

La médiation en matière pénale pour les adultes à l'ère du code de procédure pénale unifié



FLORENCE PASTORE
DEA en droit international privé, Avocate, Genève



BIRGIT SAMBETH GLASNER
LL.M., Avocate et médiatrice FSA, Genève

Plan

- I. La médiation pénale: origines, caractéristiques et mise en œuvre
 1. Origines
 2. Caractéristiques de la médiation, notamment en matière pénale
 3. Echos à Genève et en Suisse
 - 3.1 La situation genevoise
 - 3.2 La nouvelle partie générale du Code pénal
 - 3.3 Droit pénal des mineurs
- II. La médiation pénale et le nouveau code de procédure pénale
- III. La médiation pénale en Suisse après le 1^{er} janvier 2011
 1. Infractions poursuivies sur plainte
 2. Médiation en vue de réparation et d'exemption de peine
 3. Conséquence de l'aboutissement du processus de médiation: le classement
- IV. La nécessité d'encadrer la mise en œuvre de médiateurs en matière pénale
- V. La prise en charge des frais de la médiation
- VI. Conclusion

FLORENCE PASTORE, ancienne juriste au Parquet du Procureur général de Genève.

BIRGIT SAMBETH GLASNER est membre du Conseil de l'Ordre des Avocats de Genève dont elle préside la Commission ADR. Médiatrice accréditée FSA, CEDR, CSMC et CMAP, elle est assermentée (civil et pénal) par le Conseil d'Etat de Genève. Elue à la Commission de préavis du Conseil d'Etat, elle est également Vice-présidente de la Chambre Suisse de Médiation Commerciale, Section romande (www.csmc.ch), ainsi que l'une des membres du Comité Médiation de la FSA et du IBA Mediation Committee dont elle préside la sous-commission «Combined and ad-hoc ADR processes».

En 2001, le canton de Genève introduisait la médiation dans sa loi d'organisation judiciaire et son code de procédure pénale¹. Une décennie plus tard, le 1^{er} janvier 2011, entrera en vigueur le Code de procédure pénale suisse unifié (CPP).

Une question surgit inévitablement à l'esprit: quel sera l'avenir, sous l'égide du CPP, de l'application de ce mode alternatif de résolution des litiges dans le domaine pénal?

En effet, dans le contexte de l'unification très prochaine des règles en matière de procédure pénale, il est nécessaire de s'attarder sur la marge offerte aux cantons pour réglementer certains domaines non couverts, *prima facie*, par le CPP.

Dans sa première partie, plus générale, la présente contribution présentera succinctement la figure, parfois méconnue, de la médiation pénale, et les réflexions qui ont mené à son développement.

Dans un second temps, elle tentera d'évaluer concrètement la place offerte par la nouvelle réglementation fédérale à la médiation pénale des adultes. Ceci fait, elle tracera les contours des processus de médiation en matière pénale envisageables par les cantons avant de définir les caractéristiques et les modalités que tout processus de ce type devrait respecter.

I. La médiation pénale: origines, caractéristiques et mise en œuvre

1. Origines

L'idée d'appliquer ce mode alternatif de résolution des litiges au domaine pénal participe d'une réflexion globale sur la justice pénale, initiée dès la fin des années 70, essentiellement aux Etats-Unis. Au système classique d'une justice punitive et réhabilitative est alors opposé, ou associé, celui d'une justice restaurative².

Dans une telle optique, l'accent est mis sur les parties concernées plutôt que sur l'acte commis. L'infraction est ainsi appréhendée en tant qu'atteinte aux personnes et aux relations, et non réduite à la transgression d'une règle³. Ce changement de paradigme permet, notamment, de restituer à la victime sa place dans le processus pénal, place passablement occultée en faveur de l'Etat dans la justice pénale dite classique.

¹ Articles 115–115B et 197–197A CPP-Ge; art. 156 et suivants LOJ-Ge; art. 3 Règlement sur l'assistance juridique genevois.

² ANDRÉ KUHN, La médiation pénale, JdT 2002 I 99.

³ CATHERINE FALLER, Historique de la médiation pénale dans le Code de procédure pénale suisse: de son introduction à sa suppression, RPS 2009 18.

2. Caractéristiques de la médiation, notamment en matière pénale

Dans leur Règlement suisse de médiation commerciale, les Chambres suisses de commerce définissent la médiation comme «*un mode amiable de résolution de litiges, par lequel deux ou plusieurs parties demandent à un tiers, le médiateur, de les aider à trouver un accord pour mettre un terme à leur différend, voire de prévenir un conflit futur. Le médiateur est neutre par rapport au conflit et indépendant par rapport aux parties. Par le processus de médiation, le médiateur favorise l'échange de points de vue et tente d'amener les parties à explorer des solutions acceptables pour celles-ci. Il ne donne pas son avis, contrairement à l'expert; il ne formule pas de proposition, contrairement au conciliateur et il ne tranche pas le litige, contrairement au juge ou à l'arbitre*»⁴.

