

Aktuelle

JURISTISCHES

Praxis

AJP

Dike Verlag AG St. Gallen (Schweiz)

SONDERDRUCK
(nicht verkäuflich)

Verlag und Abonnementverwaltung:
Dike Verlag AG
Postfach 301, CH-8853 Lachen
Tel. 055/442 68 80, Fax 055/442 68 81
E-Mail: Bestellung@dike.ch
Internet: www.dike.ch



Médiation, de la rupture au lien



ANNE-CATHERINE SALBERG,
licenciée en droit, master
européen en médiation,
Genève

Plan:

1. Préambule
2. Les modes de régulation des conflits
 - a. La médiation, un mode négocié de gestion des conflits
 - b. Les changements dans la relation au droit et à la justice
 - c. Les changements du modèle de justice pénale
 - d. Les changements face au sens de la justice
 - e. En résumé
3. L'institutionnalisation de la médiation
 - a. La pratique de la médiation
 - b. L'exemple genevois de la médiation pénale déléguée
 - c. En résumé
4. Conclusion

1. Préambule

Être devant ou derrière la barre, c'est se mettre au service de la justice étatique rendue selon le mode du jugement. Le droit donne des droits, il permet d'équilibrer les rapports de force. Les femmes ont sans relâche mené ce combat de la reconnaissance des droits: grâce à elles, la position de victime a été reconnue dans le procès pénal; grâce à elles, le droit de la famille a évolué vers une reconnaissance de l'égalité des hommes et des femmes dans le mariage et le divorce. Les femmes ont favorisé un changement irréversible.

Pourtant, ces conquêtes ne s'inscrivent-elles pas dans l'abandon d'une pensée sur le droit au profit du "discours sur les droits" qui atomise la société en autant d'individus et cesse de dire les principes qui fondent le lien social, en laissant le champ libre à l'affrontement, droits des uns contre droits des autres?¹

Par ailleurs, la mise en œuvre du droit par le procès, basée sur l'antagonisme des points de vue, ne favorise-t-elle pas la radicalisation des positions? Le procès met des barrières entre les gens: la logique du droit s'inscrit dans un principe de rupture, il y a un gagnant et un perdant.

La médiation propose une approche différente où, à partir de positions opposées, on recherche la justesse de la solution, par l'interaction entre les personnes en conflit. La logique

de la médiation s'inscrit dans un principe de lien où chacun perd et chacun gagne par la création d'un monde commun.

Dans la première partie de cette contribution, nous allons situer la médiation comme mode de régulation des conflits. Nous aborderons ensuite le contexte dans lequel s'insère l'essor de la médiation en prenant trois éclairages théoriques différents: les changements qui traversent notre société dans la relation au droit, les changements des modèles dans la justice pénale et les changements face au sens de la justice. Dans la deuxième partie de cet exposé, nous traiterons plus concrètement des questions de l'institutionnalisation de la médiation comme mode coopératif de gestion des conflits, en l'illustrant par l'exemple de la toute récente expérience genevoise de médiation en matière pénale.

2. Les modes de régulation des conflits

Comment peut-on distinguer les modes de gestion des conflits? Une première manière consiste à analyser le recours à la violence selon une typologie qui le codifie (système vindicatoire), l'interdit ou le ritualise. On peut aussi établir une typologie entre les modes juridictionnels (jugement se référant à une norme imposée) ou non juridictionnel (négociation bilatérale, médiation, arbitrage). On peut, en faisant référence à la théorie des jeux, différencier les modèles à somme nulle (le jugement qui fait intervenir un tiers qui impose une solution, qui établit qui a raison et qui a tort à partir des faits du passé en se référant à une norme juridique) des modèles à somme positive (négociation entre les parties qui vise à obtenir un compromis orienté vers le futur en maintenant une relation non conflictuelle et en cherchant à concilier les intérêts)².

Un modèle particulièrement intéressant est celui proposé par ETIENNE LEROY³: à la base des différents modes de règlements des conflits, il existe quatre types de mise en jeu de l'ordre, l'ordre accepté (permanence de la relation), l'ordre négocié (pacification de la relation), l'ordre imposé (jugement) et l'ordre contesté (remise en cause de l'ordre existant).

Cet article se base sur la conférence donnée lors de la Journée d'études juridiques des Femmes juristes suisses "Femmes en procès. Femmes devant et derrière la barre", le 29 juin 2002 à Fribourg.

- 1 IRÈNE THÉRY, "Droit, justice et demande des familles, réflexion sur un objet introuvable" in *Familles & justice, Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, éd. resp. MARIE THÉRÈSE MEULDERS-KLEIN, L.G.D.J., Paris, Bruylant Bruxelles 1997, 13-27.
- 2 NORBERT ROULAND, *Anthropologie juridique*, puf, Paris 1988, 308 ss.
- 3 Tableau de ETIENNE LEROY, cité par N. ROULAND, (n. 2), 447.

Dans *l'ordre accepté*, les parties transigent, elles ont une relation de type dyadique où le différend ne se transforme pas en conflit. A l'opposé, dans *l'ordre contesté*, les conflits, eux aussi basés sur une relation dyadique, se terminent par la victoire du plus fort ou du plus habile.

Entre ces deux extrêmes, il y a *l'ordre négocié*, dans lequel les différends deviennent des conflits nécessitant l'intervention d'un tiers qui va pacifier, et *l'ordre imposé* où le conflit se transforme en litige, tranché par un juge qui applique le droit existant pour rendre la justice.

Si l'ordre accepté et l'ordre contesté existent dans toutes les sociétés, l'ordre imposé, corollaire de l'existence de l'Etat, ne se retrouve pas dans les sociétés traditionnelles élémentaires, dans lesquelles prédomine l'ordre négocié.

Longtemps, la théorie évolutionniste du droit a considéré que l'ordre imposé était un aboutissement des sociétés complexes étatiques. Or, il convient de s'interroger sur ce que signifie aujourd'hui l'utilisation croissante de l'ordre négocié par l'Etat, symbole de l'ordre imposé⁴, avec le développement de procédures alternatives, telle la conciliation, l'arbitrage et la médiation, qui seule fera l'objet du présent exposé.

a. La médiation, un mode négocié de gestion des conflits

Mode traditionnel⁵ de régulation sociale, la médiation est aussi ancienne que les conflits eux-mêmes. Elle est connue en Occident depuis l'Antiquité grecque⁶. Un historien belge, XAVIER ROUSSEAU, relève que la négociation constitua le fondement du droit pénal en Europe jusqu'à la montée en puissance des monarchies au 16^{ème} siècle, où l'on passa progressivement au temps de l'adjudication où le droit s'imposa comme fondement de toute négociation, où la justice pénale émergea comme paradigme de la régulation sociale⁷.

Redécouverte il y a 30 ans aux USA où elle s'est développée comme un mode alternatif de résolution des conflits (ADR)⁸, la médiation a été réintroduite en Europe il y a une vingtaine d'années. La médiation familiale a émergé simultanément avec les pratiques de médiation communautaire. Le développement de la médiation comme un processus de gestion des conflits s'applique aujourd'hui à tous les champs de la vie sociale – international, privé, public. On trouve notamment des applications dans les domaines professionnel, scolaire, environnemental, administratif.

