

Les alternatives à la peine en droit international pénal et européen : réconciliation versus réparation ?

D. Zerouki-Cottin, Université de Saint Etienne et Y. Cartuyvels, Université Saint-Louis

Introduction

Une première difficulté dans le traitement du sujet réside dans la détermination de ce que l'expression « alternatives à la peine » recouvre. A cet égard, il paraît plus facile de commencer par dire ce qu'elles ne sont pas. En premier lieu, les alternatives à la peine ne sont pas les « peines alternatives », car ces dernières, pour alternatives qu'elles soient, n'en sont pas moins des peines. Ainsi, en droit français par exemple, le terme de peine alternative ne désigne pas une nature de peine différente, ni même un processus alternatif conduisant au prononcé d'une peine mais, plus modestement, la peine de substitution que la loi permet au juge de prononcer en remplacement d'une ou plusieurs peines principales : jour-amende, stage de citoyenneté, travail d'intérêt général¹. En second lieu, les alternatives à la peine ne doivent pas s'entendre non plus comme les mesures alternatives à la peine privative de liberté, pouvant être prises soit au stade du prononcé de la peine, soit plus tard au stade de son exécution et de son aménagement vers le milieu ouvert, telles que le sursis avec mise à l'épreuve ou la libération conditionnelle par exemple. Là encore, si ces mesures fournissent une alternative à la privation de liberté et à la punition *stricto sensu*, elles demeurent toutefois dans son giron².

Qu'entendre alors par « alternatives à la peine » ? On peut viser par là des dispositifs de résolution des conflits qui se distinguent de la peine, totalement ou en partie, soit par leur fondement, soit par leurs objectifs, soit par le processus institutionnel associé à leur fonctionnement. Ainsi, les Commissions Vérité et Réconciliation (CVR) en droit pénal international et la médiation en droit européen répondent-elles à ces critères susmentionnés. L'idée est généralement de rompre avec le fondement rétributif de la peine, de poursuivre en tout ou en partie d'autres objectifs qui inscrivent ces alternatives dans un cadre de justice réparatrice³, de développer des scènes de justice ou des procédures qui prennent leurs distances avec le rituel du tribunal pénal et qui sont donc elles-mêmes alternatives. Le caractère alternatif renvoie ici au critère organique de la peine (une sanction prononcée par le juge pénal) et illustre une nouvelle forme d'« éthique procédurale » (Habermas) soucieuse de restituer leur conflit aux parties dans un cadre de justice appelé à se transformer en espace public de négociation intersubjective.

Si cette caractéristique est commune aux deux espaces étudiés, toutefois la comparaison s'arrête là. Parce que les enjeux qui sont portés par la justice pénale internationale sont radicalement différents de ceux qui sous-tendent la construction d'un espace pénal européen et parce que la criminalité en cause n'est pas la même non plus, les alternatives à la peine ne se présentent pas sous le même jour en droit international pénal et en droit européen.

¹ Art. 131-5, 131-5-1 et 131-8 Code pénal.

² En droit européen, sont ainsi exclues du champ des alternatives à la peine toutes les mesures de probation comportant des obligations ou des injonctions en liaison avec une peine assortie du sursis avec mise à l'épreuve, condamnation sous condition ou libération conditionnelle (Décision-cadre 2008/947/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et aux décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution).

³ Même si l'articulation des deux concepts mériterait d'être affinée : M. JACCOUD, « *Justice réparatrice et médiation pénale, Convergences ou divergences ?* », Paris, L'Harmattan, 2003.

Orientées vers un objectif de réconciliation et de transition en droit pénal international (I), les alternatives à la peine manifestent davantage une préoccupation victimaire articulée autour de la réparation en droit européen (II).

I. Fondements et objectifs des alternatives à la peine en droit international pénal

Parler d'alternative est particulièrement justifié ici : c'est bien en raison des manques, voire des effets contre-productifs de la réponse judiciaire pénale que se sont développés des mécanismes alternatifs pour répondre aux crimes de masse dont s'occupe la justice pénale internationale. On peut donc considérer que c'est bien l'inadaptation d'un modèle de justice pénale traditionnelle qui apparaît comme le fondement (la raison d'être) des réponses alternatives, qu'elles prennent la forme d'une justice Gacaca faisant appel à une culture ancienne au Rwanda⁴ ou de diverses Commissions Vérité et Réconciliation qui se sont multipliées, notamment en Amérique latine et en Afrique depuis les années 1980⁵ (1).

Comme sur la scène pénale de droit interne, les objectifs poursuivis par cet autre modèle de justice sur la scène internationale renvoient régulièrement à ses fondements : c'est sur le souci de mieux atteindre les objectifs revendiqués par la justice institutionnelle ou la volonté de mettre en avant d'autres objectifs que se fondent les alternatives au procès pénal (2).

1. Le fondement des alternatives à la peine : une réponse à l'inadaptation de la justice pénale internationale face aux crimes de masse

« *Pas de paix sans justice* » : souvent ce mot d'ordre est invoqué pour justifier le recours au procès pénal sur la scène internationale. S'agissant de crimes contre l'humanité, il ne saurait y avoir de « paix civile profonde sans justice » souligne R. Badinter⁶. Faire l'impasse sur les responsabilités individuelles, c'est produire de l'amnésie, du « refoulé, du non-dit », aboutir à « une sorte de névrose collective qui persiste avec le temps »⁷ et nourrit l'esprit de revanche. La vérité du passé rappelée ici par la justice apparaît donc indispensable à la construction du futur. Elle permet en outre le deuil de victimes qu'on ne peut pas oublier et apaise une angoisse destinée à perdurer tant que les victimes ont le sentiment « qu'on ne s'est empressé justement ni de faire la vérité ni de rendre la justice »⁸. Dans cette perspective, le procès pénal permet de reconnaître le coupable, de lutter contre l'impunité et de mettre fin au cycle de la vengeance. Il est donc, dans l'idéal, facteur de réconciliation, au cœur d'un processus de « transition », étape obligée de la restauration dans des sociétés déchirées par la guerre⁹.

Sauf que cette justice internationale, qu'incarnent la Cour pénale internationale et les Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, pourrait bien ne pas remplir ce rôle ou alors très imparfaitement. Plusieurs auteurs le soulignent : si, en réponse aux crimes de masses, des alternatives voient le jour, c'est en raison du caractère « parfaitement inapproprié »¹⁰ de la

⁴ Voyez, par exemple, F. DIGNEFFE, J. FIERENS (ed.), *Justice et Gacaca. L'expérience rwandaise et le génocide*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2003.

⁵ S. LEFRANC, « Les Commissions de Vérité : une alternative au droit ? », *Droit et cultures*, 2008, n°56, p. 131.

⁶ R. BADINTER, « Réflexions générales », in A. CASSESE, M. DELMAS-MARTY, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, P.U.F., 2002, p. 49.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ S. LIWERANT, « Quand la justice internationale s'empare de la réconciliation nationale », *Droit et cultures*, 2008, n°56, p. 149.