En septembre 1999, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté une Recommandation sur la médiation en matière pénale⁵, laquelle contient une définition regroupant les particularités de ce mode alternatif de résolution des différends appliqué au domaine pénal.

Ainsi, la médiation y est définie comme «*tout processus permettant à la victime et au délinquant de participer activement, s'ils y consentent librement, à la solution des difficultés résultant d'un délit, avec l'aide d'un tiers indépendant, le médiateur*»⁶.

Partant, la médiation doit faire émerger une solution qui vient des parties et non leur proposer une solution extérieure⁷. Les pivots centraux de ce processus sont ainsi (i) la liberté d'adhérer et de renoncer à ce processus, (ii) la neutralité et l'indépendance du médiateur, (iii) la qualification de ce dernier et (iv) la confidentialité du processus et des débats.

La médiation peut offrir à ses protagonistes, mineurs comme adultes, un espace et un temps de réflexion. Elle permet de renforcer, chez le délinquant, le sens des responsabilités et la prise de conscience, tout en lui offrant des occasions concrètes de s'amender. L'aspect de prévention spéciale de la médiation est également important, dans la mesure où un accord de médiation contient fréquemment un engagement de la part du délinquant de ne pas récidiver⁸. La victime, quant à elle, peut recevoir des explications et des excuses de la part du délinquant, et exprimer ce qu'elle ressent⁹.

3. Echos à Genève et en Suisse

3.1 La situation genevoise

En 2001, le canton de Genève a adopté des règles sur la médiation pénale, lesquelles sont basées sur la Recommandation 99 (19) sur la médiation en matière pénale du Conseil de l'Europe.

Concrètement, le *corpus* de règles genevoises prévoit la délégation de l'affaire en opportunité par le Ministère public à un médiateur pénal assermenté figurant sur le tableau des médiateurs du Conseil d'Etat. Le Parquet remet au médiateur une copie du dossier pénal, ensuite de quoi le processus entre dans une phase autonome par rapport à la justice. Le Ministère public demeure toutefois maître de l'action pénale durant tout le processus, à l'issue duquel il décide de la suite à donner: classement ou poursuite de la procédure¹⁰.

3.2 La nouvelle partie générale du Code pénal

En Suisse, ce n'est qu'en 2007 que la philosophie de la justice réparatrice trouve un écho, en droit matériel, dans la nouvelle partie générale du Code pénal (CP) entrée en vigueur le 1^{er} janvier de cette année.

L'article 53 CP prévoit en effet que «*l'autorité compétente peut renoncer à poursuivre, renvoyer devant le juge ou infliger une peine à l'auteur qui a réparé le dommage ou qui a accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé*».

A cet égard, la définition même de la notion de réparation donnée en 1999 par le Conseil fédéral dans son Message relatif à la nouvelle partie générale du CP est particulièrement intéressante¹¹: la réparation peut revêtir plusieurs formes allant de l'indemnisation aux excuses, étant précisé qu'il convient de prendre en compte «*non seulement les efforts que l'auteur a accomplis de son plein chef, mais aussi ceux qu'il a entrepris à l'instigation d'une autre personne, par exemple, de la victime, d'un médiateur, d'un avocat ou de la police*». Médiateur... le mot est lâché, en 1999 déjà, par le Conseil fédéral!

Avec l'article 53 CP, les premiers jalons du développement de la médiation en matière pénale sont posés, et ce par le droit matériel.

3.3 Droit pénal des mineurs

La médiation pénale pour les mineurs a été pratiquée sous différentes formes depuis plusieurs années par certains cantons (à l'image de Genève, Bâle-Campagne, Zurich, le Valais et Fribourg) portés par l'esprit d'initiative de certains

⁴ <https://www.sccam.org/sm/fr/rules.php>. Ce Règlement, entré en vigueur en 2007, offre la définition la plus récente en matière de médiation institutionnelle.

⁵ Recommandation 99 (19) sur la médiation en matière pénale du Conseil de l'Europe: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=420059&Site=CM>.

⁶ Recommandation (99) 19 du Conseil de l'Europe, n°17.

⁷ KUHN (n. 2), p. 101.

⁸ ANDRÉ KUHN, La médiation en droit pénal des mineurs, in: François Bohnet (édit.), *Le nouveau droit pénal des mineurs*, CEMAJ, Neuchâtel 2007, p. 58-75.

⁹ Idem.

