

Florence Pastore\* et Birgit Sambeth Glasner\*\*

## Réflexions sur la médiabilité

**Mots-clés:** Médiation, médiation pénale, médiation administrative, médiabilité

### I. Introduction

Existe-t-il des limites à la médiabilité?

En d'autres termes, est-il possible de tout médier?

Les modes alternatifs de règlement des différends ont le vent en poupe. En effet, comme l'a proclamé le Conseil fédéral,

«l'action judiciaire doit être l'ultime moyen de pacifier une situation litigieuse. Le règlement à l'amiable a donc la priorité, non pas parce qu'il allège d'autant les tribunaux mais parce qu'en général, les solutions transactionnelles sont plus durables et subséquemment plus économiques du fait qu'elles peuvent tenir compte d'éléments qu'un tribunal ne pourrait retenir».<sup>1</sup>

A l'évidence, une prise de conscience et un changement de paradigme salutaires sont en route: le combat judiciaire est dorénavant conçu comme l'*ultima ratio*, afin de privilégier la prévention, la gestion et la résolution efficaces des conflits, et la médiation constitue l'un de ces modes de règlements amiables<sup>2</sup>.

De manière synthétique, elle peut être présentée comme un processus de traitement négocié des conflits<sup>3</sup> prenant en compte de nombreux éléments sous-jacents et nécessaires à la compréhension du différend par chacune des parties, tels que, notamment, le vécu, les préoccupations, les malentendus, les perceptions, les sentiments, les craintes, les émotions, les intérêts, les besoins et les valeurs<sup>4</sup>. Il s'agit d'une méthode par laquelle un tiers impartial et indépendant, le médiateur, offre aux personnes en conflit l'occasion de se rencontrer pour négocier un accord avec son aide.<sup>5</sup>

\* DEA en droit international privé, Avocate, Etude ALTENBURGER LTD legal + tax à Genève ([www.altenburger.ch](http://www.altenburger.ch)) [pastore@altenburger.ch](mailto:pastore@altenburger.ch).

\*\* LL.M., Avocate et médiatrice FSA, associée de l'Etude ALTENBURGER LTD legal + tax à Genève ([www.altenburger.ch](http://www.altenburger.ch)), membre du Conseil de l'Ordre des Avocats de Genève dont elle préside la Commission ADR. Médiatrice accréditée CEDR, CSMC et CMAP, assermentée (civil et pénal) par le Conseil d'Etat de Genève.

Elue à la Commission de préavis du Conseil d'Etat, Vice-présidente de la Chambre Suisse de Médiation Commerciale, Section romande ([www.csmc.ch](http://www.csmc.ch)), ainsi que l'une des membres du Comité Médiation de la FSA et du IBA Mediation Committee dont elle préside la sous-commission «Combined and ad-hoc ADR processes». [sambeth.glasner@altenburger.ch](mailto:sambeth.glasner@altenburger.ch).

1 FF 2006 6860.

2 Il existe de nombreuses définitions de la médiation, dont celle adoptée en 2007 par les Chambres suisses de commerce et qui offre l'une des plus récentes définitions en matière de médiation institutionnelle <https://www.sccam.org/smlfr/rules.php>

3 ANNE-CATHERINE SALBERG/BIRGIT SAMBETH GLASNER, La médiation, in: La gestion des conflits, Manuel pour les Praticiens, Cedidac, Lausanne 2008, p. 67.

4 FLORENCE PASTORE/BIRGIT SAMBETH GLASNER, La médiation civile dans le Code de procédure civile unifié, Revue de l'Avocat 8/2010, p. 327, 330.

5 SALBERG/GLASNER (note 3).

En ce qu'elle favorise la poursuite des relations personnelles, sociales et économiques, par l'émergence d'une solution sur mesure façonnée par les parties elles-mêmes, la médiation participe d'un processus dynamique et résolument orienté vers l'avenir.