¹⁰ Ch. N. ROBERT, « La criminalisation du monde », in M. HENZELIN, R. ROTH (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, Genève, Bruxelles, L.G.D.J., Georg, Bruylant, 2002, p. 343.

réponse pénale traditionnelle à ce type de crimes. Les critiques sont nombreuses : rendue au nom de valeurs universelles, cette justice serait surtout la traduction des valeurs dominantes du monde occidental ; justice de puissants (plus que de vainqueurs)¹¹, elle serait singulièrement sélective : ciblant quelques figures symboliques, dont le choix ne répond pas nécessairement à un idéal de justice mais parfois à des considérations d'ordre politique, ciblant une partie (les vaincus) et pas l'autre (les vainqueurs), elle serait encore peu effective, délaissant la plupart des acteurs, auteurs comme victimes, concernés par le crime. S'adressant plus à l'opinion occidentale qu'aux populations directement concernées, rendue par des juges « exotiques », cette justice « hors-sol »¹², dont les principaux promoteurs s'exonèrent, serait d'un intérêt très relatif pour les premiers concernés. Se rabattant sur une « vérité factuelle »¹³, la vérité visible du crime individualisé par la logique pénale, une vérité ramenée à de l'information jugée pertinente au regard du codage juridique et des intérêts en présence¹⁴, le procès pénal ferait l'impasse sur un récit politique susceptible de mettre en perspective les crimes singuliers commis. Sa logique d'imputabilité personnelle produirait une vérité « microscopique et logique »¹⁵ empêchant le travail de mémoire collective croisé nécessaire à la compréhension des causes moins immédiates du crime, à la reconnaissance des uns et des autres et à une pacification future et durable du lien social.

En termes de contribution à la paix, le procès pénal de droit international pourrait donc s'avérer lacunaire. Pis encore, il pourrait se révéler contre-productif : marqué par une logique de culpabilité personnelle et de punition plus que de compréhension sociologique et de responsabilité, le procès fonctionne sur une logique binaire et dichotomique (coupable/non coupable)¹⁶. Comme sur la scène nationale, dont il reproduit le théâtre, le procès fige les positions d'auteur et de victime et renforce bien souvent l'antagonisme entre les uns et les autres, les victimes et leurs bourreaux¹⁷. De ce point de vue, le procès fondé sur une mémoire parcellaire participe davantage d'un droit pénal guerrier ou d'une « criminologie de l'Autre »¹⁸, nourri par l'exclusion et la différenciation, que d'un droit pénal de la familiarité susceptible de nourrir identification et intercompréhension. Il pourrait dès lors ne mettre que très temporairement fin à la spirale d'une vengeance qu'il contribue plutôt à nourrir. Liée au modèle de la *thémis*, cette justice pénale qui se fonde dans le ciel des principes et l'intransigeance d'une morale qui se veut universelle, fait une confiance absolue au caractère performatif du jugement : dire le droit et prononcer la peine doit permettre de triompher de la violence¹⁹. Elle omet de voir qu'une décision de justice peut avoir l'effet inverse, attiser le

¹¹ A. GARAPON, *Des crimes qu'on ne peut ni punir, ni pardonner. Pour une justice internationale*, Paris, O. Jacob, 2002, pp. 78-79.

¹² P. HAZAN, *La justice face à la guerre*, Paris, 2000, p. 237.

¹³ T. TODOROV, « Les limites de la justice », in A. CASSESE, M. DELMAS-MARTY, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, P.U.F., 2002, p. 41.

¹⁴ N. CHRISTIE, « Answer to atrocities. Restorative justice as an answer to extreme situations », in E. FATTAH, S. PARMENTIER (eds.), *Victimpolicies and criminal justice. On the road to restorative justice. A collection in honour of Tony Peters*, Leuven, Leuven Universitypress, 2001, pp. 382-383.

¹⁵ M. DRUMBL, « Sclerosis-Retributive justice and the Rwadangenocide », *Punishment and Society*, 2000, n°3, pp. 287-308, cité par P. PONCELA, « Mesure et motivation de la peine dans les jugements », M. HENZELIN, R. ROTH (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, op. cit., p. 327.

¹⁶ N. CHRISTIE, Answer to atrocities Restorative justice as an answer to extreme situations », op. cit., pp. 382-383.

¹⁷ S. LEFRANC, « Les Commissions de Vérité : une alternative au droit ? », *Droit et cultures*, 2008, n°56, p. 131.

¹⁸ D. GARLAND, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 182.

¹⁹ A. GARAPON, *Des crimes qu'on ne peut ni punir, ni pardonner. Pour une justice internationale*, op. cit., p. 53.

conflit et les tensions plutôt que l'apaiser²⁰ et refuse le pragmatisme *dealatoire* qui, parfois, fait renoncer à une décision de justice au nom d'une inversion du mot d'ordre initial : non pas « pas de paix sans justice », mais bien « la paix ou la justice »²¹. De même, elle sous-estime régulièrement les facteurs idéologiques, religieux ou ethniques qui sont à la base des crimes et que la justice internationale ne fera pas disparaître²². Pas plus que les droits de l'homme, la justice pénale n'est une politique.

Une autre difficulté a trait à la transposition au niveau international d'un modèle de droit et de justice pénale étatiques. D'une part, les conditions d'exercice de la justice pénale n'y sont pas rencontrées de la même manière : l'état encore embryonnaire des textes internationaux et d'une coutume internationale qui n'ont pas la densité ou la cohérence de la loi étatique, l'absence de souveraineté dans un espace international qui reste sans bras armé et dépend donc de la collaboration des Etats soulignent un écart important. L'utopie de la justice pénale internationale est ici potentiellement affectée d'un déficit de crédibilité ou de légitimité. D'autre part, comme le montre aussi la contribution de D. Scalia dans le présent volume, ce sont le fondement et les objectifs traditionnellement associés à la peine au plan interne dont la transposition s'avère problématique sur la scène internationale²³. La *rétribution* reste, on le sait, au cœur du modèle pénal et peut s'analyser comme le fondement de la peine. Il s'agit de punir pour punir, parce qu'une infraction a été commise, sans autre but spécifique. Dans cette perspective « déontologique »²⁴ d'inspiration kantienne, la peine sera proportionnée à la gravité de l'acte commis, critère parfois croisé avec celui de la responsabilité morale de l'auteur. La jurisprudence des juridictions internationales témoigne de l'importance de cette logique du châtement rétributiviste au fondement de leur intervention²⁵. Elle n'échappe pas à une difficulté centrale qui est le calcul de proportion à établir entre le mal du crime et la souffrance de la peine. Selon les uns, cette équivalence est impossible à établir et la rechercher n'a guère de sens dès lors que, face à de tels crimes, on se confronte à de « l'incommensurable »²⁶. Pour d'autres, cette quête perdue d'équivalence dans la revanche reviendrait à dénigrer les victimes et leur souffrance²⁷ et ne serait donc guère adaptée à un processus de justice qui se veut « transitionnel » et destiné à renouer et pacifier le lien social. D'où la conclusion tirée par certains selon laquelle, « just as at the domestic level, *retribution* at the international level must be rejected as a ground or purpose of punishment »²⁸.

²⁰ J.B. JEANGENE VILMER, « La justice pénale internationale a-t-elle un effet pacificateur ? », *Les cahiers de la justice*, 2013, n°1, p. 116.

²¹ Les poursuites intentées récemment contre des responsables du M23 pour crimes contre l'humanité commis dans l'Ets du Congo, dont le résultat a été la relance de la guerre, illustrent bien cette équation.

²² J.B.J. VILMER, « La justice pénale internationale a-t-elle un effet pacificateur ? », *op.cit.*, p. 118.

²³ Nous ne discutons pas ici la pertinence de ce qu'on appelle aussi les fonctions de la peine en droit interne, même s'il y aurait matière à le faire. Ce n'est pas notre propos. Par ailleurs, les dimensions de fondement et d'objectif nous semblent partiellement réversibles : on pourrait envisager la rétribution comme un but de la peine, tout comme la prévention, généralement présentée comme un objectif, pourrait sans doute se lire comme un fondement utilitariste de la peine. Mais ce n'est pas non plus l'objet de notre discussion ici.

²⁴ Ch. NADEAU, « Quelle justice après la guerre ? Eléments pour une théorie de la justice transitionnelle », in *La vie des idées.fr.*, 23 mars 2009, <http://dx.doi.org/doi:10.1522/030174389>, p. 12.

²⁵ D. BERNARD, « Un possible apport africain à la justice internationale pénale », *Journal des Africanistes*, 2013, à paraître, p. 2.

