

La médiation pénale : une réelle alternative ?

IXe Conférence du Forum mondial de médiation
Manoir Saint-Sauveur
17 mai 2017
Mylène Jaccoud
Université de Montréal

Synthèse de la communication¹

Introduction :

Au Canada et au Québec, la médiation en contexte pénal apparaît entre 1970 et 1980. De manière générale, deux présupposés sont systématiquement mis de l'avant tant par les praticiens que par les analystes de la médiation :

- Premier présupposé : le point d'origine de la médiation pénale se situerait dans les mouvements critiques à l'égard du système pénal ;
- Deuxième présupposé : la médiation pénale constituerait une alternative au système pénal.

L'objectif de cette communication est d'interroger ces présupposés, ce qui nécessite d'interroger le sens donné à la notion de critique mais aussi à celle d'alternative

Le sens donné à la notion de «critique»

Si l'on examine le contexte qui a propulsé le mouvement de la médiation en contexte pénal, il est indéniable de constater que la médiation prend place dans des mouvements que l'on peut qualifier de critiques.

En partant de l'analyse proposée par Jacques Faget (2010), mais en agençant son analyse un peu différemment, on peut identifier 4 mouvements critiques :

a- critique des institutions répressives : remise en question fondamentale du système de justice tant dans son fonctionnement que dans ses principes et valeurs; mouvement critique progressiste, de gauche qui va donner lieu à la promotion de la dépenalisation, décriminalisation, déjudiciarisation (pour certains délits) mais aussi à celle de solutions alternatives l'incarcération; critique à l'égard du modèle punitif et du système carcéral ;

b- critique du traitement réservé aux victimes par le système pénal. Mouvement qui va donner de l'impulsion au mouvement de la justice réparatrice. L'idée centrale de ce mouvement est de revendiquer un meilleur accompagnement des victimes. Au droit de punir on y joute le droit à la réparation (pour les victimes) et le devoir de réparer (pour les auteurs d'infractions) ;

c- critique du modèle réhabilitatif. Le célèbre «Nothing Work» de Martinson (1974) va ouvrir la voie à la quête d'alternatives au modèle de réhabilitation sans nécessairement remettre en cause le modèle punitif ;

d- critique du colonialisme : remise en question de l'imposition de systèmes de justice étatique aux Premières nations autochtones. Cette remise en question va avoir un double effet :

- celui de renforcer le fondement du premier mouvement critique (institutions répressives) en remettant en cause l'universalité du principe de punition par la mise en valeur de l'existence d'autres modalités de justice existant chez les peuples autochtones ;
- celui de développer une justice alternative pour les Premiers peuples (justice toutefois souvent subordonnée au système de droit étatique).

¹ Un article tiré de cette communication est en cours de préparation et sera soumis à la revue Champ pénal en décembre 2017.

La mise au jour de ces mouvements permet d'emblée de répondre à l'une de nos interrogations de départ (le sens donné à la notion de critique) : les mouvements critiques qui ont propulsé la médiation dans le champ pénal sont porteurs de fondements, de valeurs, de moyens et de finalités différentes.

À titre d'illustrations, la critique des institutions répressives s'oriente vers une finalité de substitution du modèle punitif par un modèle réparateur ou par celui de la résolution des conflits en mobilisant des processus différents de ceux du système pénal (notamment des processus communicationnels). En règle générale, on revendique le *faire autrement à l'extérieur* du système pénal.

La critique du traitement réservé aux victimes par le système pénal a, quant à elle, tendance à privilégier le renforcement de l'approche punitive tout en y juxtaposant une approche réparatrice (le plus souvent pour le bénéfice des victimes) par le recours à des processus du système pénal. Elle souscrit au principe de *faire de manière identique et différente à l'intérieur* du système pénal.

La critique du modèle réhabilitatif ne remet pas nécessairement en cause le modèle punitif. Elle débouche sur le principe d'un renouvellement de l'intervention réhabilitative par une approche réparatrice (un «traitement réparateur») en mobilisant les ressources conventionnelles du système pénal. A l'instar de la critique précédent, elle propose de *faire de manière identique et différente à l'intérieur* du système pénal.

La critique du colonialisme s'oriente vers un renouvellement des pratiques par l'inclusion de pratiques réparatrices, de guérison et de résolution des conflits en revendiquant une autonomie par rapport au système pénal étatique. Elle souscrit au principe du *faire autrement et à l'extérieur du système pénal*.

