



LA MÉDIATION EN DROIT PÉNAL

David Nabet-Martin

Mémoire Master 2 – Anthropologie du droit

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Sous la direction de Mme NICOLAU et de M. ALVAREZ-PEREYRE

Je tiens à remercier,

Madame Nicolau pour sa grande générosité dans la transmission de son savoir,

Monsieur Alvarez-Pereyre pour son écoute et pour son extraordinaire disponibilité,

*Ma famille, ainsi que l'ensemble de mes amis pour leur soutien, et tout particulièrement Alexandre,
Michel, Nicolas, Pierre et Simon dont la présence m'est précieuse.*

*Je dédie cette recherche à mon grand père, qui, ayant connu par deux fois la barbarie des hommes,
n'a jamais cessé durant quatre-vingt-quinze années d'y porter ses espoirs.*

Abréviations

- ad. : adage.
- al. : alinéa.
- A-p. : Avant-projet.
- art. : article.
- Ass. : Assemblée.
- ANM : Association nationale des médiateurs.
- Bull. : Bulletin.
- c. : contre.
- CA : Cour d'appel.
- Cass. civ. : Chambre civile de la Cour de cassation.
- Cass. crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation.
- C. civ. : Code civil.
- CESDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.
- CERPE : Centre d'études et de recherches pour la petite enfance.
- CNRTL : Centre national de ressources textuelles et lexicales.
- Cour EDH : Cour européenne des droits de l'homme.
- Cf. : *confer*, consulter.
- circ. : circulaire.
- coll. : collection.
- Cass. com. : Chambre commerciale.
- comm. : commentaire.
- Cons. Const. : Conseil constitutionnel.
- Const. : Constitution.
- Conv. EDH : Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.
- couv. : couverture.
- C. pén. : Code pénal.
- C. proc. pén. : Code de procédure pénale.
- C. route : Code de la route.
- C. trav. : Code du travail.
- DC : Décision.
- DDHC : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.
- Déf. : définition.
- DHDI : Droits de l'homme et dialogue interculturel.
- dir. : dirigé.
- Dr. : Droit.
- Dr. pén. : Droit pénal.
- DUDH : Déclaration universelle des droits de l'homme.
- éd. : édition.
- ENM : Ecole nationale de la magistrature.
- etc. : *et cetera*, et tout le reste.
- Par ex. : Par exemple.
- Gaz. Pal. : Gazette du Palais.
- GEMME : Groupement européen des magistrats pour la médiation.
- Ibid. : *Ibidem*.
- Id. : *Idem*.
- Intro. : introduction.
- JCPG : Juris Classeur, la Semaine juridique, Edition générale.
- JO. : Journal Officiel.
- L. : Livre.
- LAJP : Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris.
- Lat. : latin.
- LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Mél. : Mélanges.
- n° : numéro.
- op. cit. : *opere citato*.
- Ordo. : ordonnance.
- p. : page.
- pén. : pénal.
- pref. : préface.
- PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille.
- Puf : Presses universitaires de France.
- Rapp. Rapport.
- RDPC : Revue de droit pénal comparé.
- RDPP : Revue de droit pénal et de procédure pénale.
- Rec. : Recueil.
- Réf. : référence, fait référence à.
- Rép. : Répertoire.
- Rev. : Revue.
- RSC : Revue de sciences criminelles.
- s. : suivants.
- spéc. : spécialisé(e).
- t. : tome.
- T. com. : Tribunal de commerce.
- trad. : traduction.
- Trib. : Tribunal.
- vig. : en vigueur.
- vol. : volume.

Sommaire

PARTIE 1 : PRÉSENTATION DESCRIPTIVE DU PARADIGME DE LA MÉDIATION.

Chapitre 1 : La médiation, un processus de régulation des conflits.

Section 1 : La médiation, un mode de régulation des conflits.

Section 2 : La médiation, des méthodes de régulation des conflits.

Chapitre 2 : La médiation, un projet de société dépassant le cadre du conflit.

Section 1 : La défense du projet de développement de la médiation.

Section 2 : Les avancées à faire en vue de ce développement.

PARTIE 2 : PRÉSENTATION DESCRIPTIVE DU PARADIGME DU DROIT PÉNAL.

Chapitre 1 : Les fondements du droit pénal, une branche du droit organisant la réponse sociale face aux comportements infractionnels.

Section 1 : Les origines du droit pénal et du droit de punir.

Section 2 : Les justifications théoriques du droit pénal et du droit de punir.

Chapitre 2 : Le fonctionnement du droit pénal, une branche du droit organisant la réponse sociale face aux comportements infractionnels.

Section 1 : Le fonctionnement du droit pénal et de sa procédure.

Section 2 : Les critiques portées à ce fonctionnement.

PARTIE 3 : MISE EN FORME DE LA COMPATIBILITÉ ENTRE MÉDIATION ET DROIT PÉNAL.

Chapitre 1 : Procédures de médiations pénales et incompatibilités avec le droit pénal.

Section 1 : Présentation des procédures de médiations pénales.

Section 2 : Étude des incompatibilités des médiations avec le droit pénal.

Chapitre 2 : Procédures de médiation et compatibilités avec le droit pénal.

Section 1 : Détermination des éléments de complémentarité.

Section 2 : Conséquences de la complémentarité et propositions.

L'enjeu de cette recherche juridique est de servir l'approfondissement des paradigmes de la médiation et du droit pénal. Il s'agit de façon objective de découvrir leurs spécificités et d'appréhender leur mise en corrélation. Une attention particulière a été faite à la reprise terminologique et idéologique des univers étudiés.

La crise de la Justice est aussi vieille que la justice des hommes, comme la crise du capital est née dans le même berceau que l'économie libérale ou les crises politiques sont corollaires des organisations sociales. Les troubles en cette matière pour être véritablement régulés devraient l'être patiemment et casuellement, se cela était possible ; mais à l'inverse, et sans illusion, les systèmes politiques qui se sont succédés n'ont eu de cesse d'affirmer leur puissance par la dureté de leur Droit sans toujours chercher à pacifier individuellement ou collectivement les conflits. Il faut pour s'en convaincre lire les critiques qu'en ont fait de grands penseurs, sans seulement parler de Platon ou de Kafka, mais aussi de Hugo ou de La Boétie, de Foucault et de Camus... Sans y manquer, tous s'attristent de sa dureté, de son éloignement des réalités des hommes et de son injustice même. Bien sûr il y aura toujours des De Maistre, ou des Barrès face aux Jaurès, pour réclamer la rigueur, mais, pensons plutôt aux Beccaria ou aux Badinter dès lors qu'il est question de la justice de nos pairs. Oublions les opinions vengeresses, les doctrines sinistres et les préceptes funèbres, pour penser plutôt le droit, lorsque nécessaire avec le glaive, sinon aussi avec conscience humaine.

INTRODUCTION.

« Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité » – Jean GIRAUDOUX¹.

Depuis que Portalis déclamaient que « les codes de peules se font avec le temps ; mais à proprement parler, on ne les fait pas »², ou que le Doyen Jean Carbonnier expliquait que le droit est le reflet de la société dans laquelle il s'applique³, mettant ainsi en exergue sa souplesse et son caractère évolutif, les conflits entre traditionnels et modernes, conservateurs et utopiques n'ont cessé de se faire, oubliant que leurs discordes n'avaient que peu de force au regard des actes ou représentations des peuples.

L'essentiel de toute évidence n'étant pas de prendre le parti de ceux qui fondent ou de ceux qui innovent, ne serait-ce que puisque la roue du temps que suggérait Thucydide⁴ ou une certaine répétition de l'histoire paraît inéluctable, mais au contraire d'identifier ces représentations⁵, d'appréhender les attentes réelles qui fluctuent dans chaque société, et surtout la manière par laquelle la mise en commun des idées ainsi que des forces pourra mener à leur meilleure prise en charge. Les défis d'harmonisation, ici entre réalité et ordre juridiques, doivent toutefois se faire pour règle de ne pas abâtardir les fondements sur lesquels repose tout système dans le soucis de sa stabilité, du respect de sa cohérence et de son efficience, tout en s'autorisant néanmoins à évoluer de façon pertinente dans le sens que se donne le monde. Quelles que soient les vertus ou mérites du dessein considéré, aucune élaboration ne se réalisera sans heurts, et ce tout particulièrement dans le domaine du droit dont l'organisation est tributaire d'acteurs dont les intérêts divergent et de problématiques qui dépassent souvent les leurs. En ce sens, Nicolas Machiavel écrivait qu'il « faut se rappeler qu'il n'y a rien de plus difficile à planifier, de plus délicat à réussir et de plus dangereux à conduire que la création et la mise en place d'un nouveau système. Car l'innovation a pour ennemis tous ceux qui bénéficieraient du maintien des conditions passées et ne reçoit que de tièdes encouragements de la part de ceux qui bénéficieraient des nouvelles »⁶.

Sans surprise, la tâche n'est pas plus aisée en ce sujet, en termes de médiation en droit pénal, qu'on l'y confronte ou qu'elle y soit alliée.

1. La médiation :

En toute rigueur si la médiation ne doit être qualifiée nouvelle, sa reconnaissance ou son intégration au système juridique français en tant que mode de régulation des conflits⁷ n'ont été réalisées que de manière parcimonieuse, infidèle ou inaboutie, en raison notamment de la résistance des institutions ou de ses acteurs, ainsi que du fait d'une notable désorganisation dans sa mise en oeuvre. Au delà des réformes législatives intervenues à son soutien, mais l'ayant confondue avec des modes alternatifs de règlement des litiges tels que la conciliation ou la négociation, les pratiques ne peuvent se vanter d'une issue toujours plus glorieuse.

1 - J. GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, 1935.

2 - J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté le 1^{er} pluviôse an IX.

3 - J. CARBONNIER, *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., coll. Anthologie du Droit.

4 - *Œuvres* de THUCYDIDE, VIII, 5, 1, éd. et trad. de J. ROMILLY, L. BODIN et R. WEIL, Paris, Les Belles Lettres, coll. des Univ. de France, 1953-1972 : « Les deux camps s'employaient ainsi et s'organisaient pour la guerre tout comme si elle commençait ».

5 - Cf. à ce sujet voir notamment *L'Introduction à l'oeuvre de Marcel Mauss*, par Claude LEVI-STRAUSS, Puf, 2012, où il est expliqué que les systèmes symboliques influent sur les individus et non l'inverse.

6 - N. MACHIAVEL, *Le prince*, 1515.

7 - L'expression « mode de régulation des conflits » est ici préférée à celle de « mode de règlement des litiges » pour souligner la difficulté de régler totalement une discorde et pour ne pas se limiter au litige juridique trop étroit.

Au delà de ces considérations, la médiation dans le souci d'assumer la gestion du drame du conflit⁸, de tendre à la responsabilisation des « sujets du droit »⁹ et de viser l'efficacité juridique ou la pacification de la société et des individus qui la composent, présente la particularité de remettre au premier plan la considération du lien social¹⁰. Ainsi, partageant les objectifs qui façonnent la justice, c'est dans ses moyens qu'elle s'en distingue ; elle se distingue de l'adjudication autoritaire par laquelle un vainqueur et un vaincu sont désignés au sortir de l'arène judiciaire, et ce au risque de maintenir des situations de souffrance ou d'attiser les conflits, pour privilégier « la mise en dialogue » des médiateurs¹¹ et leur participation à l'élaboration des modalités de leur entente. Plus généralement, la médiation peut être comprise comme « un espace et un temps où il est possible d'exprimer ce qui est au cœur du désaccord ou de la rupture de la relation », permettant de découvrir « que nos conflits ne sont pas nécessairement destructeurs, mais peuvent devenir générateurs d'une relation nouvelle »¹².

2. La médiation confrontée au droit pénal :

Confrontée au cadre rigide du droit pénal qui sanctionne les comportements infractionnels¹³ venant troubler l'ordre public, une place peut-elle lui être faite ? De prime abord, cette matière des plus spéciales paraît en effet se distinguer de la médiation, qui revendique elle sa flexibilité ou son dynamisme, du fait de son essence étant fondée sur le dialogue. *A contrario*, le droit pénal pour légitimer la violence légale qui se matérialise dans le « droit de punir » et en raison de la gravité de sa mise en œuvre, impose le strict respect des garanties de sa procédure, imposant la roideur pour protéger les libertés individuelles. Répondant de façon rétributive à une transgression infractionnelle¹⁴, le droit pénal exerce son action à son encontre au nom de la société, considérant qu'elle lui a porté atteinte ; alors, il paraît difficilement concevable que son application puisse être privatisée et dépendre du bon vouloir des victimes ou auteurs.

Pour ces raisons, s'il est vrai que la médiation ne peut subir que peu de torts en plusieurs matières, en est-il de même en droit pénal où l'ordre public et la nécessité de protéger les droits des parties est plus grande qu'ailleurs, et où celle de sanctionner ceux qui ont transgressé les interdits n'en est pas moindre ? Autrement dit, le paradigme de la médiation est-il compatible avec celui du droit pénal ? Si tel est le cas, il sera possible d'allier la médiation au droit pénal.

3. La médiation alliée au droit pénal :

Alliée au droit pénal, la médiation pourrait-elle aider à son efficacité ? Le cas échéant, leur mise en œuvre coordonnée aiderait à palier certains écueils de la matière criminelle, en termes par exemple de réinsertion ou d'apaisement de situations conflictuelles, et donc intrinsèquement de tendre à réaliser l'objectif de pacification sociale. Humaniser les relations inter-individuelles, en amont ou en aval de la commission d'une infraction, ne

8 - Expression employée par **Jacqueline Morineau** pour souligner l'universalité de la souffrance humaine et son aspect tragique, dans son ouvrage sur *L'Esprit de la médiation, Opere citato*, note 12 (*infra*).

9 - L'emploi de cette expression « sujets du droit » a pour but de ne pas opposer l'objectif de responsabilisation des acteurs juridiques et la nécessité de respect des normes juridiques.

10 - Réf. au Cours de *Concepts de l'anthropologie du droit*, dispensé par le Professeur **Mme Gilda NICOLAU**, dans le cadre du Master 2 d'Anthropologie du droit à l'Université Paris 1, Panthéon Sorbonne, 2013-2014.

11 - L'expression « médiateurs » est ici préférée à celles de « médiateurs » ou de « médiateurs », pour viser seulement les deux parties en conflit et signifier par l'utilisation du gérondif leur rôle actif dans la médiation et ce même si autrefois ce terme désignait le médiateur ecclésiastique, comme le souligne **Michèle Guillaume-Hofnung** dans son « Que-sais-je » sur la médiation, note 38 (*infra*).

12 - **J. MORINEAU**, *L'Esprit de la médiation*, Érès, coll. Trajets, 2010.

13 - **X. PIN**, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Cours dalloz 5^e éd. : il définit l'infraction comme toute « transgression grave qui consiste dans le fait d'enfreindre de manière violente, rusée ou indisciplinée ce qui est interdit par la loi sous la menace d'une peine ».

14 - Réf. au Cours de *Politiques Criminelles*, dispensé par **M. Denis SALAS**, dans le cadre du Master d'Anthropologie du droit à l'Université Paris 1, Panthéon Sorbonne, 2013-2014.

pouvant être que bénéfique au droit pénal. Plus largement, cette mise en commun des univers devrait contribuer à « sauver ceux qui ne sont pas des tortionnaires incurables », ce qui paraît être un authentique travail d'utilité publique¹⁵, tout autant qu'une décision de condamnation soit individualisée et proportionnelle. Il ne s'agit évidemment pas d'empêcher le droit pénal de faire son œuvre, mais de considérer sur un « même pied d'humanité » les justiciables¹⁶. En outre, la justice ne pourra être que mieux rendue lorsqu'elle aura été équilibrée, comprise de tous, et qu'elle aura mené à faire dialoguer les parties en discord¹⁷. Car, si Thémis s'appuie sur son glaive, c'est la balance qu'elle présente, et si ses yeux sont bandés, il n'en va pas de même de ses lèvres qui ne sont pas bâillonnées, puisqu'elle a pour mission la concorde¹⁸. La force et la justice sans explication et compréhension, sans prudence ni tempérance seraient-elles toujours cardinales ? Au contraire, lorsque la justice apporte une réponse à la question qui lui est soumise, c'est pour d'une part rendre à chacun son droit ou sanctionner le non respect des règles, et d'autre part pour restaurer la paix sociale, et non pour consacrer « la rupture définitive des liens entre les parties »¹⁹. Et, en droit pénal, sans se soucier des liens entre les personnes ou des implications que révèlent leurs actes, surtout lorsqu'elles sont amenées à se revoir, peut-elle convenablement y parvenir ? La meilleure solution a-t-elle forcément été trouvée²⁰ ?

En tout état de cause, les idéologies qui sous-tendent la médiation et le droit pénal ne doivent être perçues comme antagonistes, les deux agissant au niveau de la vie collective et connaissant de la Tragédie humaine ou sa souffrance universelle, que partagent les victimes comme les auteurs d'infractions²¹. Bien que la première privilégie une vision pluraliste²² au monisme juridique des conceptions jacobines, pour apprécier plus exactement l'étendue des réalités juridiques et ne pas considérer seulement « le droit dans sa tour d'ivoire », elle ne conteste pas le respect de l'unicité du droit prônée par l'autre. En allant plus loin, la normalisation de la justice n'est pas incompatible avec la reconnaissance globale des causes des discordes, même si dans la culture occidentale a été opérée une séparation entre la rationalisation scientifique du monde et son appréhension sensible. Pour revenir au droit, cet « ensemble de règles qui régissent la conduite de l'homme en société »²³, il ne peut prospérer dans une justice qui ne serait qu'une « haute futaie de chicanes et de procédures »²⁴, ne serait-ce parce qu'il est le résultat des luttes de ce qu'une société tient pour vital, comme l'écrivait Michel Alliot²⁵.

Alors, si ce paradigme est compatible avec le droit pénal, il faudra se demander de quelle manière cette compatibilité peut être envisagée. En d'autres termes, il faudra déterminer « l'espace à réserver à la médiation dans un domaine où l'ordre public et les droits de l'homme sont en jeu », s'il y a en ce domaine « une place pour

15 - G. NICOLAU, *op. cit.*, note 10.

16 - Étude de terrain, Conférence n° 1, *Sur le droit pénal et sur les Cours d'assises*, du 25 nov. 2013, Alain BLANC, président de Cour d'assises et président de l'Association française de criminologie, LAJP, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.

17 - Comprendre le terme « justice » en son sens grec, de Δίκη / *Dikê*, nom de la divinité grecque représentant la justice humaine, qui était la valeur fondamentale des temps anciens.

18 - J.-R. TANCRÈDE, *Modes amiables de résolution des différends et conciliation par le juge*, In « Annonces de la seine », T. comm. de Paris, 22 janv. 2014.

19 - B. BLOHORN-BRENNEUR, *Justice étatique et médiation*, In « La médiation. Entre renouvellement de l'offre de justice et droit », Jurisprudence Revue critique, dir. G. NICOLAU, 2013, p. 31 s.

20 - Étude de terrain, Entretien réalisé le 8 avr. 2014 avec Mme Christine LAZERGES, présidente de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme et professeur de Droit privé et sciences criminelles à Paris 1 Panthéon Sorbonne.

21 - J. MORINEAU, *op. cit.*, note 12.

22 - A.-J. ARNAUD, *Pluralisme*, In « Dictionnaire de théorie et de sociologie du droit », 2e éd. 1993, LGDJ : « L'existence simultanée, au sein d'un même ordre juridique, de règles de droits différentes s'appliquant à des situations identiques » ; seconde définition du même auteur, plus tard dans sa vie : « Situation dans laquelle un individu peut, dans une situation identique se voir appliqué des mécanismes relevant d'ordres juridiques différents » ; Ghislain OTIS (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, 2012, 4^e de couv. : « On reconnaît aujourd'hui que la pluralité juridique, c'est-à-dire la coexistence dans un même espace de plusieurs ordres ou systèmes juridiques concurrentiels, caractérise un grand nombre de sociétés de par le monde ».

23 - Def. « Droit », In Littré, *Dictionnaire de la langue française*, 1863.

24 - V. HUGO, *Notre-Dame de Paris*, 1834.

25 - M. ALLIOT, *Anthropologie et juristique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit*, Bull. de liaison du LAJP, n° 1983, p. 83-117.

autre chose que des décisions juridictionnelles, expression d'un ordre imposé, et sous quelles formes »²⁶.

Pour répondre à ces interrogations, une fois encore, il sera important de veiller à ne pas altérer la cohérence interne de ces deux paradigmes pour vérifier si leur complémentarité est véritablement envisageable et le cas échéant dans quelle mesure²⁷. Mais encore, il sera indispensable d'apprécier objectivement ces deux univers, non de façon utopique tant pour celui de la médiation²⁸, que pour celui du droit qui n'est jamais absolument appliqué ; il faudra en relever les particularités, impératifs ou contraintes, sans pour autant les désavouer sans concession, le dessein étant d'essayer de combler les insuffisances pouvant être perçues en chacun. Se situant comme il le sera présenté à des niveaux politiques différents, l'un organisant la réponse sociale au travers de l'appareil institutionnel étatique, l'autre permettant d'aider les citoyens, par le biais d'un tiers-médiateur, à trouver²⁹ et comprendre la meilleure norme de conduite, ils doivent pouvoir se combiner.

Pour la médiation, il s'agira essentiellement de de s'assurer qu'aucune solution ne soit proposée ou imposée par une sorte d'avatar de conciliateur ou de magistrat, reproduisant ainsi le schéma que l'on trouve déjà dans les modes alternatifs de règlement des litiges ou dans la justice classique, les parties devant elles-mêmes trouver les réponses à leur discord. L'accent ne devra ainsi pas être mis sur ladite solution mais sur la création d'un espace de dialogue où chacun pourra s'exprimer avec l'autre. Pour le droit pénal, il faudra s'appliquer à ne pas porter préjudice à la logique particulière qui est sienne, c'est-à-dire en substance au but du processus d'établissement de la culpabilité de l'accusé ou du prévenu, mais encore à l'impossibilité d'admettre une quelconque privatisation de l'action publique en raison de son principe d'indisponibilité³⁰, ni de la réponse pénale apportée, et ce afin notamment d'éviter toute négociation des principes fondamentaux et des règles de droit

Comme pour procéder à une « médiation » entre la médiation et le droit pénal, la méthode choisie sera celle de la présentation descriptive et successive ces deux paradigmes : d'abord de celui de la médiation dont l'esprit et le sens doivent être précisés (**Partie 1**), puis de celui du droit pénal qui en raison de sa singularité impose l'approfondissement de son histoire, de ses enjeux, puis de ses tenants et aboutissants (**Partie 2**). Après seulement, il sera possible de les faire « dialoguer » ensemble, afin d'éprouver leurs incompatibilités, leur complémentarité ainsi que les points de convergence qu'ils entretiennent (**Partie 3**) ; dans cette étude de leur mise en œuvre simultanée, seront alors étudiées les procédures de médiations pénales déjà existantes³¹, qui présentent certains avantages et écueils qu'il sera important de signaler, dans le but d'élaborer finalement les modalités de leur entente au travers de propositions que nous voudrions les plus pertinentes.

Fondamentalement, dans cette recherche une importance particulière sera accordée à l'étude la phase descriptive qui permettra de développer au mieux une approche critique puis propositionnelle, dans le respect de la méthode anthropologique, partant du terrain, pour ne « légiférer qu'en tremblant », pour reprendre la maxime du Doyen Carbonnier³².

26 - C. LAZERGES, *Typologie des procédures de médiation pénale*, In « Mél. Colomer », Economica, 1992, p. 217-234.

27 - Ref. Principe d'**Etienne Le Roy** de la *complémentarité des différences*, lorsqu'il se questionne sur le fondement de l'universalité des droits humains ; E. Le ROY, *Les fondements anthropologiques et philosophiques des droits de l'homme*, DHDI, 1997.

28 - Cf. **Antoine Jeammaud** qui rappelait que « l'air du temps était en ce début des "eighties", à l'exaltation des modes alternatifs ou informels », cité par C. Lazerges, *op. cit.*, note 26.

29 - C. **NICACIO**, *Médiation et émergence du droit : pour un paradigme de la complexité juridique*, Thèse (dir. G. Nicolau), Université Paris 1, 2012 : elle explique que la médiation permet d'ouvrir la production du droit au lieu de la refermer.

30 - C proc. pén., art. 40 s.

31 - C proc. pén., art. 41-1.

32 - **J. CARBONNIER**, *op. cit.*, note 3, p. 50 : « (...) Ne légiférez qu'en tremblant, ou bien Entre deux solutions, préférez toujours celle qui exige le moins de droit et laisse le plus aux mœurs ou à la morale ».

PARTIE 1 : PRÉSENTATION DESCRIPTIVE DU PARADIGME DE LA MÉDIATION.

La médiation, « c'est la relation entre deux, l'espace vide autour duquel on se rencontre (...), le troisième terme qui fait le lien, qui permet aux "deux" de trouver sens, l'un par l'autre » – Jean-François SIX³³.

Le mot médiation vient du latin *medium* ou *mediatio*, signifiant « qui se situe au milieu », et évoque ainsi l'idée de mise en relation ou plus largement de « passage entre les mondes » ; le Dictionnaire historique de la langue française définit la médiation comme une « entremise destinée à concilier des personnes »³⁴. Ce passage interviendra par l'intermédiaire d'un tiers, le *mediator*, une personne « qui tient le milieu »³⁵ pour aider à relier plusieurs univers ; le terme médiateur se rapporte ainsi à celui qui sert d'entremetteur entre deux choses, deux personnes ou entre deux entités désireuses de retrouver la paix, pouvant alors revêtir une sens diplomatique.

Dès à présent, doit être signalée l'observation de deux confusions terminologiques récurrentes : la première amenant à associer la notion de médiation à celle de solution alors que l'approche de cette dernière est tout à fait différente puisque sa finalité première est la mise en relation permettant à chacun de s'exprimer ; sa réussite ne pouvant ainsi s'apprécier quantitativement en termes d'accords passés, comme il en est de rigueur en matière de négociation ou de conciliation, sinon qualitativement en observant si la relation des médiateurs a été apaisée. La seconde conduisant à reproduire dans l'application de ce paradigme la verticalité de la justice classique, où la décision n'appartient pas aux parties³⁶ mais au juge qui tranche l'affaire portée devant lui, alors qu'à l'inverse la médiation s'évertue à redonner la parole aux parties, sans se focaliser sur la gestion utilitaire du contentieux ; cette transposition visant à reproduire « la démarche judiciaire en l'adaptant à un contexte extra-judiciaire »³⁷. À titre d'exemple, dans son manuel sur la médiation Michèle Guillaume-Hofnung explique que la médiation est un « processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel un tiers – impartial, indépendant, sans pouvoir de trancher ou de proposer (sans pouvoir décisionnel ou consultatif) avec la seule autorité que lui reconnaissent les médiateurs, – favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause »³⁸. Cette définition reproduit ainsi la verticalité des modes de justice classiques en reconnaissant au médiateur une autorité potentiellement conférée par les participants, qui conduit *de facto* à le considérer comme un tiers qui pourrait prendre « la position symbolique du magistrat », en le privant d'un certain nombre de ses ressources mais en le laissant en disposer d'autres. Puisque placé au dessus du conflit, est par voie de conséquence modifiée la relation typique de la médiation où deux médiateurs essaient de trouver entre eux les solutions à leurs problèmes, seulement aidés par cette tierce personne qui se trouve à leur niveau.

Dans cet optique la médiation peut être reléguée au rang de substitut de la justice, puisque reproduisant son fonctionnement de façon alternative ou secondaire, afin de lui permettre de prendre en charge les conflits qui la dépassent, ce qui n'est pas le rôle de la médiation. Cette analyse pouvant être rapprochée de celle que faisait le Doyen Carbonnier aux prémices de la médiation, pour qui elle devait être perçue comme une alternative aux

33 - **J.-F. SIX**, *Le temps des médiateurs*, Seuil, 1990.

34 - Def. « Médiation », Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert, 2006.

35 - **J. BOUFFARTIGUE, A.-M. DELRIEU**, *Trésors des racines latines*, Belin, 2008.

36 - À été choisi ce terme pour marquer l'opposition avec celui d'adversaire.

37 - Étude de terrain, Entretien réalisé le 28 mars 2014 avec **M. Etienne Le ROY**, professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, spec. en Anthropologie du droit et en Histoire des institutions.

38 - **M. GUILLAUME-HOFNUNG**, *La médiation*, coll. « Que sais-je ? », Puf, 6^e éd., 2012 ; définition reprise par la délégation européenne de l'Assemblée Nationale, rapp. FLOCH n°3696, p. 16.

voies traditionnelles³⁹. Ces deux confusions, en abâtardisant les éléments caractéristiques de la médiation de mise en dialogue et d'horizontalité, s'opposent diamétralement à l'esprit de ce paradigme, qui doit être compris comme un processus de régulation des conflits (**Chap. 1**), sous-tendu par un projet de société qui dépasse le conflit (**Chap. 2**), passant de la médiation des différends à celle des différences ; ces dernières étant partie intégrante de toute collectivité.

Chapitre 1 : La médiation, un processus de régulation des conflits.

« La médiation valorise la recherche de l'adhésion de l'acteur à une solution la plus consensuelle possible, limitant en cela considérablement l'intervention de la tierce partie » – Etienne Le ROY⁴⁰.

Présenter la médiation comme un processus de régulation des conflits impose quelques précisions liminaires. Tout d'abord, le terme « processus », du latin *procedere*, qui signifie « avancement », révèle l'idée d'un cheminement dans la gestion de la discorde⁴¹, qui se produira de façon interne chez les médiateurs, mais aussi se matérialisera de façon externe dans le déroulé de la médiation. Ensuite, le terme « régulation » a été préféré à celui de « règlement » pour différencier les procédures de médiations de celles visant exclusivement à l'élaboration d'une solution, notamment des « modes alternatifs de règlement des litiges ou des conflits » (MARL ou MARC) ou de leurs homonymes anglo-saxons, les « *Alternative dispute resolution* » (ADR), et par voie de conséquence des conciliations, négociations ou arbitrages ; elle se situe à un tout autre niveau qui se refuse la gestion économiciste des flux judiciaires et s'évertue à privilégier la créativité à la reproduction de solutions imposées ou pré-établies qui ne seraient pas adaptées à certaines situations singulières. Par ailleurs, le règlement « parfait » d'une situation conflictuelle ne peut sans orgueil ni sérieux être revendiqué à l'échelle d'une société, mais seulement souhaité ; le but n'étant pas de parvenir à abolir les désaccords, sinon de tendre vers l'apaisement des relations collectives. Enfin, il est question ici de « conflits » ou de « différends », et non de « litiges », ce dernier terme menant à restreindre la discorde à une sorte de « photographie judiciaire », pour reprendre l'analyse d'Antoine Jeammaud⁴², alors que la médiation ne souhaite occulter ni leur temporalité ni leurs multiples imbrications ; dans le même ordre d'idée, si énoncer les moyens ou prétentions dans un encadré procédural présente de nombreux avantages, utiles notamment à la bonne administration de la justice et permettant de résoudre un litige, il n'en ira nécessairement pas de même quant au conflit qui pourra perdurer tant sa globalité aura été occultée. En ce sens, la justice classique en s'astreignant à résoudre un litige sans pacifier le conflit peut manquer à son rôle de régulateur des rapports collectifs.

A contrario, la médiation s'efforce de les prendre entièrement en charge, et pour les raisons évoquées, il semble permis de la qualifier de mode de régulation desdits conflits⁴³ (**S° 1**). Afin d'y parvenir, ont été affinées des méthodes recentrées sur la situation vécue à titre individuel, ce dont témoigne l'organisation normative qui en a été faite ainsi que les déroulés des procédures de médiation (**S°2**).

39 - J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 3 : « La médiation est tout mode informel de résolution des conflits qui auraient dû a priori être résolus dans les formes par un juge de l'espèce traditionnelle » ; cité par C. LAZERGES, *Médiation, justice pénale et politique criminelle*, RSC, 1997, p. 186-198.

40 - E. Le ROY, *La médiation mode d'emploi*, In Droit et société, n°29, 1995.

41 - Lat. *procedere*, signifiant « aller en avant », CNRTL.

42 - A. JEAMMAUD, « Conflit / litige », p. 255-257, In D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy, Puf, 2003.

43 - Parfois présenté comme un mode ou une technique de régulation sociale : J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, J. DAHAN, J. SALZER, M. SOUQUET et J.-P. VOUCHE, *La médiation*, In « Les médiations », Érès, coll. Trajets, 1999, p. 10.

Section 1 : La médiation, un mode de régulation des conflits.

La médiation est un mode de régulation des conflits dont la pratique est loin d'être nouvelle, comme le rappelle notamment Gérard Blanc à la lumière des travaux de Mireille Delmas-Marty ; elle est inhérente à la gestion des relations conflictuelles, bien que sa présence généralisée s'observe aujourd'hui plus facilement dans les cultures orientales ou extrême-orientales⁴⁴, sans avoir pour autant été absente des cultures occidentales comme il se fait pourtant coutume de le penser. Par l'image du sage, celui qui par ses questions rhétoriques permettait à chacun de trouver par soi-même les solutions⁴⁵, par celle du confesseur ou du juge de paix⁴⁶, son caractère originel ne peut être contesté, tout autant que son originalité est à relever au vu des logiques habituellement privilégiées dans l'ordre juridique français (I.). Après avoir étudié ces facettes de la médiation, il sera possible de prendre la mesure de l'institutionnalisation de ce mode de régulation des conflits, qui a été réalisée de manière imparfaite et critiquable (II.).

I. La médiation, un mode originel et original de régulation des conflits.

Cette « mesure de pacification du conflit »⁴⁷ présente deux particularités notables, étant à la fois originelle, dans la mesure où elle fait simplement référence à une pratique intemporelle, au moment où des personnes vont se rencontrer pour exprimer leurs positions et tenter de faire émerger une solution (A.). Elle est aussi originale au vu des modes institutionnels de résolution des litiges classiquement employés, car elle fonctionne dans un schéma horizontal plutôt que vertical et en raison du fait qu'elle permet de par ses caractéristiques l'émergence de nouveaux droits, sans seulement viser à l'imposition de règles et à la sanction de leur non-respect (B.).

A). La médiation, un mode originel de régulation des conflits :

Le caractère originel de la médiation s'explique par le fait qu'elle soit corrélative à l'existence de conflits ; aussi, ce caractère est observable d'un point de vue conceptuel, puisque comme le droit elle se rattache à une réalité identifiable à plusieurs niveaux, qui dépasse l'organisation qui pourra en être faite d'un point de vue normatif.

1° La corrélation existant entre la médiation et les conflits : Dès lors qu'il y a discordance il peut y avoir médiation, et en ce sens il est tout à fait aisé de comprendre que la médiation est un des modes originels de régulation des conflits, puisqu'elle peut exister à chaque fois que surviennent ces derniers. Philosophiquement, dans son essence, la médiation fait raisonner à cette maïeutique que décrivaient les philosophes grecs⁴⁸, à cet « art de faire accoucher les esprits » par le dialogue. On retrouve de façon récurrente sa philosophie dans les grandes pensées orientales telles que le confucianisme avec le « juste milieu », ou que le taoïsme avec « le souffle médian » qui intervient lorsque le *yin* et le *yang* sont en présence, élevant la meilleure part des deux vers une transformation bienfaisante⁴⁹. Historiquement, la médiation n'est pas étrangère à la tradition judiciaire française, comme le souligne Jean-René Tancrède, en tant que mode amiable de résolution des conflits ; il explique que ces modes ne forment pas un « ensemble isolé de la justice » ou une « infrajustice », même si en

44 - G. BLANC, *La médiation pénale (commentaire de l'article 6 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale)*, In La Semaine Juridique Edition Générale, n° 18, 4 mai 1994, I. 3760 ; M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Puf, coll. Thémis, Paris 1992, p. 147 s.

45 - PLATON, *Le banquet*, Flammarion, 2007 ; PLATON, *Théétète*, VII - 150 c, *Œuvres complètes*, t. 3, coll. classiques Garnier, p. 334.

46 - Les juridictions de paix ont été conçues par l'Assemblée constituante, empruntées aux pratiques anglaises et hollandaises du XVIII^e siècle, et remplissaient une fonction de régulation sociale et pacificatrice ; G. BLANC, *op. cit.*, note 44.

47 - Définition de Pierre CATALA, cité par Béatrice BLOHORN-BRENNEUR, *La médiation judiciaire : vers un nouvel esprit des lois dans les conflits individuels du travail*, Gaz. Pal., 2 juill. 1998, p. 821.

48 - PLATON, *op. cit.*, note 45.

49 - F. CHENG, *Le Livre du vide médian*, Albin Michel, 2009, p 8 s. ; ref. N. DION, *L'esprit de la médiation*, Gaz. Pal., 24 déc. 2013, n° 358, p. 5 s.

France s'est affirmée en 1790 « une séparation des autorités (et) une culture judiciaire de la décision »⁵⁰. Ces modes amiables font en réalité partie de notre vision européenne de la justice dont la mission première est la concorde avant la gestion contentieuse, ce que précisait déjà Ulpian en son temps⁵¹. Concrètement, elle se présente sous deux visages, étant à la fois un espace qui permettra de faire émerger le dialogue et à la fois cet instant singulier où les esprits vont accoucher dans le sens d'un accord ou d'une compréhension partagée ; en ce cas, on dira qu'il y a eu « médiation » pour évoquer la transformation positive qui s'est opérée, qu'il s'agisse d'une reconnaissance de la vérité de l'autre, d'un accord ou d'un « accord sur le désaccord ».

2° Le caractère originel de la médiation considérée d'un point de vue conceptuel : Etant donné la souplesse de ce concept, qui se situe entre deux choses et permettant de dépasser la linéarité que constituaient ces deux éléments entre eux, il est possible de le déceler dans de multiples situations. Parfois, il est indiqué que la médiation est « partout »⁵², entre la loi pré-établie par le parlement et celle pratiquée par ses acteurs, dessinée par les juridictions ou dans les conventions privées, entre camarades qui discutent ensemble et confrontent leurs avis pour parvenir à un point d'entente, ou même dans le langage, cet « instrument de triage » des idées ou sentiments dont il est régulièrement dit qu'il est « le premier médiateur » entre soi et le monde⁵³. Une analyse similaire peut d'ailleurs être faite avec le paradigme du droit que l'on observe à de multiples égards, entre le fort et le faible par exemple, ou si l'on se réfère aux théorèmes fondamentaux de la sociologie juridique du Doyen Carbonnier, qui précisait que « le droit est plus grand que les sources formelles », mais « plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes »⁵⁴. Néanmoins, afin d'éviter toute dérive « panjuriste »⁵⁵, deux remarques doivent être faites. Premièrement, tant le droit que la médiation ne doivent être perçus de manière immanente ou transcendantale ; tout au mieux ils évoquent des processus ou mécanismes couramment observables dans diverses circonstances des rapports inter-individuels, sans être plus que « culturellement naturels »⁵⁶. Ces abstractions nécessitent d'être désubstantialisées, au risque de souffrir la critique d'un « dogmatisme pur ». Secondement, s'il est admis de parler de « mentalité juridique primitive », « d'archétypes juridiques » voire « d'éternel juridique »⁵⁷, il apparaît néanmoins périlleux de ne s'appliquer qu'à seulement relever ces quintessences sans en étudier la mesure, variable selon les lieux et les temps⁵⁸. Ceci étant dit, si le droit est variable⁵⁹, il est difficilement contestable que certaines structures ou institutions, comportements ou *habitus*, apparaissent eux intangibles, qu'il s'agisse de l'existence de rapports de force, du lieu où les désaccords sont gérés, à l'intérieur ou à l'extérieur des enceintes de justice⁶⁰, ou de la manière par laquelle ils le sont, de façon impérative ou amiable⁶¹.

50 - **J.-R. TANCRÈDE**, *op. cit.*, note 18.

51 - *Ibidem* : « On oublie trop souvent qu'une autre phrase du célèbre jurisconsulte Ulpian (...) : "Les préceptes du droit sont : vivre honnêtement, ne léser personne, [et enfin] attribuer à chacun son droit" ».

52 - Étude de terrain, Conférence n° 1, *Sur la médiation*, du 21 nov. 2013, **M. GUILLAUME-HOFNUNG**, Vice-présidente de l'Académie de l'éthique, professeur de Droit public et médiatrice, LAJP, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.

53 - Étude de terrain, Formation à la médiation avec le **CNAM**, du 6 et 13 janv. 2014, intervention de **G. NICOLAU** : les mots sont le premier instrument de triage, permettant d'organiser les idées et sentiments dans des catégories.

54 - Axiomes posés par Jean **CARBONNIER**, *op. cit.*, note 3, p. 21 s. ; un troisième a été ajouté par Etienne Le ROY pour définir la juridicité qui se trouve entre le non-droit et le droit étatique, c'est-à-dire qu'elle est plus large que le droit tout en le comprenant ; **E. Le ROY**, *Autonomie du droit, hétéronomie de la juridicité (généralité du phénomène et spécificités des ajustements)*, DHDI, Séminaire international, Rome, 12-13 mars 2008.

55 - *Idem*, p. 23 : qui mènerait à percevoir « sous les pigeons qui volent (...) un immeuble par destination ».

56 - Cf. **C. LÉVI-STRAUSS**, *Nature, culture et société. Les Structures élémentaires de la parenté chapitres 1 et 2*, Flammarion 2008.

57 - **J. CARBONNIER**, *op. cit.*, note 3, p. 17.

58 - Étude de terrain, Correspondance sur la médiation avec **Mme Gilda NICOLAU**, févr. 2014 : « le droit n'est pas une affaire linéaire contrairement à ce que son nom pourrait en donner l'illusion » ; Ref. **J. CARBONNIER**, *op. cit.*, note 3, préf., p. 3.

59 - **H. LÉVY-BRUHL**, *Sociologie du Droit*, Puf, coll. « Que sais-je ? », 7^e éd., 1990 ; il considèrerait relativement à toute règle de droit que leur caractère est essentiellement provisoire et relatif.

60 - Étude de terrain, Conférence n° 1, *op. cit.*, note 52 ; **Michèle GUILLAUME-HOFNUNG** expliquait que Mme Adolé Ankrah, directrice de l'association FIA-ISM de médiation socioculturelle, décrivait la médiation en dehors des palais de justice, lorsque auditionnée par la Commission Magendie « bien nommée pour bien faire » en 2008.

61 - **G. NICOLAU**, *Justice étatique et médiation*, In « La médiation. Entre renouvellement de l'offre de justice et droit », *Jurisprudence Revue critique*, dir. **G. NICOLAU**, 2013, p. 31 s. : « Droit et Médiation semblent avoir existé depuis toujours quoique ces concepts

B). La médiation, un mode original de régulation des conflits :

Depuis quelques décennies, la médiation s'implante peu à peu dans l'ordre juridique et dans ses pratiques, amenant en ce sens une certaine originalité en tant qu'innovation par rapport aux modes juridictionnels dont elle a été écartée dès lors qu'il a été question d'unifier ou de centraliser le droit et d'assoir l'exclusivité du pouvoir de l'Etat. Son originalité peut aussi être appréhendée si l'on se focalise sur les spécificités de son approche du conflit qui ont entre autres pour conséquence de permettre l'émergence « du droit » ou de nouveaux droits.

3° L'originalité de la médiation dans son approche du conflit : Les procédures de médiation présentent certaines originalités au vu de l'adjudication judiciaire classique, que l'on constate relativement à l'éthique ou à la philosophie de la médiation et au rôle du médiateur. D'une part, la médiation dans son éthique et dans sa philosophie « propose le passage à une rationalité communicationnelle extrêmement novatrice (...) » en remettant par exemple en cause les classifications juridiques, comme en droit pénal « les catégories (...) traditionnelles de coupable et de victime »⁶². En cette matière, Jacques Faget pour détailler ces innovations qualifie la médiation de « contre-culture face à la rationalité pénale moderne », car elle donne « aux personnes la maîtrise de leurs conflits », porte son regard vers l'avenir, et change « le mode décisionnel vertical de la justice (...) pour lui substituer un mode de régulation horizontal, vecteur donc de démocratie participative et naturellement révolutionnaire dans les systèmes basés sur le principe de démocratie représentative »⁶³. D'autre part, quant au rôle du médiateur, alors que le juge analyse des faits et leur conformité avec le droit positif, écrit et jurisprudentiel, avant de décider, lui, s'entend à conduire les médians vers leurs besoins ou désirs résultant d'une situation donnée. Sortant quelque peu du registre juridique, mais en restant dans sa dimension politique car aidant les citoyens à trouver et comprendre la meilleure norme de conduite envisageable, parfois *sui generis*, il leur permet de régler par eux-mêmes leurs questions de droit et donc corollairement leurs litiges, présents ou à venir. À l'inverse, l'institution judiciaire opère une « captation du conflit »⁶⁴ et le pouvoir passe de la main des intéressés à celles des magistrats en charge de l'affaire, tranchants, qui laissent passifs ces justiciables dont le plus souvent la voix est même portée par leur défense. Seulement, et afin de relativiser, il est important de comprendre que des médiations trop autoritaires doivent être naturellement assimilées à cette justice, ou inversement qu'un juge peut faire une médiation au détour d'un jugement de qualité, rédigeant alors un rapport de médiation qui formellement se nomme jugement.

4° L'originalité de la médiation découlant des spécificités dans sa prise en charge des liens pour réguler les conflits : Elle marque en outre son originalité dans sa volonté de porter son attention sur les liens relationnels et de porter sa considération sur l'altérité en proposant un espace d'échange dialogal⁶⁵. D'après l'analyse de Jean-François Six, auteur du *Temps des médiateurs*⁶⁶, il existe quatre types de médiations, pouvant être « créatrices », ayant pour but de susciter entre des personnes des liens nouveaux, « rénovatrices » pour réactiver ceux distendus, « préventives » afin d'éviter l'éclatement d'un conflit, et « curatives », permettant alors de régler le conflit. Ainsi la médiation tend à répondre aux déchirements non seulement en rappelant l'existence éventuelle de normes, mais aussi et surtout en tentant d'agir sur les liens qui existent entre les personnes. Dans sa prise en charge de l'altérité, la médiation ouvre un « espace de rhétorique »⁶⁷ dans l'espoir de rendre possible

aient connu de multiples variations dans le temps et dans l'espace ».

62 - J. FAGET, *La médiation pénale : une innovation en trompe l'œil ?*, IEP de Bordeaux, XIIIe colloque de l'AICLF (Université de Montréal), du 13 au 15 mai 2012 [<https://www.youtube.com/watch?v=B2euAcrHR1E>].

63 - *Ibid.*

64 - Réf. au Cours de *Concepts de l'anthropologie du droit*, *op. cit.*, note 10.