²⁶ D. VANDERMEERSCH, « La mesure de la responsabilité et de la peine en matière de crime de droit international humanitaire », in Fr. TULKENS, Y. CARTUYVELS, Ch. GUILLAIN (dir.), *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 151.

²⁷ N. CHRISTIE, « Answer to atrocities. Restorative justice as an answer to extreme situations », *op. cit.*, p. 384.

²⁸ K. AMBOS, with the the assistance of Ch. STEINER, « On the rationale of punishment at the domestic and international level », in M. HENZELIN, R. ROTH (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, *op. cit.*, 2002, p. 318. La référence à la « scène domestique » peut se justifier de deux manières : d'une part, le problème d'équivalence peut se rencontrer également sur la scène du droit pénal interne ; d'autre part, la logique

La transposition des objectifs traditionnels de la peine sur la scène internationale ne semble guère plus aisée. S'inscrivant dans une logique « conséquentialiste »²⁹, la peine se veut ici socialement utile pour l'avenir. Trois objectifs utilitaristes sont généralement associés à la peine. Le premier est celui de la *prévention générale* ou de la *dissuasion* : cet objectif a sans doute une certaine efficacité en tant que la reconnaissance officielle du crime par la justice peut dissuader les victimes de chercher à se venger. Mais la dissuasion est généralement entendue dans un autre sens, comme message adressé à l'ensemble du corps social, destiné à le dissuader de commettre à nouveau de tels actes à l'avenir. Dans la jurisprudence des tribunaux internationaux, cet « effet de prévention générale se voit, contrairement à la prévention spéciale, reconnaître un rôle prédominant »³⁰. Mais que vaut la force dissuasive de la peine face à de tels crimes ? On sait que les classiques associaient l'effet dissuasif de la peine à sa certitude et à un calcul d'intérêt dans le chef d'individus rationnels. Or, pour de tels crimes, le risque judiciaire reste faible³¹ et on sait qu'une partie importante des auteurs qui rendent le crime effectif échappent à la justice pénale. En outre, ces crimes correspondent chaque fois à des contextes spécifiques au sein desquels l'individu ne s'inféode pas à ce statut d'individu rationnel que suppose la dissuasion : qu'il s'agisse de mener une « guerre juste » ou d'obéir aux ordres comme fonctionnaire, l'auteur se sent exonéré de son passage à l'acte³². L'identification abstraite et rationnelle à l'acteur ayant fait l'objet d'une condamnation antérieure dans un autre contexte semble donc très largement aléatoire³³. De manière concrète, on constate d'ailleurs que, pas plus que sur la scène domestique, la leçon pénale n'apparaît très efficace sur la scène internationale. On en veut pour preuve la multiplication des crimes de masse malgré les condamnations, que ceux-ci soient commis dans des conflits en cours ou dans des conflits ultérieurs. Par ailleurs, la logique utilitariste qui sous-tend l'objectif de prévention générale pose un problème éthique : en l'absence d'un critère limitant la durée de la peine, la condamnation risque d'instrumentaliser l'auteur condamné à des fins autres que sa juste punition. L'auteur est ici potentiellement ramené au rang d'« objet » et traité comme tel à des fins sociales dissuasives qui lui sont extérieures³⁴.

Le second objectif est celui de la *prévention spéciale* qui, sous sa forme de neutralisation ou de réhabilitation, doit dissuader l'auteur de passer à nouveau à l'acte. De manière générale, cet objectif de prévention spéciale semble jouer un rôle mineur dans la jurisprudence internationale, comme le montre la jurisprudence du TPIY³⁵. L'incapacitation est temporaire, la réhabilitation par la peine proche du néant et le contexte chaque fois particulier des crimes ne se prête par ailleurs guère à la récidive spéciale³⁶.

Le troisième objectif renvoie, dans une perspective bien mise en lumière par Durkheim, à la dimension *symbolique* ou expressive de la peine, en tant que celle-ci vise à renforcer la

rétributive, tournée sur l'apurement d'un compte passé, peut rendre difficile la pacification de la situation créée par le crime dans l'avenir.

²⁹ Ch. NADEAU, *Quelle justice après la guerre ? 21 éléments pour une théorie de la justice transitionnelle*, *La vie des idées.fr*, mars 2009, édition numérique, pp. 11-12.

³⁰ D. BERNARD, « Du principe ne bis in idem à l'esquisse d'une théorie du droit international pénal », *thèse de doctorat en droit*, Bruxelles, FUSL, 2011, p. 454.

³¹ IDEM, p. 457.

³² N. CHRISTIE, « Answer to atrocities. Restorative justice as an answer to extreme situations », *op. cit.*, p. 386.

³³ J.B.J. VILMER, « La justice pénale internationale a-t-elle un effet pacificateur ? », *op. cit.*, p. 121.

³⁴ K. AMBOS, with the assistance of Ch. STEINER, « On the rationale of punishment at the domestic and international level », *op. cit.*, pp. 316-317.

³⁵ P. PONCELA, « Mesure et motivation de la peine dans les jugements du TPIY », *op. cit.*, p. 330.

³⁶ D. BERNARD, « Du principe ne bis in idem à l'esquisse d'une théorie du droit international pénal », *op. cit.*, p. 453.

cohésion sociale en venant réaffirmer l'importance des valeurs blessées par le crime³⁷ et à rappeler que ces valeurs mises en cause restent bien essentielles à un ordre social donné. Incontestablement, la pénalité pratiquée par la justice pénale internationale poursuit cet objectif, elle qui se revendique de la protection de valeurs communes à l'humanité. Il s'agit de montrer à la communauté internationale que ce type de crimes ne demeure pas impuni et que l'humanité reste comme valeur à protéger. Cet objectif, la justice pénale internationale parvient-elle à l'atteindre ? Sans doute, mais partiellement seulement. Pas plus que l'opinion publique sur la scène interne, une « opinion publique mondiale » n'existe véritablement. Et c'est sans doute l'opinion publique occidentale qui en sort renforcée, plus que les opinions publiques locales secouées par le crime³⁸, ce qui relativise l'efficacité symbolique de la justice pénale internationale là justement où elle prétend s'exercer.

Enfin, une dernière fonction conséquentialiste de la peine est sa fonction de *réparation* pour les victimes. On le sait, sur le plan du droit interne, l'intérêt à la réparation de la victime est largement supplanté par l'intérêt à la répression de l'Etat dans la justice moderne³⁹. La victime fut, jusqu'il y a peu, la grande oubliée de la justice pénale sur la scène étatique. Le besoin, souligné par R. Badinter dans son plaidoyer pour une justice pénale internationale, de ne « pas oublier » les victimes⁴⁰, souligne à rebours la tendance naturelle de la justice internationale à reproduire ici le schéma de la justice étatique. On pense ici, à titre d'exemple, au procès de Slobodan Milosevic, où le témoignage des victimes s'est vu résumer par le procureur en début de séance, avant de laisser place au contre interrogatoire mené par l'accusé⁴¹, dans un processus de déni de culpabilité qui semble de règle devant les tribunaux internationaux⁴² et qui ouvre grande la voie à des formes de victimisation secondaire⁴³. Certes, comme en droit interne, des évolutions ont eu lieu depuis les débuts de la justice pénale internationale pour donner progressivement une place plus importante à la victime, la faire sortir de son seul statut de témoin, faire droit à son besoin de parole et, au moins formellement, consacrer son droit à la réparation. Certes encore, l'objectif de satisfaction des victimes semble bien formellement pris en compte par la justice pénale internationale⁴⁴. Mais il n'en reste pas moins, comme le souligne X. Pin dans sa contribution à ce volume, que si les victimes ont beau avoir obtenu un droit à la participation ainsi qu'un droit à la réparation sur la scène de la justice pénale internationale, celle-ci « apparaît par nature inappropriée pour

³⁷ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, P.U.F., 1973, p. 76.

