparation directe ou indirecte dans le cadre de la médiation pénale

[Rz 21] Le cas d'une prestation que le mineur peut s'engager à fournir en tant que réparation directe ou indirecte dans le cadre de la médiation pénale n'étant prévu nulle part, nous rappellerons d'abord les points essentiels de la prestation personnelle en tant que sanction (ci-après prestation personnelle pénale), telle que prévue dans le DPMIn, avant de nous poser la question de sa transposition dans le cadre de la médiation (ci-après prestation personnelle médiée). Une telle approche devrait en effet permettre de mieux comprendre les similitudes et les différences entre ce deux types de réparation, l'une imposée par le juge, l'autre librement consentie.

4.1. La prestation personnelle pénale⁴⁶

[Rz 22] Selon l'art. 23 DPMIn, la prestation personnelle pénale fait partie du catalogue des peines; il s'agit d'une forme de travail d'intérêt général qui doit être accompli «*au profit d'une institution sociale, d'une œuvre d'utilité publique, de personnes ayant besoin d'aide ou du lésé*» (art. 23 al. 1 DPMIn) et elle n'est évidemment pas rémunérée. Elle remplace l'astreinte au travail des art. 87 et 95a de l'ancien Code pénal. Cette peine peut avoir une durée maximale de 10 jours pour les mineurs de moins de quinze ans ou de 3 mois dans le cas où le mineur a commis un crime ou un délit et qu'il avait au moins quinze ans le jour de la commission. La durée journalière maximale de travail pour chaque jour de prestation personnelle pénale prononcée par le juge n'est pas réglementée par le DPMIn et, à ce jour, cette question n'est pas clairement résolue⁴⁷. C'est ainsi que certains auteurs, en faisant le parallèle avec le droit pénal applicable aux adultes⁴⁸, préconisent une journée de prestation personnelle pénale à quatre heures de travail, alors que d'autres envisagent des journées à huit heures de travail. Concernant l'engagement que cette peine demande au mineur, le législateur a voulu

⁴⁰ Fédération Suisse des Associations de Médiation – www.infomediation.ch.

⁴¹ A ce propos, voir KNOEPFLER J., Médiation pénale, justice réparatrice, justice de proximité, in DITTMANN V. / KUHN A. / MAAG R. / WIPRÄCHTIGER H. (éd.), *Zwischen Mediation und Lebenslang: neue Wege in der Kriminalitätsbekämpfung*, Zurich, 2002, pp. 315ss.

⁴² KUHN A. / PERRIER C., Le projet de Code de procédure pénale unifiée et son incidence sur les organisations cantonales, RPS 125 (2007), pp. 250-261.

⁴³ FF 2006 p. 1469.

⁴⁴ Malheureusement aucun texte législatif cantonal analysé pour cette contribution (cf. nota 37) ne mentionne ce principe.

⁴⁵ Le but est aussi d'éviter deux justices parallèles, en sacrifiant l'aspect éducatif pour les jeunes étrangers; à ce sujet voir ZERMATTEN J., *Jeunes migrants et justice des mineurs. La fin des illusions éducatives ?*, in *Délinquance des jeunes et justice des mineurs – les défis des migrations et de la pluralité ethnique*, Stämpfli, Berne, 2005, pp. 415-429.

⁴⁶ A ce propos, voir également AEBERSOLD P., *Schweizerisches Jugendstrafrecht*, Stämpfli, Berne, 2007, pp. 150-154.

⁴⁷ A ce propos, voir VIREDAZ B., Le principe du dualisme des peines et des mesures tel que le prévoit la nouvelle Loi fédérale sur la condition pénale des mineurs, in BOHNET F. (éd.), *Le nouveau droit pénal des mineurs*, Université de Neuchâtel, Cemaj, 2007, p. 54, ainsi que, dans le même ouvrage, WEGELIN S. / AUBERT P., *Le nouveau droit pénal des mineurs sous l'angle de la pratique*, pp. 89-90.