On peut comprendre l'essor récent de la médiation en Occident comme "symptôme et remède" selon les termes de JEAN DE MUNCK⁹. Symptôme d'un phénomène fonctionnel, elle reflète le déséquilibre existant entre l'offre et la demande de justice. La médiation offre un mode supplémentaire de gestion du conflit et facilite l'accès à une justice de proximité. Remède aussi, car la médiation s'inscrit dans le phénomène contemporain de la transformation de l'action publique et des modes d'intervention de l'Etat. Les conflits interpersonnels générés par les difficultés de la vie moderne, ne sont plus traités par la puissance symbolique de l'Etat, mais avec les ressources des personnes et de la communauté¹⁰.

La médiation "remède" participe de la régulation sociale et s'inscrit dans les profondes mutations que traverse notre société. Comment aujourd'hui pouvons-nous aborder la question du lien social¹¹ à un moment où la seule force de la puissance publique ne permet pas de le conserver? Comment peut-on faire face aux changements contemporains?

Nous nous proposons d'aborder dès à présent, trois pistes pour comprendre au plan théorique le contexte de "l'irrésistible diffusion de la médiation"¹² en nous référant à des apports de la socio-anthropologie du droit, de la criminologie et de la sociologie de la justice.

b. Les changements dans la relation au droit et à la justice

Le premier éclairage que nous aimerions apporter est celui des anthropologues¹³ et des sociologues¹⁴ du droit qui constatent que le modèle classique du droit, basé sur le monisme (unité de l'ordre juridique dans un espace géographique donné) et le positivisme (le droit ne peut être que le produit de normes édictées par le législateur), n'est plus suffisant pour comprendre la réalité sociale du droit. Ils préconisent

4 Voir PHILIPPE GÉRARD/FRANÇOIS OST/MICHEL VAN DE KERCHOVE (éd.), *Droit négocié, droit imposé?*, Facultés Universitaires de St-Louis, Bruxelles 1996.

5 La médiation est présente dans la plupart des cultures non occidentales. Voir par exemple Institut suisse de droit comparé, *La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits?*, Schulthess Polygr. Verlag, Zurich 1992; ou la revue américaine *Conflict Resolution Quarterly* (anciennement *Mediation Quarterly*), Jossey-Bass Publishers San Francisco, qui publie régulièrement des articles sur ce sujet.

6 JOSEF DUSS-VON WERDT, *Médiation: société – éthique – philosophie*, Conférence débat à IUKB, Sion 18 janvier 1999.

7 XAVIER ROUSSEAU, "De la négociation au procès pénal: la gestion de la violence dans la société médiévale et moderne (500–1800)" in PHILIPPE GÉRARD/FRANÇOIS OST/MICHEL VAN DE KERCHOVE (éd.), *Droit négocié, droit imposé?*, Facultés Universitaires de St-Louis, Bruxelles 1996, 273–312.

8 *Alternative Dispute Resolution*, traduit en français par MARC, mode alternatif de résolution des conflits.

9 JEAN DE MUNCK "De la loi à la médiation", in *France: les révolutions invisibles*, Calmann-Lévy, Paris 1998, 311–322.

10 Voir PHILIP MILBURN, *La médiation: expériences et compétences*, La Découverte/Syros, Paris 2002.

11 Voir CHRISTIAN THUDEROZ, *Négociations*, Essai de sociologie du lien social, Puf, Paris 2000.

12 BENOIT BASTARD/LAURA CARDIA VONÈCHE, "irrésistible diffusion de la médiation familiale" in *Annales de Vaucresson* 29, 1988/2, 169 ss.

13 Voir par exemple EMMANUEL LEROY, *Le jeu des lois*, Une anthropologie dynamique du droit, LGDJ 28, Paris 1999, ou N. ROULAND, (n. 2).

14 Voir par exemple, JEAN-FRANÇOIS PERRIN, *Sociologie empirique du droit*, Helbing & Lichtenhan, Bâle/Francfort 1997; ou JEAN DE MUNCK et MARIE VERHOEVEN (éd.), *Les mutations du rapport à la norme*, Un changement dans la modernité, De Boeck Université, Paris/Bruxelles 1997.

de reconnaître l'existence d'un phénomène irréversible, celui de la pluralité des ordres normatifs.

Le pluralisme normatif affirme que l'État n'a pas le monopole de la production du droit. À côté du droit officiel, on observe une pluralité d'ordres normatifs qui s'enchevêtrent dans le fonctionnement concret des systèmes de régulation. Le droit trouve sa source non pas dans la coercition qu'impose le pouvoir politique mais plutôt dans les interactions humaines. La théorie radicale du pluralisme conçoit le sujet de droit comme un acteur moral qui confectionne le droit qui lui est applicable et préconise une vision dynamique du droit, qui se construit par l'interaction des sujets de droit et des institutions¹⁵. Quelles qu'elles soient, les différentes théories du pluralisme juridique permettent de mieux comprendre ce qu'est le droit et comment il fonctionne¹⁶.

Ce changement de la conception du droit amène une mutation fondamentale du rapport à la norme. Plutôt que d'appliquer une règle générale et abstraite, prédéterminée par la loi à un contexte particulier, les acteurs élaborent une norme appropriée à la situation qu'ils vivent.

Le phénomène de déformalisation et de désubstantialisation de la norme se remarque particulièrement dans la régulation des conflits conjugaux. Aujourd'hui, le droit reconnaît un mode de fonctionnement du couple favorisant la capacité d'autodétermination des personnes notamment lorsqu'elles sont mariées ou vivent en union de fait et qui, au moment de leur divorce ou de leur séparation, respecte leur vie privée et le maintien de leur rôle auprès de leurs enfants¹⁷.

On peut illustrer cette évolution par l'introduction, en Suisse, du nouveau droit du divorce¹⁸. Le législateur, rendant compte de l'évolution des mentalités, a instauré le divorce par consentement mutuel, fondé sur la reconnaissance de la désunion des époux et non plus sur des causes déterminées comme le prévoyait l'ancien droit. La loi préconise que les conjoints présentent de préférence une "requête commune avec accord complet".

Le juge reste toutefois le garant de la protection des intérêts individuels en s'assurant que la convention entre les époux a été conclue "*après mûre réflexion et de leur plein gré, qu'elle est claire et complète et qu'elle n'est manifestement pas inéquitable*"¹⁹.

Cette privatisation du lien du couple qui cesse d'être le pivot de la construction de la famille et de la filiation constitue un bouleversement culturel semblable à celui qui fut la laïcisation du lien politique en renvoyant la religion à une question de conscience individuelle: Comment concevoir des repères communs en matière de famille et de filiation qui respectent la pluralité des choix et des situations?²⁰

Si le lien conjugal a été rendu en partie disponible, ce n'est pas encore le cas du lien de filiation qui structure toujours l'appartenance de l'individu à la société. L'importance sociale de la famille en tant qu'institution, quelle que soit la forme concrète de son organisation, reste d'intérêt public. On peut ainsi faire le constat suivant: Le droit de la famille a fortement évolué vers une valorisation de l'autonomie et de la responsabilisation de l'individu, en laissant à la justice un rôle subsidiaire de protection des besoins individuels et de garantie des valeurs sociales fondamentales²¹.

Cette évolution amène à une conception procédurale de la justice qui permet de concilier société plurielle et norme commune. Dans chaque situation, la famille définit elle-même sa propre morale. Pourtant, seule la forme a changé: Ce n'est plus le juge qui formule une injonction abstraite, mais les intéressés. Le juge homologue leur décision prise en contexte. Le modèle de la justice qui se développe ainsi est "garantiste"²²: Si les parties en conflit n'arrivent pas à négocier ou ne désirent pas préserver leur espace de liberté de décision et d'autodétermination, c'est à ce moment-là seulement que l'intervention de la justice prendra alors tout son sens²³.