¹⁰ ANNE-CATHERINE SALBERG/BIRGIT SAMBETH GLASNER, La médiation, in: *La gestion des conflits*, Manuel pour les Praticiens, CEDIDAC, Lausanne 2008.

¹¹ FF 1999 1873.

magistrats, lesquels s'appuyaient sur les anciens articles 88 CP s'agissant des enfants, et 97-98 CP s'agissant des adolescents¹².

Depuis le 1^{er} janvier 2007, ce mode alternatif de résolution des différends a été introduit dans la nouvelle Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (DPMIn). Il y jouit depuis lors d'une large place: tant l'autorité d'instruction que celle de jugement peuvent y recourir à certaines conditions. En effet, les articles 8¹³ et 21 al. 3¹⁴ DPMIn privilégient la résolution des conflits par le dialogue et les compromis plutôt que par la criminalisation et la stigmatisation, la médiation étant conçue comme un réel instrument éducatif pour les jeunes auteurs d'infractions¹⁵.

A Genève, les dispositions d'exécution relatives aux articles 8 et 21 al. 3 DPMIn ont fait l'objet d'une Directive *ad hoc* élaborée conjointement par la juridiction pénale des mineurs et par des médiateurs prévoyant, notamment, le déroulement du processus et l'intervention d'un médiateur assermenté¹⁶.

II. La médiation pénale et le nouveau code de procédure pénale

En 2001, le Professeur NIKLAUS SCHMID, expert extérieur mandaté par le Département fédéral de Justice et Police, a livré à la Suisse son avant-projet de code de procédure pénale¹⁷ ainsi qu'un rapport explicatif¹⁸. Cet avant-projet contenait, notamment, une section relative à la «tentative de conciliation» (article 346 AP-CPP)¹⁹ et à la «procédure en cas de réparation» (article 347a CPP)²⁰.

A leur égard, le Rapport explicatif précisait: «*Cette tentative (obligatoire) de médiation s'inspire de la tentative de conciliation déjà connue dans les codes de procédure tant civile que pénale de nombreux cantons (...), [et] conduit à un nombre d'arrangements non négligeables, déchargeant ainsi la justice dans une mesure appréciable. Cette tentative de conciliation traduit la tendance actuelle, observée dans de nombreux domaines du droit, consistant à vouloir régler les conflits non plus par des interventions étatiques et des procédures judiciaires mais en recherchant une médiation*»²¹. S'agissant en particulier des procédures en cas de réparation, il est exposé que «*le ministère public se voit donc confier une nouvelle mission, connue sous le nom de médiation dans divers domaines de la vie quotidienne ou juridique, comme par exemple en droit du divorce. Il ne fait pas l'ombre d'un doute*

¹² LETIZIA VEZZONI, La médiation en droit pénal des mineurs: de la théorie législative à la pratique, *in*: Jusletter 7. September 2009.

¹³ DPMIn Art. 8 *Suspension de la procédure aux fins de médiation*

¹ L'autorité compétente peut suspendre la procédure et charger une organisation ou une personne reconnue et compétente en la matière d'engager une procédure de médiation lorsque:

a. il n'y a pas lieu de prendre des mesures de protection ou que l'autorité civile a déjà ordonné les mesures appropriées;

b. les conditions d'exemption de la peine fixées à l'art. 21, al. 1, ne sont pas remplies;

c. les faits sont pour l'essentiel établis;

d. l'on n'est pas en présence d'un crime vraisemblablement passible d'une privation de liberté ferme au sens de l'art. 25 et

e. toutes les parties et leurs représentants légaux sont d'accord.

² L'autorité compétente classe la procédure si, grâce à la médiation, un arrangement est intervenu entre le lésé et le mineur.

³ Les cantons édictent les dispositions d'exécution relatives à la procédure de médiation.

¹⁴ DPMIn Art. 21 *Exemption de peine*

³ S'il n'y a pas de motif d'exemption de peine au sens des al. 1 et 2, l'autorité de jugement peut suspendre la procédure et charger une organisation ou une personne reconnue et compétente en la matière d'engager une procédure de médiation si les conditions de l'art. 8 sont remplies. Si un arrangement entre le lésé et le mineur intervient, l'autorité de jugement classe la procédure.

¹⁵ KUHN (n. 8), p. 58-75.

¹⁶ *Directive relative à la médiation dans la juridiction pénale des mineurs à Genève Art. 3*

Pour exercer la médiation pénale des mineurs, le médiateur doit être inscrit au Tableau des médiateurs assermentés auprès du Conseil d'Etat, spécialisés en médiation pénale des mineurs. Il s'engage à respecter les règles déontologiques propres à sa fonction, notamment en matière d'indépendance, d'impartialité et de confidentialité (art. 156 et suivants de la LOJ).