65 - C. EBERHARD, *L'impact méthodologique de l'analyse plurale dans l'étude anthropologiques des cultures juridiques*, DHDI, p. 66 s. Le dialogue pourra être dialectique ou dialogal, pour reprendre la distinction de Raimon Panikkar, le premier type se rapportant au rationnel tandis que le second permet de percevoir les *mythos* respectifs des interlocuteurs, dévalant mutuellement leurs univers.

66 - J.-F. SIX, *op. cit.*, note 33.

67 - C. NICACIO, *Des normes et des liens, médiation et complexité juridique*, PAF, 2012, p. 22 s.

un vivre-ensemble plus harmonieux, en s'exprimant⁶⁸ et en écoutant l'autre. Cet effort de compréhension de l'autre permettant de se comprendre soi-même, car « c'est reconnaître à travers autrui ce que l'on est soi-même, l'ensemble des richesses dont on dispose pour être en commerce avec les autres »⁶⁹.

5° L'originalité de la médiation dans sa faculté de permettre l'émergence de droits : Ces spécificités, en plus de servir de soubassements aux procédures de médiations, peuvent conduire à l'émergence « du droit » ou de nouveaux droits qui composeront les ententes abouties. Dans son ouvrage, Camilia Nicacio explique que la non-verticalité et la mise en place d'un espace de dialogue introduisent la possibilité d'une ouverture à l'internormativité et « à l'émergence de nouveaux droits, confirmant ainsi par détournement, l'avènement d'une justice elle-aussi émergente, dont la pluralité des sources d'arènes de production, de procédures et de droits est le signe distinctif »⁷⁰. Tout en respectant les règles posées par l'ordre public, la médiation permet « aux parties de trouver des solutions inventives et originales, où l'équité aura toute sa place, que le juge en appliquant la règle de droit et tenu par le principe dispositif n'aurait pu retenir »⁷¹. Elles pourront s'obliger au sens strict du terme, de façon efficace, dans une relation respectueuse de l'autre mais aussi de cet accord, comme il devrait en être naturellement, puisque élaboré par elles volontairement. Quant au contenu de ces accords, il pourra être composé d'obligations de plusieurs types, morales, naturelles ou civiles, de donner, de faire ou de ne pas faire, dont le non respect sera sanctionné et assuré comme en toute matière. Ce contenu pourra évidemment varier selon les affaires et selon l'utilisation du potentiel de créativité de la médiation⁷².

II. L'institutionnalisation de la médiation comme mode de régulation des conflits.

L'institutionnalisation de ce mode de régulation des conflits a partiellement été réalisée, quant au respect de ses spécificités, menant à le considérer comme une simple alternative à la voie judiciaire. Détournée, vidée de sa substance ou instrumentalisée, la médiation par son intégration à l'ordonnancement juridique a dans une certaine mesure subi ce que Louis Dumont qualifiait « d'englobement du contraire »⁷³. Soumise au modèle de la justice classique, son institutionnalisation n'a pas été imaginée d'une manière qui aurait pu permettre de ne pas reproduire les codes du droit étatique ; ceci s'expliquant par le fait que ce dernier, de par son histoire jacobine se devait d'appliquer une logique moniste, centralisatrice et légaliste. Dans un souci de précision, doit être préalablement dressé l'historique de ladite institutionnalisation, présentant la particularité d'avoir été initiée par la société civile (**A.**), avant de pouvoir analyser les principaux écueils en découlant (**B.**).

A). L'historique de l'institutionnalisation de la médiation :

Pour dresser un historique de l'encadrement juridique des modes amiables de règlement des différends, et non seulement de la médiation ce qui serait réducteur, il paraît intéressant de rappeler quelques étapes ayant mené

68 - G. OTIS, P. de DECKKER, W. MASTOR, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone*, Paris, Agence Universitaire de la Francophonie, 2010, p. 35-36 : « le dialogue ne dicte aucun résultat précis dans l'élaboration de normes ou de politiques et il ne garantit certes pas l'accord des acteurs de la gouvernance au terme du processus. Il offre néanmoins la possibilité de progresser dans la réduction des conflits ».

69 - E. LE ROY, *Anthropologie du droit - Etienne Le Roy*, 20 Déc. 2012, [<http://www.youtube.com/watch?v=U4rDt0-pQG8>].

70 - C. NICACIO, *op. cit.*, note 67.

71 - F. VERT, *Modes amiables de résolution des différends et conciliation par le juge*, In « Annonces de la seine », T. comm. de Paris, 22 janv. 2014.

72 - Par ex. Alain ROY, Vice-président de l'ANM, pour souligner sa créativité présente *Le cas de l'orange*, In « La créativité de la médiation », Montargis, Août 2007 [http://www.irenees.net/bdf_fiche-defis-201_es.html] : « Deux enfants se disputent une orange (...). Chacun met toute son énergie à développer une stratégie pour obtenir l'orange et plus la tension monte, plus les positions deviennent intractables. L'adulte, fatigué de tout ce tumulte, pense régler le conflit en coupant l'orange en deux et en en donnant une moitié à chaque enfant : les deux fondent en larmes. On s'explique alors (enfin) : l'un voulait la pulpe, toute la pulpe, pour faire un jus ; l'autre voulait la peau, toute la peau, pour faire des orangettes. Une médiation, en rétablissant un dialogue devenu impossible, et en faisant s'exprimer les vrais besoins de chacun, leur aurait permis de générer une solution satisfaisante pour les deux ».

73 - Principe développé par Louis DUMONT (1911-1998) dans son *Essais sur l'individualisme, une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Le Seuil, 1983.

à son institutionnalisation en droit contemporain. Il sera question de l'ancienne office du juge de Paix, de l'affirmation de la mission conciliatrice du juge civil, jusqu'aux premières pratiques de médiations pénales en France à compter des années 1980. Ces évolutions, une fois présentées, pourront ensuite être justifiées.

6° Présentation d'étapes ayant participé à l'institutionnalisation de la médiation : En premier lieu, en France, dans la lignée de la mission de concorde puis des juridictions seigneuriales, des juridictions de paix avaient été instituées en 1790 par la Constituante⁷⁴. Leur objectif était de mettre au service des citoyens une justice proche et efficace en matière de litiges de faible importance, en tant que justice d'exception⁷⁵. Supprimées en 1958⁷⁶ et remplacées par les tribunaux d'instance, elles ont pâti de l'urbanisation croissante et de la judiciarisation de la société, sans que le besoin d'une justice de proximité ou de régulation sociale ne diminue pour autant, mais aussi de pressions faites par certains magistrats légalistes soutenant qu'il n'entre pas dans le rôle du juge de participer à la paix publique⁷⁷. Pour combler le vide laissé, ont été créés des conciliateurs de Justice⁷⁸ puis en 2002 les juridictions de proximité en réponse à ces mêmes attentes. En deuxième lieu, au soutien des modes amiables, le Nouveau Code de procédure civile est entré en vigueur en 1976, œuvre commune de grands juristes⁷⁹ ; dans sa philosophie, il a fait du procès la chose des parties⁸⁰ par une « logique de contractualisation moderne de la justice » et pour mener à la « responsabilisation de tous les acteurs du procès », comme le souligne le Premier président Jean-Marie Coulon⁸¹. Son éminent article 21 dispose d'ailleurs qu'il « entre dans la mission du juge de concilier les parties », faisant par là même ressurgir la concorde en la plaçant au « cœur de l'office du juge ». En troisième lieu, ce mouvement a été marqué par l'investiture du Garde des Sceaux Robert Badinter, qui a contribué à leur introduction au droit pénal, s'inspirant des expériences américaines des années 1970⁸² ; suite aux lois Badinter sur l'aide aux victimes, furent créés des associations subventionnées par la Chancellerie, ainsi que des associations de contrôle judiciaire, puis une structure nationale d'aide aux victimes, l'INAVEM⁸³, ayant pour but de structurer les actions de médiation et de conciliation sur l'initiative du Bureau des victimes du Ministère de la Justice et de travailler à la formation des médiateurs.

7° L'encadrement juridique de la médiation : Après ces premières expériences de médiations, alors pratiquées en grande partie par la société civile, des fonds furent débloqués, avec l'aide de Bruno Cotte⁸⁴, afin de s'assurer que ces nouvelles procédures fassent leurs preuves, avant qu'une loi promulguée en 1993 n'intervienne en droit pénal pour en faire une alternative aux poursuites ou une disposition technique mis à la disposition du parquet⁸⁵, en l'institutionnalisant « du bout des lèvres »⁸⁶ ; avant, les magistrats pour fonder juridiquement la médiation en cette matière interprétaient librement le décret du 20 Mars 1978 qui prévoyait certaines conciliations en matière civile. En d'autres domaines, l'ouverture de la justice aux modes alternatifs de règlement des conflits s'est matérialisée par une loi de 1995 qui consacrait la médiation judiciaire, puis par celles

74 - Lois du 16 et 24 Août 1790.

75 - **J. BARBIN**, *Juge de Paix*, In Encyclopædia Universalis, [<http://www.universalis.fr/encyclopedie/juge-de-paix/>].

76 - Ordo. n° 58-1273 et décret n° 58-1286 du 22 décembre 1958.

77 - Étude de terrain, Conférence n°1, **F. VERT**, *op. cit.*, note 91 (infra).

78 - Décret n°78-381 du 20 mars 1978 *relatif aux conciliateurs de justice*.

79 - Dont Henri **Capitant**, Jean **Foyer**, Henri **Motulsky**, des doyens **Carbonnier** ou **Cornu**, du président **Francon** ou de **Buffet**. Ce « seul code que Stendhal lirait aujourd'hui avec plaisir », comme l'a écrit l'ancien doyen de la faculté de droit de Toulouse **Bernard Beignier**, ce que rappelait **Jean-Louis NADAL** dans son allocution lors du colloque de la Cour de cassation du 16 nov. 2006, *De la commémoration d'un code à l'autre*.

80 - Art. 4 du CPC, principe du dispositif.

81 - **J.-M. COULON**, *Du rapport Coulon au rapport Magendie*, In « Le nouveau Code de procédure civile », (dir. Jean Foyer et Catherine Puigelier), éd. Economica, 2006.

82 - Étude de terrain, Entretien réalisé le 11 avr. 2014 avec **Mme Jacqueline MORINEAU**, médiatrice et créatrice du Centre de médiation et de formation à la médiation (CMFM).

83 - Institut National d'Aide aux Victimes et de Médiation.

84 - Étude de terrain, **J. MORINEAU**, *op. cit.*, note 82.

85 - Art. 6 de la Loi n° 93-2, du 4 janvier 1993 *portant réforme de la procédure pénale*.

86 - **J.-P. BONAFÉ-SCHMITT**, *La médiation pénale en France et aux Etats-Unis*, LGDJ, coll. Droit et société, 2010.

de 2002 et de 2004 pour la médiation familiale. Il est aussi possible de citer en 2008 la réalisation des rapports *Guinchard* ou *Magendie*⁸⁷, qui ont approfondi ces récentes évolutions et proposé quelques innovations ; au niveau européen fut prise une directive finalement transposée en 2011, instituant un cadre général applicable aux médiations judiciaires et conventionnelles⁸⁸, définissant largement la médiation comme « tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige », pouvant dès lors être confondue avec la conciliation ou même avec la négociation.

8° Les arguments justifiant l'institutionnalisation de la médiation : Dans son ouvrage comparatiste sur la médiation pénale, Jean-Pierre Bonafé-Schmitt explique que la médiation est intervenue en réponse aux dysfonctionnements de l'institution judiciaire, comme mode alternatif de règlement des litiges, ce qui représente « l'une des facettes de la crise généralisée de l'ensemble des mécanismes de régulation sociale »⁸⁹. Son développement témoigne en ces termes d'une recomposition des rapports entre l'Etat et la société civile en matière de gestion des conflits, d'une complexification de nos sociétés modernes et viendrait se substituer à l'effondrement des structures intermédiaires⁹⁰, institutions de village ou juges de paix, ces « petits juges »⁹¹ qui faisaient de la médiation dans leurs cabinets⁹² ; en parallèle, cette évolution est sans doute survenue pour combler les carences ressenties du fait de l'individualisation de la société. Finalement, des enjeux de pouvoir soulevés par cette institutionnalisation l'ont en même temps encouragée, au sein du monde de la médiation ou judiciaire, entre acteurs de la régulation des conflits, médiateurs, magistrats, avocats, policiers ou assistants sociaux, causant par là même certains écueils qui doivent être analysés.

B). Les principaux écueils découlant de l'institutionnalisation de la médiation :

Comme le souligne Béatrice Blohorn-Brenneur, la plus grande erreur commise lors de cette institutionnalisation a sûrement été de présenter la médiation comme une mesure destinée à désengorger les tribunaux, le résultat ayant été de soulever une levée de boucliers de la part des juges qui y ont vu l'avènement d'une justice de rabais⁹³. Pour cette dernière, « il est plus exact de dire que la médiation est une mesure de pacification des conflits qui a pour finalité une justice de qualité plus souple et plus moderne », sans la confondre avec les modes alternatifs ou sans l'assimiler totalement aux formes de justices restauratives ou réparatrices⁹⁴.

9° La médiation confondue avec les modes alternatifs : La médiation est très souvent associée aux modes alternatifs de règlement des litiges ou conflits et à leurs homologues des pays de *Common law* ; cette confusion avec les procédures de conciliation, de négociation⁹⁵ ou d'arbitrage est sans conteste erronée dans la mesure où ces dernières focalisent leurs processus sur la recherche d'une solution, proposée ou imposée, alors que la médiation se contente de mettre en place un espace de liberté duquel pourra éventuellement émerger une

87 - S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Dalloz, 2008, p. 1748 s. ; J.-C. MAGENDIE (dir.), *Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie*, CA Paris, 2008.

88 - Loi n° 95-125 du 8 févr. 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative ; Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, et Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce ; Direct. europ. n° 2008/52/CE, 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale ; Ordo. n° 2011-1540, 16 nov. 2011 portant transposition de la directive précitée ; Décret n° 2012-66, 20 janv. 2012 relatif à la résolution amiable des différends.

89 - J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *op. cit.*, note 86.

90 - *Ibid.*

91 - Ref. H. DE BALZAC ; Étude de terrain, Conférence n° 1, *Sur la médiation*, du 21 nov. 2013, F. VERT, *Conseiller à la Cour d'appel de Paris et référent médiation*, LAJP, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.

92 - Étude de terrain, E. Le ROY, *op. cit.*, note 37.

93 - B. BLOHORN-BRENNEUR, *op. cit.*, note 19.

94 - Le premier terme est préféré au second pour faire écho à la dénomination anglo-saxonne de « *restorative justice* ».

95 - En médiation il ne s'agit pas de négocier, mais au contraire d'aplanir les rapports de force qui se confrontent dans les négociations. Dans le cas de la négociation une solution peut être indirectement imposée par la partie en position de force.

solution⁹⁶. Par exemple, certains auteurs en font « un mode de solution des conflits consistant, pour la personne choisie (...) à proposer à ceux-ci un projet de solution, sans se borner à s'efforcer de les rapprocher, à la différence de la conciliation, mais sans être investie du pouvoir de leur imposer comme décision juridictionnelle, à la différence de l'arbitrage et de la juridiction étatique »⁹⁷, bien qu'en fait, dans la médiation le tiers ne propose pas de solution, à l'inverse de la conciliation, et justement se contente d'essayer de rapprocher les médiateurs, voire de reformuler leurs propositions ; cette confusion étant d'ailleurs observable dans les textes européens ou nationaux⁹⁸. Fondamentalement, la place faite aux parties est différente, la médiation portant plus sur leur vécu du conflit plutôt que sur la négociation des droits, leur permettant d'agir plutôt que de les laisser se contenter d'acquiescer. Il peut donc s'agir d'une « autre » approche du conflit, qui se trouve parfois être plus appropriée, mais non d'une approche alternative, ce qui imposerait de la considérer comme inférieure à la justice étatique et d'oublier son caractère originel et indépendant des institutions, même si une complémentarité est envisageable.

10° La médiation assimilée aux justices « douces » : Que la médiation permette de créer des formes de droit qualifiables de « souples » ou « flexibles », elle ne peut pour autant être dite « douce », analyse forcément soutenue par ceux qui l'ont vue pratiquée ou qui l'ont expérimentée. Ceci s'explique par le fait qu'elle redonne aux parties une place d'acteurs, par opposition au schéma classique où elles restent inactives et dont la voix est portée par leurs défenseurs. Plutôt, la médiation est une justice qui « déménage », car intense pour les médiateurs qui se positionnent véritablement face à l'autre pour exprimer leurs opinions, blessures ou attentes, ce qui n'est en réalité jamais une mince affaire, et surtout acceptent d'écouter les « prétentions auxiliaires »⁹⁹. Comme l'explique Christine Lazerges, en évitant la théâtralisation du procès on permet l'échange de propos plus intenses¹⁰⁰ ; en somme, on passe de ce qui est montré à une expérience vécue, où une place est laissée à l'hybris et à la démesure, donc nécessairement moins accommodante.

11° La médiation assimilée aux justices dites « restauratives » ou « réparatives » : De prime abord, des corrélations évidentes peuvent être faites avec ces formes de justice, car les procédures de médiation peuvent par exemple restaurer des liens distendus ou mener à réparer intérieurement les médiateurs en opérant une transformation, ou extérieurement par la réparation de biens ou de situations endommagées. Toutefois, la médiation peut aussi être créatrice de liens ou même préventive et ne saurait à ce titre être assimilée à elles¹⁰¹. Aussi, ces justices, promues par Howard Zehr ou par Marshall Rosenberg¹⁰², sont étroitement liées au domaine pénal que dépasse la médiation ; dans ses fondements la justice réparatrice tend à modifier la fonction principale de la peine. Renouant ainsi avec une vision archaïque du crime¹⁰³, qui ne devrait être « ni de punir, ni de rééduquer, ni de traiter mais de promouvoir la réparation des torts causés par le délit »¹⁰⁴, ce que ne défend pas la médiation qui se borne à solliciter la mise en dialogue pour permettre à chacun de cheminer. Finalement, la médiation se distingue de ces formes de justice et s'affirme comme un mode de régulation des conflits à part

96 - Paradoxalement, une médiation réussie pourra déboucher sur une conciliation ou sur un jugement.

97 - G. CORNU, *Médiation*, In « Vocabulaire juridique », Puf, 2000, 8^e éd., p. 546 ; dans cette définition, le Doyen Cornu semble inverser les concepts de médiation et de conciliation.

98 - C. proc. Civ., art. 131-1 s.

99 - Expression choisie afin de s'opposer au terme « adverse » et pour signifier que les médiateurs s'aident corrélativement par leur présence et par leur volonté de dialoguer pour tenter de trouver un accord.

100 - Étude de terrain, C. LAZERGES, *op. cit.*, note 20.

101 - Elles furent développées depuis les années 1990 au Canada principalement ; V. STRIMELLE, *La justice restaurative : une innovation du pénal ?*, « Champ pénal/Penal field », Séminaire Innovations Pénales, 2008.

102 - H. ZEHR, *La Justice restaurative*, Labor et Fides, Genève, 2012 ; M. B. ROSENBERG, *La communication Non-Violente au quotidien*, Jouvence, 2003, p. 10 s. : c'est « le langage et les interactions qui renforcent notre aptitude à donner avec bienveillance et à inspirer aux autres le désir d'en faire autant » ; « les mots sont des fenêtres, ou bien ce sont des murs ».

103 - L'atteinte était d'abord faite à un individu qui pouvait se venger de façon privée ; Par ex. La Torah précise la restitution des biens aux victimes par les criminels, le Code d'Ur-Nammu requiert la réparation pour les actes de violence, le Code de Hammurabi prescrit la restitution comme sanction pour les infractions de propriété, la Loi des XII Tables ordonne au voleur de payer le double des biens.

104 - *Déclaration de Louvain*, sur la pertinence de promouvoir l'approche réparatrice pour contrer la criminalité juvénile, Leuven, 1997.

entière en raison des méthodes qu'elle met en œuvre, qui révèlent son esprit et son originalité et qui se retranscrivent dans ses pratiques. Ces dernières, certes multiples, ont néanmoins pour dénominateur commun la volonté de recentrer leur action sur le dialogue et sur la réalité vécue par les individus qui y participent.

Section 2 : La médiation, des méthodes de régulation des conflits.

La médiation se réalise au travers de la mise en œuvre de méthodes de régulation des conflits, c'est-à-dire par des démarches ayant pour finalité d'appliquer les principes qui la composent. De façon générale, Pierre Truche expliquait qu'elle permet de passer d'une « justice violente » à une « justice non violente »¹⁰⁵. Pour éprouver la qualité des méthodes, il faut s'appliquer à vérifier si les éléments qui viennent d'être détaillés ne sont pas restés dans l'élaboration des protocoles « lettre morte » ; à ce titre, Nietzsche écrivait : « les vérités les plus précises, ce sont les méthodes »¹⁰⁶. L'encadrement des méthodes de médiation, de son principe d'intervention au statut des participants, est toutefois relatif, étant déterminé un socle commun mais laissée une marge de manœuvre aux organismes qui la pratiquent (I.). Cette latitude a permis l'émergence d'une pluralité de méthodes et d'Ecoles, qui se sont développées au fur et à mesure des expériences et encadrements juridiques, au risque de mener si mal réalisées à évincer le système de valeur prôné¹⁰⁷(II).

I. L'encadrement relatif des méthodes de médiation.

L'encadrement effectué a mené à la délimitation du contexte d'intervention des méthodes de médiation, en imposant des règles fondatrices (A.) sans pour autant prévoir rigoureusement leurs protocoles ; ce dernier point pouvant se justifier par la souplesse du paradigme de la médiation ainsi que par les demandes des organismes réclamant ne pas être paralysés par des règles trop rigides (B.).

A). L'encadrement du contexte d'intervention de la médiation :

L'enjeu du législateur en ce domaine était d'organiser l'encadrement des pratiques, après les avoir laissées volontairement se développer plus ou moins librement pour leur permettre de se découvrir¹⁰⁸. Ont alors été déterminés le cadre juridique des médiations ou leurs principes essentiels, ainsi que l'éthique ou le statut du médiateur. Principalement, les médiations seront réalisées de façon para-judiciaire dans une logique de « sous-traitance », ou de façon judiciaire dans une logique de « traitement social » pour mettre en place des lieux d'intégration et rétablir la communication entre les parties en conflit¹⁰⁹.

12° Le cadre juridique et les principes de la médiation : Hors les médiations mises en œuvre au sein de l'appareil étatique, retenues lorsque pratiquées par ses services, leur cadre juridique idéal est celui d'un contrat passé entre les « médiateurs », c'est-à-dire entre tous les participants à la médiation ; est laissée la possibilité à chacun de se retirer à tout moment, et passant par l'intermédiaire d'une structure associative, s'organise l'implication de la société civile dans le respect de la loi de 1901¹¹⁰ ; l'institution judiciaire pourra d'ailleurs, lorsqu'elle l'estime opportun, orienter les parties vers ces structures, pour que soit réalisée une « médiation

105 - P. TRUCHE, *Violente justice / justice non violente*, in « La justice », 1991.

106 - F. NIETZSCHE, *La volonté de puissance*, IV, 41, Fragments posthumes.

107 - C. MINCKE, *De l'utopie à l'aveuglement. La médiation pénale belge face à ses idéaux fondateurs*, Thèse (dir. Y. Cartuyvels ; P. Gérard, P. Mary, M. van de Kerchove), Saint-Louis, 2005-2006, p. 6 : « les ambitions sont larges, si larges qu'elles inspirent un légitime scepticisme à l'observateur. Car au delà des discours et des idéaux, se pose la question du fonctionnement concret de la procédure ».

108 - Étude de terrain, J. MORINEAU, *op. cit.*, note 82.

109 - C. LAZERGES, *Essai de classification des procédures de médiation*, In Archives de Politique Criminelle, n°14, 1992, p.17.

110 - Loi du 1er juillet 1901 *relative au contrat d'association*.

conventionnelle à aiguillage judiciaire »¹¹¹. Ce contexte assure une certaine liberté, nécessaire au respect du caractère non-imposé de la médiation. Dans le cas inverse, en étant contrainte et se déroulant dans des structures chargées du poids des institutions, la procédure serait biaisée en altérant la détermination des médiateurs et la sincérité du dialogue. Relativement aux principes fondateurs de la médiation, tout comme la conciliation elle repose sur la liberté et l'égalité des participants, mais aussi sur l'autonomie, la responsabilité, l'écoute ou la « compréhension mutuelle au travers d'un processus souple et confidentiel », s'écartant ainsi du rituel autoritaire traditionnel de l'institution judiciaire régalienn¹¹². En réintroduisant un espace tiers qui permet de sortir des logiques antagonistes ou adversariales, est rendu possible « le passage du deux au trois » pour se démarquer de la représentation, de la prise de partie, de l'identification et de l'assistanat »¹¹³.

13° L'encadrement de l'éthique et du statut du médiateur : Le médiateur tient un rôle fondamental dans la médiation, ce processus étant ternaire ou triangulaire et non binaire¹¹⁴. Symbolisant « une dimension réunificatrice », « sa présence est fondatrice, structurante, stabilisatrice »¹¹⁵ et son rôle est celui d'accompagner les parties à dépasser le conflit. Pour ce faire, son statut impose qu'il soit impartial, compétent et diligent¹¹⁶. Sans prendre parti pour l'un ou l'autre des médiateurs, le médiateur doit avoir été formé à la médiation et mettre en œuvre tous les moyens permettant de parvenir au succès de la médiation. Quant à l'obligation de compétence, certains considèrent que le médiateur doit être compétent techniquement relativement au litige considéré, ce qui permet d'ailleurs de rassurer le magistrat qui délègue, tandis que pour d'autres ces compétences risquent d'influencer le médiateur, qui ne doit pas prendre parti mais seulement organiser le dialogue, et par là-même d'abolir l'horizontalité de la médiation. Sans doute aucune position n'est exempte de reproches et les qualités personnelles du médiateur permettront d'apprécier sa compétence *in concreto* ; précisément, il s'agira de ses qualités relationnelles d'écoute, de calme ou de tempérance, ainsi que de son ouverture d'esprit, tout autant que de son discernement ou de sa maîtrise de soi, de sa fermeté, patience et bienveillance. Cette liste non-exhaustive indiquant seulement certains traits de définition de ce que François Julien appelle le « potentiel de situation »¹¹⁷, et méritant un approfondissement plus rigoureux pour encadrer leur formation et les protocoles.

B). Le non-encadrement rigoureux des protocoles :

Les protocoles de médiation varient selon les cadres et organismes observés ; qu'il s'agisse des activités de médiations exercées par certains professionnels ou instances, judiciaires ou para-judiciaires, leur modélisation est un exercice des plus périlleux puisque la médiation, comme tout phénomène social évolue¹¹⁸ et car il y a en ce domaine, tout comme dans bon nombre d'autres, autant de points de vue et de méthodes que d'auteurs et de praticiens. Ce non-encadrement rigoureux se justifie notamment par la souplesse paradigmatique de la médiation mais est aussi réclamé par ceux qui la pratiquent, au risque toutefois de détournements.

14° La justification du non-encadrement rigoureux des protocoles de médiation : Les méthodes concrètes de médiation n'ont pas été officiellement organisées dans le but de laisser une certaine latitude aux différents centres de médiations qui pourront s'adapter selon leur philosophie, selon les personnes qui viendront les consulter ou selon les affaires qu'ils auront à réguler. Cette adaptabilité est aussi sollicitée afin de ne pas recréer

111 - Étude de terrain, E. Le ROY, *op. cit.*, note 37.

112 - F. VERT, *op. cit.*, note 71.

113 - M. GUILLAUME-HOFNUNG, *Discours d'installation du groupe médiation de la Cour d'appel de Paris*, (avec J.-C. Magendie), ENM / Cours d'appel de Paris, 11 déc. 2008.

114 - M. GUILLAUME-HOFNUNG, *op. cit.*, note 38, p. 70.

115 - N. DION, *op. cit.* note 49.

116 - C. proc. civ., art. 1530.

117 - F. JULIEN, *Traité de l'efficacité*, Grasset, 1996, p. 29.

118 - J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *op. cit.*, note 86, sur les logiques de médiation.

une structure autoritaire qui encadrerait trop rigoureusement par exemple la gestion du dossier judiciaire, l'évolution des échanges, l'étape de l'accord qui ne peut être décidée par les médiateurs, et entraverait la responsabilisation des parties. Ainsi, outre l'interdiction de trancher faite au médiateur ou le fait que le processus repose sur l'autonomie de la volonté des personnes concernées, il faut laisser de la place à ce que Michèle Guillaume-Hofnung qualifie « d'*animus mediandi* », en d'autres termes à leur intention de se livrer et d'expliquer leurs points de vue pour tenter de faire médiation¹¹⁹.

15° Les risques du non-encadrement rigoureux des protocoles de médiation : Malgré ces justifications, cette latitude est problématique tant d'un point de vue théorique pour le paradigme de la médiation, que d'un point de vue pragmatique pour les médiateurs et pour les médiations réalisées. D'une part, la médiation, dont la dénomination et la fonction affiliée sont utilisées sans mesure¹²⁰, ne peut que difficilement signifier une idée claire, confondue avec la conciliation ou les modes alternatifs, et en parallèle est affaiblie par les divisions politiques qui la composent ; sa diversification ou son démembrement ne pouvant être que néfaste à sa cohérence théorique et *de facto* à la valeur intrinsèque de ses pratiques. D'autre part, la gestion de l'affaire dépendra du protocole pratiqué par le centre de médiation, les médiateurs pouvant par infortune être mis en relation avec des médiateurs incompetents, autoritaires, parfois inconsciemment, ou avarés ; le cas échéant, ne serait pas garanti le respect des libertés individuelles ou des principes de la médiation. Ce dernier point permettant d'évoquer le problème de leur formation qui se devrait d'être unifiée. Sinon, comment garantir la compétence des médiateurs et la qualité des déroulés, sachant que ne sont même pas encadrés les protocoles ? En tout état de cause, ce manque de rigueur a conduit à un éclatement des pratiques de médiation, en même temps que ces dernières devenaient un marché florissant, en la rendant plurielle dans ses méthodes.

II. La pluralité des méthodes de médiation.

S'il existe un socle commun de valeurs, la pluralité des méthodes de médiation impose casuellement de vérifier si ses principes sont respectés dans les protocoles réalisés. Pour ce faire, il faudra présenter des exemples de déroulés qui semblent respectueux de l'esprit de ce paradigme, afin de visualiser comment les médiations peuvent être mises en oeuvre et quel est leur univers concret **(A.)**. Ensuite, il sera possible de critiquer la pluralité desdites méthodes, qui s'ajoute aux risques découlant du non-encadrement des protocoles déjà présentés **(B.)**.

A). Exemples de déroulés de médiations :

Des médiations pratiquées par des organismes spécialisés, trois exemples peuvent être donnés, concernant les médiations effectuées par le Centre de médiation et de formation à la médiation (CMFM)¹²¹, centre créé en 1984 et travaillant avec le parquet et le barreau de Paris, le Ministère de la Justice, le Groupement européen de Magistrats pour la médiation ou avec l'Association nationale des médiateurs ; puis concernant celles que proposent à la formation le Conservatoire national des arts et métiers (CNAM)¹²², et finalement un déroulé de médiation encadré par l'Université de Paix de Namur en Belgique afin de cerner leur aspect transnational¹²³.

16° L'exemple du CMFM : Ce centre de formation et de médiation pratique une médiation qu'il qualifie lui-même d'humaniste, l'ayant créée et approfondie¹²⁴. Il intervient « pour la Justice et dans les sphères de la société où

119 - M. GUILLAUME-HOFNUNG, *op. cit.*, note 113.

120 - Par ex. les médiateurs dans les mairies, le médiateur de la République, le médiateur européen, les médiateurs culturels.

121 - Étude de terrain, Formation à la médiation avec le CMFM, les 7 et 8 déc. 2013.

122 - Étude de terrain, Formation, CNAM, *op. cit.*, note 53.

123 - Documentaire informatif, *Graines de médiateurs*, Université de Paix de Namur, Belgique, 2000 [<https://www.youtube.com/watch?v=EnvkZfZJ8t8>].

124 - J. MORNIEAU, *op. cit.*, note 12 ; et, *Le médiateur de l'âme, Le combat d'une vie pour la réconciliation*, Nouvelle cité, 2008.

les conflits sont source de rupture de dialogue, séparation, souffrance, violence ». Dans ses valeurs humaines et spirituelles, souhaitant considérer les individualités dans leur triple dimension « âme-corps-esprit », le CMFM s'intéresse au « besoin de cheminer », ce qui se matérialise dans son déroulé par la mise en place de sept étapes successives ¹²⁵: sans compter l'entretien préalable de présentation, après l'accueil permettant d'expliquer comment la médiation va se dérouler et de mettre les médiés à leur aise¹²⁶, étant en principe angoissés à l'idée de rencontrer l'autre, vient la deuxième étape où chacun explique son point de vue sans que sa parole ne lui soit coupée, pour qu'ensuite un des médiateurs¹²⁷ résume en restant fidèle aux termes employés les « récits » de chacun. Quatrièmement, une fois la synthèse terminée les médiateurs effectueront un « miroir » reflétant l'émotion qu'ils perçoivent chez l'un ou l'autre des médiés afin qu'ils commencent à s'exprimer ; en restant vague mais en touchant juste, ce « miroir » a pour fin d'aider les participants à avancer et à s'autoriser le droit d'exprimer leurs « cris ». Ensuite, lorsque le dialogue n'apporte plus de nouveaux éléments ou émotions, l'étape suivante se concentre sur la psyché, autrement dit au niveau plus élevé des valeurs ; dès lors qu'une valeur partagée est identifiée, par exemple protéger les enfants lors d'un divorce ou l'amour maternel en cas de viol d'une jeune mère, on arrive à un espace de maïeutique permettant de « faire accoucher l'âme » et aux personnes de se rencontrer. Si la médiation a permis d'arriver jusqu'à ce niveau, la sixième étape est celle de la question posée aux médiés, de savoir s'ils se retrouvent sur cette valeur, en somme s'ils peuvent rechercher une même chose ; enfin, la transformation, dernière étape, pourra peut-être s'opérer par la prise de conscience de chacun de ses erreurs et de ses motivations, le pardon ou la catharsis intervenir, renouvelant la vision de la situation ; précision devant être faite que l'important pour cet organisme est d'arriver au niveau des valeurs et pas nécessairement à l'accord, le chemin entamé pouvant être parcouru par les participants de façon autonome.

17° L'exemple du CNAM : Dans ce nouveau cadre, une importance particulière est accordée aux mots qui sont « une sorte de porte d'entrée pour atteindre les émotions ». Il est expliqué dans leur formation qu'il y a médiation « au moment où une vérité nouvelle qui peut faire changer les choses apparaît », qui permet d'envisager le futur après avoir fait savoir à l'autre ce qui est important pour soi et que ses représentations personnelles aient été entendues. Le déroulé est dans les grandes lignes similaire à celui du CMFM, évinçant toutefois l'analyse spirituelle des humanités en conflits, en passant de l'entretien préalable qui permet d'établir une certaine confiance, après l'accueil, il est une fois encore expliqué comment la médiation va se dérouler, dans un climat de bienveillance, en rappelant la volonté et la liberté de participer puis le cadre de l'échange qui est protégé par la confidentialité et se doit d'être respectueux. Ensuite, chacun raconte son vécu, qui sera comme précédemment synthétisé avant d'entrer dans le cœur de la rencontre où il sera question de travailler sur la reconnaissance mutuelle en faisant des « ponts » entre les « médiés » pour que chacun se rende compte de ce dont l'autre a besoin. Enfin, la médiation pourra éventuellement se terminer par un protocole de médiation, généralement oral.

18° L'exemple de l'Université de Paix de Namur : Est présenté dans un documentaire réalisé en 2000, le travail réalisé par des médiateurs professionnels qui ont tenté de transmettre des méthodes de médiation et de communication non-violente à des enfants d'école primaire pour leur donner des outils leur permettant de gérer eux-mêmes leurs conflits et de prévenir la violence en exprimant leurs émotions et en s'affirmant. Cette fois encore, la médiation est organisée en sept étapes allant de l'accueil, où le processus est décrit et les règles énumérées, à l'identification du problème résultant des résumés des faits et de leur reprise dans les mêmes termes. Troisièmement, dans l'échange le vécu de chacun est exploré et les sentiments exprimés afin de parvenir à reconnaître celui de l'autre, pour ensuite trouver dans la mesure du possible un terrain d'entente.

125 - Reprise en parallèle des trois étapes de la Tragédie grecque : la *theoria*, la *crisis*, et la *catharsis*.

126 - Ici est employé le terme de « médié » et non de « médiant » pour reprendre le vocabulaire du CMFM.

127 - La pluralité de médiateurs permet de distinguer la médiation de la psychothérapie et surtout de leur permettre de se soutenir en cas de difficulté ou d'être plus efficaces.

Cinquièmement, une réflexion est proposée sur les solutions éventuelles pour parvenir à l'établissement d'un accord mutuel et pour clôturer la médiation si elle a réussi. Etant expliqué que pour apprendre à gérer les conflits il faut s'ouvrir au dialogue, apprendre à écouter l'autre et que ces règles sont nécessaires à la vie en société, dévoilant le projet politique de la médiation.

B). Critiques des déroulés et de la pluralité des méthodes de médiation :

La pluralité des méthodes, découlant de l'encadrement non-rigoureux des protocoles, impose quelques critiques tant positives que négatives, non seulement quant à l'impérieuse nécessité de vérifier si concrètement les principes de la médiation sont respectés, mais aussi résultant des difficultés de réaliser une médiation.

19° Critiques négatives des déroulés et de la pluralité des méthodes : D'abord, les déroulés des médiations peuvent ne pas être similaires à ceux ici présentés et risquer de porter préjudice aux médiateurs, parfois au bénéfice du centre de médiation ou du professionnel privé qui souhaitera arriver au plus vite à un accord sans laisser aux sentiments le temps de s'exprimer. Il paraît fondamental de se référer aux pratiques car, même de bonne foi, les médiateurs pourront faire discorder les valeurs ; comme en religion, il y a les croyants et les pratiquants, certains pouvant être l'un sans être l'autre. Au surplus, du point de vue de la méthode, sur l'accès aux émotions, bien que cette démarche soit globalement positive, peut se développer la pratique de vouloir à tout prix la rechercher ; cette dérive pouvant se matérialiser lorsque le médiateur serait tenté d'outrepasser son rôle ou de croire que chaque conflit doit connaître l'expression de puissantes émotions, sans seulement pouvoir être raisonné¹²⁸, rend nécessaire d'établir des limites à l'expression de cette violence. Somme toute, si les médiations sont ici présentées positivement, il est en réalité très difficile de les accepter tant le vécu peut être trop intime pour souhaiter volontairement le partager avec des médiateurs inconnus, ou d'avoir le courage d'accepter le dialogue, qui consiste « pour chacun (à) mettre provisoirement entre parenthèse ce qu'il est, ce qu'il pense, pour essayer de comprendre et d'apprécier, même sans le partager le point de vue de l'autre »¹²⁹.

20° Critiques positives des déroulés et des méthodes de médiation : Dans leurs déroulés et dans leur pluralité, ces méthodes peuvent être utiles à l'expression fine et profonde des réalités vécues, pour déclencher éventuellement une transformation dans sa vision des choses et dans ses actions. Comme la souplesse des protocoles, leur pluralité permet de convenir à un grand panel de situations ou de personnes, pour individualiser la réponse apportée, mais surtout les procédures de médiations visent outre la pacification à la reliance, finalité honorable : ce concept que l'on doit à Roger Clause et repris par Marcel Bolle de Bal, se présente comme un « besoin psychosocial (...) de reliance par rapport à l'isolement », dans le but de s'insérer dans un système¹³⁰, en substance pour ne plus considérer le conflit comme néfaste aux rapports sociaux, mais comme « une forme active de socialisation »¹³¹, et sa prise en charge constitue plus une solution que son solutionnement effectif. Évidemment, aboutir à un accord de médiation participe à la réussite de la mesure mais ne pourrait en être le seul critère ; l'exigence économiciste ou quantitative ne pouvant en effet avoir sa place en médiation au risque d'en altérer l'essence. Pour analyser leur réussite il ne faudra d'ailleurs pas se référer aux taux d'accords mais aux avis des médiateurs ou aux méthodes mises en œuvre.

Plus largement, les méthodes de médiation qui privilégient l'individu, le dialogue ou le souci du lien et des valeurs, ont pour objectif de combler un espace inoccupé en prenant soin des relations inter-individuelles ; leurs défenseurs soutiennent un projet de société d'humanisation des rapports, autonomisant et « capacitateur »,

128 - ÉSOPE, *Héraclès et Athéna*, In « Fables », Albin Michel, 2003 ; aborder de front certaines querelles peut être source de « grands dommages ».

129 - Dominique PIRE, Prix Nobel de la Paix (1958).

130 - R. BARBIER, *L'approche transversale. L'écoute sensible*, Anthropos, Paris, 1997, p 146.

131 - G. SIMMEL, *Le conflit*, Circé, 2003, p. 19 ; ref. N. DION, *op. cit.*, note 49.

visant à réintroduire des logiques de générosité asymétriques, telles que le don, ce qui constitue sans doute la clef de voute de son succès, proposant de faire primer sur la relation économique une relation politique d'alliance.

Chapitre 2 : La médiation, un projet de société dépassant le cadre du conflit.

« Ce qui se dessine sous le terme médiation cherche à prendre en charge le soin du lien social sans porter atteinte aux libertés publiques consacrées, voire en les renforçant » – Gilda NICOLAU¹³².

Derrière le processus de médiation se dévoile un projet politique, au sens originel du terme, qui dépasse le cadre du conflit. Pour « fabriquer une société d'hommes libres »¹³³, certains citoyens, praticiens, chercheurs et politiques soutiennent le développement de la médiation non plus seulement comme mode de régulation des différends, sinon comme procédé de construction d'une société de reconnaissance des différences. La médiation propose de responsabiliser tout en s'éloignant des logiques de performances et d'accroître le pouvoir de chacun pour diminuer la dépendance ou la passivité citoyenne. Simplement, ce projet « Politique » recentré sur le droit s'évertue à faire en sorte que les choix juridiques soient dictés par des considérations politiques, individuelles ou collectives, et non plus économiques.

Ce dessein, réalisable ou utopique¹³⁴, honorable ou blâmable, a suscité d'intenses débats ou critiques¹³⁵, parfois de « petite politique », et ce malgré le fait que de nombreux magistrats, avocats, policiers ou assistants sociaux s'y soient montrés favorables : a été invoqué le risque de mener à « un rejet du système judiciaire, trop lent et trop brutal » en cas de substitution de la médiation au procès pénal ; aussi, a été relevé le paradoxe de voir les juridictions surchargées refuser de déléguer pour des petites affaires censées ne pas les intéresser¹³⁶. Par ailleurs, des intérêts économiques ont été la source de querelles entre organismes¹³⁷ et ont conduit à mettre un terme au travail commun de formation des médiateurs, au détriment de la qualité du processus. Enfin, d'autres dissensions sont intervenues au sein des associations de victimes et de contrôle judiciaire relativement au sujet de l'instrumentalisation de la médiation, entre les partisans d'une autonomisation des activités de médiation avec ceux qui la perçoivent comme un prolongement de l'activité principale d'aide aux victimes ou de contrôle judiciaire, faisant de la médiation « une simple technique d'indemnisation pour réparer le préjudice ». Cette vision ayant pour sûr constitué un obstacle non-négligeable à la fédération de la médiation en France¹³⁸. Dans l'objectif d'avoir une vue d'ensemble de ce projet de développement, il paraît opportun de distinguer les arguments de sa défense (S°1), des avancées à faire en vue de le réaliser (S°2).

Section 1 : La défense du projet de développement de la médiation.

Alors que la tendance générale est à la démultiplication des échanges ou à l'uniformisation des modes de vie et des visions, la médiation propose de recentrer l'action commune sur l'homme dans sa dimension intime, singulière et universelle afin d'éviter que ne soit déshumanisé le monde de demain. Pour défendre son

132 - G. NICOLAU, *op. cit.*, note 61.

133 - Cf. Mouvement Anti-Utilitariste en Sciences Sociales (M.A.U.S.S), Ecole de Frankfort ; ref. A. CAILLÉ.

134 - Le juriste n'est-il pas par nature utopique, ne serait-ce que parce que le droit n'est jamais véritablement respecté et reste un absolu ?

135 - Par ex. par l'Ecole Nationale de la Magistrature, *Débat*, sur la médiation pénale, Paris, 27 févr. 1991.

136 - A. LOGEART, Un débat à l'Ecole nationale de la Magistrature. Les limites de la médiation pénale. *Le Monde* 5/03/1991.

137 - Par ex. des dissensions sont intervenues entre le CLCJ et l'INAVEM quant aux modalités de mise en œuvre du programme de médiation, alors commun, ainsi que sur la répartition des subventions délivrées.

138 - J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *op. cit.*, note 86, sur l'institutionnalisation de la médiation.

développement, est postulée une idée dynamique selon laquelle les conflits inhérents à la vie sociale permettent de renforcer les liens sociaux et de rappeler le pacte social, selon laquelle on renonce à sa liberté naturelle pour gagner une liberté civile en échange de la souveraineté populaire, puis de la liberté et de l'égalité garantie¹³⁹. Respectant l'assertion du Doyen Carbonnier pour qui « le droit c'est l'autre »¹⁴⁰, ce projet de prise en considération de l'altérité est défendu au travers d'arguments qui se rattachent aux conflits, pragmatiques ou de théorie juridico-politique (I.), venant au soutien d'objectifs individuels et collectifs qui les dépassent (II.).

I. Présentation des arguments de défense du projet de développement de la médiation.

Les arguments de défense du projet de développement de la médiation doivent pour plus de clarté être étudiés séparément, ceux pragmatiques en termes juridiques (A.), et ceux de théorie du droit ou politiques (B.).

A). Les arguments pragmatiques de défense de la médiation :

Au sein de cet ordre d'arguments, une première catégorie relative à l'efficacité des procédures de médiation se démarque d'une seconde relative au raffinement de la réponse apportée aux médians.

21° L'efficacité de la médiation : Cette efficacité se justifie au niveau de la réussite, en partie statistique mais aussi de satisfaction, puis d'un point de vue matériel en raison de leur célérité ou financier, en raison du prix nettement moins élevé que pour un procès. En outre, son efficacité se justifie par la prise en charge du conflit et non seulement du litige, qui permet en cas de réussite d'assurer que l'affaire est véritablement réglée, que la situation est pacifiée et d'espérer que les médians en tireront les enseignements pour l'avenir, pour des situations nouvelles. Apaisant la relation et évitant un éventuel appel¹⁴¹, ces procédures participent à l'amélioration de la qualité de la justice tout en la déchargeant des affaires qui pourraient l'encombrer. D'un point de vue humain, la médiation prend en compte les considérations privées des parties¹⁴², pouvant donner lieu à éviter la rupture de leurs relations comme le ferait un procès, « au mépris de leurs intérêts »¹⁴³, tout en prenant en compte le « drame du conflit », c'est à dire les injustices ou souffrances ressenties ainsi que le désordre provoqué¹⁴⁴. Enfin, l'efficacité d'un point de vue humain s'apprécie dans sa prise en compte des besoins des parties, de reliance, de reconnaissance ou de dialogue, ou autrement dit dans leurs vérité et attentes faisant suite au conflit ; dans cet esprit, le président fédéral allemand Joachim Gauck déclarait dans son discours de commémoration du massacre d'Oradour-sur-Glane, en évoquant Nelson Mandela, que « les opprimés avaient besoin d'être libérés, mais aussi les oppresseurs »¹⁴⁵, les plaçant alors « sur un même pied d'humanité »¹⁴⁶.

