

Vanessa De Greef – 17/01/2008
E-mail: vanessadegreef@gmail.com

La médiation pénale belge, une potentielle médiation qui déclenche du sens et qui pourrait éveiller une dimension collective enfouie

(article rédigé dans le cadre du séminaire d'Anthropologie du Droit du Professeur C. Eberhard lors du Master en formation à la recherche en Théorie du Droit à l'Académie Européenne en Théorie du Droit à Bruxelles)

“Dans le combat entre toi et le monde, seconde le monde”
Kafka

Introduction

La médiation pénale est un phénomène qui interpelle en soi. Elle illustre que nous ne pouvons fondamentalement accepter que la réalité soit décrite de façon binaire et que cette dernière est bien plus complexe que nous voulons parfois la penser voire la décrire. Une approche anthropologique de la médiation pénale nous permet de réaliser à quel point cette notion qui s'inscrit dans un cadre obscur et en pleine évolution est terriblement complexe. Nous allons devoir prendre une photographie du phénomène mais il ne faudrait pas par après maintenir celui-ci sous cet arrêt sur image.

Afin d'entreprendre une démarche plus dialogale – même si elle ne fut pas pleinement réalisable ici notamment à cause d'un manque de temps - , nous avons voulu nous rapprocher du terrain pour éviter des réflexions trop intellectualisantes. De façon très brève, nous avons rencontré un médiateur pénal qui relève du service public fédéral belge¹. Cette rencontre nous aura permis de confronter ses propos avec certains des écrits que nous avons lus.

Nous commencerons par présenter un niveau “macro” de la médiation pénale (I) permettant de découvrir l'existence de différents archétypes et de nous initier à l'altérité et la complexité des systèmes juridiques. Ensuite, nous approcherons dans une seconde partie (II) le concept de “médiation pénale” et plus précisément de “médiation pénale belge” en le recadrant dans son univers occidental. Ceci nous initiera aux équivalents homéomorphes de Panikkar et nous conduira à relativiser une grille de lecture proposée par Etienne Leroy. Par l'intermédiation culturelle, nous illustrerons les risques auxquels le médiateur doit faire face et nous lui proposerons, avant de réaliser la véritable complexité du Droit et des interactions sociales, d'adopter une démarche, la démarche diatopique et dialogale qui lui permettra d'éviter notamment des oppositions binaires, des concepts universels et un totalitarisme juridique. Troisièmement (III), nous montrerons les nombreuses difficultés auxquelles le médiateur doit faire face et ce, grâce au droit tripode et au modèle dynamique du jeu des lois. Nous accentuerons certaines “cases” de ce jeu qui permettront non seulement d'approcher de plus près certains aspects de la médiation pénale belge mais aussi d'insister sur un lien social “en construction”. Enfin (IV), nous ouvrirons la discussion en abordant la problématique du rôle de l'Etat et la problématique du “négociateur-à-tout-prix” qui peut parfois être trompeur.

¹ Nous disposons d'un enregistrement si une preuve devait être mise à disposition.

I. La médiation dans notre société occidentale: adieu le paradigme de la pyramide et l'archétype de la soumission?

La médiation se développerait difficilement dans notre société occidentale (ALLIOT M., 2003, 373). Elle réagit en effet au droit de la loi, au droit de la force, au droit imposé (Ibid., 373-374). Pourtant elle a connu une véritable "explosion" et illustre par là une société qui "*cherche une nouvelle façon de gouverner la cité et de fabriquer de la cohésion à travers de nouveaux référentiels d'action*" (FAGET J., 2006, 297). Elle illustre une société à la recherche de processus plus souples que des normes rigides devenues anachroniques (FAGET J., 2006, 297). La médiation répondrait à la demande de cette société complexe et instable: caractérisée par sa plasticité, elle rétablirait une certaine cohérence et permettrait aux acteurs de "*reconstruire par une éthique de la discussion des significations que les mythologies normatives ne leur fournissent plus*" (FAGET J., 2006, 297- 301).

Si le droit est d'une nature conservatrice, il est néanmoins un moyen par lequel des changements sociaux peuvent advenir et dont la capacité à répondre au changement devient incontournable dans un contexte de modernité (LEROY E., 1995, 51). Il y a lieu de penser le droit en référence à des archétypes. Créés par Michel Alliot, ils ne sont pas des réalités qui s'imposent mais "*des modèles de la manière dont les gens établissent un contact avec leur environnement (...) et se représentent leur monde par rapport à la problématique de son organisation (...)*" (EBERHARD C., 2002a, 134). Se situant à une échelle "macro", ces archétypes n'ont de sens que dans une comparaison entre civilisations (EBERHARD C., 2002a,135). D'après Leroy, Alliot distingue trois archétypes: celui de soumission – qui révèle une conception unitariste du monde - , celui de l'identification – présent dans la pensée confucéenne et se manifestant par l'idée de dualité -, et celui de différenciation – plus présent dans les sociétés africaines, où tout est pensé en termes multiples, spécialisés et interdépendants (LEROY, 1995, 59). Notre modèle de société occidentale répondrait à l'archétype de soumission dans lequel "*les hommes ont remplacé Dieu par l'Etat (mais) ils n'ont cependant pas, renonçant à Dieu, renoncé à la conception d'une loi qui fut la parole de Dieu (...)*" (TIMSIT G., 1997, 10 et EBERHARD C., 2002a, 139-140). Ainsi, les lois s'imposent à nous et le Droit "*n'est pas ce sur quoi les hommes s'entendent dans chaque cas particulier mais il est avant tout le respect de la règle extérieure(...)*" (ALLIOT M., 1983, 98-99). La médiation, bien que nous ne l'ayons pas encore définie semble être dans ce cadre, une véritable anomalie lorsque l'on s'en remet à notre archétype et à notre vision de la justice: "*Avec cet archétype "unitariste", est posé un principe unificateur et uniformisant qui détermine nos conceptions de la vie en société et qui régule les différentes dimensions de nos institutions économiques, juridiques et politiques. Il justifie également qu'on fasse appel à l'instance extérieure et supérieure qui donne sens et cohérence à l'organisation du monde (Dieu), de la société (l'Etat) ou de la justice (le magistrat), car on attend de chaque autorité qu'elle puisse résoudre les problèmes que nous ne savons pas aborder ou régler*" (LEROY E., 1995, 51).

Bien que nous allons nuancer l'anomalie que constitue la médiation – en tout cas la médiation pénale - , la plasticité de la médiation "*organise des affrontements dialectiques entre logiques d'ordre et de désordre*" (FAGET J., 2006, 298) et nous fait croire que cette "*anomalie*" (OST F. et VAN DE KERCHOVE M., 2002, 49) correspondrait bien à la crise de paradigme que nous vivons. Mais nous préférons aux logiques d'ordre et de désordre faire allusion aux ordonnancements imposés et négociés dans la mesure où le désordre pourrait être appréhendé comme rupture de l'ordre (LEROY E. , 1999, 147). Serions-nous en train de nous diriger vers un nouvel archétype- sans quitter vraiment l'ancien? Irions-nous vers un archétype de rationalisation ou de différenciation (EBERHARD C., 2002a, 138-171) en bouleversant les archétypes établis

par Alliot ? Alliot affirme lui-même, que des sociétés en crise peuvent hésiter entre deux archétypes (1983, 113).