⁴⁸ Art. 39 al. 2 CPS.

souligner qu'elle doit être adaptée à l'âge et aux capacités du jeune. Une inexécution de la peine entraîne la possibilité, pour l'autorité compétente, de prendre de nouvelles décisions (art. 23 al. 4-6 DPMIn). Par ailleurs, grâce au principe du dualisme prévu par le nouveau droit (art. 11 al. 1 DPMIn), et pour autant que le suivi du mineur le nécessite, cette peine peut être prononcée en concours avec une mesure. Par l'intermédiaire de la prestation personnelle pénale, le jeune peut être tenu de réparer le dommage directement au lésé (ce qui n'est pas possible en droit des adultes), ce qui donne à cette sanction une fonction de réparation directe avec un potentiel éducatif et responsabilisant important. Il faut également remarquer que si le travail d'intérêt général, prévu pour les adultes aux art. 37-39 et 107 du Code pénal, ne peut être ordonné qu'avec le consentement de l'intéressé, le droit des mineurs, quant à lui, permet de l'imposer au jeune auteur⁴⁹.

4.2. La prestation personnelle médiée et les limites aux prétentions des victimes

[Rz 23] La médiation pénale, par définition, a comme mission la recherche d'une solution aux difficultés résultant d'une infraction. L'idée à la base de cette institution à caractère restaurateur est, d'une part, de responsabiliser le mineur en le mettant face au dommage matériel, physique ou psychique qu'il a causé, en lui offrant ainsi une occasion concrète de s'amender; d'autre part, la médiation permet à la victime d'essayer de comprendre les motivations qui ont poussé l'auteur à agir, de recevoir des excuses et/ou une réparation et éventuellement de lui pardonner.

[Rz 24] Or, la combinaison d'une prestation personnelle médiée en tant que réparation directe ou indirecte – qui jouit d'un fort caractère éducatif et responsabilisant – avec la médiation pénale permet dans certains cas d'ajouter des effets bénéfiques à un tel procédé. Néanmoins, l'acceptation et la participation à la médiation constituent déjà une étape importante vers une responsabilisation et une prise de conscience de l'atteinte causée; réclamer une réparation trop exigeante au mineur pourrait constituer un motif de non-compréhension du processus et, partant, entraîner son échec. Il ne faut pas négliger que le but premier de la médiation n'est pas la réparation matérielle ou financière, mais une reconstruction du dialogue entre les parties⁵⁰. Dans ce contexte, le rôle du médiateur est fondamental. Nous avons déjà abordé son cadre d'intervention et, tout en respectant le principe d'impartialité, il nous semble essentiel que le médiateur puisse intervenir pour recadrer les prétentions des parties, et notamment, cel-

les de la victime⁵¹. Spécialement dans les cas où un auteur mineur se trouve confronté à une victime adulte, sa position ne doit pas en pâtir.

4.3. A partir de quel moment peut-on considérer la médiation comme aboutie?

[Rz 25] A notre avis, la médiation aboutit en principe après exécution de ce qui a été convenu⁵². Ainsi, par exemple, un mineur exprimera à la victime les excuses qu'il s'est engagé à formuler. Le médiateur fera alors signer aux parties l'accord de médiation, soit au représentant légal de l'auteur mineur et, si la victime est aussi mineure, au représentant légal de celle-ci également. Cet accord sera ensuite remis sans délai au juge qui devra classer l'affaire (*Mussvorschrift*, art. 8 al. 2 et 21 al. 3 DPMIn remplacés par l'art. 17 al. 2 PPMIn).

[Rz 26] Dans les nombreux cas où la médiation prévoit une prestation personnelle médiée dont l'exécution peut intervenir après la signature de l'accord, il est moins évident de déterminer à quel moment la médiation peut être considérée comme aboutie. En l'occurrence, certains cantons (notamment Vaud⁵³) prévoient que la transmission de l'accord de médiation au juge ne se fera qu'une fois accomplie l'exécution matérielle effective de la réparation convenue. Encore faut-il déterminer la personne responsable de la surveillance de cette exécution. L'affaire ayant quitté la procédure ordinaire, le médiateur, connaissant le mieux les parties et les conditions de la convention élaborée, semble être la personne la plus adéquate pour sa mise en oeuvre. On pourrait donc admettre que, tant que l'accord n'est pas intégralement exécuté, le médiateur garde un rôle de garant⁵⁴. Une telle solution permettrait aussi de résoudre la problématique de la prescription. En effet, celle-ci continue à courir pendant le processus de médiation (art. 36 DPMIn *a contrario*). Le risque est donc de voir des infractions se prescrire pendant la procédure de médiation et les parties tenter des mesures dilatoires. Confier au médiateur ce rôle de supervision permettrait un meilleur contrôle sur l'avancement de la procédure et, partant, sur le délai de prescription. Par ailleurs, il reste à déterminer le sort du processus de médiation dans le cas où la réparation convenue n'est pas fournie.