Elle est pratiquée dans une multitude de domaines et l'on dénombre, parmi ses principaux champs d'application, la médiation familiale, commerciale, en entreprise, dans les relations de travail, environnementale, administrative, dans le domaine de la santé, scolaire, du voisinage, pénale, interculturelle et internationale.

Un processus de médiation peut intervenir tant en dehors de toute procédure judiciaire existante qu'à l'occasion ou en marge d'une procédure pendante ou sur le point d'être introduite devant les tribunaux. Dans toutes ces hypothèses, l'accord de médiation peut être amené à être homologué par un magistrat pour lui conférer la force de chose jugée. Il appert ainsi qu'à différents stades, des liens peuvent exister entre un processus de médiation et la procédure judiciaire.

Durant la dernière décennie, la médiation, et en particulier son articulation avec la procédure judiciaire, a été intégrée dans des législations ou des expériences cantonales puis dans des lois fédérales. En effet, à l'instar notamment de Genève, Fribourg, Neuchâtel, Saint-Gall, Zurich ou Vaud, plusieurs cantons l'ont introduite dans leurs lois de procédure ou ont mené des expériences pilotes. La médiation a ensuite fait son entrée dans les principales lois fédérales générales régissant la procédure dans les domaines traditionnels du droit: elle est ainsi consacrée par le code de procédure civile unifié<sup>6</sup>, le droit pénal des mineurs<sup>7</sup> et la loi fédérale sur la procédure administrative<sup>8</sup> notamment. S'agissant plus particulièrement de la procédure pénale des adultes, une lecture transversale du Code de procédure pénal unifié<sup>9</sup> et de la partie générale du Code pénal<sup>10</sup> permet de mettre en évidence le cadre dans lequel la médiation pénale peut s'exercer dans ce domaine.

Existe-t-il des limites à la médiabilité? En d'autres termes, est-il possible de toute médier?

*Prima facie*, il est tentant de répondre par l'affirmative: l'accord trouvé en médiation est en fin de compte un contrat entre les parties concernées, sujet à leur autonomie dans le cadre circonscrit par les articles 19 et 20 CO. Cependant, plusieurs limites subjectives, objectives, éthiques ou légales s'imposent.

6 CPC, RO 2010 1739, <http://www.admin.ch/ch/ff/ias/2010/1739.pdf>

7 PPMIn, RO 2010 1573. <http://www.admin.ch/ch/ff/ias/2010/1573.pdf>

8 PA, RO 172.021, <http://www.admin.ch/ch/ff/lrs/1/172.021.fr.pdf>

9 CPP, RO 2010 1881 <http://www.admin.ch/ch/ff/ias/2010/1881.pdf>

10 CP, RO 311.0 <http://www.admin.ch/ch/ff/lrs/3/311.0.fr.pdf>

Elles sont établies, en amont, par le médiateur qui assiste les parties en vue de trouver un accord, et, en aval, par le juge chargé, le cas échéant, de l'homologation et/ou de l'exécution de l'accord conclu.

La présente contribution vise à tracer les contours de la *médiabilité* en examinant l'utilisation de la médiation dans deux domaines spécifiques, moins connus pour être médiables, soit la médiation administrative et la médiation pénale.

Son propos n'est pas d'explorer de manière exhaustive tous les champs possibles de la médiation, mais de dégager des principes et d'ouvrir des pistes de réflexions.

## II. La médiation administrative

Le processus et le contentieux administratifs se distinguent de plusieurs manières des rapports juridiques entre particuliers et des conflits qui peuvent exister entre eux.

Tout d'abord, l'une des parties, l'Administration, jouit d'une position de force par rapport à l'autre dans la mesure où elle est investie de la puissance publique. Il existe donc, intrinsèquement, une certaine inégalité des armes. Ensuite, l'Administration est liée par le principe de la légalité: son activité est régie par la loi et ses actes ne sont valables que s'ils reposent sur une base légale<sup>11</sup>. Enfin, le contentieux administratif est susceptible de s'étendre à une multitude d'acteurs en fonction des intérêts publics en jeu (par exemple, dans les domaines de l'aménagement du territoire, de la protection de l'environnement ou des marchés publics).