Bien que la médiation illustre bien cette période inconfortable de transition d'archétypes, notre société occidentale a perdu l'illusion que la médiation pourrait être la *“forme la plus expressive de l'ordre négocié”* (LEROY. E., 1999, 350). Ce que nous pouvons en tout cas dire, c'est que l'Etat se cherche un rôle adéquat car dans le domaine pénal, on ne peut plus affirmer qu'il n'y a pas de contamination entre l'idée de répression- qui est assurée habituellement par l'Etat et celle de réparation- exercée par tous ceux qui ont souffert un dommage (VAN DE KERCHOVE M., 2002a, 84-85). On ne peut plus affirmer catégoriquement se trouver dans le modèle pyramidal: une véritable contractualisation de la justice pénale existe bel et bien (OST F. et VAN DE KERCHOVE M., 2002, 107).

La médiation émerge dans ce contexte de crise dans lequel l'Etat - providence s'est affaibli, les institutions tombent en déclin, le lien civique est en crise (FAGET J., 2006, 298-300). Cette médiation est la réification du contexte de crise: considérée comme une dialogie entre ordonnancements sociaux - en plus d'une dialogie entre acteurs sociaux - , elle se déploie dès lors comme une dialogie entre ordres imposé, accepté et contesté (LEROY E., 2002, 94-95 et YOUNES C., 2006, 340). Nous y reviendrons dans le jeu des lois (partie III).

Les archétypes nous permettent de réaliser dans quelles réalités s'inscrit notre droit mais aussi qu'une dimension “micro” des archétypes complexifie encore davantage leur dimension “macro”; par ailleurs ils nous permettent d'avoir un rapport à l'altérité et de nous enrichir : c'est notamment par les cultures africaines et calédoniennes que nous pouvons comprendre beaucoup de nous (ALLIOT M., 2003, 373) et que nous pouvons comprendre pourquoi la médiation - typique des cultures africaines - ne peut s'implémenter dans nos pays avec la même aisance.

II. Une médiation pénale, une notion occidentale

“Il y a autant de médiations que de manières de penser la logique de la résolution des conflits” (LEROY E., 2002, 83).

Une situation de médiation, malgré sa flexibilité présumée, peut être l'occasion d'un choc des références juridiques ou culturelles différentes - qui peuvent être explicites ou implicites - et parfois perçues comme incompatibles ou incompréhensibles pour les parties (STIMEC A., 2002, 221). Ainsi, le mot médiateur peut pour certains être une personne qui oriente les voyageurs dans le métro ou un bibliothécaire recruté dans le cadre de nouveaux métiers pour “médialiser” la culture (Ibid., 222)! Nous allons donc envisager ici la question de l'intermédiation culturelle.

La médiation pénale est prévue en Belgique depuis 1994 par l'article 216 ter du code d'instruction criminelle qui prévoit que le procureur du Roi peut *“convoquer l'auteur d'une infraction et, pour autant que le fait ne paraisse pas de nature à devoir être puni d'un emprisonnement correctionnel principal de plus de deux ans ou d'une peine plus lourde, l'inviter à indemniser ou réparer le dommage causé par l'infraction et à lui en fournir la preuve. Le cas échéant, le procureur du Roi convoque également la victime et organise une médiation sur l'indemnisation ainsi que sur ses modalités”*.

Cette médiation n'est pas un concept universel (comme nous allons le voir infra). Il faut pour cela accepter qu'il existe différentes variantes de ce que l'on nomme le droit : il existe différentes “cultures juridiques” dont les différences ne sont pas uniquement procédurales mais aussi substantielles (VACHON R., 1990, 163). Autrement dit, les contenus diffèrent autant que les contenants (EBERHARD, 2002, 238). Nous avons pu en avoir un aperçu lorsque nous faisons

allusion aux différents archétypes de Michel Alliot. Nous pouvons nommer ces cultures de cultures juridiques “homéomorphes” (PANIKKAR, 1978, XXII-XXIII, 33 et VACHON R., 1990, 165) ce qui signifie qu’on ne pourrait parler que d’équivalence fonctionnelle entre elles (VACHON R., 1990, 165) d’où la recherche de Panikkar de mettre en place des équivalents homéomorphiques (PANIKKAR, 1984, 114). Alliot (2003, 373) explique ainsi une affaire à laquelle il a participé en Afrique où il y avait eu un viol hors mariage entre deux personnes souhaitant apparemment se marier. La décision fut prise en considérant l’avenir du groupe et non pas en pensant sanctionner une atteinte à une prétendue loi (ALLIOT M., 2003, 373). Nous nous interrogeons sur la décision qui aurait été prise chez nous où la médiation tente de substituer au rapport de force qui fai(sai)t le lien social, un rapport de sens (ALLIOT M., 2003, 374).

Etienne Leroy (1995, 40-54) démontre les différentes réalités ou *différents étages* que peut impliquer la médiation, nous permettant ainsi d’avoir une approche de ce que pourraient être des équivalents homoémorphiques. Nous ne pouvons pas pour l’instant et par nous-même les vérifier toutes concrètement mais Leroy donne également quelques indications concernant les matrices culturelles. Ces équivalents préparent quoiqu’il en soit un terrain pour la fécondation mutuelle de ces équivalents dans un dialogue diatopique (VACHON R., 1990, 166).

A un premier étage, la médiation peut être d’abord vue comme une **pratique d’intervention dans un différend**: elle suppose plusieurs éléments: un tiers qui n’est pas concerné par le différend, une communication bloquée mais où les parties ne supportent pas leur opposition, l’interposition d’un tiers s’inscrivant dans la durée, comprenant l’enjeu du différend et les conditions pour rétablir le dialogue. Enfin, l’accord entre les parties n’est pas le fait du médiateur et son intervention n’entraîne aucune obligation pour les parties à exécuter son accord.

Deuxièmement, la médiation peut être envisagée comme un **procédé de gestion d’un conflit** mais cette fois-ci il s’agit d’une opposition ouverte et publique nécessitant de la part de la tierce partie de gérer les relations par des attitudes, l’expression de sentiments et des compétences requérant une expérience particulière mais aussi de pouvoir apparaître comme figure d’autorité par l’expression d’une neutralité notamment, de pouvoir s’inscrire dans le temps (en se situant dans le passé, le présent et le futur par rapport aux confrontations ayant lieu) et de privilégier les faits plutôt que les normes.

Troisièmement, la médiation est une **procédure parajudiciaire de règlement des litiges** et on y aura recours si l’organisation judiciaire s’adonne à un traitement parallèle de certains litiges par des instances judiciaires et non judiciaires selon l’accord des parties ou si cette organisation, seule détentrice du monopole légitime de la violence, délègue sous l’autorité d’un magistrat le règlement de certains litiges à des instances locales sous réserve d’un certain contrôle de l’exercice de cette délégation et en gardant la maîtrise de la force exécutoire des mesures proposées par l’instance déléguée. Cette troisième forme est pour Etienne Leroy plus une “justice négociée” qu’une médiation du fait notamment que le choix du tiers neutre relève du magistrat, que le tiers neutre est devenu le bras séculier voire armé du magistrat, qu’il prend lieu et place du magistrat en contrôlant l’application d’une décision. Mais il souligne que ce n’est pas tant l’étiquetage qui importe car il comprend la nécessité de réponses innovantes par rapport à la crise de l’institution judiciaire mais il insiste sur certains aspects à approfondir dont la permanence du lien social, l’individualisation des mesures et la recherche d’un accord pour exécuter la décision.

Un quatrième étage permet de considérer la médiation comme **idéologie de la pacification sociale**, voire comme projet de société permettant aux citoyens de se réapproprier les modes de gestion des conflits; nous avons expliqué ce nouveau cadre même si particulier *supra* (partie I). Enfin il envisage une descente aux enfers si l’on peut dire en envisageant la médiation comme

marchandisation et donc en concevant la mise en concurrence de différentes médiations. Comme nous le verrons *infra*, la médiation n'est pas par essence éthique...