4.4. Le non aboutissement de la médiation

[Rz 27] Le non aboutissement de la médiation se produit dans deux cas de figure. D'une part, dans l'éventualité d'un

⁴⁹ Mentionnons toutefois que certains considèrent qu'il ne serait pas compatible avec l'art. 2 al. 2 lit. c de la Convention n° 29 concernant le travail forcé ou obligatoire (RS 0.822.713.9).

⁵⁰ Cette vision instrumentale de la médiation en tant que moyen pour obtenir une indemnisation pour la victime était davantage marquée aux débuts de la médiation dans les pays qui nous entourent (cf. BONAFÉ-SCHMITT J.P., *op. cit. ad nota* 4).

⁵¹ Recommandation (99)19, § 26 et 31.

⁵² Dans le même sens KUHN A., *op. cit. ad nota* 14, pp. 70-71

⁵³ Art. 12 al. 2 Règlement sur la médiation dans le cadre de la juridiction pénale des mineurs (RMJPM), RSV 312.05.5.

⁵⁴ Voir la pratique en Belgique (BALP A., La médiation pénale pour les mineurs: de la théorie à la pratique, Institut universitaire Kurt Bösch, Sion, 2006, pp. 23 et 28) et en France aussi (FÉDÉRATION DES ASSOCIATIONS SOCIO-JUDICIAIRES, La médiation pénale, guide déontologique et méthodologique, Citoyens et Justice, Edition Mars, 2003, p. 33).

échec survenant pendant les rencontres, d'autre part dans celle d'un échec dû à l'inexécution de la réparation convenue dans l'acte de médiation. Dans la première hypothèse, il faut garder à l'esprit le travail important requis de la part des parties par le processus de médiation. Il ne faut donc pas être excessivement surpris si, après des rencontres entre auteur et victime, une solution ne peut être dégagée.

[Rz 28] Comme nous l'avons déjà mentionné, toutes les rencontres sont strictement confidentielles et le médiateur aura comme tâche de bien évaluer les informations qui peuvent figurer dans le rapport final destiné au juge. C'est ainsi que le médiateur ne doit pas révéler la teneur des séances, ni exprimer un jugement sur le comportement des parties à cette occasion⁵⁵. On peut cependant se poser la question de savoir ce qu'il en est du mineur qui, de bonne foi, participe activement à la médiation, mais se trouve confronté à une victime qui n'est pas suffisamment prête pour une telle confrontation ou qui fait preuve de mauvaise foi? On pense ici notamment au cas où la victime est consciente de son pouvoir et en abuse. Dans ce cas d'espèce, il nous semble légitime que le mineur, au vu de l'impossibilité pour le médiateur de le faire directement, puisse faire part de ses efforts au juge, qui pourra en tenir compte au moment du jugement⁵⁶.

[Rz 29] Dans le cas d'une inexécution de la réparation convenue dans l'accord de médiation, il faut distinguer deux situations différentes. Dans le premier cas, le mineur n'exécute pas la prestation personnelle médiée qu'il s'est engagé à fournir à la victime. Il s'agit alors de déterminer s'il existe une possibilité d'entamer à nouveau une médiation ou si le cas doit instantanément être renvoyé au juge. En l'espèce, la plupart des législations connaissant la médiation prévoient, en cas d'inexécution de l'accord, que le dossier est renvoyé au juge sans possibilité de revenir à un nouveau processus de médiation. Cette solution nous semble raisonnable, afin notamment d'éviter la prescription de l'action pénale. Dans le second cas, il peut s'avérer que pendant les rencontres de médiation les deux parties aboutissent à un accord prévoyant, par exemple, une prestation personnelle médiée du mineur mais aussi une contre-prestation de la victime⁵⁷, et qu'ensuite cette dernière n'exécute pas ce qu'elle a promis. La question semble alors être plus délicate. En effet, le retour à la procédure ordinaire semble immérité pour le mineur qui, de bonne foi, participe à la médiation et a accompli la prestation personnelle médiée convenue, mais qui se trouve ensuite face à une victime défaillante. D'une part, on peut plaider que le droit des mineurs est avant tout un droit dit de l'auteur et la situation du jeune est donc centrale. On pourrait