L'alternativité naissante dans ces mouvements est donc, dès le départ, diversifiée et porteuse de multiples sens et fonctionnalités

De plus, on occulte souvent que la médiation pénale n'est pas uniquement le produit de ces mouvements critiques : vont s'immiscer dans ces mouvements critiques, et ce dès le départ (années 70') des considérations qui seront au cœur des réformes néo-libérales de la justice pénale des années 1980/1990. La promotion d'une justice alternative est en effet fondée sur des considérations pragmatiques et structurelles : les alternatives sont aussi proposées comme réponse aux problèmes d'engorgement des tribunaux et de la surpopulation carcérale. Les fondements néo-libéraux de la justice alternative seront omniprésents à partir des années 1980 (responsabilisation des protagonistes, gestion efficiente).

Le sens donné à la notion d'«alternative»

L'alternativité est associée au registre des pratiques ou de systèmes de pensée dits «autres» et «différents». La médiation pénale est, dans ce sens, systématiquement présentée comme une alternative. En quoi ou par rapport à quoi la médiation pénale serait-elle «autre» ou «différente» ? L'alternativité de la médiation pénale est souvent réduite aux moyens que celle-ci préconise (ce serait une «autre manière de faire», communicationnelle par opposition aux moyens contradictoires mis en scène par le système pénal) ou réduites aux effets et aux finalités dont elle serait porteuse (réparateurs, guérisseurs, ré-conciliatoires, de résolution).

Or, l'alternativité s'avère plus complexe. Le cadre d'analyse et de modélisation de l'alternativité dans le champ pénal que je propose est construit non pas à partir des deux composantes précédentes (les moyens et les finalités) mais des six suivantes :

- 1) Conception de l'acte/situation
- 2) Processus/moyens
- 3) Finalités
- 4) Lieux
- 5) Rôle/place des protagonistes
- 6) Posture du tiers

Tableau 1 : modélisation de l’alternativité en matière de justice pénale

	OPTIONS			
1) CONCEPTION SITUATION/ACTE	CONFLIT CONSÉQUENCES	TRANSGRESSION	MIXTE	
2) PROCESSUS/MOYENS	DIALOGUE	CONTRADICTOIRE	MIXTE	
3) FINALITÉS	RÉPARATION RÉSOLUTION RÉ-CONCILIATION	PUNITION	ÉDUCATION	TRAITEMENT GUÉRISON
4) LIEUX	EXTERNE	INTERNE	MIXTE	
5) RÔLE/PLACE DES PROTAGONISTES	ACTIF	PASSIF	MIXTE	
6) RÔLE/PLACE DU TIERS	FACILITATEUR MÉDIATEUR	JUGE ARBITRE		

Dans notre modélisation, l’option du système pénal consiste à :

- concevoir la conduite incriminée comme une transgression (*conception de l’acte*)
- mettre en place des processus contradictoires pour gérer cette transgression (*processus/moyens*)
- entrevoir la punition comme finalités des processus (*finalités*)
- agir au sein même du système (*lieux*)
- considérer les protagonistes comme occupant un rôle passif (*rôle des protagonistes*)
- faire intervenir un tiers décisionnel – juge ou arbitre (*posture du tiers*)

D’autres options ou «*alternatives*» sont envisageables pour chaque composante de la prise en charge des conduites incriminées : un acte peut être conçu comme porteur de conséquence, pris en charge par un processus de dialogue dans lequel les protagonistes jouent un rôle actif et qui a pour finalité la résolution du conflit, avec l’accompagnement d’un tiers non décisionnel qui œuvre à l’extérieur du système pénal.

Appliquée à l’analyse de diverses pratiques dites alternatives, notre modélisation tend à démontrer que le sens de l’alternativité fluctue d’une pratique à l’autre. Elle ouvre la voie également à une meilleure compréhension du rapport que ces pratiques alternatives entretiennent avec le système pénal.

Par exemple², les cercles de sentence et certains cercles de guérison autochtones ([voir tableau 2](#)) envisagent l’acte de manière mixte (transgression et porteur de conséquences), utilisent à la fois un processus de dialogue (à l’étape de la consultation des participants au cercle) et un processus contradictoire (à l’étape de la détermination de la sentence, étape au cours de laquelle le juge se fonde sur les recommandations du cercle de dialogue tout en ordonnant une mesure ou une sentence). Les finalités de telles pratiques sont donc autant

² Nous nous contentons d’illustrer notre propos par quelques exemples non exhaustifs de l’ensemble des initiatives qui s’apparentent à des processus de médiation au Québec.

réparatrices, punitives que curatives (guérison) et le rôle des protagonistes s'avère mixte (actif/passif) puisque les tiers intervenants sont à la fois des facilitateurs que des juges.