Avec cet exemple du droit du divorce, nous avons cherché à illustrer le changement dans la relation au droit et à la justice qui n'est plus orientée principalement sur un modèle de rupture, mais propose un modèle de négociation des besoins de chacun et de recomposition du lien familial, dans lequel la médiation peut jouer un rôle important.

c. Les changements du modèle de justice pénale

Le deuxième apport que nous aimerions présenter est proposé par les criminologues. En matière criminelle, le questionnement de la délinquance, l'émergence du statut de la victime, la demande accrue de justice de la part des citoyens ont aussi amené le système pénal à chercher d'autres réponses.

Si la criminologie s'est intéressée depuis plus d'un siècle au délinquant, la victime a longtemps été ignorée par le système répressif tel qu'il a été mis en place par l'État moderne. Ce n'est que récemment qu'elle a été reconnue comme étant elle aussi un acteur du système pénal²⁴.

- 15 RODERICK A. MACDONALD, "Normativité, pluralisme et sociétés démocratiques avancées: L'hypothèse du pluralisme pour penser le droit", Colloque international: diversité culturelle et médiation: modèles, approches et stratégies pour quelle société, LAPJ, Paris 11-13 décembre 2000.
- 16 NORBERT ROULAND, *Aux confins du droit*, Odile Jacob, Paris 1991.
- 17 BENOIT BASTARD/LAURA CARDIA VONÈCHE, *Le divorce autrement: la médiation familiale*, Syros, Paris 1990.
- 18 CCS 111-149.
- 19 CCS 140 al. 2.
- 20 I. THÉRY (n. 1), 24.
- 21 ANNE-CATHERINE SALBERG, "Loi, justice et médiation: l'exemple de la médiation familiale", FRANZ RICKLIN (éd.), *La médiation, une voie à suivre dans la justice pénale*, Caritas, Lucerne 2001, 27-36.
- 22 ANTOINE GARAPON, "Comment sortir de la 'crise' de la justice familiale?" in *Familles & justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, MARIE THÉRÈSE MEULDERS-KLEIN (éd.), L.G.D.J., Paris, Bruylant Bruxelles 1997, 61.
- 23 ANTÓNIO FARINHA, "Relation entre la médiation familiale et les procédures judiciaires", in *La médiation familiale en Europe*, Quatrième conférence européenne sur le droit de la famille, CONF4 (98 RAP 6), Strasbourg 1998.
- 24 BERNARD CORBOZ, "Les droits procéduraux découlant de la LAVI", *Semaine judiciaire*, Genève 1996, 53-91.

Le système pénal traditionnel se base sur le paradigme de la justice rétributive. Dans ce modèle, la fonction du droit pénal est de préserver les valeurs et les principes définis par l'Etat. Lorsqu'il y a violation de ces normes, la justice rétributive cherche à:

- Rendre la justice par le conflit entre adversaires
- Faire prévaloir la règle
- Opposer le délinquant à l'État
- Établir la culpabilité du délinquant
- Fixer une peine en suivant des règles préétablies.

Un nouveau paradigme émerge²⁵, celui de la justice restauratrice²⁶ qui peut être résumé ainsi: Le crime porte atteinte aux personnes et aux relations. En matière pénale, la justice restauratrice conçoit le crime ou le délit comme une atteinte aux relations sociales. Faire justice consiste à:

- Rechercher la justice par le dialogue
- Faire prévaloir l'autodétermination des parties
- Donner le rôle central à la victime et au délinquant
- Identifier besoins individuels et obligations sociales
- Permettre la restauration des liens personnels et sociaux.

L'approche rétributive met l'accent sur le crime et son châtiement alors que l'approche restauratrice définit l'acte délicieux comme un problème d'ordre interrelationnel.

La médiation permet à la victime, qui exprime clairement son accord, de se réapproprier le conflit et d'en être un acteur à part entière²⁷. Elle peut, grâce à la rencontre et à l'instauration d'un dialogue, entrer en relation directe avec une personne qu'elle peut "humaniser" plutôt que de le percevoir abstraitement comme un objet. Entendue et comprise, la victime pourra, grâce à la reconnaissance des faits et à la responsabilisation pour l'acte commis, voir satisfait son besoin de justice²⁸.

La participation volontaire du délinquant le rend lui aussi acteur du processus, capable d'engagement, de consentement, de stratégie²⁹. La médiation en matière pénale participe également à la responsabilisation du délinquant qui, tout en offrant le cas échéant une réparation pour les dommages causés, peut prendre concrètement conscience de la dimension affective et de la réalité d'un trouble causé à la communauté. Cette synergie réparatrice lui permet d'appréhender la valeur de la loi symbolique plutôt que celle imposée par la force³⁰.

La justice restauratrice cherche à obtenir une satisfaction optimale de toutes les parties concernées par le préjudice causé par un crime. Or, le délit n'implique pas que la victime et le délinquant, mais aussi la société. Son enjeu va au-delà des pertes encourues par les victimes, il signifie une menace à la paix sociale et à la qualité de vie en commun. C'est ainsi que la communauté et l'Etat ont des missions complémentaires dans la réparation des causes d'un délit: La collectivité rétablit la paix, soutient la victime et réintègre le délinquant; l'Etat maintient l'ordre dans la société, garantit l'équité au délinquant et les conditions de réparation à la victime³¹.

On relève une évolution du droit pénal rétributif vers un modèle théorique de justice restauratrice qui conçoit le crime ou le délit comme une atteinte aux relations sociales plutôt

qu'à la loi pénale. Des pratiques innovantes, telle la médiation pénale, participent à une nouvelle forme de justice en dialogue³², favorisant la participation des acteurs et la reconnaissance de leur capacité d'autodétermination en ce qui concerne le règlement des conflits qu'ils ont avec autrui et qui sont nés d'un fait incriminé par le droit pénal. Si la normativité pénale subsiste par la qualification du délit et la menace d'une peine pour son auteur, elle se métisse avec l'apport d'une autre normativité axée sur la régulation d'un

25 Le terme anglais de "restorative justice" est traduit en français soit par "justice réparatrice", soit par "justice restauratrice". Ce dernier terme, qui a notre préférence, semble s'imposer au niveau international (voir RDCP, avril 2002, 411 à propos de la 5^{ème} conférence internationale sur la justice restauratrice à Louvain-la-Neuve du 16 au 19 septembre 2001).

26 HOWARD ZEHR, "Justice Paradigm Shift? Values and Visions in the Reform Process", in *Mediation Quarterly*, Volume 12/3, San Francisco 1995, 207-216.

27 L'expérience des associations de victimes montre l'importance du conseil et du soutien qui leur permet de nommer le problème, de prendre connaissance des divers types de réponses possibles avant de choisir l'une ou l'autre voie. Confrontée à la violence, la victime a d'abord besoin de se réconcilier avec elle-même, de se retrouver, de se reconstruire. C'est seulement dans un deuxième temps qu'elle pourrait accepter d'entrer dans une démarche de médiation (ELENA GOTTRÉAUX-BIANCARDI, "La pratique des centres LAVI et la médiation en matière pénale" in *Réparation et Réconciliation, Expériences d'aide aux victimes et de médiation en matière pénale*, Caritas, Lucerne 1997).