¹⁷ <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess.Par.0021.File.tmp/vn-ve-1-f.pdf>.

¹⁸ Rapport explicatif relatif à l'avant-projet d'un code de procédure pénale suisse, Office fédéral de la justice, Berne 2001 (<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess.Par.0015.File.tmp/vn-ber-1-f.pdf>).

¹⁹ AP-CPP Art. 346 *Tentative de conciliation*

¹ Si la procédure préliminaire a pour objets exclusivement des délits poursuivis sur plainte et que les plaignants sont des personnes privées, le ministère public cite les parties à une audience, dans le but d'aboutir à un arrangement à l'amiable.

² Si le plaignant fait défaut sans excuse, la plainte est considérée comme retirée.

³ Si le prévenu fait défaut ou si la tentative de conciliation n'aboutit pas, le ministère public ouvre l'instruction sans délai.

⁴ Après une conciliation, qui doit être constatée au procès-verbal et signée des parties, le ministère public classe la procédure.

²⁰ AP-CPP Art. 347a *Procédure en cas de réparation*

¹ Si une exemption de peine pour réparation selon l'article 53 du code pénal entre en ligne de compte, le ministère public invite les parties en application par analogie de l'article 346 à des pourparlers ayant pour but une réparation.

² Le ministère public peut aussi charger de cette mission, en application par analogie des dispositions sur les experts, une personne reconnue et qualifiée pour cela.

³ Le ministère public peut suspendre la procédure préliminaire pendant la durée des pourparlers de réparation.

⁴ Si le prévenu répare le dommage au sens de l'article 53 du code pénal, le ministère public classe la procédure.

²¹ Rapport explicatif relatif à l'avant-projet d'un code de procédure pénale suisse, p. 208.

que la médiation joue désormais un rôle important dans le règlement des conflits, même en droit pénal»²².

Encouragé par les «réactions positives émises lors de la procédure de consultation»²³ portant sur l'AP-CPP, le Conseil fédéral a alors introduit dans son projet²⁴ une disposition très détaillée concernant la médiation pénale (317 P-CPP)²⁵: obligatoire pour tous les cantons, elle était prévue pour tous les types d'infractions.

Ainsi, le champ d'application de l'article 317 P-CPP était vaste: la médiation y était proposée tant pour les infractions poursuivies sur plainte que pour celles poursuivies d'office.

A ce stade, la situation était encourageante. Pourtant, lors de la phase parlementaire, plusieurs arguments totalement erronés ont ensuite été avancés contre la médiation. Ils avaient essentiellement trait aux coûts supposément induits pour les cantons par l'introduction de la médiation pénale, ainsi qu'au risque de perte du monopole étatique de la justice. De plus, entraîné par son représentant Monsieur Chris-

toph Blocher²⁶, le Conseil fédéral a opéré un volte-face et a finalement suggéré que l'article 317 A-CPP soit biffé.

Après des débats houleux et une forte pression temporelle (il s'agissait de la dernière session de la législature), l'article 317 P-CPP n'a finalement pas été retenu à l'issue de la phase parlementaire. De même, a été abandonnée la proposition d'adopter à l'article 316 P-CPP, relatif à la conciliation, un alinéa 5 prévoyant: «dans le cadre de la conciliation, le Ministère public peut, avec l'accord des parties, faire appel à un médiateur». Or, l'idée sous-tendant cette proposition était de formuler de manière explicite ce qui, aux dires du Conseil fédéral, est toutefois possible sans mention expresse de la loi: «[der Antrag] entspreche dem, was im Strafprozess ohnehin gilt: dass der Staatsanwalt eine Mediation oder eine Vermittlung empfehlen und den Leuten schmackhaft machen kann»²⁷.

Ainsi, après plusieurs allers-retours entre les deux chambres du Parlement, la médiation pénale n'a finalement plus été mentionnée dans le CPP. Seule subsiste aujourd'hui une disposition régissant la conciliation (article 316 CPP), laquelle diffère de la médiation en ce sens qu'elle est un «mode informel de résolution des litiges – obligatoire ou facultatif – conduit par un conciliateur désigné – magistrat – indépendant, neutre et impartial, mode au cours du déroulement duquel il peut suggérer ou proposer une solution aux parties si elles n'y sont pas parvenues par elles-mêmes»²⁸.

Doit-on considérer qu'il s'agit d'un silence qualifié de la loi? Rien n'est moins sûr.

En effet, la décision de ne pas mentionner expressément la médiation dans le CPP a pris appui, notamment, sur une lettre de l'Office fédéral de la justice adressée en date du 21 septembre 2007 au Conseil national²⁹ dont il ressort que:

«La médiation, même sans mention expresse dans le CPP, est possible dans les cas suivants:

1. Dans le cadre de la conciliation au sens de l'article 316 CPP, le Ministère public peut tout à fait conseiller aux parties de se tourner vers un médiateur. La procédure peut alors être suspendue pendant la médiation en vertu de l'article 314 CPP.
2. Il est en outre possible pour les cantons de mettre en place des services de médiation vers lesquels les parties peuvent se tourner.