³⁸ A. GARAPON, *Des crimes qu'on ne peut ni punir, ni pardonner. Pour une justice internationale*, op.cit., p. 100. Dans le même sens, D. BERNARD, « Un (possible) apport africain à la justice internationale pénale », *op. cit.*, p.6.

³⁹ Sur cette opposition entre intérêt à la réparation de la victime et intérêt à la répression de l'Etat, voyez M. van de KERCHOVE, « L'intérêt à la répression et l'intérêt à la réparation dans le procès pénal », in Ph. GERARD, F. OST, M. van de KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt*, Vol. 3, Bruxelles, FUSL, 1990, pp. 86 et sv.,

⁴⁰ R. BADINTER, « Réflexions générales », *op. cit.*, p. 49.

⁴¹ J. HUBRECHT, « Les mutations et les imbroglios de la justice post-conflit », in M.A. EURYOPA (dir.), *L'Europe et sortie des conflits*, Institut européen de l'Université de Genève, 2005, p. 82.

⁴² Selon M. Rausenbasch et D. Scalia, « très peu d'accusés condamnés par les tribunaux ad hoc ont plaidé coupable... et quand ce fut le cas, c'était plus par souci d'obtenir une atténuation de la peine que par volonté de reconnaître véritablement les actes commis et leur portée pour les victimes (M. RAUSENBASH, D. SCALIA, « Victims and international criminal justice : a vexed question ? », *International Review of the Red Cross*, 2008, n°870, p. 452..

⁴³ D. TUTU souligne ainsi « les expériences souvent déchirantes pour les victimes » que constituent les confrontations à la justice pénale (D. TUTU, « Préface du président de la Commission Vérité et Réconciliation, le Révérendissime archevêque Desmond Tutu », in Ph. J. SALAZAR (ed.), *Amnistier l'apartheid. Travaux de la Commission Vérité et Réconciliation*, Paris, Seuil, 2004, p.91).

⁴⁴ Voyez sur ce point, D. SCALIA, *Du principe de légalité des peines en droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 292 et sv.

répondre à la souffrance des victimes »⁴⁵. Du point de vue de la victime, la justice pénale internationale reproduirait les mêmes défauts que la justice pénale étatique.

2. Les objectifs des alternatives à la peine: sortir de la logique de la peine, faire émerger une vérité partagée, réconcilier

C'est bien en réponse à ces divers manques de la justice pénale internationale que vont se développer des alternatives à vocation restaurative, dont l'objectif conséquentialiste se déploie sur un autre mode que celui de l'utilitarisme pénal. Incarné par les diverses Commission Vérité et Réconciliation, mais aussi par d'autres expériences de justice dialogale et participative telles que la justice Gacaca au Rwanda⁴⁶, un modèle de justice restaurative émerge dans le souci de réhumaniser les victimes et les auteurs, de comprendre et de donner sens aux crimes pour renouer le lien social et de permettre à nouveau le vivre-ensemble. Compréhension au lieu de vengeance, réparation plutôt que représailles, *ubuntu* plutôt que victimisation, explique Desmond Tutu dans sa préface aux Travaux de la Commission Vérité et Réconciliation Sud-Africaine⁴⁷.

L'émergence de ces dispositifs de justice restauratrice sur la scène internationale s'inscrit en parallèle avec le plaidoyer en faveur d'un autre modèle de justice sur la scène nationale. Depuis les années 1960, le « retour de la victime » a encouragé le développement dans les pays occidentaux d'un courant théorique de justice réparatrice et l'émergence de dispositifs informels d'*Alternative Dispute Resolution*⁴⁸. Cette « nouvelle utopie pénale »⁴⁹ poursuit l'idéal d'une justice reconstructive qui prend ses distances avec la logique rétributive du pénal, réintroduit la victime au cœur du processus, propose un modèle dialogique de résolution du conflit, vise à réparer le dommage lié à l'infraction et à restaurer le lien social⁵⁰. Si bien que certains considèrent que « pratiques de sortie de conflit politique au 'Sud' et pratiques d'informalisation de la justice au 'Nord' se légitiment mutuellement pour incarner ensemble une justice plus « délibérative » et faisant une place plus grande à la victime »⁵¹.

Incarné par les « Commissions Vérité et Réconciliation » (CVR), ce modèle de justice alternatif peut se caractériser par les traits suivants, que l'on associera à autant d'« objectifs ». Le premier - et c'est un trait commun à toutes les CVR au-delà des différences qui les séparent⁵² - est d'abord de *sortir de la logique de la peine*, au sens où celle-ci ne permet pas de dépasser le passé et de répondre aux besoins d'une justice de « transition » et de privilégier

⁴⁵ X. PIN, « L'objectif de satisfaction des victimes en droit pénal international », dans ce volume.

⁴⁶ Voyez F. DIGNEFFE et J. FIERENS (dir.), *Justice et gacaca. L'expérience rwandaise et le génocide*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2003.

⁴⁷ D. TUTU, « Préface du président de la Commission Vérité et Réconciliation, le Révérendissime archevêque Desmond Tutu », op.cit., p. 97. Sur le terme d'Ubuntu, qui renvoie à une humanité qui n'existe qu'en partage à celle d'autrui, voyez « Introduction », in Ph.J. SALAZAR (dir.), *Amnistier l'apartheid. Travaux de la Commission Vérité et Réconciliation*, Paris, Seuil, 2004, pp. 70-73.s

⁴⁸ Pour une synthèse, voyez J. FAGET, *Médiations. Les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse, Erès, 2010.

⁴⁹ A. GARAPON, F. GROS, Th. PECH, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 247.

⁵⁰ Pour une synthèse, voyez Fr. TULKENS, M. van de KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Anvers, Kluwer, 2010, pp.

⁵¹ S. LEFRANC, « Les commissions de vérité : une alternative au droit ? », *Droit et cultures*, 2008, n°56, pp. 136-137.

⁵² A. GARAPON, Des crimes que l'on ne peut ni punir ni pardonner : pour une justice pénale internationale, op. cit., p.

une *justice de réparation*, soucieuse de guérison et de restauration des relations brisées par le crime. D. Tutu le souligne à propos de la CVR Sud-Africaine : « Les gens pensent selon les termes d'une justice « rétributrice » qui est la justice du châtement ou de la récompense... Nous avons été amenés à réfléchir aux moyens de dépasser les conflits du passé : comment guérit-on ? Si bien que nous préférons parler de justice « restauratrice » plutôt que de justice « rétributrice »⁵³. Le second est de modifier le point focal de la justice qui, dans cette optique réparatrice, devient la *victime*. Une telle justice, explique D. Tutu toujours, « est centrée sur ce qu'ont subi les victimes, d'où l'importance de la réparation »⁵⁴. Reconnaître la victime dans sa souffrance et la sortir de la déshumanisation profonde dans laquelle la plonge un crime qui la nie comme être humain⁵⁵ apparaît comme une condition de la réconciliation : « il faut d'abord penser à une justice pour les rescapés. Une justice... pour que s'écoule la peur ; une justice pour se réconcilier »⁵⁶. A l'inverse de la justice pénale traditionnelle, il s'agit alors - troisième élément essentiel - d'offrir un *espace de narration* aux victimes, un « espace au sein duquel les victimes pourraient partager avec la nation l'histoire du traumatisme qu'elles avaient vécu »⁵⁷, dans une démarche cathartique susceptible de favoriser la guérison et de les réintroduire dans une commune humanité. *Revealing is healing*... Pour les victimes (mais la démarche vaut aussi pour les auteurs⁵⁸), le pari est celui du caractère performatif du langage, la transformation du réel à dépasser s'opérant par l'échange discursif dans un processus de justice participatif et délibératif. Le quatrième élément est une conscience aigüe de ce que, pour favoriser la guérison et préparer un avenir social pacifié, il est essentiel de *faire la vérité* sur les crimes passés, l'amnésie étant le meilleur moyen de se condamner à la répétition. « Il ne saurait y avoir de guérison possible sans la vérité »⁵⁹, tranche D. Tutu avant d'ajouter que la justice pénale « n'est pas le meilleur moyen pour parvenir à la vérité »⁶⁰. C'est donc un autre processus de véridiction qu'il s'agit de privilégier, non pas la redécouverte d'une « vérité d'origine », mais une « vérité résultat » qui se construit entre vérité factuelle et vérité historique, entre vérité du cas et vérité sociologique. Cette « *full disclosure* » n'est donc « ni confession intime », ni « révélation globale ou générique », mais se doit d'être « un récit détaillé, une vérité particulière... une histoire (story telling) capable d'entrer en perspective et en composition »⁶¹ pour faire le lien entre la singularité du cas et l'histoire collective dans laquelle il s'inscrit. C'est encore une « vérité d'interprétation » qui concerne « le sens même des événements, leur place dans l'histoire humaine, leur portée pour les contemporains comme pour les générations suivantes »⁶² et qui, par sa construction dialogique, doit permettre aux parties en conflit de dépasser le passé. Et c'est enfin un processus de dévoilement qui, à l'inverse de la vérité factuelle pénale, vise à permettre à la victime de dédiaboliser l'autre en ne l'identifiant pas totalement à son acte ou d'identifier chez elle cette