28 SYLVIE ARNOUX/NICOLE TERQ, "Les enjeux de la médiation en matière pénale pour les victimes" in ROBERT CARIO (éd.), *La médiation en matière pénale, Entre répression et réparation*, L'Harmattan, Paris et Montréal 1997, 109-126.

29 Si le délinquant est amené à entrer en médiation pour éviter la menace de poursuites pénales, il se peut que sa participation au processus ne soit pas effective et ne favorise pas la dimension réconciliatrice. En cas de refus de participation à la médiation, il existe un risque plus grand d'inculpation par le juge qui, sans la tentative de médiation aurait peut-être classé l'affaire. Le principe de l'égalité de traitement risque dès lors d'être violé. Les auteurs parlent alors de "net-widening" lorsque les magistrats utilisent plus la médiation comme une solution de rechange à un classement sans suite plutôt qu'à la poursuite ou à la peine d'emprisonnement (TONY PETERS/IVO AERSTEN, "Approches restauratives des crimes et des délits en Belgique" in *Archives de politique criminelle* 1999, 161-180).

30 ROBERT CARIO, "Potentialités et ambiguïtés de la médiation en matière pénale, Entre Athéna et Thémis" in R. CARIO (éd.), *La médiation en matière pénale, Entre répression et réparation*, L'Harmattan, Paris et Montréal 1997, 11-33.

31 LODE WALGRAVE, "La justice restauratrice: à la recherche d'une théorie et d'un programme", in *Criminologie*, 32/1, 1999, 7-29.

32 YVES CARTUYVELS/FRANÇOISE DIGNEFFE/DAN KAMINSKI, "Droit pénal et déformalisation" in JEAN DE MUNCK et MARIE VERHOEVEN (éd.), *Les mutations du rapport à la norme, Un changement dans la modernité*, De Boeck Université, Paris/Bruxelles 1997, 219-242.

conflit de nature interpersonnelle dans une instance de communication³³.

Avec ce concept de justice restauratrice, nous avons voulu donner un autre exemple où la médiation offre une réponse novatrice à la recherche d'une solution dans nombre de situations de violence. Loin de banaliser les dispositions pénales, elle est de nature à assurer leur légitimité. Elle permet ainsi à la justice pénale d'atteindre l'un de ses objectifs fondamentaux, le maintien de la paix sociale³⁴.

d. Les changements face au sens de la justice

La troisième piste que nous allons esquisser est celle offerte par la sociologie de la justice qui propose de se référer aux jugements concernant le juste et l'injuste tels qu'ils sont produits par les personnes ordinaires plutôt que de prendre en compte l'analyse faite par les experts que sont les juristes et les juges³⁵.

Il existerait une compétence de la part des gens pour prendre appui, au cours d'une dispute, sur une équivalence générale, un principe reconnu, sans avoir nécessairement besoin de recourir à un juge. Il ne serait ni utile, ni nécessaire de distinguer entre les compétences ordinaires de tout un chacun et les compétences scientifiques des experts.

Cette compétence du jugement des personnes ordinaires relèverait d'une disposition "morale" que l'on peut trouver par exemple dans les revendications, le sentiment d'injustice, les accords, les compromis et qui permet d'opérer des rapprochements pertinents. Les modèles de bien commun ne relèveraient donc pas d'une philosophie politique mais d'une capacité morale générale de compréhension adéquate du lien social. Les individus auraient l'aptitude de s'abstraire de leurs particularités pour s'entendre sur un principe supérieur commun.

Cette approche sociologique de la justice a été proposée par BOLTANSKI (sociologue) et THÉVENOT (économiste)³⁶. L'originalité de leur démarche consiste à rechercher quelle est la généralité qui définit la pertinence ou la justesse d'un dispositif plutôt que son universalité. Cela signifie qu'il existe, non pas une règle transcendentale, mais une pluralité de généralités, complexes et différenciées, les "mondes", qui comprennent des personnes, des institutions, des règles, des objets, des épreuves. A partir de six œuvres philosophiques majeures (SAINT-AUGUSTIN, BOSSUET, HOBBS, ADAM SMITH, ROUSSEAU, SAINT-SIMON), les auteurs ont recherché les modèles de justification des principes de justice au sein de la société démocratique moderne privilégiant les modèles de l'accord et de l'égalité et écartant ceux régis essentiellement par la domination et la force.

Ils ont ainsi recensé six "mondes" différents (la cité inspirée, la cité domestique, la cité de l'opinion, la cité civique, la cité marchande, la cité industrielle) pour lesquels il existe un *principe supérieur commun* tel que "la génération, la tradition et la hiérarchie" dans le monde domestique ou la "volonté générale et le collectif" dans le monde civique. Dans chacun de ces mondes, est grand (*état de grandeur*) celui qui est garant du principe supérieur commun de la cité (par exemple, le délégué, l'élu dans la cité civique ou

le père, le chef dans la cité domestique). L'état de grandeur s'appuie sur des *objets* (par exemple la loi dans la cité civique ou les règles du savoir vivre dans la cité domestique) et des *sujets* (par exemple le parti ou le comité dans la cité civique ou la famille dans la cité domestique). Dans chacun des ordres, la *dignité* des personnes s'exprime dans la capacité commune à s'élever vers le bien commun.

Les personnes, lorsqu'elles sont en conflit, vont chercher à mettre en œuvre des compromis. Chacune partira de son monde et voudra avoir raison, puis pourra reconnaître le monde de l'autre et faire peu à peu le sacrifice de ses positions, en reconnaissant qu'il n'y a pas de réalité unique, de vérité absolue. Il ne s'agit pas de déterminer quel principe supérieur commun s'imposera (par exemple, la tradition dans la cité domestique ou la volonté collective dans la cité civique), mais de chercher une "solution hybride" qui participe de plusieurs mondes. Petit à petit, les personnes pourront reconstruire un sens commun de justice, en se situant successivement et simultanément dans différents mondes et en élaborant une solution participant de plusieurs mondes. La création d'un monde commun, où chacun perd et chacun gagne, permettra la justesse de la solution.

Cette proposition d'analyser la "justice" à partir des compétences des acteurs permet une approche féconde des mécanismes de la régulation sociale tant pour le système judiciaire que pour la médiation. Il ne s'agit pas de chercher une interprétation en droit qui cherche à reconstruire une histoire, mais de renvoyer à la multiplicité des mécanismes de justifications qui sont à l'œuvre dans les divers mondes communs.

d. En résumé

Ces éclairages théoriques que sont la procéduralisation du droit, la justice restauratrice et la sociologie de la justice permettent de réfléchir au développement de la médiation comme un moyen d'envisager le conflit non plus dans une perspective de rupture et d'exclusion tel que le propose le droit positif mais plutôt de maintien du lien, d'intégration.

Tant l'évolution du droit de la famille que celle de la justice pénale montrent un changement dans le rapport à la norme. Le rôle du droit n'est plus seulement d'offrir des solutions toutes faites mais aussi de veiller à la mise en place de procédures qui reconnaissent aux individus une certaine capacité d'autodétermination en ce qui concerne le règlement

33 JACQUES FAGET, *La médiation, Essai de politique pénale*, Eres, Ramonville St-Agne 1997.

34 MONIQUE ECKMANN/ANNE-CATHERINE SALBERG/CLAUDIO BOLZMAN/KARL GRÜNBERG, *De la parole des victimes à l'action contre le racisme*, IES, Genève 2001, 250.

