

Ordre des avocats de Genève – Commission ADR

Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement

Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement

Edité par

Laurent Hirsch, Avocat

Christophe Imhoos, Avocat

Citation suggérée de l'ouvrage: LAURENT HIRSCH/CHRISTOPHE IMHOOS (éds) *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement* Genève/Zurich 2018, Schulthess Éditions Romandes

978-3-7255-8704-9

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève • Zurich • Bâle 2018

www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué, 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47; courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Sommaire

A. Médiation

Les métamorphoses de la régulation des conflits JACQUES FAGET	3
Médiation familiale et processus judiciaire : une nécessaire complémentarité au service d'un consensus parental ou entre conjoints LOUBNA FREIH	7
La médiation en protection de l'enfance ANNE CATHERINE SALBERG	19
La médiation successorale GÉRALDINE CHAPUS-RAPIN	27
En chemin vers la résolution du conflit pénal CATHERINE HOHL-CHIRAZI / RITA SETHI-KARAM	37
La justice restaurative en Suisse CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE	47
Violence en milieu scolaire : pourquoi pas une médiation pénale ? FABIENNE PROZ JEANNERET / VIKTORIA AVERSANO / VÉRONIQUE HIRSCH	57
Médiation et conflits de voisinage PASCALE BYRNE-SUTTON	67
La médiation commerciale : quelques exemples tirés de la pratique BIRGIT SAMBETH GLASNER	77
Les services de médiation proposés par la Swiss Chambers' Arbitration Institution CAROLINE MING	85
Médiation commerciale : un témoignage. Comment conjuguer les intérêts de la famille et ceux des entreprises dans les conflits successoraux JEAN MIRIMANOFF	95
Médiation administrative FABIENNE BUGNON	101
Mediation at the Court of Arbitration for Sport (CAS) JOSÉ LUIS ANDRADE	111
L'avocat et la médiation – entrez dans la danse ! CINTHIA LÉVY	121

Le choix du médiateur INGRID ISELIN ZELLWEGER	131
La co-médiation ; un outil au service des médiateurs NATHALIE FAVRE / BRUNO MUNARI	139
Clauses <i>multi-tiered</i> et la fenêtre de médiation PIERRE KOBEL	143
 B. Arbitrage	
Arbitrage commercial international SÉBASTIEN BESSON	153
Les services d'arbitrage proposés par la Swiss Chambers' Arbitration Institution VALÉRIANE OREAMUNO	163
WIPO Mediation and Arbitration IGNACIO DE CASTRO / HEIKE WOLLGAST	173
L'arbitrage <i>ex aequo et bono</i> LAURENT HIRSCH	183
Arbitrage en matière de construction BERND EHLE	193
L'arbitrage de cas immobiliers JEAN-MARC SIEGRIST	199
Arbitrage en matière de propriété intellectuelle THOMAS LEGLER	207
L'arbitrage multipartite ALEXANDRA JOHNSON	219
Arbitrage en matière sportive LUCA BEFFA / FABRICE ROBERT-TISSOT	229
L'arbitrage d'investissement MICHAEL E. SCHNEIDER	239
L'arbitrage en droit public suisse ELEANOR MCGREGOR	249
Le choix de l'arbitre PIERRE-YVES GUNTER	259
The Pledge for equal representation and diversity in international arbitration DOMITILLE BAIZEAU	269

C. Autres méthodes de résolution des litiges

Le droit collaboratif (<i>Collaborative Law</i>) : un nouvel outil dans la gestion amiable des différends CHRISTOPHE IMHOOS	279
Dispute Boards CHRISTOPHER KOCH	289
La nature bicéphale de l'expertise-arbitrage ELENA NEIDHART	299
La conciliation judiciaire DAVID ROBERT	309
La conciliation en matière de baux et loyers SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE	319
Protection de la personnalité au travail : le dispositif du Groupe de confiance de l'Etat de Genève SOPHIE DE WECK HADDAD	331
Bureau de l'Amiable Compositeur : une réponse sur mesure à une question complexe MARTINE BRUNSCHWIG GRAF	343
Les Ombudsmans, des médiateurs souvent inconnus FLORENCE BETTSCHART	353
Le règlement des différends au sein de l'Organisation mondiale du commerce CAMILLE FLÉCHET	361