Malgré ces différentes réalités, l'expression "médiation pénale" ne serait quant à elle, guère appropriée: elle constituerait même un oxymore en juxtaposant les termes "médiation" et "pénal" (MILBURN P. et FAGET J., 2007, 1). Elle associerait un processus qui se veut consensuel et une sanction étrangère à son éthique (FAGET J., 2007, 2) : la médiation est sous "le contrôle" de l'institution pénale. Jacques Faget propose de parler de médiation *en matière pénale* permettant d'une part de comprendre qu'il y a différents modèles de réponse pénale qui ont des moyens et objectifs différents et d'autre part, de prendre en compte l'ensemble des processus de résolution des conflits de nature pénale (FAGET, 2007, 2). La médiation pénale en a troublé plus d'un: d'après Carole Younès, Etienne Leroy la voit comme ressortissant de la fonction judiciaire et restant extérieure à la véritable médiation (YOUNES, 2006, 341) même si étant prêt éventuellement à la concevoir entre l'ordre imposé et l'ordre négocié. La médiation pénale belge serait donc assimilée au troisième étage. Et pourtant, nous tenons à nuancer cela et par là, à sortir d'une logique d'exclusion des contraires pour nous engager dans des approches plus dialogales fondées sur le principe de la complémentarité des différences (EBERHARD, 2002, 240), nous permettant par là de rapprocher les différentes médiations présentées.

La médiation pénale belge est problématique sur le fond en ce qu'elle aboutit à une repénalisation du social (*voir infra*) mais sur la forme, s'il est vrai qu'elle reste de l'ordre du parajudiciaire, elle est surtout plus problématique au niveau du pouvoir du magistrat qu'au niveau du tiers neutre. Lors de notre entretien, nous avons appris que l'assistant de médiation n'avait pas de pouvoir de décision et qu'il n'y avait pas de lien hiérarchique entre lui et le procureur du Roi. Même si cela nécessiterait une étude plus approfondie, l'assistant que nous avons pu rencontrer a été formel à ce sujet: "*Sur les informations qui transitent entre le procureur du roi et le médiateur pénal, le médiateur coche une case sur un formulaire pré-établi et c'est tout. On part du principe que la médiation pénale ne doit pas être un moyen pour le procureur du roi qui permet de récolter les informations qu'il n'aurait pas eues si la médiation pénale n'existe pas. Ce n'est pas un service d'enquête*". Au niveau de la réussite d'une médiation, le médiateur pénal ne va pas porter à la connaissance du procureur du roi ce qui s'est dit mais ce que les parties acceptent de porter à sa connaissance (donc ce qui est porté dans l'accord de médiation pénal). Toutefois, comme le médiateur dépend du service public fédéral belge, certains y ont vu une difficulté pour les parties à s'exprimer devant une "personnalisation de la loi". A cela, le médiateur nous a répondu que les parties peuvent prendre d'abord une position de défense comme au tribunal et c'est pour cela qu'il va devoir par priorité **déconstruire** l'idée qu'ils se font de la justice et leur faire comprendre quel espace de dialogue la médiation pénale permet de créer. Il estime travailler beaucoup au "lien social" sur lequel nous reviendrons *infra*.

Si l'accord donne beaucoup plus de sens qu'une décision du tribunal et a pour objectif que chacun puisse être "confortable" par rapport aux faits commis, plus critiquable est la position du procureur du Roi qui peut refuser d'entériner l'accord et qui peut rajouter des mesures - par exemple une formation de type comportementale ou un suivi thérapeutique - qui se rapprochent de "sanctions" même si ces dernières sont "individualisées" selon ce que le procureur aura pu lire. Ceci montre "*la perversité d'un processus qui, en même temps qu'il euphémise l'intervention pénale, sous la figure consensuelle de la médiation, renforce son emprise*" (FAGET J., 2007, 7).

Par cette expérience, nous nuancons la position d'Etienne Leroy. Toutefois, le caractère particulier de cette expérience ne nous permet pas d'en déduire une position générale. La médiation pénale est problématique pour certains aspects mais elle apporterait du sens pour d'autres. Le médiateur va permettre de montrer un chemin à emprunter vers les divers univers des parties et va leur apprendre à se positionner. Certaines précautions seront nécessaires comme

nous allons le constater. Nous pensons toutefois que le terme de “justice négociée” éviterait de trop grandes illusions vu le rôle important du procureur du Roi.

Ceci nous révèle aussi à quel point les médiateurs sont des “personnes-clés”. Ils doivent contribuer à l’émergence d’un espace de dialogue fertile, d’un “entre-deux” voire d’un “entre multiple” créatif (EBERHARD, 2002, 236). Ils doivent donc avoir une sensibilité et une compréhension accrue des différentes visions (Ibid., 236). Le médiateur va devoir prendre des précautions particulières quand il prendra le facteur culturel en compte: il va devoir éviter une attitude universaliste qui se traduit souvent par une négation de la différence et/ou une vision ethnocentrique (STIMEC A., 2002, 225). Inversement, il devra éviter aussi une attitude culturaliste (Ibid., 225). Une autre approche risquée est celle du réductionnisme où la culture de l’autre est réduite à quelques facteurs explicatifs (Ibid., 225) ce qui permet une grande rapidité et efficacité mais à quel prix?

Les médiateurs doivent également aider les parties à “sortir” justement de leurs positions pour aller vers leurs préoccupations et intérêts qui sont eux rarement incompatibles (Ibid., 227). L’intervenant que nous avons rencontré nous a expliqué qu’après avoir regardé le cadre de référence des parties et le sens des actes commis, il fallait travailler sur le positionnement des personnes. Il nous a parlé de la complexité dans laquelle se trouvait la victime, notamment face à sa culture d’origine. Ceci aboutit dès lors souvent à un déni des faits. Le médiateur va surtout travailler sur son positionnement afin que la victime exprime ses attentes.

Trompenaars définit trois niveaux pour la culture: (a) les produits et usages visibles, (b) les valeurs et les normes et, (c) les fondements (STIMEC A., 2002, 227). Pour Stimec (Ibid., 227), le choc culturel ne se produit pas au premier niveau mais au second et au troisième. Nous ferons deux remarques: premièrement, il faudra choisir un médiateur suffisamment sensibilisé aux questions culturelles voire qui a la double culture et, réfléchir au dispositif de médiation qui reflète souvent lui-même une des trois approches (universalisme/ culturalisme/ réductionnisme) à éviter ci-dessus (Ibid., 228-231). Panikkar affirmait à ce sujet qu’ *“il nous faut travailler en vue d’un pluralisme sain qui permettrait une convivialité et une coexistence des cultures et des civilisations, reconnaissant qu’aucune culture, religion ou tradition, à elle seule, n’a le droit de prétendre représenter la panoplie universelle de l’expérience humaine, ni le pouvoir de réduire les diversités de l’humanité à une seule forme, aussi large qu’elle puisse être...”* (DAS K., 2002, 280).