²² Idem, p. 209.

²³ FF 2006 1250.

²⁴ FF 2006 1373.

²⁵ P-CPP Art. 317 Médiation

¹ Le ministère public peut, en tout temps, faire appel à un médiateur. Il requiert à cet effet le consentement du lésé et du prévenu, en leur indiquant la portée de la médiation. Il transmet une copie du dossier au médiateur.

² Il reste maître de l'action pénale. Il peut en tout temps s'enquérir de l'état d'avancement de la médiation.

³ Le médiateur est chargé de rechercher une solution librement négociée entre les personnes en litige. A cette fin, il exerce ses fonctions en toute indépendance du ministère public, ainsi qu'en toute impartialité et sans exercer aucune pression sur les personnes en litige.

⁴ Le médiateur convoque le lésé et le prévenu, en rappelant le caractère volontaire de leur participation. Lorsqu'il estime que sa mission est achevée, il communique le résultat de la médiation au ministère public. La communication comprend:

a. les termes de l'accord intervenu entre les personnes en litige et les preuves de son exécution, ou
b. le seul constat d'échec.

⁵ Les autorités pénales tiennent compte de façon appropriée du résultat de la médiation qui a abouti.

⁶ Quelle que soit l'issue de la médiation, nul ne peut ultérieurement se prévaloir devant une autorité pénale de déclarations faites devant le médiateur.

⁷ Le médiateur est tenu de garder le secret. Il ne peut être entendu à quelque titre que ce soit sur les faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ni sur les opérations auxquelles il a procédé ou participé; son dossier est insaisissable.

⁸ La Confédération et les cantons fixent les modalités applicables à la désignation des médiateurs habilités à intervenir dans le cadre de procédures pénales. Ils déterminent en particulier les conditions que doivent remplir ces personnes sur les plans professionnel et personnel et édictent des dispositions concernant la déontologie, l'inscription dans un registre professionnel et la surveillance.

²⁶ Ce dernier ironisera même sur l'importance de cette disposition, pourtant initialement promue par le Conseil fédéral: «Ich habe bald das Gefühl, die Frage der Mediation sei die Hauptfrage in der ganzen Strafprozessordnung. Sie hat uns in der Expertenkommission, nachträglich in der Vernehmlassung und beim bundesrätlichen Entwurf immer beschäftigt. Einmal war sie drin und einmal draussen. Man war einfach hin und her gerissen».

²⁷ BO 2007 N 1577.

²⁸ JEAN A. MIRIMANOFF, Une nouvelle culture: La gestion des conflits, AJP/PJA 2/2009, p.157 s.

²⁹ BO 2007 N 1389.

3. *Il n'est pas non plus interdit au Ministère public d'associer de sa propre initiative un médiateur aux discussions menées dans le cadre de la conciliation, avec l'accord des parties. (...) Il peut s'agir d'un médiateur privé ou engagé par le canton.»*

III. La médiation pénale en Suisse après le 1^{er} janvier 2011

Ainsi, le silence de la loi n'exclut pas la médiation pénale et celle-ci est envisageable sous plusieurs formes tracées, en filigrane, par l'article 316 CPP³⁰: médiation déléguée, associée à la procédure de conciliation, ou encore privée.

Que l'infraction soit poursuivie sur plainte ou d'office, il est tout à fait possible d'inscrire un processus de médiation dans le cadre d'une procédure pénale, comme cela se fait actuellement, notamment en droit genevois, et ce sur la base des articles 316 CPP – associé à l'article 314 CPP³¹ – et 53 CP³².

³⁰ CPP Art. 316 Conciliation

- al. 1 Lorsque la procédure préliminaire porte exclusivement sur des infractions poursuivies sur plainte, le ministère public peut citer le plaignant et le prévenu à une audience dans le but d'aboutir à un arrangement à l'amiable. Si le plaignant fait défaut, la plainte est considérée comme retirée.
- al. 2 Si une exemption de peine au titre de réparation selon l'art. 53 CP entre en ligne de compte, le ministère public cite le lésé et le prévenu à une audience dans le but d'aboutir à une réparation.