D. Différents domaines de litiges

Propositions tendant à la régulation efficace des transitions familiales ANNE REISER	371
La résolution à l'amiable des conflits en droit du travail NATHALIE SUBILIA	381
Le rôle du notaire dans la résolution des litiges successoraux COSTIN VAN BERCHEM	389
Médiation et arbitrage dans les services financiers (conseil en placement et gestion de fortune) LUC THÉVENOZ	395
La résolution des litiges dans les foires MICHÈLE BURNIER	405

E. Aspects généraux et transversaux

Les ADR et l'orientation préalable JEAN GAY	417
The Global Pound Conference (GPC) Series, The future of commercial ADR and mixed modes: How does Geneva compare? JEREMY LACK	429
Le rôle du juge civil dans la résolution amiable des litiges SOPHIE THORENS-ALADJEM	439
Approche du juriste d'entreprise aux méthodes de résolution des litiges NICOLAS BURGNER	447
Protection juridique, médiation, digitalisation : la révolution. Objectifs : Présentation de l'expérience en médiation d'un assureur protection juridique MARCEL PAQUIER	453
Les biais dans les processus décisionnels CATHERINE AUDRIN / DAVID SANDER	463

La justice restaurative en Suisse

Tour d'horizon des possibilités offertes par un modèle de justice complémentaire à la justice pénale

I. La justice restaurative

A. Introduction et définition

La justice restaurative¹ est un modèle de justice qui considère l'infraction pénale avant tout comme un évènement qui cause des dommages à des personnes, à des relations et à des biens. Partant, cette justice se donne pour objectif de réparer ces dommages et vise ainsi la reconstruction de la victime ou plus généralement du lésé, la responsabilisation de l'auteur, aussi bien que la prévention de la récidive².

Dans un processus de justice restaurative, toutes les personnes touchées par une infraction ont l'occasion de parler des dommages subis et de ce qui doit être entrepris pour les réparer, pour empêcher que l'infraction ne se reproduise et pour répondre aux besoins qui en sont issus³. La justice restaurative donne ainsi aux personnes directement touchées par l'infraction un rôle actif et responsable⁴.

* Professeure à l'Université de Lausanne, avocate.

¹ Les termes *justice restauratrice*, *restaurative* ou *réparatrice* sont souvent considérés comme des synonymes. Ils sont tous une traduction des termes anglais « Restorative Justice ».

² V. également : CATHERINE JACCOTTET TISSOT / PASCALE HALDIMANN, Le droit à des processus restauratifs dans l'aide aux victimes, in Jusletter 23 octobre 2017, § 9 ss ; CAMILLE PERRIER, La Médiation en droit pénal suisse : Étude de la législation suisse relative à la médiation pénale à la lumière du droit français, allemand et belge, Helbing Bâle 2011, p. 42 ss.

³ Ces éléments de définition sont tirés de JOHN BRAITHWAITE, Building Legitimacy Through Restorative Justice, in TOM R. TYLER (éd.) Legitimacy and Criminal Justice: International Perspectives, New York 2007, pp 146 ss, 148: « *Restorative justice is a process that takes values such as healing, apology, and forgiveness seriously, as well as practical prevention of recurrence, as it seeks to restore victims, restore offenders, and restore communities. [...]* ».

⁴ IVO AERTSEN, Implementing restorative justice in Europe, in N. QUELOZ / C. JACCOTTET TISSOT / N. KAPFERER / M. MONA (éds), Mettre l'humain au centre du droit pénal : les apports de la justice restaurative, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 43ss, 45.

La justice restaurative se veut complémentaire à la justice pénale. Sans remplacer cette dernière, elle peut apporter d'autres réponses à l'infraction. En effet, pour une victime, les procédures judiciaires sont souvent décevantes. Après l'infraction, une victime exprime le besoin d'être informée pour comprendre les circonstances de l'infraction et d'être écoutée et reconnue comme victime⁵. Si la peine infligée à l'auteur peut l'apaiser, elle lui paraît la plupart du temps insuffisante au regard de sa propre souffrance. La procédure pénale elle-même lui laisse le sentiment de ne pas avoir été entendue, de ne pas avoir compris les motivations qui ont conduit au délit ou de ne pas avoir pu exprimer son ressenti⁶. De son côté, l'auteur d'une infraction aura tendance, en justice pénale, à minimiser ses actes ou à nier toute forme de participation à l'infraction, faisant ainsi usage de son droit à la présomption d'innocence, de son droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer.