De tout temps, dans les limites du principe de la légalité, le règlement consensuel des conflits a été pratiqué de manière informelle dans les relations entre l'administration et les administrés et ce, sous forme de négociation, de conciliation, voire de médiation confiée à un tiers externe<sup>12</sup>. Cependant, dans les domaines où la loi prescrit l'aboutissement de la procédure par une décision de l'administration, un accord éventuellement intervenu au préalable peut difficilement se substituer à celle-ci.

En 2001, à l'occasion de la réforme de l'organisation judiciaire au niveau fédéral, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a proposé d'intégrer la médiation administrative dans la loi fédérale de procédure administrative (PA). Cette proposition reçut un écho positif et a abouti à l'introduction, dans la PA, de deux dispositions, entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007, et ce par le biais du chiffre 10 de l'annexe à la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral<sup>13</sup>.

D'une part, l'article 33b PA («Accord amiable et médiation») tend à circonscrire le cadre minimum nécessaire à un règlement consensuel des conflits et à la prise en compte d'un accord éventuel, dans les rapports avec les autorités fédérales. D'autre part, l'article 16bis PA consacre le principe de la confidentialité au

moyen de la possibilité laissée au médiateur de refuser de témoigner.

### Art. 33b Hter. Accord amiable et médiation

- 1 *L'autorité peut suspendre la procédure, avec le consentement des parties, afin de permettre à celles-ci de se mettre d'accord sur le contenu de la décision. L'accord doit inclure une clause de renonciation des parties aux voies de droit ainsi qu'une clause réglant le partage des frais.*
- 2 *Afin de favoriser la conclusion d'un accord, l'autorité peut désigner comme médiateur une personne physique neutre et expérimentée.*
- 3 *Le médiateur est soumis uniquement à la loi et au mandat de l'autorité. Il peut administrer des preuves; il ne peut procéder à une inspection locale, demander une expertise ou entendre des témoins qu'après y avoir été habilité par l'autorité.*
- 4 *L'autorité fait de l'accord le contenu de sa décision, sauf si l'accord comporte un vice au sens de l'art. 49.*
- 5 *Si les parties parviennent à un accord, l'autorité ne prélève pas de frais de procédure. Si elles n'y parviennent pas, l'autorité peut renoncer à leur imposer des débours pour la médiation pour autant que les intérêts en cause le justifient.*
- 6 *Chaque partie peut en tout temps demander la reprise de la procédure.*

A sa lecture, l'on constate que, par la recherche d'un équilibre entre les intérêts publics et privés en jeu, cet article règle l'articulation entre la procédure administrative et le processus de médiation, de son initiation à son aboutissement. Par respect du principe de la légalité, l'autonomie dont jouissent les parties et leur autorité sont contrebalancées par des dispositions impératives encadrant le processus de médiation.

L'engagement dans le processus requiert l'accord de toutes les parties (al. 1) qui peuvent en tout temps demander la reprise de la procédure (al. 6). En revanche, la décision, en opportunité, de la suspension de la procédure, corollaire nécessaire à la recherche d'une solution amiable, relève de la seule appréciation de l'autorité (al. 1). Celle-ci a ainsi la maîtrise initiale de l'enclenchement du processus dans un strict respect du principe de la légalité.

Dans la mesure où elle revoit le contenu de l'accord avec un vaste pouvoir d'examen, l'autorité a également un contrôle, a posteriori, sur l'aboutissement du processus. Ce contrôle porte tant sur la violation du droit fédéral que la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ou l'inopportunité (al. 4). En d'autres termes, ce large pouvoir permet d'assurer non seulement le respect du principe de la légalité mais également la conformité de l'accord avec les intérêts publics en jeu<sup>14</sup>.