ainsi retenir que seule l'exécution effective de la prestation personnelle médiée convenue de la part du jeune est nécessaire pour considérer la médiation comme aboutie. D'autre part, si on se réfère aux principes fondamentaux de la médiation et à son caractère avant tout restaurateur, il faut admettre qu'un accord de médiation inexécuté est un mauvais accord. A notre avis, en cas d'inexécution de la réparation promise, soit de la part de l'auteur, soit de la part de la victime, le processus de médiation doit être interrompu, l'échec constaté et le dossier transmis au juge. Néanmoins, comme mentionné auparavant, il nous semble légitime que le mineur puisse faire part de ses efforts au juge.

4.5. Les infractions sans victime

[Rz 30] Les rencontres individuelles et la confrontation entre l'auteur mineur et la victime constituent l'essence même de la médiation. On peut dès lors se poser la question de savoir si, en cas d'infraction sans victime, la médiation est concevable, et, dans l'affirmative, déterminer qui jouera le rôle d'interlocuteur.

[Rz 31] Pour des questions d'équité et d'égalité de traitement par rapport à un mineur qui a commis une infraction avec une victime identifiée, il devrait également être possible, à notre sens, de proposer une médiation au mineur qui a commis une infraction sans victime; on pense ici notamment aux infractions à la Loi sur les stupéfiants ou à la Loi sur la circulation routière.

[Rz 32] En l'espèce, une partie de la doctrine distingue les infractions «sans victime» – pour lesquelles une médiation est impossible – des infractions «sans victime ayant été personnellement touchée»⁵⁸. Dans cette seconde catégorie sont notamment englobées les infractions portant atteinte à des personnes morales, ces dernières pouvant alors être représentées, dans un processus de médiation, par l'un de leurs représentants. On imagine ainsi l'intervention du directeur d'un magasin victime de vols à l'étalage. Si la doctrine se montre réticente face à une telle application de la médiation, cette solution semble pouvoir convenir dans des cas bien particuliers⁵⁹, notamment lorsque la personne morale victimisée est de taille modeste.

[Rz 33] On peut toutefois se demander s'il est nécessaire de considérer cette catégorie d'infractions «sans victime ayant été personnellement touchée», car même si une personne morale ne peut pas, dans sa victimisation, être comparée

⁵⁵ Recommandation (99)19, § 32.

⁵⁶ Dans le même sens WEGELIN S. / AUBERT P., *op. cit. ad nota 47*, pp. 80-81.

⁵⁷ A titre d'exemple, on peut imaginer une victime qui s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose dans le futur, mais aussi, ce qui n'est pas permis en cas de prestation personnelle pénale, à payer la prestation personnelle médiée exécutée par le mineur.

⁵⁸ HERZ R., Médiation entre auteur et victime: le modèle «die Waage» à Cologne, in DÜNKEL F. / ZERMATTEN J. (éds.), *Nouvelles tendances dans le droit pénal des mineurs, médiation, travail au profit de la communauté et traitement intermédiaire*, Rapports criminologiques de l'Institut Max Planck de droit pénal étranger et international, Tome 42, Freiburg, 1990, pp. 125-137.

⁵⁹ DÜNKEL F. / MÉRIGEAU M., Les expériences de médiation délinquant-victime en République fédérale d'Allemagne, in DÜNKEL F. / ZERMATTEN J. (éds.), *op. cit. ad nota 58*, pp. 95-124.

à une personne physique, elle n'en demeure pas moins, au sens du droit pénal, une victime. Le problème réside plutôt dans la difficulté qu'il peut y avoir, le plus souvent, à trouver un interlocuteur au sein d'une personne morale⁶⁰. Cela dit, si cette catégorie de victimes devait être intéressée à participer à une médiation, rien ne s'y opposera.

[Rz 34] Enfin, pour ce qui est des infractions sans victime, une médiation paraît à ce jour bien difficile. On peut toutefois certainement considérer que le rôle du médiateur est alors assumé par le juge des mineurs qui, dans son activité quotidienne, s'engage à trouver une solution *avec* le mineur et pas seulement *pour* ou *contre* celui-ci. La prestation personnelle pénale en faveur de la communauté peut ainsi être considérée comme l'équivalent de la prestation personnelle médiée fournie en tant que réparation à la victime en cours de médiation. A notre avis, une étape importante à accomplir dans les années à venir comporte, en cas d'infractions sans victimes, la possibilité d'engager dans le processus de médiation un représentant de l'Etat en tant qu'interlocuteur. Ainsi, on peut par exemple imaginer des rencontres de médiation auxquelles participera le médecin cantonal en cas d'infractions à la Loi sur les stupéfiants ou un représentant de la police en cas d'infractions à la Loi sur la circulation routière.