³¹ CPP Art. 314 Suspension

- al. 1 Le ministère public peut suspendre une instruction, notamment:
- lorsque l'auteur ou son lieu de séjour est inconnu ou qu'il existe des empêchements momentanés de procéder;
 - lorsque l'issue de la procédure pénale dépend d'un autre procès dont il paraît indiqué d'attendre la fin;
 - lorsque l'affaire fait l'objet d'une procédure de conciliation dont il paraît indiqué d'attendre la fin;
 - lorsqu'une décision dépend de l'évolution future des conséquences de l'infraction.
- al. 2 Dans le cas visé à l'al. 1, let. c, la suspension est limitée à trois mois; elle peut être prolongée une seule fois de trois mois.
- al. 3 Avant de décider la suspension, le ministère public administre les preuves dont il est à craindre qu'elles disparaissent. Lorsque l'auteur ou son lieu de séjour est inconnu, il met en œuvre les recherches.
- al. 4 Le ministère public communique sa décision de suspendre la procédure au prévenu à la partie plaignante et à la victime.
- al. 5 Au surplus, la procédure est régie par les dispositions applicables au classement.

³² Cf 3.2 *supra*.

1. Infractions poursuivies sur plainte

S'agissant de ces infractions, l'article 316 al. 1 CPP prévoit que le Ministère public peut citer les parties à une audience dans le but d'aboutir à un arrangement à l'amiable, étant précisé que si le plaignant fait défaut, sa plainte est considérée comme retirée. Sur cette base, il est tout à fait loisible au Ministère public de proposer aux parties d'entamer un processus de médiation et de suspendre la procédure en application de l'article 314 CPP. En effet, les motifs de suspension énumérés par cette disposition ne sont pas exhaustifs, comme cela ressort de l'utilisation de l'adverbe «notamment».

2. Médiation en vue de réparation et d'exemption de peine

Si une exemption de peine au titre de réparation au sens de l'article 53 CP entre en ligne de compte, l'article 316 al. 2 CPP prévoit que le Ministère public cite les parties à une audience dans le but d'aboutir à une réparation.

L'article 53 CP dispose en effet que «l'autorité compétente peut renoncer à poursuivre, renvoyer devant le juge ou infliger une peine à l'auteur qui a réparé le dommage ou qui a accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé». A cet égard, il est intéressant de rappeler qu'en 1999 déjà, le Conseil fédéral a défini la notion de réparation dans son Message comme comprenant «non seulement les efforts que l'auteur a accomplis de son plein chef, mais aussi ceux qu'il a entrepris à l'instigation d'une autre personne, par exemple, de la victime, d'un médiateur, d'un avocat ou de la police» (FF 1999 1873).

Cette disposition s'applique aux infractions poursuivies sur plainte comme d'office. Dès lors, rien ne s'oppose à ce que le Ministère public, dans le cadre de l'article 316 al. 2 CPP, propose aux parties d'entamer un processus de médiation et suspende la procédure dans l'intervalle.

3. Conséquence de l'aboutissement du processus de médiation: le classement

Si le processus de médiation aboutit, le Ministère public peut, voire doit, prendre en compte ce résultat en classant la procédure conformément à l'article 319 al. 1 lit d et e CPP³³.

S'agissant tout d'abord des infractions poursuivies sur plainte, si la médiation aboutit et que le plaignant retire sa

³³ CPP Art. 319 Motifs de classement

- al. 1 Le ministère public ordonne le classement de tout ou partie de la procédure:
- lit d lorsqu'il est établi que certaines conditions à l'ouverture de l'action pénale ne peuvent pas être remplies ou que des empêchements de procéder sont apparus;
 - lit e lorsqu'on peut renoncer à toute poursuite ou à toute sanction en vertu de dispositions légales.

plainte, la procédure devra obligatoirement être classée par le Ministère public, dès lors qu'une condition de poursuite fera défaut (article 319 al.1 lit d CPP).

S'agissant des autres infractions, le Ministère public pourra également tenir compte du résultat positif d'un processus de médiation en classant la procédure. En effet, l'article 319 al.1 lit e CPP prévoit que le Ministère public ordonne le classement de tout ou partie de la procédure lorsqu'il peut être renoncé à toute poursuite ou à toute sanction en vertu de dispositions légales. Les cas visés sont notamment ceux d'exemption de peine au sens de l'article 53 CP³⁴ et ceux auxquels l'article 8 CPP³⁵ peut être appliqué en vertu du principe de l'opportunité.

IV. La nécessité d'encadrer la mise en œuvre de médiateurs en matière pénale

Dès lors que des médiateurs sont mis en œuvre en marge ou en parallèle de procédures pénales, il est primordial d'encadrer le processus et de prévoir que seul pourra intervenir un médiateur assermenté, jouissant de qualifications et de l'expérience requises et soumis à des règles dont la violation est passible de sanctions. S'agissant de Genève, seul pourra ainsi être mis en œuvre un médiateur assermenté au sens de la Loi d'organisation judiciaire (ci-après LOJ), dans sa teneur actuelle³⁶ comme future³⁷, inscrit au tableau des médiateurs³⁸, disponible sur le site web de l'Etat de Genève.