On relèvera enfin que le médiateur est placé sous l'étroite surveillance de l'autorité. En effet, il est soumis non seulement à la loi mais aussi au mandat de l'autorité (al. 3). Quand bien même il peut administrer des preuves – ce qui est généralement inusuel en matière de médiation –, l'accomplissement de divers

11 CHRISTINE GUY-ECABERT, la juridicisation du règlement amiable des conflits administratifs en droit fédéral, *LeGes* 2005 (2), p. 97.

12 GUY-ECABERT (note 11).

13 RS 173.32.

14 GUY-ECABERT (note 11), p. 108.

actes de procédure par le médiateur est soumis à autorisation préalable.

Enfin, le secret de la médiation est partiellement protégé par l'article 16 al. 1 bis PA dans la mesure où il permet au médiateur de refuser de témoigner sur les faits dont il a eu connaissance dans le cadre de l'activité qui lui a été confiée en vertu de l'article 33 b PA:

**Art. 16 Droit de refuser le témoignage**

1 bis

*Le médiateur peut refuser de témoigner sur des faits dont il a eu connaissance dans le cadre de l'activité qui lui est confiée en vertu de l'art. 33 b.*

La présente disposition est une importante concession au principe selon lequel il est généralement fait interdiction au médiateur de témoigner. La raison d'être de cette possibilité résiderait dans le délicat exercice de pondération entre intérêt public et intérêt privé dans le cadre de conflits administratifs, où des exigences de transparence pourraient exceptionnellement justifier que le médiateur doive décider de témoigner.<sup>15</sup>

Afin que la solution trouvée par les parties demeure dans le cadre défini par la loi et respecte le principe de la légalité, le recours à un processus de médiation et la recherche de solutions consensuelles ne peut avoir lieu que dans des domaines où l'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation ou dans ceux nécessitant la prise en compte et la coordination de nombreux intérêts.

Ainsi, une médiation sera préconisée lorsque l'intérêt d'une solution souple appréhendant l'ensemble d'une problématique d'un point de vue non exclusivement juridique l'emporte sur le besoin de prévisibilité absolue d'une décision formelle. L'on pensera par exemple aux vastes projets de construction ayant un important impact sur l'environnement et touchant de nombreuses personnes. Les domaines n'offrant aucune marge de manœuvre à l'autorité, à l'instar de celui de l'asile ou du droit des étrangers, semblent ne pouvoir se prêter que difficilement à cet exercice.

### III. La médiation pénale

Dans sa conception classique, le droit pénal, et en particulier celui des sanctions, remplit une fonction de prévention: il cherche à détourner l'auteur de l'infraction de la récidive (prévention spéciale), à prévenir le passage à l'acte chez tout contrevenant potentiel (prévention générale) et, plus largement, à maintenir l'ordre public en protégeant la société de la transgression d'interdits fondamentaux. Il s'agit d'une forme rétributive de la justice tendant au rétablissement de l'ordre par l'imposition d'une peine proportionnée.

Dans le cadre d'une réflexion globale sur la justice pénale, initiée depuis la fin des années 70, essentiellement aux Etats-Unis, a germé l'idée d'employer la médiation dans le domaine pénal. Au système classique d'une justice rétributive, punitive et réhabilitative est opposé un système de justice restaurative, met-

tant l'accent sur les parties plutôt que sur l'acte commis. L'infraction est appréhendée en tant qu'atteinte aux personnes et aux relations et non réduite à la transgression d'une règle. La victime se voit restituer une place dans le procès pénal, laquelle avait été passablement occultée en faveur de l'Etat.

Ainsi, la mise en place d'un processus de médiation dans une problématique pénale permet d'offrir à ses protagonistes un espace et un temps de réflexion: d'une part, elle permet de renforcer, chez le délinquant, le sens des responsabilités et la prise de conscience tout en lui offrant des occasions concrètes de s'amender, d'autre part, elle offre à la victime l'opportunité d'exprimer ce qu'elle ressent et de recevoir des explications et des excuses de la part du délinquant. L'accord de médiation contient fréquemment l'engagement de la part du délinquant de ne plus récidiver. Dès lors, la fonction de prévention spéciale du droit des sanctions classique est également atteinte ce biais.