22° Le raffinement de la réponse apportée par la médiation : La médiation en permettant l'émergence de droits rend possible l'élaboration de « sur-mesure normatif » et non pas de « prêt-à-porter juridique »¹⁴⁷. Si par exemple en droit pénal il ne s'agit pas de créer des normes ou de négocier avec les principes fondamentaux, il sera toutefois opportun de profiter de ce processus pour comprendre la réalité de l'autre ainsi que les normes légales. Jacques Faget rappelle à ce titre que dans certains conflits la justice classique « se comporte comme un éléphant dans un magasin de porcelaine », sans respecter la sensibilité ou fragilité des personnes, ni les

139 - J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, (1762), Flammarion, GF, 2001.

140 - J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 3.

141 - F. VERT, *op. cit.*, note 71 : « Parce qu'une solution négociée et acceptée présente, dans certains cas, pour les parties, des avantages que ne lui procurerait pas une décision tranchée avec le glaive du droit par le juge ».

142 - C. NICACIO, *op. cit.*, note 67.

143 - F. VERT, *op. cit.*, note 71.

144 - CMFM, [<http://www.cmfm.fr/>].

145 - Discours prononcé par Joachim GAUCK, le 4 sept. 2013 à Oradour-sur-Glane.

146 - Étude de terrain, A. BLANC, *op. cit.*, note 16.

147 - J. FAGET, *op. cit.*, note 62.

enjeux de leur opposition¹⁴⁸. L'incompétence casuelle du système ne se situant donc pas au niveau du rétablissement du droit, souvent indispensable, mais au niveau de la concorde¹⁴⁹ afin de permettre le vivre-ensemble. Ce raffinement apparaissant plus qu'utile à chaque fois qu'une décision d'autorité n'est pas nécessaire, lorsque l'on se rend compte que « les arguments juridiques ne sont qu'un prétexte pour continuer l'affaire et la porter devant l'institution juridictionnelle »¹⁵⁰. Cette analyse s'accordant d'ailleurs avec la logique juridique traditionnelle, à la lumière de la polysémie « scintillante » du terme droit¹⁵¹, qui est aussi ce que les personnes qui s'en saisissent en font et non seulement ce qu'en disent les textes.

B). Les arguments juridiques et politiques de défense de la médiation :

En termes de théorie politico-juridique, en dépassant le strict cadre du conflit et pour apprécier les arguments au soutien de ce projet, le développement de la médiation s'harmonise avec de grands principes de la justice ainsi qu'avec ses objectifs, outre de pacification déjà évoqué, de responsabilisation des justiciables.

23° La garantie du principe d'accès à la justice : Au sein des arguments juridiques et politiques de défense de ce projet de développement, la médiation permet dans le respect des libertés fondamentales de satisfaire le principe d'accès à la justice, concernant notamment les petites affaires qui n'intéressent pas le prêteur¹⁵², celles-ci pouvant en pratique ne donner lieu à aucun traitement judiciaire. Il ne s'agit à proprement parler pas du droit d'accès à un tribunal mais d'une possibilité offerte aux citoyens d'accéder à un lieu de justice d'où pourra émerger le droit, et être régulé le conflit qui aurait été négligé. En matière pénale tout particulièrement, le principe d'opportunité des poursuites peut conduire le Procureur à refuser de déclencher l'action publique et le cas échéant, les procédures de médiation comme alternatives rendent effectif ce principe.

24° La garantie de la responsabilisation et de l'éducation des citoyens : Dans un registre politique, il est parfois expliqué que la médiation ne doit pas être réduite à une technique de gestion des conflits utilisée par les Etats « pour étendre leur contrôle social » ou à « l'apparition d'un nouvel acteur », le médiateur, sur le marché de la gestion des conflits, mais doit être considérée, en reprenant les termes employés par le sociologue Claude Giraud¹⁵³, comme un « nouveau comportement social », comme une « nouvelle forme d'action commune »¹⁵⁴. Tournée vers l'avenir, elle ne néglige pas pour autant le respect de l'ordre dont la justice est garante ; elle permet seulement de prendre en charge une autre dimension du rétablissement de l'ordre, non pas celui désirable pour la société mais celui répondant au besoin de restaurer ce qui est juste ; cet objectif partagé devrait conduire à l'accomplissement d'une action commune et complémentaire pour rétablir l'ordre troublé.

Au demeurant, pour Aristote, le sens profond de la Justice n'était-il pas de proposer à chacun d'agir conformément à une règle pour contribuer à son propre bonheur et à celui de la cité¹⁵⁵ ? Très demandée en raison de son efficacité et de son humanité, cette nouvelle « idéologie de pacification sociale »¹⁵⁶ est constitutive d'un véritable projet de société, d'un mode de régulation non plus que des conflits mais social, dont les objectifs doivent à présent être analysés.

148 - *Ibid.*

149 - Reprise d'une phrase d'Ulpian, **B. BÉRNABÉ**, *Modes amiables de résolution des différends et conciliation par le juge*, In « Annonces de la seine », T. com. de Paris, 22 janv. 2014.

150 - Étude de terrain, Conférence n°1, **F. VERT**, *op. cit.*, note 91.

151 - Polysémie décrite par le Doyen CORNU, polysémie scintillante du droit ; ref. *Cours de concepts de l'Anthropologie du droit*, **G. NICOLAU**, *op. cit.*, note 10.

152 - Ad. « *De minimis non curat praetor* ».

153 - **C. GIRAUD**, *L'action commune*, L'Harmattan, Paris 1993.

154 - **J.-P. BONAFÉ-SCHMITT**, *op. cit.*, note 86.

155 - **CMFM**, *op. cit.*, note 144.

156 - **J.-P. BONAFÉ-SCHMITT**, *op. cit.*, note 86.

II. Détermination des objectifs de défense du projet de développement de la médiation.

Pour ne pas séparer le juriste du citoyen, ou en d'autres termes pour aider chacun à trouver la meilleure norme de conduite, la médiation dans son projet de société souhaite rendre à l'homme le rôle qui lui appartient pour le rendre créateur et acteur de son propre devenir. Elle doit être comprise comme un apprentissage de la vie en société et du rapport à l'autre, constituant ainsi un projet civilisationnel, au confluent de l'idée originelle de justice et des valeurs qui sont le ciment des rapports sociaux acceptés. Afin de déterminer précisément les objectifs politiques de ce projet il sera utile de distinguer les objectifs individuels (A.) de ceux collectifs (B.), en fait liés.

A). Les objectifs politiques individuels du projet de développement de la médiation :

Dans une dimension individuelle, deux objectifs politiques sont clairement exprimés par les défenseurs de la médiation, souhaitant permettre la pacification personnelle des médiateurs mais aussi leur responsabilisation.

25° La pacification personnelle des médiateurs : Quelque soit le sujet de discorde auquel un individu peut être confronté, qu'il soit professionnel, institutionnel ou personnel, qu'il ait ses raisons ou non, il se retrouve dans une situation conflictuelle inconfortable d'agitation plus ou moins intense. La médiation prenant en charge les conflits dans leur dimension globale permet d'assurer aux médiateurs la possibilité d'exprimer ceux qu'ils ressentent au delà des bornes du litige et vise à les aider à retrouver le calme nécessaire à la vie dans la cité. Ce projet individualisé dépasse largement les enjeux de la justice classique pour retrouver ceux de disciplines plus intimistes, telles que la psychologie, ou d'institutions qui se démarquent par leur proximité, qu'il s'agisse de la famille ou anciennement de l'institution religieuse lorsqu'elle était plus présente ; en réaction à l'individualisation des rapports sociaux ou pour décharger la justice d'un rôle qui n'est pas le sien et qu'elle ne revendique pas, la médiation se propose d'agir à cette fin. Et ce, au motif que dans « un contexte de dégradation du lien social, il est devenu vital de restaurer les relations interpersonnelles », le dialogue mais aussi, il apparaît que « la véritable demande ne se situe pas seulement au niveau de la résolution du conflit, mais à un niveau supérieur », témoignant « du besoin de respect, de dignité qui peuvent rendre à la personne sa place dans la société sans exclure une possible réparation matérielle »¹⁵⁷, et en souhaitant leur responsabilisation pour le futur.

26° La responsabilisation des médiateurs : Les défenseurs de la médiation emploient souvent les expressions d'auto-responsabilisation ou d'autonomisation¹⁵⁸ pour accentuer l'aspect propre ou individuel de ce travail souhaité. En théorie chacun devrait être responsable, libre et autonome, à l'exception des incapables disposant de statuts légaux particuliers, mais la réalité est visiblement toute autre¹⁵⁹, surtout dans des moments de graves tensions ; les exemples les plus frappants de l'irresponsabilité de citoyens, en termes de morale, pouvant être la commission d'infractions pénales ou en d'autres matières lorsque des requérants demandent à la justice de trancher des discordes qu'ils devraient pouvoir régler seuls. Alors, la médiation propose d'apprendre aux participants à agir seuls, en leur montrant comment se positionner dans le conflit et dans la société, de par les règles qui encadrent son déroulé ou animent son esprit, en respectant la parole de l'autre, en exprimant ses positions ou sentiments et en s'ouvrant volontairement à l'éventualité d'un accord ; émancipatoire et capacitatrice¹⁶⁰, elle va ainsi plus loin que la justice étatique qui ne peut assurer et contrôler l'éducation de ses membres, sinon seulement poser un ordonnancement juridique, sanctionner son non-respect ou régler des

157 - CMFM, *op. cit.*, note 144.

158 - Réf. au Cours d'*Anthropologie des pouvoirs normatifs*, dispensé par le Professeur Mme Gilda NICOLAU, dans le cadre du Master 2 d'Anthropologie du droit à l'Université Paris 1, Panthéon Sorbonne, 2013-2014.

159 - Cf. E. De La BOETIE, *Discours de la servitude volontaire*, 1548.

160 - Aussi, le terme « *empowerment* » est parfois employé pour signifier qu'avec la médiation le pouvoir est transféré de l'institution saisie aux intéressés, faisant d'eux des acteurs actifs à la régulation de leur conflit.

litiges qui lui sont portés. En prenant du recul, cette posture critique pourrait tendre à supposer que le système politique et judiciaire qu'elle souhaite compléter fabrique des adultes n'étant pas responsables ou ne leur donne pas les armes pour le devenir ; tout en les incitant à être performants, il les épuiserait et ne les encouragerait pas à participer à la vie politique, les taux d'abstentions aux récentes élections en étant pour le moins significatif.

B). Les objectifs politiques collectifs du projet de développement de la médiation :

Dans une dimension collective, les objectifs politiques de la médiation sont principalement de tendre à la pacification des rapports sociaux et de palier ou réduire les carences de la justice étatique en proposant un nouveau modèle qui pourra constituer ceux que certains appelle la « Justice du XXI^e siècle ».

27° La pacification étendue des rapports sociaux : Insufflant une philosophie de gestion du rapport à l'autre, recentrée sur l'écoute et le dialogue, même dans le conflit, la médiation espère tendre vers l'apaisement des relations collectives, au moyen de la pacification des médiateurs et de leur responsabilisation, puis d'insuffler une dynamique positive à la société toute entière. L'aspect utopique de ce projet n'en altérant pas les mérites, tout comme la justice et le droit ne sont jamais que des objectifs posés ne pouvant parfaitement être réalisés. D'ailleurs, comme il l'a déjà été précisé, les objectifs du droit et de la médiation se confondent, et ce sont les méthodes qui les distinguent, mais aussi le champ d'action puisque la médiation peut s'approcher plus encore des considérations privées. À ce sujet, Camilia Nicacio explique que l'Etat a laissé à d'autres ordonnancements le soin du lien social pour se consacrer aux intérêts matériels, se désaffiliant de la sphère des rapports privés, oubliant le relationnel¹⁶¹, brèche dans laquelle la médiation s'est précipitée. Donc, s'imposerait « une relation rapprochée avec la justice étatique », puisque pouvant entre autres palier l'effondrement des structures intermédiaires¹⁶², mais aussi venir en aide à l'institution judiciaire essoufflée, en tenant compte du fait que de nombreuses affaires portées en justice nécessitent en pratique plus le traitement social que l'action judiciaire.

28° Le projet de palier les carences de la justice étatique et de fonder la « Justice du XXI^e siècle » :

Plusieurs critiques sont régulièrement portées à l'encontre du système judiciaire actuel, allant de son inefficacité constatée à certains égards, en termes de récidives ou statistiquement au vu des taux d'appel¹⁶³, quant au problème de la lenteur des procédures et de l'encombrement des juridictions qui conduit à « apporter des réponses mortes à des questions mortes »¹⁶⁴. D'autres encore concernent l'aléa judiciaire, la solution retenue pouvant dépendre de la formation du tribunal, de la qualité de la défense, voire de critères pour le moins dénonçables¹⁶⁵ ; aussi, la règle de droit et le principe du dispositif tiennent le juge sans qu'il ne lui soit en toute hypothèse permis de trouver des solutions inventives et originales « où l'équité aura toute sa place »¹⁶⁶, à la différence des procédures de médiations ou de conciliation plus souples. De plus, l'inexécution récurrente des décisions judiciaires est soulignée, à l'inverse des accords pris directement par les parties qui sont logiquement généralement exécutés et en même temps renforcent la légitimité de l'institution judiciaire qui a satisfait les

161 - C. NICACIO, *op. cit.*, note 67.

162 - J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *op. cit.*, note 86 ; Ref. C. POUTET, *L'activité pénale des parquets en 2007*, Infostat Justice n°101, 2008.

163 - Ministère de la Justice, *Les chiffres clés de la Justice*, 2013 : sur les jugements au fond prononcés en 2011, environ 20 % d'appel des décisions des Tribunaux de grande instance, 6,3 % pour les Tribunaux d'instance, 62 % pour les Conseils de prud'hommes et 13 % pour les tribunaux de Commerce.

164 - Étude de terrain, Conférence n° 1, F. VERT, *op. cit.*, note 91 : il est permis aussi de parler « d'archéologie judiciaire » ; les délais en Cours d'assises étant en moyenne de 5 ans ; Rapport d'information de l'Assemblée nationale, n° 3177, du 16 févr. 2011.

165 - Cass. civ 2^eème, 14 Sept. 2006, n° 04-20524 : « Attendu que, pour condamner Mme X..., le jugement retient notamment "la piètre dimension de la défenderesse qui voudrait rivaliser avec les plus grands escrocs, ce qui ne constitue nullement un but louable en soi sauf pour certains personnages pétris de malhonnêteté comme ici Mme X... dotée d'un quotient intellectuel aussi restreint que la surface habitable de sa caravane, ses préoccupations manifestement strictement financières et dont la cupidité le dispute à la fourberie, le fait qu'elle acculait ainsi sans état d'âme et avec l'expérience de l'impunité ses futurs locataires et qu'elle était sortie du domaine virtuel où elle prétendait sévir impunément du moins jusqu'à ce jour, les agissements frauduleux ou crapuleux perpétrés par elle nécessitant la mise en oeuvre d'investigations de nature à la neutraliser définitivement ».

166 - F. VERT, *op. cit.*, note 71.

justiciables en les ayant orienté vers une structure adaptée à leur conflit. Enfin, l'aspect belliqueux et violent du procès est dénoncé, puisque conduisant le plus souvent à une rupture du lien, ce qui n'est pas toujours en accord avec les intérêts personnels ou économiques des parties ; d'ailleurs, le champ lexical employé n'étant pas sans conduire à opposer les parties en cause, étant « adversaires » dans « l'arène judiciaire » où sera désigné un « gagnant » et un « perdant ». À l'opposé, la médiation s'adresse à des « médiateurs », leur propose une nouvelle manière de considérer leurs différends et même espère agir sur leurs représentations symboliques qui les poussent à demander qu'un tiers tranche leur affaire sans s'impliquer.

Dans cette perspective, la justice du XXI^e siècle est déjà en train de se mettre en place, la résolution amiable étant de plus en plus sollicitée¹⁶⁷ et soutenue à grande échelle¹⁶⁸. Dans l'objectif de rapprocher les citoyens de leur justice et d'apaiser les différents ordres sociaux, civil, pénal ou économique¹⁶⁹, il appartient aux juristes avec lesquels ils seront en contact d'orienter leurs dossiers vers le mode le plus adapté, « dans ces temps de carences démocratiques, afin que justiciables en médiation se comprennent »¹⁷⁰ et puissent « remettre en cause les catégories au profit de deux valeurs, le bien et le juste »¹⁷¹. Pour répondre à ces objectifs, des réformes sont à mener dans le sens du développement de la médiation.

Section 2 : Les avancées à faire en vue de ce développement.

Enoncées par des praticiens ou par des juristes, dans la doctrine ou dans des rapports¹⁷², les avancées à faire en vue du développement de la médiation ont souvent été rappelées sans toutefois que les réformes attendues n'aboutissent. Concrètement, elle tiennent à la mise en oeuvre de moyens d'ordre institutionnels **(I.)** et à des modifications ou spécifications d'ordre théoriques **(II.)** pour assurer la cohérence et la réalisation de la médiation.

I. Les avancées institutionnelles en vue du développement de la médiation.

Au niveau institutionnel, deux types d'avancées sont attendues : les premières tenant dans la mise en oeuvre de moyens matériels, financiers ou juridiques pour assurer ledit développement **(A.)**, les secondes visant à assurer l'amélioration qualitative de la médiation, par leur évaluation et par l'encadrement des formations **(B.)**.

A). La mise en oeuvre de moyens matériels, financiers et juridiques :

Il s'agira principalement de mettre à disposition des fonds et des outils d'analyse et de contrôle de son évolution, d'améliorer la qualité des lois qui la concernent et de la formation juridique de ceux qui pourront la côtoyer.

29° La mise en oeuvre de moyens matériels et financiers : Comme en toute matière, la libération de fonds est indispensable en plus des efforts intellectuels devant être fournis ; a récemment été créé un Observatoire des médiations dirigé par Jean-Pierre Bonafé-Schmitt et porté par le Groupe d'Etude Médiation, permettant de regrouper les recherches et d'analyser les expériences réalisées. Sinon, est régulièrement demandée la création d'un outil national informatisé de comptage, quantitatif, car « quand on ne compte pas, on ne développe pas »¹⁷³ ; l'idée étant de pouvoir apprécier les choix des magistrats dans leur traitement des affaires, le montant

167 - *Ibid.* : « Parce qu'elle correspond à une demande des justiciables qui, lors d'un sondage paru l'année dernière à l'initiative du Barreau de Paris, ont répondu à 70% oui à la question : souhaitez-vous un développement des modes amiables de résolution des différends ? ».

168 - Par ex. Au niveau européen via le **GEMME** de Guy **CANIVET** Marie-Paul **RAVANEL**. Au niveau national : projet de réforme « Taubira » de la procédure pénale adopté en première lecture le 10 juin 2014, ou le premier président **COULON**.

169 - **F. GENTIN**, lors de l'audience solennelle de rentrée du Tribunal de commerce de Paris, le 15 janvier 2014 : il a exprimé sa volonté, pour 2014, de développer de manière significative une politique de conciliation, s'inscrivant ainsi dans le vaste chantier de la justice du XXI^e siècle lancé par la Chancellerie lors du débat national à l'Unesco des 10 et 11 janvier 2014.

170 - **E. Le ROY**, *L'intermédiation culturelle* ; Étude de terrain, E. Le ROY, *op. cit.*, note 37.

171 - Réf. au Cours de *Concepts de l'anthropologie du droit*, **Mme Gilda NICOLAU**, *op. cit.*, note 10.

172 - Par ex. **Rapp. MAGENDIE**, *Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie*, CA Paris, 2008.

173 - Étude de terrain, Conférence n°1, **F. VERT**, *op. cit.*, note 91.

des litiges, le taux des recours, des infirmations ou les taux de réussite des procédures amiables, médiations ou conciliations, la satisfaction des justiciables que la mesure ait ou non aboutie à un accord, etc. Concrètement aujourd'hui, si la médiation aboutie, la procédure se terminera dans certains cas par un désistement d'instance et d'action ce qui n'est ni représentatif du temps pris par le juge dans l'organisation de la médiation ou par les services qui y ont travaillé, ni du succès réalisé. Ces éléments devant ainsi être retenus comme des indicateurs de performance dans les juridictions pour en assurer le développement ; enfin, des services de médiations pourraient être créés dans les juridictions.

30° La mise en œuvre de moyens juridiques : D'abord, il est impératif d'améliorer la qualité législative pour mieux encadrer les protocoles de médiation, au même titre qu'une théorie générale de la médiation devrait émerger. Après, il apparaît indispensable de labéliser le type de médiateur pour mettre un terme au problème de confiance pouvant être connu par les magistrats se référant aux listes de médiateurs, ou à celui de la crainte des avocats ne sachant pas si leurs clients seront bien considérés ; les conseils juridiques doivent en outre être repositionnés dans leur rôle d'accompagnateurs pour mieux informer ceux qui les sollicitent, selon leurs intérêts, sans chercher seulement la réalisation d'un profit financier. À ce titre, ils ont l'obligation de bien informer leurs clients sur les voies qui leurs sont ouvertes ; il est ainsi impérieux de leur faire savoir que la médiation est une procédure de qualité pouvant réussir, tout comme la conciliation, le droit collaboratif, la négociation ou le jugement selon les cas. En s'inspirant du système québécois, il serait possible d'organiser des conférences de règlement au cours desquelles le juge en charge de l'affaire recevrait sans formalisme particulier les parties en litige et leurs représentants pour évoquer ensemble la meilleure façon de résoudre ou « désamorcer » leur conflit. Ces avancées pour être opératives doivent néanmoins s'accompagner d'une amélioration qualitative des activités de médiation, en plus d'être mises à la connaissance des magistrats ou avocats dès leur formation.

B). L'amélioration qualitative de la médiation :

L'amélioration qualitative de la médiation passe par l'amélioration de la formation donnée aux juristes et par l'appréciation désormais qualitative des médiations.

31° L'amélioration de la formation des juristes : Pour parvenir à développer la médiation, il est fondamental de l'intégrer à la formation générale des acteurs du monde juridique et d'unifier celle spécifique des médiateurs. Le premier type de formation s'adresse généralement aux universitaires, aux magistrats ou avocats, policiers ou assistants sociaux ; il apparaît essentiel que la médiation soit largement diffusée afin de pouvoir entrer dans les mentalités de ces professionnels, dans leurs pratiques et finalement pouvoir être connue des justiciables. Dans l'exercice de leurs métiers, en ayant connaissance de son existence ils pourront mieux orienter ces derniers, sans se limiter à refuser les modes amiables par préjugement, pensant de prime abord que l'issue de la procédure ne sera pas positive, sans connaître ni son régime ni ses techniques ; simplement, « on ne propose pas ce que l'on ne connaît pas »¹⁷⁴. L'enjeu est ici de taille dans la mesure où il faut être capable penser qu'en certaines circonstances « un mode négocié est mieux qu'un mode imposé », pour que la culture implicite des avocats ou magistrats soit marquée par cette ouverture idéologique et politique, dans l'intérêt général, de la justice et des justiciables¹⁷⁵. Au soutien de cette démarche des modules sur les modes amiables de résolution des différends ont déjà été mis en place à l'Ecole de Formation au Barreau (EFB), une Ecole de médiation au Barreau de Paris depuis Août 2013, ou à l'Ecole Nationale de la Magistrature (ENM)¹⁷⁶ ; à ce titre, l'influence d'abord d'Isabelle Rohart Messenger puis de Marco Scuccimmarra, sous-directeurs à l'ENM n'est pas à négliger,

174 - *Ibid.*

175 - Étude de terrain, Conférence n° 1, *Sur la médiation*, du 21 nov. 2013, E. Le ROY, professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, LAJP, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.

176 - M. GUILLAUME-HOFNUNG, *op. cit.*, note 113.

ni celle déjà évoquée du Président Gentin au Tribunal de commerce de Paris. Pour le second type de formation, plus spécifique des médiateurs, il doit sans doute être uniformisé pour créer une lisibilité mais surtout un véritable certificat de confiance et de compétence. Seulement, qui serait apte à valider la qualité de la pratique ou à décider du cadre d'une telle uniformisation ? Les organismes de formations étant éclatés ou réunis sous différentes étiquettes, serait-ce du rôle des institutions d'organiser un dialogue commun et un partage des expériences qui serait le fruit d'une « médiation collective » entre eux pour aboutir à un positionnement unitaire ?

32° L'amélioration de l'analyse qualitative des médiations effectuées : S'il est important de considérer certaines données quantitatives, par exemple au nombre de retrait de plaintes en droit pénal, il ne faut pas seulement comptabiliser le taux d'accords qui ne prend pas nécessairement en compte la qualité du dialogue ou le chemin vers la compréhension qui peut parfois avoir seulement été entamé lors de la médiation. À ce titre, doit être pris en compte le résultat de la mesure d'un point de vue humain en s'adressant par exemple aux médiateurs eux-mêmes afin de savoir s'ils en ont tiré profit. En sortant d'une analyse uniquement economiciste, il sera également permis d'éviter le développement de mauvaises médiations où l'accord est forcé par certains organismes afin que plus de dossiers judiciaires leurs soient transmis, au détriment de la qualité du travail réalisé ; aujourd'hui, les services judiciaires se focalisant en effet sur les taux de réussite qui sont assimilés aux accords réalisés, au détriment parfois de la prise en charge du lien social, du rétablissement du dialogue et de l'affinement de la réponse apportée. L'instrumentalisation de la médiation doit être bien observée, pour éviter « la prolifération de pratiques hétérogènes se réclamant de la médiation »¹⁷⁷ sans pour autant en porter le sens.

II. Les avancées théoriques en vue du développement de la médiation.

Au niveau théorique, le concept de médiation se doit d'être affiné par une « capitalisation des efforts conceptuels », rigoureusement et modestement, comme le réclame Michèle Guillaume-Hofnung¹⁷⁸ (A.) ; aussi, s'impose un désarmement culturel pour que puisse réellement se développer ce paradigme, qu'il imprègne les mentalités et les agissements, passant d'une culture du conflit à une culture plus apaisée (B.).

A). L'affinement théorique du concept de médiation :

Pour donner du sens à ce terme, son affinement théorique doit être réalisé et des valeurs éthiques affirmées. Quand certains efforts ont déjà été réalisés, d'autres doivent encore l'être, tenant principalement dans sa distinction avec les alternatifs de règlement des litiges pour parvenir à son autonomisation conceptuelle.

33° Les efforts théoriques déjà réalisés : Plusieurs points doivent ici être rappelés. Premièrement, le caractère proposé de la médiation est fondamental pour ne pas reproduire l'aspect autoritaire des modes juridictionnels classiques ou des procédures de conciliation, en droit du travail notamment, qui se soldent généralement par des échecs. Les médiateurs doivent être complètement présents pour se donner l'occasion de changer et de se projeter vers l'avenir. Sanctionner le refus d'aller en médiation serait pour ces raisons totalement incohérent, sachant d'ailleurs qu'il semble exister une tendance naturelle à résister à la contrainte. Deuxièmement, l'affirmation de ses principes a conduit à préciser ses logiques internes, reposant sur une structure ternaire qui permet l'ouverture, sur la liberté que l'on retrouve dans son caractère proposé, sur l'autonomie ou l'égalité des médiateurs et sur la confidentialité de la médiation. Troisièmement, des critères relatifs au tiers-médiateur ont été clarifiés, allant de son intervention, à son indépendance, à sa neutralité ou impartialité, jusqu'à son absence de pouvoir institutionnel¹⁷⁹.

177 - M. GUILLAUME-HOFNUNG, *op. cit.*, note 38, p. 108.

178 - *Id.*, p. 4.

179 - *Id.*, p. 71 à 76.

34° Les efforts théoriques devant être réalisés : Il est ici question d'afficher clairement des valeurs éthiques, qui résident essentiellement dans le principe de communication non-violente, éthique de la communication postulant la reconnaissance de l'autre, et dans la logique asymétrique du don qui suppose la triple obligation « donner, recevoir et rendre »¹⁸⁰. En outre, il est important de comprendre que la médiation peut se confondre ou être complémentaire avec l'institution judiciaire, qu'il s'agisse de médiation des différends, dans les conflits, ou des différences, en dehors de tout conflit ; par exemple, dans un bon procès il a une médiation qui ne dit pas son nom, ou parce que « la médiation est féconde pour penser l'ouverture ou la fermeture des modes de production du droit »¹⁸¹. Par ailleurs, elle doit être distinguée de modes non-judicieux de règlement des litiges centrés plus sur le résultat que sur la situation humaine. Enfin, tous ces affinements doivent être réalisés dans l'idée de « désenglobement du contraire », c'est-à-dire en ne considérant pas la médiation comme une alternative à la voie judiciaire classique, mais comme une voie disposant d'une autonomie propre, pour « ne pas enfermer la médiation dans l'univers mental des juristes »¹⁸² et que son encadrement n'ait pour conséquence de la ternir. Dans ce but, une évolution dans les mentalités doit s'opérer, notamment par l'évolution des représentations, pour considérer sans réticence sa mise en œuvre, ce qui passe nécessairement par un désarmement culturel.

B). La nécessité d'un désarmement culturel :

Si la France est souvent présentée comme étant le « pays du conflit », c'est aussi le « pays des Lumières ». La médiation appelle les citoyens à pacifier leurs rapports et à ne plus raisonner en termes dualistes ou d'adversité.

35° Le postulat d'une culture belliqueuse : Une des causes majeures des réticences au développement de la médiation trouve sa source dans la conception adversariale de résolution des discordes menant les parties à « rivaliser pour aboutir à la mort judiciaire de l'adversaire »¹⁸³, voire d'évitement des conflits qui mène parfois à leur explosion plus brutale. En parallèle, la France qui est souvent dite être le « pays de la procédure » contribue à organiser cette opposition judiciaire par le biais du dossier judiciaire ; à ce sujet, Béatrice Blohorn-Brenneur souligne très justement que « lors d'un procès, le sacro-saint dossier tient la première place. La vie s'y réduit à un morceau de papier qui ne la reflète que très imparfaitement (...). Chacun défend sa cause en supprimant ce qui le gêne et en faisant dire aux pièces ce qu'il veut. Dans cette comédie où chacun donne sa version, tout sonne faux. Comment la paix pourrait-elle jaillir de cette justice aux antipodes de la paix ? »¹⁸⁴. Mais la France est-elle véritablement un pays de conflits ? Si de grands événements qui ont mené à la construction de son unité ou de ses règles s'y rattachent, elle a aussi dans sa tradition une forte culture des libertés et revendique sur la scène internationale l'espoir ou la paix ; politiquement, le dialogue entre les représentants de la société de plusieurs ordres, tient en outre une place majeure, depuis les Etats généraux ou depuis la reconnaissance syndicale, tout comme la richesse de son histoire philosophique et artistique témoigne du souci de comprendre la complexité des choses. En ce sens, ce postulat de l'existence d'une culture belliqueuse, ou d'autres préjugés, peut sans trop de difficultés être contredit, pour mener à assurer l'éthique de la discussion d'Habermas¹⁸⁵ et pour mener à cet « espace d'intelligence commune » qu'évoquait dans des correspondances Marguerite Duras¹⁸⁶.

180 - M. MAUSS, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, (1923-1924).

181 - Étude de terrain, G. NICOLAU, Correspondance, *op. cit.*, note 58 : ref. C. NICACIO.

182 - Revendication récurrente, par ex. : M. GUILLAUME-HOFNUNG, *op. cit.*, note 113 ; Réf. au Cours de *Concepts de l'anthropologie du droit*, G. NICOLAU, *op. cit.*, note 10.

183 - B. BLOHORN-BRENNEUR, *op. cit.*, note 19.

184 - *Ibid.*

185 - J. HABERMAS, *Morale et communication, Théorie de l'agir communicationnel*, t. 2, Paris, Fayard, 1987 ; et, *De l'éthique de la discussion*, Paris, « champs », Flammarion, 1992.

186 - Cf. M. DURAS, lettre de la romancière au réalisateur Alain Resnais (29 janvier 1969) : « Vous m'auriez dit : "Non, avec vous, non", ça aurait été mieux. Et je n'aurais pas éprouvé le besoin de faire cette lettre. Vous m'auriez dit "Il y a quelque chose encore que je ne vous pardonne pas", nous aurions enfin débouché dans l'espace de l'intelligence commune ».

36° L'objectif de désarmement culturel : Théoriquement et pratiquement, la médiation en se développant souhaite parvenir à diminuer l'influence du « mythe de la guerre » en affirmant la « nécessité impérieuse de dialogue, par humanité, pour faire société tout simplement », comme l'indique Paul Ricoeur¹⁸⁷. Quant à ce mythe, Raimon Panikkar explique qu'il est encore prédominant vis-à-vis de celui de la paix et que pour cela « il n'est pas réaliste de s'inquiéter pour la paix si nous ne procédons pas à un désarmement de la culture belliqueuse dans laquelle nous vivons »¹⁸⁸. Il part du principe selon lequel « la paix ne s'obtient pas avec un contrat, comme l'amour ne s'obtient pas avec un décret » pour affirmer que le dialogue dialogal est la seule voie possible pour aboutir à la réconciliation ; il précise ensuite que ce dialogue ne vise pas nécessairement la solution mais est « un dialogue pour être » car on n'est pas sans l'autre¹⁸⁹, tout comme la médiation ne vise pas la solution mais l'échange pour créer ou recréer le lien relationnel, ou pour seulement en prendre soin.

Mais, ce désarmement culturel est-il envisageable en toute matière, notamment en droit pénal où le non respect des normes appelle la sanction de l'infracteur et exclut la négociation de l'action publique ? Aussi, comment légitimer des pratiques prônant le dialogue lorsqu'ont été commis des crimes particulièrement atroces par des individus dont l'exclusion apparaît être protectrice de la paix sociale ? Enfin, est-il possible en droit criminel de sortir des catégories normatives pour accéder au monstrueux de la nature humaine, à une « normalité » de l'acte de transgression ? Avant de répondre à ces questions, le paradigme du droit pénal doit être décrit afin de poser certains éléments qui permettront d'établir si une compatibilité est ou non envisageable avec celui de la médiation.

187 - **P. RICOEUR**, *Parcours de la Reconnaissance*, Folio essais, sept. 2005.

188 - **R. PANIKKAR**, *Paix et désarmements culturels*, Actes Sud, 2008.

189 - *Ibid.* : « il y a quelque chose dans la nature de la paix, comme dans celle de l'amour, qui n'obéit à aucun ordre ».

PARTIE 2 : PRÉSENTATION DESCRIPTIVE DU PARADIGME DU DROIT PÉNAL.

« *La justice sans la force est impuissante, et la force sans la justice est tyrannique* » – Blaise PASCAL¹⁹⁰.

Le droit pénal¹⁹¹, sans doute le plus ancien des droits, « est constitué par l'ensemble des règles juridiques qui organisent la réaction de l'Etat vis-à-vis des infractions et des délinquants »¹⁹². Déterminant tous les aspects de cette réaction en définissant les principes généraux de la responsabilité pénale, les comportements appelant des sanctions ou en régissant l'enquête et le procès, il se distingue des autres droits tout en étant « la sanction de tous les autres »¹⁹³. Entre droit public et droit privé, il a pour but de protéger la société ainsi que les individus qui la composent et pour ce faire, ses sanctions sont essentiellement punitives, et non réparatrices comme en d'autres matières, dont il est autonome ; ce dernier point permettant d'ailleurs de considérer qu'il dépasse le rôle de « gendarme du droit », pour reprendre l'expression de Roger Merle et d'André Vitu, étant indépendant des autres disciplines juridiques et s'accordant l'application d'une logique propre. Au delà de ces éléments significatifs de la logique particulière cette matière, elle est aujourd'hui en pleine mutation, relativement à sa procédure sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi quant aux règles de sa responsabilité, dans son régime ou dans ses finalités, se rapprochant de plus en plus du droit civil et de ses logiques indemnitaires ou conciliatrices.

Ce droit, imprégné de légalisme et constituant la « matière première des juridictions », est quelquefois présenté comme étant un « baromètre de la paix sociale »¹⁹⁴ tant la résolution des affaires qu'il a à connaître peut permettre de restaurer l'ordre troublé. Puis, outre l'importance de la sanction des actes répréhensibles, la réinsertion des condamnés ayant purgé leurs peines est au fil du temps apparue comme de plus en plus importante pour parvenir à réaliser cet apaisement de la société. Les meilleurs moyens devant être trouvés pour tendre vers la régulation des conflits pénaux, sans pour autant chercher à les nier, ne serait-ce que parce que « c'est le propre de la pensée totalitaire de concevoir une fin des conflits »¹⁹⁵ ; et, s'il n'existe sans doute pas de « solution miracle », de multiples innovations méritent d'être soutenues, telles que la médiation pénale le sera sous couvert du respect de la cohérence de la matière qui doit être appréhendée.

Pour prendre la mesure du droit pénal français et afin de savoir s'il peut ou non s'allier aux médiations précédemment exposées, il faudra en étudier les origines, son esprit et les règles par lesquelles il fonctionne, sans quoi ne pourraient justement être comprises et discutées les réticences visant à exclure les procédures amiables de cette matière. Il sera opportun d'appréhender dans un premier temps ses fondements et les grands postulats de politiques criminelles (**Chap. 1**), pour dans un second temps en étudier plus succinctement le fonctionnement, théoriquement et pratiquement, et donc la manière par laquelle s'organise la réponse sociale apportée aux comportements infractionnels (**Chap. 2**).

190 - B. PASCAL, *Pensées*, 1669 (posthume).

191 - Lat. *poena* signifiant « poids » ou « prix du sang », Littré.

192 - R. MERLE et A. VITU, *Traité de Droit criminel*, Droit pénal général, Cujas, 1981, n° 142.

193 - J.-J. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 139.

194 - Expressions reprise par S. VOISIN, *La médiation pénale est-elle juste*, Petites Affiches, 26 août 2002, n° 170, p. 49.

195 - H. ARENDT, *Penser l'évènement*, Belin, 1989 ; ref. M. GUILLAUME-HOFNUNG, *op. cit.*, note 38, p. 94.

Chapitre 1 : Les fondements du droit pénal, une branche du droit organisant la réponse sociale face aux comportements infractionnels.

« L'auteur humain des Délits et des peines n'a que trop raison de se plaindre que la punition soit trop souvent au-dessus du crime (...) Les supplices recherchés (par la justice pénale) (...) semblent plutôt inventés par la tyrannie que par la justice » – VOLTAIRE¹⁹⁶.

Les fondements de cette branche du droit revêtent plusieurs formes ; organisant la réponse sociale face aux comportements infractionnels, ses composantes sont multiples, tenant du politique dans le sens où la loi pénale est l'expression de la volonté générale mais aussi que l'accaparement du droit de punir est synonyme de l'appropriation du pouvoir, tenant du social si « le droit pénal reflète les idées qui donnent à un état social sa physionomie et son caractère » et « évolue d'après une courbe parallèle à cet état social »¹⁹⁷, tenant de la morale ou plus récemment de l'économique car il vient contrôler le monde des affaires et des échanges financiers qui jalonnent notre société. Plusieurs critères ont été proposés pour définir la peine, afflictive ou infamante¹⁹⁸, en se fondant sur le fait qu'elle soit instituée et appliquée par une autorité publique¹⁹⁹ ou qu'elle constitue une réaction contre la violation d'une règle de droit qui a pour fonction, au moins partielle, de punir cette violation²⁰⁰ ; en tout cas, elle doit en principe être distinguée de la simple indemnisation de la victime, peine civile, ou de la réparation du bien endommagé, et de tout autre acte qui sera délié des aspects rétributifs ou utilitaires du point de vue de la société, visant à la punition et non à la réparation.

Dans sa dimension axiologique, ce droit des infractions qui définit et pénalise « les faits de violence, de ruse ou d'indiscipline »²⁰¹, repose « sur un choix de valeurs ou d'intérêts dont le respect est jugé indispensable au maintien de l'ordre social »²⁰². Dans un souci de clarté, il sera convenable d'aborder les fondements du droit pénal en étudiant d'une part ses origines de façon chronologique (**S° 1**), et d'autre part les postulats et objectifs des philosophies et de la doctrine pénaliste, indispensables à l'analyse des politiques criminelles (**S° 2**).

Section 1 : Les origines du droit pénal et du droit de punir.

Le droit pénal trouve ses origines dans le droit de punir, par lequel la société fait subir une peine à l'auteur d'un crime, c'est-à-dire par lequel elle « inflige un certain mal à un individu à raison de la violation d'un commandement auquel il était soumis »²⁰³. À son tour, le droit de punir trouve ses origines dans le phénomène de vengeance, « principe qui domine la pénalité à l'enfance des sociétés », pour qu'ensuite « la vengeance individuelle (fasse) place à la vengeance au nom de l'individu par le pouvoir », et pour qu'enfin apparaisse « l'idée de vengeance sociale, lorsque le pouvoir, constitué, se sent atteint par l'infraction, et, laissant à l'offensé la réparation, se réserve la répression »²⁰⁴ ; ici, c'est par son extériorité que l'Etat « endosse la réponse au crime

196 - VOLTAIRE, 1766.

197 - R. GARRAUD, *Traité de l'instruction criminelle*, L'objet de la procédure pénale, Paris 1907, t.I, p. 3 et s.

198 - R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, note 192, t. 1, Cujas, 1981, p. 743-744.

199 - P. ROBERT, *Les effets de la peine pour la société*, « La peine, quel avenir ? », Le Cerf, 1983, p. 84.

200 - P.-E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, « Les nouvelles, droit pénal », t. I, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1956, p. 143.

201 - X. PIN, *op. cit.*, note 13.

202 - *Ibid* ; ref. R. BADINTER.

203 - E. VILLEY, *Du droit de punir*, In « Cours de droit criminel », Paris 1880.

204 - *Ibid*.

en désignant des acteurs spécialisés pour répondre à cette violence »²⁰⁵ et par son monopole il en assume l'exclusivité²⁰⁶. Avant de parvenir à l'étude de cette situation, il faudra approfondir les origines archaïques du droit pénal et l'encadrement du droit de vengeance, jusqu'au Moyen âge (I.), avant de pouvoir aborder les grandes étapes de son affinement ayant mené au perfectionnement du droit pénal moderne, à compter de l'Ancien régime (II.). Seront à ce titre observés les phénomènes de diminution des rituels sacrificiels où s'exprimaient une certaine violence utile à l'apaisement de la société, d'évolution des pénalités réservées au criminels et d'édiction de lois ou de codes comportant des incriminations déterminées dont l'application est assurée par l'autorité politique en place. Il sera aussi observé que dans les sociétés judéo-chrétiennes, pour reprendre les études de Michel Alliot sur les archétypes, s'est affirmée une représentation selon laquelle la création du monde est le fait d'une instance supérieure et extérieure, omniprésente, omnipotente et omnisciente, logique qui sera reprise dans la structuration de l'ensemble de nos institutions, notamment en droit où l'obligation de trancher l'affaire est réalisée au nom de l'Etat, extérieur, par des magistrats impartiaux et indépendants.

I. Les origines archaïques du droit pénal et l'encadrement du droit de vengeance.

C'est dans les Lois d'Ur-Nammu ou dans le Code de Hammourabi, en date du deuxième millénaire avant notre ère, que se découvrent les premières ébauches du droit criminel : étaient punis de mort le meurtre et le vol, organisée l'échelle des peines et permise l'ordalie afin de « faire en sorte que le fort n'opprime pas le faible »²⁰⁷. Avant que le droit pénal moderne n'émerge, deux grandes périodes doivent être distinguées, celle des sociétés traditionnelles de la vengeance privée où étaient pratiqués des rituels sacrificiels (A.), et celle ultérieure de l'affinement des concepts juridiques et des structures sociales où fut encadré le droit de vengeance (B.).

A). Naissance, évolution et pratiques du droit de vengeance dans les sociétés traditionnelles :

Le système archaïque de la vengeance privée, primitif et peu élaboré en termes de responsabilité²⁰⁸, est présenté comme détaché de tout contrôle social. Il est une « conception généralement admise par les peuples à l'état primitif », accordant à la victime d'un tort le droit d'en tirer vengeance en causant à son auteur un nouveau tort²⁰⁹. Puis des rituels sacrificiels organisaient la violence collective pour mettre un terme au désordre provoqué.

37° Du système de la vengeance privée à celui de la vengeance publique : Depuis que des groupements d'individus partagent des intérêts communs, en clans ou tribus créateurs d'interdépendances, l'acte de violence commis à l'encontre de l'un d'entre eux a suscité l'indignation et la réaction du groupe entier. Pour assurer la vie communautaire des règles ont été établies, contrôlant les désirs de chacun et assurant les prémices d'un ordre public dont le non respect imposait une réaction, initialement privée. Une simplification visant à présenter le passage d'une vengeance réalisée par la victime du tort à une vengeance publique, ou du moins orchestrée par le groupe, n'est pas totalement inopérante puisque la communauté en se structurant a encadré ce droit de punir, et par ce biais imposait son pouvoir politique tout en confisquant celui de se venger qui n'était plus privé²¹⁰. Tempéré et rationalisé avec l'affinement ou la structuration des institutions, ce droit a connu l'étape importante de sa proportionnalisation, que nous rappelle la Loi du Talion du deuxième millénaire avant notre ère, marquant l'étape du passage à une justice punitive, expiatoire ou intimidatrice, à une vengeance publique qui la cantonnait

205 - Réf. au Cours de *Politiques Criminelles*, M Denis SALAS, *op. cit.*, note 14.

206 - Étude de terrain, E. Le ROY, *op. cit.*, note 37.

207 - J.-M. CARBASSE, *Les 100 Dates du Droit*, coll. « Que sais-je ? », Puf, 1^{re} éd., juin 2011, p. 11 et 12.

208 - Réf. au Cours de *Droit pénal général*, dispensé par le Professeur M. Marc SEGONDS, dans le cadre du Master 2 de Droit pénal et sciences criminelles à l'Université de Toulouse UT1 Capitole, 2012-2013.

209 - J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, note 207, p. 8 et 9.