Tableau 2 : l'alternativité et les cercles de guérison et de sentence en contexte autochtone

CERCLES DE GUÉRISON/SENTENCES AUTOCHTONES	OPTIONS		
1) CONCEPTION SITUATION/ACTE	CONFLIT CONSÉQUENCES	TRANSGRESSION	MIXTE
2) PROCESSUS/MOYENS	DIALOGUE	CONTRADICTOIRE	MIXTE
3) FINALITÉS	RÉPARATION RÉSOLUTION RÉ-CONCILIATION	PUNITION	ÉDUCATION TRAITEMENT GUÉRISON
4) LIEUX	EXTERNE	INTERNE	MIXTE
5) RÔLE/PLACE DES PROTAGONISTES	ACTIF	PASSIF	MIXTE
6) POSTURE DU TIERS	FACILITATEUR MÉDIATEUR	JUGE ARBITRE	

Certains cercles en contexte autochtones sont différents du schéma précédent comme on peut le visualiser dans [le tableau 3](#) :

Tableau 3 : l'alternativité et les cercles de guérison en contexte autochtone

CERCLES DE GUÉRISON AUTOCHTONES	OPTIONS		
1) CONCEPTION SITUATION/ACTE	CONFLIT CONSÉQUENCES	TRANSGRESSION	MIXTE
2) PROCESSUS/MOYENS	DIALOGUE	CONTRADICTOIRE	MIXTE
3) FINALITÉS	RÉPARATION RÉSOLUTION RÉ-CONCILIATION	PUNITION	ÉDUCATION TRAITEMENT GUÉRISON
4) LIEUX	EXTERNE	INTERNE	MIXTE
5) RÔLE/PLACE DES PROTAGONISTES	ACTIF	PASSIF	MIXTE
6) POSTURE DU TIERS	FACILITATEUR MÉDIATEUR	JUGE ARBITRE	

La médiation pénale, utilisée dans le système de justice pénale pour adolescents (tableau 4) se rapproche d'une alternativité de certains cercles de guérison (tableau 3), en adoptant toutefois un prisme éducatif mais aussi plus inséré dans l'institution pénale puisque l'acte est à la fois construit comme une transgression (construction élaborée par le système de justice et socioprotectionnel) mais aussi comme une conduite porteuse de conséquences qu'il convient de réparer.

Tableau 4 : l'alternativité et la médiation pénale en justice des mineurs

MÉDIATION PÉNALE EN JUSTICE DES MINEURS	OPTIONS		
1) CONCEPTION SITUATION/ACTE	CONFLIT CONSÉQUENCES	TRANSGRESSION	MIXTE
2) PROCESSUS/MOYENS	DIALOGUE	CONTRADICTOIRE	MIXTE
3) FINALITÉS	RÉPARATION RÉSOLUTION RÉ-CONCILIATION	PUNITION	ÉDUCATION TRAITEMENT GUÉRISON
4) LIEUX	EXTERNE	INTERNE	MIXTE
5) RÔLE/PLACE DES PROTAGONISTES	ACTIF	PASSIF	MIXTE
6) POSTURE DU TIERS	FACILITATEUR MÉDIATEUR	JUGE ARBITRE	

Conclusion

Force est de conclure que le sens attribué à l'alternativité n'est pas monolithique dans le champ pénal et que la fonction critique qui lui a été assignée dans les années 1970 s'est diluée. Dans les années 70, les alternatives ont été envisagées comme des initiatives qui avaient pour vocation de se substituer au système pénal. Dit simplement, il s'agissait de faire autrement et ailleurs que dans le système pénal. En revanche, ces alternatives ne sont, de toute évidence, jamais parvenues à se substituer au pénal. C'est à partir de cette observation que certains experts (dont Stanley Cohen) ont soulevé le problème d'extension du filet pénal par des alternatives qui, à défaut de contribuer à jouer leur rôle de filet de rétention, ont plutôt élargi le spectre d'action du contrôle social en captant des situations (mineures) qui n'auraient pas, en leur absence, été retenues dans le système pénal.

Si cette fonction substitutive n'a pas été assumée par les alternatives, on peut ajouter ces dernières se sont constituées en mesures alternatives complémentaires au système pénal, une complémentarité qui s'exerce aussi bien à l'extérieur qu'à l'intérieur du système pénal. Autrement dit, on fait autrement et ailleurs sans conséquence sur le flux géré par le système pénal (complémentarité externe) tout comme parallèlement on fait autrement à l'intérieur du système pénal (complémentarité interne).

Références :

Faget, Jacques (2010). Le développement de la médiation, dans J. Faget, Médiations, les ateliers silencieux de la démocratie : 51-83, Trajets, Érès, France.

Martinson, Robert (1974). What works? - questions and answers about prison reform. The Public Interest: 22-54