Une approche systématique du Code pénal et du Code de procédure pénale unifié permet de mettre en évidence le cadre nécessaire à la pratique de la médiation en matière pénale: de l'envoi en médiation par le Ministère public et la suspension de la procédure jusqu'à la prise en compte de l'accord de médiation, et ce pour des infractions poursuivies sur plainte comme d'office.<sup>16</sup>

Pour les infractions poursuivies sur plainte, l'article 316 al. 1 CPP permet au Ministère public de citer les parties à une audience dans le but d'aboutir à un arrangement à l'amiable. Par extension, il est tout à fait loisible au Ministère public de proposer aux parties d'entamer un processus de médiation.

De plus, s'agissant des infractions poursuivies sur plainte comme d'office, l'alinéa 2 de la même disposition permet au Ministère public de citer les parties à une audience dans le but d'aboutir à une réparation, si une exemption de peine au titre de réparation au sens de l'article 53 CP est envisageable<sup>17</sup>. A cet égard, le Conseil fédéral a expressément précisé que la notion de réparation au sens de cet article comprend

«non seulement les efforts que l'auteur a accomplis de son plein chef, mais aussi ceux qu'il a entrepris à l'instigation d'une autre personne, par exemple, de la victime, d'un médiateur, d'un avocat ou de la police».<sup>18</sup>

Dans ce contexte également, le Ministère public est libre de proposer aux parties d'entamer un processus de médiation.

Durant celui-ci, la procédure peut être suspendue en application de l'article 314 CPP, dans la mesure où les motifs de suspension énumérés par cette disposition ne sont pas exhaustifs.

16 FLORENCE PASTORE/BIRGIT SAMBETH GLASNER, La médiation en matière pénale pour les adultes à l'ère du code de procédure pénale unifié, AJP/PJA 6/2010, p. 747.

17 Article 53 CP.

L'autorité compétente peut renoncer à poursuivre, renvoyer devant le juge ou infliger une peine à l'auteur qui a réparé le dommage ou qui a accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé.

18 FF 1999 1873.

15 CHRISTINE GUY-ECABERT (note 11), p. 110.

Si le processus de médiation aboutit, le Ministère public peut, voire doit, prendre en compte ce résultat en classant la procédure conformément à l'article 319 al. 1 lit d et e CPP. Pour les infractions poursuivies sur plainte, la procédure devra obligatoirement être classée par le Ministère public (article 319 al. 1 lit d CPP) dès lors que l'accord de médiation comprendra l'obligation pour le plaignant de retirer sa plainte.

S'agissant des autres infractions, le Ministère public pourra également tenir compte du résultat positif d'un processus de médiation en classant la procédure en application de l'article 319 al. 1 lit e CPP. En effet, un classement intervient lorsqu'il peut être renoncé à toute poursuite ou à toute sanction en vertu de dispositions légales. Les cas visés sont notamment ceux d'exemption de peine au sens des articles 52, 53 et 54 CP auxquels renvoie l'article 8 CPP<sup>19</sup>.

Quand bien même la médiation en matière pénale et la poursuite pénale classique connaissent une proximité d'objectifs, en ce qu'elles tendent, d'une part, à la prise en compte, la reconnaissance et la réparation de l'atteinte aux intérêts de la victime et, d'autre part, à la prise de conscience chez l'auteur<sup>20</sup>, le but de prévention générale est quant à lui difficilement atteint, en raison de la confidentialité qui entoure l'accord de médiation.