La justice restaurative offre le double avantage de permettre la reconnaissance du statut et des besoins de la victime ainsi que la responsabilisation de l'auteur de l'infraction. Elle ouvre un espace préparé et sécurisé dans lequel la victime peut entrer (sur sa demande ou au minimum avec son accord), poser ses questions et être entendue. L'auteur peut de son côté exprimer des regrets sans crainte de voir ses déclarations utilisées contre lui. L'occasion lui est donnée de prendre ses responsabilités et de tenter de réparer le mal qu'il a fait. En étant confronté à la victime, l'auteur a en effet la possibilité de prendre acte et de mesurer le tort commis. Face à l'auteur, la victime peut reprendre un rôle actif qui l'aidera à se reconstruire, si besoin, et à sortir de la passivité et du sentiment d'impuissance souvent ressenti lors de l'infraction subie⁷.

B. Les différents processus de justice restaurative

Le Conseil économique et social des Nations Unies⁸ décrit les programmes de justice restaurative comme tout processus dans lequel la victime et le délinquant et, lorsqu'il y a lieu, toute autre personne ou tout autre membre de la communauté subissant les conséquences d'une infraction participent ensemble activement à la résolution des problèmes découlant de cette infraction, généralement avec l'aide d'un facilitateur. De tels processus peuvent prendre diverses formes, qui seront décrites ci-dessous⁹.

⁵ Sur la question des besoins des victimes : HEATHER STRANG / LAWRENCE W.SHERMAN, *Repairing the Harm: Victims and Restorative Justice*, 2003 Utah L. Rev. 15 (2003), p. 20 ss.

⁶ V. à ce propos : NOËLLE LANGUIN / CHRISTIAN-NILS ROBERT, *Quel rôle pour la victime dans le procès pénal*, *Plädoyer* 3/08 p. 56 ss.

⁷ Sur les objectifs de la justice restaurative en particulier, v. PERRIER (n. 2), p. 45 ss.

⁸ Résolution 2002/12 du 24 juillet 2002.

⁹ V. ég. CATHERINE JACCOTTET TISSOT / NILS KAPFERER / MARCO MONA, *Pour une justice restaurative en Suisse – pistes de réflexion*, *AJP / PJA*, 9 / 2016, pp. 1176-1186, 1179 s. ; PERRIER

Un processus de justice restaurative peut avoir lieu à n'importe quelle étape de la procédure pénale, avant ou après jugement, suivant le choix fait par le législateur d'un Etat donné¹⁰. Souvent, les programmes de justice restaurative tels que la médiation pénale sont institués sous forme de diversion judiciaire, c'est-à-dire qu'ils interviennent avant jugement, avec parfois le but d'influencer ce dernier¹¹. Il est cependant fréquent que des programmes s'inscrivent en marge et sans volonté d'influencer la procédure pénale, comme c'est le cas de la médiation carcérale ou des dialogues restauratifs.

Chacun des processus décrits ci-dessous implique une phase de préparation avec une personne spécifiquement formée à la justice restaurative et aux échanges qu'elle implique (personne désignée sous le terme générique de « facilitateur »¹²). Ce tiers est indépendant et impartial. Sa fonction est d'assurer le bon déroulement d'un processus de justice restaurative, qui implique souvent une rencontre entre des victimes et des auteurs d'infraction. Le facilitateur organise dans chaque cas un entretien séparé avec chaque participant pour le préparer au processus, s'assurer qu'il souhaite effectivement s'engager dans pareille voie et que la justice restaurative est opportune dans son cas¹³.

1. Médiation pénale (victim-offender mediation, VOM)

La médiation pénale consiste à proposer, organiser et encadrer un échange, voire une rencontre, entre le lésé d'une infraction pénale et l'auteur de cette infraction¹⁴. Elle a lieu uniquement lorsque les deux parties y ont donné leur consentement et s'impliquent volontairement après avoir été complètement informées. Ce processus donne un rôle central à l'auteur et à la victime et vise à leur permettre de donner, ensemble, un sens au délit commis ainsi qu'à définir les actions nécessaires à la réparation du dommage. La médiation est en principe confidentielle, à moins que les parties ne souhaitent ensemble communiquer à un tiers sur son contenu. L'échange est encadré par un médiateur (ou facilitateur) neutre, extérieur au conflit et indépendant de l'appareil judiciaire. Une telle configuration permet en effet d'offrir un cadre propice à la communication, dans une

(n. 2), p. 53 ss ; BARBARA E. RAYE / ANN WARNER ROBERTS, 01 Oct 2006 in GERRY JOHNSTONE/ DANIEL W. VAN NESS (éds), *Restorative processes from: Handbook of Restorative Justice*, Routledge, p. 212 ss.