Deuxièmement, le fait que le choc culturel se produit plus souvent au niveau des valeurs et des fondements nous suggère de s’ouvrir à des approches en terme de *“multijuridisme”* et de penser la reproduction sociale à travers le prisme du “droit tripode” développé par Etienne Leroy (EBERHARD C., 2002, 240). Développée plus bas, cette dernière notion nous permet de considérer aussi les coutumes et habitus et d’aller au-delà de notre modèle occidental, la loi. Ceci est donc extrêmement important pour le médiateur comme nous l’avons examiné dans la partie suivante. Pour prendre réellement au sérieux l’ “Autre”, le médiateur, tout comme d’ailleurs l’autre partie, devrait même s’ouvrir à des approches plus cosmothéandriques en intégrant les dimensions anthropologique, cosmique, et divine de nos vies tout en reconnaissant qu’il n’y a ni un cosméothéandrisme, ni un multijuridicisme (EBERHARD C., 2002, 240-241). Dès lors, il faudra ouvrir notre topos pour permettre l’émergence d’enrichissements mutuels. C’est là que la démarche diatopique et dialogale peut rendre un grand service au médiateur en évitant les pièges de l’englobement du contraire créé par Louis Dumont. Ce principe consiste *“à réunir explicitement deux principes contradictoires dans une même catégorie, les construisant formellement comme égaux, tout en prenant l’un des deux principes comme le référent implicite par référence auquel l’autre est construit. Est ainsi introduite une hiérarchie cachée”* (EBERHARD C., 2002a, 108). Nous avons pu illustrer cela *supra* par les dangers de l’universalisme et du culturalisme notamment. Le médiateur doit donc éviter de raisonner à partir

de modèles construits comme universels (Ibid., 110) et éviter les oppositions binaires. Ces précautions, il va devoir les faire comprendre aux parties qui peuvent elles-mêmes construire ces oppositions ce qui a un impact majeur lors d'une médiation. Kaplana Das nous explique ainsi le constat de l'institut interculturel de Montréal d'un paradigme Nord-Sud qui peut différencier les pays "évolués" des pays "non-évolués" (DAS K., 280-281). Ce principe se reflète dans la pensée dichotomique du "tiers exclu" (EBERHARD C., 2002a, 110) or le dialogue n'est possible "*que parce que s'est déjà creusé au sein du "je" la place où s'inscrira la voix de l'interlocuteur*" (OST F. et VAN DE KERCHOVE M., 1992, 64 et EBERHARD C., 2002a, 103).

Il va donc falloir dépasser le stade d'un monoculturalisme et d'un totalitarisme juridique qui se cachent sous des dehors de pluralisme juridique et qui sont infidèles à une approche scientifique au sens plénier et polysémique du mot (VACHON R., 1990, 164). Dès lors, comment comparer ce qui peut sembler incomparable en évitant la superficialité et l'affrontement infini? La démarche diatopique va surmonter la distance du présent au présent (VACHON R., 1990, 168) et mener à la reconnaissance d'un second centre d'intelligibilité à côté du logos, le mythos. La démarche dialogale se révèle être "*outré voyage à travers des lieux et des logiques différentes en vue de leur mise en tension et articulation (théorie interculturelle du Droit), (...) une démarche nous menant au delà du logos, et donc du paradigme dialectique caractérisant nos démarches scientifiques occidentales (approche interculturelle du Droit)*" (EBERHARD C., 2002a, 121). Cette dernière démarche traverse donc le logos pour rejoindre un terrain commun que le logos ne saurait exprimer mais que Panikkar et Vachon ont tenu à nommer, le mythos (VACHON R. 1990, 168). Comme le propose Christoph Eberhard (2002a, 123), c'est en associant le logos - qui exprime la Raison ou le discours - et le mythos - qui révèle les présupposés respectifs qui sous-tendent les systèmes "juridiques" des différentes cultures - qu'on atteindra un véritable pluralisme - même si pour Panikkar et Vachon, c'est surtout par le mythos qu'on s'en rapproche. Ceci nous permet "*une prise en compte de l'Autre comme sujet et non pas uniquement comme modèle de connaissance*" (Ibid., 125 et VACHON R., 1990, 170). Le dialogue qui se met en place "*laisse entrer l'autre et sa vérité nous interpeller dans notre propre vie et dans nos valeurs personnelles*" permettant ainsi une réalisation plus profonde de l'autre et de soi-même (VACHON R., 1990, 170).

Ceci nous permet d'insister sur la persévérance et l'héroïsme dont le médiateur devra faire preuve. Pour devenir médiateur, il faut donc faire preuve de certaines qualités, dont l'écoute et la réflexion par rapport "aux positions" comme nous l'a affirmé le médiateur que nous avons rencontré. Il devra, selon nous, parler de sa position pour permettre un dialogue dialogal en évitant de montrer son rôle de façon universelle. Si la démarche diatopique et dialogale lui donnent un beau moyen de cerner la complexité d'autrui, elle ne sera pas évidente dans la mesure où une confiance devra s'instaurer dans un cadre difficile, voire dans un cadre où justement la confiance a été rompue. Ce jeu de confiance, Panikkar le décrit quand il assure: "*Le dialogue est fondamentalement m'ouvrir à l'autre de façon à ce qu'il puisse parler et révéler mon mythe que je ne peux connaître tout seul parce qu'il est pour moi transparent, qu'il va de soi. (...) Le dialogue cherche la vérité en faisant confiance à l'autre (...)*" (PANIKKAR, 1979, 242-243 et EBERHARD C., 2002a, 122-123).

Maintenant que le médiateur peut saisir quelle démarche lui permettra d'être "un passeur des mondes", il doit faire face aux multiples difficultés et complexités qui l'attendent dont les représentations culturelles ne sont qu'un des facteurs (EBERHARD, 2002, 241). C'est donc avec le jeu des lois que l'on va poursuivre et nous avons préféré assurer au médiateur qu'il y avait des méthodes à utiliser pour ne pas qu'il se perde entre les cases du jeu.

III. La médiation pénale sous l'angle du droit tripode et du jeu des lois

Le droit tripode et la médiation pénale

L'archétype de soumission tel que nous l'avons décrit plus haut peut paraître *“un obstacle épistémologique majeur à la compréhension de la véritable capacité du droit à répondre aux attentes de la société”* (LEROY E., 1995, 52). Etienne Leroy (1995, 52) a développé dès lors un droit tripode, reposant sur trois fondements, qui évalue autrement les rapports ambigus entre la loi, la coutume et les usages comme sources substantielles du droit et qui permet dès lors de s'interroger sur ce culte de la loi. Si la loi nous est très voire trop familière, la coutume est de façon synthétique *“l'ensemble des manières de faire et de conduire ses comportements en société”* (LEROY E., 1999, 195). Les usages - dénommés habitus à la suite des travaux de Bourdieu - sont les manières d'être, les soubassements de la coutume donc les soubassements des manières de faire; plus exactement, l'habitus est selon Jacques Commaille *“un système de dispositions permanentes, établi comme principe générateur et organisateur des pratiques, des représentations, des modes d'agir et de penser, que l'individu a acquis tout au long de son histoire dans une interrelation active, dans une médiation, entre les structures internes de sa subjectivité et les structures sociales externes”*(LEROY E., 1999, 199).

Nous ferons deux remarques. Premièrement, la médiation, dans l'acceptation qu'Etienne Leroy lui prête, limite considérablement l'intervention de la tierce partie et tout paraît négociable dès lors que les choix des parties sont déterminés par le maintien de leurs relations dans le futur (LEROY E., 1995,53). Ses mots clés seraient *“négociation, consensus et futur”* alors que le droit énonce de façon plus ou moins général et impersonnel - à travers ses trois fondements vus supra- la manière de penser la reproduction collective puis les conduites à suivre par le sujet de droits (LEROY E., 1995, 53-54). Il *“évalue l'écart déjà observé entre des normes et les pratiques et détermine qui est en droit ou en faute par rapport à des règles du jeu déjà posées et susceptibles d'être invoquées dans une société régulée par l'Etat de droit”* (LEROY E., 1995, 54). Nous devons nuancer ces propos dans la mesure où nous pourrions nous retrouver dans une logique des contraires; de plus, le droit nous paraît déjà beaucoup moins impersonnel si analysé au travers du droit tripode.

