

# Pour distinguer justice restaurative et médiation



© Apcars.fr

Elle inspire déjà les politiques criminelles de nombreux Etats et apparaît depuis peu en Suisse. La justice restaurative ne doit toutefois pas être confondue avec la médiation. Particularités de l'une et l'autre en seize points.

Par **Pascale Haldimann**, assistante sociale, **Catherine Jaccottet Tissot**, membre honoraire de l'Ordre des avocats vaudois, **Nils Kapferer**, juriste et doctorant, **Sophie Moeschler**, greffière et doctorante

Il nous est apparu nécessaire de clarifier la distinction entre justice restaurative [1] et médiation ainsi que d'éclaircir leurs spécificités et leurs limites [2]. Nous craignons, s'agissant de processus relativement récents, que des confusions et des malentendus n'aboutissent à des distorsions des pratiques, pouvant s'avérer nuisibles pour ceux et celles qu'elles prétendent soutenir. À titre préliminaire, nous souhaitons souligner qu'il ne s'agit pas ici de minimiser les mérites de la médiation. Notre volonté est de distinguer ces approches et d'éviter des confusions dans l'intérêt tant de la médiation que de la justice restaurative.

## 1. Valeurs et principes

- La médiation est une résolution amiable d'un conflit dans un contexte de moral balance relatif. Il est dès lors primordial de maintenir un équilibre entre parties.
- Les valeurs de la justice restaurative (JR) sont, entre autres, l'inclusion et l'intégration, la responsabilisation, le respect, la flexibilité, l'implication forte de toutes les personnes présentes. Il n'y a pas de symétrisation dans la JR entre l'infracteur et la personne atteinte.

## 2. Objet

### Comment citer cet article ?

P. Haldimann, C. Jaccottet Tissot, N. Kapferer et S. Moeschler, «Pour distinguer justice restaurative et médiation», REISO, Revue d'information sociale, mis en ligne le 18 février 2019, <https://www.reiso.org/document/4074>

- Pour la médiation, l'objet même de l'approche est le conflit, soit un désaccord sur certains points. Celui-ci est ambigu sur le plan éthique et on part de l'idée que son issue est négociable [3].
- L'objet de l'approche restaurative porte sur les conséquences et les suites de l'atteinte consécutives au tort commis et n'implique pas nécessairement l'existence d'un conflit préalable. On reconnaît que la souffrance résultant d'une infraction ne peut être négociée.

### 3. Motivation des participants

- Il s'agit en médiation de résoudre le conflit, de trouver si possible un accord win-win.
- En JR, on tente de trouver des solutions restauratrices qui tiennent compte des besoins effectifs des victimes. Il s'agit d'entendre, d'écouter, de dialoguer d'exprimer ses sentiments. L'implication des personnes concernées (personnes ayant provoqué l'atteinte, personnes l'ayant subie directement ou indirectement ainsi que membres de l'entourage et de la société civile - community) et le dialogue qui en résulte sont plus importants que l'éventuelle conclusion d'un accord final.

### 4. Conditions préalables

- Parfois la médiation est ordonnée [4]. Il peut y avoir désaccord sur qui porte la responsabilité du conflit, c'est même la situation la plus fréquente.
- La JR ne peut jamais être que volontaire. La personne qui a provoqué l'atteinte doit l'avoir reconnue complètement et librement. Relevons que les notions d'aveu ou de culpabilité au sens juridique du terme ne sont pas pertinentes dans ce contexte.

### 5. Cercle des participants

- Il s'agit en médiation des parties en conflit.
- Pour la JR, les personnes impliquées ne sont pas uniquement celle qui a commis l'acte et celle qui a subi l'atteinte mais, dans la mesure du possible, le cercle des personnes touchées (famille et proches des protagonistes directs, voisins, représentants de la collectivité, élèves, etc.).

### 6. Traitement réservé aux parties/aux personnes

- En médiation, les parties sont mises sur pied d'égalité. Les responsabilités dans la survenance du conflit sont le plus souvent partagées.
- Pour la JR, on ne peut traiter de la même manière celui qui a subi et celui qui a provoqué l'atteinte. Dès le début du processus, l'infacteur doit reconnaître avoir été à l'origine de celle-ci. Il assume moralement ses actes et leurs conséquences.

### 7. État d'esprit des personnes au début du processus

- En médiation, les divergences apparaissent comme insurmontables. Il n'y a pas de volonté de prendre en considération le point de vue de l'autre.
- Dans un processus restauratif, l'infracteur reconnaît avoir joué un rôle actif dans la survenance de l'événement à l'origine de l'atteinte. Il en supporte le poids moral, il est à l'écoute des récits de la victime, le cas échéant de ceux des autres participants.

## 8. Cas de responsabilités partagées

- On rencontre très souvent en médiation, si ce n'est dans la plupart des cas, un partage des responsabilités. Chaque partie fait valoir ses intérêts selon les règles de la négociation raisonnée (principled negotiation).
- L'approche restaurative est utilisée pour soutenir la victime dans l'expression de la souffrance infligée et pour permettre la prise de conscience de l'auteur.

## 9. Place des sentiments

- En médiation, le médiateur aide les parties à exprimer leurs intérêts et leurs besoins de manière rationnelle.
- Pour la JR, les sentiments peuvent être exprimés dans toute leur subjectivité, dans le cadre d'un environnement assurant la sécurité physique et psychique de chacun.

