



Forum Mondial de Médiation - Mardi 9 juillet 2019

Présentation de Dan Kaminski - Belgique

La médiation, un mode de régulation ou de sécurisation ?

Aucun des concepts opposés dans la question n'est en soi suffisant à soutenir une disjonction (ou/ou), en raison de leur polysémie ou, plus précisément, en raison de leur manque de détermination : régulation de quoi ? sécurisation de quoi ?

Je m'intéresse à la médiation pénale (dans ses rapports avec le système pénal), autrement dit celle qui porte sur le traitement de situations problématiques que le code pénal qualifie d'infractions. Le pari fondamental de la médiation pénale est de faire disparaître l'adjectif (que Voltaire considérait comme l'ennemi du nom), tant la médiation ne peut que philosophiquement grincer si on lui assortit ce qualificatif qui porte la marque d'une sanction, qui plus est de la sanction rétributive.

Tout oppose la médiation à la définition pénale des comportements, des procédures et des sanctions. En termes de définitions de *comportements*, la médiation a la prétention de s'adresser à tous les torts quelle qu'en soit la définition juridique. En termes de *procédure*, la médiation repose sur un engagement volontaire des parties que la procédure pénale présume absent. En termes de *sanction*, la médiation est aux antipodes de l'obligation juridique d'infliger un mal à l'une des parties.

De cette opposition entre médiation et le socle institutionnel pénal surgit un conflit stratégique relatif à la place que devrait prendre la médiation dans ses rapports avec le système pénal : modèle puriste vs modèle maximaliste. Le modèle *puriste* ne peut se réaliser et se développer qu'à l'extérieur de la matrice pénale pour former à long terme un système de justice complètement distinct du modèle de justice traditionnelle. Le modèle *maximaliste* a pour ambition de développer une réelle alternative au système de justice pénale ; il « considère la justice restaurative comme un paradigme à développer pour devenir à plus long terme une alternative complète et systémique aux systèmes traditionnels punitifs et réhabilitatifs ». Anne Lemonne (que je viens de citer) souligne que, même si « le modèle puriste dans ses conceptions normatives semble concéder peu de compromis au système de justice traditionnelle, il lui laisse en pratique, par contre, une bonne partie du contentieux. Quant au mouvement maximaliste, il concède au système pénal une bonne partie de ses principes ».

Il reste que cette façon de parler de la médiation dans ses rapports avec le système pénal ne prend pas en compte les intérêts régulateurs de ce dernier système. Et c'est à cet égard que je voudrais discuter des deux concepts mis en exergue dans cet atelier.

Régulation est parfois utilisé, à tort comme synonyme de règlement. Dans une terminologie systémique, il entre, selon une toute autre signification, dans un rapport conflictuel et dialectique avec celui de *domination* ou de *transformation*. Pour le dire simplement, tout système est chargé de produire une transformation, mais il ne peut le faire qu'en s'assurant des conditions de survie qui viennent elles-mêmes modifier la performance ou l'efficacité apparente de la transformation. Cet objectif de survie ou d'équilibre (homéostasie) se nomme régulation. Autrement dit, la régulation n'est que l'ensemble des mécanismes qui permettent à un dispositif de ne pas s'écraser contre un mur à vouloir incarner la « pureté » des intentions, des valeurs et des procédures « officielles » de ce système. Si l'on souscrit à cette définition, la médiation, dans de nombreux domaines, constitue une voie de régulation des autres modalités de traitement des conflits, plus lourdes, plus coûteuses, plus énergétiques. Autrement dit encore, dans le modèle maximaliste, la médiation sert à la régulation (à la survie) des modalités de traitement de conflits dont elle est présentée comme alternative.

Je suggère une analyse comparable concernant le second concept : la sécurisation.

En raison d'une orientation politique conjoncturelle née à la fin du siècle passé, le mot « sécurité » est fortement associée à un « besoin », un « droit » de la société d'être sécurisée contre la délinquance. Outre que je ne comprends pas comment la sécurité, entendue sous cet angle, pourrait être un droit, je voudrais surtout faire miroiter une autre « orientation » du concept : la sécurisation doit être entendue comme un processus visant à la sécurité des droits et des intérêts des personnes, non pas contre la délinquance, mais contre la réduction des droits et des intérêts des personnes qu'entraînent souvent les modes de règlement juridiques et classiques des conflits (Alessandro Baratta). La médiation, à cet égard, m'apparaît comme un dispositif de sécurisation des *droits*, mais plus et mieux encore, des *intérêts* des parties d'un conflit. J'insiste ici sur un point : les droits des personnes (et je pense ici en particulier aux dites « victimes ») ne sont pas nécessairement conformes à leurs intérêts. Ainsi, même si la médiation semble avoir partie liée avec l'objectif (souvent juridiquement connoté) de *réparation*, il me semble, que, même en matière pénale, elle devrait plus encore se lier à l'intérêt majeur de la *reconnaissance*.

Mais outre la sécurisation de la situation des médiateurs, il me semble que c'est la médiation elle-même qu'il s'agit de sécuriser. La fonction de la médiation est souvent « ambitieusement limitée » à la résolution d'un conflit, ou de façon plus « modérée » à la provocation d'un processus de changement sur fond de conflit. Il me semble qu'on peut avancer deux propositions radicales.