¹⁰ AERTSEN (n. 4), p. 49.

¹¹ CHRISTA PELIKAN / THOMAS TRENCZENK, Victim offender mediation and restorative justice: The European landscape, in DENNIS SULLIVAN / LARRY TIFFT, éds., *Handbook of restorative justice: A global perspective*, Abingdon, UK: Routledge, 63-90, 2008.

¹² Est un facilitateur le médiateur dans un processus de médiation ou le gardien du cercle (*circle keeper*) dans un cercle de sentence.

¹³ JACCOTTET TISSOT / HALDIMANN (n. 2)§ 13.

¹⁴ Sur la médiation pénale, v. la contribution de CATHERINE HOHL-CHIRAZI / RITA SETHI-KARAM, En chemin vers la résolution du conflit pénal, p. 37. Pour une définition complète v. PERRIER (n. 2), p. 57 ss.

relation horizontale. La médiation carcérale ou post-sentencielle est une forme particulière de médiation pénale, qui intervient après le jugement de l'auteur de l'infraction, durant sa détention dans un établissement pénitentiaire ou au cours d'un suivi par un service de probation. Cette forme de médiation n'a pas d'incidence directe sur la durée de la peine privative de liberté. Elle nécessite souvent une préparation intense, car elle implique des infractions d'une certaine gravité.

2. Conférence de groupe familiale ou forum de discussion (Conferencing)

La conférence de groupe familiale (family group conferences, FGC) est une pratique emblématique de la justice réparatrice. Elle tire ses racines dans les traditions de peuples autochtones Maori de Nouvelle-Zélande et Wiradjuri en Australie. Les FGC ont été réintroduites dans le système pénal néo-zélandais en 1989, puis en Australie dès 1991¹⁵. Après une préparation, ce processus consiste en une (seule) rencontre entre l'auteur, la victime, mais aussi leurs familles et/ou les personnes de soutien proches des parties, ainsi qu'avec des représentants de la communauté au sens large qui pourraient apporter une aide à la résolution du conflit (policiers, assistants sociaux, spécialistes en addictions, etc.). En prenant en compte les besoins de victimes, ce processus soutient également les auteurs alors qu'ils prennent leurs responsabilités et changent leur comportement et donne à leurs familles la possibilité de jouer un rôle actif et de les accompagner dans ce changement.

3. Cercle de paix ou conseil de détermination de la peine (Peace circle ou Sentencing circle)

Les cercles ont leur origine dans la justice traditionnelle des indiens nord-américains (Ojibwés et Navajos)¹⁶. La pratique a été réintroduite au Yukon (Canada) en 1992 et s'est répandue ensuite dans les pays anglo-saxons. Dans ce processus, l'accent est mis sur la parole et l'écoute ; placés en cercle, les participants se passent un objet symbolique (un « *talking stick* ») qui détermine qui a la parole. Le plus fréquemment, il s'agit de trouver un accord sur la réparation et, parfois, sur l'éventuelle sanction à donner à la suite de

¹⁵ CAMILLE PERRIER, *Criminels et victimes : quelle place pour la réconciliation ?*, l'Hèbe, Charmey 2011, p. 51 ; v. ég. RAYE / WARNER ROBERTS (n. 9), p. 213 ss.

¹⁶ RAYE / WARNER ROBERTS (n. 9), p. 215 ss. PAUL McCOLD, *Overview of Mediation, Conferencing and Circles*, Vienne 10-17 avril 2000, qui décrit le processus chez les Navajo. Pour un autre exemple, voir MYLÈNE JACCOUD, *Restoring justice in native communities in Canada*, in LODE WALGRAVE (ÉD.), *Restorative Justice For Juveniles: Potentialities, Risks and Problems*. Leuven 1998, p. 285 ss p. 291 ss, qui explique le déroulement des *Community Holistic Circle Healing*, mode de règlement des conflits d'une communauté Ojibwé du Manitoba au Canada.

l'infraction (on parle alors de « sentencing circle »). Les cercles ressemblent au processus du conferencing en ce sens qu'ils supposent la participation de la famille de l'auteur et de celle de la victime, ainsi que de toute personne de la communauté apte à apporter son soutien. Les sentencing circles impliquent en outre un juge ou un procureur. Dans ce dernier cas, l'accord aura la force d'un jugement¹⁷.