⁵³ D. TUTU, « Pas d'amnistie sans vérité ». Entretien avec l'archevêque Desmond Tutu, *Esprit*, 1997, n°238, pp. 65-66.

⁵⁴ D. TUTU, « Préface du président de la Commission Vérité et Réconciliation, le Révérendissime archevêque Desmond Tutu », *op.cit.*, p. 99.

⁵⁵ A. GARAPON, *Des crimes qu'on ne peut ni punir, ni pardonner. Pour une justice internationale*, *op. cit.*, pp. 132-133.

⁵⁶ Témoignage d'un assistant social rwandais après le génocide de 1994, reproduit in *Idem*, p. 165.

⁵⁷ D. TUTU, « Préface du président de la Commission Vérité et Réconciliation, le Révérendissime archevêque Desmond Tutu », *op.cit.*, p. 81.

⁵⁸ B. CASSIN, « Amnistie et pardon » in B. CASSIN, O. CAYLA, Ph.-J. SALAZAR (dir.), *Vérité, réconciliation, réparation*, Paris, Seuil, 2004, pp. 42 et sv.

⁵⁹ D. TUTU, « Préface du président de la Commission Vérité et Réconciliation, le Révérendissime archevêque Desmond Tutu », *op.cit.*, p. 87.

⁶⁰ IDEM, p. 91.

⁶¹ B. CASSIN, « Amnistie et pardon », *op.cit.*, p. 53.

⁶² T. TODOROV, « Les limites de la justice » *op. cit.*, p. 41.

part d'elle-même qui pourrait la mener au crime⁶³. Justice de la familiarité qui se veut ici une politique.

Cette construction d'une vérité expérientielle doit - cinquième objectif - favoriser la *réconciliation*, au sens où elle vise à rendre possible une nouvelle coexistence qu'on ne pourra de toute façon pas éviter. Elle ne débouche pas nécessairement sur le pardon pour des crimes sans doute impossibles à pardonner dans le chef des victimes, raison pour laquelle le pardon public de l'Etat se substitue au pardon privé des victimes en accordant une amnistie individuelle (et non générale, qui favoriserait l'amnésie) en échange de la vérité⁶⁴. L'ambition de la réconciliation est moindre : elle vise plutôt à favoriser une compréhension réciproque et à marquer la volonté de coexister, au-delà des dissensus persistants. C'est donc d'une réconciliation fragile qu'il s'agit, sur laquelle il ne faudrait pas s'aveugler. Il semble ainsi que les travaux de la CVR en Afrique du Sud aient suscité plus d'enthousiasme à l'étranger que dans le pays lui-même et que 17% de la population seulement ait estimé qu'ils aient mené à une vraie réconciliation⁶⁵. Par ailleurs, la CVR Sud-Africaine, souvent citée en exemple, n'a pu éviter le lancement ultérieur d'actions judiciaires en réparation, en Afrique du Sud et à l'étranger, par des organisations de victimes⁶⁶. Peut-être, au fond, faudrait-il plutôt parler de « commission de la connaissance et de la reconnaissance »⁶⁷, de conciliation plutôt que de réconciliation.

Destinées à (ré)concilier en droit international pénal, les alternatives à la peine paraissent aujourd'hui se focaliser sur la réparation en droit européen.

II. Fondements et objectifs des alternatives à la peine en droit européen

Pour ce qui concerne le droit européen émanant du Conseil de l'Europe comme de l'Union européenne, seule la médiation pénale a fait, pour l'heure, l'objet d'une attention particulière en matière d'alternatives à la peine⁶⁸. Comme en droit interne et en droit international, l'émergence et le développement de la médiation pénale sont clairement associés à un retour de la victime sur la scène pénale⁶⁹. Centrée sur une finalité réparatrice, la médiation pénale apparaît comme une technique privilégiée d'apaisement et de résolution des conflits. Mais si la victime joue originellement un rôle moteur essentiel dans la promotion des mesures de justice réparatrice, les textes européens les plus récents dénotent un glissement des finalités qui leur sont assignées, témoignant d'une certaine réticence à leur endroit. La victime exerce ainsi une influence ambivalente sur la médiation pénale : alors qu'elle joue un rôle promoteur essentiel dans sa consécration (1), la considération exclusive de ses intérêts fait craindre une dénaturation potentielle de l'institution (2), ce qui appelle des réflexions plus générales sur les fondements et les objectifs de l'intervention du droit européen en la matière (3).

1. La promotion de la médiation pénale

⁶³ IDEM, pp. 42-43.

⁶⁴ O. CAYLA, « Aveu et fondement du droit », in B. CASSIN, O. CAYLA, Ph.J. SALAZAR, *Vérité, réconciliation, réparation*, Paris, Seuil, 2004, p. 108.

⁶⁵ A. GARAPON, *Des crimes qu'on ne peut ni punir, ni pardonner. Pour une justice internationale*, op. cit., p. 100.

⁶⁶ L. UMUBYEYI, « Le recours au droit par les organisations de victimes de l'apartheid dans l'Afrique du Sud contemporaine », document d'admission au doctorat, Académie Louvain, 2011.

⁶⁷ T. G. ASH, « La Commission vérité et réconciliation en Afrique du Sud », *Esprit*, 1997, n°238, p. 62.

⁶⁸ Pour ce qui concerne la justice pénale des adultes en tout cas, à laquelle la présente étude se limite.

⁶⁹ F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal, Aspects juridiques et criminologiques*, Anvers, Kluwer, 2010, pp. 61 et s.

Prenant acte du développement de différentes formes de médiation pénale dans plusieurs Etats membres, le Conseil de l'Europe a affirmé la nécessité de s'en saisir au niveau européen afin d'en assurer la promotion et une mise en œuvre harmonisée⁷⁰. Cette préoccupation a conduit à l'adoption en 1999 de la Recommandation n° R (99) 19 du Comité des ministres aux Etats membres sur la médiation en matière pénale qui en définit les principes et le fonctionnement de manière approfondie. Ainsi la médiation pénale bénéficie, dans le cadre du Conseil de l'Europe, d'un instrument spécifique qui constitue une incitation symboliquement forte à sa mise en œuvre. Il faut souligner encore que cette recommandation est venue en point d'orgue de progrès successifs réalisés par d'autres recommandations, lesquelles, sans avoir les alternatives à la peine comme objectif principal, préconisaient toutefois déjà le recours à la déjudiciarisation, la conciliation, et la médiation⁷¹. Cette construction progressive du recours à la médiation n'est pas anodine, un certain nombre de ces recommandations antérieures portant sur la position de la victime dans le cadre du procès pénal ou sur les mesures d'assistance qui doivent lui être offertes.