Dès lors, la médiation ne se prête généralement pas à un certain type d'infractions, d'auteurs ou d'antécédents, pour lesquels la sanction infligée sert la prévention et le maintien de l'ordre public, de même que dans des domaines sensibles où intérêt et ordre publics commandent le prononcé d'une sanction ou d'une mesure. Ainsi et quand bien même des médiations ont non seulement lieu dans ces contextes difficiles mais aboutissent à des résultats satisfaisants pour les deux parties, il semble a priori difficilement concevable, éthiquement, socialement et émotionnellement, de médier des situations de harcèlement

19 *CPP Art 8 Renonciation à toute poursuite pénale* al. 1 Le ministère public et les tribunaux renoncent à toute poursuite pénale lorsque le droit fédéral le prévoit, notamment lorsque les conditions visées aux articles 52, 53 et 54 CP sont remplies.

20 PASTORE/GLASNER (note 17), p. 747.

sexuel, d'infractions volontaires contre la vie, et contre l'intégrité, notamment sexuelle. Ceci est particulièrement vrai dans toutes les affaires dans lesquelles l'un des protagonistes est sous la sphère d'influence de l'autre, lequel utilise cette situation à mauvais escient.

#### IV. «To mediate or not to mediate»?

A l'examen de son usage dans le cadre de différends d'ordre administratif ou pénal, il appert qu'une médiation est généralement possible, même dans ces domaines particuliers.

Les limites au processus sont fixées par les dispositions impératives de la loi et le respect de l'ordre public, d'une part, et par la subtile pondération entre intérêts publics et intérêt privés, d'autre part. De plus, l'opportunité d'un processus amiable de règlement d'un différend sera fonction du but poursuivi par la procédure légale: justice restaurative ou rétributive?

Enfin, une considération particulière sera portée sur le besoin, ou non, d'un précédent et une pesée sera faite entre la nécessaire prévisibilité d'une décision suivant un procédure rigide et la flexibilité d'un processus permettant des solutions créatives.

A l'intérieur de ces limites, et de celles posées par l'éthique, la morale et les règles de déontologie du médiateur, absolument tout est médiable, à condition de le vouloir.

Cette limitation subjective existe dans tous les domaines. Et elle relève, pour beaucoup, de la méconnaissance du processus et de la peur de perte de pouvoir, de monopole ou d'autonomie. Il est primordial de vaincre ces réticences, par une compréhension adéquate des opportunités précieuses offertes par la médiation en termes d'intérêts, d'efficacité, de temps, de coûts et de sauvegarde de relations.

Ainsi, il serait certainement utile que, face à tout différend, les protagonistes de tous bords se posent la question fondamentale suivante: «Pouvons-nous nous permettre de ne pas médier?» ■

## Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter

**Eligens electi conditionem scire praesumitur.** Es wird davon ausgegangen, dass der Wähler die Eigenschaften des Gewählten kennt. Eine Wahl kann nicht wegen Irrtums über Eigenschaften des Gewählten angefochten werden.

**Ne eat iudex ultra petita partium.** Der Richter soll nicht über die Anträge der Parteien hinausgehen.

**Non refert an quis assensum praefert verbis an rebus et factis.** Es ist unerheblich, ob jemand seine Zustimmung in Worten vorträgt oder durch Leistungen und Taten. Schlüssiges Verhalten genügt für eine Willenserklärung.

**Non sunt neganda clara propter quaedam obscura.** Einzelner dunkler Punkte wegen darf Erwiesenes nicht vom Tisch gewischt werden.

**Nullum crimen sine poena.** Kein Verbrechen ohne Strafe. Alle Verbrechen müssen gesühnt werden; die Gerichte dürfen niemand, der sich als Verbrecher erweist, straffrei ausgehen lassen. Andere Bedeutung: Was nicht mit Strafe bedroht ist, darf nicht «Verbrechen» genannt werden.

**Currit tempus contra desides et sui juris contentores.** Fristen laufen gegen Träge und ihr Recht nicht Achtende. Grobe Wendung des Vorigen.

**Currit tempus a tempore scientiae et potentiae.** Eine Frist läuft vom Zeitpunkt der Kenntnis und der Fähigkeit an. Fristen laufen nicht, solange der Betroffene sie nicht kennt oder aus anderen Gründen nicht wahrnehmen kann. Damasus, Regulae canonicae 58.

Fortsetzung auf Seite 433