5. Comment gérer le cas particulier des coauteurs?

[Rz 35] En cas de pluralité de mineurs coupables d'une infraction, se pose également la question de savoir si la médiation est possible et, dans l'affirmative, comment elle se déroulera. Des problèmes pratiques peuvent survenir au niveau de l'acceptation de la médiation, de la confrontation avec la victime, d'une éventuelle prestation personnelle médiée à fournir et de l'aboutissement du processus.

[Rz 36] En premier lieu, il convient de se demander comment gérer la médiation s'il y a uniquement une adhésion partielle du groupe à la proposition d'une suspension de la procédure pour un essai de médiation. Comme nous l'avons déjà rappelé, le droit pénal des mineurs a comme caractéristique principale d'être un droit dit de l'auteur et non de l'acte⁶¹. Dans le cas des coauteurs, il faudrait ainsi, tout en considérant les dynamiques de groupe, se concentrer sur l'entité individuelle. En effet, étant donné le caractère individuel de la médiation et la nécessité d'une réelle prise de conscience par l'auteur de l'entité «victime» et de ses droits, il nous semble raisonnable que la médiation puisse être envisagée pour tout mineur acceptant ce processus, et de poursuivre la procédure ordinaire à l'encontre des autres auteurs. Néanmoins, pour des questions d'équité et d'uniformité dans l'application du droit, il nous semble souhaitable que le juge compétent pour conduire la procédure ordinaire visant les coauteurs qui ne

participent pas à la médiation prenne connaissance, avant de rendre son jugement, des accords de médiation conclus avec les autres coauteurs. Une telle procédure lui permettra d'éviter des inégalités en défaveur de celui ou ceux qui ont accepté le processus de médiation.

[Rz 37] Dans l'hypothèse d'une acceptation multiple du processus de médiation, une confrontation initiale entre les coauteurs pourrait être souhaitable pour mieux comprendre les dynamiques de groupe, celles-ci ayant, dans la plupart des cas, joué un rôle décisif dans le passage à l'acte, et afin de qualifier les responsabilités individuelles. Malheureusement, un tel procédé peut, souvent, se révéler laborieux si des mécontentes existent entre coauteurs. De même, dans la suite du processus de médiation, confronter une victime avec plusieurs auteurs pourrait être nuisible pour celle-ci, qui se trouverait dans une situation de déséquilibre des forces. Peut-être devrait-on alors préférer une gestion individuelle des rencontres, favorisant ainsi l'équité sans pour autant exclure une rencontre préliminaire avec tous les coauteurs, destinée à établir les différentes versions des faits et le partage des responsabilités⁶².

[Rz 38] Toujours en gardant à l'esprit l'idée du «droit de l'auteur», le même principe de la gestion individuelle devrait s'appliquer lorsqu'une prestation personnelle médiée est à fournir. Cette réparation doit, à notre avis, être personnalisée pour chaque auteur, en tenant compte de ses capacités et de ses ressources personnelles. De même, l'aboutissement du processus de médiation ne devrait pas être évalué au regard du respect des engagements pris envers la victime par l'ensemble des coauteurs, mais de celui du mineur en tant que responsable de ses propres promesses de réparation.

6. Un exemple à suivre: le canton de Fribourg⁶³

6.1. Introduction

[Rz 39] Jusqu'ici, nous avons essayé de donner des réponses théoriques à différentes questions. Celles-ci présentent certainement des approches subjectives et discutables sur plusieurs aspects. Pour éviter d'en rester à un simple exposé théorique, nous allons concentrer notre analyse sur un canton et la politique qui y a été adoptée en la matière. En l'occurrence, notre choix s'est porté sur le canton de Fribourg, en raison de son expérience en matière de médiation pénale avec les mineurs⁶⁴. En effet, avec l'entrée en vigueur,

⁶⁰ Dans le même sens WEGELIN S. / AUBERT P., *op. cit. ad nota* 47, pp. 80-81.