Globalement, le modèle de médiation pénale promu par la Recommandation n° R (99) se rapproche d'une conception classique de la médiation en matière criminelle. Elle est présentée comme « une option souple, axée sur le règlement du problème et l'implication des parties » et elle repose sur la nécessité de permettre une « participation personnelle active à la procédure pénale de la victime, du délinquant et de tous ceux qui sont concernés en tant que parties, ainsi que d'y impliquer la communauté ». Toutefois, cette participation doit être consensuelle et la médiation ne peut intervenir que si les parties y consentent librement et qu'elles sont, en outre, libres de revenir sur ce consentement à tout moment au cours de la médiation⁷².

Le *fondement* premier de la médiation, sa raison d'être ou son « pourquoi »⁷³, tel que défini par le texte vaut la peine qu'on s'y arrête : il ne réside pas tant dans la commission d'une infraction que dans la survenance d'un « problème » qu'il convient de « régler ». La médiation telle qu'elle est envisagée ici s'inscrit donc plutôt dans un « ordre horizontal des interactions »⁷⁴, destinée à solutionner de manière dialogale une situation problème et à en réparer les effets pour l'avenir.

Ceci se traduit d'ailleurs assez bien dans les *objectifs* assignés à la médiation. Deux objectifs principaux sont en effet soulignés par le texte. Le premier est celui de la protection de l'intérêt légitime des victimes à s'exprimer et à obtenir réparation. Plus précisément, les victimes doivent pouvoir faire entendre leur voix sur les conséquences de leur victimisation,

⁷⁰I. AERTSEN, R. MACKAY ET ALII, *Renouer les liens sociaux – Médiation et justice réparatrice en Europe*, Forum européen pour la médiation entre les victimes et les délinquants et la justice réparatrice, Editions du Conseil de l'Europe, 2004, p. 9.

⁷¹V. notamment les Recommandations n° R (85) 11 du Comité des ministres aux Etats membres sur la position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale adoptée par le Comité des Ministres le 28 juin 1985 ; N°R (87) 18 concernant la simplification de la justice pénale ; N° R (87) 21 sur l'assistance aux victimes et à la prévention de la victimisation ; N° R (88) 6 sur les réactions sociales au comportement délinquant des jeunes issus des familles migrantes ; n° R (92) 16 relative aux règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté ; n° R (95) 12 sur la gestion de la justice pénale et n° R (98) 1 sur la médiation familiale.

⁷²Annexe à la Recommandation n° R (99) 19, Principes généraux, 1.

⁷³M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine, entre mythe et mystification*, Bruxelles, FUSL, 2009, p. 11.

⁷⁴R. CASTEL, « L'application de la loi : l'ordre des interactions et l'ordre des déterminations », in *Acteur social et délinquance, Hommage à Ch. Debuyst*, Bruxelles, Mardaga, 1990, pp. 295-303.

communiquer avec le délinquant et obtenir des excuses ainsi qu'une réparation. La médiation pénale est donc d'abord placée dans une perspective réparatrice du préjudice causé à la victime, préjudice tant matériel que moral, ce dernier en particulier devant être réparé par la parole, la discussion et les « excuses ». Mais un second objectif évoqué consiste à renforcer chez les délinquants « le sens de leurs responsabilités et leur offrir des occasions concrètes de s'amender, ce qui facilitera réinsertion et réhabilitation »⁷⁵. La médiation pénale vise donc aussi un objectif de responsabilisation et de reclassement de l'auteur dans la communauté et, indirectement, de réparation du lien social brisé par l'infraction.

La définition de la médiation pénale par le Conseil de l'Europe reflète ainsi les fondamentaux d'une « nouvelle intelligence de la peine »⁷⁶ : réparation à la fois du préjudice subi par la victime - matériel et moral - et du lien social brisé par l'infraction, resocialisation de l'auteur par une sanction non stigmatisante et qui fasse sens pour ce dernier. Le pari est celui d'une justice participative et pacificatrice multifonctionnelle : « La médiation montre qu'il n'est pas impossible de concilier les intérêts de la victime, du délinquant et de l'ensemble de la société. Les solutions socialement constructives profitent à l'ensemble des parties concernées »⁷⁷.

A cette recommandation émanant du Conseil de l'Europe, il faut ajouter la décision-cadre prise dans le cadre de l'Union européenne le 15 mars 2001 et relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales⁷⁸. Consacrée aux victimes, cette décision-cadre, aujourd'hui remplacée par la directive du 25 octobre 2012 relative à la protection des victimes⁷⁹, n'abordait pas la médiation pénale de manière précise. Néanmoins, les quelques dispositions du texte qui lui étaient dévolues témoignaient d'une volonté de promotion de la médiation qui disparaîtra dans la directive d'octobre 2012. Dans ce texte de 2001, la médiation pénale était présentée comme « la recherche, avant ou pendant la procédure pénale, d'une solution négociée entre la victime et l'auteur de l'infraction »⁸⁰. Chaque Etat membre était appelé à veiller « à promouvoir la médiation dans les affaires pénales pour les infractions qu'il juge appropriées » et « à ce que tout accord intervenu entre la victime et l'auteur de l'infraction lors de la médiation dans les affaires pénales puisse être pris en compte »⁸¹.

Si le texte restait très évasif sur les fondements, les objectifs et les modalités de mise en œuvre de la médiation pénale, il ne paraissait pas, en tout état de cause, témoigner d'une approche fondamentalement différente de celle du Conseil de l'Europe dans sa Recommandation R (99). Dans les deux cas, l'accent mis sur les intérêts de la victime est évidemment important. La décision-cadre du 15 mars 2001 abordait la médiation pénale dans un texte consacré essentiellement au statut des victimes. Et parmi les objectifs cités dans la recommandation R (99), le premier est bien celui de la protection des victimes, avant la réparation du lien social⁸². La priorité ici encore mesurée, donnée à la victime, s'accroîtra

⁷⁵ Considérant Recommandation n° R (99) 19.

⁷⁶ A. GARAPON, D. SALAS, « Pour une nouvelle intelligence de la peine », *Esprit*, octobre 1995, pp. 145 et s.

⁷⁷ Exposé des motifs de la Recommandation n° R (99) pt 19.

⁷⁸ Décision-cadre du Conseil n° 2001/220/JAI.

⁷⁹ *Cf. infra*.

⁸⁰ Art. 1^{er}, *Définitions*.

⁸¹ Art. 10, *Médiation pénale dans le cadre de la procédure pénale*.

⁸² Mais il en va parfois de même dans les droits internes. Ainsi en France par exemple, le procureur de la République ne peut-il recourir à la médiation que s'il « apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits », étant précisé que depuis la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 complétée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, ces finalités ne sont plus cumulatives mais alternatives (article 41-1 du Code de procédure pénale).

nettement dans les textes ultérieurs. Ceux-ci témoignent d'un glissement « victimaire » de la médiation au niveau européen : l'évolution des textes souligne en effet surtout une méfiance à l'égard de la médiation pénale envisagée comme source potentielle de lésion des intérêts de la victime et le souci de se prémunir contre ce risque.