35 ANDRÉ BERTEN, "D'une sociologie de la justice à une sociologie du droit, A propos des travaux de LAURENT BOLTANSKI et LUC THÉVENOT" in *Recherches sociologiques*, vol XXIV/1-2, 1993, 69-89.

36 LAURENT BOLTANSKI/LUC THÉVENOT, *De la justification, Les économies de la grandeur*, Gallimard, Paris 1991.

des conflits qu'ils ont avec autrui et une plus grande responsabilisation face aux décisions qui les concernent.

La justice restauratrice fait l'hypothèse que le lien social ne peut plus se maintenir uniquement par la garantie de l'ordre par l'Etat, mais que la société toute entière doit s'impliquer dans la recherche de la restauration d'un équilibre. La paix sociale ne peut être assurée que si elle intègre tous les membres de la communauté.

La théorie des mondes offre une réponse possible à la complexité de la vie moderne et à la perte de repères résultant de la fin du positivisme. En montrant qu'il n'existe pas un principe universel applicable à tous, mais une pluralité de compréhension de la réalité, elle vise à générer des principes de justice en situation.

3. L'institutionnalisation de la médiation

A partir de ces éclairages théoriques, nous proposerons dans un premier temps de définir la médiation comme un mode de régulation des conflits. Nous examinerons les principes qui gouvernent le médiateur dans son art et considérerons comment la médiation peut être institutionnalisée sans être dénaturée. Nous illustrerons notre propos avec la toute nouvelle expérience de médiation instituée par la loi, la médiation pénale à Genève³⁷.

La médiation a démarré comme une pratique alternative à la justice. Elle n'a, à ce jour, que peu été théorisée. Beaucoup l'ont vue comme une simple technique de résolution des conflits au service de différents professionnels. Son développement s'en est ressenti et l'on a mis sous ce concept un nombre élevé de pratiques différentes. La tentation de se laisser instrumentaliser par le droit et le système judiciaire est très forte. Le risque majeur de cette vision "technicienne" de la médiation (résoudre le conflit de manière "douce") est de laisser se développer une pratique de sous-droit, où toutes les garanties procédurales sont abandonnées au profit d'une pacification à tout prix du conflit.

Le Conseil de l'Europe a édicté plusieurs recommandations, déterminant les grands principes indispensables à la sauvegarde de l'autonomie de la médiation³⁸. Une pratique rigoureuse et sans concession devrait guider la mise en place de projets au plan législatif, judiciaire et public dans le respect de la spécificité de la médiation.

Dès lors, comment peut-on institutionnaliser la médiation? Est-ce possible³⁹? Ne risque-t-elle pas de perdre son âme⁴⁰? Ces questions sont importantes si l'on veut préserver à la médiation son originalité.

a. La pratique de la médiation

La médiation, quel que soit son champ d'application, offre aux personnes en conflit la possibilité de gérer leur désaccord, de resituer le conflit dans son contexte, d'en analyser les causes sans être tenu par des règles formelles de procédure.

Ce qui fait une médiation, c'est le processus qu'elle met en place. Les "médiateurs"⁴¹ acceptent de formuler et de vivre

leur conflit dans la perspective anticipée de sa gestion coopérative, ainsi que de le situer dans un temps limité. Le médiateur est un tiers opérateur qui permet aux acteurs d'expliquer leurs positions, de les généraliser et de reconnaître qu'il existe des "mondes" différents⁴². Le médiateur ne doit pas se situer en expert de l'un de ces mondes (ce qu'est un bon père dans le monde domestique ou un citoyen respectable dans le monde civique par exemple). Si le médiateur reconnaît aux parties en conflit leur compétence de défendre et justifier leurs positions, elles pourront prétendre à la vérité et à la justesse, non pas abstraitement, mais en situation⁴³.

Cependant, la rencontre de plusieurs mondes porte en elle la possibilité d'une crise. On peut chercher à l'écartier en visant un bien commun qui ne relèverait ni de l'un ni de l'autre, mais qui les comprendrait tous⁴⁴. Le médiateur accepte tous les mondes et accepte qu'il n'y ait pas d'harmonie entre eux. Il ouvre l'espace d'une co-construction, en prenant en compte l'éventail des mondes de référence possibles d'une situation⁴⁵.

Les règles et les devoirs qui guideront la pratique du médiateur dans l'exécution de sa mission peuvent être énumérées: la participation volontaire, l'autonomie et l'indépendance; l'impartialité, la neutralité, la confidentialité, la diligence et la compétence⁴⁶.

37 Notons que le 1^{er} juillet 2002, l'article 39a de la loi fribourgeoise sur la juridiction pénale des mineurs (RSF 132.6) est entré en vigueur. Il donne la possibilité au juge de recourir à un médiateur pénal à tous les stades de la procédure.

38 Recommandation (98) 1 sur la médiation en matière familiale (Rec 98 [1]), <http://cm.coe.int/ta/rec/1998/f98r1.htm>; Recommandation (99) 19 sur la médiation en matière pénale (Rec 99 [19]; <http://cm.coe.int/ta/rec/1999/f99r19.htm>); Recommandation (2001) 9 sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées <http://cm.coe.int/ta/rec/2001/f2001r9.htm>.

39 JACQUES FAGET, "La double vie de la médiation", in *Droit et société* 29, 1995, 25-38.

40 BENOIT BASTARD/LAURA CARDIA VONÈCHE, "L'institutionnalisation de l'informel: la mort d'une bonne idée?", *FamPra.ch* 2/2000, 216-230.

41 Afin d'éviter toute confusion avec la terminologie juridique utilisée en procédure, nous utiliserons le terme "médiant", plutôt que "partie" pour dénommer les personnes qui participent à un processus de médiation.

42 JEAN DE MUNCK, "Le pluralisme des modèles de justice" in *La justice des mineurs*. GARAPON, A. SALAS D. (éd), LDJP, Paris 1994, 91-138.

43 MARIE-ELISABETH VOLCKRICK, Conférence "Médiation et pragmatique", Formation approfondie à la médiation, Groupement Pro Médiation, Fribourg 3 mai 2002.

44 ACHILLE GROSVERNIER, Intégrer la médiation dans un projet institutionnel ou comment l'instituer sans la dénaturer, Formation approfondie à la médiation, Groupement Pro Médiation, polycopié, Lausanne 2002, 4.

45 MARIE-ELISABETH VOLCKRICK, "Médiation et régulation sociale" in *Recherches en Communication*, no 13, Louvain-la-Neuve 2000.

46 ANTÓNIO FARINHA, *Deontologia e Ética em Mediação, Pós-Graduação em Mediação de Conflitos*, Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Lisbonne 2002.

La participation des personnes en conflit dépend de leur libre adhésion au processus de médiation⁴⁷. Pour ce faire le médiateur garantit aux médians la possibilité de se déterminer en dehors de toute violence, contrainte, menaces ou tout autre moyens indus⁴⁸; il leur permet de renoncer à tout moment à la médiation. Il fournit une information suffisante sur la nature des règles, des objectifs et des conséquences du processus et sur le statut du médiateur⁴⁹.

Le processus de médiation est basé sur la liberté, la capacité d'autodétermination et la responsabilité des médians à gérer le conflit qui les oppose. Pour assurer ces principes d'autonomie et d'indépendance⁵⁰, le médiateur est indépendant face aux médians et au conflit et n'a aucun lien ou intérêts envers eux; il est indépendant dans sa fonction spécifique face aux autres intervenants (avocats, travailleurs sociaux, thérapeutes) et indépendant face à l'institution qui le mandate. Il s'abstient d'intervenir en médiation quand le conflit interfère avec ses intérêts ou relations professionnelles ou personnelles, d'offrir aux médians des services ne relevant pas de la médiation, d'exercer pour l'un ou l'autre d'entre eux, ou pour l'institution mandante, des fonctions différentes de celles de médiateur.