210 - Réf. au Cours de *Procédure pénale*, dispensé par le Professeur M. Bertrand De LAMY, dans le cadre du Master 1 de Droit privé, droit pénal et carrières judiciaires à l'Université de Toulouse UT1 Capitole, 2011-2012.

et l'équilibrait en établissant une concordance entre sa cause et son objet²¹¹ ; elle contenait cette sentence « Si un homme blesse un compatriote, comme il lui a fait on lui fera : fracture pour fracture, œil pour œil, dent pour dent. Tel dommage que l'homme inflige à un homme, tel celui que l'on subit »²¹² ; aussi, le Code de l'Alliance prévoyait la peine de mort pour l'homicide et pour certains comportements assimilés à des crimes religieux²¹³. Par la suite, la vengeance a laissé place à la composition pécuniaire, permettant de passer d'une relation d'adversité à une relation d'échange, de l'identique à l'équivalent, de parler de *poena*, de poids, renvoyant à la notion de châtement, et de créer le critère qui sera utilisé pour distinguer les ordres de réparation et de punition.

38° L'expression de la vengeance du groupe par la pratique des sacrifices rituels : Sans que l'on ne puisse parler de procédure pénale, avant les compositions par équivalence, dans les sociétés traditionnelles étaient pratiqués des « sacrifices rituels » permettant d'accueillir le désordre, c'est-à-dire la violence du groupe dont l'expression devait être réalisée pour que l'ordre revienne²¹⁴. Il pouvait s'agir par exemple de condamnations à mort ou de supplices, prenant parfois la forme d'ordalies et de combats judiciaires afin de faciliter le manque de fondements de l'accusation. Ces sociétés qui acceptaient l'existence de la violence assumaient parfois sa prise en charge en offrant un bouc-émissaire, une victime expiatoire, à la vindicte collective ; il était alors permis à chacun d'exprimer la souffrance ressentie et de punir celui qui devait supporter le châtement. René Girard, souvent décrié pour son analyse visant à considérer le christianisme comme ayant mis un terme à l'engrenage de violence, expliquait de façon pertinente qu'après la transgression d'un interdit et la désignation du bouc-émissaire la société opérait par le droit pénal une contre-violence, polarisée sur une personne ou un groupe déterminé, mis à mort par un lynchage rituel dans le but de retrouver son harmonie unitaire²¹⁵. Ces rituels ont subsisté, dépassant même le cadre du droit pénal, comme durant le Moyen âge avec la « fête des fous » durant laquelle s'opérait une « inversion caricaturale des rôles sociaux : les pauvres devenaient les riches, les riches s'habillaient en pauvres, le roi devenait le mendiant et le mendiant, le roi. Chacun pouvait, pendant le temps de la fête, se libérer de ses peurs, de sa jalousie, de ses humiliations... »²¹⁶. Si la symbolique des sacrifices rituels n'a cessé de s'effacer dans les sociétés ultérieures, ont persisté ces logiques « d'unanimité violente », et le droit pénal a conservé les ferments de son mécanisme, *via* par exemple les exécutions publiques ou *via* la théâtralisation de son procès. Il a en ce sens toujours été de rigueur de mettre fin au trouble en condamnant son auteur et en ritualisant le processus d'accomplissement de la violence légitimée.

B). L'encadrement politique du droit de vengeance et l'affinement des concepts du droit pénal :

Après que le droit de punir soit codifiée et mis en œuvre de façon plus rigoureuse, des sociétés de la Grèce ou de la Rome antique jusqu'à celles du Moyen Âge, la répression pénale fut accaparée par les pouvoirs politiques qui se dessinaient et marquaient l'organisation d'une justice devenant publique²¹⁷. Avec l'essor du pouvoir religieux de l'Eglise, une nouvelle étape est intervenue dans la conception du droit et de la procédure pénale, complétant les bases théoriques qui serviront plus tard de socles à leur modernisation.

39° Du système de la vengeance publique à celui la justice publique, les prémices de l'affinement des concepts du droit pénal en droit romain : Durant le premier millénaire avant Jésus-Christ, le pouvoir politique a dans plusieurs sociétés confisqué la répression des mains de la victime, s'arrogeant ainsi le monopole du droit de punir et déterminant les infractions qui en seraient l'objet. En 621 avant Jésus-Christ, les Lois de Dracon puis

211 - Lat. *talio* est apparenté à *talis*, qui signifie « égal » ; troisième Livre du Pentateuque.

212 - C. PAULIN, *Droit pénal Général*, Lexis Nexis, coll. Objectif Droit, 5^e éd., 2007, p. 1.

213 - J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, note 207, p. 13 ; (Exode, 22, 18).

214 - J. MORINEAU, *op. cit.*, note 12, p. 37 s.

215 - R. GIRARD, *Le bouc émissaire*, Livre de Poche, 1989.

216 - J. MORINEAU, *op. cit.*, note 12, p. 44 s.

217 - J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, note 207, p. 15 s.

une vingtaine d'années après les Lois de Solon amélioreraient le droit antérieur alors fondé sur la vengeance et le rendaient public en l'affichant sur l'agora²¹⁸. Après, les romains distinguèrent le droit (*jus*) des lois religieuses (*fas*), séparant ainsi le droit de la morale n'intéressant pas a priori l'ordre public sinon la conscience, à la différence des grecs qui voyaient dans le crime une atteinte directe faite à la morale et aux Dieux ; en même temps, ils créèrent la catégorie des délits publics (les criminats) par opposition aux délits privés (les délicats), les premiers nuisant à l'intérêt général tandis que les seconds ne lésaient que ceux particuliers²¹⁹. La Loi des Douze Tables du V^e siècle avant Jésus-Christ permit, tout en légitimant une répression publique, de limiter *l'imperium* du pouvoir politique et de garantir des droits aux citoyens, aux *cives*, pour qu'ils puissent faire respecter leurs droits en justice par la procédure des *legis actiones* mettant fin « à l'arbitraire des pontifes et consuls »²²⁰. Aux prémices de l'Empire, sous le règne d'Auguste, ses Lois, les *Leges juliae*, encadrèrent plus encore les actes et mœurs pour garantir l'ordre public, objectif encore actuel qui tend à protéger la société et parallèlement à en exprimer les valeurs. Ce nouveau contrôle qui faisait de la souffrance subie par la victime une affaire sociale ou d'Etat dont l'application ne pouvait en théorie être négociée, contribuait à l'affirmation de l'autorité politique qui allait bientôt se voir concurrencer par une autre forme d'autorité, cette fois religieuse.

40° L'influence de l'Eglise dans la conceptualisation du droit pénal : Alors qu'un droit pénal émergeait, se focalisant sur la protection de la société, le droit religieux qui garantissait la morale d'origine divine se perfectionnait en même temps que le pouvoir de l'Eglise s'intensifiait. Tout du long de l'époque féodale se mêlaient à la justice seigneuriale et aux droits pénaux coutumiers la justice pénale ecclésiastique et le droit canonique, influant sur les systèmes légaux d'enquête, de poursuite et de jugement des auteurs d'infractions, puis sur la conception de la faute pénale *via* le concept de culpabilité ou du caractère personnel de la responsabilité²²¹. En France à compter de l'Inquisition médiévale du XII^e siècle, les systèmes légaux qui étaient alors accusatoires devinrent principalement inquisitoires, c'est-à-dire sans plus exiger d'accusation formelle pour poursuivre et juger mais en permettant aux tribunaux ecclésiastiques de se réunir de leur propre initiative et de prendre une part active dans le processus d'établissement de la responsabilité²²². À la différence des pays anglo-saxons²²³, le rôle du juge a été intensifié au détriment de celui des parties dans la manifestation de la vérité, élément pouvant aujourd'hui exprimer en partie certaines incompatibilités existant entre le droit pénal et les procédures amiables. Quant à la conception chrétienne de la faute religieuse qui pour Thomas d'Aquin ne pouvait être un pécher dans la mesure où elle était non-intentionnelle, a permis d'affirmer la distinction entre la faute subjective et objective ; il considérait en outre que l'Etat peut punir des faits « objectivement nuisibles à la vie commune »²²⁴, diluant ainsi la volonté. La dimension subjective de cette responsabilité ne va cesser de s'affirmer, tout en se réduisant à l'égard de la responsabilité civile, et son caractère collectif va s'amenuiser, imposant à chacun de répondre de son propre fait²²⁵. Alors qu'à la même époque se cristallisait sur la tête des monarques de France des fonctions politiques et religieuses, ainsi qu'il en fut des chefs politiques et religieux byzantins²²⁶, ils luttaient contre la puissance de l'Eglise et des seigneurs pour établir leur autorité, en reproduisant une verticalité similaire dans l'exercice du pouvoir.

218 - *ibid.*

219 - J. MARQUISET, *Le crime*, coll. « Que sais-je ? », Puf, 5^e éd., 1976, p. 8.

220 - *Id.*, p. 16 et 17.

221 - D. NABET-MARTIN, *La personne morale en droit pénal*, Mémoire (dir. B. De LAMY), UT1 Capitole, Toulouse, 2013, p. 5 s.

222 - Cf. Décrets du Pape Innocent III publiés à partir de 1198 ; en 1215, le quatrième concile du Latran décide d'adopter ce système.

223 - Affirmation des pratiques accusatoires avec l'art. 38 Magna Carta, fin XII^e et début du XIII^e.

224 - Réf. au Cours de *Droit pénal général*, M. Marc SEGONDS, *op. cit.*, note 208.

225 - Bien qu'il soit écrit dans la Bible que si les parents mangent des raisins trop murs, leurs enfants auront les dents gâtées (Lévitique), la responsabilité dépassant les générations, à compter du XII^e siècle, des juristes tels que Loysel vont affirmer que « tous les délits sont personnels, et en crime il n'y a point de garants » ; A. LOYSEL, *Institutions coutumières*, livre VI, titre V, 1607.

226 - N. HUMPHRIS, *La justice des mineurs*, Thèse, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2007 : le juge des enfants cristallise lui aussi une double qualité similaire, dans sa figure de passeur entre l'éducatif et le répressif.

II. L'affinement du droit pénal et de la procédure pénale.

Durant l'Ancien régime le droit pénal et sa procédure se sont affinés, marquant les prémices de la construction du droit pénal moderne. Puis, sous l'influence des juristes, à partir du XVI^e siècle un mouvement de codification s'est propagé en Europe, avec l'Ordonnance de Villers-Cotterêts sur le fait de la justice en France en 1539, et les peines puis la procédure pénale ont été précisées avec l'Ordonnance de Colbert de 1670²²⁷, consacrant les procédures inquisitoriales et confirmant la sévérité ou l'arbitraire des sentences (**A.**). En réaction, une véritable métamorphose s'est ensuite produite en matière criminelle, portée par les penseurs des lumières et par l'Ecole dite classique du droit pénal ; elle se réalisera avec la promulgation des Codes pénaux révolutionnaires et napoléoniens qui évolueront tout au long du XIX^e et XX^e siècle (**B.**).

A). La rigueur et l'arbitraire du droit criminel durant l'Ancien Régime :

Le paradoxe de cette période est d'avoir posé avec une qualité certaine les fondements du droit pénal moderne qui se démarquaient pourtant par leur roideur et l'arbitraire de leur mise en œuvre, ayant pour conséquence de perpétuer le cercle des violences. Cette contradiction pouvant d'ailleurs ne pas surprendre à la lecture de Michel Foucault pour qui tout système institutionnel porte en germes les termes de sa rébellion et de son inversion²²⁸.

41° L'organisation du droit criminel réalisée et améliorée par la Monarchie française : De la Renaissance jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, l'Ancien Droit a conduit à l'unification des systèmes juridiques alors pluriels et à confier aux juges royaux la maîtrise du procès, faisant suite à l'influence des tribunaux ecclésiastiques. Cette logique consacrée dans les ordonnances royales de 1539 et de 1670 sera menée par l'imposition de l'usage du français dans les actes officiels et de justice, dans l'idée de centraliser la justice dans les mains du pouvoir royal au détriment des villes ou de l'Eglise. La seconde ordonnance, qui faisait de l'emprisonnement non seulement une peine mais aussi une mesure préventive, organisait la procédure criminelle en cinq étapes comparables à celles actuelles²²⁹ : commençant par la mise en mouvement de l'action publique, par l'instruction préparatoire puis définitive, passant par une phase des « jugements interlocutoires » permettant notamment à l'accusé de faire valoir ses arguments et se clôturant par le jugement définitif²³⁰. Encore rattaché au religieux, on distinguait en droit pénal trois sortes d'infractions allant des crimes de lèse-majesté divine, de lèse-majesté humaine, aux crimes contre les particuliers. À cette époque, sans être codifié, il était formé de lois et coutumes variées qui laissent aux juridictions et parlements beaucoup de liberté dans la qualification ou dans le choix des peines, ce qui allaient fonder sa critique ultérieure ; outre cette latitude, gage d'arbitraire, ses sentences étaient particulièrement sévères, comme en témoignent les traités de droit du XVII^e et XVIII^e siècle.

42° La critique réalisée par les Lumières de la sévérité et de l'arbitraire du droit criminel : Ces traités, qui se démarquaient par leur rudesse, condamnaient par exemple les coupables à l'amputation ou à la castration. Ils punissaient par ailleurs les bohémiens et égyptiens qui se faisaient passer pour devins à la galère perpétuelle, pour les hommes, et à la détention à temps dans un hôpital pour les femmes, après avoir été rasées ; sévèrement, le suicide était un crime dont la sanction consistait à traîner le cadavre face contre terre sur une claie avant d'être pendu à la potence, jeté à la voirie et privé de sépulture chrétienne²³¹. Aussi, la torture pouvait même s'appliquer pendant la phase d'instruction. Ces formes de supplices qui étaient très courantes marquaient en parallèle la volonté de signifier aux spectateurs la rigueur de la sanction pour ceux qui ne respectaient pas les règles, tout en banalisant la violence²³², considérant que « le règlement de l'instruction criminelle assure le repos

227 - Ordo. de Villers-Cotterêts de 1539, donnée par François Ier ; Ordo. criminelle de Colbert, 1670, sous Louis XIV.

228 - Ref. au Cours *D'Anthropologie des pouvoirs normatifs*, Mme Gilda NICOLAU, *op. cit.*, note 159 ; ref. M. FOUCAULT.

229 - Ces étapes sont souvent simplifiées en trois étapes étant l'information, l'instruction et le jugement.

230 - Ordo. de 1670, Titre XIII, Des prisons. ; J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, note 207, p. 67 s.

231 - J. MARQUISET, *op. cit.*, note 219, p. 10.

232 - M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1993 : Intro. sur Damien.

public et contient par la crainte des châtements ceux qui ne sont pas retenus par la considération de leurs devoirs »²³³. Outre la rigueur, cette période était marquée par l'arbitraire des peines et l'inégalité de traitement qui existait entre condamnés, montrant notamment ses dérives avec la justice retenue ou par la pratique des lettres de cachet du Roi ; « "les peines sont arbitraires en ce Royaume" disait-on »²³⁴. En réaction à ces excès les penseurs du siècle de l'Encyclopédie ont prôné la séparation des pouvoirs, la légalité des délits et des peines, l'égalité et la modération dans la répression, car « la loi pénale doit être la même pour tous et ce n'est pas la cruauté qui sera bénéfique, sinon la certitude et la promptitude »²³⁵. L'Ecole pénale classique de Montesquieu ou Beccaria qui considérait en outre que le libre-arbitre se situant au fondement de l'agir humain, la responsabilité pénale devait être supportée personnellement, mais surtout implacablement sans que l'on ne puisse la négocier, fondait la substance des réformes ultérieures.

B). Les réformes révolutionnaires et le perfectionnement du droit pénal :

Après la prise de la Bastille de Juillet 1789, les révolutionnaires en se fondant sur les avancées philosophiques réalisées tout au long du XVIII^e siècle proclamèrent une myriade de principes qui réformèrent profondément la société et le droit en vigueur. Quelques années plus tard, Napoléon Bonaparte en reprit l'essence dans sa codification criminelle tout en promulguant des codes qui allaient durer presque deux siècles.

43° Les grands principes proclamés au lendemain de la Révolution française : Dans un premier temps, faisant suite à l'émulation intellectuelle des penseurs du XVIII^e siècle, la période révolutionnaire et son droit intermédiaire menèrent à la proclamation de plusieurs principes tels que celui de la présomption d'innocence ou de l'interdiction de privation de liberté arbitraire, contenus dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen d'Août 1789²³⁶. L'Ordonnance de 1670 fut abrogée par l'Assemblée Constituante la même année²³⁷, après qu'aient été abolis les privilèges de juridiction et supprimées les juridictions seigneuriales au sortir de la nuit du 4 Août²³⁸ ; furent aussi supprimées de nombreuses infractions pénales telles que le crime de lèse-majesté divine, réforme réclamée dans les cahiers des Etats Généraux. Pour « régénérer la société »²³⁹ et la protéger de l'arbitraire, la loi fut mise sur un piédestal, comme une émanation de Dieu, au soutien en droit pénal du principe de légalité²⁴⁰, réduisant considérablement le rôle interprétatif du juge bien que le système inquisitoire a été conservé. La rénovation judiciaire réclamée visera aussi à imposer la fin des tortures, le caractère public de la justice ainsi que la contradiction des débats, le droit pénal ne pouvant s'exercer que dans ses enceintes mais organisant en d'autres matières conciliations et arbitrages²⁴¹. Par ailleurs, les lois du 16 et 24 Août 1790 exposaient les grands principes sur lesquels fonctionne encore aujourd'hui la justice, instaurant par exemple la séparation des ordres judiciaires, le droit de faire appel ou le jury populaire en matière criminelle. Dans un second temps, ces principes furent codifiés en matière criminelle dans le Code pénal de 1791 et dans le Code des délits et des peines relatif à l'instruction criminelle de 1795. Ces codes orientèrent le droit pénal vers la sanction de l'auteur, et écartant la victime en distinguant l'action publique « appartenant essentiellement au peuple » de l'action privée ou civile pour « ceux qui ont souffert le dommage »²⁴². Le Code de 1791 prévoyait encore des peines très sévères, comme la peine de mort, les fers, la réclusion dans une maison de force, la

233 - Préambule de l'Ordonnance criminelle de 1670.

234 - X. PIN, *op. cit.*, note 13.

235 - *Ibid.*

236 - Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

237 - Des articles de l'Ordonnance de 1539 sont encore aujourd'hui appliqués par la Cour de cassation, notamment les articles 110 et 111.

238 - Décrets pris après le 4 août 1789, les 4, 6, 7, 8 et 11 août par l'Assemblée nationale constituante ; J.-P. HIRSCH, *La Nuit du 4 août*, Paris, Gallimard-Julliard, coll. Archives, 1978.

239 - Expression contenue dans les cahiers de Doléance de 1789.

240 - *Nullum crimen, nulla poena sine lege.*

241 - Ministère de la Justice, [<http://www.justice.gouv.fr/histoire-et-patrimoine-10050/la-justice-dans-lhistoire-10288/oeuvre-revolutionnaire-les-fondements-de-la-justice-actuelle-11909.html>].

242 - Articles 4 et suivants du Code de 1795 des Délits et des peines, relatif à l'instruction criminelle.

gêne, la déportation, la dégradation civique ou le carcan²⁴³, et ce dans des conditions critiquables, exécutées sur « la place publique », parfois même avec « la tête et le visage voilés d'une étoffe noire » pour le parricide²⁴⁴, et par un système de fixité des peines qui sera au fil du temps abandonné au profit de leur individualisation ; aussi, est à signifier la fin de la confusion entre l'ordre public et l'ordre religieux, participant du mouvement tendant à exclure les questions relevant de l'intimité et de la sphère privée des enceintes de la justice.

44° La reprise de ces grands principes et les innovations de la codification napoléonienne : En tant que premier empereur des français, Napoléon Bonaparte entreprit un grand projet de codification duquel résulteront le Code d'instruction criminelle de 1808 et le Code pénal de 1810, qui dureront respectivement jusqu'à la fin de la V^e République et jusqu'au début des années 1990. Le premier, quelquefois accusé de despotisme et d'incohérence, promulgué « sous la réserve d'un perfectionnement graduel », réalisait toutefois « un grand et incontestable progrès. Il n'était pas, dans toutes ses parties, l'expression la plus élevée de la science de l'époque, mais il simplifiait et améliorait notablement la législation existante »²⁴⁵. On lui doit la synthèse entre les modèles inquisitoire et accusatoire, si propre à la procédure pénale française, conservant l'instruction préalable, écrite et secrète de l'Ordonnance de 1670 mais maintenant la procédure publique, orale et contradictoire de 1791. Le Code pénal de 1810, qui sera complété et modifié par des lois ultérieures, distinguait les crimes contre la chose publique des crimes contre les particuliers, contre les personnes et contre les propriétés. Encore respectueux de la tradition répressive, il ne supprimait ni les supplices corporels ni les « spectacles pénaux ». Plus tard, le Code de procédure pénale de 1958, allait continuer à encadrer les enquêtes de police, la procédure de garde à vue, et séparer la poursuite et l'instruction du jugement. Le Nouveau Code pénal de 1992 acheva ce processus de construction du droit pénal moderne. En 1993, y fut intégré la médiation pénale, conduisant à reconsidérer la dimension humaine prônée par l'Ecole classique et par l'Ecole de la Défense sociale nouvelle.

Section 2 : Les justifications théoriques du droit pénal et du droit de punir.

Dans ses postulats ou objectifs, le droit pénal ne peut être simplifié à une seule des idéologies des auteurs, philosophes ou acteurs qui composent sa cosmogonie, allant de sa formation théorique à sa mise en œuvre pratique. Il se rattache aux penseurs du droit naturel, qu'il s'agisse d'Aristote, de Thomas d'Aquin ou de Kant, en référence aux droits inaliénables et sacrés, à la réprobation universelle de certains comportements tels que le crime ou l'inceste²⁴⁶ ou parfois à des concepts particuliers tels que la légitime défense et l'état de nécessité²⁴⁷. Il se rattache aussi au relativisme ayant opéré des choix dans le temps et dans l'espace quant aux infractions énoncées²⁴⁸, ou encore au positivisme juridique²⁴⁹ et à l'utilitarisme de Bentham et de Stuart Mill²⁵⁰. Plus généralement, deux fonctions majeures et une troisième subsidiaire sont assignées au droit pénal, et *de facto* à la peine : sa fonction protectrice, répressive et expressive. Après avoir détaillé les soubassements philosophiques et doctrinaux de cette matière (I.), il sera à propos d'examiner les fonctions pratiques du droit pénal et de la peine, qui révèlent une logique interne radicalement opposée à celle de la médiation (II.).

243 - Article 1^{er} du Code pénal de 1791.

244 - Articles 4 et 5 du Code pénal de 1791, repris par l'article 13 du Code pénal de 1810 qui ajoutait la sentence du poing coupé.

245 - **THONISSEN**, *Rapport à la Chambre des représentants de Belgique*, 1933.

246 - **C. LÉVI-STRAUSS**, *op. cit.*, note 5.

247 - Adverses *periculum naturalis ratio permittit se defendere* écrivait **Gaius** ; *Necessitas reducit ad moerum jus naturae* à l'époque du contrat social, comme le rappelle **Emile GARÇON** dans son Code pénal annoté sur l'article 328, *La légitime défense, principes généraux*, 1^{ère} éd., Paris 1901.

248 - À ce titre **Léo STRAUSS** souligne que « montrer que les conceptions de la justice ont varié n'est pas prouver l'inexistence du droit naturel ou l'impossibilité de le connaître », in *Droit naturel et histoire*, 1953.

249 - Considérant que n'existent que les règles juridiques en vigueur à un instant donné. "La raison humaine peut comprendre et décrire ; elle ne peut pas prescrire" ; **H. KELSEN**, *Was ist Gerechtigkeit ?*, 1953.

250 - **W. JEANDIDIER**, *Les théories pénales du Code pénal de 1810 à nos jours*, In « Droit pénal général », 2^e éd., Paris, 1991.

I. Les soubassements philosophiques et doctrinaux du droit pénal et du droit de punir.

Pour fonder le droit de punir, ont été successivement invoqués le non-respect du contrat social ou le libre-arbitre, la dangerosité du criminel ou le déterminisme, puis la nécessité de prise en charge par l'Etat du problème de socialisation de l'individu infracteur. Partageant le lecture faisant du droit pénal un droit protecteur²⁵¹, les trois grandes Ecoles qui vont être étudiées se distinguent principalement dans leur appréciation de la mise en œuvre de la répression et dans leur considération portée aux auteurs d'infractions, le débat des fondements ressurgissant inévitablement sur la nature de la peine infligée, tout comme celui concernant les fonctions de la peine. Ces grands courants ont exercé tour à tour une grande influence sur le droit positif, qu'il s'agisse de l'Ecole classique du siècle des Lumières (**A.**), de l'Ecole positiviste du siècle suivant (**B.**), ou des Ecoles de la Défense sociale et de la Défense sociale nouvelle qui ont émergé après la Seconde Guerre mondiale (**C.**).

A). L'Ecole classique : de l'humanisme juridique aux garanties processuelles.

La théorie classique de la pénalité, ou du jus-naturalisme, regroupe bon nombre d'auteurs du siècle des Lumières, tels que Montesquieu ou Beccaria, dont les pensées ont beaucoup influencé les codifications révolutionnaires et l'attachement concédé aux garanties du procès pénal.

45° L'humanisme juridique de l'Ecole classique : Pour faire « triompher la cause de l'humanité » en matière pénale²⁵², Cesare Beccaria décriait la tyrannie de la justice pénale, sa sévérité et son déséquilibre ; il fondait le droit de punir sur l'utilité générale et sur la légalité²⁵³. Pour lui, la répression se justifie par la culpabilité de l'infracteur, reprenant la conception subjective de la faute en droit canon, ainsi que par le contrat social, le droit de punir étant concédé par le peuple à l'Etat. Ce droit de punir, qui combine la détermination des actes répréhensibles et la poursuite de leurs auteurs, ne pouvant s'appliquer rationnellement qu'aux hommes doués d'intelligence, d'autonomie et de libre arbitre sans quoi ils ne pourraient assumer la responsabilité pénale de leurs actes²⁵⁴. Dans un esprit similaire, Montesquieu reconnaissait que l'efficacité de la peine ne dépend ni de sa gravité, ni de sa sévérité, mais de la certitude et de la promptitude de son prononcé. Toutefois, à la différence des théoriciens de son temps, il n'avait pas recours à la théorie du contrat social pour justifier la pénalisation et se permettait par ailleurs de combiner les approches utilitaires et rétributives ; il trouvait dans la première l'essence du droit de punir et dans la seconde formait sa conception de l'échelle des peines et le besoin de protéger les droits des accusés²⁵⁵, pour plus de modération, s'opposant à « l'impératif catégorique » kantien, ou à Joseph de Maistre pour qui la rétribution doit l'emporter quand bien même son inutilité serait certaine²⁵⁶.

46° L'établissement de garanties processuelles : En contrepartie de la concession du droit de punir à l'Etat, cette même Ecole a souhaité encadrer la répression pénale par des garanties juridiques telles que la présomption d'innocence ou le droit à la sûreté et à assurer la nécessité et la proportionnalité des peines. Furent

251 - Protection de la société, ordre public, par ex. art. 1er de la Loi 2001-1062 du 15 nov. 2001 *relative à la sécurité du quotidien* : « La sécurité est un droit fondamental. Elle est une condition de l'exercice des libertés et de la réduction des inégalités. A ce titre, elle est un devoir pour l'Etat, qui veille, sur l'ensemble du territoire de la République, à la protection des personnes, de leurs biens et des prérogatives de leur citoyenneté, à la défense de leurs institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics ».

252 - C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764.

253 - Le principe de la légalité avait déjà été formulé au XIIe siècle, dans le cadre du droit canonique, par Pierre Lombard (Berman, 1983 : 186).

254 - C. BECCARIA, *op. cit.*, note 252, (Flammarion, coll. G.F.-Flammarion 1991, p.187) : « Celui qui transgresse les règles de la société civile s'oppose à la volonté générale : « Quelquefois on dispense de la peine l'auteur d'un petit délit, quand la victime lui pardonne : acte conforme à la bonté et à l'humanité, mais contraire au bien public ; car un particulier ne peut pas supprimer par son pardon la nécessité de l'exemple, de la même manière qu'il peut renoncer à la réparation du dommage qu'on lui a causé. Le droit de faire punir n'appartient pas à un seul, mais à tous les citoyens ou au souverain. Un citoyen ne peut que renoncer à sa portion de droit, mais non pas annuler celle des autres ».

255 - D.-W. CARRITHERS. *La philosophie pénale de Montesquieu*, In Revue Montesquieu, 1997.

256 - W. JEANDIDIER, *op. cit.*, note 250.

aussi inclus dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen le principe de légalité des délits et des peines, d'égalité devant la loi pénale, de personnalité des délits et des peines et celui de non-rétroactivité de la loi pénale²⁵⁷. Poursuivant le chemin entamé, l'Ecole néo-classique de la première moitié du XIX^e siècle adoucira la répression²⁵⁸ et considèrera le délinquant non plus comme un être abstrait en prenant en compte sa personnalité et en individualisant les peines²⁵⁹.

B). L'Ecole positiviste : de l'efficacité juridique à la prise en compte de la dangerosité.

À compter de la III^e République, une remarquable émulation des idées donnera lieu au courant positiviste qui au détriment des libertés individuelles pensait trouver dans la criminologie et dans la rigueur des peines le moyen de mettre un terme à la délinquance, opérant ainsi un double « retour en arrière ». Ce mouvement fondait l'intervention de l'Etat par la dangerosité du délinquant afin d'assurer la défense de la société.

47° Les fondements criminologiques et le soucis d'efficacité : L'Ecole positiviste ou de l'Exégèse n'est pas célèbre pour son attrait porté à la protection des garanties ou libertés individuelles, ni pour sa volonté d'idéaliser le droit, sinon pour sa recherche de l'efficacité et pour le mérite qu'elle a eu d'attirer l'attention sur les causes criminologiques de la perpétration d'infractions. Ce mérite reste toutefois relatif tant son approche scientifique de la répression pénale a eu pour conséquence l'éviction de l'approche juridique et procédurale, sans qu'il ne soit besoin de rappeler que « la procédure est la mère des libertés »²⁶⁰ ; il n'est plus à propos de fonder le droit de punir dans l'acte commis par le délinquant mais dans sa dangerosité, résultant de prédispositions génétiques ou qui lui ont été insufflées par son milieu considéré criminogène²⁶¹. Dans la lignée du chef de file Auguste Comte, Lombroso, Ferri et Garofalo ont dénoncé l'inefficacité de l'Ecole précédente et le postulats du libre-arbitre ou l'organisation de la proportionnalité des peines²⁶², pour solliciter à l'inverse la mise en œuvre de mesures préventives ou individuelles de sûreté.

48° Les critiques portées à l'encontre de l'Ecole positiviste : Ce courant de pensée a reçu de nombreuses critiques car faisant « du délinquant une sorte de mécanique déterminée : l'homme finit par y perdre sa dignité et son âme »²⁶³ ; elle opérait un double « retour en arrière » car d'une part c'était à l'époque des Grandes Lois qu'elle menait à l'amoindrissement des libertés individuelles ; d'autre part elle renouait avec la logique de sévérité des peines qui avait été progressivement abandonnée, ce qui pouvait néanmoins se justifier en raison de l'explosion du taux de criminalité²⁶⁴. Si ce mouvement a permis aux sciences criminelles de réaliser de notables progrès criminologiquement ou par la création des mesures précitées, son analyse disjointe de l'individu est toutefois insuffisante, le détachant des circonstances qui entourent l'infraction ; le sacrifiant sans forcément chercher à l'améliorer, rejetant la notion de liberté au profit de celle de déterminisme, elle a fait du criminel un « microbe social » qui appelle la réaction de la société comme réagit l'organisme contre les bactéries²⁶⁵, d'où son succès dans les régimes totalitaires, comme le souligne Christophe Paulin, puisque

257 - DDHC du 26 août 1789, art. 3, 5, 6, 7, 8, 10.

258 - W. JEANDIDIER, *op. cit.*, note 250 : « La loi du 28 avril 1832 supprime les peines corporelles comme la marque, le carcan et la mutilation du poing, correctionnalise divers crimes, institue la double échelle des peines politiques et de droit commun. Surtout ce texte généralise l'application des circonstances atténuantes à toutes catégories d'infractions, réagissant de la sorte contre de nombreux acquittements abusifs émanant des jurys qui ne disposaient jusqu'alors d'aucun pouvoir de mitigation de peines trop sévères. Par la suite la Constitution du 4 novembre 1848 abolit la peine de mort en matière politique et la loi du 13 mai 1863 réalise un nouvel adoucissement de la répression en certains domaines. Sur le plan de l'exécution des peines apparaissent aussi quelques changements : construction de prisons cellulaires, développement du travail pénal, établissement d'un régime colonial d'exécution de la peine des travaux forcés afin « d'améliorer l'homme par la terre et la terre par l'homme », par la loi du 30 mai 1864 ».

259 - *Ibid.* : Ce principe sera développé à la fin du XIX^eème et début du XX^eème siècle sous la plume de **Raymond SALEILLES** qui écrivait en 1898 *L'individualisation des peines*.

260 - R. v. JHERING, *Der Geist des römischen Rechts*, (1852-1865).

261 - Cf. C. LOMBROZO, E. FERRI et R. GAROFALO.

262 - W. JEANDIDIER, *op. cit.*, note 250.

263 - *Ibid.*

264 - *Ibid.* ; il a triplé en France entre 1826 et 1880.

265 - J. MARQUSET, *op. cit.*, note 219, p. 115 s.

l'intérêt de la société est placé au-dessus des libertés individuelles²⁶⁶. Le mouvement entrepris de défense de la société sera maintenu par les Ecoles suivantes, mais elles le rattacheront à l'individu.

C). Les Ecoles de la Défense sociale : entre modération et retour à l'individu.

Les Ecoles de la Défense sociale et de la Défense sociale nouvelle porteront moins leurs réflexions sur les fondements du droit de punir, sinon sur les fonctions de la peine, excepté l'analyse d'Emile Durkheim qui considérait que l'acte criminel est celui qui offense les « états forts » de la conscience collective, cette dernière constituant l'axe du droit pénal et réclamant sa réaction²⁶⁷. Elles auront en revanche le mérite d'accentuer l'effort de prise en compte de la personnalité des criminels, peut-être trop, à en croire les critiques qui lui seront faites.

49° La personnalisation de la réponse pénale orientée vers la réinsertion : La première Ecole de la Défense sociale, celle de Grammatica, proposera de se recentrer sur l'individu dès 1934 en rejetant l'ensemble du droit pénal²⁶⁸. Elle émergera en réaction aux atrocités de la Seconde Guerre mondiale, s'en prendra aux pratiques judiciaires de guerre et aux excès des positivistes²⁶⁹ ; il sera considéré que la défense de la société ne doit être détachée de celle de l'individu, qui pour ce faire devra être resocialisé²⁷⁰. De façon plus modérée, émergera l'Ecole de la défense sociale nouvelle de Marc Ancel²⁷¹ qui sollicitait l'adaptation des institutions au droit pénal, affirmait le principe de légalité comme un rempart à l'arbitraire et s'opposait au juridisme de l'Exégèse ; sera invoquée la prise en considération de la personnalité du délinquant²⁷² dans le but d'adaptation de la sanction pénale et de sa réinsertion. Cette dernière conception des fondements du droit de punir recentré sur l'acte individuel orientera notre conception actuelle de la peine qui cherche en théorie à « ramener le délinquant sur le droit chemin » par l'emploi de traitements appropriés, respectueux de sa dignité et en lui apportant une assistance nécessaire²⁷³ ; ces idées se trouvent à l'origine des réformes pénitentiaires entreprises en France en 1945 orientées vers la réinsertion sociale²⁷⁴, ou de l'Ordonnance de 1945 relative à l'enfance délinquante qui dérogea au droit commun accentua la mission conciliatrice du juge et lui assigne l'objectif de rééducation²⁷⁵.

50° Les critiques portées à l'encontre de ces Ecoles par les nouvelles doctrines : Ayant trop minoré l'aspect rétributif de la condamnation pénale sans pour autant supprimer les notions de faute et de responsabilité morale, les Ecoles de la Défense sociale, ancienne et nouvelle, ont subi de nombreuses critiques ; bien qu'elles aient essayé de refonder le droit pénal quelquefois trop abstrait ainsi que le procès pénal²⁷⁶, ou qu'elles aient profondément marqué ce retour fondamental à l'individu²⁷⁷ et « la mise en œuvre d'un véritable traitement de resocialisation », elles ont affirmé leur volonté de « déjudiciarisation », idée chère à Marc Ancel, qui présente en cette matière bien trop de risques²⁷⁸. Aujourd'hui, entre criminologie radicale et interactionniste, la tendance néo-pragmatique et l'Ecole du néo-classicisme contemporain, respectivement recherchant des solutions en dehors du système pénal, proposant de s'attacher à l'expérience ou reviennent aux idées de blâme et de rétribution²⁷⁹, le panel est large et les solutions retenues en droit positif dépendent de plus en plus de la gouvernance politique

266 - C. PAULIN, *op. cit.*, note 212.

267 - E. DURKHEIM, *Définitions du crime et fonction du châtement*, 1893 ; def. *Peine* « La peine est une réaction passionnelle d'intensité graduée que la société exerce par l'intermédiaire d'un corps constitué sur ceux de ses membres qui ont violé ses règles de conduite ».

268 - C. PAULIN, *op. cit.*, note 212.

269 - G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal Général*, Dalloz, coll. Précis, 20^e éd., 2007, n° 79.

270 - J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, Puf, 5^e éd., 2001, p. 40.

271 - M. ANCEL, *La Défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste*, 1954, Cujas, Paris.

272 - MERLE et VITU, *op. cit.*, n° 87.

273 - Réf. au Cours de *Politiques Criminelles*, M. Denis SALAS, *op. cit.*, note 14.

274 - Cf. Charte pénitentiaire de 1945, ou les *Règles pénitentiaires* formulées par le Conseil de l'Europe en 1987.

275 - Ordo. n° 45-174 du 2 févr. 1945 relative à l'enfance délinquante.

276 - Par ex. scission entre l'établissement de la matérialité des faits et l'examen de personnalité permettant d'individualiser la sanction.

277 - En sollicitant par exemple la pratique d'exams médicaux, sociaux ou psychiatriques pour constituer un dossier de responsabilité.

278 - W. JEANDIDIER, *op. cit.*, note 250.

279 - *Ibid.*

en place que de mouvements sociaux dépassant la sphère du juridique. Réfléchissant moins aux fondements du droit de punir, les doctrines privilégient aujourd'hui l'analyse des fonctions de la peine ou de points de droit spécifiques, par habitude sans doute de considérer la justice étatique comme légitime pour prendre en charge la répression pénale, malgré la constatation répétée de ses échecs.

II. Les fonctions pratiques du droit pénal et de la peine.

Les objectifs de la sanction pénale, évoqués en filigrane au travers de l'étude de ses fondements, de rétribution, d'expression, ainsi que de neutralisation ou d'amendement de l'individu, c'est-à-dire visant à sa resocialisation dans une approche plus sociologique, sont tournés tant vers l'avenir que vers le passé. Comme le soulignent Philippe Conte et Philippe Maistre du Chambon, le droit pénal se doit de préserver la société en assurant tant la sécurité que la liberté des individus²⁸⁰ et pour y parvenir, il doit sanctionner le délinquant, l'intimider lui ainsi que l'ensemble des citoyens, tout en visant à sa réhabilitation pour penser le futur. Les deux tendances qui se matérialisent dans les fonctions de cette matière, visant l'utilitarisme ou la rétribution, ont une influence sur la typologie des peines et sur leur rigueur **(A.)** ; en outre, il doit être noté un basculement de ses fonctions précitées dans la pratique effective des peines, désormais principalement éducatives ou symboliques **(B.)**.

A). Etude de la typologie des peines et de la réalité des peines prononcées :

Les fonctions et la réalité des peines prononcées peuvent être appréhendées par la présentation de la typologie actuelle des peines qui découle des fonctions rétributives et utilitaires abordées. Ensuite, il paraît opportun de constater la diminution de la rigueur des peines²⁸¹, qui perdent de leur caractère rétributif.

51° L'influence des conceptions rétributives et utilitaires sur la typologie des peines : Les fonctions de la peine ont évoluées, notamment en raison de l'influence des penseurs précités mais aussi de celle d'Emile Durkheim qui a relevé les liens entre sa rationalité et son fond d'irrationnel ; ce dernier les ayant critiquées en prenant ses distances avec la fonction de dissuasion et en refusant de réduire le délinquant à un simple calculateur ; comme René Girard, il soulignait que le crime et la peine ont pour fonction de rassembler la communauté « des gens honnêtes », la peine ayant en ce sens une fonction centralisatrice visant à consolider le groupe, ce qui permet ainsi de relever l'existence d'une autre forme d'utilitarisme. S'il avait été démontré son utilitarisme que « la raison le recommande »²⁸², parfois radicalisé sous la plume de Jeremy Bentham²⁸³, ou que la rétribution soit soutenue pour « faire payer » à l'homme son mauvais comportement, il a été impossible de ne pas constater en fait l'échec relatif de ces raisonnements, et même de la difficulté de réinsérer les délinquants. Ensuite, le panel des peines a été diversifié afin qu'elles puissent mieux être individualisées²⁸⁴ ; leur typologie s'articule aujourd'hui sur une double distinction faite avec les mesures de sûreté, et au sein même des peines avec les peines principales et alternatives ou complémentaires. Outre la sanction de l'auteur ou son acquittement ou relâche, une troisième voie a été créée²⁸⁵ : il est désormais possible de lui proposer des mesures alternatives plus ou moins efficaces, de réparation du dommage causé, de rappel à la loi, de stage de citoyenneté ou de médiation avec la victime. Il est aussi possible pour le juge d'atteindre son patrimoine, ou plus classiquement de porter atteinte à sa faculté d'exercer certains droits, qu'il s'agisse de privations ou d'interdictions, et d'attenter à sa liberté, par privation ou restriction. Récemment, a été proposé un nouvel outil de

280 - P. CONTE et P. MAISTRE Du CHAMBON, *Droit pénal général*, Masson et Armand Colin, 7^e éd., p. 19, n° 20.

281 - Ref. F. KAFKA, *La colonie pénitentiaire*, 1912 : mouvement global de diminution de la sévérité des peines.

282 - C. BECCARIA, *op. cit.*, note 252.

283 - Il considérait que la rationalité économique traverse le champ pénal, par une sorte de calcul cout-bénéfices, assurant la rigueur de la peine dans sa fonction dissuasive ainsi que son aspect préventif ; Cours de *Politiques Criminelles*, M. Denis SALAS, *op. cit.*, note 14.

284 - Cf. Titre III du Code pénal, Livre Ier.

285 - C. proc. pén., art. 41-1.

répression, la « contrainte pénale », afin de soumettre pendant une certaine durée la personne condamnée à des obligations et interdictions diverses, lui évitant d'exécuter la peine de prison²⁸⁶.

52° La diminution effective de la rigueur des peines : L'aspect rétributif ayant été de plus en plus abandonné, il apparaît clairement que le temps a donné raison à Jhering qui constatait déjà au XIX^e siècle que « l'histoire de la peine est celle d'une constante abolition ». Leur adoucissement est à noter, tant du point de vue des textes que dans leur mise en œuvre lors du procès pénal. En outre, leur juridictionnalisation avec la création des juridictions d'application des peines²⁸⁷ a conduit à en diminuer la sévérité, en pratique juste après leur prononcé, lorsqu'elles sont effectivement appliquées. Ce « mal de l'exécution de la peine » étant d'ailleurs tout à fait paradoxal au regard du mouvement d'intégration de la victime au droit pénal, pour qui son effectivité présente une réelle importance. Pour justifier cette diminution, il est possible de rappeler, outre le manque de moyens de Justice, la faible influence de sa rigueur sur la commission de l'acte criminel, comme le soulignait Robert Badinter dans son discours sur l'abolition de la peine de mort, et sur la récidive, sans aider le condamné, voire même en aggravant sa situation. En prenant du recul, sans doute un jour l'emprisonnement ne sera réservé qu'aux seuls criminels pathologiques ou sans espoir de réhabilitation.

B). La constatation du basculement des fonctions de la peine :

En tenant compte de la diminution de la rigueur des peines et du fait que celles prononcées sont de moins en moins appliquées, il est possible de constater un basculement des fonctions de la peine qui sont de plus en plus perçues comme expressives ou comme un moyen permettant d'éduquer les délinquants en manque de repères. Cette évolution conduisant à en altérer la substance, faisant apparaître plus son caractère symbolique que sa visée originelle de faire porter au délinquant le poids de sa faute.

53° Le développement de la fonction éducative de la peine : La fonction éducative de la peine trouve ses origines dans son exemplarité, qui conditionnait la publicité des supplices et composait l'objectif utilitariste de la pénalité relativement à la société. Depuis 1945, que l'on se réfère au droit pénal des mineurs ou aux évolutions du système carcéral, l'aspect éducatif de la sanction prononcée a pris une importance toute particulière ; Paul Amor, ancien directeur général des services pénitentiaires, faisait du reclassement et de l'amendement du délinquant le cœur de la peine privative de liberté²⁸⁸. Même si persiste une emprise sur le corps du coupable par sa privation de liberté, la souffrance du condamné n'est plus recherchée comme une fin en soi, au profit de sa réinsertion, le droit pénal français opérant par là même le rejet de la philosophie kantienne. Par exemple, sont organisées dans les prisons des activités éducatives visant à palier certaines lacunes des détenus ou à les former professionnellement, sans quoi leur insertion ou réinsertion resterait illusoire. En outre, ont été développés depuis 1958 les remises de peine, l'ajournement ou le sursis avec mise à l'épreuve, puis le placement extérieur, la libération conditionnelle ou la permission de sortie pour préparer celle-ci en douceur. Néanmoins depuis les années 1980, ont été prises des mesures ayant pour objet de priver les détenus de ces faveurs en instituant une période de sûreté, décidée par le tribunal répressif, ou des peines plancher dont la suppression vient d'être votée, significatives de l'indécision des législateurs.

54° L'affirmation de la fonction symbolique de la peine : D'un autre côté et en allant plus loin, certains auteurs tels que Raymond Gassin ont constaté que les fonctions de la peine ont basculé, passant d'une fonction instrumentale à une fonction socio-pédagogique²⁸⁹, expressive²⁹⁰ ou purement symbolique²⁹¹. Inefficace pour

286 - Projet de réforme de la procédure pénale de la Garde des Sceaux C. TAUBIRA adopté en première lecture le 10 juin 2014.

287 - C. proc. pén., art. 712-1 s.

288 - Cf. *Principes fondateurs* énoncés par la Commission de réforme des institutions pénitentiaires en mai 1945.

289 - G. KELLENS, *La mesure de la peine*, Liège, coll. scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1982, p. 194.

290 - J. FEINBERG, *Doing and Deserving*, Princeton, coll. Princeton University Press, 1970, p. 102 s.