2. La dénaturation potentielle de la médiation pénale

Deux textes européens récents et postérieurs à ceux évoqués ci-dessus traitent, de manière incidente, de la médiation pénale : au sein du Conseil de l'Europe, la recommandation n° R (2006) 8 sur l'assistance des victimes et, dans le cadre de l'Union européenne, la directive du 25 octobre 2012 relative à la protection des victimes⁸³. Dans ces deux textes, la médiation est envisagée sous le seul prisme des intérêts de la victime qu'elle risque, potentiellement, de léser. La recommandation n° R (2006) 8 se contente ainsi de préciser, en matière de médiation pénale, que « l'intérêt des victimes devrait être considéré dans sa globalité et avec prudence au moment de la prise de décision d'une médiation ainsi que durant le processus de médiation. Il conviendrait de tenir dûment compte non seulement des bénéfices potentiels mais aussi des risques potentiels pour la victime »⁸⁴. Si le ton change, il faut toutefois convenir que cela n'est pas suffisant à remettre en cause le modèle défini par la Recommandation n° R (99) 19.

En droit de l'Union européenne, la donne est sensiblement différente. La directive du 25 octobre 2012 sur la protection des victimes, tout en portant sur bien d'autres aspects de la procédure pénale que la médiation pénale, est l'unique texte qui vient en définir les contours. La manière dont elle l'aborde est donc déterminante de l'avenir de la médiation pénale au sein de l'Union européenne. Il faut aussi garder présent à l'esprit que depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la marge de manœuvre des Etats s'est réduite : même en matière pénale, les Etats membres s'exposent désormais à un recours en manquement en cas de défaut de transposition ou de transposition incorrecte d'une directive⁸⁵. Tout converge donc pour que l'on accorde à la directive du 25 octobre 2012 une attention soutenue.

Si la décision-cadre du 15 novembre 2001 ne traitait, au titre des alternatives à la peine, que de la médiation, cette directive de 2012 qui la remplace vise, plus largement que la médiation, la justice réparatrice, qu'elle définit comme « tout processus permettant à la victime et à l'auteur de l'infraction de participer activement, s'ils y consentent librement, à la solution des difficultés résultant de l'infraction pénale, avec l'aide d'un tiers indépendant »⁸⁶. Trois modalités de justice réparatrice sont précisées : « la médiation entre la victime et l'auteur de l'infraction, la conférence en groupe familial et les cercles de détermination de la peine »⁸⁷.

⁸³ Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre du Conseil n° 2001/220/JAI.

⁸⁴ Art. 13.2 de la Recommandation n° R (2006) 8.

⁸⁵ Avec la disparition de la structure en piliers induite par le Traité de Lisbonne, les compétences de la Cour sont étendues à la matière pénale, qui n'était jusqu'alors soumise qu'à un contrôle juridictionnel limité. Désormais, une action en manquement peut être introduite relativement à des actes pris dans le cadre de l'espace de liberté, sécurité et justice (art. 258 s. TFUE). Par ailleurs, il faudrait également ajouter que le renvoi préjudiciel n'est plus limité comme il l'était aux Etats qui l'avaient accepté (art. 267 TFUE) et même le recours en annulation peut être envisagé puisqu'il est étendu à tous les actes adoptés par l'Union et ses organes dès lors qu'ils peuvent produire des effets juridiques à l'égard des tiers (art. 263 TFUE).

⁸⁶ Art. 2 « Définitions » de la directive du 25 novembre 2012 précitée.

⁸⁷ Considérant n° 46. Une certaine ambiguïté demeure quant au statut d'« alternative à la peine » de ces trois dispositifs de justice réparatrice. En effet, selon le stade du processus pénal auxquels ils sont envisagés,

A première vue, la directive, qui ne se limite pas à la seule médiation pénale, pourrait paraître plus ambitieuse que la décision-cadre de 2001 à laquelle elle se substitue. Pourtant le prisme à travers lequel sont abordées ces mesures de justice réparatrice conduit à infirmer l'hypothèse. En effet, l'article 12 de la directive affirme « le droit [pour la victime] à des garanties dans le contexte des services de justice réparatrice » et ce n'est que dans cette seule optique de protection de la victime que la question des dispositifs de justice réparatrice est abordée par le texte. Ainsi, plus précisément, l'alinéa 1^{er} de l'article 12 impose-t-il aux Etats de prendre « des mesures garantissant la protection de la victime contre une victimisation secondaire et répétée, des intimidations et des représailles, applicables en cas de recours à tout service de justice réparatrice ». Autrement dit, les mesures et les services de justice réparatrice, et en particulier la médiation pénale, ne sont envisagés que par le biais des risques qu'ils font encourir aux intérêts de la victime⁸⁸. Dans ces conditions, la médiation pénale n'est pas envisagée dans ses multiples fonctionnalités mais bien dans sa dimension de source potentielle de lésion des intérêts de la victime. Elle ne fait dès lors l'objet de la part de l'Union européenne que d'une attention biaisée et incidente qui la prive d'une rationalité propre.

Le modèle de la médiation ici dessiné n'entretient qu'un très lointain rapport avec le schéma encouragé dans la recommandation R (99) 19 du Conseil de l'Europe. En ce qui concerne le *fondement* de la médiation pénale d'abord, celui-ci réside dans la « solution des difficultés résultant de l'infraction pénale, avec l'aide d'un tiers indépendant »⁸⁹. La médiation pénale ne vise donc plus à résoudre un « problème » mais bien à répondre aux effets d'une « infraction pénale ». On passe ici, pour reprendre la distinction de R. Castel, de l'ordre des interactions à celui des déterminations⁹⁰, la définition de l'acte, le statut des positions d'auteur et de victime apparaissant comme des données plus figées et moins susceptibles de négociation. Quant aux *objectifs* poursuivis ensuite, ils accentuent ce glissement. En effet, « les services de justice réparatrice ne sont utilisés que dans l'intérêt de la victime »⁹¹, qu'il s'agisse de son intérêt matériel ou moral. En regard des finalités originaires de la médiation, l'appauvrissement est considérable : nulle mention n'est plus faite de l'auteur, de son amendement et de ses chances de reclassement ou de réhabilitation. De même disparaît l'ambition de contribuer à restaurer ou « retrecoter »⁹² le lien social brisé par l'acte. Enfin, l'accent mis sur la discussion entre les parties, leur participation personnelle et interactive à la résolution du conflit, est également gommé. Centrée exclusivement sur la satisfaction des intérêts de la victime, la médiation pénale de l'Union européenne n'est plus envisagée comme le symbole d'une justice de dialogue, d'échange et de connaissance réciproque. Elle peut difficilement être située dans son contexte originel de justice horizontale, dans lequel victime et délinquant - plaignant et mis en cause devrait-on plutôt écrire⁹³ - seraient placés sur un pied d'égalité comme acteurs

« conférence en groupe familial » et « cercles de détermination de la peine » notamment peuvent avoir le statut d'alternative à la peine ou de peine alternative.

⁸⁸ V. également considérant 46 : « Les services de justice réparatrice, tels que la médiation (...) peuvent être très profitables à la victime mais nécessitent la mise en place de garanties pour éviter qu'elle ne subisse une victimisation secondaire et répétée, des intimidations et des représailles ».

⁸⁹ Art. 2.1.d. « Définitions ».

⁹⁰ R. CASTEL, « L'application de la loi : l'ordre des interactions et l'ordre des déterminations » *op. cit.*

⁹¹ Art. 12.1.a.

⁹² C. LAZERGES, « Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle », *Revue de Sciences Criminelles*, 1997, n°1, p. 186.

⁹³ J. FAGET, « Les accommodements de la médiation pénale », *Revue de Sciences Criminelles*, 2009, n°4, p. 981.

de résolution du conflit⁹⁴. Si la médiation pénale, par son inscription dans le dispositif pénal, se situe déjà dans un équilibre précaire en regard de l'imaginaire de la médiation, son évolution victimaire ne fait ici que renforcer le déséquilibre.