Deuxièmement, la médiation telle qu'appréhendée en droit belge nous semble dès lors devoir prendre en considération le droit tripode développé par Leroy. Le médiateur doit en effet dépasser *“le culte de la loi”* pour s'attarder aux coutumes et à l'habitus des parties en présence. Le médiateur pénal nous a d'ailleurs expliqué à quel point *“l'échange d'informations quant au contexte des faits et quant à la perception qu'ont chacune des parties des faits”* était essentiel mais formait aussi le noeud du problème. Nous nous interrogeons sur le fait que les parties ne doivent pas, comme nous l'a confirmé le médiateur, nécessairement se rencontrer dans le cadre de la médiation pénale belge. Ceci nous a paru étrange mais le médiateur nous a dit que cette rencontre était importante si elle avait du sens pour les parties. Aussi étrange que cela puisse sembler, le non-sens de cette rencontre pourrait renvoyer aux coutumes ou à l'habitus de ces parties. Serait-il possible de ne voir aucun sens à se rencontrer? Ces coutumes ou habitus pourraient bien renvoyer à notre société occidentale qui tend à se replier sur elle-même et où le lien civique s'estompe... Les coutumes et les habitus pourraient-ils nous dire dès lors que la rencontre de l'autre n'est pas ou n'est plus nécessaire? Une démarche diatopique et dialogale nous conduirait probablement à une proposition inverse. Nous reviendrons à cette problématique dans le jeu de lois.

Jouer à la médiation pénale: un jeu ambigu?

Etienne Leroy a voulu approfondir sa démarche en la faisant reposer sur un modèle structural et dynamique qui “*grâce à une déconstruction de l’architecture des processus à l’oeuvre (dimension synchronique) [autorise] l’élucidation corrélative du sens du mouvement ainsi provoqué (aspect diachronique)*” (LEROY E., 1999, 35). Il a dès lors construit **un jeu des lois** dont l’objectif n’est pas de saisir le Droit en tant que tel mais de comprendre sa contribution “*au grand jeu qu’est la vie en société*”, de disposer du droit comme règle du jeu (LEROY E., 1999, 35-36). Le jeu permet d’approcher la complexité du droit comme une relation dialectique entre certitude et incertitude montrant par là l’ “open texture” du Droit (EBERHARD C., 1997, 70). Mais le jeu va plus loin: il passe d’un paradigme dialectique, centré sur le système juridique, à un paradigme dialogal ancré dans le jeu existentiel des **acteurs** (EBERHARD C., 2002a, 260). Christoph Eberhard rajouterait bien une case préliminaire nous rappelant que ce jeu s’inscrit dans une vision occidentale moderne, qui est anthropocentrée et logocentrée et dont l’Homme est donc le référent ultime et s’inscrit dans des réalités principalement matérielles et historiques (EBERHARD C., 2002a, 262). Le jeu des lois permet d’appréhender la réalité en dépassant les réductions intellectuelles issues d’une démarche dialectique et en proposant un modèle de lecture dynamique de nos interactions sociales (EBERHARD, 2002, 245).

Le jeu des lois compte actuellement dix cases (LEROY E., 1999, 43) que nous allons citer sans pouvoir les approfondir toutes. Nous entrons dans le jeu par le statut des acteurs – qui met en évidence les situations de multijuridisme dans lesquelles se trouvent les acteurs -, nous poursuivons par la case des ressources – qui considère les ressources matérielles humaines ou mentales - puis par celle des conduites – qu’il s’agisse de stratégies ou de tactiques; suit la case des logiques- ou “*des rationalisations pour l’action*” et puis celle des échelles qui peuvent être globales, nationales ou infranationales . Le jeu se poursuit par la case des processus – procédant à l’inscription des phénomènes juridiques dans la temporalité - puis celle des forums qui représente les lieux de décision caractérisés par la confrontation mais aussi par l’échange et la communication - pour passer à la case des ordonnancements sociaux - qui sont “*une mise en ordre de la société selon un dispositif particulier, impliquant à la fois un projet et des procédés*” – advient ensuite la case des enjeux - qui exprime ce qui est mis en jeu mais aussi le contexte du jeu - qui débouche sur la case finale, celle des règles du jeu (LEROY E., 1999, 49-169 et EBERHARD, 2002a, 257-302 et EBERHARD, 1997, 69-77). Ce jeu ne doit pas tomber dans l’opposition droit et non-droit : il faut donc admettre de se laisser conduire par lui et même après avoir joué, on ne pourra jamais être assuré de “savoir vraiment”...(LEROY E., 1999, 175). Serait-ce le moment adéquat de rappeler qu’ “*on ne peut définir le droit mais seulement le penser*” ? (ROULAND N., 1989, 77).

Nous pouvons maintenant faire rentrer “la bête dans l’arène” et donc observer la médiation pénale à travers le jeu. Nous allons sauter des cases afin de nous consacrer aux cases que nous considérons arbitrairement comme très intéressantes pour prendre un cliché de la médiation pénale belge.

Commençons par le statut des acteurs qui nous fait prendre conscience que nous avons quitté des situations de pluralisme juridique pour véritablement parler de situations de multijuridisme (LEROY E., 1999, 59). “*Chaque acteur détient une pluralité de statuts en rapport avec les divers collectifs auxquels il appartient, par héritage ou par libre adhésion*” (LEROY E., 1996, 191-192). Cette approche nous permet de relativiser l’unique rôle qui devrait être pris en considération par un individu vu qu’il a une complémentarité fonctionnelle avec d’autres rôles (EBERHARD, 2002a, 274). Ceci nous permet notamment de dépasser l’unique rôle du médiateur

pénal qui construit des ponts entre l'auteur et la victime, en montrant l'incidence d'un second rôle: le médiateur fait également office de médiateur entre le procureur du Roi et l'auteur. Il s'agit en quelque sorte d'une "double médiation" l'obligeant à comprendre aussi le mythe du procureur du Roi. En effet il va devoir comprendre la perception du magistrat quant à la qualification qu'il a donnée aux faits et celle de l'auteur qui parfois refusera de participer à une médiation sous une telle qualification –mais par contre et à nouveau la médiation est indirecte: le médiateur tente de concilier les différents univers. Le médiateur peut donc éventuellement proposer une requalification des faits qui donne beaucoup plus de sens à l'auteur que s'il n'eût dû se présenter au tribunal sans comprendre réellement la qualification des faits en droit.

Nous revenons à la médiation entre auteur et victime et approfondissons la case 1: *“Par rapport à un mode individualiste d'identification des statuts fondés sur la notion, abstraite et générale, de personne juridique, notre approche suggère la nécessaire prise en compte du rôle dans son contexte social, donc du statut dans sa dimension individuelle et collective. Ceci est essentiel pour traiter des sociétés africaines où le communautarisme, comme recherche, toujours tensionnelle, d'un équilibre entre les intérêts du groupe et ceux de l'individu, a été et reste le plus souvent la forme privilégiée d'organisation des rapports sociaux”* (LEROY, 1996 a, 191-192). Ceci nous a interpellé quant aux rôles de la victime et de l'auteur dans une dimension individuelle et collective. La question de la dimension collective de l'individu et du lien social existant dans notre société occidentale nous préoccupait. C'est en l'apport de Carole Younès (2005, 49-61) et donc des propos qui suivent² que nous avons pu trouver de quoi nous substantier.

Dans la conception occidentale, le processus de médiation ne se préoccupe qu'accessoirement de la relation sociale et des intérêts collectifs, sa priorité est la satisfaction des besoins et intérêts individuels des personnes. Or, si la médiation illustre l'atomisation des individus, elle pourrait permettre de rompre avec *“l'imaginaire occidental de l'isolement en montrant l'ancrage des individus dans des collectifs”*. Contrairement aux sociétés holistes qui privilégient la dimension collective à travers la notion de personne et dans lesquelles le lien social est une réalité qui précède l'individu, la société occidentale est caractérisée par la centralité du sujet par rapport aux mondes et aux groupes dont il fait partie, soit par *“la prédominance de l'identité du moi sur l'identité du nous”*, ou encore par un lien social qui résulte de la verticalité de la loi vu que les individus appartiennent à une même société au travers de leur soumission à la loi commune.