³⁴ Cf 3.2 *supra*.

³⁵ *CPP Art 8 Renonciation à toute poursuite pénale*
al. 1 Le ministère public et les tribunaux renoncent à toute poursuite pénale lorsque le droit fédéral le prévoit, notamment lorsque les conditions visées aux articles 52, 53 et 54 CP sont remplies.

³⁶ Article 156 à 161 F LOJ.

³⁷ *LOJ genevoise* (dans sa teneur modifiée)

Titre IX Médiation

Art. 66 Autorisation

L'exercice de la fonction de médiateur assermenté est subordonné à une autorisation du Conseil d'Etat.

Art. 67 Conditions d'exercice

L'exercice de la fonction de médiateur est réservé aux personnes qui:

- a) sont âgées de 30 ans au moins;
- b) sont au bénéfice d'un diplôme universitaire ou d'une formation jugée équivalente;
- c) disposent d'une bonne expérience professionnelle;
- d) disposent d'une expérience ou de connaissances suffisantes dans le domaine de l'exercice de la médiation;
- e) disposent de qualifications et d'aptitudes particulières en matière de médiation;
- f) ne font l'objet d'aucune condamnation pour un crime ou une délit relatif à des faits portant atteinte à la probité et à l'honneur.

A défaut, la proximité d'objectifs entre la médiation en matière pénale et la poursuite pénale classique, en ce qu'elles tendent, d'une part, à la prise en compte, la reconnaissance et la réparation de l'atteinte aux intérêts de la victime et, d'autre part, à la prise de conscience chez l'auteur, serait compromise.

De plus, omettre de prévoir que seul un médiateur assermenté au sens de la LOJ puisse intervenir induirait une différence de qualité entre la médiation pénale des adultes, d'une part, et la médiation pénale des mineurs ainsi que la médiation civile d'autre part, renvoyant quant à elles aux dispositions idoines de la LOJ.

V. La prise en charge des frais de la médiation

Dans le respect des limites et conditions relatives à ses revenus et à sa fortune, une personne susceptible d'intervenir comme partie dans une procédure peut solliciter l'assistance juridique (AJ).

Selon l'article 143A de la LOJ genevoise, dans sa teneur actuelle, il est ainsi possible de solliciter l'assistance juridique pour couvrir les frais d'une procédure civile, pénale ou administrative relevant de la compétence des juridictions du canton. L'assistance juridique peut également inclure le recours à un médiateur civil et à un médiateur pénal (article 3 du Règlement sur l'assistance juridique).

Dans sa future teneur révisée, la LOJ genevoise contient un titre relatif à *l'assistance juridique extrajudiciaire*. L'article 63 al. 1 LOJ prévoit que, si les conditions d'octroi sont réalisées, l'AJ peut être accordée, notamment, en cas de mise en œuvre d'un médiateur en matière extrajudiciaire³⁹. Le futur Règlement sur l'assistance juridique⁴⁰ devra régler

³⁸ *LOJ genevoise Art. 74 Tableau*

al. 1 Le Conseil d'Etat dresse et tient à jour un tableau des médiateurs assermentés.

al. 2 Le cas échéant, le tableau mentionne les qualifications particulières ou les domaines de spécialité des médiateurs.

³⁹ *LOJ genevoise* (dans sa teneur modifiée)

Titre VIII Assistance juridique extrajudiciaire

art. 63 Conditions d'octroi

al. 1 Toute personne physique, domiciliée dans le canton de Genève et susceptible d'intervenir comme partie dans une procédure, dont la fortune ou les revenus ne sont pas suffisants pour lui assurer l'aide ou les conseils d'un avocat, d'un avocat stagiaire, ou d'un médiateur assermenté en dehors d'une procédure administrative ou judiciaire, peut requérir l'assistance juridique.

⁴⁰ «Règlement sur l'assistance juridique et l'indemnisation des conseils juridiques et défenseurs d'office en matière civile, administrative et pénale».

les droits du médiateur assermenté à une indemnisation et au remboursement de ses frais (article 65 LOJ)⁴¹.

Dans l'exposé des motifs relatifs à ce Règlement, actuellement encore en gestation, il est expressément précisé que le terme «assistance juridique» recouvre à la fois l'assistance judiciaire (en matière civile et administrative) et l'*assistance extrajudiciaire*. Par conséquent, l'AJ pourra être octroyée en cas de médiation en matière civile, administrative ou pénale.

VI. Conclusion

A notre sens, les conditions d'exercice et de prise en compte de processus de médiation en matière pénale sont prévues en filigrane par le CPP et le CP, et ce, que les infractions soient poursuivies d'office ou sur plainte, qu'il s'agisse d'un processus initié de manière privée ou délégué par le Ministère public.