3. Fondements et objectifs du droit européen dans le champ des alternatives à la peine

Au sein du Conseil de l'Europe, les motivations de la promotion de la médiation apparaissent relativement lisibles. L'harmonisation entreprise repose d'abord sur le constat du développement de différentes formes de médiation dans plusieurs Etats membres, qu'il convient d'encadrer au niveau européen - et donc d'harmoniser - afin que les principes essentiels en soient respectés. Ensuite, comme on a pu l'écrire, « Strasbourg n'aime pas la privation de liberté »⁹⁵ et l'harmonisation des règles relatives à la médiation s'inscrit également dans une politique de promotion des alternatives à la privation de liberté⁹⁶. Ainsi, « toutes les fois que cela est possible, la préférence doit être donnée à l'intérieur du système pénal aux mesures non institutionnelles sur les peines privatives de liberté dans un but à la fois d'humanisation et d'efficacité »⁹⁷. A cela, il faut sans doute ajouter une influence prégnante des cultures juridiques anglo-saxonnes traditionnellement plus ouvertes aux modes de « justice douce » ou de « justice informelle » que peuvent constituer les alternatives à la peine. Enfin, un souci gestionnaire sous la forme de considérations budgétaires n'est pas non plus étranger aux motivations européennes : « conçue comme une alternative aux procédures pénales traditionnelles, la médiation permet de limiter le recours aux peines d'emprisonnement et, par conséquent, de réduire les coûts du système pénitentiaire »⁹⁸.

En droit de l'Union européenne, il n'est pas certain, au regard de ce qui a été précédemment relevé que les alternatives à la peine, présentées comme porteuses de risques potentiels pour les intérêts des victimes, bénéficient d'une véritable politique de promotion⁹⁹. Ce constat appelle deux types de réflexions. La première conduit à s'interroger sur la compétence et la légitimité de l'Union à intervenir en ce domaine. La compétence pénale dont est dotée l'Union, en droit pénal de forme comme de fond, n'est pas une compétence générale, mais une compétence qui s'exerce dans des hypothèses limitativement énumérées¹⁰⁰, au titre

⁹⁴ A cet égard il n'est sans doute pas anodin que l'article 12 de la directive fasse référence au seul consentement de la victime, révoquant à tout moment, sans référence aucune à celui de l'auteur de l'infraction. Il faut lire l'article 2, qui définit les mesures de justice réparatrice, pour trouver une référence au consentement libre des deux parties et non plus de la seule victime.

⁹⁵ « alors que Bruxelles l'aime ou s'en accommode », ajoute l'auteur (P. ROTH, « Conseil de l'Europe et Union européenne : quel avenir pour la sanction pénale privative de liberté ? », Conférence donnée à Pisa, le 29 février 2008 lors du Congrès des Avocats démocrates européens : « *Il carcere in futuro* », disponible à l'adresse suivante : <http://www.unige.ch/droit/static/publications/roth/PISA-0208.pdf>).

⁹⁶ Sur le sujet, v. notamment P. PONCELA, P. ROTH, *La fabrique du droit des sanctions pénales au Conseil de l'Europe*, La documentation Française, 2006.

⁹⁷ IDEM, p. 56.

⁹⁸ Exposé des motifs de la Recommandation n° R (99) 19. En réalité, en droit interne, la médiation est davantage destinée à prendre le relais des classements sans suite que des poursuites, ce qui relativise l'objectif économique.

⁹⁹ Il faut d'ailleurs signaler à cet égard que ce contexte de méfiance paraît placer la directive du 25 octobre 2012 en retrait de la décision-cadre du 15 novembre 2001 qui prévoyait expressément que « chaque Etat veille à promouvoir la médiation dans les affaires pénales pour les infractions qu'il juge appropriées »⁹⁹. Désormais l'article 12 § 2 de la directive se contente de prévoir que « les Etats membres facilitent, le cas échéant, le renvoi des affaires aux services de justice réparatrice », ce qui ne paraît pas du même ordre.

¹⁰⁰ Art. 82.2. TFUE : « Dans la mesure où cela est nécessaire pour faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires, ainsi que la coopération policière et judiciaire dans les matières pénales ayant une dimension transfrontière, le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales. Ces règles minimales tiennent compte des différences entre les traditions et systèmes juridiques des Etats membres.

desquelles l'harmonisation des alternatives à la peine ne figure pas. La compétence européenne en la matière est donc nécessairement rattachée à un autre chef lequel, en l'état des traités¹⁰¹, ne peut résider que dans la nécessité de procéder à une harmonisation minimale des droits des victimes¹⁰², elle-même fondée sur la nécessité de favoriser la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. Si la justification est donc très indirecte¹⁰³, elle n'empêche toutefois pas de regretter que l'occasion n'ait pas été saisie de dessiner par ce biais un véritable cadre européen de la médiation pénale.

La seconde réflexion est plutôt un constat. Le courant victimologique sur lequel les alternatives à la peine prennent appui prête aussi le flan, au final, à une approche du droit pénal dans laquelle la meilleure réponse à la délinquance, pour la victime, résiderait dans le paradigme rétributif. Comme le montre la directive du 25 octobre 2012, asseoir la médiation pénale et, plus largement, les alternatives à la peine, sur la seule valorisation de l'intérêt des victimes¹⁰⁴, fragilise les alternatives à la peine en ouvrant la voie à l'idée que la victime « mérite mieux »¹⁰⁵.

Elles portent sur:

- a) l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres;
- b) les droits des personnes dans la procédure pénale;
- c) les droits des victimes de la criminalité.

¹⁰¹ Mais la liste peut être étendue par la suite : art. 82.2 d. : l'harmonisation pourra concerner « d'autres éléments spécifiques de la procédure pénale, que le Conseil aura identifiés préalablement par une décision; pour l'adoption de cette décision, le Conseil statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen. ».

¹⁰² Même si, dans l'absolu et en faisant fi de l'esprit de la médiation, on aurait pu choisir de rattacher la médiation à la protection des droits des personnes dans la procédure pénale.

¹⁰³ Et peut-être un peu fragile : la médiation pénale n'est pas une « décision judiciaire », mais sans doute faut-il entendre ce terme dans un sens particulièrement large.

¹⁰⁴ Sur les idéologies qui sous-tendent « les différentes facettes des politiques criminelles de valorisation des victimes qui s'esquissent actuellement en Europe », v. G. GAMBERINI, « Les politiques supranationales européennes ou l'âme ambiguë d'une harmonisation », in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, 2008, p. 159 et sv., spéc. p. 178.

¹⁰⁵ V. par exemple : E. DREYER, « La médiation pénale, objet juridique mal identifié », *JCP*, 2008, I, 131. « (...) quelle signification peut avoir une prétendue réponse pénale dénuée de tout caractère stigmatisant ? Cette justice qui n'impressionne pas le coupable peut-elle rassurer la victime ? La victime se sent-elle prise au sérieux lorsque, après avoir déposé plainte, elle se voit proposer une médiation par un procureur de la République ? Ne mérite-t-elle pas mieux que l'option entre un classement sans suite et une médiation ? Si l'auteur des faits reconnaît sa responsabilité et s'excuse, le système pénal, lui, ne reconnaît pas sa victime comme une victime pénale puisqu'il lui refuse un procès. Cette déception n'est-elle pas de nature à alimenter, elle-aussi, le sentiment d'amertume envers la justice pénale et à justifier les prétentions vindicatives sur lesquelles surfe la politique actuelle ? Ce sentiment d'être confronté à une justice pénale « qui n'en est pas une » exacerbe les réactions les plus régressives. Le désengagement de l'État perçu à travers le recours à ces collaborateurs extérieurs n'est-il pas une autre expression de cet abandon que redoutent les victimes ? Quel effet de catharsis la victime peut-elle tirer d'une médiation ? ».