291 - R. GASSIN, *Les fonctions sociales de la sanction pénale dans le nouveau Code pénal*, In Les cahiers de la sécurité intérieure, n°18,

endiguer la délinquance, la peine répond symboliquement à la demande de punition de la société civile, l'autorité publique montrant ainsi sa désapprobation de l'infraction, plutôt que vis-à-vis de son auteur, sachant par ailleurs que la peine n'aura que peu d'influence sur la délinquance. Se retrouvent ici les théories déclaratoires de la peine que connaissait Emile Durkheim, aujourd'hui reprises par la « théorie de la prévention générale positive » ; en plus de désorienter la fonction de la peine de l'auteur de l'infraction, cette nouvelle logique la désorienterait de l'infraction elle-même pour ne viser que les citoyens respectueux de la loi²⁹² ; il ne s'agirait dès lors plus de prévenir les infractions mais de renforcer la validité des normes, passant de la prévention dite négative à la prévention positive, en « exerçant les citoyens à la validité de la norme »²⁹³. Michel Audiard écrivait d'ailleurs que « la justice, c'est comme la sainte Vierge : si on ne la voit pas de temps en temps, le doute s'installe »²⁹⁴.

Chapitre 2 : Le fonctionnement du droit pénal, une branche du droit organisant la réponse sociale face aux comportements infractionnels.

« Conscience ! Conscience ! Instinct divin, immortelle et céleste voix, guide assuré d'un être ignorant et borné mais intelligent et libre, juge infaillible du bien et du mal, qui rend l'homme semblable à Dieu » – Jean-Jacques ROUSSEAU²⁹⁵.

Principalement en raison des spécificités de ses fondements, le fonctionnement du droit pénal présente de nombreuses particularités qui le distinguent des autres matières juridiques dont il est autonome. Organisant la réponse sociale face aux comportements infractionnels, l'institution judiciaire répond autoritairement aux affaires qui sont portées devant elle ou qu'elle décide elle-même de trancher, selon qu'il y ait eut constitution de partie civile ou déclenchement de l'action publique par le Ministère public. Un jugement abrupte sera posé, permettant d'établir ou non la culpabilité, de clarifier la position officielle des institutions sur un point de droit, mais encore de mettre un terme à une situation qui avait troublé l'ordre public. Pour ce faire, l'impartialité et l'indépendance des magistrats assurent l'objectivité de la solution prise, en tant que principes d'organisation de la justice ; aussi, une multitude de règles procédurales tendent à garantir des droits aux parties, passant de l'égalité des armes à la présomption d'innocence, du contradictoire à l'exigence de motivation des jugements, du délai raisonnable au droit d'accès à un tribunal, ou du principe de publicité au droit à l'exécution des jugements²⁹⁶. La procédure mise en oeuvre se devra rigoureuse au risque de sanctions de l'Etat, des magistrats compétents ou de sa nullité.

Une autre de ses grandes particularités est l'intéressement de la société, qui s'est accaparée le droit de punir en en dépossédant la victime. Concrètement, l'action publique, et non « pénale » ou privée, est exercée par le procureur qui la représente, et le jugement sera rendu au nom du peuple français *via* les institutions de l'Etat ; il

1994, p. 60 ; **M. v. De KERCHOVE**, *Les fonctions de la sanction pénale, Entre droit et philosophie*, In Informations sociales 2005/7 n° 127, CNAF [http://www.cairn.info/zen.php?ID_ARTICLE=INSO_127_0022#no31].

292 - **A. BARATTA**, *Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal*, In Déviance et société, vol. 15, 1991.

293 - **G. JAKOBS**, *Strafrecht*, Berlin, 1983.

294 - **M. AUDIARD**, dans le film *Pile ou face*, de Robert Enrico, (dialogues), 1980.

295 - **J.-J. ROUSSEAU**, *Emile ou de l'éducation*, 1762.

296 - L'égalité des armes (consacré par la Commission européenne des droits de l'homme en 1959 ; Cour EDH arrêt du 6 mai 1985 « BÖNISH c/ AUTRICHE »), la présomption d'innocence (art. 6 p. 1 CESDH ; C. civ., art. 9-1 ; DUDH, art. 11), le principe du contradictoire (C. proc. civ., art. 16 ; en droit administratif, décret du 22 janvier 1992 ; en droit pénal, Cour EDH, « PELISSIER et SASSI c/ FRANCE », 25 mars 1999), l'exigence de motivation des jugements (C. proc. civ., art. 455 ; Art. L.9 du Code de justice administrative ; C. proc. pén. art. 485), le délai raisonnable (CESDH, art. 6 p. 1, ou art. L. 111-3 du Code de l'organisation judiciaire), le droit d'accès à un tribunal (Cour EDH, « GOLDBERGER c/ R-U », 1975), le principe de publicité (CESDH, art. 6 p.1 ; C. proc. civ., art. 22, article L. 6 du Code de justice administrative, et C. proc. pén., articles 306, 400 et 535), le droit à l'exécution des jugements (Cour EDH « HORNSBY c/ GRÈCE » du 19 mars 1997).

est aussi possible d'évoquer en ce sens la présence de jurés en matière criminelle ou la faculté de mettre en place des citoyens assesseurs notamment pour les délits portant atteinte aux personnes²⁹⁷. Afin de présenter au mieux les logiques internes à cette matière, dont celles qui sont incompatibles avec les procédures de médiation, il sera opportun d'en présenter le fonctionnement ainsi que celui de sa procédure (**S° 1**), pour ensuite pouvoir étudier et discuter les critiques qui en sont faites (**S° 2**).

Section 1 : Le fonctionnement du droit pénal et de sa procédure.

Pour bien comprendre son fonctionnement, il faut se référer à ses fondements ou objectifs précédemment évoqués ainsi qu'à sa théorie générale contenue dans le Code pénal et de procédure pénale, reprise et affinée par la doctrine ou par les juridictions. Simplement, pour qu'une infraction soit retenue, trois éléments devront être rassemblés : l'élément légal, c'est-à-dire le texte pénal décrivant le comportement infractionnel et y accolant une peine, l'élément matériel puis intentionnel dont la preuve devra être rapportée pour que soit établie la responsabilité pénale²⁹⁸. Pour ce faire, il faudra ainsi faire le lien entre le comportement considéré et la personne accusée, que cette infraction lui soit imputable, en substance qu'elle ait été consciente et libre au moment de sa commission. Enfin, sera établie la causalité entre le comportement et le dommage causé, c'est-à-dire le résultat pénal ou l'atteinte à la valeur que l'incrimination protégeait²⁹⁹. En substance, ces règles de fonctionnement relèvent du droit pénal (**I.**), et leur application est assurée par la procédure pénale qui règle les phases de l'enquête, de l'instruction et du jugement (**II.**). Dans les deux cas, la théorie se trouve rattrapée par la pratique conduisant à une perte de repères et d'identité, desquelles émerge une volonté de stabilité et de cohérence.

I. Le fonctionnement du droit pénal.

À côté de l'étude des infractions édictées dépendant des textes de lois, qui révèlent des évolutions sociales, et outre l'étude des peines qui y sont accolées déjà évoquées, si l'on se focalise sur la responsabilité pénale, deux points essentiels sont à observer : d'une part, les principes et le cadre théorique de la responsabilité pénale (**A.**), d'autre part, la substance même de ladite responsabilité, qui se trouve dans une phase critique de perte d'identité découlant notamment d'un mélange des genres avec la responsabilité civile (**B.**).

A). Les principes et le cadre théorique de la responsabilité pénale :

La responsabilité pénale s'est façonnée sous l'influence commune du jus-naturalisme et du positivisme. D'un côté, elle est théoriquement personnelle et subjective : elle ne se transmet pas, ni n'est collective, et suppose l'imputabilité morale pour l'engager³⁰⁰. Seulement, d'un autre côté, parfois elle sera évaluée en fonction du degré de dangerosité d'un individu, comme en présence de mesures de sûreté³⁰¹. Avant d'aborder le mélange des genres, il sera opportun de présenter brièvement les personnes pouvant être responsables pénalement.

55° Une responsabilité théoriquement personnelle et subjective : En application de l'article 121-1 du Code pénal, « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait » ; si l'article suivant prévoit la responsabilité

297 - Expérience pilote à Dijon et Toulouse, créés par la loi *sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice* du 10 août 2011.

298 - Il existe plusieurs théories de la responsabilité pénale ; ici la responsabilité est considérée si les trois éléments sont réunis.

299 - Réf. au Cours de *Droit pénal des affaires*, dispensé par le Professeur **M. Bertrand De LAMY**, dans le cadre du Master 1 de Droit privé, droit pénal et carrières judiciaires à l'Université de Toulouse UT1 Capitole, 2011-2012.

300 - Pour **LABORDE-LACOSTE**, (XIX^e), l'imputabilité, « c'est l'exercice de la faculté de vouloir mettant en jeu l'intelligence et la liberté. L'intelligence pour comprendre l'ordre ou la prohibition de la loi, la liberté pour lui obéir » ; Ref. Cours de *Droit pénal général*, **M. Marc SEGONDS**, *op. cit.*, note 208.

301 - Cf. Décision du Conseil Constitutionnel du 21 février 2008 à propos de ce que devait devenir la loi du 25 février 2008 ; décision étonnante qui représente l'affrontement entre les deux doctrines, leur méconnaissance étant punissable sous réserve du respect des dispositions de l'art. 122-1 al. 1 du Code pénal.

des personnes morales pour les infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants, le principe reste celui de la responsabilité personnelle car en matière de crimes il n'y a point de garant³⁰². Aussi, il sera nécessaire de prouver le fait personnel de la personne accusée afin qu'il soit possible de lui en faire assumer les conséquences devant la loi. Par ailleurs, la commission d'un acte répréhensible est en théorie insuffisante puisque cette responsabilité est subjective, même si dans de multiples cas la culpabilité ou l'élément intentionnel sont présumés. L'article 121-3 du même code, pour lequel « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre », décline pourtant plusieurs degrés dans l'intentionnalité, prévoyant la mise en danger délibérée de la personne d'autrui, la faute d'imprudance, de négligence ou le manquement à une obligation de prudence ou de sécurité, ainsi que des degrés dans l'analyse de la causalité en cas de faute qualifiée, c'est-à-dire caractérisée ou délibérée. Il faudra en tout état de cause en ramener la preuve, sans quoi aucune personne ne pourrait être tenue pour responsable pénalement, ce qui pose problème pour les médiations pénales intervenant avant tout jugement de culpabilité, comme il le sera étudié ultérieurement.

56° Les personnes responsables ou irresponsables pénalement : Au sein d'un premier groupe, il faut compter l'auteur de l'infraction, l'ayant commise ou ayant tenté de la commettre pour les crimes et pour certains délits prévus par la loi³⁰³, puis le complice de l'infraction qui sera puni comme s'il en avait été l'auteur³⁰⁴. Une fois encore, ces éléments devront être établis par une juridiction de jugement et non par le Ministère public qui n'est pas considéré comme une autorité judiciaire par la Cour européenne et par la Cour de cassation³⁰⁵. Au sein d'un second groupe, certaines personnes seront considérées irresponsables pénalement ou certaines causes atténueront leur responsabilité, en application des articles 122-1 et suivants du Code pénal. Il s'agira par exemple des personnes atteintes au moment de faits d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli leur discernement ou le contrôle de leurs actes, en application de la conception subjective de la responsabilité pénale. Encore, elles auront pu agir sous l'empire d'une force ou d'une contrainte sans pouvoir y résister, par erreur sur le droit, par légitime défense ou si l'acte accompli aura été prescrit ou autorisé par la loi ou le règlement, ou commandé par une autorité légitime s'il n'est pas manifestement illégal. Quant aux mineurs, ils bénéficient du régime dérogatoire de l'Ordonnance de 1945, établi selon leur tranche d'âge, et se voient rarement infliger des sanctions pénales. Au delà de ces règles, la responsabilité pénale est en perte d'identité, devenant dans certains cas objective ou collective, et parfois non plus punitive mais réparatrice.

B). La perte d'identité de la responsabilité pénale : le mélange des genres.

Exceptionnellement, mais de plus en plus fréquemment, la responsabilité pénale fait défaut à ses principes dans un souci d'efficacité, afin d'assurer la désignation d'un coupable, sa condamnation ou l'acquittement de l'amende. En outre, classiquement punitive, pour des motifs utilitaires ou rétributifs, elle tend parfois à réparer le préjudice ou le dommage causé au travers de ses règles de fonctionnement et de sa sanction ; est à noter la réapparition de responsabilités pénales du fait d'autrui, de responsabilités objectives et un mélange des genres entre responsabilités civile ou pénale³⁰⁶.

57° La réapparition d'une responsabilité pénale du fait d'autrui : Ce spectre est très fréquemment agité par la doctrine, à propos de celle du chef d'entreprise et de celle des parents du fait de leurs enfants mineurs. La première trouve ses origines dans un vieil arrêt du 28 Janvier 1859 qui exposait que « si en général chacun n'est passible de peines qu'à raison de son fait personnel, cette règle souffre exception en certaines matières »,

302 - A. LOYSEL, *op. cit.*, note 225.

303 - C. pén., art. 121-4 et 121-5.

304 - C. pén., art. 12-6 et 121-7.

305 - Cass. crim., 15 déc. 2010, n° 7177 (10-83.674) ; Cour EDH, 23 nov. 2010, « Moulin c/ France ».

306 - Ref. Cours de *Droit pénal général*, M. Marc SEGONDS, *op. cit.*, note 208.

notamment en fait de professions industrielles réglementées, les conditions ou le mode d'exploitation imposé à l'industrie, obligent essentiellement le chef ou le maître d'établissement qui est personnellement tenu de les faire exécuter, car même par la faute de ses ouvriers ou préposés, ce n'est pas moins lui qui est avant tout réputé contrevenant. La seconde est celle des parents non-comparants faisant suite au rapport « Lazerges » de la fin des années 1990³⁰⁷ qui préconisait une amende civile dont ils seraient redevables en ne déférant pas à une convocation des juridictions pénales pour mineurs, finalement créée en 2002 par la loi « Perben I »³⁰⁸.

58° La réapparition d'une responsabilité pénale objective : Ce « mauvais rêve » pour les partisans du jus-naturalisme s'est réalisé par la responsabilisation dans certaines hypothèses du malade mental et par la responsabilisation des personnes morales. D'une part, la remise en cause relative de la responsabilité pénale du *furiosim* vient démentir l'article 122-1 du Code pénal, soit en reconnaissant sa responsabilité mais sans le punir³⁰⁹, soit en considérant que son absence d'imputabilité compte moins que sa dangerosité³¹⁰ ; en droit positif, c'est principalement le régime attaché à la folie mentale qui fait réapparaître ce type de responsabilité³¹¹, par la modification des règles de reconnaissance judiciaire de cet état, puis par la volonté de mieux coordonner la réponse pénale avec la réponse sanitaire apportée, menant à reproduire des « contrats d'adhésion » *via* la peine du suivi socio-judiciaire ou en d'autres termes à utiliser le droit pénal pour imposer des soins³¹². D'autre part, la grande nouveauté du Nouveau Code pénal fut de remettre au goût du jour la responsabilité pénale des personnes morales qui avait disparu lors de la Révolution française ; sans imputation psychologique possible de l'infraction à l'entité, sauf théories anthropomorphiques, a été créée une responsabilité par représentation³¹³.

59° La réapparition d'une responsabilité pénale mixte : Enfin, participant au déclin de la distinction entre responsabilité pénale ou civile, punitive ou indemnitaire, deux responsabilisations ont vu le jour. La première est celle du délinquant routier qui sera responsable pécuniairement de certaines infractions dans la mesure où il est titulaire du certificat d'immatriculation³¹⁴, donc très proche de la responsabilité du fait des choses, et qui sera redevable pécuniairement dans les cas prévus par l'article L. 121-3 du Code de la route, afin principalement de rendre effectifs les contrôles de vitesse. La seconde responsabilisation est celle qui organise un transfert exceptionnel de la charge de la peine d'amende, du préposé à son employeur, en tenant compte de certaines circonstances de fait et des conditions de travail³¹⁵ ; il pourrait s'agir d'une institution originale *sui generis* ou bien d'une « responsabilité civile du fait pénal d'autrui ». Quoiqu'il en soit, ces évolutions qui altèrent la logique du droit pénal expliquent en partie les réticences qu'ont certains auteurs à admettre en cette matière les nouveautés qui n'en seraient pas plus respectueuses.

307 - Rapport de C. Lazerges, n° 1468 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, 16 mars 1999.

308 - La loi « Perben I » du 9 sept. 2002 a modifié l'article 10-1 de l'Ordonnance de 1945 et prévu une amende de 3.750 euros d'amende pouvant être reportée si les parents défèrent à la convocation de la justice ultérieurement.

309 - Par ex. Art. 31 de l'Avant-Projet du Code pénal de 1983 : « n'est pas punissable celui qui est atteint au moment des faits d'un trouble psychique ou neuro-psychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes ».

310 - Cf. **ENRICO FERRI** de l'Ecole positiviste italienne a participé à la rédaction du Code fasciste italien.

311 - La loi du 8 Février 1995 a inscrit à l'article 199-1 du Code de procédure pénale deux nouvelles règles : le droit pour la partie civile d'obtenir la comparution personnelle du mis en examen, et le droit à des débats en séance publique. Aussi il y a la loi « Perben II » du 9 Mars 2004 qui a ajouté un alinéa 2 à l'article 177 du même code obligeant le juge d'instruction qui rend une ordonnance de non-lieu fondée sur l'article 122-1 de préciser s'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés. Enfin, une loi de 2008 a modifié le constat de la folie criminelle : désormais, lorsque le juge d'instruction envisage de faire application cet article à l'issue de l'information il doit en informer le parquet et les parties, pouvant mener à une audience publique.

312 - Peine créée par la loi du 17 Juin 1998 qui inaugure une nouvelle dogmatique entre la sanction pénale et le traitement médical ; puis modifié par la loi du 10 Aout 2007 et désormais l'article 131-36-4 du Code pénal dispose que « sauf décision contraire de la juridiction, la personne condamnée à un suivi socio-judiciaire est soumise à une injonction de soins » ; régime contenu dans le Code de la Santé publique aux articles L. 3711-1 et suivants.

313 - **D. NABET-MARTIN**, *op. cit.*, note 221.

314 - C. route, art. L. 121-2.

315 - C. trav., art. L. 4131-2.

II. Le fonctionnement de la procédure pénale.

La procédure pénale en réglant la phase de l'enquête, de l'instruction et du jugement, assure l'application de la loi pénale et la mise en œuvre des poursuites pour aboutir ou non à la déclaration de culpabilité. Pour ce faire, elle tente d'assurer le difficile équilibre entre l'efficacité et la protection des libertés individuelles³¹⁶, malgré le phénomène de dédoublement résultant de la multiplication de procédures spéciales moins protectrices (A.) ; tributaire de récentes évolutions nationales ou européennes, son identité est elle aussi menacée (B.).

A). La recherche d'un équilibre entre efficacité et protection des droits fondamentaux :

Cette recherche constitue l'essence de la procédure pénale ; schématiquement, lorsque de nouveaux droits sont garantis, de nouveaux moyens plus efficaces sont offerts aux services de police, et ainsi de suite³¹⁷. Aussi, est à noter que sous couvert du concept de droit des parties, la victime s'est peu à peu immiscée dans ce procès.

60° La volonté d'assurer l'efficacité de la procédure pénale et l'immiscion de la victime dans le procès :

Si classiquement cette procédure est tournée vers l'infraction et l'auteur présumé, son efficacité tend à être depuis quelques années évaluée aussi en tenant compte de la satisfaction de la victime. Cela même si le cheminement du processus pénal a pour objectif l'établissement de la culpabilité du prévenu ou de l'accusé, son fonctionnement et ses principes étant tournés vers lui et l'action publique conduite au nom de la société en vue de réprimer les infractions faites à la loi pénale, pour protéger la société, donc se distinguant de l'action civile qui intervient en réparation du dommage causé à la victime directe de ladite infraction³¹⁸. Seulement, de plus en plus d'associations ont défendu les victimes pour qu'une plus grande place leur soit faite, par des lobbies parfois inquiétants, au motif qu'elles sont directement concernées par l'infraction et que cette place peut permettre de mieux réaliser l'objectif d'efficacité. S'il est souvent expliqué que la victime est seulement invitée au procès pénal, n'en étant pas partie principale, depuis quelques années s'est amplifié ce débat, renouant avec les conceptions traditionnelles du droit de vengeance. Bien qu'elles ne soient encore sur un pied d'égalité avec la défense³¹⁹, a été créé par la loi du 5 mars 2007 le juge des victimes, dont le rôle ne concerne pas les peines, qui pour l'essentiel veille à l'équilibre des droits des parties au cours de la procédure, et se charge de les informer. Cet équilibre apparaît toutefois secondaire au vu de la situation de l'accusé qui risque une condamnation et dans la mesure où la victime dispose de l'action civile ou que d'autres sphères de justice peuvent lui être proposées.

61° La garantie des droits de la défense et le phénomène de dédoublement de la procédure pénale :

De multiples droits fondamentaux sont assurés tout au long du processus pénal, qu'il s'agisse de la présomption d'innocence³²⁰, assurant notamment que le doute profite à l'accusé, ou des droits de la défense ; est aussi assurée la légalité ou la personnalisation des peines, la présence de l'avocat lors de multiples mesures, le droit connaître et de contester l'accusation portée ou le jugement rendu. Toutefois, la garantie de ces droits est moins opérative au vu du phénomène dédoublement de la procédure pénale qui va en s'amplifiant depuis une trentaine d'années : existent à côté de la procédure de droit commun une diversité de procédures particulières, en matière de terrorisme, de stupéfiants, de crime organisé, d'infractions économiques ou écologiques. Ces procédures pouvant être toutefois comprises en termes d'efficacité des politiques criminelles comme en matière de « repentir actif » avec l'article 416 bis du Code pénal italien ou la loi française « antimafia » de 1982. Ce dédoublement, admis par le Conseil constitutionnel si justifié et dans la mesure du respect du principe

316 - Réf. au Cours de *Procédure pénale*, M. Bertrand De LAMY, *op. cit.*, note 210.

317 - Par ex. : l'entrée de l'avocat dans le cabinet du juge d'instruction a conduit à la création de la Garde à vue. Son encadrement plus rigoureux des dernières années a lui conduit au développement des auditions libres.

318 - C. proc. pén., art. 1 et 2.

319 - Par ex. l'article 712-4 du Code pénal sur l'application des peines ne mentionne pas la victime mais seulement le condamné ou le procureur de la République.

320 - C. civ., art. 9-1 : « Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence ».

d'égalité³²¹, a cependant en pratique pour synonyme la diminution des libertés individuelles, l'augmentation des prérogatives du procureur et la modification de la physionomie de la procédure pénale.

B). Les mutations récentes de la procédure pénale française :

En plus de la place de la victime grandissante et de ce phénomène de dédoublement, d'autres évolutions récentes ont pour conséquence d'opérer une mutation au sein de la procédure pénale française³²². Se modifiant dans sa substance, elle a subi une double influence, interne et internationale ; pour la première, il en a résulté l'augmentation du rôle et des prérogatives du procureur de la République, pour la seconde, il s'agit essentiellement de celle de la Cour européenne qui tend à la faire basculer vers le modèle accusatoire.

62° L'augmentation du rôle et des prérogatives du Ministère public : Le rôle du procureur de la République qui de par sa fonction est déjà originellement vaste, présent du déclenchement de l'action publique à l'exécution des peines, a été amplifié pour des affaires d'une faible gravité au détriment principalement du juge du siège qui se retrouve parfois confiné à un rôle de contrôle ou d'homologation ce qui lui vaut quelquefois le surnom de « juge-tampon » ; cette évolution a été observée lors de la création des « troisièmes voies », qui représentent aujourd'hui plus d'un tiers des réponses pénales³²³, ainsi que des comparutions sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)³²⁴. Le magistrat du parquet, véritable « Janus de la justice », à la croisée des trois pouvoirs et qui sert deux maîtres à la fois, la loi pénale et le gouvernement³²⁵, devra contrôler le bon déroulé des mesures alternatives aux poursuites, tout en conservant la possibilité de les déclencher s'il le juge opportun. Michel Foucault répercutait d'ailleurs sur ce personnage central l'idée du panoptique, comme il le sera présenté.

63° L'influence du procès équitable sur le modèle français de la procédure pénale : Classiquement présentée comme mixte, teintée d'inquisitoire et d'accusatoire, elle rend actif les juges dans la phase de l'enquête et de l'instruction, dans la recherche des preuves et dans le déclenchement de l'action, tout en permettant aux victimes d'en forcer le déclenchement, pour les reléguer à un rôle plus passif dans la phase du jugement où les parties de la défense et de l'accusation jouent un rôle déterminant. Néanmoins, cette logique tend progressivement à s'estomper sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme qui propose le modèle de la « procédure équitable » ; ce système, qui se trouve être proche du modèle accusatoire anglo-saxon, a pour incidence d'accroître le rôle des parties, dont de la victime qui peut justifier au soutien de la Convention européenne ses besoins d'équité. Ces quelques éléments ont fomenté de nombreuses critiques de la part de la doctrine pénaliste, mais aussi de politiques, ou de la société civile. À cela, s'ajoute « la crise d'autorité morale des institutions (qui) a entraîné l'explosion du contentieux »³²⁶, le contexte de restrictions budgétaires et l'encombrement des juridictions, dessinant les limites relevées à l'encontre de cette matière.

Section 2 : Les critiques portées à ce fonctionnement.

En droit pénal, l'état de crise ne cesse d'être souligné, en raison des constantes augmentations du taux de la délinquance, du peu de réponses effectivement apportées ou des taux de récidives. D'ailleurs, sur la scène

321 - Par ex. Cons. Const., DC n° 86-213 DC, 3 sept. 1986 : il est « loisible au législateur compétent pour fixer les règles de la procédure pénale, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de prévoir des règles différentes, selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, pourvu que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées, et que soit assuré aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense ».

322 - C. LAZERGES, *La dérive de la procédure pénale*, RSC C., 2003 p. 644 : diminution des garanties nécessaires à la présomption d'innocence, procédure pénale parallèle et transfert de compétences du siège au parquet.

323 - Ref. Cours de *Procédure pénale*, M. Bertrand De LAMY, *op. cit.*, note 210.

324 - C. proc. pén., art. 41-1 ; Pour la CRPC, C. proc. pén., articles 495-7 à 495-16 et 520-1.

325 - Réf. au Cours de *Politique criminelle*, dispensé par le Professeur M. Bertrand De LAMY, dans le cadre du Master 2 de Droit pénal et sciences criminelles à l'Université de Toulouse UT1 Capitole, 2012-2013 ; M.-L. RASSAT écrivait sur lui qu'il « est mal-aisé de servir deux maîtres à la fois, la loi pénale et le gouvernement, puisqu'il n'est pas exclu qu'apparaissent des intérêts antagonistes ».

326 - B. BLOHORN-BRENNEUR, *op. cit.*, note 19.

publique ou en termes de politiques criminelles, la mise en commun des forces et des idées paraît irréalizable tant cette matière est devenue un lieu d'affrontements idéologiques, entre « laxistes » et « draconiens », entre réformistes et conservateurs, ou entre les gouvernances politiques. Si aucune solution « miraculeuse » n'a encore été découverte, c'est sans doute parce qu'il y a bien plus de crimes sans raison que de crimes avec³²⁷. Devenant un droit « artificiel » ou un moyen de fonctionnement de réglementations civiles, commerciales ou économiques, il tend en outre à se vider de sa substance « naturelle », de défense des valeurs ou de défense de la société, voyant « comme son ombre » sa sanction de banaliser. De façon synthétique, les limites et critiques portées concernent d'une part le droit pénal et sa procédure (I.), puis d'autre part les politiques criminelles mises en oeuvre (II.). S'ajoutent aux éléments qui viennent d'être évoqués, au travers de l'étude du fonctionnement de cette matière, d'autres qui permettront de critiquer spécifiquement certaines politiques criminelles, telles que celles fondées sur l'exclusion, et d'en présenter certaines jugées positives.

I. Les limites et critiques portées à l'encontre du droit pénal et de la procédure pénale.

Plus souvent négatives que positives, les critiques portées à l'encontre de la matière criminelle sont d'ordre théoriques, juridiques, politiques ou philosophiques, ainsi que pragmatiques, révélant non seulement un manque de cohérence à certains niveaux mais aussi l'échec des fonctions discutées ; certaines concernent spécifiquement le droit pénal (A.), tandis que d'autres sont relatives à sa procédure (B.).

A). Les limites et critiques portées à l'encontre du droit pénal :

À l'encontre du droit pénal, a déjà été soulignée la réapparition de responsabilités pénales du fait d'autrui, sans faute ou visant à opérer un mélange des genres en confondant les finalités rétributives et indemnitaires. Critiquées, ces évolutions ont eu pour conséquence de désorganiser les matières d'un point de vue théorique mais aussi la perception qu'en ont les justiciables. Par ailleurs, cette illisibilité est notable au moment de l'application des peines et par le manque d'effectivité des condamnations.

64° Critique des conséquences de la confusion des responsabilités civiles et pénales : Quelle peut bien être l'utilité de la responsabilité pénale lorsqu'elle reproduit le système de la responsabilité civile ? Pourquoi utiliser son arme si l'objet essentiel est l'indemnisation des victimes ou la réparation du dommage causé ? En raison de son efficacité sans doute, notamment en termes de personnes morales ou de responsabilisation du chef d'entreprise. Et ce, même s'il est tout à fait possible de détourner lesdites responsabilités, en se servant même du fond d'incohérence qui les relie péniblement au droit pénal, comme lorsqu'est invoqué l'argument de personnalité de la responsabilité pénale pour empêcher qu'une société absorbée lors d'une fusion n'assume les conséquences de l'infraction sciemment perpétrée, et ce même s'il peut être démontré que la cause de la fusion est uniquement d'échapper à la loi pénale³²⁸ ; pour la responsabilité du chef d'entreprise, des délégations de pouvoir peuvent être mis en oeuvre, ce qui n'est en soi pas une mauvaise chose en vue d'assurer le bon fonctionnement de la société. Enfin, ces pratiques qui ont pour conséquence de banaliser le droit pénal atteignent l'image que s'en fait la société et atteignent sûrement le respect des règles en société ; il est d'ailleurs fréquent d'entendre l'offuscation de représentants d'associations diverses, soulignant les inégalités de traitement ou le caractère dérisoire de condamnations.

327 - Ref. Cours de *Politiques criminelles*, M. Denis SALAS, *op. cit.*, note 14 ; ref. M. FOUCAULT qui est allé chercher des exemples dans des archives et en étudiant en 1826 le cas d'Henriette CORNIER qui à la demande de sa voisine avait gardé son enfant, et sans raison lui a coupé la tête puis l'a jeté par la fenêtre.

328 - Cass. com. 15 juin 1999, 15-6-1999, n°1237 ; Cass. crim. 20 juin 2000, n°99-86.742 ; ou Cass. crim. 14 oct. 2003.

65° Critique de la diversification et de l'illisibilité des peines : De façon volontairement exagérée, est-il possible de voir dans cet éclatement un retour à l'arbitraire des peines prononcées, sans dire l'arbitraire des condamnations ? Selon le juge et en raison du principe d'individualisation, ou de la faculté de modulation les peines pourront en effet varier, sans compter les condamnations « pour l'exemple », notamment dans des affaires médiatisées. Ensuite, la diversification des sanctions pénales conduit inévitablement à leur illisibilité et parfois même à rejoindre la confusion entamée par les responsabilités civiles et pénales ; c'est le cas notamment des sanctions réparations qui sans toucher au mécanisme de sa responsabilité redéfinissent la peine ou des « peines privées » qui ne se réfèrent plus au trouble causé au groupe social, sinon au préjudice subi par la victime. Toute évolution devant ainsi viser la compatibilité et s'efforcer de ne pas assombrir la cohérence du droit pénal. Dès lors, pour accepter de nouvelles réponses apportées à la délinquance, il semble primordial d'en assurer l'efficacité et de garantir qu'elles ne viendront pas encore plus troubler le tableau ainsi présenté. Pour finir, cette illisibilité est problématique au regard de l'affirmation de la fonction symbolique de la peine, si l'on admet le peu d'utilité qu'elle représente ou son échec dans la voie de la réinsertion ; en allant plus loin, son manque de clarté ne permettrait même plus d'assurer son rôle de prévention positive, comme précédemment expliqué, en ne parvenant plus à exercer les citoyens à la validité de la sanction³²⁹.

B). Les limites et critiques portées à l'encontre de la procédure pénale :

À l'encontre de la procédure pénale, que la rigueur ou l'efficacité soit préférée à la garantie des libertés, ou inversement au risque d'annuler les procédures réalisées, les critiques sont nombreuses. Plus précisément, certaines concernent le non-respect par certaines procédures des principes fondamentaux et d'autres sont relatives au modèle mixte de la procédure pénale française. De plus, l'intégration progressive de la victime au procès pénal, qui a été présentée, mérite dès à présent d'être critiquée.

66° Limites et critiques particulières de certaines procédures et générales relatives au modèle procédural français :

D'un point de vue particulier, dans les comparutions sur reconnaissance préalable de culpabilité et dans les troisièmes voies, d'un côté, le principe du contradictoire est sacrifié au profit de l'aveu qui redevient pratiquement la « reine des preuves » ; sans décision judiciaire sur la culpabilité et sans débat oral public, le mis en cause risque de ne pas pouvoir profiter des garanties que la loi lui accorde ; d'un autre côté, il peut sortir gagnant de ces procédures, voyant sa peine diminuée ou les poursuites évitées, même si toute forme de négociation avec le droit pénal reste puissamment inégalitaire³³⁰, comme aux Etats-Unis où elles sont dans les faits réservées aux personnes peu aisées. D'un point de vue général, il existe des défenseurs tant du modèle inquisitoire qui invoquent le souci de l'égalité des justiciables ou l'importance de ne pas monnayer la justice, que du modèle accusatoire, nettement moins couteux pour les institutions publiques et permettant aux parties de trouver entre elles une solution qui pourra les satisfaire. Pour critiquer ce premier modèle qui fait du procureur le personnage central de la procédure, Michel Foucault l'assimilait au panoptique : portant l'enquête, organe d'observation qui récolte les informations, il serait en ce sens « œil » de surveillance de la population, en somme l'institution de surveillance de la société³³¹, sans que son indépendance ne soit statutairement assurée.

67° Limites et critiques relatives à la place grandissante de la victime dans le procès pénal : Enfin, la place grandissante de la victime, dont les justifications ont été détaillées, pose de nombreuses questions en cette matière qui s'est construite en la tenant à l'écart, pour des raisons politiques ou simplement pour éviter des effusions de violences directement pratiquées par les personnes concernées au sein d'une collectivité. Bien

329 - G. JAKOBS, *op. cit.*, note 293 : relativement à la validité de la norme.

330 - Réf. au Cours de *Politiques Criminelles*, M. Denis SALAS, *op. cit.*, note 14.

331 - *Ibid.*

qu'elle ne doive en être totalement exclue, ce qui serait évidemment absurde puisque c'est elle qui a subi le préjudice, ce mouvement relève du contre-sens historique, conduisant à la résurgence d'une forme de vengeance publique, et non plus de justice publique, peut être néfaste au droit pénal lui-même ; en effet, les magistrats peuvent dans leurs jugements se vouloir plus sévères afin d'éviter l'indignation des victimes, même si la rigueur n'a pas fait ses preuves et en sachant que la victime sera indemnisée au civile. Par ailleurs, il existe d'autres moyens que la condamnation pour les satisfaire, dont l'importance n'est ici pas remise en cause tant la reconnaissance de leur souffrance par la société au travers du jugement peut leur être positive : par exemple en leur permettant d'exprimer leur vécu directement à l'auteur de l'infraction. Enfin, le fait de vouloir les faire participer de plus en plus au procès qui décidera de la décision de condamnation est contradictoire avec la pratique de l'application des peines qui en judiciarisant ces dernières conduira souvent à plus de clémence, les victime pouvant logiquement ne plus rien y comprendre et s'attacher à critiquer à leur tour l'institution judiciaire, qui agit en fait ainsi par manque de moyens ou de places dans les prisons.

II. Les limites et critiques portées à l'encontre des politiques criminelles.

Plusieurs raisons peuvent être évoquées pour exonérer la justice pénale des critiques qui lui sont faite à l'encontre de ses politiques criminelles, telles que le manque de moyens, de personnel ou d'infrastructures empêchent d'assurer systématiquement l'effectivité des peines prononcées, mais elles ne suffiraient à elles-seules. Avant d'évoquer certaines politiques criminelles de qualité, il sera opportun de détailler les échecs de certaines au regard du droit pénal et de sa procédure **(A.)**, puis au regard des pénalement responsables **(B.)**. Cela en gardant à l'esprit que la réponse pénale n'est selon les cas pas toujours la meilleure, l'infraction pénale ouvrant cinq voies : la réponse pénale classique, la réponse médicale, administrative, la réponse civile où l'on se satisfait de l'indemnisation et enfin la médiation³³².

A). L'échec relatif des politiques criminelles au regard du droit pénal et de sa procédure :

Malgré le fait que certaines politiques criminelles peuvent bien fonctionner en termes de résultat et arrivent à canaliser ou condamner une partie importante des actes infractionnels, leur qualité doit être appréciée à plusieurs niveaux, ce qui impose de décider si elles doivent ou non être cohérente avec la tradition pénale française, et le cas échéant de quelle manière et dans quelle mesure.

68° La perte de repères du droit pénal et l'échec relatif de ses fonctions et objectifs : Leur échec est ici présenté comme relatif car malgré les points négatifs qui vont être développées, ces politiques criminelles fonctionnent dans une multitude de cas ; en matière de crimes par exemple, entre 2008 et 2011 la proportion de récidive s'est tenue entre 4,5 et 6,2 %, et entre 9,2 et 12 % pour les délits sans évoquer les cas de réitération ; aussi, le nombre de condamnations correctionnelles a diminué dans cette même période, passant d'environ 550.000 à 470.000. Moins « positivement », selon les délits, plus de la moitié des condamnés récidivent en matière de vols ou d'infractions routières, et environ six mineurs sur dix récidivent généralement³³³. Au delà de ces comptes, la statistique étant « la forme la plus élaborée du mensonge » comme le disait Churchill, ce critère est à lui seul insuffisant pour apprécier la qualité des politiques criminelles qui désormais prennent aussi en compte la réinsertion du condamné dans la société, plus timidement la satisfaction des victimes, et sans douter l'effectivité de la peine. Par contre, faut-il mesurer la qualité d'une politique criminelle par son respect de la cohérence des logiques internes du droit pénal, ou en considérant la qualité de la réponse apportée à la

332 - Étude de terrain, C. LAZERGES, *op. cit.*, note 20.

333 - Cf. Annuaire statistique du Ministère de la Justice, éd. 2009-2010 et 2011-2012 ; P. v. TOURNIER, *La récidive : pour une politique des « chiffres justes? »*, In « Arpenter le champ pénal », 6 sept. 2013 [<http://pierre-victortournier.blogspot.fr/2013/09/la-recidive-pour-une-politique-des.html>].

criminalité ? La solution devant sûrement se situer entre ces deux options, en trouvant un juste-milieu, puisqu'il semble dangereux de donner naissance à un droit pénal expérimental qui confondrait les matières et nuirait à la procédure qui en France tout particulièrement garantit les libertés. À l'inverse, comment accepter de totalement abandonner la dimension rétributive de la peine sans risquer l'anarchie, et pourquoi ? Quelque soit le modèle de procédure retenu, de justification du droit de punir ou de sa mise en œuvre, voici une question paradoxalement fondamentale et illusoire, qui doit toutefois rester ouverte pour ne pas perdre de vue la gravité des enjeux de cette matière. Sans refonder le poids de la peine, si des moyens autres que la rétributions sont mis en œuvre, ils devront l'être dans son respect, de façon compatible, sans doute en restant centré sur les individus concernés.

69° La volonté de donner de nouveaux repères en recentrant la justice justiciable : Cette assertion reflète deux tendances, la première visant à recentrer la justice vers le service rendu au justiciable d'un point de vue logistique, en améliorant son fonctionnement : « l'objectif de qualité de la justice est positionné sur un piédestal, dans le but d'améliorer son efficacité, sa célérité, d'en diminuer les coûts, d'en faciliter son accès »³³⁴. Quant à la seconde, elle vise à recentrer la justice vers le justiciable considéré dans son individualité ou dans son humanité ; ainsi, il s'agit de prendre le temps d'établir un examen de personnalité, d'individualiser sa peine ou de mettre en œuvre les moyens qui lui permettront de se réinsérer, voire du côté de la victime de prendre en charge sa situation efficacement pour elle aussi la réinsérer si besoin. Sollicités par la Chancellerie, des groupes de travail ont émergé et un débat national a été proposé : il en est ressorti la volonté de faire du citoyen « l'acteur de son propre litige » et de faire en sorte que la justice soit à son service, « et non plus nécessairement visant à garantir le maintien de l'ordre public » comme il en est traditionnellement de rigueur³³⁵.

B). L'échec relatif des politiques criminelles au regard des pénalement responsables :

En se recentrant sur les personnes condamnées pour apprécier la réussite des politiques criminelles, deux éléments doivent être rappelés : d'une part il a toujours été difficile de se détacher d'une logique de rigueur dans la sanction³³⁶ ; d'autre part, la société connaît depuis les années 2000 un mouvement sécuritaire qui influe sur la réponse apportée, l'actuelle tyrannie de l'actualité menant à une politique pénale de l'exclusion, sécuritaire et gestionnaire³³⁷. Leur échec relatif amène à se questionner sur le système carcéral et la politique d'exclusion, puis à plaider pour leur humanisation, avant de présenter certaines politiques criminelles positives.

70° Questionnement sur les politiques criminelles de l'exclusion : Dans quelle limite est-il possible de justifier l'exclusion d'un être humain de ses semblables ? Si la société civile mécontente réclame des condamnations, il n'est pas aisé de justifier pour une multitude d'affaires la mise sous écrous. De façon manichéenne, le système carcéral a une capacité de cliver le monde en bien ou en mal, et ses murs rassurent l'appartenance des « justes » au bien social et rend possible le contrôle permanent de la « mauvaise » population³³⁸. Envoyer de tels messages aux individus qui intègrent ce type d'imaginaire ne peut que mener à les rendre « irrécupérables » ou inutiles à l'ordre social, et à diminuer les chances de réinsertion. En prenant un point de vue différent, il paraît difficile de concevoir la peine sans la prison, rassurant ceux se trouvant du bon côté et pour garantir la sécurité publique. Seulement, ce type de politique fondée sur le « tout-carcéral » fait perdurer en prison la tragédie humaine du condamné : il pourra y terminer sa vie pour des actes commis souvent depuis trop longtemps ; certainement il perdra ses repères professionnels et sociaux et sera exclu de sa famille, corrélativement à son exclusion de la société. Dans le but de ne pas subir cette grande institution

334 - Ministère de la Justice, *Les scénarios de réforme*, « La Justice du XXI^e siècle, Le citoyen au cœur de la Justice », p. 3 s. [http://www.justice.gouv.fr/publication/j21scenarios_reforme.pdf].

335 - *Ibid.*

336 - F. KAFKA, *op. cit.*, note 281.

337 - X. PIN, *op. cit.*, note 13.

338 - Réf. au Cours de *Politiques Criminelles*, M. Denis SALAS, *op. cit.*, note 14.

judiciaire, Michel Foucault a étudié profondément le système carcéral, créant notamment avec Daniel Defert le groupe Information prison en 1971, après les mutineries de 1968 pour redonner la parole aux détenus³³⁹ ; il relevait que le disciplinaire des institutions révolutionnaires, comme dans l'école ou dans l'armée, conduisent à la pratique de l'observation permanente, situation n'offrant pas d'espoir de réhabilitation et justifiant le constat de l'échec de la prison³⁴⁰. Et, si la justice oublie cette dimension en ne traitant pas la souffrance humaine du condamné et de la victime même, comment alors est-il possible de continuer à la nommer ainsi ?

71° La nécessaire humanisation des politiques criminelles et quelques exemples de certaines positives :

Ne pas considérer l'humanité du crime ou sa normalité revient à en nier l'essence, et à refuser de reconnaître en soi les faiblesses qui pourraient nous y conduire. Ce type d'appréciation mène à ne pas observer justement la réalité criminelle et à s'éloigner immanquablement de moyens qui pourraient se révéler efficaces. Cependant, comme il n'est pas aisé de concevoir de se contenter d'un procès aux meurtriers qui amènent la terreur et appellent le « lynchage rituel », au risque d'entendre la justification de l'inexplicable, ne peuvent véritablement être efficaces les politiques criminelles qui oublient la dimension intime de l'homme car elles ne peuvent répondre aux attentes que révèlent l'acte infractionnel. L'idée d'humanisme ou de modération dans la justice pénale peut être constatée à de multiples périodes de l'histoire, tout comme celle de faire une place à l'expression de la souffrance ou au désordre pour permettre de pacifier tout en satisfaisant les individus. Par exemple, ce fut le cas des Commissions Vérité et réconciliation (CVR) créées en Afrique du Sud à l'initiative de Desmond Tutu et de Nelson Mandela, pour donner la parole aux victimes, face à leurs auteurs et devant la communauté toute entière³⁴¹. Il s'agissait d'autoriser la parole, les pleurs ou les excuses, et si les auteurs reconnaissaient les faits, ils bénéficiaient d'une amnistie totale ou partielle. Ces commissions prenant en charge tant le passé que l'avenir, ne privilégiaient pas la reconstruction d'une vérité, sinon l'apaisement et l'oubli dans le souci de permettre à chacun de se restaurer, en tant que « processus de réconciliation permettant penser la reconstruction démocratique ». Aussi, une de ses forces a été de rendre aux victimes le pouvoir, par leur propre narration des faits au lieu d'en donner la charge à des représentants de l'Etat, et avec l'objectif de réconciliation dont l'utilité a été soulignée par Desmond Tutu au nom de *l'Ubuntu*³⁴². Cette forme particulière de justice, proche de certaines justice coutumières ancestrales et opposée à la justice pénale classique, a été un réel succès au sortir de l'apartheid en évitant d'user du mécanisme de la « contre-violence »³⁴³. Inspirée des ralentissements, grèves ou marches pacifiques de Gandhi, qui ont eu aussi fonctionné, pourquoi devrait-elle échouer si transposée au droit criminel, et pour des affaires de plus étroite dimension ?

Malgré l'existence de résistances des procédures relativement proches ont été développées, celles de médiations pénales, en contrevenant toutefois à certains principes et enjeux de la matière criminelle. Si la modernisation de ce droit est inévitable, elle doit se faire de façon cohérente, en appréciant mieux les réalités humaines et sans entraver les mesures nécessaires au rétablissement de la paix sociale. Dès lors, sans exclure catégoriquement l'aspect rétributif, il paraît possible de penser de façon complémentaire ces paradigmes.