Dès lors la médiation pénale a avant tout pour objectif d'apaiser un conflit entre individus où la communauté et la relation n'apparaissent qu'en filigrane. Le lien social ne va pas de soi, il apparaît plus comme un objet à construire qu'à reconstruire, il est en fait un acte de volonté de l'individu vu qu'il y a absence de valeurs communautaires partagées. Ainsi, reconstituer le groupe se fera à partir de l'individu et cela, si les valeurs collectives dont il est porteur sont conformes au bien de l'individu ou peuvent servir ses fins. Pourtant, il ne faudrait pas en déduire une stricte séparation entre les différentes conceptions sociétales et une incommensurabilité entre leurs pratiques. C'est la rationalité occidentale et la fiction de l'autonomie qui scinde l'individu de la collectivité. Mais en réalité *“la singularité de l'être humain apparaît moins tenir à son fondement autosuffisant qu'à un éventail d'appartenances qui rendent possible une individuation relevant d'une singularité plurielle, exprimant la pluralité des collectifs et des mondes de référence auxquels les individus vont se rattacher”*. Donc la médiation et son compromis ne seraient pas tant préoccupés par la satisfaction des intérêts divergents mais par la prise en considération de l'inscription différentielle des individus dans des mondes différents: l'individu n'est ni seul, ni dans une communauté englobante mais il s'inscrit dans une pluralité de mondes.

² Les propos de la page 10 synthétisent ceux de Carole Younès, ce qui explique l'absence de références.

Carole Younès fait le pari que l'individu n'est pas prisonnier de sa vision du monde et que sa capacité réflexive va lui permettre une prise de conscience de son ancrage dans des collectifs sous la forme d'univers normatifs déterminant en grande partie son positionnement dans le conflit. Par la mise à distance des univers normatifs, chacune des parties pourra alors prendre conscience de son univers de sens mais aussi de celui de l'autre: c'est un "*espace de reconnaissance*" que la médiation pourrait permettre dès lors selon nous, mais comme on l'a déjà mentionné, il faudra dépasser le fait que l'individu se complaise dans sa singularité et ne souhaite ni découvrir les univers de l'autre, ni même les siens propres... Cette difficulté n'est pas à négliger et nous avons pu le constater à travers des documents qui mentionnaient que des auteurs s'engageant au début à respecter des conditions, baissaient les bras par la suite car pour eux, cette procédure était "sans conséquence" (SERGENT M., 2007, 73). Ce dernier constat est celui d'une magistrate et cela nous permet de relativiser l'apport de sens de la médiation, en tout cas de ne pas généraliser un tel phénomène. La carence de sens pourrait s'expliquer tant par la difficulté pour l'individu vivant dans une société occidentale de réaliser sa singularité plurielle mais aussi peut-être par le fait que certaines médiations sont moins l'aboutissement d'un accord que des solutions imposées par le procureur du Roi. Néanmoins, une conseillère en médiation pénale près le parquet général de la Cour d'appel de Bruxelles distingue clairement la situation d'un accord pris mais non respecté et celle d'une interruption de la médiation qui ne peut en aucun cas être considérée comme un échec et cela, de qui que ce soit (VANNESTE, C., 1997, 111). L'assistant de médiation nous a en effet dit que dans ce dernier cas, la médiation avait au moins pu responsabiliser les deux parties.

Le jeu des lois, même s'il est anthropocentré, permet selon nous de "*faire émerger le sujet*" (YOUNES C., 2005, 49) et de montrer par ses différentes positions qu'on ne peut le réduire à un seul rôle, à un seul monde et que lui-même, en en prenant conscience, réalise les différents univers de l'autre. Cette approche nous permet également d'ouvrir de nouvelles voies quant à une dimension collective qui sommeille quelque part en nous... Kafka écrivait "*dans le combat entre toi et le monde, seconde le monde*" (KAFKA, 1917 et CAUNE J., 1999, 15).

Nous serons plus brefs pour les illustrations des autres "cases" du jeu.

Nous pouvons dans la case des conduites considérer les stratégies qui postulent "*que les acteurs sont pris dans un jeu social à la fois indéterminé et structuré par eux*" (LEROY, 1999, 83). Par ailleurs, "*la mise en oeuvre de ces stratégies (...) comportera toujours deux aspects complémentaires. En effet chaque acteur s'efforcera simultanément de contraindre les autres membres de l'organisation pour satisfaire ses propres exigences (stratégie offensive) et d'échapper à leur contrainte par la protection systématique de sa propre marge de liberté et de manoeuvre (stratégie défensive)*" (CROZIER M. et FRIEDBERG E., 1992, 91-92 et LEROY E. 1999, 82). Nous pouvons nous arrêter un instant sur les conduites de l'auteur dans le cadre de la médiation pénale. Celui-ci pourra tant adopter une stratégie offensive en refusant de collaborer à une médiation pénale dont la qualification des faits lui paraît erronée ou injustifiée mais il n'est pas certain qu'il y aura pour autant requalification de la part du magistrat. En outre, il pensera surtout à une stratégie défensive, comme nous explique notre intervenant "*l'auteur de l'infraction n'est pas placé dans une situation confortable. Il sait que s'il refuse la médiation pénale, ça sera le tribunal correctionnel*".

En ce qui concerne la case des ordonnancements sociaux, celle-ci est cruciale dans le cadre de la médiation pénale. Nous avons déjà fait allusion *supra* aux différents archétypes et à l'entre-deux que nous serions amenés à vivre; nous pourrions en réalité nous diriger vers une extension de l'ordre imposé. La médiation pénale devrait par ailleurs se situer entre un ordonnancement imposé et un ordonnancement négocié dans lequel Dieu ne fait plus que constater sans s'interposer et où les acteurs organisent le monde (LEROY.E, 1999, 153) même si à nouveau, cette organisation est à nuancer. Il est sûr que comme on l'a vu *supra* la médiation "à

l'occidentale" n'est pas la forme la plus expressive de l'ordre négocié (LEROY E., 1999, 350). Par cette idée forte de négociation, elle induirait les acteurs en erreur lorsqu'ils découvriraient qu'il s'agit plus d'une "justice proposée" (LEROY E., 1999, 351) que d'une forme indépendante de la justice.

Cette contradiction peut être analysée par le jeu des lois : *"la contradiction entre ordonnancements est basée sur une contradiction des logiques qui implique une conjonction des statuts du juge et de tiers neutre donc induit une confusion des pratiques donc des ressources. L'enjeu de telles confusions est de produire des adhésions superficielles ou des consensus mous qui privent les acteurs d'une part de leur liberté. Sous le prétexte d'une justice plus humaine (pour la victime, voire pour le délinquant) on caricature, par le simple fait d'emprunter cette terminologie, l'idéal de libre et égalitaire négociation du différend. On abolit ainsi les repères entre les ordres imposé et négocié pour produire une extension du contrôle étatique et judiciaire (...) Il n'y a plus matière alors à des règles du jeu et on peut fermer les forums judiciaires au profit d'une justice "plus administrée" (LEROY E., 1999, 351)* Nous pensons que cette contradiction peut exister mais nous ne pensons pas qu'elle résulte de la confusion du juge et du tiers neutre. Le médiateur pénal ne semble pas être le bras armé du magistrat dans la médiation pénale belge mais il n'empêche qu'il est plus qu'un facilitateur à nos yeux et qu'il peut être vu comme une personnalisation de la loi. C'est pour cette raison qu'il devra procéder premièrement à une *"déconstruction de la justice"*.