⁶¹ AEBERSOLD P., *op. cit. ad nota* 46, pp. 51ss.

⁶² Idée déjà proposée par BALP A., *op. cit. ad nota* 54, p. 12.

⁶³ Cette partie du travail a été possible grâce à la disponibilité et à la collaboration des médiateurs du Bureau de la médiation pénale pour mineurs de Fribourg, en particulier de Monsieur Gérard Demierre.

⁶⁴ DEMIERRE G., *op. cit. ad nota* 17; BECK KADIMA M. / CHERIC C. / DEBONS C. / JOT E. / MICHEL V., *op. cit. ad nota* 18 ainsi que BERGER M. / BERKEMEIER A., Die Mediation im neuen Jugendstrafverfahren – Umsetzung im Kanton Freiburg,

le 1^{er} juillet 2002, de l'art. 39a de la Loi cantonale de procédure applicable aux mineurs (ci-après LJPM)⁶⁵ et, le 1^{er} janvier 2004, de l'Ordonnance cantonale sur la médiation dans la juridiction pénale des mineurs (ci-après OMJPM)⁶⁶, Fribourg a expérimenté la médiation avec une certaine avance sur les autres cantons. Avec plus de 220 affaires traitées⁶⁷, son expérience est une des plus remarquables en Suisse. Nous verrons, en l'espèce, qu'il existe un décalage entre notre approche théorique et la pratique, où le pragmatisme s'impose pour atteindre une mise en œuvre optimale du processus de médiation.

6.2. Les caractéristiques du processus de médiation dans la pratique fribourgeoise

[Rz 40] Dans la pratique fribourgeoise, dès que le juge considère qu'un cas est susceptible de faire l'objet d'un processus de médiation, le dossier fait l'objet d'une délégation au Bureau de la médiation pénale pour mineurs (ci-après BMPM). Les premières démarches sont ainsi accomplies directement par les médiateurs, qui se chargent de contacter les parties, de leur expliquer le déroulement du processus et de recueillir leur consentement à la procédure (art. 10 et 11 OMJPM). Dans la plupart des cas, la décision de déléguer une affaire au BMPM est prise sans entendre le mineur, exclusivement en se fondant sur son dossier ou, plus rarement, sur la connaissance préalable du mineur si celui-ci est déjà connu de la justice. Dans les cas où le mineur ne semble pas comprendre l'aspect illicite de son acte, le médiateur devra tout mettre en œuvre pour exploiter le mieux possible les ressources présentes chez les parties. Il pourra notamment proposer la participation d'autres intervenants. Ainsi verra-t-on par exemple intervenir un délégué de la police pour la prévention des délits commis par le biais d'internet (injures, menaces, etc.) ou un responsable du planning familial pour des infractions concernant la sexualité. Le concours de ces tiers, dans le cas d'insuffisance de moyens au niveau des parties et des parents, peut apporter une aide indispensable et unique au niveau de la compréhension de l'illicéité de l'acte et de la prise de conscience de la part du mineur.

[Rz 41] En ce qui concerne la formation du médiateur⁶⁸, la philosophie dominante est d'ordre qualitatif. Peu importe la filière de provenance (social, psychosocial ou juridique), l'essentiel demeure toujours le rapport à l'être humain. En 2004, lors des premières expériences de médiation, les autorités fribourgeoises avaient certes, dans un souci de garantie du procédé, choisi de s'orienter vers des juristes, mais rien ne s'oppose aujourd'hui à l'adoption d'autres solutions.

[Rz 42] Actuellement, les médiateurs en charge sont au bénéfice d'une certification de la Fédération suisse des associations de médiation. Poursuivre sur cette voie semble le meilleur choix pour continuer à garantir la qualité du service fourni. Un autre élément probablement nécessaire au bon fonctionnement de la médiation, en tant que véritable alternative à l'habituel processus pénal, réside dans la confiance que les juges accordent aux médiateurs. Pour ce motif, au-delà d'une formation certifiée, il serait souhaitable que l'autorité cantonale compétente pour choisir les médiateurs soit proche de ce domaine et directement impliquée. *A fortiori*, faire participer le juge des mineurs à ce processus de sélection lui permettrait de mieux connaître le médiateur et de lui faire confiance au-delà des qualifications formelles dont il jouit, ce qui permettrait peut-être une délégation plus ample des affaires, même complexes.