339 - **M. FOUCAULT**, *op. cit.*, note 232 ; aussi étude du cas Pierre Rivière où la société s'était révoltée contre la barbarie d'une peine trop forte, *Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma mère, ma soeur et mon frère*, 1973.

340 - Cf. Structure du panoptique « ou chaque acteur est seul et complètement visible », ou l'oeillon de la prison de Clervaux.

341 - Réf. au Cours de *Politiques Criminelles*, **M. Denis SALAS**, *op. cit.*, note 14.

342 - Idée de **Desmond TUTU** : la réconciliation est l'objectif commun à rechercher, au nom de *l'ubuntu*, faisceau de vie qui fait que nous sommes solidaires les uns des autres dans une même communauté ; contrat social fondé sur des raisons d'interdépendance, refondé dans le cadre de ces commissions.

343 - **M. B. ROSENBERG**, *op. cit.*, note 102.

PARTIE 3 : MISE EN FORME DE LA COMPATIBILITÉ ENTRE MÉDIATION ET DROIT PÉNAL.

« Ces conflits sont pénaux par définition de la loi mais ce sont avant tout des conflits » – Jacques FAGET³⁴⁴.

La médiation et le droit pénal ont été amenés à se côtoyer au niveau institutionnel depuis une trentaine d'années et sont invités à se rapprocher au détour de ce que certains dénomment « Justice du XXI^e siècle »³⁴⁵. Objet d'une multitude de textes au niveau national ou européen, d'expériences pratiques menées par la société civile ou en collaboration avec les services judiciaires, à titre expérimental ou permanent, la médiation s'est au fil du temps implantée dans le paysage judiciaire français sans toutefois y faire véritablement sa place. Entre critiques et soutiens portés à son sujet, venant tant des acteurs du monde juridique, chercheurs, formateurs ou praticiens, que de la sphère médiatique et politique, son développement vient s'inscrire dans une évolution qui la dépasse, d'un monde globalisé où les échanges ne cessent de se multiplier ; paradoxalement, l'indifférence ou la peur de l'autre s'exacerbent et les opportunités de dialogue s'amenuisent. La parole disparaît et seuls les gestes subsistent ; l'agressivité et la violence se banalisent, faute de dialogue et d'exutoire. Pour retrouver un équilibre, la médiation propose justement de prendre soin du lien social mais, confrontée au cadre rigide du droit pénal, il convient de savoir si les logiques en présence ne sont pas contradictoires ou si elles peuvent servir ensemble des intérêts communs. Il paraît alors permis de se demander si ces paradigmes n'ont pas vocation à fonctionner ensemble, agissant chacun à des niveaux politiques différents mais complémentaires. En effet, qu'elles soient retenues ou déléguées, les médiations pénales peuvent aider à restaurer l'identité des médiateurs ou leur relation, alors que le procès criminel permettra d'établir la responsabilité pénale et le cas échéant d'en condamner l'auteur qui n'a pas respecté les règles de la société.

Toutefois, comme le droit pénal et ses garanties doivent être bien appliquées, la médiation ne doit pas être instrumentalisée d'une mauvaise manière, c'est-à-dire seulement pour apporter une réponse aux plaintes déposées, pour pallier au manque de places dans les prisons ou afin de désengorger les juridictions ; au contraire, elle doit permettre de redonner la parole aux acteurs du conflit pénal tout en ne contrevenant pas à la bonne application de la loi. En même temps, elle doit intéresser les autorités publiques qui ne doivent pas craindre de voir s'affaiblir leur pouvoir, mais au contraire y voir un moyen de le renforcer ; la réussite des médiations est synonyme de confiance dans les institutions qui auront bien orienté les affaires dont la résolution ne pouvait convenablement se faire, ou de façon incomplète, dans les enceintes de la justice.

Désormais ces paradigmes ayant été successivement décrits, il est possible de tenter de « faire médiation » entre la médiation et le droit pénal, en relevant tant les incompatibilités que leurs valeurs communes. Dans un premier temps, il sera question de présenter les procédures de médiations pénales introduites depuis 1993 dans la loi française, puis d'étudier leurs quelques incohérences avec le droit criminel (**Chap. 1**), pour dans un second temps s'attacher à relever les éléments de compatibilité et évoquer certaines propositions visant à assurer la complémentarité recherchée (**Chap. 2**).

344 - J. FAGET, *op. cit.*, note 62.

345 - Ministère de la justice *op. cit.*, note 334.

Chapitre 1 : Procédures de médiations pénales et incompatibilités avec le droit pénal.

« Ces mots, finalement, chacun les dit pour soi-même puisque l'autre ne peut pas les entendre. Deux monologues se répondent, chacun restant isolé par un mur infranchissable. Ce mur, c'est celui de la séparation qui reste une des expériences humaines les plus douloureuses » – Jacqueline MORINEAU³⁴⁶.

Apparue en dehors de tout texte au début des années 1980, cette procédure développée par la pratique a dû attendre la loi du 24 Août 1993³⁴⁷ qui dans son article 6 prévoyait la possibilité d'une médiation pénale faisant l'objet d'un nouvel alinéa ajouté à l'article 41 du Code de procédure pénale, pour être institutionnalisée. Son intégration à l'ordonnancement juridique a été confirmée par la loi du 23 Juin 1999, puis avec celles du 9 Mars 2004 et du 20 Décembre 2007 qui ont poursuivi le travail entamé ; l'enjeu de son encadrement était pour les médiateurs, magistrats et avocats d'assurer un certain nombre de garanties³⁴⁸, dont les droits de la défense ou le respect du contradictoire, à la lumière de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ; il s'agissait de régler la médiation elle-même ainsi que le statut du médiateur.

Bien que peu connue par bon nombre de parties et de praticiens³⁴⁹, la médiation pénale, lorsque bien pratiquée, présente des qualités notables afin de retrouver une certaine harmonie sociale en recréant le dialogue : permettant d'une part à la victime de ne plus être ignorée sinon écoutée, de voir sa situation selon les cas dédramatisée ou éventuellement d'obtenir une réparation matérielle en plus de sa reconnaissance personnelle ; d'autre part, à l'auteur de l'infraction de prendre conscience de la portée de ses actes, lorsque cela n'a pas déjà été le cas, sans le « marginaliser » ou le « stigmatiser », mais en en faisant « un véritable interlocuteur » dans une « logique de responsabilisation et d'intégration »³⁵⁰. Pour en apprécier sa valeur, il faudra préalablement présenter cette procédure intégrée au Code de procédure pénale, qui se distingue ne certains points de la médiation décrite précédemment (**S°1**), avant de relever les incompatibilités existant avec le droit pénal (**S°2**).

Section 1 : Présentation des procédures de médiations pénales.

Est prévue à l'article 41-1 du Code de procédure pénale, à côté de la procédure de composition pénale, une série de six mesures au sein desquelles se trouve la médiation pénale, comme alternative au classement sans suite³⁵¹, dont dispose le Ministère public³⁵² : il peut « faire procéder, à la demande ou avec l'accord de la victime, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime. En cas de réussite de la médiation, le procureur de la République ou le médiateur du procureur de la République en dresse procès-verbal, qui est signé par lui-même et par les parties, et dont une copie leur est remise ; si l'auteur des faits s'est engagé à verser des dommages et intérêts à la victime, celle-ci peut, au vu de ce procès-verbal, en demander le recouvrement

346 - J. MORINEAU, *op. cit.*, note 12.

347 - Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 portant réforme de la procédure pénale, art. 6.

348 - Pour les médiateurs il s'agissait notamment de préserver la confidentialité des échanges ou la qualité des médiations effectuées.

349 - cf. le numéro de mai 2011 de l'AJ pénal consacré à la médiation pénale, n° 5/2011 ; G. BLANC, *op. cit.*, note 44 ; F. Le GUNEHÉC, *Commentaires des dispositions pénales de la loi du 8 février 1995 : réformes, réformes d'ampleur et occasions manquées*, La Semaine Juridique Edition Générale, n° 29, 19 juillet 1995, I. 3862 ; J.-B. PERRIER, *Médiation pénale*, RDPPP, janv. 2013 ; C. LAZERGES, *op. cit.*, note 26 ; J. BOYER, JCP 1993, éd. G., III, 64891, act. n° 6.

350 - J. LEBLOIS-HAPPE, *La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance: état des lieux et perspectives*, RSC 1994

351 - Il ne s'agit pas pour certaines auteurs d'une véritable mesure alternative aux poursuites, malgré le fait que cette expression soit souvent employée afin de respecter la lettre de l'article 40-1 du Code de procédure pénale, dans la mesure où sa réussite de conduit pas à l'extinction automatique de l'action publique ; cf. Cass. crim., 21 juin 2011, n° 11-80.003.

352 - Pour ce qu'il en est des cinq autres mesures, il s'agit de procéder au rappel des obligations résultant de la loi, de la possibilité d'orienter l'auteur vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle, de lui demander de régulariser la situation, réparer le dommage causé, et concernant certaines infractions familiales de demander à l'auteur des faits de résider hors du domicile ou de la résidence du couple, de s'abstenir d'y paraître et si nécessaire de faire l'objet d'une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique.

suivant la procédure d'injonction de payer, conformément aux règles prévues par le code de procédure civile. La victime est présumée ne pas consentir à la médiation pénale lorsqu'elle a saisi le juge aux affaires familiales en application de l'article 515-9 du code civil en raison de violences commises par son conjoint, son concubin ou le partenaire avec lequel elle est liée par un pacte civil de solidarité ». Malgré cette intégration législative, les médiations réalisées sont parfois plus des « conciliations déguisées », étant titulaires de la qualité des instituts de médiation et de la compétence des médiateurs travaillant avec les services du parquet, et ne servant qu'à dériver le contentieux³⁵³. Dès lors, il faut présenter précisément les dispositions textuelles du Code de procédure pénale (I.) avant de faire état des expériences et des formes prises par les médiations pénales (II.).

I. Le cadre juridique des procédures des médiations pénales.

Sont détaillées dans le code les conditions de mise en œuvre théoriques des médiations pénales (A.) ; puis sont encadrées ces procédures de médiations déléguées, dont la réussite peut indirectement mener à l'extinction de l'action publique, et pour lesquelles subsistent quelques questions relatives aux acteurs de la médiation (B.).

A). Les conditions de mise en œuvre de l'article 41-1 du Code de procédure pénale :

Selon le premier alinéa de l'article 41-1 du Code de procédure pénale, préalablement à la décision sur l'action publique, une telle mesure est envisageable s'il apparaît au procureur de la République qu'elle « est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits ». Ainsi, en lecture cumulée avec le cinquième alinéa, avant de décider de poursuivre le procureur peut faire procéder, à la demande de la victime ou avec son accord, à une procédure de médiation pénale s'il estime qu'une telle mesure est susceptible d'assurer les objectifs précités. À titre de précision, pendant tout ce temps de médiation, ce même article prévoit en son avant-dernier alinéa la suspension de la prescription de l'action publique pour ne pas entraver les droits des parties.

72° La médiation ne peut intervenir qu'avant le déclenchement de l'action publique : Dans le cadre du principe de l'opportunité des poursuites, au lieu de classer sans suite et pour que soit donnée une réponse pénale, le procureur peut mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites, ou « au classement sans suite », au sein desquelles se trouve la médiation pénale. S'il semble de prime abord difficilement concevable que l'action publique soit déclenchée après qu'une médiation ait réussie, l'article 41-1 énonce qu'« en cas de non-exécution de la mesure en raison du comportement de l'auteur des faits, le procureur de la République, sauf élément nouveau, met en oeuvre une composition pénale ou engage des poursuites », disposant ainsi d'une nouvelle alternative ; cet article reste toutefois muet quant aux effets produits en cas d'exécution de la mesure ; le cas échéant, la réussite de la médiation devrait emporter indirectement extinction de l'action publique et en faire une alternative aux poursuites³⁵⁴, lecture qui ne serait pas invraisemblable au vu des articles 6, 40-1 et 41-2 du même Code, concernant la composition et la transaction pénale. À ce titre, la Chambre de criminelle a clairement énoncé dans un arrêt du 21 Juin 2011 que « le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, prescrire l'une des obligations prévues par ledit article, sans que l'exécution de cette obligation éteigne l'action publique »³⁵⁵. Cette solution étant louable dans une double mesure : la médiation n'ayant pas lieu de remplacer le droit pénal, en laissant possible les poursuites, bien qu'en pratique ce cumul n'est pas mis en œuvre, en raison notamment de la densité des flux judiciaires³⁵⁶, même s'il peut présenter un

353 - **B. OPPETIT**, *Arbitrage, médiation et conciliation*, Rev. Arb. 1984, p. 322.

354 - **S. GUINCHARD et J. BUISSON**, *Procédure pénale*, Litec, n° 1345 s. ; **B. BOULOC**, *Procédure pénale*, Dalloz, n°595.

355 - Cass. crim., 21 juin 2011 ; **F. DESPREZ**, Dalloz 2011 n° 2379.

356 - **J.-B. PERRIER**, *op.cit.*, note 349 ; ref. **R. BERG**, *Médiation pénale*, Rep. pén. Dalloz, n° 111 : « la pratique démontre que le classement sans suite est systématique en cas de réussite d'une médiation puisque le procureur perd tout intérêt à poursuivre ».

intérêt non négligeable comme il le sera démontré ultérieurement ; et, cette solution permettant de moins tenter l'auteur présumé de l'accepter pour de mauvaises raisons, afin seulement que soit mit un terme aux poursuites et au risque d'être préjudiciable au climat de confiance propice et nécessaire aux médiations.

73° L'accord nécessaire des parties : La médiation au sens large, proposant un espace et un temps de dialogue, ne pourrait fonctionner sans l'accord ou la volonté des parties en présence qui doivent s'ouvrir l'une à l'autre afin d'échanger au sujet de leur discord et de leurs personnes, sans que cela ne leur soit imposé. Exactement, le cinquième de l'article 41-1 du Code de procédure pénale dispose que le procureur peut faire procéder à une mission de médiation avec l'auteur des faits « à la demande ou avec l'accord de la victime », sans rien préciser de l'accord de l'auteur qui devra toutefois en pratique intervenir³⁵⁷. L'année précédant la loi de 1993, une circulaire du ministre de la Justice invitait les procureurs à informer la victime ainsi que le délinquant du cadre juridique de la médiation, de ses modalités et de ses conséquences, notamment pour qu'ils puissent consulter un avocat et savoir ce en quoi ils s'engagent. Quant à la forme du consentement, la signature d'un procès verbal est suffisante pour que le procureur décide de recourir administrativement à la mesure³⁵⁸, et en cas de rétractation il pourra simplement décider de déclencher les poursuites s'il l'estime opportun³⁵⁹ ; même, la victime pourrait préférer se constituer partie civile par voie d'action, sans que l'on ne puisse considérer que son acceptation de recourir à la médiation soit significatif d'un renoncement³⁶⁰, sinon de sa volonté de tenter un rapprochement avec l'auteur.

74° Les circonstances relatives à l'opportunité de la mesure : Ces circonstances communes à toutes les mesures du même article, alternatives ou complémentaires, sont au nombre de trois et sont appréciées subjectivement par le procureur. Premièrement, il peut penser qu'une telle mesure permettra d'assurer la réparation du dommage de la victime, et indirectement de satisfaire la victime ou d'éviter de plus encombrer les juridictions pénales. Ce mécanisme étant excessivement proche de celui que l'on connaît en matière civile prévu par l'article 1382 du Code Napoléon, opérant un rapprochement entre les responsabilités civiles et pénales. Deuxièmement, le procureur pourra penser qu'une telle mesure mette fin au trouble résultant de l'infraction, trouble causé à la victime, mais par voie de conséquence à l'ordre public, puisqu'il s'agit d'une infraction. En principe, seule la peine permet en droit pénal de faire cesser le trouble, son absence pouvant être « perçue (...) comme une sorte d'impunité bénéficiant au délinquant », et la médiation fonctionnerait en se substituant peine³⁶¹. Troisièmement, la médiation doit pouvoir contribuer au reclassement de l'auteur, tout comme la sanction pénale depuis que l'Ecole de la Défense sociale nouvelle a recentré les fondements du droit de punir sur l'individu, au delà de son intimidation ou de la rétribution³⁶². Sa réinsertion est en pratique permise par la réussite de la médiation, mais en comptant sur la personnalité et sur le vécu de l'auteur qui selon les informations transmises au procureur sera perçue comme « potentiellement reclassable ». À titre de remarque, aucune infraction n'est visée par cet article, à la différence de celui sur la composition pénale³⁶³, ouvrant le champ de la médiation.

B). L'encadrement des procédures prévu par l'article 41-1 du Code de procédure pénale :

Procéduralement, la mise en œuvre de la médiation se matérialise par certaines étapes, après que l'accord des parties ait été donné, qui laissent toutefois en suspend certaines questions relatives à ses acteurs. Il faut ajouter

357 - Quelque soit la partie, si une ne consent plus à la médiation il y est mit immédiatement un terme ; Étude de terrain, Formation, CNAM, *op. cit.*, note 53 ; Étude de terrain, Formation, CMFM, *op. cit.*, note 121.

358 - Pour le procureur, le recours à la médiation est une mesure d'administration qui donnera lieu aux poursuites ou au classement sans suite.

359 - **M.-C. DESDEVISES**, *Réparer ou punir : la médiation pénale*, Petites affiches, 25 août 1997, n° 102, p. 3 s.

360 - **G. BLANC**, *op. cit.*, note 44.

361 - *Ibid.*

362 - **R. GASSIN**, *Criminologie*, Précis Dalloz, 2^e éd., 1990, p. 385.

363 - C. proc. pén., art. 41-2 : pour les « délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes ».

à ces règles les principes de la médiation déjà évoqués, de discrétion, de confidentialité ou de respect.

75° L'avancement de la médiation : Une fois la médiation acceptée par les parties et décidée par le procureur, ce dernier devra définir la mission du médiateur, ce qui suppose l'existence préalable d'une convention avec les services du parquet ; il définira l'étendue du mandant judiciaire, dont l'objet sera pratiquement la recherche d'une solution au détriment de l'esprit de la médiation. Dans la mesure de sa réussite, sera rédigé un accord de médiation, qui en tant que convention pourra acquérir force obligatoire par le consentement des parties, et sera signé par le procureur ou par le médiateur ; le même article précisant en outre que « si l'auteur des faits s'est engagé à verser des dommages et intérêts à la victime, celle-ci peut, au vu de ce procès-verbal, en demander le recouvrement suivant la procédure d'injonction de payer (...) ». Même si la médiation n'ouvre pas d'espace de négociation ou d'arbitrage, ne pouvant intervenir en droit pénal³⁶⁴, ou ne peut être assimilée à une transaction au niveau pénal³⁶⁵, car on ne peut transiger ni avec le droit pénal ni avec l'action publique³⁶⁶, l'obligation qui pourra en résulter sera indéterminée, marque de l'aspect créatif de cette procédure³⁶⁷. Cet aspect pourra se refléter dans l'évaluation du préjudice, qui se fera avec le consentement éclairé des parties, ce qui implique concrètement une attention particulière du médiateur ou du procureur qui devront vérifier qu'elle n'est ni exorbitante ni ridicule, ce qui implique aussi un délai suffisant et la possibilité laissée de consulter un avocat ; cette indemnisation pourra par exemple être minorée en contre-partie d'engagements satisfaisants, tels que la réparation en nature ou au profit d'un tiers, la restitution d'objets, par des excuses publiques, etc. D'ailleurs, les évaluations faites au terme de médiations sont en pratique souvent plus importantes pécuniairement que celles décidées dans les sphères classiques de la justice, car décidées de bonne volonté³⁶⁸.

76° Questions en suspend concernant les acteurs de la médiation : Certains éléments de ladite procédure peuvent être problématiques, concernant la partie accusée, les avocats, le médiateur et le procureur. Concernant la partie accusée, sa présomption d'innocence est entachée par le principe même de la médiation utilisée avant tout procès pénal établissant sa culpabilité ; celui-ci devra reconnaître des faits sans bénéficier des garanties procédurales et sans que aveu ne soit corroboré par des preuves supplémentaires³⁶⁹, ce qui est le cas si un débat au fond est ouvert, comme en matière de composition pénale ou de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité³⁷⁰. Un arrêt du 28 Février 2001 précisait à ce titre qu'il est interdit de faire état devant le juge répressif, en cas d'échec de la médiation, des constatations du médiateur ou des déclarations qu'il a pu recueillir et plus généralement de son avis, sans l'accord des parties³⁷¹ ; trois ans plus tard, un revirement était opéré par la Chambre criminelle le 12 Mai 2004, qui affirmait l'inverse³⁷², ce qui est critiquable au regard des droits de la défense et des règles de confiance de la médiation³⁷³, désormais les parties n'étant plus incitées à dialoguer par peur que leur bonne volonté ne se retourne contre elles ; ladite procédure pouvant même être

364 - C. proc. civ., art. 1142 s. : ne concerne pas le droit pénal puisque l'on ne peut déroger à l'ordre public ; C. civ., art. 6.

365 - C. proc. pén., art. 6 al. 3.

366 - L'accord est toutefois équivalent à une transaction sur les intérêts civils : l'accord signé sur la réparation du dommage entrant dans le cadre posé par l'article 2044 du Code civil qui la définit comme un « contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître » ; d'ailleurs l'article 2046 dispose que l'on peut « transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit » et l'alinéa 2 précise que la « transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public ». Aussi, sur le plan civil, la « transaction a entre les parties autorité de la chose jugée en dernier ressort », en application de l'article 2052 du même code.

367 - Étude de terrain, C. LAZERGES, *op. cit.*, note 20 : Par ex. Christine Lazerges racontait un cas de médiation où un jeune avait volé le sac d'une vieille dame, il s'était engagé au cours de la médiation à l'aider pendant un an à porter ses courses une fois par semaine, et cette relation a continué au delà. Grâce à ce larcin et à la médiation ce jeune homme avait trouvé le modèle d'adulte qui lui manquait.

368 - Étude de terrain, Correspondance avec G. NICOLAU, *op. cit.*, note 58.

369 - L'aveu n'est plus la reine des preuves, la *probatio probatissima* de la Justice d'avant la Révolution française.

370 - En matière de CRPC, l'article 495-14 du Code de procédure pénale prévoit qu'en cas d'échec, le procès verbal de CRPC ne peut être versé à la juridiction de jugement ou d'instruction, et que ni le procureur ni les parties ne pourront faire état devant ces juridictions des discussions qui ont présidé à la CRPC. Pourquoi créer un régime dérogatoire ? (*infra*).

371 - Cass. crim., 28 févr. 2001, n° 00-83.365 ; Gaz. Pal., 28 août 2001, n° 240, p. 49.

372 - Cass. crim., 12 mai 2004, n° 03-82.098 : en refusant d'appliquer aux médiations pénales l'article 24 de la loi du 8 février 1995 qui impose l'accord des parties, au motif que l'article 26 de la même loi n'est pas applicable aux procédures pénales.

373 - Secret professionnel absolu des médiateurs : C. proc. pén., art. R. 15-33-34.

détournée afin de prouver la reconnaissance des faits de la part de l'auteur présumé. Pourquoi avoir opté pour une décision aussi liberticide et conduisant à signer « l'arrêt de mort » des médiations ? Concernant les avocats, leur présence en médiation n'est pas exclue mais apparaît inutile au regard de l'originalité de la procédure qui redonne la parole et le pouvoir aux parties en les responsabilisant ; leur présence sera néanmoins utile avant et au moment de la validation de l'accord afin de garantir les intérêts de leurs clients. Concernant le médiateur, de sa compétence dépendra en grande partie la qualité et sa réussite ; sa formation devra être bien assurée et devra être observé concrètement le travail réalisé, non en se basant sur le nombre d'accord mais en étudiant comment les dossiers ont qualitativement été gérés³⁷⁴ ; au demeurant, le procureur de la République peut jouer ce rôle de médiateur, bien que la charge de ses missions l'en empêchent et au vu d'une circulaire qui le déconseille grandement au nom de l'impartialité, de la neutralité et de l'indépendance attendue³⁷⁵. Enfin, l'absence d'un juge du siège est notable et critiquable, autant que le rôle du parquet est considérablement accru, au risque de confondre les fonctions de poursuite et de jugement³⁷⁶, puisqu'il décide, mandate, contrôle et apprécie les suite à donner. Pratiquement, il est à l'origine de la mise en œuvre de médiations pénales.

II. La mise en œuvre pratique des expériences de médiations pénales.

Résultant de diverses expériences et de pratiques de multiples acteurs, qu'il s'agisse de parquetiers, de policiers, d'assistants sociaux ou de personnes de la société civile³⁷⁷, les médiations pénales présentent un visage protéiforme, n'ayant pas encore été unifiées à l'échelle nationale. Afin de bien les visualiser, il sera nécessaire d'approfondir l'historique de leur mise en œuvre **(A.)** pour mieux analyser leurs formes actuelles **(B.)**.

A). Historique de la mise en œuvre pratique des médiations pénales :

Deux courants sont ici observables, le premier relevant du développement des médiations en droit pénal depuis les années 1980 et jusqu'à « l'âge d'or » des années 1990, le second plus récent résultant de la constatation de la diminution du nombre d'affaires transmises aux instances de médiation, depuis le début du présent millénaire.

77° Le développement des pratiques de médiations en droit pénal : En France, les premières expériences développées en réponse aux dysfonctionnements de l'institution judiciaire³⁷⁸, relevaient d'initiatives de magistrats du parquet, à Valence ou à Grenoble notamment³⁷⁹, ou d'initiatives de la société civile, d'associations d'aide aux victimes à Strasbourg et à Paris par exemple³⁸⁰. Aussi, des associations de contrôle judiciaire se sont intéressées à la médiation et un comité les regroupant organisait des rencontres³⁸¹ et colloques dont ont résulté des écrits se questionnant notamment sur la légitimité de la médiation en matière pénale ou relativement aux droits des victimes. Ensuite, fut créée une structure nationale d'aide aux victimes et de médiation, l'INAVEM, ayant pour but de structurer ces actions de médiation et de conciliation, comme précédemment expliqué. De plus, comme l'explique Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, le rôle de l'Etat n'est pas à dénigrer, puisque c'est suite aux lois Badinter sur l'aide aux victimes qu'ont été créées ces associations, subventionnées par le Ministère de la Justice. Enfin, outre le soutien apporté par le Comité National de Prévention de la Délinquance, l'Etat a contribué

374 - **J. FAGET**, *op. cit.*, note 62 : en réalité il y a une corrélation évidente entre l'incompétence des médiateurs pénaux et l'obtention d'accords, moins on est formé plus on obtient d'accords.

375 - Circ. CRIM n° 92-13, 2 oct. 1992, SJDC, *Sur les réponses à la délinquance urbaine, sur les classements sous condition et sur la médiation pénale*, p. 5.

376 - **E. DREYER**, *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, La Semaine Juridique Edition Générale, n° 14, 2 avr. 2008.

377 - Ref. communications du colloque organisé par le Centre de recherches de politique criminelle sur la médiation ; CA Paris, 25 oct. 1991, in Archives de politique criminelle, n° 14, p. 39 s.

378 - Par ex. : Encombrement des rôles des juridictions, lenteur, complexité, formalisme ou coût des procédures.

379 - Furent créées en 1985 de deux instances de conciliation à Valence et l'Aide Informations aux Victimes à Grenoble.

380 - Par ex. « SOS Agressions-Conflicts » à Paris avec Jean-Dominique Alzuetta et Jacqueline Morineau, et ACCORD à Strasbourg.

381 - Les CLCJ, Comité de liaison des associations socio-éducatives de contrôle judiciaire où étaient présentées les expériences de Brive et Bordeaux où des médiations étaient mises en place à la demande de mis en cause désireux de « dédommager les victimes de leurs délits » ; Association de Réadaptation Sociale et de Contrôle Judiciaire, *Rapport d'activité*, 1985, Bordeaux.

à contrôler ces expérimentations par des notes de cadrage³⁸² ou circulaires. En parallèle, ce développement doit être rapproché de la mise en place des Maisons de justice ainsi que des politiques judiciaires de prévention de la délinquance dans les villes³⁸³. Seulement, après la « décennie de la médiation », le nombre d'affaires transmises a fortement diminué, au même moment où un courant sécuritaire gagnait la société française.

78° Le constat de la diminution du nombre d'affaires transmises : Si dans un premier temps les médiations on permis de faire passer le taux de plaintes ne donnant lieu à aucune poursuite d'environ 85 % à un taux de classements sans suite à peine supérieur à 30 %³⁸⁴, dont certaines méritant une attention sans être non plus « assez graves pour justifier des poursuites », et permettant de « s'acheter une bonne conscience » en n'étant plus totalement indifférent au sort des victimes³⁸⁵, la médiation pénale a connu une remarquable perte de vitesse³⁸⁶. Malgré la structuration des expériences de médiation, les parquets ont depuis cette période transmis de moins en moins d'affaires³⁸⁷, au profit des rappels à la loi opérés par les délégués du procureur, et cela même si l'institutionnalisation de la médiation a été nettement accrue dans de multiples champs de la vie sociale. Cette diminution pouvant s'expliquer par le fait qu'elles soient dépendantes des politiques criminelles menées³⁸⁸, et influencées en pratique par la couleur politique du ministère de la Justice, plus ou moins enclin à privilégier la considération des individus ou l'objectif rétributif de la peine³⁸⁹. Ces procédures qui étaient remontées de la société civile par l'audace de magistrats ou par l'activisme de certaines associations, une fois validées par le haut, par le Parlement preuves faites, se trouvaient ralenties, pour des questions financières ou parce que les procureurs préférant classer sans suite même si les médiations avaient jusque là très bien marché. L'institution de la médiation qui était en crise aujourd'hui se relance, tout en restant globalement un phénomène marginal.

B). Les formes de la mise en œuvre pratique des médiations pénales :

Pratiquement, le procureur peut décider de déléguer ou de retenir les activités de médiation, respectivement en transmettant les affaires à des associations ou à des services intégrés aux structures judiciaires, qu'il s'agisse de Maisons de justice et du droit ou d'Antennes de justice, créées à partir des années 1990.

79° Les médiations déléguées : Cette forme de mise en œuvre de médiations pénales est celle qui a déjà été présentée ; sont imposées d'autres qualités au tiers-médiateur, « auxiliaires du procureur », notamment de ne pas « exercer des activités judiciaires à titre professionnel » depuis un décret de 1996³⁹⁰ ; en 2001 et 2004 furent précisées de nouvelles incompatibilités³⁹¹ et créée une période probatoire d'une année et une prestation de serment, essentiellement pour que ladite délégation puisse s'opérer sans atteindre les droits des parties, même si le soucis de leur formation n'a pas complètement été pris en charge³⁹². Ces médiations déléguées concernant

382 - Ministère de la Justice, Bureau de la Protection des Victimes et de la Prévention, avril 1990 ; ressort la volonté de reconstituer le lien social.

383 - Circulaire n° C.R.I.M 89-7 E.S. du ministère de la Justice du 10 juillet 1989 *relative à la participation de l'institution judiciaire à la politique de prévention*.

384 - 40.000 médiations pénales par an avec un taux de réussite de l'ordre de 60 % : F. CHOPIN, *Vers un nouveau modèle de justice pénale ?*, In Mél. R. Gassin, PUAM, 2007, p. 283.

385 - E. DREYER, *op. cit.*, note 376.

386 - C. POURET, *L'activité pénale des parquets en 2007*, Infostat Justice n° 101, avr. 2008 : entre 2005 et 2007, de 31.859 à 26.692.

387 - J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *op. cit.*, note 86 : entre 2002 et 2006 le nombre de médiations en matière de vols a chuté, passant de plus de 3 000 à un peu plus de 1 300, ainsi que celui concernant les « autres coups et blessures volontaires », tombant de 11 238 à 8 061, mais a dans la même période quelque peu augmenté pour les violences inter-familiales (de 5 150 à 6 071), le contentieux familial représentant 36,7 % de l'ensemble des médiations pour 2006.

388 - Étude de terrain, C. LAZERGES, *op. cit.*, note 20.

389 - C. LAZERGES, *op. cit.*, note 39.

390 - Art. D. 15-4 du décret du 10 avr. 1996.

391 - Cf. Décrets du 29 Janvier 2001 et du 27 Septembre 2004 : il « ne doit pas exercer de fonctions judiciaires ou participer au fonctionnement du service de la justice ou être investi d'un mandat électif dans le ressort de la cour d'appel », puis a été fixé un âge maximum de soixante-quinze ans pour le postulant.

392 - Si ce n'est sous la forme d'un souhait, dans la circulaire du 10 Octobre 1996 : « Il est hautement souhaitable que ces derniers suivent une formation juridique, psychologique et en matière de conduite d'entretiens, reconnue par la Chancellerie ».

principalement des infractions de faible gravité³⁹³, s'inscrivent dans une « politique purement gestionnaire de l'action publique » et pour éviter trop de classements sans suite ; et ce, en édulcorant la logique d'intégration que les médiations peuvent servir, surtout lorsqu'existent des tensions importantes et qu'elles permettraient de faire prendre conscience aux délinquants mis en présence de la victime de la gravité de leurs actes, et aux victimes de s'exprimer, « tout en évitant une dramatisation résultant de la méconnaissance des mis en cause »³⁹⁴.

80° Les médiations retenues : Cette forme de médiation s'est développée depuis la création de services intégrés aux structures judiciaires, Maisons de justice et du droit ou Antennes de justice, pour rapprocher les citoyens de la Justice, dans le cadre de politiques de proximité ou de discriminations positives. En réalité, elles s'éloignent des médiations pénales au sens strict du terme puisqu'il n'y a pas de tiers-arbitre, ni de volonté de chercher un accord³⁹⁵. En perte d'identité et d'efficacité en raison de changements politiques à leur égard³⁹⁶ leur légitimité n'a pas été favorisée, même si en 2002 une mission de l'inspection générale des services judiciaires considérait que les Maisons de justice « dont la fréquentation est en constante augmentation répond aux attentes des citoyens, et permet à la Justice d'offrir des réponses de qualité », tout en relevant une disparité dans les activités menées en leur sein³⁹⁷. Quant à leur activité, en 2003 elles réalisaient plus de 300.000 interventions, dont 79 % relatives à l'accès au droit pour à peine 10 % de nature seulement judiciaire ; en outre, relativement aux alternatives aux poursuites, sur les 40.000 réalisées, seulement 12 % l'ont été par des médiateurs, le reste l'ayant été par des délégués du procureur ou par des associations³⁹⁸. Quant à leur contenu, elles ont essentiellement été des rappels à la loi pour 37 % d'entre elles, des médiations pour 27,1 %, des classements sous condition pour 13,7 %, et des compositions pénales pour 7,7 %³⁹⁹. Enfin, malgré le taux élevé de satisfaction⁴⁰⁰, elles sont plus perçues comme des lieux où se trouvent des informations que comme des lieux où est rendue la justice, ce qui correspond à la réalité de leur activité.

Section 2 : Étude des incompatibilités des médiations avec le droit pénal.

Même si une complémentarité pourra ultérieurement être envisagée, plusieurs incompatibilités doivent être relevées lorsque ces deux paradigmes sont mis en œuvre simultanément ; principalement les médiations pénales peuvent laisser un sentiment d'impunité ou d'injustice lorsqu'aucun jugement sur la culpabilité ou de condamnation pénale n'intervient, au détriment des fondements du droit de punir et des objectifs du droit pénal ; aussi, la protection des garanties processuelles des parties peut être problématique. De plus, certaines incompatibilités pratiques existent, dans les cas où il n'y aura ni victime ni accusé, ou pour certaines infractions où la médiation ne sera pas envisageable, comme pour des atteintes aux biens comme en cas d'escroqueries à grande échelle ou dans certaines atteintes aux personnes particulièrement graves selon l'accord des parties, sauf qu'il sera possible de prévoir des médiations indirectes avec un auteur de la même infraction en lien avec une autre personne, les valeurs touchées restant identiques.

393 - **J.-P. BONAFÉ-SCHMITT**, *op. cit.*, note 86 ; ref. Assemblée Nationale, compte rendu n°7/10/1992 : « essentiellement des conflits familiaux, des conflits de voisinage, des infractions de violence réciproque, des dégradations, des larcins ».

394 - *Ibid.*

395 - **C. DOURLENS, P. VIDAL-NAQUET**, *L'autorité comme prestation. La justice et la police dans la politique de la ville*, CERPE, 1993, p. 55 : afin d'apporter « une réponse alternative qui se démarque des réponses "répressives" traditionnelles et notamment des mesures carcérales qui génèrent la récidive au lieu de la combattre » et pour pallier à « l'absence de réponse judiciaire qui, elle aussi, est considérée comme responsable de l'augmentation de la petite délinquance et qui, de surcroît, fait naître un sentiment d'injustice chez les victimes ».

396 - Par ex. : Loi du 18 déc. 1998, Décret du 19 oct. 2001, Circ. SADJPV du 24 nov. 2004 (relative aux MJD et aux AJ).

397 - Circ. SADPJV *Ibid.*

398 - **J.-P. BONAFÉ-SCHMITT**, *op. cit.*, note 86.

399 - **E. ROUMIGUIÈRES**, *L'activité des MJD et des AJ en 2003*, Ministère de la Justice, Infostat Justice, avr. 2005, n° 81, p. 3.

400 - CSA-Groupe CSA TMO, *Les MJD vues par leurs utilisateurs et le grand public : Satisfaction, images et attentes*. Synthèse du sondage exclusif CSA / Ministère de la Justice – Mars 2001.

À un autre niveau, il est possible de relever des incompatibilités cette fois substantielles ou procédurales qu'il va falloir détailler (I.) avant de proposer certaines justifications et de se demander dans quelle mesure elles sont ou non négociables, au vu du contexte politique français dans lequel elles sont développées (II.).

I. Détermination des incompatibilités substantielles et procédurales.

Une multitude d'incompatibilités entre le droit pénal et la médiation sont rappelées tant par la doctrine que par les praticiens et doivent être considérées avec sérieux, puisque dans le cas inverse les deux paradigmes s'en voient affaiblis, comme il en est aujourd'hui le cas, dans leur cohérence et efficacité respective ; mais aussi en souffrent par voie de conséquence les parties en conflit. Tant sur le fond que sur la forme, en termes de substance ou de procédure, bon nombre d'incompatibilités doivent être détaillées, dans un sens portant atteinte à la cohérence du droit pénal (A.), ou dans un sens portant atteinte à la médiation (B.). En tout état de cause, est souvent relevée la singularité de l'association des termes de « médiation » et de « droit pénal »⁴⁰¹ même si un grand nombre d'acteurs leur accordent leur confiance lorsqu'elles sont bien pratiquées.

A). La détermination des incompatibilités de la médiation avec le droit pénal :

Ici, c'est la médiation qui semble ne pas s'adapter au droit pénal, au risque d'altérer ce droit marqué de spécificités. En cette matière qui par essence se rattache à l'infraction, à son auteur et aux conséquences que peuvent entraîner les condamnations, comment ne pas s'inquiéter de sa possible contractualisation ou de l'élargissement du « filet pénal »⁴⁰² pouvant mener à sa dénaturation ?

81° L'inadéquation des médiations au vu des justifications et des garanties attachées au processus pénal :

Premièrement, ces procédures n'apparaissent pas s'adapter au droit pénal qui se doit d'établir la culpabilité de la personne poursuivie. Secondement, quant aux principes, pour la présomption d'innocence, il est incohérent d'un côté de tenir pour coupable seulement en se fondant sur l'avis d'un magistrat du parquet qui se repose sur les preuves dont il dispose ou sur des aveux. La personne poursuivie pourra accepter la médiation pour de mauvaises raisons, dont pour éviter des poursuites pénales, conduisant par là même un renversement de la charge de la preuve, et parallèlement dans certains cas faire croire à sa bonne volonté et éviter un jugement de condamnation qui aurait pu lui être bénéfique. Quant à celui de légalité, la souplesse des procédures de médiations pénales et de la mise en œuvre des accords est problématique, car même si un contrôle est effectué par le parquet, ne peut être assurée l'exclusion de l'arbitraire ou de mauvaises pratiques que ne dénonceraient pas les médiateurs ; par ailleurs, comme le souligne Emmanuel Dreyer, l'article 41-1 confond les conditions et les effets de la médiation en disposant qu'elle peut être organisée lorsqu'elle est susceptible « d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits »⁴⁰³. Quant au principe du contradictoire, comment garantir que chacune des parties a été mise en mesure de discuter les faits et les moyens opposés ? Le défaut de transparence tout comme l'absence de publicité d'une telle mesure « alimente également les soupçons » en ne permettant pas de s'assurer de son bon déroulé⁴⁰⁴. En ces termes, autant qu'il est inconcevable de considérer la réparation du dommage comme un substitut à la sanction pénale ou l'avis de la victime comme rentrant en ligne de compte dans l'appréciation de l'opportunité des poursuites, ni d'envisager la négociation des principes fondamentaux, ces médiations risquent de dénaturer le droit pénal.

401 - J. FAGET, *op. cit.*, note 62 ; E. DREYER, *op. cit.*, note 376.

402 - J. FAGET, *op. cit.*, note 62.

403 - E. DREYER, *op. cit.*, note 376.

404 - *Ibid.*

82° Le risque de dénaturation du droit pénal : Ce risque se réalise en ne lui permettant plus d'assurer ses fonctions par sa contractualisation, en rendant en quelques sortes « disponible » l'action publique, en faisant de la victime un maillon essentiel du processus pénal, ou en élargissant son domaine d'action. Premièrement, quant à la critique consistant à dire que cette matière par nature punitive se transformerait en un droit contractualisé « à disposition des parties », il convient de se demander s'il s'agit d'une véritable contractualisation du droit pénal ou d'une délégation de la gestion de problématiques pénales mineures de l'institution aux parties ? En outre, la médiation s'intéresse plus aux faits qu'à la négociation des droits, sans remettre en cause le droit pénal, malgré que certains auteurs soient convaincus du contraire⁴⁰⁵, sans doute convaincus que la critique pleine et entière est gage de vérité. Deuxièmement, il est dit que la médiation dénature le droit pénal en faisant à la victime une place qui n'est pas la sienne dans le processus pénal ; mais au contraire, en lui offrant cette sphère de justice, le procès pénal peut redevenir le lieu de prédilection où se confrontent la défense de l'accusé et des intérêts de la société. Néanmoins, il reste une vérité que le trouble à l'ordre public s'apparente au dommage de la victime qui « devient titulaire d'un nouveau pouvoir : celui de paralyser l'action publique symétrique à son pouvoir de la déclencher par une constitution de partie civile », opérant ainsi une « dépénalisation sous condition du consentement de la victime et de l'auteur à la réparation du dommage par voie de médiation »⁴⁰⁶. Troisièmement, sa dénaturation est relevée quant à l'extension du « filet pénal » puisque la médiation permet d'apporter une réponse plus étendue, au risque de pénaliser le social. C'est une réalité qui peut se justifier, et qui dépasse la question de la médiation. D'un côté, comme expliqué, les fonctions du droit pénal se sont multipliées, devant outre réprimer ou prévenir, exprimer les valeurs d'une société et devenir plus symbolique qu'effectif. D'un autre côté, si certaines infractions de faible gravité ne légitiment pas le déclenchement des poursuites, une réponse est attendue, comme en matière contraventionnelle où la diminution des garanties est d'ailleurs largement acceptée. Dès lors, il est ici possible de percevoir se dessiner trois visages dans le droit pénal moderne, comme il existe trois voies, celui protecteur en matière de crimes et de délits, un participatif et moins protecteur lorsque les troisièmes voies sont ouvertes pour des délits peu graves, et ce à côté de la matière contraventionnelle. Cette triple dimension porte-t-elle atteinte au caractère autoritaire du droit pénal ou ne le condense-t-elle seulement pas sur les affaires les plus graves ? Justement, il est matériellement impossible de régler de la même manière toute l'étendue du contentieux pénal, qui se trouve être de plus en plus massif, et ce mouvement d'organisation d'un droit pénal à plusieurs vitesses semble inéluctable. Seulement, il est impérieux de déterminer les hypothèses dans lesquelles une déjudiciarisation sera permise tant la garantie des libertés individuelles est fondamentale en cette matière.

B). La détermination des incompatibilités du droit pénal avec la médiation :

Lorsque l'on se focalise sur les incompatibilités révélées à l'encontre du paradigme de la médiation, il apparaît que le droit pénal et sa logique trop souvent gestionnaire tend à l'instrumentaliser et à la dénaturer, elle qui se doit de fonctionner horizontalement sans que ne soit forcée la solution sinon en permettant la communication.

83° Le risque de dénaturation de la médiation : Il en est ainsi dans la mesure de son instrumentalisation, lorsqu'elle est seulement utilisée comme alternative aux classements sans suite ; dans ce cas, le système judiciaire se réapproprie ce dispositif à des fins internes, économicistes ou de gestion rapide et « efficace » des flux judiciaires, ce qui se justifie par le manque de moyens en termes de temps ou de personnel. À ce titre, il est important de s'assurer que les médiations mises en œuvre n'aboutissent pas qu'à des réparations matérielles ou financières pour mettre juste visiblement fin au trouble, mais qu'il y ait véritablement eu médiation entre les participants ; en d'autres termes, il ne pas confondre cet objectif de prise en considération de l'altérité avec la

405 - S. VOISIN, *La médiation pénale est-elle juste*, Petites Affiches, 26 août 2002, n° 170, p. 49.

406 - M.-C. DESDEVISES, *op. cit.*, note 359.

réparation intervenue. À titre d'exemple, il existe en droit pénal des mineurs des procédures de médiation-réparation⁴⁰⁷ qui ne sont pas des médiations au sens strict du terme puisqu'elles sont réalisées sans victime ni médiateur, sinon avec des policiers ou avec des travailleurs sociaux, et car elles sont plus portées sur un travail éducatif que communicationnel⁴⁰⁸. Enfin, cette dénaturation s'explique par le fait que les logiques mises en œuvre sont dans le fond opposées, agissant à des niveaux politiques différents, ce qui s'observe lorsque les médiateurs tentent de forcer le consentement des médians pour que résulte de la procédure un accord qui leur sera bénéfique en termes statistiques, afin qu'un plus grand nombre d'affaires leurs soient transmises.