Nous pensons par contre que la médiation par le croisement des actions du procureur du roi et du médiateur pénal peut être assimilé au modèle réalisé par Leroy pour schématiser la justice des mineurs (LEROY E., 1999, 345) sans pour autant qu'il y ait ici confusion des rôles dans le chef des acteurs. On aboutit à un modèle qui croise les valeurs caractéristiques de l'ordre imposé (par les trois mesures que peut choisir le procureur du roi) et celles de l'ordre négocié (par un processus qui conduit les parties à formuler un accord même si leur rencontre n'est pas nécessaire).

Enfin, nous allons nous focaliser un instant sur la case des enjeux. Le joueur peut distinguer enjeux immédiats et enjeux différés, enjeux matériels et symboliques, enjeux implicites et explicites - ces derniers nous introduisant dans la connaissance du contexte du jeu (LEROY E., 1999, 160). Brièvement, les enjeux dans la médiation pénale belge pour la victime sont la possibilité de pouvoir être entendue, d'obtenir réparation et éventuellement de dédramatiser la situation en démystifiant l'auteur et en réduisant son angoisse (VANNESTE, C., 1997, 116). Du côté de l'auteur, la médiation peut lui apporter une conscientisation des conséquences de ses actes et la possibilité d'exprimer sa propre logique ce qui lui permet d'envisager d'autres logiques dont celles de la victime (Ibid., p.117). Bien sûr, la médiation lui permet d'échapper à une confrontation à un tribunal, à une peine et à une inscription dans le casier judiciaire, ce qui à nos yeux offre une meilleure garantie de réinsertion socio-professionnelle compte tenu du sens que l'auteur peut retirer de la médiation. Nous pensons que les enjeux explicites et implicites de l'Etat sont décisifs dans la mesure où ils participent grandement au contexte du jeu: premièrement le Conseil de l'Europe encourageait les Etats membres à développer des procédures de déjudiciarisation et de médiation et le Comité des ministres affirmait que ce processus permettait une participation active de la victime et du "délinquant" (DELEU A., 2007, 7); deuxièmement, la crise des institutions judiciaires agrémentée d'affaires de corruption, de médias favorisant "une juridiction des émotions", de manques de moyens internationaux face aux grandes féodalités criminelles (ex.la mafia) fait qu'une solution peut être de dériver un certain nombre de contentieux sur d'autres instances de régulation (FAGET, 1997, 75-77). Troisièmement, en plus des enjeux pour la victime et le délinquant, cela permet à l'Etat de réduire la délinquance urbaine, de réagir rapidement au délit grâce à une procédure simplifiée et de désengorger les tribunaux et les prisons (SERGENT M., 2007, 39). Certains arrivent à la conclusion que la logique de la loi belge du 10 février 1994 reste rétributive avant d'être

restauration dans la mesure où un des objectifs principaux était que les citoyens regagnent leur confiance envers la justice (DELEU A., 2007, 96). En effet, la médiation fut instaurée en Belgique suite à de nombreux dysfonctionnements (MARY, 1997, 328). Toutefois, elle semble également s'inscrire dans une repénalisation de la petite délinquance (Ibid, 331) et semble donc peu apte à recréer le lien social (Ibid., 342).

IV. Récapitulatif de notre “positionnement” et de notre quête d’une médiation éthique

Sous une approche anthropologique du droit, nous avons situé la médiation occidentale à travers les différents archétypes d'Alliot, à un niveau “macro” et “micro”. Nous avons dès lors constaté l'altérité et la complexité des systèmes juridiques. Nous avons démontré qu'un choc entre archétypes et entre ordonnancements pouvait avoir lieu par la mise en place de la médiation. Ce choc n'est pas indépendant de la crise dans laquelle se trouve l'Etat - providence.

Ensuite, nous avons voulu signaler des potentiels équivalents homéomorphiques de la médiation. Malgré cela, la médiation pénale semble être un oxymore ce qui fait que d'aucuns rejettent son statut de “médiation”. Nous avons nuancé cela par la petite mais intéressante expérience que nous avons eue. Au travers du cadre de l'intermédiation culturelle, nous avons insisté sur le rôle essentiel des médiateurs mais aussi sur les précautions qu'ils devaient prendre. La démarche diatopique et dialogale, qui semble difficile au niveau de la mise en oeuvre d'une certaine confiance - en tout cas dans notre société - , semble par contre adéquate pour éviter les pièges de l'englobement du contraire.

Enfin, la complexité et l'altérité du Droit s'illustre au travers du droit tripode et du jeu des lois. Le droit tripode va permettre une démarche diatopique et dialogale en observant les coutumes et l'habitus. Le jeu des lois, modèle plus dynamique des interactions sociales va soulever la richesse de leurs complexités. Nous avons tenté d'appliquer ce jeu aux problématiques que nous avons pu rencontrer. Outre la case des conduites, des enjeux et des ordonnancements sociaux, la case du statut des acteurs a été particulièrement propice à la réflexion relative à la dimension collective de l'individu dans la société occidentale où le lien social est davantage à construire qu'à reconstruire et où la communauté n'apparaît qu'en filigrane. Si une singularité plurielle existe, il ne sera pas évident pour le médiateur de la faire émerger.

Nous aimerions terminer par trois remarques.

La première tient au rôle de l'Etat. Nous trouvons intéressant d'évoquer à ce sujet le mouvement “Alternative Dispute Resolution”, né aux Etats-Unis, et qui avait pour certains l'objectif de désinstitutionnaliser le traitement des conflits et pour d'autres, de gérer la surcharge des tribunaux (FAGET, 2007, 3). Ce mouvement critiquait la justice formelle en ce qu'elle isolait les revendications individuelles faisant obstacle à l'expression de revendications collectives, en ce qu'elle détruisait les relations interpersonnelles et aggravait les conflits, en ce que la décision reposait sur des normes abstraites et non pas sur des valeurs puisées dans les communautés, en ce qu'elle fournissait des jugements rétrospectifs sans se soucier de réparer ni de reconstruire [le lien social] pour l'avenir (FAGET, 2007, 3). Ce même mouvement a par ailleurs été critiqué du fait qu'il était une menace pour le droit des personnes et des groupes ou que par le remplacement de juges par des experts en sciences du comportement, il pourrait être un cauchemar foucauldien d'une nouvelle technique disciplinaire, au service d'une nouvelle élite professionnelle (FAGET, 2007, 4). Ces alternatives sont devenues aujourd'hui des solutions complémentaires à la justice formelle plus qu'autre chose.

Nous trouvons ces réflexions proches de celles que l'on peut mener sur la médiation pénale. Faget souligne par ailleurs qu'un modèle externe de médiation défini comme une alternative à l'intervention judiciaire ou comme une voie indépendante permet d'ouvrir une réflexion sur le pluralisme juridique dont la portée dépend du contexte idéologique en place, de la culture juridique et du dynamisme de la vie communautaire (Ibid., 8). Il démontre que si ces médiations ont pour objectif la recherche d'une société d'acteurs qui s'impliquent et se responsabilisent, la négociation généralisée pourrait renforcer les inégalités (Ibid., 8). Nous nous interrogeons donc sur le fait de mener un débat ou non sur le fait que la justice et la médiation correspondent à des raisons d'être si dissemblables qu'elles doivent préserver leurs différences (HOFNUNG M.G., 1995, 112). Montesquieu soulignait en effet que *"privées de leur principe, les créations sociales déclinent"* (Ibid., 112). De plus, plusieurs recherches attestent de *"l'existence d'un conflit culturel entre les tenants d'une pratique très judiciarisée de la médiation et ceux qui tentent d'aménager des espaces de médiation plus respectueux d'une éthique de médiation"* (FAGET, 2007, 6). Il y a donc une tension entre *"des acteurs qui veulent "garder la main" sur le jeu et d'autres qui veulent "prendre la main" de façon à distribuer autrement les cartes"* (FAGET, 2007, 6).