4. Dialogue restauratif

Dans un dialogue restauratif (comme les « Projets Sycomore » en Amérique du Nord, appelés « Building Bridges » en Europe¹⁸), des victimes et des auteurs sans relation les uns avec les autres se rencontrent pour discuter des conséquences de l'infraction, des dommages qui en résultent, de la prise de responsabilité de l'auteur et des actes concrets envisageables pour offrir une forme de réparation. Il ne s'agit donc pas pour un auteur de rencontrer « sa » victime, mais plutôt une ou des victimes d'une infraction similaire. Comme pour chaque processus de justice restaurative, les rencontres sont préparées et encadrées par un facilitateur spécifiquement formé à cet effet. Ces programmes sont le plus souvent mis en place dans des établissements de détention ; les détenus sont ainsi confrontés aux conséquences de leurs actes et encouragés à en endosser la responsabilité ainsi qu'à développer de l'empathie envers les victimes¹⁹.

C. Les résultats de la justice restaurative

De nombreuses recherches ont été menées, principalement dans le monde anglo-saxon, afin d'évaluer la justice restaurative et de la comparer avec la justice pénale. Ces études démontrent que la Justice restaurative répond mieux aux attentes et aux besoins des justiciables que la justice criminelle et va même jusqu'à réduire le taux de récidive.

1. Satisfaction et réparation des victimes et des auteurs d'infractions

Les victimes expriment presque toujours les deux mêmes motivations quant à leur participation à un processus de justice restaurative : un besoin de compréhension des circonstances de l'infraction et un besoin de partager ses conséquences pour amener l'auteur à en réaliser l'ampleur²⁰. Les victimes sont toujours très majoritairement

¹⁷ V. ég. JACCOTTET TISSOT / KAPFERER / MONA (n. 9). p. 1180. ; PERRIER (n. 2), p. 55 s.

¹⁸ Sur ces projets en particulier, lire : GERRY JOHNSTONE / DANIEL W. VAN NESS, *Handbook of Restorative Justice*, Routledge, Londres/New York 2013, p. 312 ss.

¹⁹ JACCOTTET TISSOT / HALDIMANN (n. 2), § 13.

²⁰ MARK S. UMBREIT / BETTY VOS / ROBERT B. COATES / KATHERINE A. BROWN, *Facilitated dialogue on death row: family members of murder victims and inmates share their experiences*, in J. ACKER /

satisfaites des processus de justice restaurative, qu'elles perçoivent comme « justes »²¹. En cas de comparaison avec la justice criminelle, les victimes montrent toujours un taux de satisfaction plus élevé après un processus de justice restaurative qu'après un procès pénal²². La justice restaurative est particulièrement bénéfique en cas de crimes graves²³. La recherche a prouvé que les victimes ont effectivement l'occasion de comprendre les circonstances du crime et d'obtenir une reconnaissance de leurs souffrances. Elles expriment même un sentiment de libération et ne regrettent pas leur participation²⁴. Enfin, une étude a démontré que les victimes ayant participé à un processus de justice restaurative présentent un score plus faible à des tests mesurant le stress post traumatique que celles n'y ayant pas eu accès. Elles retournent en outre significativement plus rapidement travailler si elles ont pris part à un programme de justice restaurative que si elles n'ont vécu qu'un procès criminel²⁵.

De leur côté, les prévenus ou détenus souhaitent participer à un processus de justice restaurative pour, d'une part, exprimer leurs regrets et s'excuser auprès de leur victime et l'aider dans son processus de guérison et, d'autre part, pour favoriser leur propre réhabilitation et expliquer les circonstances de l'acte et leur parcours de vie²⁶. Pour eux

D. KARP, *Wounds that do not bind: victim-based perspectives on the death penalty*, 2006, Carolina Academic Press, Chapter 18, p. 349-375; DAVID L. GUSTAFSON, *Exploring Treatment and Trauma recovery Implications of Facilitating Victim-Offender Encounters in Crimes of Severe Violence: Lessons From the Canadian Experience*, in E. ELLIOTT / R. GORDON (eds.), *New Directions in Restorative Justice: Issues, Practice, Evaluation*, 2004, p. 193-227; MARK S. UMBREIT / WILLIAM BRADSHAW / ROBERT B. COATES, *Victims of Severe Violence in Dialogue with the Offender: Key Principles, Practices, Outcomes and Implications*, In G.M. WEITEKAMP / H. KERNER (eds.), *Restorative Justice in Context: International Practice and Directions*, 2003, Wilan Publishing, p. 123-144.