Le médiateur ne peut ni représenter, ni défendre, ni conseiller l'un ou l'autre des médians⁵¹ ni prendre parti ou favoriser l'un ou l'autre d'entre eux: afin de garantir son impartialité, le médiateur fait son possible pour équilibrer les positions des médians. Il facilite l'exercice de leur autonomie et prévient toute tentative d'intimidation, de manipulation ou de menaces entre eux⁵².

En médiation, il n'y a pas d'obligation de résultat et tous les intérêts amenés par les médians sont pris en compte. Pour garantir la neutralité⁵³, le médiateur contrôle le processus et non son contenu ou son résultat; il respecte et ne juge pas les intérêts, les valeurs, les choix et le pouvoir de décision des médians. Il s'abstient d'inciter, de suggérer ou de leur imposer une solution et s'assure que leurs choix se font en toute connaissance de cause.

La confidentialité est, sauf disposition légale contraire, un privilège des parties⁵⁴. Cela signifie que les informations obtenues en médiation sont confidentielles et ne peuvent être utilisées sauf accord exprès des médians ou dans les cas prévus par la loi. Le médiateur informe au début du processus des limites de la confidentialité. Il est lié face aux tiers par le secret. Il ne peut être témoin dans une cause relative au conflit entre les médians⁵⁵. Le contenu des sessions de médiation de même que le comportement des parties ne peuvent faire l'objet d'un rapport à l'instance mandante⁵⁶.

La médiation s'effectue dans un temps relativement court et structuré. Pour garantir la diligence de sa mission, le médiateur informe l'institution mandante du début et du terme de la médiation, ainsi que de son résultat (la médiation a abouti ou n'a pas abouti)⁵⁷. Il s'assure que le rythme des séances est adéquat pour les médians. Il reste attentif, le cas échéant, à la nécessité, pour l'autorité compétente, de la prise de décisions urgentes ou provisoires, au cours du processus de médiation⁵⁸. Le médiateur peut mettre un terme à la médiation, en cas de difficultés sérieuses quant au respect des règles déontologiques ou éthiques.

Le médiateur offre des garanties de formation générale à la médiation, de qualifications spécifiques et d'un niveau de compétence élevé en matière de gestion des conflits⁵⁹. Il interrompt ou met fin au processus quand il se considère incompetent pour le poursuivre avec efficacité. Le médiateur s'engage à suivre un processus de formation continue, en particulier sous forme d'intervision (analyse de pratique entre pairs) ou de supervisions.

b. L'exemple genevois de la médiation pénale déléguée

En Suisse, la médiation s'est principalement développée grâce au mouvement associatif. C'est ainsi qu'à Genève, ce sont des associations qui ont amené l'idée de la médiation en matière pénale, porté sa conception et participé à sa mise en oeuvre⁶⁰. La loi a été adoptée à Genève en 2001 et les premiers cas ont été traités depuis janvier 2002.

Cette loi prévoit la délégation par le Ministère public, en opportunité, de la transmission des dossiers à un médiateur pénal assermenté. Huit médiateurs, ayant acquis une compétence spécifique à la médiation en général, ainsi qu'à la médiation pénale en particulier⁶¹, et bénéficiant d'une large expérience préalable de médiateur, figurent sur le tableau des médiateurs du Conseil d'Etat⁶².

47 Rec 99 (19) 1; Code genevois de procédure pénale (CGPP) 115B, al. 3.

48 Rec 99 (19) 11.

49 Exposé des motifs Rec 98 (1) 28; Rec 99 (19) 10; CGPP 115B, al. 1.

50 Rec 99 (19) 5, 20; Loi genevoise d'organisation judiciaire (LGOJ) 156–159.

51 Exposé des motifs Rec 98 (1) 47 Rec 98 (1) III x.

52 Exposé des motifs Rec 98 (1) 38; Rec 98 (1) III i; Rec 99 (19) 26; CGPP 159.

53 Exposé des motifs Rec 98 (1) 39; Rec 98 (1) III ii.

54 Exposé des motifs Rec 98 (1) 40–42; Rec 98 (1) III vi; Rec 99 (19) 2.

55 CCS 139 al. 3; LGOJ 160–161.

56 Rec 99 (19) 32.

57 Rec 99 (19) 32; CGPP 115B al. 5.

58 Rec 98 (1) V b ii.

59 Exposé des motifs Rec 98 (1) 33; Rec 98 (1) II c; Rec 99 (19) 24; LGOJ 156 al. 3–4.

60 A l'initiative du Groupement Pro Médiation et de ACOR-SOS Racisme et en collaboration avec l'Université de Genève, Faculté de droit, Département de droit pénal, un projet de loi a été déposé, en octobre 1997, au Grand-Conseil. Votée au printemps 2001, la loi sur la médiation pénale est entrée en vigueur le 15 août 2001 (Loi modifiant la loi sur l'organisation judiciaire [Médiation pénale] [7750] E 2 05).

61 La formation de base à la médiation est de 200 heures, la formation spécifique en matière pénale de 40 heures. Les médiateurs se soumettent par ailleurs régulièrement à des interventions et supervision et suivent une formation continue.

62 LGOJ 157.

Le Procureur général confie une mission de médiation à un médiateur pénal assermenté⁶³ et lui remet une copie du dossier pénal⁶⁴. Il informe par ailleurs les parties par un courrier unique qu'il a choisi, dans leur cas, de recourir à un essai de solution négociée de leur conflit en confiant la mission à un médiateur qui les contactera.

Les critères de délégation ne sont pas définis par la loi. Le Parquet a actuellement fixé comme principe de transmettre au médiateur des causes dans lesquelles le type d'infraction déléguées a trait aux lésions corporelles simples, aux voies de fait, aux atteintes au patrimoine de faible valeur (appropriation illégitime, vol, dommage à la propriété), aux atteintes à l'honneur (injures, abus de téléphone) ou au non-paiement de la pension alimentaire. Il ne peut y avoir d'intérêt public prépondérant dans la nature du litige, notamment en raison de la gravité de l'infraction commise. Aucun critère concernant la faisabilité de la médiation, tels que l'identification des deux parties, l'importance des faits significatifs et leur nombre, la hauteur du préjudice matériel, n'a été établi pour l'instant⁶⁵.

Dès le moment où le dossier est confié au médiateur, le processus de médiation entre dans une phase totalement autonome face à la justice. Le médiateur peut exercer sa mission dans le respect de sa déontologie et de son éthique⁶⁶. Il est particulièrement remarquable que la terminologie employée par la loi se réfère aux principes de la médiation et non uniquement à ceux de la justice. C'est ainsi que l'on ne parle pas d'un "auteur" et d'une "victime", mais de "personnes en litige pour des faits susceptibles de constituer une infraction pénale"⁶⁷. Cela montre que l'on n'est pas dans une procédure judiciaire, avec le nécessaire respect des grandes règles juridiques du procès pénal que sont notamment la présomption d'innocence, le droit à un procès équitable et l'autorité de la chose jugée⁶⁸, mais dans un processus autonome. Toutefois, le Procureur reste maître de l'action pénale⁶⁹ durant toute la procédure et décide à l'issue de la médiation de la suite à leur donner (classement ou instruction)⁷⁰.