84° L'inadéquation des logiques mises en œuvre : D'un côté le droit pénal tranche tandis que de l'autre la médiation rend possible le dialogue. Le premier paradigme agit verticalement en utilisant les catégories juridiques pour que soient mis en œuvre des régimes corollaires, plus ou moins protecteurs, tandis que le second s'évertue à déconstruire ces catégories pour faire de la place aux individualités ; l'un cherchant à établir la culpabilité, l'autre ne cherchant pas à savoir où sont les torts ou raisons pour permettre aux médians de s'exprimer⁴⁰⁹. De plus, la médiation permet de travailler sur la compréhension de la position de l'autre et *de facto* sur son propre comportement, non pour accepter l'autre mais pour se rendre compte qu'il existe dans sa différence qui doit être respecté, la sienne et par extension les règles posées dans une société. Ainsi, il s'agit plus de s'intéresser aux individus qu'aux faits appelant une sanction qui restent au second plan. Ceci étant dit, l'utilité du droit pénal n'est pas à négliger dans les cas où aucune discussion ou compromission n'est possible ou lorsque la condamnation est utile à la société ; aussi, le jugement peut être nécessaire au délinquant, la décision de justice ayant une force rituelle particulière permettant de trancher et de matérialiser la mort symbolique d'éléments qui empêchaient d'assumer les fautes commises. Enfin, le caractère volontaire de la médiation peut être atteint si de mauvaises raisons incitent l'accusé à y participer, même si la confrontation à la victime lui sera certainement bénéfique, l'incitant à assumer son comportement ; du côté de la victime, il ne faudrait pas que son consentement à la médiation soit biaisé par la crainte de menaces, même inconsciemment, ce qui impose aux médiateurs d'attentifs aux rapports de force pouvant exister. Pour mieux identifier la différence des logiques mises en œuvre, il sera utile d'observer le contexte symbolique dans lequel évolue la justice pénale classique.

II. Justification contextuelle de ces incompatibilités substantielles et procédurales.

Pour approfondir le contexte dans lequel interviennent ces incompatibilités, il sera d'abord question de faire allusion à la représentation partagée de la justice qu'il est courant de se faire en France, perçue comme un lieu de conflit où l'intervention de l'Etat est considérée comme nécessaire **(A.)**. Ensuite, il faudra en tirer les conséquences politiques et institutionnelles qui éclaireront les incompatibilités énoncées **(B.)**.

A). Justification contextuelle de ces incompatibilités : la représentation partagée de la justice.

Outre les éléments évoqués, deux nouvelles justifications éclairent la lecture de ces incompatibilités : la première relative à la tradition française et à certaines mœurs qui font de la France un pays de conflit, image se traduisant logiquement sur les modes de gestion des conflits ; la seconde concernant l'interventionnisme de l'Etat, réalisé et attendu, qui rend difficilement concevable que leur régulation soit déléguée, surtout en droit pénal.

85° L'association de la France et de sa justice à l'idée de conflit : Pour comprendre que la France soit souvent présentée comme étant le « pays du conflit », il faut se référer à sa tradition belliqueuse, unifiée,

407 - Ordo. n° 45-174 du 2 févr. 1945 relative à l'enfance délinquante, art. 12-1.

408 - J. FAGET, *op. cit.*, note 62.

409 - Dans le premier on parle d'ailleurs de « mis en cause / victime », dans le second de « médians ».

construite par les guerres et les révolutions⁴¹⁰ et qui retrouve son unité dans la « passion de la discorde »⁴¹¹. Ses chefs emblématiques ont d'ailleurs couramment porté les enseignes militaires⁴¹², alors qu'ont fréquemment été décriés ceux manquant de fermeté ou étant moins stratégiques. Naturellement, cette logique adversariale se retrouve dans la sphère de la justice et dans le jugement, à la différence d'autres cultures, anglo-saxonnes ou asiatiques plus enclines à la gestion amiable des différends, ainsi que dans son vocabulaire, puisque l'on va au tribunal pour faire la guerre à son adversaire⁴¹³ ; il s'agit d'une « institution qui exerce une fonction régaliennne, un pouvoir constitutionnel, organisée hiérarchiquement et qui est un lieu d'autorité », ce qu'explique Fabrice Vert en faisant référence au Doyen Cornu⁴¹⁴. Mais, le conflit, quelque soit l'importance qu'on lui accorde, ne peut-il pas être utilisé pour reconstruire une espace de paix ? Le jugement ne doit-il pas tendre vers le compromis pour mettre un terme au spectre des vengeances⁴¹⁵ ? Dans un autre registre, il est paradoxal de constater que si la France organise la gestion du conflit elle confine l'expression des sentiments qu'il engendre, la voix de ceux impliqués étant portée par leurs représentants, restant spectateurs de leur propre procès. À l'inverse, la médiation peut permettre de devenir « ennemis en paix ».

86° L'accroissement de l'interventionnisme de l'Etat : En parallèle, sans remonter jusqu'à l'Ordonnance de François Ier ou jusqu'à l'unification des droits du Nord et du Sud affirmée par la codification napoléonienne, depuis les années 1950 ce mouvement dirigiste s'est accru en France ; est souvent évoquée la perte d'influence des structures intermédiaires, républicaines ou religieuses, au profit de l'Etat dont on présume l'omnipotence⁴¹⁶. Ce trait divin, dont les origines ont déjà été soulignées et qui expliquent aussi la tradition légicentriste française, se transpose au domaine judiciaire où les attentes grandissantes imposent à l'Etat *via* ses institutions de tout gérer, ce qui n'est ni son rôle et n'est ni en pratique réalisable. *De facto*, cette représentation s'oppose à la prise en main par les acteurs de leur propre conflit, considérant qu'il serait impossible d'apporter une réponse de qualité sans que l'Etat n'ait participé à sa gestion. Et en droit pénal, comment se détacher du modèle inquisitoire qui reconnaît un rôle important au juge dans la recherche de la vérité sans que ne soient malmenées les libertés individuelles ? Néanmoins, cette intervention qui assure le respect de la procédure est devenue en pratique impossible, l'obligeant à « concéder une partie de son pouvoir (...) à des structures non-judiciaires »⁴¹⁷ ; dès lors, il faudrait déterminer dans quelle mesure son intervention n'est pas indispensable et se détacher de cette idée que l'Etat peut tout gérer. Concrètement, cette constatation entraîne certains conséquences utiles à l'explication des incompatibilités relevées entre la médiation et le droit pénal, d'ordre politiques et institutionnelles.

B). Conséquences de la justification contextuelle de ces incompatibilités.

Deux conséquences doivent être tirées de ces explications tenant dans le « réflexe belliqueux » propre à la culture française ou du « réflexe interventionniste » des institutions étatiques : d'abord, il paraît assez difficile de penser la médiation sans y voir une alternative à la justice étatique, ce qui a des répercussions inévitables sur

410 - Guerres de Religion entre protestants et catholiques, Croisades, et guerres politiques ; Révolution française ou révolutions du XIX^e ; Résistance durant la Seconde Guerre mondiale. Selon le magazine BBC History, « Il y eut 53 conflits majeurs en Europe. La France aura été un belligérant dans 49 d'entre eux, et le Royaume-Uni dans 43 ».

411 - F. VERT, *op. cit.*, note 71 : il existe une « tradition de la chicane » ; « la France, à l'inverse d'autres pays, notamment anglo-saxons, connaît une culture du conflit et non du compromis », qui aime débattre.

412 - De Vercingétorix à Napoléon, en passant par Pétain ou De Gaulle.

413 - Par ex. : « Arène judiciaire », « duel judiciaire », « joute oratoire », « adversaire », « gagnant-perdant » et non « partenaire » comme dans les pays asiatiques.

414 - F. VERT, *op. cit.*, note 71 : « Le doyen Cornu, lors de l'introduction en 1975 dans le Code de procédure civile de la conciliation par le juge comme principe directeur du procès, ne soulignait-il pas que la conciliation était « aux antipodes d'une justice engoncée ou technocratique » ?

415 - Et ce, sans aller jusqu'au « pardon » que la justice des hommes ne sait pas accorder, à en croire le prêtre qui prononçait la messe de Paul Touvier, puisque chargé de religiosité et contraire au bien public pour reprendre les termes de Beccaria dans la partie 2 de son ouvrage, *op. cit.*, note 252.

416 - L. JOSPIN : « l'Etat ne peut pas tout », appelant les français à se mobiliser à propos de l'affaire Michelin, le 13 Sept. 1999.

417 - J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *op. cit.*, note 86.

son extension et sur les moyens libérés ; ensuite, ces représentations créent par voie de conséquence des résistances des acteurs du monde politique et judiciaire, même s'il existe un véritable besoin de prise en charge individualisé de la part des personnes en conflit.

87° La considération univoque de la médiation comme une alternative à la justice étatique : À la lumière de la théorie de l'englobement du contraire de Louis Dumont antérieurement examinée, le système politique en place ne peut sans se dévoyer voir dans la médiation une sphère de justice au même titre que la Justice institutionnelle, ni même lui laisser prendre en charge certaines affaires en négligeant de l'encadrer, ce qui est tout à fait justiciable au vu de l'enjeu de protection des garanties processuelles, moins cependant au vu des libertés individuelles. Sans que ces pratiques ne se démocratisent, sans qu'elles n'entrent plus dans les mœurs ou dans les représentations communes, les efforts réalisés ne pourront aboutir ; surtout, si le projet politique défendu est perçu comme concurrentiel au pouvoir politique, et par là même « contraire », alors qu'en réalité il se propose d'agir à un autre niveau, non celui des règles sociales mais des relations qui les cimentent. Au surplus, le fait de considérer ces procédures comme secondaires a pour conséquence de restreindre les moyens qui sont mis à leur disposition, qu'il s'agisse de médiation ou plus généralement des modes amiables de régulation des conflits. Financés de manière subsidiaire, ils doivent pour se développer compter sur l'engagement de la société civile ; mais encore, relativement à l'exigence d'organisation unifiée des formations elles devront patienter en raison d'un manque d'investissement, tout comme aucun objectif ou circulaire n'est intervenu après la création par un décret de 2010 de la fonction de « conseiller coordinateur de l'activité des conciliateurs et médiateurs »⁴¹⁸, la rendant ineffective.

88° Les résistances politiques et institutionnelles induites : Concernant d'abord la résistance de certains acteurs du procès, il est difficile de la contrarier sauf en intégrant ces modes de régulation dans leur formation, ou à moins qu'ils ne décident de s'intéresser volontairement aux procédures amiables et aux avantages qu'elles peuvent présenter dans la gestion du contentieux, même cumulées aux procédures classiques. Le système étant ce qu'il est, les avocats craignent de mal défendre leurs clients et d'en être sanctionnés, tandis que les magistrats peuvent s'inquiéter de voir certaines affaires leur échapper ou peuvent ne pas souhaiter être réputés « feignants ou utopistes » par leurs pairs⁴¹⁹ ; évidemment, bon nombre d'acteurs, notamment de la magistrature, ont contribué à structurer et à soutenir la médiation, en faisant un travail d'explication de son contenu aux parties et à leurs avocats. Concernant ensuite la résistance de certaines institutions ou d'acteurs politiques, il a déjà été expliqué le rôle qu'a la Chancellerie dans la mise en œuvre des médiations ; une fois encore, elle ne doit pas dépendre de la couleur politique puisque les affaires qu'elle peut prendre en charge en droit pénal ne sont pas considérées comme assez graves pour intéresser ce dernier. Afin de régler ce dernier problème, le meilleur argument devrait être celui de sa légitimité ou de la qualité des médiations pénales exécutées et de leur efficacité dans la régulation des conflits, dans le respect du droit pénal et des droits des parties.

Aussi, un cumul entre les deux paradigmes est tout à fait envisageable, même si la seule observation de ces incompatibilités fait trop souvent office de l'exclusion de la médiation du droit pénal ; dès lors, il est primordial de faire savoir ces avantages, dont au niveau de la société civile et de l'opinion publique et de s'armer de patience pour que ces logiques aujourd'hui encore marginales puissent se démocratiser intelligemment.

418 - Décret du 1^{er} oct. 2010 n° 1165.

419 - Étude de terrain, A. BLANC, *op. cit.*, note 16.

Chapitre 2 : Procédures de médiation et compatibilités avec le droit pénal.

« La finalité courte de l'acte de juger est de trancher le conflit, la finalité longue est de contribuer à la paix sociale » – Paul RICOEUR⁴²⁰.

Afin d'aider le droit pénal à contribuer à apaiser les troubles à l'ordre public, la médiation, même pour les affaires les plus graves, pour ne pas dire surtout pour ces affaires⁴²¹, doit tenter de réguler la situation qui paraissait inconciliable, qu'il s'agisse d'une médiation anticipée ou intervenant pendant le processus pénal. D'une justice « violente » à une justice « non violente »⁴²², l'écart est abyssal mais répond à des objectifs similaires, qu'il faille rappeler les règles, apaiser les relations ou resocialiser ; pour cette raison, essentiellement, ces deux axiomes doivent être mis en œuvre cumulativement, « sans modérer le caractère délictueux de l'acte, ni se substituer à la prise en charge thérapeutique parfois nécessaire de l'agresseur »⁴²³. Avant de tirer de telles conclusions, il est faudra toutefois s'appliquer à relever les similitudes et complémentarités que recouvrent ces deux paradigmes (**S°1**). Après, il sera possible d'aborder une phase critique et propositionnelle pour voir concrètement comment, à quel moment et pour quelles affaires peut être pratiquée la médiation en droit pénal (**S°2**).

Section 1 : Détermination des éléments de complémentarité.

De nombreux points de convergence recoupent ces univers, dans leurs objectifs ou même dans leurs postulats, afin de répondre de manière efficace aux problèmes posés par les comportements délictueux, mais aussi de répondre convenablement aux victimes tout en leur permettant de participer au processus pénal. Si la médiation est bien encadrée et réalisée il ne peut y avoir de négociation faite avec les principes fondamentaux, puisque si l'on peut acquérir une nouvelle vision de l'autre, en le respectant, il ne peut y avoir de négation de sa souffrance et donc de ses droits ; la partie reconnue ne peut ainsi être lésée, tant auteur que victime d'une infraction pénale. En outre, ces deux univers ne sont pas si éloignés qu'il serait possible de le croire, partageant bon nombre de similitudes, quelquefois évoquées et qui doivent ici être recensées (**I.**), ces éléments s'ajoutant aux différences complémentaires⁴²⁴ permettant d'envisager leur compatibilité présentent une utilité certaine au niveau institutionnel et du point de vue des justiciables (**II.**).

I. Détermination des similitudes existant entre la médiation et le droit pénal.

La médiation et le droit pénal présentent des similitudes qui imposent de ne pas les considérer en adversaires, même s'ils mettent en œuvre des méthodes originellement différentes : entre pénalisation ou prise en considération du lien relationnel, ils ne sont pas totalement indépendants et tendent même à se rapprocher, au vu de l'histoire du droit pénal, qui est passé de la simple rétribution à l'enjeu de resocialisation. Ces similitudes se retrouvent à l'endroit de leurs postulats ou méthodes (**A.**), et de leurs objectifs (**B.**), car s'il est vrai que le droit pénal regarde plus vers le passé que vers l'avenir, il a amorcé un changement de direction, inscrivant cette « union paradigmatique » dans la continuité d'un processus déjà entamé.

420 - **B. BLOHORN-BRENEUR**, *op. cit.*, note 19.

421 - L'article 41-1 ne visant d'ailleurs pas d'infractions selon leur gravité, à la différence de 41-2 sur la composition pénale qui vise les « délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes ».

422 - **P. TRUCHE**, *op. cit.*, note 105.

423 - Analyse statistique, *Face à la conflictualité et à la violence, quelle efficacité de la médiation ?*, « La note de la Veille », Centre d'analyse statistique, juil. 2009, n° 147.

424 - Ref. Principe d'Etienne Le ROY de la *complémentarité des différences* ; Étude de terrain, **E. Le ROY**, *op. cit.*, note 37.

A). L'existence de postulats similaires et de méthodes en rapprochement :

Si la totalité de leurs postulats ou fondements philosophiques ne sont évidemment pas similaires, par exemple pour considérer ou non la bonté originelle de l'homme⁴²⁵, ou ceux concernant les méthodes à employer, ils se confondent à certains égards sans doute car connaissant tout deux des passions, de la violence ou de la ruse humaine. Quant aux méthodes, elles tendent elles à se rapprocher.

89° L'existence de postulats similaires : Leurs postulats se retrouvent en deux circonstances, relativement au respect des règles sociales et relativement à la limite posée à l'appréciation des comportements ou positionnements de chacun. D'une part, ils se retrouvent dans le fait qu'ils partagent la volonté de respecter les fondements que constituent les règles sociales, l'un classiquement en réagissant à la transgression de l'interdit par la sanction, l'autre en confrontant les parties concernées pour qu'elles s'expliquent sur les conséquences de cette même transgression. D'autre part, tant le droit pénal que la médiation s'accordent sur le postulat considérant qu'on ne doit et qu'on ne peut jamais tout reconnaître, même si les idées reçues tendent à reconnaître dans la médiation la faculté de pouvoir tout négocier ; en réalité, qui dit écoute ou possibilité d'expression ne dit pas nécessairement acceptation, si ce n'est de la différence, et au contraire cette ouverture peut permettre de comprendre la gravité de la transgression commise et en quoi un interdit social se justifiait.

90° L'existence de méthodes tendant au rapprochement : Quant à leurs méthodes, elles se rejoignent dans le respect accordé à chacun dans l'expression de son point de vue et dans le soucis de l'aider à y parvenir, en encadrant un temps de parole ou en faisant porter sa voix par un représentant. Sauf concernant ce principe de l'oralité partagé, il reste vrai que les méthodes mises en œuvre sont par essence différentes entre ces deux paradigmes. Toutefois, la pénalisation qui était la marque de ce droit qui en porte le nom s'efface de plus en plus nettement ; en effet, outre les mouvements de contractualisation du droit pénal ou de son utilisation détournée pour quelquefois sanctionner le non-respect de réglementations civiles ou commerciales, de nombreux comportements infractionnels sont en fait non condamnés, ou avec peu de sévérité, ou sans effectivité⁴²⁶. Par ailleurs, les fonctions de la peine elles-mêmes se rapprochent des méthodes de la médiation, ou inversement, orientées vers la rééducation du délinquant, vers sa resocialisation ou vers la réparation matérielle des victimes. Enfin, si la médiation est véritablement intégrée au droit pénal et de manière complémentaire, elle fera partie de ses méthodes, autant que le droit pénal est un des domaines de réalisation de la médiation.

B). L'existence d'objectifs similaires :

Les objectifs de la médiation et du droit pénal se croisent de plus en plus, notamment quant aux fonctions de la peine ou visant à gérer les conflits. Ce recoupement se matérialise dans l'objectif de pacification sociale qui peut être observé de deux manières, *via* la recherche d'un compromis, objectif partagé dans l'absolu par les deux paradigmes, et *via* l'objectif de pacification sociale ou celui visant à « rassembler la communauté des gens honnêtes », pour reprendre les termes de René Girard et d'Emile Durkheim⁴²⁷. D'ailleurs, même s'il est difficile d'être précis à ce sujet, la médiation permet de faire des gains financiers en diminuant la récidive potentielle des délinquants, outre les économies des frais et dépens des procédures classiques⁴²⁸.

91° La recherche partagée d'un compromis : Quelque soit la méthode choisie, la découverte d'un compromis est recherchée, tant pour la médiation qui espère que les médiateurs trouvent une solution à leur problème, que

425 - Pour HOBBS l'homme est mauvais par nature ; par voie de conséquence sont rendues nécessaires des règles et sanctions pour encadrer la vie en société ; T. HOBBS, *Le léviathan*, 1651.

426 - Sont souvent critiqués le manque de sévérité des peines prononcées, le manque d'effectivité des condamnations pénales, les peines étant souvent modifiées au niveau de la juridiction de l'application des peines, ou tout simplement n'étant pas exécutées.

427 - E. DURKHEIM et R. GIRARD (*supra*, p. 40).

428 - Analyse statistique, *op. cit.*, note 423.

pour le droit pénal et plus largement pour la justice à la lumière de sa mission de concorde. Cette recherche pouvant d'ailleurs prendre une autre forme : en droit pénal par exemple, le juge tenu de faire appliquer la loi ne cherche-t-il pas à protéger la société tout en protégeant les droits de la personne qui sera éventuellement condamnée ? En allant plus loin, pour que la peine soit utile à la société et au délinquant dans sa fonction de réinsertion, ne faudra-t-il pas qu'elle soit comprise par lui, et pour ce faire individualisée, voire en pratique amoindrie si cela peut lui être bénéfique ? Le juge comme le médiateur sont des tiers neutres et impartiaux qui s'efforcent de comprendre les parties, les premiers pour établir la vérité et fonder leur intime conviction ainsi que pour trouver la meilleure solution ; le seconds, s'inscrivant dans un paradigme disposant plus de souplesse afin de les aider à comprendre les causes de leurs conflits et à se positionner dans le sens d'une entente.

92° L'objectif de pacification sociale ou de rassemblement « la communauté des gens honnêtes » : Cet objectif partagé ne se limite évidemment pas à leurs univers, étant espéré par une grande partie des juristes, même si les praticiens ont pu rapidement se rendre compte de son impossible réalisation, et plus largement par sans doute une immense fraction de l'humanité. Quoi qu'il en soit pour le droit pénal ou la médiation, pour ces deux manières de « faire du droit », par l'unanimité violente ou par la confrontation dialogale, l'objectif ultime est de parvenir à assurer l'unité du groupe ; selon les cas l'exclusion de certains membres ou la tentative de leur transformation sera choisie, mais le dessein de rassembler « la communauté des gens honnêtes » demeure. Tenant compte de cela, même les méthodes lorsqu'elles ne sont pas similaires peuvent être complémentaires dans la mesure de leur bon agencement, autant que leurs objectifs politiques peuvent se superposer, qu'il s'agisse d'assurer la pérennité du pouvoir politique ou du développement d'un mode de régulation sociale responsabilisant. *De facto*, ces similitudes peuvent permettre à la complémentarité envisagée de se réaliser.

II. Domaines de réalisation de la complémentarité de ces paradigmes.

La complémentarité entre médiation et droit pénal peut se penser pour de bonnes ou pour de moins bonnes raisons. Dans cette dernière hypothèse la médiation, instrumentalisée, permet d'éviter les classements sans suite, d'assurer et de diversifier les réponses pénales, d'en diminuer la rigueur pour les auteurs et de leur éviter la publicité du jugement ; mais encore, de désengorger tant les juridictions que les prisons, de satisfaire les intérêts du marché de la médiation ou d'apporter une réponse aux policiers qui se sont investis pour des petites affaires, aux victimes et au lobbies qui en protègent les droits. Ces raisons, qualifiées de « mauvaises » parce que ne convenant ni à l'esprit du droit pénal ni à celui de la médiation, ont toutefois le mérite de plaider devant les autorités politiques en faveur de ce projet. Seulement il faut en réduire les incidences néfastes et favoriser les bonnes raisons qui permettent de penser le droit pénal dans son efficacité, sa célérité et dans son humanisation. Cette complémentarité se réalisant institutionnellement (**A.**), et quant aux justiciables (**B.**).

A). La complémentarité des paradigmes au niveau institutionnel :

Cette complémentarité peut se réaliser au niveau institutionnel et présente plusieurs formes d'utilités, théoriques pour apporter un réponse des plus complètes, et pratiques en tant que circuit de dérivation ou pour mettre fin au trouble si une des deux méthodes, seule, a été insuffisante.

93° La complémentarité théorique des paradigmes : Au niveau institutionnel, le droit pénal et la médiation assument des rôles différents et complémentaires, l'un sanctionnant pour répondre socialement à la transgression, l'autre visant à répondre au besoin de reconnaissance des médiateurs pris individuellement. De la sphère des rapports collectifs à celle des rapports privés, ces deux paradigmes agissent ensemble à la réalisation du « bien commun », recomposant les rapports entre l'Etat et la société civile, en raison de la

complexification de nos sociétés modernes et de l'effondrement des structures intermédiaires comme préalablement expliqué, remodelant la vision que l'on pouvait avoir de l'Etat-providence⁴²⁹. Délaissant le normatif pour favoriser l'ouverture à la relation, la médiation vient assurer cette reconnaissance, que ne peut assurer l'Etat, au sein de diverses sphères, comme a pu le présenter Axel Honneth, séparant schématiquement celle de l'amour, du droit et de la solidarité pour juger si une société est suffisamment bien-traitante⁴³⁰. Le projet politique de la médiation, qui a pour but d'accroître la confiance ou la bienveillance et de consolider le lien social, doit impérativement être perçu à la lumière de cette complémentarité avec les institutions étatiques ; il permet utilement d'identifier certaines de ses insuffisances et de proposer d'y palier en développant l'action sociale sans que le respect du contrat social ne peut être assuré.

94° La complémentarité pratique des paradigmes : Autrement, cette complémentarité se réalise et présente une certaine utilité en tant que « circuit de dérivation du contentieux »⁴³¹, afin « de guérir la justice de ses propres maux » en développant la justice amiable⁴³², voire outre le désencombrement, pour faire sortir la société française de sa logique belliqueuse⁴³³. Encore, cette complémentarité peut s'observer de façon plus pragmatique dans des affaires pénales où l'institution s'avère incapable de mettre fin au trouble constitué, même après une condamnation pénale, qu'il y ait récidive ou non, menaces ou d'autres signes peu prometteurs en termes de resocialisation. Dans ces hypothèses, il sera fortement utile de combiner les procédures de médiation avec le prononcé de peines ; il s'agirait de faire le lien entre la justice pénale et les condamnés, de dépasser le conflit et de faciliter leur reclassement, en permettant par exemple de rendre utile la période leur emprisonnement.

B). La complémentarité des paradigmes au niveau des justiciables :

Au niveau des justiciables, le droit pénal et la médiation en se cumulant permettent d'accorder une attention plus accrue aux justiciables, au bon endroit, rapidement et efficacement, surtout lorsque l'affaire n'est ni grave ni complexe. La médiation complètera les bienfaits du jugement tant pour l'auteur que pour la victime.

95° Entre efficacité pénale et apaisement social : D'abord, la médiation va, dans les cas où la justice en aura besoin, apporter une réponse plus consensuelle, rapide et facilitée, usant de son « caractère de mesure d'apaisement social », comme l'expliquent Roger Merle et André Vitu⁴³⁴. Quant à sa célérité, cette procédure apporte de la souplesse dans la gestion du temps par les parties et contribue à améliorer le fonctionnement de la justice, ce que souligne Jean-Baptiste Perrier⁴³⁵ ; relativement à son efficacité, cumulée à la justice étatique, elle simplifie le règlement des suites de l'infraction et affermit la certitude de ce règlement puisque les parties elles-mêmes auront élaboré la solution. *A contrario*, l'un sans l'autre pourrait perdre en efficacité, par trop de laxisme pour des affaires graves ou sans prise en compte du lien social ou de la souffrance vécue. Est ici effleuré l'aspect éducatif de la Justice, qui est fondamental tant les institutions qui doivent s'en charger n'y parviennent plus, qu'il s'agisse de l'école ou de la famille, imposant donc de ne pas être avare en ce domaine.

96° Entre nécessité du rappel autoritaire des normes pénales et nécessité d'humanisation de la réponse :

Il ne peut être discuté en une multitude de cas la nécessité de sanctionner celui qui a porté préjudice aux valeurs protégées par le droit pénal et par là même troublé l'ordre public. En parallèle la médiation, ce « mode de traitement de l'action publique et de l'action civile »⁴³⁶ qui rend spécifiquement possible le dialogue, complètera

429 - P. ROSANVALLON, *La Crise de l'État-providence*, Seuil, 1981.

430 - A. HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, Université de Frankfurt, Folio, 2013.

431 - B. OPPETIT, *op. cit.*, note 353.

432 - J.-B. PERRIER, *op. cit.*, note 349.

433 - L. CADIET, *Le spectre de la société contentieuse*, In *Droit civil*, « procédure » (en hommage à Gérard Cornu), 1994, Puf, p. 29 s.

434 - R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, note 192, n° 330.

435 - J.-B. PERRIER, *op. cit.*, note 349.

436 - M.-C. DESDEVISES, *op. cit.*, note 359.

le jugement qui aura traité le problème d'ordre symbolique posé par le dommage causé à la société ; en traitant le problème du lien entre les personnes et de celui de leur reconnaissance, elle leur donnera la capacité de reprendre en main leur vie en citoyens respectueux. Cette « humanisation de la justice », pour reprendre les termes de France Grou-Radenez⁴³⁷, concernant la victime, lui sera sans doute plus utile qu'une seule décision de culpabilité et qu'une indemnisation matérielle, en lui permettant de restaurer sa dignité par l'expression de ses souffrances ; de façon complémentaire, la matérialisation de la punition, l'aidera à « transformer sa souffrance en malheur »⁴³⁸, permettant un travail de résilience et de passer du statut de victime à celui « d'homme debout ». Il s'agit de façon coordonnée d'allier la stabilité et la sécurité qu'apportent le juridique avec les avantages de la médiation. Mais, comment tirer profit de ces similitudes et utilités sans porter préjudice aux impératifs de chacun de ces paradigmes ? En somme, il faut trouver un juste équilibre pour que cette collaboration permette de régler tant le problème juridique que le problème politique pour « sauver ceux qui ne sont pas des tortionnaires incurables »⁴³⁹, même s'il est toujours difficile de se confronter à l'humanité de l'infraacteur, tant l'horrible ou le « déviant » est traditionnellement et trop facilement exclu des murs de la « cité ».

Section 2 : Conséquences de la complémentarité et propositions.

Concrètement, la procédure de médiation pénale lorsque propice doit être proposée, en dépassant le « tabou de l'interdit d'une rencontre entre l'auteur et la victime ». Selon les cas, la médiation sera plus ou moins adaptée au contexte, que le crime traduise la révolte d'un individu contre la société, sa réaction à une situation qui lui était insupportable, sa volonté de suivre les *habitus* d'un groupe pour l'intégrer, de répondre à un état de nécessité par des moyens frauduleux, de s'enrichir par la ruse, etc. Et, lorsque des conditions seront réunies, principalement lorsque pourra s'exprimer la volonté de faire une médiation⁴⁴⁰ ou sera « chargé d'émotions » la discorde et que l'infraction s'y prêtera, ainsi que lorsque la sanction pénale s'avérera être peu utile, voire inutile, alors il sera cohérent de proposer aux parties en conflit de se faire part de leurs vérités, en plus d'assurer le règlement de leur litige du point de vue des normes juridiques.

Dans un article publié en 1992, Christine Lazerges demandait quel est « l'espace à réserver à la médiation dans un domaine où l'ordre public et les droits de l'homme sont en jeu »⁴⁴¹ ; pour répondre à cette interrogation, certains éléments doivent être pris en compte selon les moments de la procédure pénale où la médiation sera proposée et selon la gravité des faits reprochés. Dès lors, la médiation pénale pourra avec l'accord ou à la demande des des parties, servir la pacification sociale sans dénaturer le droit pénal⁴⁴² : avant le procès pénal, soit à titre préventif, soit à titre d'alternative aux classements sans suite (**I.**), et après le procès, sans se substituer à la peine qui aura été prononcée mais de façon complémentaire pour la rendre bénéfique (**I.**).

I. Les médiations réalisées en amont du procès pénal.

Lorsque la médiation est proposée en amont du procès pénal, son objectif premier est de pacifier pour éviter le procès, ce qui sera particulièrement utile pour les petites affaires qui n'intéressaient pas le prêteur mais qui lui sont aujourd'hui trop souvent portées⁴⁴³. En effet, le sentiment d'insécurité grandissant, en raison de la montée de l'individualisme, du fait que le capitalisme ne prenne pas en charge la création, le soin ou l'entretien des liens,

437 - F. GROU-RADENEZ, *La médiation pénale, une source d'humanisation de la justice*, Buenos Books International, Broché, 2010.

438 - A. GARAPON, F. GROS, T. PECH, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Odile Jacob, 2001, p. 110-111 : « Punir, c'est transformer une souffrance en malheur ».

439 - Réf. au Cours de *Concepts de l'anthropologie du droit*, G. NICOLAU, *op. cit.*, note 10.

440 - N. DION, *op. cit.*, note 49 : concernant les personnes désireuses de s'évader d'une spirale conflictuelle.

441 - C. LAZERGES, *op. cit.*, note 26.

442 - Comme en droit pénal des mineurs avec la médiation réparation qui peut être proposée lors de l'instruction ou du jugement une fois la culpabilité établie ; Ordo. 2 fevr. 1945, art. 12-1.

443 - L'adage devrait-il devenir : *De minimis curat praetor* ?

ou du fait de la perte du contrôle social par les communautés, la justice étatique est de plus en plus sollicitée et encombrée. Pour s'alléger, les troisièmes voies lui sont utiles, tout en matérialisant pour certains « l'abdication de l'Etat à l'égard de la petite délinquance », par « fatalisme ou par idéalisme »⁴⁴⁴. Concrètement, avant le procès pénal la médiation peut proposée à titre préventif, c'est-à-dire avant la commission d'une infraction, ensuite après qu'une infraction ait été commise mais avant que l'action publique n'ait été déclenchée, en tant qu'alternative aux classements sans suite **(A.)**. Enfin, elle pourra intervenir pour des infractions particulièrement graves, comme en matière de violences faites dans le cadre de relations conjugales qui méritent une attention particulière **(B)**. À ce titre deux remarques doivent être faites : d'abord, pour ce type de violences, une prise en charge rapide par plusieurs services est exigée, justifiant que ces médiations aient lieu en amont du procès pénal. Ensuite, plus généralement, il doit être affirmé que la médiation ne trouve pas ses limites dans la gravité de l'infraction considérée mais dans la volonté des parties d'y participer ; justement, plus l'atteinte sera conséquente plus la prise en charge du lien social et des émotions sera attendue⁴⁴⁵.

A). Les médiations préventives et alternatives aux classements sans suite :

Il faut ici distinguer les médiations purement préventives, des médiations alternatives aux classements sans suite. Dans les deux cas, elles pourront intervenir après la commission d'un délit trop mineur pour susciter le déclenchement des poursuites mais suffisamment révélateur de tensions pour que soit tenté un rapprochement entre les parties en conflit, et afin d'éviter la commission d'une infraction plus grave.

97° Les médiations réalisées à titre préventif avant la commission d'une infraction : À titre préventif, il serait restrictif de parler de médiations pénales puisqu'avant l'éclosion de conflits qualifiables de pénaux, des médiations peuvent intervenir dans plusieurs domaines, par exemple familial, professionnel ou culturel. Seulement, dans leur déroulé, elles auront parfois à connaître des conflits dont la teneur deviendra pénale. Ces médiations intervenant au moment de la genèse du conflit sont en principe mises en oeuvre par des organismes associatifs régionaux ou départementaux, de quartiers, ainsi que par les Maisons de justice et du droit et par les Antennes de justice intégrées aux services de la justice. Aussi, il est possible de citer quelques fonctions associées, telles que les agents de prévention et de médiation ou les correspondants de nuit qui se développent dans bon nombre de municipalités ou de contextes, mais sans pour autant toujours réaliser des médiations à proprement dire. Plus largement, des médiations que l'on peut dire « sauvages »⁴⁴⁶ peuvent intervenir en dehors des cadres institutionnalisés, composant le « chiffre blanc » de la médiation par opposition au « chiffre noir de la criminalité ». En tout état de cause, les médiations préventives interviennent à un moment privilégié en désamorçant tout risque d'explosion des tensions ou en ne laissant pas s'enkyster la violence, afin d'aider les personnes en discorde qui ne peuvent s'en sortir seules. Il peut ici être proposé d'intégrer dans les commissariats au moment de la déposition de mains courantes l'organisation d'une rencontre préliminaire en renvoyant les personnes vers des services intégrés à la justice ou associatifs⁴⁴⁷.

98° Les médiations réalisées de façon alternative aux classements sans suite : Il s'agit ici de l'hypothèse déjà approfondie au détour de l'analyse de la mise en oeuvre de l'article 41-1 alinéa 5 du Code de procédure pénale, correspondant à la pratique la plus courante des médiations pénales. Outre leur instrumentalisation

444 - S. VOISIN, *op. cit.*, note 405.

445 - J. MORINEAU, *op. cit.*, note 12 : la médiation peut fonctionner partout, par ex., la victime d'un viol réalisé par plusieurs agresseurs avait été orientée vers une structure associative d'aide aux victimes ; elle s'est ensuite guérie en se formant à la médiation à travers le travail réalisé pour les autres.

446 - ref. *Cours de Anthropologie des pouvoirs normatifs*, G. NICOLAU, *op. cit.*, note 158.

447 - En évitant toutefois que cette charge ne pèse sur les services de police, car ce n'est pas leur rôle, qu'ils n'y sont pas formés et qu'ils croulent déjà sous les obligations, surtout avec la réforme instaurant la contrainte pénale (projet de réforme de la procédure pénale de la Garde des Sceaux C. TAUBIRA, adopté en première lecture le 10 juin 2014) ; Étude de terrain, J. MORINEAU, *op. cit.*, note 82.

possible, il faut éviter les condamnations inutiles, notamment la réponse carcérale trop souvent automatique⁴⁴⁸, pour qu'en contre-partie les affaires qui le commandent puissent être traitées efficacement et dans un délai raisonnable. Malgré la corrélative création d'un droit pénal « à trois vitesses »⁴⁴⁹ opérant pour des affaires mineures un « glissement progressif d'un modèle axé sur la "punition" vers un modèle plus orienté vers la "réparation" », la réponse apportée aux parties en conflit pourrait être de meilleure qualité, dans la mesure de la bonne formation des médiateurs et du contrôle du déroulé des médiations. Enfin, si ces médiations sont exceptionnellement cumulées avec un procès, il paraît important qu'elles restent des alternatives aux classements sans suite et non aux poursuites pour ne pas donner aux parties aient le pouvoir par le biais de leur accord de décider indirectement de l'action publique, même si d'autres auteurs défendent l'inverse pour renforcer l'article 41-1⁴⁵⁰, ce qui n'est en soi dérisoire au vue de la qualité des mesures proposées ; aussi, la possibilité de cumul peut être pertinente pour certaines affaires où l'oeuvre autoritaire de la justice étatique doit faire son oeuvre sur certains délinquants et au vu de la fonction symbolique du droit pénal. Enfin, les médiations devraient ne pas pouvoir être entravées une fois les poursuites déclenchées, témoignant de la volonté de régler le conflit avant même tout jugement, comme il en est de rigueur au moment de l'instruction pour les mineurs.

B). Le cas particulier des violences conjugales faites aux femmes :

Ce choix d'étude se justifie par sa raisonance particulière, les violences conjugales étant un véritable fléau⁴⁵¹, et constituant sans doute pour la société une des infractions à la fois des plus abjectes tout en étant relativement courante. En outre, l'étude de ces formes de violences est tout à fait intéressante en termes de médiations puisque la possibilité d'y avoir recours est souvent limitée⁴⁵², alors que le dialogue entre victimes et auteurs est primordial⁴⁵³, dans la mesure de leur consentement tant la situation est grave et complexe⁴⁵⁴. D'ailleurs, il peut arriver que la victime ne soit pas seulement celle que l'on croit, la femme pouvant calomnier la famille de son époux, le poussant à bout, au delà du supportable, le conduisant à des gestes de violence pour la faire cesser⁴⁵⁵ ; alors, la médiation permet de sortir des catégories juridiques. Quoi qu'il en soit, la médiation pénale a été utilisée pour y remédier, et qu'elle ne constitue pas une « solution miracle » ne saurait justifier son éviction.

99° Présentation des violences conjugales faites aux femmes et des résultats en termes de médiations :

Ce type de violences est défini par les associations de défense comme un « processus au cours duquel, dans une relation de couple, l'homme exerce des comportements agressifs et destructeurs à l'encontre de la femme, afin de la contrôler et de la dominer »⁴⁵⁶. Pouvant prendre plusieurs formes⁴⁵⁷, cette violence nécessite lorsque

448 - E. DREYER, *op. cit.*, note 376 ; ref. D. SALAS, *La volonté de punir, essai sur le populisme pénal*, Hachette, 2005, p. 162.

449 - Il y aurait le droit pénal classique, le droit pénal contraventionnel et entre les deux un droit pénal pour des délits de faible gravité.

450 - J.-B. PERRIER, *Alternatives aux poursuites : l'orthodoxie juridique face à l'opportunité pratique*, Recueil Dalloz, 2011, p. 2349 ; cet auteur ne voit pas l'intérêt de l'intervention du juge pénal alors que les objectifs de mettre fin au trouble ou de reclassement de l'auteur ont été réalisés par la réussite de la mesure.

451 - Il s'agit d'un « authentique problème de santé publique » selon l'Organisation mondiale de la santé (OMS) ; L.

RAKOTOMAHANINA, B. GRÉGOIRE, M. AUBERT, F. CARNINO, P. FORNES, A. SOUSSY, *Réflexions sur l'efficacité de la médiation pénale dans les violences conjugales faites aux femmes*, Gaz. Pal., 29 déc. 2005, n° 363, p. 5 s. ; étude menée sur 235 dossiers de femmes victimes de violences conjugales pendant l'année 2004, dans le Val-de-Marne, en collaboration avec l'Unité de consultations médico-judiciaires et le Service régional d'action judiciaire et d'insertion ; *Le Monde*, 121 femmes mortes sous les coups de leurs conjoints en 2013, 13 mai 2014 [http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2014/05/13/121-femmes-mortes-sous-les-coups-de-leur-conjoint-en-2013_4415760_4355770.html].

452 - Par ex. : projet de loi *sur l'égalité entre les femmes et les hommes* adopté avec modifications en 2^e lecture par le Sénat le 17 avril 2014 ; proposition de loi renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes, dont l'article 16 limite le recours à la médiation pénale en cas de violences commises au sein du couple.

453 - En tout cas peut permettre à la victime d'exprimer sa rage et sa douleur, de la faire-savoir, et cela peut avoir une influence non-négligeable sur l'auteur.

454 - Depuis le Code pénal de 1994, ces violences ne peuvent plus être qualifiées de contraventionnelles car les violences survenant en milieu conjugal sont considérées comme une circonstance aggravante, et quelque soit le nombre de jours d'ITT elles seront traitées au minimum comme des délits.

455 - Étude de terrain, J. MORINEAU, *op. cit.*, note 82 : ex. de médiation où il apparaît clairement que les conflits peuvent être plus subtiles qu'il n'y paraît.

456 - L. RAKOTOMAHANINA, B. GRÉGOIRE, M. AUBERT, F. CARNINO, P. FORNES, A. SOUSSY, *op. cit.*, note 451.

457 - Par ex. : verbales, psychologiques, physiques, sexuelles ou économiques.

faisant l'objet de médiations tout particulièrement la présence de médiateurs compétents, pour qu'un terme y soit mit, pour que l'expression de la souffrance intervienne et pour que le lien du couple puisse éventuellement être rétabli sans faux-semblants⁴⁵⁸ ; sinon les médiateurs pourront signifier l'échec de la médiation et s'ensuivront des mesures judiciaires pour faire cesser le trouble et pour éviter la récurrence. Sur les 235 cas de violences observés dans une étude de 2005⁴⁵⁹, seulement 58 n'ont pas donné lieu à une médiation, à 72 % en raison du refus de la plaignante⁴⁶⁰ ; aussi, seulement 20 cas sur 177 ayant fait l'objet d'une médiation ont connu un nouveau dépôt de plainte, révélant ainsi un portrait séduisant de l'efficacité de la mesure. D'ailleurs, comme l'a écrit Paul Ricoeur, « derrière la clameur de la victime, se trouve une souffrance qui crie moins vengeance que récit »⁴⁶¹.

100° Critiques de la mise en œuvre de médiations en présence de ce type de violences : Bien que des intérêts soient reconnus à la médiation⁴⁶², quelques limites sont présentées, tenant évidemment au refus des parties, puis de la difficulté de mener à bien une médiation de ce type, ou en raison de la récurrence, qui on l'a vu en termes de chiffre est pourtant marginale. De façon plus incisive, il est à juste titre demandé de l'écartier lorsque la vie de la victime ou de graves séquelles sont en jeu, notamment lorsque l'ITT est supérieure à 8 jours⁴⁶³, lorsque les victimes sont vulnérables du fait de leur âge, ou en cas de violences associées, par exemple physiques et sexuelles ; plus généralement, lorsque « l'emprise de l'homme sur sa victime est forte », dernier critère difficile à apprécier. À un autre niveau, il transparait de ces hypothèses que si la médiation ne doit pas exclure les poursuites pénales, elle peut être cumulée avec elles. Concernant le mis en cause, la médiation pourrait parfaitement se conjuguer avec des mesures tant dissuasives que répressives, d'éloignement ou en amont préventives. Dans cette logique, il faudrait que la médiation soit proposée non seulement en amont du procès, mais aussi pendant ou en aval, que ce soit entre la condamnation et le prononcé de la peine ou après son prononcé, pour entamer ou continuer le travail entamé. Enfin, il est possible de prévoir des médiations indirectes, tant il peut être difficile de surmonter la violence morale ou physique pour s'adresser à l'auteur⁴⁶⁴.

II. Proposition de médiations réalisées en aval du procès pénal.

La médiation devrait pouvoir être proposée en aval du procès pénal, après le jugement de condamnation. Deux moments peuvent toutefois être distingués, entre la déclaration de culpabilité et le prononcé de la peine, c'est-à-dire au moment de la césure du procès pénal, d'ailleurs permise par la réforme pénale votée le 6 Juin 2014⁴⁶⁵, comme en droit pénal des mineurs⁴⁶⁶ **(A)**, ou après le prononcé de la peine, c'est-à-dire au moment de l'application des peines, durant l'emprisonnement ou la réclusion notamment **(B)**, pour « concilier responsabilité (de toutes les parties à un conflit) et dynamique sociale positive »⁴⁶⁷ dans le respect de l'identité du droit pénal.

458 - L. RAKOTOMAHANINA, B. GRÉGOIRE, M. AUBERT, F. CARNINO, P. FORNES, A. SOUSSY, *op. cit.*, note 451. : « la victime qui peut être "paralysée" par la peur de son agresseur (...). Dans ce cas, aucun dialogue franc n'est possible ; ou bien, elle peut se voiler la face en faisant croire que tout va bien ».

459 - *Ibid.*

460 - Ce refus pouvant notamment s'expliquer par le fait qu'elle ne croit pas à l'efficacité de la mesure, par crainte de se sentir lésée en étant mise sur le même piédestal que son agresseur, par crainte de l'affronter ou par perte de confiance dans le système judiciaire.

461 - P. RICOEUR, *Le juste*, Esprit, 1995, p. 193 s.

462 - Permettant de donner une suite rapide à la plainte de la victime (de quelques jours à 3 mois maximum après le dépôt de plainte dans la présente étude), de rétablir le dialogue voire restaurer le lien du couple et étant « idéale pour une femme non préparée à une rupture brutale de son couple, par une mesure répressive comme la prison ».

463 - Ce critère peut être appliqué à d'autres types de violences physiques mais ne saurait à lui seul écarter l'éventualité d'une médiation puisque par bon sens la gravité de l'acte légitime de façon exponentielle la mise en œuvre de tous les moyens, de répression ou de médiation, qui permettraient de mettre fin au trouble et de reclasser l'agresseur. En outre, ce critère ne saurait se suffire à lui-même car les violences peuvent d'une part être graves sans être physiques et car d'autre part la frontière entre les ITT inférieures ou supérieures à 8 jours est fine et reste en dernier lieu de l'avis d'un praticien du monde médical.