6.3. La prestation personnelle médiée

[Rz 43] La réparation directe ou indirecte sous forme d'une prestation personnelle médiée jouit d'une grande estime auprès des praticiens fribourgeois de la médiation. Cette réparation paraît en effet avoir un impact énorme et décisif sur la compréhension de ce qui s'est passé entre les parties. Ainsi, pendant les rencontres et avec l'aide du médiateur, celles-ci proposent des solutions envisageables à titre de réparation. L'essentiel est que cette réparation ait un sens pour la victime, indépendamment du fait qu'elle ait un lien direct avec l'infraction subie⁶⁹. Pour le mineur, la prestation personnelle médiée permet de prendre conscience du dommage causé au lésé en tant qu'entité réelle et individualisée, et d'éviter tout aspect abstrait lié au reproche de la violation d'une norme. En ce qui concerne les prétentions parfois excessives de la victime, le problème ne semble pas réellement se poser dans la pratique.

[Rz 44] Pendant le processus de médiation, les parties deviennent juge de leur propre affaire et l'éventuel sentiment de vengeance s'apaise au fil des rencontres. A la notion d'impartialité du médiateur est alors préférée celle de multipartialité. En effet, le médiateur doit être «pour les parties», en leur donnant l'espace et le temps nécessaires afin qu'elles trouvent elles-mêmes une solution satisfaisante. L'intervention du médiateur se limite ainsi souvent à la suggestion des domaines où une réparation semble envisageable.

[Rz 45] Le processus de médiation nécessite un engagement des parties bien plus important que celui demandé dans une procédure ordinaire devant un tribunal; il suffit de penser au temps qu'il faut mettre à disposition pour les rencontres, ainsi que celui requis par une éventuelle réparation à fournir, sans oublier l'engagement personnel. Néanmoins, en plus d'une réhabilitation sociale, cette démarche peut, d'une part,

PJA 8/2005, pp. 1002-1009.

⁶⁵ RSF 132.6.

⁶⁶ RSF 132.62.

⁶⁷ Donnée relative aux premiers trois ans de travail du BMPM.

⁶⁸ Art. 4 OMJPM.

⁶⁹ Exemple d'une victime touchée dans son intégrité physique, qui propose au mineur de travailler pour une association bénévole dont elle fait partie.

permettre au mineur délinquant une véritable réhabilitation personnelle et, d'autre part, offrir à la victime un réel sentiment de justice.

6.4. L'aboutissement de la médiation

[Rz 46] En ce qui concerne l'aboutissement de la médiation et l'accord final passé entre les parties, le législateur fribourgeois a opté pour un choix pragmatique. Selon l'art. 16 OM-JPM «*les parties sont responsables de l'exécution de l'accord qu'elles ont passé*». Cet article se traduit dans la pratique par la rédaction d'un accord provisoire, qui sera signé par les parties uniquement après que soit intervenue l'exécution des réparations convenues. Avant la signature de la version définitive de l'accord, une dernière rencontre a généralement lieu entre les parties pour vérifier que les attentes mutuelles ont été satisfaites. Pendant cette période dédiée à l'exécution de l'accord, le médiateur reste garant du dossier; la responsabilité de la bonne réussite du processus incombe toutefois exclusivement aux parties.

[Rz 47] En cas d'inexécution, le médiateur prend contact avec la partie pour approfondir les causes de ce changement d'intention et éventuellement pour lui fixer un délai pour s'exécuter. Si, de manière incontestable, on se trouve dans une situation ne permettant pas la poursuite du processus, le médiateur peut décider de déclarer l'échec de la médiation. Dans ce cas particulier, parler d'un échec n'est pas tout à fait correct; même si la médiation n'est peut-être pas aboutie, le travail fait entre les parties et une éventuelle exécution partielle de la réparation convenue constituent pour le moins une base solide au moment où le juge reprendra l'affaire en main. Par ailleurs, dans le cas où la médiation n'a pas abouti pour une «faute» imputable à la victime, le mineur a le droit de faire part au juge de ce qu'il était prêt à faire. La notion de confidentialité des rencontres vaut par rapport à l'autre partie et à son comportement, mais elle ne couvre pas ce qui concerne la propre sphère d'action de l'auteur. Le juge pourra ainsi en tenir compte au moment de statuer.

[Rz 48] Néanmoins, les cas d'insuccès du processus de médiation représentent une minorité et ce problème ne se pose donc que rarement⁷⁰.