²¹ LAWRENCE SHERMAN / HEATHER STRANG, *Restorative justice: the evidence*, The Smith Institute, Londres 2007, p. 62ss.

²² Au cours d'une médiation en effet, les victimes obtiennent des informations sur l'acte, le sentiment d'avoir été écoutées et reconnues comme victimes et l'impression d'avoir repris le contrôle de leur vie en réglant elles-mêmes le conflit : v. TINNEKE VAN CAMP / JO-ANNE WEMMERS, *Victim satisfaction with restorative justice: More than simply procedural justice*.

²³ MARK S. UMBREIT / BETTY VOS / ROBERT B. COATES / MARILYN P. ARMOUR, *Victims of Severe Violence in Mediated Dialogue with Offender: The Impact of the First Multi-Site Study in the U.S.*, *International Review of Victimology*, Vol. 13/1 (2016), p. 27 ss.

²⁴ SARA-EVE CHARRETTE-DUCHESNEAU, *L'expérience des victimes et du médiateur impliqués dans un processus de médiation pour des crimes « graves » au Québec*, Université de Montréal, 2009, p. 174ss.

²⁵ CAROLINE M. ANGEL, *Crime victims meet their offenders: Testing the impact of restorative justice conferences on victims' post-traumatic stress symptoms* (January 1, 2005).

²⁶ UMBREIT / VOS / COATES / BROWN (n. 20).

également, le taux de satisfaction est extrêmement élevé (entre 80 et 97 %, suivant les études)²⁷. De même, le sentiment de justice est ressenti par plus de 80 % des auteurs²⁸.

2. Baisse de la récidive

La participation à un processus de justice restaurative réduit significativement le risque de récidive de l'auteur. Une méta-analyse, combinant les résultats de 25 études effectuées à travers le monde et concernant au total 4741 auteurs d'infraction, a montré que le passage par un processus de justice réparatrice réduisait la récidive de façon systématique, lorsque l'infraction en cause était une infraction impliquant de la violence (non une simple infraction contre la propriété)²⁹. Une autre méta-analyse, datée de 2013 et basée sur 10 études impliquant 1879 auteurs d'infraction, a mis en évidence une baisse systématique du taux de récidive variant de 7 % à 45 % suivant les diverses études reprises dans l'analyse³⁰.

3. Baisse des coûts de la justice

La justice restaurative permet de réduire significativement les coûts de la justice. Une étude récente a démontré que chaque unité monétaire investie dans un processus de justice restaurative permettait des économies de 3,70 au moins de cette même unité et jusqu'à 8,10, en ne considérant que le coût de la récidive évitée³¹. Cette étude ne tient en outre pas compte des coûts économisés en termes d'aide aux victimes, lesquelles bénéficient aussi des processus de justice restaurative.

²⁷ MARK S. UMBREIT, *The Handbook of Victim Offender Mediation*, San Francisco 2001, p. 164ss.

²⁸ UMBREIT (n. 27), p. 167.

²⁹ SHERMAN/ STRANG (n. 21), p. 68ss.

³⁰ HEATHER STRANG / LAWRENCE W. SHERMAN / EVAN MAYO-WILSON / DANIEL J. WOODS / BARAK ARIEL, *Restorative Justice Conferencing (RJC) Using Face-to-Face Meetings of Offenders and Victims: Effects on Offender Recidivism and Victim Satisfaction. A Systematic Review*, *Campbell Systematic Reviews* 2013:12.

³¹ LAWRENCE W. SHERMAN / HEATHER STRANG / EVAN MAYO-WILSON / DANIEL J. WOODS / BARAK ARIEL, *Are Restorative Justice Conferences Effective in Reducing Repeat Offending? Findings from a Campbell Systematic Review*; *Journal of Quantitative Criminology*, March 2015, Volume 31, Issue 1, pp 1–24.