La loi garantit le caractère volontaire de la médiation. Le médiateur, lorsqu'il a reçu la délégation, prend contact avec les personnes en litige et, lors du premier entretien individuel, vérifie leur libre adhésion à un processus initié par la justice pénale. Cette étape est cruciale, car elle symbolise le changement de logique entre la mission punitive de la justice pénale et la mission de dialogue de la médiation. A tout moment, il est possible d'interrompre la médiation, si les participants estiment qu'elle n'est pas adaptée au but poursuivi. Le médiateur laisse les personnes entièrement libres d'adhérer ou non à la démarche.

Le médiateur genevois peut garantir aux médians une confidentialité complète du processus. En effet, il est soumis à l'obligation de garder le secret sur les faits dont il a eu connaissance au cours de la médiation et il ne peut être entendu à quelque titre que ce soit à ce sujet. Son dossier est insaisissable. Quand le médiateur estime sa mission achevée, il porte uniquement le résultat de la médiation à la connaissance du Procureur général. Il signale simplement "la médiation a abouti" ou "la médiation n'a pas abouti".

Si un accord a été trouvé entre les médians, ces derniers décident s'ils désirent le transmettre directement au procureur. Le médiateur renvoie le dossier et il remet, le cas échéant, l'accord signé par les parties (et les preuves de son exécution, par exemple, le retrait de plainte signé).

La loi demande au médiateur de remplir ses fonctions en toute indépendance et impartialité. Le médiateur veille à ce que les personnes en litige concluent une entente libre et réfléchie. Il ne pourra exercer aucune pression destinée à obtenir une adhésion ne serait pas librement consentie et négociée⁷¹.

Ce programme de médiation pénale est mené de manière expérimentale à Genève. Le Procureur a choisi de ne déléguer dans un premier temps que les situations où les personnes en litige avaient des liens entre elles qui les amèneraient à se côtoyer à l'avenir. La bonne dizaine de situations déléguées à ce jour concerne essentiellement des conflits familiaux ou de voisinage. Un dialogue existe entre les médiateurs et le Parquet, donnant ainsi toutes ses chances à une manière différente d'aborder le conflit dans une perspective non pas de rupture mais de redéfinition du lien.

c. En résumé

La médiation est un processus qui aborde la complexité humaine et sociale en soutenant la pluralité et la légitimité des points de vue de chacun. Elle amène les parties à déconstruire leur vision du conflit et à produire, à partir de la reconnaissance de l'existence de mondes différenciés, un savoir commun et un sens de justice commun. On ne mesure

63 LGOJ 158.

64 CGPP 115B al. 2.

65 GÉRARD DEMIERRE, Analyse comparative de divers aspects de la mise en œuvre de la médiation en matière pénale. Polycoopié, travail de certification de la formation approfondie à la médiation du GPM, Fribourg, 2002.

66 Voir supra "la pratique du médiateur".

67 LGOJ 156 al. 1.

68 NATHALIE BORNOZ/JULIEN KNOEPFLER "Médiation pénale: le choc des éthiques", in L'éthique et le droit, M. KILLIAS (éd.), Éditions Universitaires, Fribourg 2000, 231-270.

69 CGPP 115B al. 2.

70 En outre, la victime garde le droit de saisir le juge civil. En cas d'accord trouvé en médiation, cela pose le problème de l'extinction de l'action publique. Le médiateur risque de devenir un instrument de la justice si son objectif est uniquement d'obtenir une réparation matérielle pour la victime. Ce risque est d'autant plus grand que tant les procureurs que les juges criminels ont une "attitude punitive". Ils ont tendance à considérer la restitution et la médiation comme des éléments étrangers au système rétributif et le risque d'instrumentalisation des mesures restauratrices est réel (KLAUS SESSAR, "Punitive Attitudes of the Public: Reality and Myth" in Restaurative juvenile justice: repairing the Harm of Youth Crime, BAZEMORE & WALGRAVE (éd.), Criminal Justice Press, Monsey, New York 1999, 287-304.

71 LGOJ 159 al. 1.

pas le succès ou d'échec de la médiation par la menée d'un processus complet se concluant par un accord, mais par la capacité des personnes en conflit à en prendre en charge sa gestion.

Un certain nombre de principes définissant la pratique de la médiation – autonomie, indépendance, impartialité, neutralité, participation volontaire, confidentialité – ont été énoncés par les recommandations du Conseil de l'Europe. A Genève, une première expérience d'institutionnalisation en Suisse d'un programme de médiation pénale par la loi a été mise en place. Elle vise un objectif qualitatif – obtenir la satisfaction de toutes les parties concernées – plutôt que quantitatif – décharger efficacement la juridiction pénale.

L'introduction de cette approche dans d'autres législations cantonales et fédérale devra respecter l'esprit de la médiation, qui se veut une manière coopérative d'aborder le conflit⁷². La loi garantira l'autonomie de la médiation face aux autorités judiciaires en stipulant la délégation des médiations à des associations ou à des médiateurs indépendants. Le rôle et les compétences du médiateur devront être définis. Le médiateur n'est pas un expert mais il est le garant d'une procédure qui implique une égale participation de tous. Il est formé spécifiquement à la médiation et provient de tous les champs de la société civile. La question du contrôle de la qualité du travail des médiateurs devra être posée. Il sera en outre particulièrement important de réfléchir au statut des accords trouvés en médiation.

4. Conclusion

Nous vivons dans une époque de changements politiques, économiques et sociaux dans laquelle règne l'incertitude. La médiation offre un chemin fragile et indéterminé. Les vers du poète ANTONIO MACHADO, qui a connu les affres de la guerre civile espagnole, résonnent tout particulièrement: "Caminante, no hay camino. Se hace camino al andar"⁷³. La fin du positivisme avec son cortège de certitudes laisse démunis. On peut certes s'accrocher au passé et chercher à retrouver les valeurs d'antan. On peut aussi essayer de trouver d'autres voies pour faire face aux différentes mutations que nous connaissons. La médiation, qui redonne aux personnes la responsabilité de déterminer elles-mêmes l'issue qu'ils veulent donner à un conflit, est une des réponses possibles.

La médiation est à la mode et pourtant sa pratique reste marginale et d'une immense diversité. Si l'on ne veut pas qu'elle ne soit qu'un phénomène éphémère, si l'on ne veut pas qu'elle perde son âme, il est indispensable de conceptualiser sa mise en œuvre. La formation des médiateurs, le développement d'une base théorique solide, le financement de recherches-action sur la faisabilité et les effets de la médiation comme système d'intervention dans le cadre de la justice, sont autant d'éléments indispensables pour assurer son avenir. Elle montrera alors peut-être que son projet de société, où chacun peut être acteur et œuvrer en faveur du bien commun, n'est pas que l'instrumentalisation d'un idéal, mais une utopie nécessaire.

72 Voir JULIEN KNOEPFLER, "Quelles sont les possibilités actuelles de médiation dans la justice pénale en Suisse? Quelles sont les évolutions envisageables?" in FRANZ RICKLIN (éd.), *La médiation, une voie à suivre dans la justice pénale* Ed. Caritas, Lucerne 2001, pour un tableau des différentes possibilités techniques d'introduction de la médiation pénale dans la législation suisse.