La première est dérivée de l'éthique de la médiation et suggère que la définition et l'évaluation de l'efficacité du processus reviennent aux parties prioritairement et ensuite au médiateur. La seconde est directement reliée à la définition de la médiation comme processus (suivant en cela le propos de Michèle Guillaume-Hofnung) : l'efficacité de la médiation change en permanence au fil du processus lui-même, parce que les attentes des médiateurs fluctuent tout autant¹. Supposons que le conflit, grâce à la médiation, ait enfin émergé, ou qu'il n'ait pas été résolu, il aura au moins été traversé (littéralement), comme l'on peut traverser un paysage inconnu à l'occasion d'un voyage, en suivant des chemins de découverte apparemment aléatoires. Cette traversée est transformatrice, même sans résolution. En quelque sorte, je soutiens ici que la résolution d'un conflit ne relève que d'un surcroît imprévisible, non programmable, qui ne peut saturer la représentation de l'efficacité de la médiation.

La sécurisation de la médiation exige de privilégier la transformation processuelle du conflit sur tout impact prévisible (mais improbable) emprunté aux modes *sanctionneurs* de règlement des conflits. Cette sécurisation fait participer la médiation moins à la justice qu'à la *justesse*, et ceci en procédant à l'exclusion des modalités classiques d'exacerbation du conflit par ses experts professionnels et à l'exclusion du calcul rationnel étriqué des valeurs des revendications et des plaintes.

La reconnaissance de cette imprévisibilité de l'issue du processus, associée aux critères qui définissent la posture du médiateur, constitue aussi son point de fragilité devant le risque d'instrumentalisation. Quand on se définit comme instrument, les médiateurs et les institutions témoignent – dans leurs usages de cet instrument – de leurs besoins. L'instrumentalisation, conçue comme un usage pervers de la médiation, est le risque du métier et c'est sans doute sur ce risque que la vertu préventive (dont il a été question ce matin) de la médiation trouve son meilleur objet. Il y a lieu de prévenir l'instrumentalisation du processus, bien plus que le conflit. Pour ces raisons, la médiation a besoin de *sécurisation* de ses objectifs et de ses procédures.

Régulation, oui, sécurisation, oui, mais pas sans innovation, autrement dit pas sans rupture avec les adjectifs qui prédefinisent les comportements et les sanctions comme l'adjectif « pénal ».

Que faire des adjectifs ? Ils accentuent la dimension régulatoire, instrumentale de la médiation, au profit des systèmes auxquels ils s'accrochent. L'instrumentalisation vient par les adjectifs (Guillaume-Hofnung). Boaventura de Sousa Santos (2011) nous met en garde

¹ On retrouve ici les acquis de l'interactionnisme symbolique par le biais de la définition la plus complète de l'interaction qu'a donnée Herbert Blumer : Les lignes d'action dans la situation examinée varient selon la situation, de soi et des autres, durant le déroulement de l'interaction (les buts et les attitudes peuvent varier avec les variations des circonstances de l'interaction).

contre le langage amolli par la prédication, issu d'une dialectique qui, au lieu de dissoudre l'hégémonie (« judiciaire »), dilue la critique ou l'alternative, réfugiée « derrière des adjectifs » qui accordent aux substantifs auxquels ils sont accolés une force déconflictualisante². Pour la médiation, c'est le tranchant critique (alternatif) du nom qui se perd dans les adjectifs conventionnels (familial, pénal, scolaire, hospitalière) qu'on y accole. La médiation n'est pas un concept conventionnel. Ne le laissons pas s'amollir en l'affublant des qualifications qui l'inscrivent dans le modèle maximaliste.

Mais les adjectifs offrent une prise pour que la médiation produise des effets culturels et politiques sur l'institution.

Bref, la médiation peut participer à la régulation des systèmes auxquels elle s'adosse. Mais c'est au risque de nuire à la sécurisation des *intérêts des parties*, comme à la sécurisation de *l'espace de reconnaissance* que la médiation instaure. Ces deux objectifs de sécurisation reposent sur la dissolution asymptotique des définitions des normes de comportement, de procédure et de sanction dont les systèmes de résolution des conflits, modernes et inefficaces (comme le système pénal), semblent avoir indéfectiblement besoin.

² *Épistémologies du sud* : quand la théorie conventionnelle parle de « développement », la théorie critique parle de « développement alternatif », « intégral », « inclusif », « démocratique » ou « durable » ; quand la théorie conventionnelle traite de « démocratie », la théorie critique traite de « démocratie radicale », « participative » ou « délibérative » ; idem pour le « cosmopolitisme », qui finit par être appelé « cosmopolitisme subalterne », « oppositionnel », « insurgé » ou « enraciné » ; idem pour les « droits de l'homme », qui se transforment en « droits de l'homme radicaux », « collectifs » ou « interculturels ». Si « les adjectifs peuvent renverser la signification des noms. Comme l'écrivait Voltaire : L'adjectif est le grand ennemi du nom » (...), « on doit garder à l'esprit que les noms établissent l'horizon intellectuel et politique de ce qui est dicible, crédible, légitime ou réaliste et, par voie de conséquence, de ce qui est indicible, non crédible, illégitime ou irréaliste. En d'autres termes, en se réfugiant derrière les adjectifs, la théorie critique croit dans l'utilisation créatrice de ce que j'appellerais 'le franchising conceptuel' tout en acceptant, dans le même temps, d'inscrire ses propositions dans un horizon de possibilités qui n'est pas le sien.