II. La justice restaurative en Suisse

A. Absence de base légale en droit pénal des adultes

La médiation pénale est plébiscitée par le Conseil de l'Europe depuis 1999³². Depuis 2002, les Nations Unies reconnaissent la justice restaurative³³, comme mouvement englobant la médiation pénale, et la recommandent depuis 2016 à tous ses États membres³⁴, qui ont en grande majorité adopté une disposition idoine.

Il n'existe cependant au niveau fédéral aucune base légale spécifique qui permette aux justiciables d'avoir accès à la justice restaurative et aux bénéficiaires exposés ci-dessus, du moins lorsque le prévenu est un adulte³⁵. La question d'introduire la médiation pénale en droit pénal des adultes a été débattue devant le Parlement en 2007, pour être finalement rejetée. Cela étant, la Suisse a introduit la médiation pénale (art. 8 aDPMin) en 2007, mais uniquement en droit pénal des mineurs. Elle est consacrée aujourd'hui à l'art. 17 PPMIn. Cette disposition faisant déjà l'objet d'une contribution³⁶, nous n'y reviendrons pas.

B. Expériences de médiation carcérale et de dialogues restauratifs

En milieu pénitentiaire, diverses expériences ont été menées afin d'introduire des formes de justice restaurative au travers de projets visant la réparation des dommages par les

³² V. Recommandation R (99) 19 du Conseil de l'Europe du Comité des Ministres aux États membres sur la médiation en matière pénale.

³³ ECOSOC, Resolution 2002/12 "Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters".

³⁴ ECOSOC, Resolution 2016/17 adoptée le 26 juillet 2016 « Restorative justice in criminal matters » selon laquelle, point 3, le Conseil « Encourage les États Membres à faciliter, selon qu'il conviendra, les processus de justice réparatrice, conformément au droit national, y compris en mettant en place des procédures ou lignes directrices concernant les conditions d'accès à ces services ».

³⁵ La conciliation pénale (art. 316 CPP et 16 PPMIn) ne constitue pas un processus de justice restaurative ; l'accent est – en règle générale – mis sur le retrait de plainte en échange d'une réparation pécuniaire, voire d'excuses, mais non sur le dialogue, l'écoute et la réparation des dommages autres que quantifiables en dommages et intérêts. Sur les autres dispositions du droit pénal suisse constituant une ouverture permettant un éventuel processus restauratif, v. CATHERINE JACCOTTET-TISSOT, En droit suisse, quelle place pour la justice restaurative ?, in N. QUELOZ / C. JACCOTTET TISSOT / N. KAPFERER / M. MONA (éds), Mettre l'humain au centre du droit pénal: les apports de la justice restaurative, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 61ss, 68.

³⁶ V. sur cette question la contribution de VIKTORIA AVERSANO/VÉRONIQUE HIRSCH/FABIENNE PROZ JEANNERET, Violence en milieu scolaire : pourquoi pas une médiation pénale ?, p. 57.

détenus. La première de ces expériences a été menée dans les années 1970 déjà au sein des établissements pénitentiaires de Saxerriet puis de Bitzi, dans le canton de St-Gall³⁷. Entre 1999 et 2003, la Confédération a financé un projet pilote dans le canton de Berne sous le titre « *Tataufarbeitung und Wiedergutmachung* (TaWi) ». Les établissements de Witzwil, Thorberg, Saint-Jean et Hindelbank y ont participé. L'évaluation de ce projet a montré des résultats positifs³⁸, mais il a été abandonné pour des raisons financières³⁹.

Forte de ces quelques expériences, l'AJURES⁴⁰ offre depuis 2018 à l'établissement pénitentiaire de La Brenaz (GE) un programme de médiation carcérale. En collaboration avec les intervenants sociaux-judiciaires et la direction de l'établissement pénitentiaire, la démarche est proposée à certains détenus tout en précisant que, quel que soit le résultat obtenu, celui-ci n'aurait pas de conséquence sur la peine ou le régime d'exécution de celle-ci. En cas d'intérêt, des médiateurs pénaux rencontrent les détenus pour s'assurer de l'opportunité de la démarche dans leur cas. Ensuite, en cas d'accord, ils font la même démarche avec la victime. A supposer que tant la victime que le détenu y consentent, une médiation au sens étroit peut avoir lieu. Selon leur souhait, la médiation peut se faire de manière indirecte, c'est-à-dire par l'intermédiaire du médiateur, ou par une rencontre encadrée, au sein de l'établissement pénitentiaire ou en-dehors si l'auteur a déjà été libéré⁴¹.