Pourtant, *"il serait simpliste de considérer que les pratiques internes au système judiciaire sont dépourvues de valeurs alors que les pratiques communautaires ne seraient jamais des techniques"* (FAGET, 2007, 8). Il semblerait que le cadre judiciaire ou communautaire n'induit pas une plus grande pureté de la dimension éthique de la médiation (Ibid., 8). Faget souligne qu'*"une analyse scientifique de la médiation en matière pénale doit s'affranchir d'une vision angélique de la communauté et d'une diabolisation du système pénal"* (Ibid., 8).

Notre seconde remarque porte sur l'idéal de négociation. Alors que certains disent que la parole qui circule restitue *"le sens volé"* (ALLIOT, 1996, 375), d'autres s'interrogent si l'acte de négocier a encore du sens (JEUDY H-P, 1996, 15). Nous tenons simplement à mettre en garde contre un culte de la négociation car celle-ci nécessitera certaines exigences essentielles pour être véritable. Il faudra donc nuancer l'idée que *"je négocie donc je suis"* (JEUDY H-P, 1996a, 20) et que parfois, *"négocier, c'est créer l'illusion d'un espace de sens"* (Ibid., 28).

Enfin, Etienne Leroy disait que la médiation scolaire ne se développerait en France *"qu'avec le support d'une pédagogie qui retrouverait les exigences de l'ancienne instruction civique pour valoriser les formes de solidarité plutôt que les tendances à l'individualisme et à l'élitisme"* (LEROY E., 1995, 42). Nous pensons qu'il y a encore bien de quoi penser le Droit.

Bibliographie

ALLIOT M., *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Paris, éditions Karthala, 2003.

ALLIOT M., « Anthropologie et juristique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit », *Bull. de liaison du LAJP*, n°6, 1983.

CAUNE J. , *Pour une éthique de la médiation : le sens des pratiques culturelles*, Saint-Martin-d'Hères, Presses universitaires de Grenoble, 1999.

CROZIER M. et FRIEDBERG E. , *L'acteur et le système*, Paris, Seuil, coll. Point essais, 1992 (première parution en 1977).

DAS K., “Mouvements socio-communautaires dans un contexte de diversité culturelle au Québec: présentation d’un projet de développement des pratiques interculturelles de l’action sociale”, in YOUNES C. et LEROY E., *Médiation et diversité culturelle*, Paris, éditions Karthala, 2002.

DELEU A., “La pratique de médiation pénale à Gand”, Mémoire publié à l’Université Libre de Bruxelles, 2007.

EBERHARD C., “Construire le dialogue interculturel: le cas des droits de l’homme”, in YOUNES C. et LEROY E., *Médiation et diversité culturelle*, Paris, éditions Karthala, 2002.

EBERHARD C., *Droits de l’homme et dialogue interculturel*, Paris, éditions des Ecrivains, 2002a.

EBERHARD C., “The ‘jeu de l’oie’ or ‘Legal Monopoly’”, in EBERHARD Christoph *Common Humanities and Human Community - Towards a Dianthropological Praxis of Human Rights*, Brussels, European Academy of Legal Theory, 1997.

FAGET J., “Eloge du fluide une lecture socio-politique de la médiation”, in EBERHARD C. et VERNICOS G., *La quête anthropologique du droit, autour de la démarche d’Etienne Leroy*, Paris, éditions Karthala, 2006.

FAGET, “La médiation en matière pénale”, disponible sur <http://www.justicereparatrice.org/news/Sion%20sion%201.pdf> viewmis en ligne le 27 août 2007 et consulté pour la dernière fois le 15 janvier 2008.

FAGET J., *La médiation, essai de politique pénale*, Ramonville Saint-Agne, Editions Erès, 1997.

HOFNUNG M.G., *La médiation*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Que sais-je?, 1995.

JEUDY H-P, “Prologue” in JEUDY H-P, *Tout négocié*, Paris, les éditions Autrement, coll. Mutations n°163, 1996.

JEUDY H-P, “Le tout-négociable” in JEUDY H-P, *Tout négocié*, Paris, les éditions Autrement, coll. Mutations n°163, 1996a.

KAFKA F., “Journal, 8 décembre 1917” (trad. Claude Marthe), in KAFKA F. *Œuvres complètes*, éditions Gallimard, vol.3., 1984.

LEROY E., *Le jeu des lois. Une anthropologie « dynamique » du Droit*, France, LGDJ, Col. Droit et Société, Série anthropologique, 1999.

LEROY E., “La médiation, mode d’emploi”, *Revue Droit et société*, n° 29, 1995, disponible sur le site <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds029/ds029-04.htm>, consulté pour la dernière fois le 16 janvier 2008.

LEROY E., “La médiation comme “dialogie” entre les ordonnancements de régulation sociale”, in YOUNES C. et LEROY E., *Médiation et diversité culturelle*, Paris, éditions Karthala, 2002.

- PANIKKAR R., *The Intra-Religious Dialogue*, New York, Paulist Press, 1978.
- PANIKKAR R., *Myth, Faith and Hermeneutics – Cross-cultural studies*, USA, Paulist Press, 1979.
- PANIKKAR R., “Is the notion of Human Rights a Western Concept?”, *Interculture*, vol. XVII, n°1, Cahier 82, 1984.
- MARY P., “Le travail d’intérêt général et la médiation pénale face à la crise de l’Etat social: dépolitisation de la question criminelle et pénalisation du social”, in MARY P., *Travail d’intérêt général et médiation pénale, socialisation du pénal ou pénalisation du social?*, Bruxelles, Bruylant, 1997.
- MILBURN P., *La médiation: innovation et stabilisation des compétences*, Paris, GRASS CNRS, 2000.
- OST F. et VAN DE KERCHOVE, M., “*De la pyramide au réseau, pour une théorie dialectique du droit*”, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.
- ROULAND N., “Penser le droit”, *Droits*, n°10, 1989.
- SERGENT M., “Confrontation de la vision des magistrats avec les dossiers entrant en médiation pénale : le cas de l’arrondissement judiciaire de Bruxelles”, Mémoire publié à l’Université Libre de Bruxelles, 2007.
- STIMEC A., “Au carrefour de la culture et du conflit: l’impact des cultures sur les modèles de négociation et de médiation”, in YOUNES C. et LEROY E., *Médiation et diversité culturelle*, Paris, éditions Karthala, 2002.
- TIMSIT G., “La loi : à la recherche du paradigme perdu”, *Archipel de la norme*, Paris, Presses universitaires de France, Les voies du droit, 1997.
- VACHON R., “L’étude du pluralisme juridique – une approche dialogique et dialogale”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n°29, 1990.
- VANNESTE, C., “Pratique de la médiation pénale au parquet de Bruxelles” in MARY P., *Travail d’intérêt général et médiation pénale, socialisation du pénal ou pénalisation du social?*, Bruxelles, Bruylant, 1997.
- VAN DE KERCHOVE M., L’intérêt à la répression et l’intérêt à la réparation dans le procès pénal, in GERARD P., OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *Droit et Intérêt*, vol.3, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.
- YOUNES C., “La place du tiers dans la médiation”, in EBERHARD C. et VERNICOS G., *La quête anthropologique du droit, autour de la démarche d’Etienne Leroy*, Paris, éditions Karthala, 2006.
- YOUNES, “la médiation et l’émergence du sujet”, in FAGET J., *Médiation et action publique, la dynamique du fluide*, Pessac, Presses Universitaires de Bordeaux, 2005.