[Rz 49] Relativement à l'exécution de la prestation personnelle médiée de la part de l'auteur, le problème des prétentions civiles de la victime a été posé. Pour éviter toute complication liée au «double dédommagement», le médiateur prend directement contact avec l'assurance, afin de savoir si celle-ci entend faire valoir ses prétentions auprès de l'auteur et de ses représentants légaux. Régler de cette façon la question

civile permet réellement aux parties de «tourner la page» une fois la médiation terminée, sans qu'elles aient à se soucier de répercussions financières potentielles ultérieures.

[Rz 50] Nous devons admettre que, pour certaines infractions, la médiation ne semble pas fonctionner. A Fribourg, la médiation n'est pas envisagée pour les infractions sans victime, mais elle a été tentée pour des infractions commises à l'encontre de personnes morales, par exemple de grands magasins. Malheureusement, dans bon nombre de cas, il n'y a pas d'espace pour la médiation et, souvent, la «victime» propose de régler l'affaire avec le paiement des frais administratifs. D'ailleurs, lorsqu'un délégué ou un représentant de la personne morale participe à des rencontres de médiation, une réelle identification en tant que victime reste de l'ordre de la chimère et l'aspect relationnel auteur – victime est purement fictif.

6.5. La gestion des coauteurs

[Rz 51] Une autre question que nous avons abordée est celle des coauteurs qui, en considération du nombre croissant d'infractions commises en groupe, revêt un caractère tout à fait pertinent. En l'occurrence, l'art. 12 al. 2 OMJPM prévoit expressément le cas d'une pluralité d'auteurs et la pratique démontre d'ailleurs que cela concerne la plupart des cas traités par le BMPM. Habituellement, ces affaires débutent par un entretien préalable du médiateur avec chaque auteur individuellement et, ensuite, pour autant que la victime y consente, une rencontre de cette dernière avec l'ensemble des coauteurs est organisée. La pluralité d'auteurs demande un engagement important du médiateur, qui sollicite alors souvent une co-médiation⁷¹, en considération des risques de seconde victimisation du lésé qu'il faut à tout prix éviter. Le traitement individuel des coauteurs n'a donc pas été adopté dans le canton de Fribourg, surtout parce qu'il ne permet pas de déterminer les dynamiques de groupe. En cas d'adhésion partielle des auteurs à la proposition d'une médiation, il apparaît toutefois judicieux, comme nous l'avons soutenu, de poursuivre avec les mineurs qui adhèrent à la médiation et de renvoyer le dossier au juge pour les autres mineurs.

IV. Considérations finales

[Rz 52] Nous nous trouvons actuellement à l'aube de la médiation pénale dans la plupart des cantons suisses. Cette institution, comme la pratique a d'ores et déjà pu le démontrer, présente certainement un potentiel important à exploiter. Certes, un décalage existe incontestablement entre la théorie législative et la pratique, mais cette situation peut aussi permettre une approche créative des affaires traitées pour en dégager des solutions adaptées aux spécificités de

⁷⁰ «*Les recherches menées en matière de médiation montrent que les accords de médiation seraient mieux exécutés que les décisions judiciaires au motif que l'implication des parties dans l'élaboration de l'accord représente une garantie plus grande d'exécution*», BONAFÉ-SCHMITT J.P., *op. cit. ad nota* 4, p. 100 et aussi BONAFÉ-SCHMITT J.P., *La médiation une justice douce*, Syros – Alternatives, Paris, 1992.

⁷¹ La co-médiation prévoit la participation simultanée de plusieurs médiateurs, normalement deux, aux rencontres de médiation. Ce procédé doit permettre de mieux gérer les coauteurs et les éventuelles tensions.

chaque cas d'espèce. L'engagement futur des institutions et l'exploitation des expériences positives déjà effectuées nous semblent indispensables, non pas pour faire de la médiation un remède à tous les maux, mais pour profiter de son caractère fortement éducatif et pour permettre à cette méthode de résolution des conflits de prendre, dans un futur proche, une vraie place au sein du système pénal suisse.

Letizia Vezzoni, Master en droit. Le présent article a été rédigé dans le cadre de la Maîtrise universitaire en Droit en Sciences Criminelles, mention magistrature de l'Université de Lausanne sous la direction de Monsieur Baptiste Viredaz, chargé de cours.

* * *