Partant, à l'aune du nouveau CPP, il demeure pleinement loisible aux cantons qui le souhaitent de pratiquer la médiation en matière pénale, que ce soit sous forme de médiation privée, initiée sous l'impulsion des parties, ou de médiation associée ou déléguée, sur proposition du Ministère public.

En effet, le cadre et les conséquences d'un processus de médiation en matière pénale (suspension puis classement de la procédure, en fonction de l'aboutissement de la médiation) se lisent, en creux, dans le CPP et le CP. Toutefois, par souci de clarification, il serait souhaitable de regrouper ces règles dans des réglementations cantonales idoines.

Le contenu de la législation relèvera plutôt de considérations, notamment politiques, propres à chaque canton, tout en retenant qu'il serait judicieux de prévoir les éléments suivants:

- pour les infractions poursuivies sur plainte comme d'office, la liberté pour les parties de recourir, de leur propre initiative, à un processus de médiation;
- pour les infractions poursuivies sur plainte comme d'office, la possibilité pour le Ministère public de proposer aux parties de prendre part à un processus de médiation (médiation déléguée) ou d'associer un médiateur à l'audience de conciliation (médiation associée);
- la suspension de la procédure pénale durant le processus de médiation, en application de l'article 314 al. 1 CPP;
- en cas d'aboutissement du processus de médiation, le classement de la procédure pénale dans les limites des articles 319 CPP et 8 CPP en relation avec l'article 53 CP.

Quant aux aspects financiers, les cantons sont libres de prévoir à quelles conditions la médiation, et plus particulièrement la rémunération du médiateur, pourrait être prise en charge par leurs services d'assistance juridique.

Cela étant, quel que soit le type de système mis en place par un canton, il est absolument nécessaire de prévoir, dès lors qu'un processus de médiation est envisageable, que seule sera possible l'intervention d'un médiateur assermenté, réalisant des conditions similaires à celles prévues aux articles 156 et suivants de la LOJ genevoise dans sa teneur actuelle⁴², respectivement à l'article 67 LOJ dans sa future teneur.

En effet, c'est de cette seule façon que le but fixé par la médiation pénale sera atteint, que son crédit sera préservé et renforcé et, enfin, que sa proximité d'objectifs avec la poursuite pénale pourra être assurée.

⁴² LOJ genevoise (dans sa teneur actuelle)
art. 156 Médiateur pénal

- al. 1 Dans les cas prévus par la loi, un médiateur pénal peut être chargé de rechercher une solution librement négociée entre des personnes en litige pour des faits susceptibles de constituer une infraction pénale.
- al. 2 Les médiateurs sont agréés par le Conseil d'Etat.
- al. 3 Pour être médiateur, il faut:
- a) être âgé de trente ans au moins;
 - b) être au bénéfice d'un diplôme universitaire ou d'une formation jugée adéquate;
 - c) disposer d'une bonne expérience professionnelle;
 - d) avoir des connaissances suffisantes en droit pénal et en procédure pénale;
 - e) disposer de qualifications et d'aptitudes particulières en matière de médiation;
 - f) n'être l'objet d'aucune inscription au casier judiciaire pour une infraction intentionnelle portant atteinte à la probité et à l'honneur
- al. 4 Le médiateur peut en outre avoir bénéficié de formations spéciales concernant en particulier la médiation touchant des personnes socialement ou psychologiquement fragiles.

art.157 Tableau des médiateurs

Le Conseil d'Etat tient un tableau des médiateurs faisant, le cas échéant référence à leur qualification particulière au sens de l'article 156 alinéa 4.

Am 1. Januar 2011 tritt die vereinheitlichte Schweizerische Strafprozessordnung in Kraft.

Die Verfasserinnen vertreten die Auffassung, dass das einfache Schweigen des Gesetzes zur Mediation im Erwachsenenstrafrecht es denjenigen Kantonen, die dies wollen, erlaubt, zu dieser alternativen Konfliktlösung zu greifen, und zwar sowohl im Bereich der Antrags- als auch der Offizialdelikte.

In Hinsicht auf einen adäquaten Umgang mit der Mediation in Strafverfahren untersuchen die Autorinnen näher die Anforderungen an die beruflichen Qualitäten und die finanziellen Aspekte.

⁴¹ LOJ genevoise art. 65 Dispositions d'exécution

Le Conseil d'Etat édicte les dispositions d'exécution fixant les conditions et limites selon lesquelles l'assistance juridique est accordée, refusée ou retirée, ainsi que les droits du conseil ou du médiateur assermenté à une indemnisation et au remboursement de ses frais.