En outre, un programme de dialogue restauratif a été mis en place à Lenzburg par le Swiss Restorative justice Forum⁴². Sur huit semaines, un groupe de détenus rencontre un groupe de victimes et échangent sur l'infraction et ses conséquences, selon le modèle décrit ci-dessus.

³⁷ PETER AEBERSOLD, « Restorative Justice » in der Schweiz, in Schöch Heinz et al. (éds), *Angewandte Kriminologie zwischen Freiheit und Sicherheit*, Mönchengladbach 2004, p. 437 ss., p. 444 s. ; PAUL BRENZIKOFER, *Wiedergutmachungsbemühungen im Strafvollzug*, in *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ?*, ISDC vol. 19, Zurich 1992, p. 247 ss.

³⁸ MARGRIT OSWALD / ANDREA BÜTIKOFER / FRANCESCO CASTELLI / JENNIFER STEINBACH, *Wissenschaftliche Evaluation des Modellversuchs „Tataufarbeitung und Wiedergutmachung (TaWi) – Berner Modell“*. Umsetzungs- und Implementierungsphase, Rapport final de l'Université de Berne, 2002, p. 26 ss.

³⁹ ANDREA BAECHTOLD, *Exécution des peines : L'exécution des peines et mesures concernant les adultes en Suisse*, Berne 2008, p. 163.

⁴⁰ Association pour la justice restaurative en Suisse, www.ajures.ch.

⁴¹ Sur cette expérience, voir l'article paru dans *Le Temps* du 20 février 2018 : Une passionaria du dialogue entre le détenu et sa victime.

⁴² Sur ce nouveau programme, voir l'article paru dans *la Neue Zürcher Zeitung* du 9 décembre 2017 : Wenn Täter auf ihre Opfer treffen.

Conclusion : vers de nouvelles possibilités

Méconnue en Suisse, la justice restaurative est utilisée dans le monde entier où elle a fait ses preuves en termes de réponse aux besoins des participants et de réduction du taux de récidive. Elle donne aux justiciables et aux autorités pénales un outil supplémentaire permettant la prise de responsabilité des auteurs d'infraction et la reconstruction des victimes.

L'absence de base légale en faveur de la justice restaurative en droit pénal des adultes reste problématique, malgré les programmes que tentent de mettre en place certaines associations. La justice restaurative gagnerait en visibilité et en confiance des justiciables et des professionnels du droit si le législateur suisse introduisait, à l'instar de ses voisins européens, une base légale spécifique⁴³. Afin de tenir compte des réticences exprimées par les parlementaires en 2007, soit le coût et le respect du monopole de la justice à l'Etat⁴⁴, le législateur pourrait prévoir un usage facultatif de la justice restaurative tout en permettant aux juges, sans les y obliger, de tenir compte du résultat du processus restauratif.

La Suisse dispose désormais d'un certain recul depuis l'introduction de la médiation pénale en faveur des mineurs. Les cantons qui ont effectivement fait usage de ce processus ont tous relevé les impacts positifs de la médiation, la satisfaction des parties, l'importance pour l'auteur d'être mis face aux conséquences du délit et le rôle éducatif du processus⁴⁵. Les structures de médiation pénale étant mises en place pour les mineurs, le coût de l'extension de ce processus aux auteurs adultes serait modéré et permettrait des économies substantielles, notamment en faisant baisser la récidive et en permettant une reconstruction plus rapide des victimes. Espérons que la présente contribution pourra inspirer un peu le législateur helvétique.

⁴³ Dans le même sens, v. JACCOTTET-TISSOT (n. 35), 71.

⁴⁴ V. CATHERINE FALLER, Historique de la médiation pénale dans le Code de procédure pénale suisse : de son introduction à sa suppression, RPS 2009/1, p. 18ss.

⁴⁵ Évaluation de l'efficacité du nouveau droit pénal des mineurs, Haute école spécialisée bernoise, Rapport du 8 mai 2012, p. 2 ; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER / URS THALMANN / VEIO ZANOLINI, Mediation im Strafrecht: Erfahrungen im Kanton Zürich, 2006.