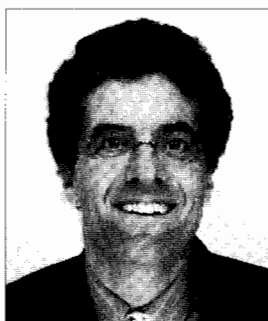
73 Traduction: "Marcheur, il n'a pas de chemin. On fait chemin en marchant" in *Proverbios y Cantares XXIX*.

Die Autorin bezieht Aspekte der Rechtsanthropologie, der Kriminologie und der Rechtssoziologie ein, um den Kontext zu erörtern, in welchem die Mediation ihre Aufgabe zu erfüllen hat. Der gesellschaftliche Wandel, der sich in den Rechtsanschauungen niederschlägt, die Einführung neuer Modelle in der Strafjustiz und Veränderungen in den Auffassungen über den Sinn der Justiz geben Anlass dazu, über die Mediation als einem Konfliktlösungsmodell nachzudenken, welches sich nicht, wie das positive Recht, Beziehungsbrüche und Ausschlüsse, sondern vielmehr die Aufrechterhaltung von Beziehungen und Integration zur Perspektive macht. Die Mediation ist ein Prozess, welcher menschliche und gesellschaftliche Komplexität erfasst, indem er die Pluralität und die Legitimität der Gesichtspunkte aller Beteiligten akzeptiert. Er hilft den Parteien ihre Sicht des Konflikts zu relativieren und – weil sie die Existenz unterschiedlicher Sichtweisen akzeptieren – gemeinsame Erkenntnisse und einen gemeinsamen Gerechtigkeitsinn zu entwickeln.

Der zweite Teil des Aufsatzes behandelt konkret die Institutionalisierung der Mediation. Empfehlungen des Europarates haben eine Anzahl von Grundsätzen für die Praxis der Mediation zum Gegenstand: Autonomie, Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, Neutralität, Freiwilligkeit, Vertraulichkeit. Erörtert wird schliesslich der erste Versuch eines institutionalisierten Mediationsprogramms im Bereich des Strafrechts aufgrund des Genfer Gesetzes über die delegierte Mediation in Strafsachen (loi genevoise de médiation pénale déléguée).

Faut-il adopter le droit de suite des artistes? Quelques réflexions *de lege ferenda* en droit d'auteur suisse

1410



MARC-ANDRÉ RENOLD,
Dr. iur., LL.M., Avocat,
Directeur du Centre du
droit de l'art, Genève

Plan:

- I. Qu'est-ce que le droit de suite?
- II. L'applicabilité dès aujourd'hui du droit de suite en Suisse
- III. Arguments en faveur du droit de suite
- IV. Arguments en défaveur du droit de suite
- V. Quelques propositions sur le contenu d'une éventuelle réglementation

*"I've been working my ass off for you
to make all that profit".*

*L'artiste Robert Rauschenberg au
collectionneur Robert Scull, 1973.**

Le droit de suite de l'artiste revient régulièrement dans l'agenda législatif suisse et il le sera à nouveau prochainement. Refusé par le législateur en 1992, il a depuis lors fait un grand bon en droit comparé, puisqu'une Directive européenne harmonisant le droit de suite a été adoptée le 27 septembre 2001¹. A l'occasion d'une révision partielle de la Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, portant surtout sur la mise en œuvre en Suisse des Traités internet de l'OMPI², la question de l'adoption en Suisse du droit de suite sera à nouveau posée et fera certainement l'objet d'un débat vif et animé entre partisans et opposants de ce droit³.

Il apparaît utile, avant ce débat et les possibles exagérations auxquelles il va mener, de tenter de faire le point sur ce droit de suite et sur les arguments qui sont aujourd'hui avancés en faveur et à l'encontre de celui-ci. Tel est l'objet du présent article. Mon plan sera le suivant: j'exposerai brièvement ce qu'est le droit de suite dans les Etats qui l'ont adopté (I.), avant d'examiner dans quelle mesure celui-ci a déjà un impact sur la Suisse par le biais des règles de droit international privé (II.). Nous examinerons ensuite les arguments en faveur (III.) et en défaveur du droit de suite (IV.), avant de conclure par quelques propositions sur le contenu d'une réglementation éventuelle (V.).

I. Qu'est-ce que le droit de suite?

Le droit de suite est un droit pécuniaire que détient l'auteur d'une œuvre des arts graphiques ou plastiques sur un pourcentage du prix de la revente successive de son œuvre,

généralement limité aux transactions commerciales. Pour reprendre le texte de la récente Directive européenne, le droit de suite peut être défini comme *"un droit inaliénable auquel il ne peut être renoncé, même de façon anticipée, à percevoir un pourcentage sur le prix obtenu pour toute revente de cette œuvre"* (art. premier al. 1^{er} de la Directive).

Le droit de suite existe en France depuis 1920⁴. Il a depuis lors été adopté par dix Etats de l'Union européenne, en plus de la France, et 24 autres⁵. Il a fait l'objet d'un récent regain d'intérêt dans l'Union européenne à cause de la décision d'harmoniser les règles en la matière par la Directive précitée. Cela a aussi stimulé un intérêt dans la doctrine récente⁶. Par ailleurs, la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, dans sa révision de Bruxelles de 1948, a consacré ce droit inaliénable de l'auteur à son article 14^{ter}, tout en laissant les Etats libres de l'adopter ou non dans leur droit interne. L'ADPIC (Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce) adopté en 1994 dans le cadre des négociations de l'Uruguay Round pour la libéralisation du commerce mondial, ne fait pas expressément mention du droit de suite, mais il renvoie aux articles 1 à 21 de la Convention de Berne, ce qui inclut aussi l'art 14^{ter} sur le droit de suite.

Les opinions ici exprimées sont celles de l'auteur et n'engagent que lui.

* Cité par JOHN MERRYMAN et ALBERT ELSSEN, *Law, Ethics and the Visual Arts*, 1998, 397.

1 Directive 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale, JOCE 2001 L 272/32.

2 Traités sur le droit d'auteur et sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes du 20 décembre 1996. Les textes de ces traités et l'état de leurs ratifications sont disponibles via internet sur le site de l'OMPI, www.wipo.org

3 Voir déjà la motion AEPPLI-WARTMANN déposée le 22 juin 2001 devant le Conseil national (01.3401) et transformée en postulat par le Conseil national le 5 octobre 2001.

4 ANDRÉ LUCAS et HENRI-JACQUES LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e édition Paris, 2001, 249.

5 Voir à ce sujet la liste des Etats ayant adopté le droit de suite et les références aux principales législations nationales in LORENZ EHRLER, *Das Folgerecht/Le droit de suite*, Etudes en droit de l'art, vol. 13, Zürich 2001, 15 ss.; voir également LILIANE DE PIERREDON-FAWCETT, *The Droit de Suite in Literary and Artistic Property*, Center for Law and the Arts of Columbia University School of Law, New York, 1991, 284 ss.

6 Outre l'ouvrage de L. EHRLER précité note 5, l'on se référera utilement à l'ouvrage de CARINE DOUTRELEPONT, *Le droit et l'objet d'art: le droit de suite des artistes plasticiens dans l'Union européenne*, Bruxelles et Paris, 1996 ainsi qu'à celui de JÖRG SCHNEIDER-BRODTMANN, *Das Folgerecht des bildenden Künstlers im europäischen und internationalen Urheberrecht*, Heidelberg, 1996. Voir également FRANÇOIS DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, CEDIDAC, Lausanne, 1999, 731 ss et RALPH LERNER et JUDITH BRESLER, *Art Law*, 2^e éd. New York 1998, 1001 ss.