## 10. Position du tiers

- Le médiateur ou la médiatrice est moralement neutre et impartial-e. Reconnaissant les difficultés d'une parfaite impartialité, certain-e-s parlent de multi-partialité.
- En JR, le facilitateur ou la facilitatrice doit prendre en considération les qualités de victime et d'infracteur, on parle de balanced partiality.

## 11. Responsabilité du tiers

- Le médiateur est responsable du processus, il contrôle que l'accord de médiation satisfasse les parties.
- Le facilitateur doit veiller à ce que tout le processus, y compris l'éventuel accord final, ait une dimension restaurative favorisant la reconstruction.

## 12. Travail préalable avec les participants

- Dans certaines circonstances, la médiation peut avoir lieu sans rencontre préalable. Lorsque celle-ci s'avère nécessaire, le médiateur assurera le même type de préparation pour les deux parties.
- Le travail préalable avec les participants à un processus de JR est primordial, il est adapté aux circonstances et aux besoins. Il peut se dérouler sur plusieurs entretiens et durer des mois.

### 13. Critère temporel

- La médiation intervient le plus souvent au moment où les parties reconnaissent ne plus être en mesure de gérer le conflit.
- Un processus de JR peut intervenir plusieurs années après les faits.

### 14. Établissement des faits

- L'établissement des faits peut s'avérer crucial dans certaines médiations, c'est pourquoi les parties peuvent décider d'apporter des documents ou de recourir à un expert.
- En JR, la manière dont les protagonistes exposent avoir vécu l'évènement est plus importante qu'une reconstitution fidèle et exacte des faits. Les narrations expriment les sentiments, les émotions ressenties. Il s'agit donc plus de comprendre que de connaître.

### 15. Rapport avec la loi

- Dans le cadre d'une médiation et si le conflit repose sur des interprétations divergentes de la loi, les parties peuvent solliciter un avis juridique ou un avis d'expert. L'accord de médiation ne doit pas être contraire aux principes généraux du droit des contrats (pas de vice du consentement, pas de contrat léonin, etc.).
- En matière de JR, les droits des personnes et la qualification juridique des actes commis ne sont pas au centre du processus. Le droit n'intervient que dans les rapports entre JR et système judiciaire, s'agissant par exemple du respect du principe de la confidentialité, des conditions d'accès au processus restauratif et de leurs incidences sur l'éventuelle décision judiciaire.

### 16. Rapport avec le système judiciaire

- Un accord de médiation peut être ratifié par un juge. Il vaut alors jugement et devient exécutoire. En l'absence de ratification, il est assimilable à un contrat.
- En JR, si un accord est intervenu, il peut être transmis à l'autorité d'instruction ou de jugement qui, selon les législations, renoncera à la poursuite pénale, aura l'obligation ou simplement la possibilité d'en tenir compte dans sa décision. Lorsque le jugement a été rendu, le processus restauratif n'a aucune incidence sur les décisions de justice. Il en est évidemment de même lorsque le processus se déroule en dehors de toute procédure.

## Les risques de la confusion

Réduire la justice restaurative à la médiation ou n'avoir que la médiation en point de mire fait perdre de vue la richesse et la diversité des approches restauratives et reconstructives. Le risque existe alors de proposer un modèle qui ne convient pas parce que les protagonistes ne sont pas prêts pour une rencontre directe ou ne la veulent pas.

Plus grave encore, on risque de provoquer une victimisation secondaire si on admet le bienfondé d'«opinions divergentes» alors qu'un tort commis a provoqué une atteinte, une souffrance. La notion de conflit, qui est centrale dans le domaine de la médiation, vient troubler le processus restauratif de responsabilisation. Assimiler une atteinte à un conflit, c'est minimiser la souffrance infligée.

En Europe, des pays précurseurs en matière de justice restaurative comme la Belgique ont adopté dans leur terminologie légale le terme de «médiation», ce qui est critiqué par certains praticiens belges eux-mêmes. Cette approche qui remonte à une vingtaine d'années, ne correspond plus à la tendance actuelle, comme cela ressort de la Recommandation du Conseil de l'Europe concernant la justice restaurative [5]. Selon la Recommandation, les États membres sont invités à abandonner le terme de «médiation» au profit de l'expression «approches restauratives» et à adopter une vision large de ces pratiques [6].

[1] La présente contribution à la revue REISO est un résumé de l'article paru dans la revue Plaidoyer du 22 octobre 2018 (n° 5/18). Lire aussi le premier article général dans REISO sur la justice restaurative: Catherine Jaccottet Tissot et Pascale Haldimann, «Une justice restaurative pour aider les victimes», REISO, Revue d'information sociale, mis en ligne le 5 février 2018.

[2] Pour une présentation générale de la justice restaurative, nous pouvons recommander les ouvrages suivants : Nicolas Queloz, Catherine Jaccottet Tissot et alii, Mettre l'humain au centre du droit pénal : les apports de la justice restaurative, Editions Schulthess, Genève, Zurich, 2018; Ivo Aersten, Bruna Palli, Critical Restorative Justice, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017; Howard Zehr, The little book of Restorative justice: Revised and Updated, Good Books, New-York, 2014.

[3] Christopher Moore, The mediation process – Practical strategies for resolving conflict, 4e éd., Jossey-Bass a Wiley brand, San Francisco, 2014, p. 8.

[4] Comme le permet par exemple l'art. 297 al. 2 CPC en matière civile.

[5] Projet de Recommandation CM/Rec (2018) XX du Comité des Ministres aux États membres relative à la justice restaurative en matière pénale, [en ligne](#).

[6] Recommandation précitée, p. 4.