464 - Étude de terrain, C. LAZERGES, *op. cit.*, note 20 : réticente en raison de cette difficulté mais reconnaît qu'il ne serait pas inintéressant de les réaliser dans la mesure de l'accord de la victime et même de manière indirecte.

465 - Cf. CNCDDH, *Avis sur le projet de loi relatif à la prévention de la récurrence et à l'individualisation des peines*, Ass., 27 mars 2014.

466 - Existente en cette matière deux phases : une première phase portant sur la déclaration de culpabilité et l'indemnisation de la victime, et une deuxième sur le prononcé de la peine.

467 - C. MINCKE, *op. cit.*, note 107.

A). La médiation proposée entre la déclaration de culpabilité et le prononcé de la peine :

Au moment de la césure, la médiation peut être proposée dans le cadre de la contrainte pénale, pour « penser la peine autrement »⁴⁶⁸ ; cette faculté présente de grands avantages et quelques critiques qu'il faudra exposer.

101° Présentation du système de la césure permettant de mettre en œuvre des médiations pénales :

Cette césure n'est pas nouvelle, déjà appliquée en droit pénal des mineurs ou développée par Marc Ancel⁴⁶⁹ pour repenser la peine et le procès pénal. Techniquement, il s'agit d'organiser le procès en deux temps, avec une première audience qui établira la culpabilité et prononcera les réparations pour la victime, puis une seconde qui aura lieu après quelques temps, jusqu'à quatre mois en cette matière, pour décider de la sanction de façon plus adéquate en ayant pu avoir une meilleure connaissance de l'individu qui sera condamné. En d'autres termes, la médiation pourra être proposée, sans déroger aux principes du droit criminel, la culpabilité ayant rigoureusement été établie ou les droits de la défense garantis. Par ailleurs, si la médiation est réussie, et ce sous le contrôle de magistrats, et que la situation est véritablement apaisée, le prononcé d'une peine trop rigoureuse ne sera pas utile, et permettra aussi de ne pas encombrer plus encore les prisons dans des cas qui ne les rendent pas nécessaires ; la réponse semblant en outre plus adaptée que la privation de liberté qui déplace le problème de socialisation sans s'attacher à en régler les causes. Enfin, la médiation peut permettre des aveux pour conforter la vérité judiciaire, parfois aléatoire ou pouvant seulement dépendre de témoignages ou d'expertises, plus attendus évidemment qu'une condamnation sans reconnaissance des faits⁴⁷⁰.

102° Les critiques de ce dispositif : Même si les procédures peuvent être accélérées, la médiation peut apparaître comme une alternative à la sanction qui dépendrait du bon vouloir du coupable, et le sentiment d'impunité peut perdurer. Il faut qu'un contrôle rigoureux soit opéré afin de vérifier que la peine prononcée soit bien adaptée à la situation réelle qui aura pu évoluer, sachant qu'il est difficile d'évaluer la réussite d'une médiation ; il faudra vérifier qu'il s'est bien responsabilisé et que le processus pénal, sa reconnaissance de culpabilité et les mesures entamées ont porté leurs fruits. À l'inverse, ce dispositif pourra être considéré comme ayant fait perdre du temps aux services de la justice, même si la réponse pénale aura été améliorée qualitativement. En tout cas, il ne faudra pas que la médiation soit une alternative à la peine, pour ne pas retomber dans les travers des « mauvaises raisons » qui décident des médiations en tant qu'alternatives aux classements sans suite et parce que la culpabilité a été établie. Par contre, entre la période de déclaration de la culpabilité et le prononcé de la peine, « rien n'empêche de tenter quelque chose »⁴⁷¹, ne serait-ce qu'afin d'encourager la réinsertion de l'auteur ou de la victime, cette dernière espérant sans doute plus qu'une reconnaissance de culpabilité ou financière, sinon une reconnaissance de sa souffrance par l'auteur.

B). Après le prononcé de la peine :

Après le prononcé de la peine, bien qu'une fois en prison il soit plus difficile d'organiser des rencontres avec des victimes, qui devraient « visiter leurs agresseurs en prison », la demande existe car ce besoin de rencontre peut sans surprise survenir à tout moment. Finalement, une médiation pourra être réalisée après même que la peine ait été effectuée, par exemple dans la continuation de mesures entamées pour préparer la sortie de prison, dans l'intérêt du condamné et des victimes potentielles⁴⁷².

468 - Étude de terrain, A. BLANC, *op. cit.*, note 16.

469 - M. ANCEL, *La césure du procès pénal*, In « Les problèmes contemporains de la procédure pénale », Paris, Sirey, 1964.

470 - Par ex. Après la condamnation de Maurice Agnelet à 20 ans de réclusion criminelle, déclaration de Jean-Claude Le Roux : « on a gagné ce qu'on pouvait espérer gagner, c'est-à-dire une vérité judiciaire ce qui n'est quand même pas grand chose », (11 avr. 2014).

471 - Étude de terrain, C. LAZERGÈS, *op. cit.*, note 20.

472 - Dir. R. CARIO, *Les Rencontres détenus-victimes, l'humanité retrouvée*, L'Harmattan, Paris, 2012.

103° Les médiations intervenant pendant la peine : Une fois la condamnation prononcée, il s'agit de faire en sorte que l'application du droit pénal puisse être pleinement effective. Relativement à l'auteur, il faut que la peine lui soit utile, à titre personnel, et plus généralement qu'elle permette de lutter contre la récidive. Par exemple, il pourra lui être proposée une éventuelle libération conditionnelle « sous contrainte » de la réalisation de certaines obligations, d'évitement de la victime ou de rencontres si les parties sont d'accord. Non plus en tant que peine de probation, c'est l'aménagement de la peine qui aura pour fonction d'éviter les sorties « sèches » de prison, au deux tiers de la peine et avec intervention et examen du juge d'application des peines. Ces médiations intégrées au système ne tiennent plus dans la « confrontation idéologique de modèles qui s'opposent mais (...) dans des rapports de complémentarité entre une institution judiciaire qui continue à fonctionner de façon traditionnelle et une institution parallèle qui (permet) de procéder à ce que l'institution ne sait plus faire, c'est à dire à rechercher le sens des conflits dans lesquels sont empêtrés les gens. Et ce travail sur le sens des conflits, seule la médiation à l'heure actuelle est capable de le faire » ; apportant aux justiciables un supplément d'âme considérable⁴⁷³, elle peut permettre au condamné de faire amende honorable, c'est-à-dire de participer au processus de rétablissement ou de prise de conscience répondant au besoin de reconnaître les torts causés et de tout mettre en œuvre pour les réparer.

104° Les médiations intervenant après la peine : À ce moment ultime qui dépasse le cadre du processus pénal, mais que ce dernier prépare, la médiation présente un dernier intérêt pour la justice qui souhaitera la réinsertion du condamné, mais aussi ne pas porter préjudice à son univers social, par exemple suite à la perte des revenus qu'apportait au foyer un membre de la famille emprisonné, ou en présence de conflits déchirants⁴⁷⁴. Supportées essentiellement par la société civile, ces médiations présentent toujours un intérêt pour les victimes ayant peur de représailles ou étant toujours en état de souffrance ; elles peuvent encore une fois être réalisées de manière indirecte. Plus largement, en France si l'aspect rétributif de la peine est encore fort, car « on fait mal à ceux qui ont fait mal »⁴⁷⁵, une fois la peine purgée, rien n'empêche de tenter une médiation.

Ces médiations qui au fur et à mesure se développent dans la procédure pénale française, s'inscrivent dans un mouvement politique et de société plus large qui prône l'humanisation des rapports à l'autre et l'importance de repenser la justice. Au niveau criminel, il s'en est suivi la création du Conseil national d'exécution de la peine (CNEP), installé le 29 Janvier 2014 par l'actuelle Garde des Sceaux, qui vise à faire évoluer la vision uniquement carcérale de la sanction pénale ; composé de représentants de la société civile, dont Louis Gallois commissaire général à l'investissement, Laurent Mucchieli sociologue et criminologue, ou Michèle de Kerckhove présidente de l'INAVEM, il est chargé de s'interroger sur la place de la sanction et sur celle des personnes condamnées⁴⁷⁶, à l'aune d'une justice modernisée.

473 - **J. FAGET**, *op. cit.*, note 62.

474 - Étude de terrain, **J. MORINEAU**, *op. cit.*, note 82 : elle racontait une affaire où le Juge d'application des peines de Créteil, officieusement pour éviter le risque de récidive, lui avait demandé d'organiser une médiation entre un père et son fils qui avait tenté de l'assassiner et allait sortir de prison ; la souffrance de chacun s'est exprimée, puis la volonté d'aller de l'avant, et il a été décidé avec la mère qu'il reviendrait au foyer dans les premiers temps lorsque le père ne serait pas là, puis au fur et à mesure en même temps, ce qui s'est produit, déterminant le succès de la médiation.

475 - Réf. au Cours d'*Anthropologie des pouvoirs normatifs*, **Mme Gilda NICOLAU**, *op. cit.*, note 159 : Parfois même au vu de l'état des prisons « on se demande s'il n'y a pas une escalade de la violence ».

476 - **A. DUMOURIER**, *Installation du Conseil national de l'exécution de la peine*, *Le Monde du Droit*, 30 janv. 2014.

CONCLUSION.

« L'homme est le terme unique d'où il faut partir et auquel il faut tout ramener » – Denis DIDEROT⁴⁷⁷.

La médiation n'est autre qu'un de ces grands projets à mener, qui se situe à la charnière du droit et des passions de l'homme, assurant l'un en considérant les autres. Seulement, comme toute notion des troubles se font sur son sens et c'est un esprit qu'il faudra cerner pour en porter la cause.

Entre craintes et espoirs, une foule de conceptions de ce que pourrait être la « Justice de demain » alimentent sans cesse le corpus des réflexions juridiques ; pareillement, des pratiques de plusieurs ordres émergent sans organisation réelle. Par des choix législatifs, certaines seront conservées au détriment d'autres, non forcément en raison de leurs qualités intrinsèques sinon parfois en raison de considérations gestionnaires.

Dans ce contexte, il est permis de se demander quelles seront les valeurs retenues, en espérant qu'elles soient les plus modérées possible.

Aujourd'hui, deux mouvements contradictoires se dessinent : d'un côté, d'organisation d'une justice étatique plus proche des citoyens, plus rapide, moins chère. D'un autre côté, d'internationalisation des ordres juridiques, en même temps que des échanges. Chamboulant les paysages juridiques et sociaux, découvrant l'inconnu du monde de demain, ces évolutions éveillent sans doute plus les tremblements que de calme, et imposent une prise de conscience puis de décision commune.

Quoi qu'il en soit, pour progresser vers cette « Justice du XXI^e » siècle il faudra s'armer de d'humilité et de patience, pour ne pas détruire les fondations sur lesquelles il est à propos de construire. Il faudra privilégier la continuité à la rupture, en s'appliquant à mettre en œuvre les principes de complémentarité et de coordination.

1. La médiation :

La médiation, comme tout paradigme présente certains écueils mais a toutefois le mérite de prendre « l'homme comme une fin et comme une valeur supérieure »⁴⁷⁸ sans négliger les univers au sein desquels elle intervient. Par ses valeurs et du fait de sa souplesse, elle présente un potentiel d'adaptation tout à fait remarquable mais nécessite d'être au mieux organisée pour ne pas desservir le projet qu'elle révèle.

2. La médiation confrontée au droit pénal :

Confrontée au droit pénal, selon la manière dont elle sera agencée, elle pourra soit l'aider à mener à bien ses objectifs soit lui porter préjudice. Pour éviter ce dernier cas, il semble qu'un juste équilibre doive être trouvé entre l'organisation du respect de l'ordre public pénal et l'organisation de scènes de dialogue qui prendront en charge le lien relationnel.

3. La médiation alliée au droit pénal :

Alliée au droit pénal, ces deux paradigmes ne peuvent que se renforcer, l'un et l'autre, se servant mutuellement, en assurant le respect des règles sociales et en réservant sa place à l'homme. En somme, il faudra trouver ce point médiant qui ne sépare pas mais qui combine l'action adjudicatrice des institutions de l'Etat et la volonté de répondre aux individualités en présence. Il ne faudra ni négliger les causes ni les conséquences, ni les éléments

477 - D. DIDEROT, art. « *Encyclopédie* », In L'Encyclopédie, 1751-1772.

478 - J.-P. SARTRE, *L'existentialisme est un humanisme*, 1945.

passés justifiant une sanction ni ceux futurs appelant à l'apaisement et à la socialisation.

Certainement, la justice de demain se fera avec ce type de processus, comme le soutenait le bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris, pour qui elle ne sera en tout cas plus à trois temps : « à la séquence contrat, crise et juge, s'ajoutera un nouveau temps entre la crise et le juge, celui de la médiation »⁴⁷⁹. Mais surtout, il faut qu'elle se fasse en renouant avec son sens originel.

Albert Camus écrivait : « Les Grecs qui se sont interrogés pendant des siècles sur ce qui est juste ne pourraient rien comprendre à notre idée de la justice. L'équité, pour eux, supposait une limite tandis que tout notre continent se convulse à la recherche d'une justice qu'il veut totale »⁴⁸⁰.

Il faut qu'elle renoue avec sa mesure, avec la mesure de toute chose⁴⁸¹.

479 - P.-O. SÛR, discours de présentation des vœux aux corps constitués, Ordre des Avocats de Paris [<http://www.lemondedudroit.fr/institutions-associations-reseaux/184979-voeux-du-barreau-de-paris-aux-corps-constitues.html>].

480 - A. CAMUS, *L'Été, L'Exil d'Hélène*, 1963.

481 - Ref. PLATON, *Protagoras*, Flammarion, 1997.

Bibliographie

ÉTUDES DE TERRAIN :

- Étude de terrain, Conférence n° 1, *Sur la médiation*, du 21 nov. 2013, F. VERT, M. GUILLAUME-HOFNUNG, E. Le ROY, LAJP, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.
- Étude de terrain, Conférence n° 2, *Sur le droit pénal et sur les Cours d'assises*, du 25 nov. 2013, Alain BLANC, président de Cour d'assise et président de l'Association française de criminologie, LAJP, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.
- Étude de terrain, Formation à la médiation avec le CMFM, les 7 et 8 déc. 2013.
- Étude de terrain, Formation à la médiation avec le CNAM, du 6 et 13 janv. 2014.
- Étude de terrain, Correspondance sur la médiation avec Mme Gilda NICOLAU, févr. 2014.
- Étude de terrain, Entretien réalisé le 8 avr. 2014 avec Mme Christine LAZERGES, présidente de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) et professeur de Droit privé et sciences criminelles à Paris 1 Panthéon Sorbonne.
- Étude de terrain, Entretien réalisé le 11 avr. 2014 avec Mme Jacqueline MORINEAU, médiatrice et créatrice du Centre de médiation et de formation à la médiation (CMFM).
- Étude de terrain, Entretien réalisé le 28 mars 2014 avec M. Etienne Le ROY, professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, spec. en Anthropologie du droit et en Histoire des institutions.

COURS :

- Réf. au Cours de *Concepts de l'anthropologie du droit*, dispensé par le Professeur Mme Gilda NICOLAU, dans le cadre du Master 2 d'Anthropologie du droit à l'Université Paris 1, Panthéon Sorbonne, 2013-2014.
- Réf. au Cours de *Anthropologie des pouvoirs normatifs*, dispensé par le Professeur Mme Gilda NICOLAU, dans le cadre du Master 2 d'Anthropologie du droit à l'Université Paris 1, Panthéon Sorbonne, 2013-2014.
- Réf. au Cours de *Politiques Criminelles*, dispensé par M. Denis SALAS, dans le cadre du Master d'Anthropologie du droit à l'Université Paris 1, Panthéon Sorbonne, 2013-2014.
- Réf. au Cours de *Droit pénal général*, dispensé par le Professeur M. Marc SEGONDS, dans le cadre du Master 2 de Droit pénal et sciences criminelles à l'Université de Toulouse UT1 Capitole, 2012-2013.
- Réf. au Cours de *Politique criminelle*, dispensé par le Professeur M. Bertrand De LAMY, dans le cadre du Master 2 de Droit pénal et sciences criminelles à l'Université de Toulouse UT1 Capitole, 2012-2013.
- Réf. au Cours de *Procédure pénale*, dispensé par le Professeur M. Bertrand De LAMY, dans le cadre du Master 1 de Droit privé, droit pénal et carrières judiciaires à l'Université de Toulouse UT1 Capitole, 2011-2012.
- Réf. au Cours de *Droit pénal des affaires*, dispensé par le Professeur M. Bertrand De LAMY, dans le cadre du Master 1 de Droit privé, droit pénal et carrières judiciaires à l'Université de Toulouse UT1 Capitole, 2011-2012.

VIDÉOS :

- M. AUDIARD, dans le film *Pile ou face*, de Robert Enrico, (dialogues), 1980.
- J. FAGET, *La médiation pénale : une innovation en trompe l'œil ?*, IEP de Bordeaux, XIIIe colloque de l'AICLF (Université de Montréal), du 13 au 15 mai 2012, [<https://www.youtube.com/watch?v=B2euAcrHR1E>].
- E. LE ROY, *Anthropologie du droit - Etienne Le Roy*, 20 déc. 2012 [<http://www.youtube.com/watch?v=U4rDt0-pQG8>].

OUVRAGES / ARTICLES :

- M. ALLIOT, *Anthropologie et juridique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit*, Bull. de liaison du LAJP, n° 1983, p. 83-117.
- M. ANCEL, *La césure du procès pénal*, In « Les problèmes contemporains de la procédure pénale », Paris, Sirey, 1964.
- M. ANCEL, *La Défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste*, 1954, Cujas, Paris.
- H. ARENDT, *Penser l'évènement*, Belin, 1989.
- A.-J. ARNAUD, *Pluralisme*, In « Dictionnaire de théorie et de sociologie du droit », 2^e éd. 1993, LGDJ.

- A. BARATTA, *Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal*, In *Déviance et société*, vol. 15, 1991.
- R. BARBIER, *L'approche transversale. L'écoute sensible*, Anthropos, Paris, 1997, p 146.
- J. BARBIN, *Juge de Paix*, In *Encyclopædia Universalis*, [<http://www.universalis.fr/encyclopedie/juge-de-paix/>].
- C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764.
- R. BERG, *Médiation pénale*, Rep. pén. Dalloz, n° 111.
- B. BÉRNABÉ, *Modes amiables de résolution des différends et conciliation par le juge*, In « *Annonces de la seine* », T. comm. de Paris, 22 janv. 2014.
- G. BLANC, *La médiation pénale (commentaire de l'article 6 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale)*, In *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 18, 4 mai 1994, I. 3760.
- B. BLOHORN-BRENNEUR, *Justice étatique et médiation*, In « *La médiation. Entre renouvellement de l'offre de justice et droit* », *Jurisprudence Revue critique*, dir. G. NICOLAU, 2013, p. 31 s.
- Béatrice BLOHORN-BRENNEUR, *La médiation judiciaire : vers un nouvel esprit des lois dans les conflits individuels du travail*, *Gaz. Pal.*, 2 juill. 1998, p. 821.
- E. De La BOETIE, *Discours de la servitude volontaire*, 1548.
- J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, J. DAHAN, J. SALZER, M. SOUQUET et J.-P. VOUCHE, *La médiation*, In « *Les médiations* », Érès, coll. Trajets, 1999, p. 10.
- J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux Etats-Unis*, LGDJ, coll. Droit et société, 2010.
- J. BOUFFARTIGUE, A.-M. DELRIEU, *Trésors des racines latines*, Belin, 2008.
- B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, n°595.
- J. BOYER, *JCP* 1993, éd. G., III, 64891, act. n° 6.
- L. CADIET, *Le spectre de la société contentieuse*, In *Droit civil, procédure (en hommage à Gérard Cornu)*, 1994, Puf, p. 29 s.
- A. CAMUS, *L'Eté, L'Exil d'Hélène*, 1963.
- J.-M. CARBASSE, *Les 100 Dates du Droit*, coll. « *Que sais-je ?* », Puf, 1^e éd., juin 2011, p. 11 et 12.
- J. CARBONNIER, *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., coll. *Anthologie du Droit*.
- Dir. R. CARIO, *Les Rencontres détenus-victimes, l'humanité retrouvée*, L'Harmattan, Paris, 2012.
- D.-W. CARRITHERS. *La philosophie pénale de Montesquieu*, In *Revue Montesquieu*, 1997.
- F. CHENG, *Le Livre du vide médian*, Albin Michel, 2009, p 8 s.
- F. CHOPIN, *Vers un nouveau modèle de justice pénale ?*, in *Mél. R. Gassin, PUAM*, 2007, p. 283.
- P. CONTE et P. MAISTRE Du CHAMBON, *Droit pénal général*, Masson et Armand Colin, 7^e éd.
- G. CORNU, *Médiation*, In « *Vocabulaire juridique* », Puf, 2000, 8^e éd., p. 546.
- J.-M. COULON, *Du rapport Coulon au rapport Magendie*, In « *Le nouveau Code de procédure civile* », (dir. Jean Foyer et Catherine Puigelier), éd. Economica, 2006.
- M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Puf, coll. *Thémis*, Paris 1992, p. 147 s.
- M.-C. DESDEVISES, *Réparer ou punir : la médiation pénale*, *Petites affiches*, 25 août 1997, n° 102, p. 3 s.
- F. DESPREZ, *Dalloz*, 2011, n° 2379.
- D. DIDEROT, art. « *Encyclopédie* », In *L'Encyclopédie, 1751-1772*.
- N. DION, *L'esprit de la médiation*, *Gaz. Pal.*, 24 déc. 2013, n° 358, p. 5 s.
- C. DOURLENS, P. VIDAL-NAQUET, *L'autorité comme prestation. La justice et la police dans la politique de la ville*, CERPE, 1993, p.55.
- E. DREYER, *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 14, 2 avr. 2008.
- L. DUMONT, *Essais sur l'individualisme, une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Le Seuil, 1983.
- A. DUMOURIER, *Installation du Conseil national de l'exécution de la peine*, *Le Monde du Droit*, 30 janv. 2014.
- E. DURKHEIM, *Définitions du crime et fonction du châtement*, 1893.
- C. EBERHARD, *L'impact méthodologique de l'analyse plurale dans l'étude anthropologiques des cultures juridiques*, *DHDI*, p. 66 s.
- ÉSOPE, *Héraclès et Athéna*, In « *Fables* », Albin Michel, 2003.
- J. FEINBERG, *Doing and Deserving*, Princeton, coll. Princeton University Press, 1970.
- M. FOUCAULT, *Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma mère, ma soeur et mon frère*, 1973.
- M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1993.
- E. GARÇON, *La légitime défense, principes généraux*, In « *Code pénal annoté* », sur l'article 328, 1^{ere} éd., Paris 1901.

- R. GARRAUD, *Traité de l'instruction criminelle*, L'objet de la procédure pénale, Paris 1907, T.I, p. 3 et s.
- R. GASSIN, *Criminologie*, Précis Dalloz, 2^e éd., 1990, p. 385.
- R. GASSIN, *Les fonctions sociales de la sanction pénale dans le nouveau Code pénal*, In Les cahiers de la sécurité intérieure, n°18, 1994.
- René GIRARD, *Le bouc émissaire*, Livre de Poche, 1989.
- C. GIRAUD, *L'action commune*, L'Harmattan, Paris 1993.
- J. GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, 1935.
- M. GUILLAUME-HOFNUNG, *Discours d'installation du groupe médiation de la Cour d'appel de Paris*, (avec J.-C. Magendie), ENM / CA Paris, 11 déc. 2008.
- M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, coll. « Que sais-je ? », Puf, 6^e éd., 2012
- S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Dalloz, 2008, p. 1748 s.
- J. HABERMAS, *Morale et communication, Théorie de l'agir communicationnel*, t. 2, Paris, Fayard, 1987 ; et, *De l'éthique de la discussion*, Paris, « champs », Flammarion, 1992.
- J.-P. HIRSCH, *La Nuit du 4 août*, Paris, Gallimard-Juliard, coll. Archives, 1978.
- A. HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, Université de Frankfort, Folio, 2013.
- V. HUGO, *Notre-Dame de Paris*, 1834.
- N. HUMPHRIS, *La justice des mineurs*, Thèse, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2007.
- G. JAKOBS, *Strafrecht*, Berlin, 1983.
- A. JEAMMAUD, « *Conflit / litige* », p. 255-257, In D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy, Puf, 2003.
- W. JEANDIDIER, *Les théories pénales du Code pénal de 1810 à nos jours*, In « Droit pénal général », 2^e éd., Paris, 1991.
- R. v. JHERING, *Der Geist des römischen Rechts*, (1852-1865).
- F. JULIEN, *Traité de l'efficacité*, Grasset, 1996, p. 29.
- F. KAFKA, *La colonie pénitentiaire*, 1912.
- G. KELLENS, *La mesure de la peine*, Liège, Coll. scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1982.
- H. KELSEN, *Was ist Gerechtigkeit ?*, 1953.
- M. v. De KERCHOVE, *Les fonctions de la sanction pénale, Entre droit et philosophie*, In Informations sociales 2005/7 n° 127, CNAF [http://www.cairn.info/zen.php?ID_ARTICLE=INSO_127_0022#no31].
- C. LAZERGES, *Essai de classification des procédures de médiation*, In Archives de Politique Criminelle, n°14, 1992, p.17.
- C. LAZERGES, *Médiation, justice pénale et politique criminelle* », RSC, 1997, p. 186-198.
- C. LAZERGES, *Typologie des procédures de médiation pénale*, In « Mél. Colomer », Economica, 1992, p. 217-234.
- C. LAZERGES, *La dérive de la procédure pénale*, RSC C., 2003 p. 644.
- J. LEBLOIS-HAPPE, *La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives*, RSC, 1994.
- A. GARAPON, F. GROS, T. PECH, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Odile Jacob, 2001.
- R. GIRARD, *Le bouc émissaire*, Livre de Poche, 1989.
- F. GROU-RADENEZ, *La médiation pénale, une source d'humanisation de la justice*, Buenos Books International, Broché, 2010.
- S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, Litec, n° 1345 s.
- F. Le GUNEHEC, *Commentaires des dispositions pénales de la loi du 8 février 1995 : réformettes, réformes d'ampleur et occasions manquées*, La Semaine Juridique Edition Générale, n° 29, 19 juillet 1995, I. 3862.
- T. HOBBS, *Le léviathan*, 1651.
- E. Le ROY, *Autonomie du droit, hétéronomie de la juridicité (généralité du phénomène et spécificités des ajustements)*, DHDI, Séminaire international, Rome, 12-13 mars 2008.
- E. Le ROY, *Les fondements anthropologiques et philosophiques des droits de l'homme*, DHDI, 1997.
- E. Le ROY, *La médiation mode d'emploi*, In Droit et société, n°29, 1995.
- C. LÉVI-STRAUSS, *Introduction à l'oeuvre de Marcel Mauss*, Puf, 2012.
- C. LÉVI-STRAUSS, *Nature, culture et société. Les Structures élémentaires de la parenté chapitres 1 et 2*, Flammarion 2008.
- H. LÉVY-BRUHL, *Sociologie du Droit*, Puf, coll. « Que sais-je ? », 7^e éd., 1990.
- A. LOYSEL, *Institutions coutumières*, livre VI , titre V, 1607.
- N. MACHIAVEL, *Le prince*, 1515.

- J.-C. MAGENDIE (dir.), *Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie*, CA Paris, 2008.
- J. MARQUISSET, *Le crime*, coll. « Que sais-je ? », Puf, 5^e éd., 1976.
- M. MAUSS, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, (1923-1924).
- R. MERLE et A. VITU, *Traité de Droit criminel*, Droit pénal général, Cujas, 1981.
- J. MORINEAU, *L'Esprit de la médiation*, Érès, coll. Trajets, 2010.
- J. MORINEAU, *Le médiateur de l'âme, Le combat d'une vie pour la réconciliation*, Nouvelle cité, 2008.
- C. MINCKE, *De l'utopie à l'aveuglement. La médiation pénale belge face à ses idéaux fondateurs*, Thèse (dir. Y. Cartuyvels ; P. Gérard, P. Mary, M. van de Kerchove), Saint-Louis, 2005-2006, p. 6.
- D. NABET-MARTIN, *La personne morale en droit pénal*, Mémoire (dir. B. De LAMY), UT1 Capitole, Toulouse, 2013.
- J.-L. NADAL, *De la commémoration d'un code à l'autre*, Colloque de la Cour de cassation du 16 nov. 2006.
- C. NICACIO, *Des normes et des liens, médiation et complexité juridique*, PAF, 2012, p. 22 s.
- C. NICACIO, *Médiation et émergence du droit : pour un paradigme de la complexité juridique*, Thèse (dir. G. Nicolau), Université Paris 1, 2012.
- F. NIETZSCHE, *La volonté de puissance*, IV, 41, Fragments posthumes.
- B. OPPETIT, *Arbitrage, médiation et conciliation*, Rev. Arb. 1984, p. 322.
- G. OTIS (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, 2012.
- G. OTIS, P. de DECKKER, W. MASTOR, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone*, Paris, Agence Universitaire de la Francophonie, 2010, p. 35-36.
- R. PANIKKAR, *Paix et désarmements culturels*, Actes Sud, 2008.
- B. PASCAL, *Pensées*, 1669 (posthume).
- C. PAULIN, *Droit pénal Général*, Lexis Nexis, coll. Objectif Droit, 5^e éd., 2007, p. 1.
- X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Cours dalloz, 5^e éd., 2012.
- J.-B. PERRIER, *Alternatives aux poursuites : l'orthodoxie juridique face à l'opportunité pratique*, Recueil Dalloz, 2011, p. 2349.
- J.-B. PERRIER, *Médiation pénale*, RDPPP, janv. 2013.
- PLATON, *Le banquet*, Flammarion, 2007 ; PLATON, *Théétète*, VII - 150 c, *Œuvres complètes*, T. 3, coll. classiques Garnier, p. 334.
- PLATON, *Protagoras*, Flammarion, 1997.
- J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté le 1^{er} pluviôse an IX.
- C. POURRET, *L'activité pénale des parquets en 2007*, Infostat Justice n° 101, avr. 2008.
- C. POUTET, *L'activité pénale des parquets en 2007*, Infostat Justice n° 101, avr. 2008.
- P. RICOEUR, *Le juste*, Esprit, 1995, p. 193 s.
- P. RICOEUR, *Parcours de la Reconnaissance*, Folio essais, sept. 2005.
- L. RAKOTOMAHANINA, B. GRÉGOIRE, M. AUBERT, F. CARNINO, P. FORNES, A. SOUSSY, *Réflexions sur l'efficacité de la médiation pénale dans les violences conjugales faites aux femmes*, Gaz. Pal., 29 déc. 2005, n° 363, p. 5 s.
- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, Puf, 5^e éd., 2001, p. 40.
- P. ROBERT, *Les effets de la peine pour la société*, « La peine, quel avenir ? », Le Cerf, 1983, p. 84.
- P. ROSANVALLON, *La Crise de l'État-providence*, Seuil, 1981.
- M. B. ROSENBERG, *La communication Non-Violente au quotidien*, Jouvence, 2003, p. 10 s.
- J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*, (1762), Flammarion, GF, 2001.
- J.-J. ROUSSEAU, *Emile ou de l'éducation*, 1762.
- E. ROUMIGUIÈRES, *L'activité des MJD et des AJ en 2003*, Ministère de la Justice, Infostat Justice, avr. 2005, n° 81, p. 3.
- A. ROY, *Le cas de l'orange*, In « La créativité de la médiation », Montargis, Août 2007 [http://www.irenees.net/bdf_fiche-defis-201_es.html].
- D. SALAS, *La volonté de punir, essai sur le populisme pénal*, Hachette, 2005, p. 162.
- R. SALEILLES, *L'individualisation des peines*, 1898.
- J.-P. SARTRE, *L'existentialisme est un humanisme*, 1945.
- G. SIMMEL, *Le conflit*, Circé, 2003, p. 19.
- J.-F. SIX, *Le temps des médiateurs*, Seuil, 1990.
- G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal Général*, Dalloz, coll. Précis, 20^e éd., 2007, n° 79.
- L. STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, 1953.

- V. STRIMELLE, *La justice restaurative : une innovation du pénal ?*, « Champ pénal/ Penal field », Séminaire Innovations Pénales, 2008.
- P.-O. SÛR, discours de présentation des vœux aux corps constitués, Ordre des Avocats de Paris [<http://www.lemondedudroit.fr/institutions-associations-reseaux/184979-voeux-du-barreau-de-paris-aux-corps-constitues.html>].
- J.-R. TANCRÈDE, *Modes amiables de résolution des différends et conciliation par le juge*, In « Annonces de la seine », T. com. de Paris, 22 janv. 2014.
- THONISSEN, *Rapport à la Chambre des représentants de Belgique*, 1933.
- P. v. TOURNIER, *La récidive : pour une politique des « chiffres justes ? »*, In « Arpenter le champ pénal », 6 sept. 2013 [<http://pierre-victortournier.blogspot.fr/2013/09/la-recidive-pour-une-politique-des.html>].
- P. TRUCHE, *Violente justice / justice non violente*, In « La justice », 1991.
- *Œuvres* de THUCYDIDE, VIII, 5, 1, éd. et trad. de J. ROMILLY, L. BODIN et R. WEIL, Paris, Les Belles Lettres, coll. des Univ. de France, 1953-1972.
- F. VERT, *Modes amiables de résolution des différends et conciliation par le juge*, In « Annonces de la seine », T. comm. de Paris, 22 janv. 2014.
- E. VILLEY, *Du droit de punir*, In « Cours de droit criminel », Paris 1880.
- S. VOISIN, *La médiation pénale est-elle juste*, Petites Affiches, 26 Août 2002, n° 170, p. 49.
- H. ZEHR, *La Justice restaurative*, Labor et Fides, Genève, 2012.
- Analyse statistique, *Face à la conflictualité et à la violence, quelle efficacité de la médiation ?*, « La note de la Veille », Centre d'analyse statistique, juil. 2009, n° 147.

CODES / LÉGISLATIONS / ARTICLES JURIDIQUES / RAPPORTS :

- C. civ., art. 6 et 9-1.
- C. civ., art. 2044, 2046 et 2052.
- C. pén., art. 12-6 et 121-7.
- C. pén., art. 121-4 et 121-5.
- C. pén., art. 131-36-4.
- C. pén., art. 712-4.
- C. proc. pén., art. 1 et 2.
- C. proc. pén., art. 40.
- C. proc. pén., art. 41-1, sur les troisièmes voies dont la médiation au 5° alinéa.
- C. proc. pén., art. 41-2.
- C. proc. pén., art. 122-1, 177 al. 2, 199-1.
- C. proc. pén., articles 495-7 à 495-16 et 520-1.
- C. proc. pén., art. 712-1 s.
- C. proc. pén., art. R. 15-33-34.
- C. proc. civ., art. 4.
- C. proc. civ., art. 131-1 s.
- C. proc. civ., art. 1142 s.
- C. proc. civ., art. 1530.
- C. route, art. L. 121-2.
- C. trav., art. L. 4131-2.

- Décrets du Pape Innocent III publiés à partir de 1198.
- Affirmation des pratiques accusatoires avec l'art. 38 Magna Carta, 1215.
- Ordo. de Villers-Cotterêts de 1539, donnée par François Ier. ; Ordo. criminelle de Colbert, 1670, sous Louis XIV.
- Cahiers de Doléance, États généraux, 1789.
- Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.
- Décrets pris après le 4 août 1789 par l'Assemblée constituante, les 4, 6, 7, 8 et 11 août.
- Lois du 16 et 24 Août 1790, Assemblée constituante.
- Code pénal de 1791.

- Code de 1795 des Délits et des peines, relatif à l'instruction criminelle.
- Code de l'instruction criminelle de 1808.
- Code pénal de 1810.
- Loi du 1er juillet 1901 *relative au contrat d'association*.
- Ordonnance n° 45-174 du 2 févr. 1945 *relative à l'enfance délinquante*.
- Charte pénitentiaire de 1945.
- *Règles pénitentiaires* formulées par le Conseil de l'Europe en 1987.

- Loi n° 93-2, du 4 janv. 1993 *portant réforme de la procédure pénale*.
- Loi n° 95-125 du 8 févr. 1995 *relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*.
- Loi du 18 déc. 1998 *relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits*.
- Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale*.
- Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 *relative au divorce*.
- Dir. europ. n° 2008/52/CE, 21 mai 2008 *sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale* ; Ordo. n° 2011-1540, 16 nov. 2011 portant transposition de la directive précitée.
- Décret n°78-381 du 20 mars 1978 *relatif aux conciliateurs de justice*.
- Décret du 10 avr. 1996, art.. D. 15-4.
- Décret du 19 oct. 2001.
- Décrets du 29 Janvier 2001 et du 27 Septembre 2004.
- Loi « Perben I » du 9 sept. 2002, ayant modifié l'article 10-1 de l'Ordonnance de 1945.
- Loi « Perben II » du 9 Mars 2004.
- Décret du 1^{er} oct. 2010, n° 1165.
- Décret n° 2012-66, 20 janv. 2012 *relatif à la résolution amiable des différends*.
- Circ. n° C.R.I.M 89-7 E.S. du ministère de la Justice du 10 juillet 1989 *relative à la participation de l'institution judiciaire à la politique de prévention*.
- Circ. CRIM n° 92-13, 2 oct. 1992, SJDC, *Sur les réponses à la délinquance urbaine, sur les classements sous condition et sur la médiation pénale*, p. 5.
- Circ. du 10 Octobre 1996 sur l'unification de la formation des médiateurs.
- Circ. SADJPV du 24 nov. 2004 (relative aux MJD et aux AJ).

- Art. 31 de l'A-P. du Code pénal de 1983.
- Ministère de la Justice, Bureau de la Protection des Victimes et de la Prévention, Avril 1990.
- CSA-Groupe CSA TMO, *Les MJD vues par leurs utilisateurs et le grand public : Satisfaction, images et attentes*. Synthèse du sondage exclusif CSA / Ministère de la Justice - mars 2001.
- Rapp. de C. Lazerges, n° 1468 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, 16 mars 1999.
- Rapp. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie*, CA Paris, 2008 ; dénommée « bien nommée pour bien faire ».
- Ministère de la Justice, *Les scénarios de réforme*, « La Justice du XXI^e siècle, Le citoyen au cœur de la Justice », p. 3 s. [http://www.justice.gouv.fr/publication/j21scenarios_reforme.pdf].
- CNCDH, *Avis sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, Ass., 27 mars 2014.
- Projet de loi *sur l'égalité entre les femmes et les hommes* adopté avec modifications en 2^e lecture par le Sénat le 17 avril 2014.
- Projet de réforme de la procédure pénale de la Garde des Sceaux C. TAUBIRA, adopté en première lecture le 10 juin 2014.

- Cass. crim., 28 févr. 2001, n° 00-83.365.
- Cass. crim., 12 mai 2004, n° 03-82.098.
- Cass. civ 2^eème, 14 sept. 2006, n° 04-20524.
- Cass. crim., 15 déc. 2010, n° 7177 (10-83.674).
- Cass. crim., 21 juin 2011, n° 11-80.003.
- DC, Cons. Const., 21 février 2008.
- Cour EDH, 23 nov. 2010, « Moulin c/ France ».

Table des matières

INTRODUCTION	1
1. <u>La médiation</u>	1
2. <u>La médiation confrontée au droit pénal</u>	2
3. <u>La médiation alliée au droit pénal</u>	2
PARTIE 1 : PRÉSENTATION DESCRIPTIVE DU PARADIGME DE LA MÉDIATION	5
Chapitre 1 : <u>La médiation, un processus de régulation des conflits</u>	6
- Section 1 : La médiation, un mode de régulation des conflits	7
I. <u>La médiation, un mode originel et original de régulation des conflits</u>	7
A). <i>La médiation, un mode originel de régulation des conflits</i>	7
B). <i>La médiation, un mode original de régulation des conflits</i>	9
II. <u>L'institutionnalisation de la médiation comme mode de régulation des conflits</u>	10
A). <i>L'historique de l'institutionnalisation de la médiation</i> :	10
B). <i>Les principaux écueils découlant de l'institutionnalisation de la médiation</i> :	12
- Section 2 : La médiation, des méthodes de régulation des conflits	14
I. <u>L'encadrement relatif des méthodes de médiation</u>	14
A). <i>L'encadrement du contexte d'intervention de la médiation</i>	14
B). <i>Le non-encadrement rigoureux des protocoles</i>	15
II. <u>La pluralité des méthodes de médiation</u>	16
A). <i>Exemples de déroulés de médiations</i>	16
B). <i>Critiques des déroulés et de la pluralité des méthodes de médiation</i>	18
Chapitre 2 : <u>La médiation, un projet de société dépassant le cadre du conflit</u>	19
- <u>Section 1</u> : La défense du projet de développement de la médiation	19
I. <u>Présentation des arguments de défense du projet de développement de la médiation</u>	20
A). <i>Les arguments pragmatiques de défense de la médiation</i>	20
B). <i>Les arguments juridiques et politiques de défense de la médiation</i>	21
II. <u>Détermination des objectifs de défense du projet de développement de la médiation</u>	22
A). <i>Les objectifs politiques individuels du projet de développement de la médiation</i>	22
B). <i>Les objectifs politiques collectifs du projet de développement de la médiation</i>	23
- <u>Section 2</u> : Les avancées à faire en vue de ce développement	24
I. <u>Les avancées institutionnelles en vue du développement de la médiation</u>	24
A). <i>La mise en œuvre de moyens matériels, financiers et juridiques</i>	24
B). <i>L'amélioration qualitative de la médiation</i>	25
II. <u>Les avancées théoriques en vue du développement de la médiation</u>	26
A). <i>L'affinement théorique du concept de médiation</i>	26
B). <i>La nécessité d'un désarmement culturel</i>	27

PARTIE 2 : PRÉSENTATION DESCRIPTIVE DU PARADIGME DU DROIT PÉNAL29

Chapitre 1 : Les fondements du droit pénal, une branche du droit organisant la réponse sociale face aux comportements infractionnels30

- Section 1 : Les origines du droit pénal et du droit de punir30

I. Les origines archaïques du droit pénal et l'encadrement du droit de vengeance31

A). Naissance, évolution et pratiques du droit de vengeance dans les sociétés traditionnelles31

B). L'encadrement politique du droit de vengeance et l'affinement des concepts du droit pénal32

II. L'affinement du droit pénal et de la procédure pénale34

A). La rigueur et l'arbitraire du droit criminel durant l'Ancien Régime34

B). Les réformes révolutionnaires et le perfectionnement du droit pénal35

- Section 2 : Les justifications théoriques du droit pénal et du droit de punir36

I. Les soubassements philosophiques et doctrinaux du droit pénal et du droit de punir37

A). L'Ecole classique : de l'humanisme juridique aux garanties processuelles37

B). L'Ecole positiviste : de l'efficacité juridique à la prise en compte de la dangerosité38

C). Les Ecoles de la Défense sociale : entre modération et retour à l'individu39

II. Les fonctions pratiques du droit pénal et de la peine40

A). Etude de la typologie des peines et de la réalité des peines prononcées40

B). La constatation du basculement des fonctions de la peine41

Chapitre 2 : Le fonctionnement du droit pénal, une branche du droit organisant la réponse sociale face aux comportements infractionnels42

- Section 1 : Le fonctionnement du droit pénal et de sa procédure43

I. Le fonctionnement du droit pénal43

A). Les principes et le cadre théorique de la responsabilité pénale43

B). La perte d'identité de la responsabilité pénale : le mélange des genres44

II. Le fonctionnement de la procédure pénale46

A). La recherche d'un équilibre entre efficacité et protection des droits fondamentaux46

B). Les mutations récentes de la procédure pénale française47

- Section 2 : Les critiques portées à ce fonctionnement47

I. Les limites et critiques portées à l'encontre du droit pénal et de la procédure pénale48

A). Les limites et critiques portées à l'encontre du droit pénal48

B). Les limites et critiques portées à l'encontre de la procédure pénale49

II. Les limites et critiques portées à l'encontre des politiques criminelles50

A). L'échec relatif des politiques criminelles au regard du droit pénal et de sa procédure50

B). L'échec relatif des politiques criminelles au regard des pénalement responsables51

PARTIE 3 : MISE EN FORME DE LA COMPATIBILITÉ ENTRE MÉDIATION ET DROIT PÉNAL ...53

Chapitre 1 : Procédures de médiations pénales et incompatibilités avec le droit pénal54

- Section 1 : Présentation des procédures de médiations pénales54

I. Le cadre juridique des procédures des médiations pénales55

A). Les conditions de mise en œuvre de l'article 41-1 du Code de procédure pénale55

B). L'encadrement des procédures prévu par l'article 41-1 du Code de procédure pénale56

II. La mise en œuvre pratique des expériences de médiations pénales58

A). Historique de la mise en œuvre pratique des médiations pénales58

B). Les formes de la mise en œuvre pratique des médiations pénales59

- Section 2 : Étude des incompatibilités des médiations avec le droit pénal	60
I. Détermination des incompatibilités substantielles et procédurales	61
A). <i>La détermination des incompatibilités de la médiation avec le droit pénal</i>	61
B). <i>La détermination des incompatibilités du droit pénal avec la médiation</i>	62
II. Justification contextuelle de ces incompatibilités substantielles et procédurales	63
A). <i>Justification contextuelle de ces incompatibilités : la représentation partagée de la justice</i>	63
B). <i>Conséquences de la justification contextuelle de ces incompatibilités</i>	64
Chapitre 2 : Procédures de médiation et compatibilités avec le droit pénal	66
- Section 1 : Détermination des éléments de complémentarité	66
I. Détermination des similitudes existant entre la médiation et le droit pénal	66
A). <i>L'existence de postulats similaires et de méthodes en rapprochement</i>	67
B). <i>L'existence d'objectifs similaires</i>	67
II. Domaines de réalisation de la complémentarité de ces paradigmes	68
A). <i>La complémentarité des paradigmes au niveau institutionnel</i>	68
B). <i>La complémentarité des paradigmes au niveau des justiciables</i>	69
- Section 2 : Conséquences de la complémentarité et propositions	70
I. Les médiations réalisées en amont du procès pénal	70
A). <i>Les médiations préventives et alternatives aux classements sans suite</i>	71
B). <i>Le cas particulier des violences conjugales faites aux femmes</i>	72
II. Proposition de médiations réalisées en aval du procès pénal	73
A). <i>La médiation proposée entre la déclaration de culpabilité et le prononcé de la peine</i>	74
B). <i>Après le prononcé de la peine</i>	74
CONCLUSION	76
1. <i>La médiation</i>	76
2. <i>La médiation confrontée au droit pénal</i>	76
3. <i>La médiation alliée au droit pénal</i>	76