

# La justice est-elle une médiation alternative ?

## Justice et médiation, quelle alternative ?

par Isabelle Bieri<sup>1</sup>

**Résumé :** conciliation et médiation soulèvent des questions touchant au rôle de l'Etat et à la manière dont s'exerce le pouvoir. Sur la base de son expérience de conciliation judiciaire et d'exemples tirés de sa pratique, l'auteure propose d'abord une analyse des mécanismes propres à la conciliation, institution à laquelle le législateur a parfois préféré la mise en place d'un processus de médiation. La contribution vise à démontrer en quoi la conciliation et la médiation reflètent des réalités parfois très diverses, mais également en quoi elles posent le défi d'une recherche d'un équilibre entre les besoins de protection et les revendications de liberté des justiciables. Quelques modèles de cohabitation entre justice et médiation sont discutés.

**Abstract :** Conciliation and mediation both raise questions about the rule of law and how power is distributed. Based on her experience with conciliation in a judicial setting and using examples drawn from actual cases in which she has acted as conciliator, the author analyses the specific characteristics of conciliation and explains how this particular method of dispute resolution has often been abandoned in favor of mediation, in particular by Switzerland's neighboring countries. In this article, she attempts to demonstrate how conciliation and mediation may reflect different realities as well as how each of these dispute resolution methods challenges us to find a balance between the need for protection on one hand and the claim to liberty and personal empowerment on the other hand. Some ideas about how mediation and justice may co-exist are discussed.

### Chapitre 1 : Introduction

#### **Justice et médiation ? Question de culture ?**

Existe-t-il un contexte culturel de la médiation ? Cette question en contient à elle seule deux : existe-t-il un contexte de la médiation ? Et si oui, ce contexte est-il culturel ?

« O tempora o mores » ... En trois décennies, le développement de la médiation a connu un essor important en Suisse, à l'initiative surtout d'un mouvement associatif. La médiation pénètre progressivement le tissu législatif, sur le plan cantonal d'abord, mais aussi sur le plan fédéral, puisque que le 1<sup>er</sup> janvier 2007 entreront en vigueur deux lois fédérales<sup>2/3</sup> qui toutes deux prévoient le recours à la médiation. Ce qui est intéressant, c'est que cette introduction se situe dans un contexte juridique et politique particulier, une situation unique en Europe : en Suisse, chaque canton a en effet un code de procédure et une organisation judiciaire propres, ce qui représente au total 26 codes de procédure civile et autant de procédure pénale et administrative,

---

<sup>1</sup> Texte de la conférence donnée le 3 octobre 2006 à l'IUKB. Isabelle Bieri est magistrate du pouvoir judiciaire du canton de Neuchâtel, en Suisse. Elle préside divers offices de conciliation et pratique la conciliation judiciaire. Elle est par ailleurs médiatrice accréditée et titulaire du Master européen en médiation.

<sup>2</sup> Loi du 20 juin 2003 régissant la condition pénale des mineurs Droit pénal des mineurs, DPMIn <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2003/3990.pdf>

<sup>3</sup> La médiation a été introduite dans la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968, à l'occasion de la révision du 27 décembre 2005 (RS 172.021 [http://www.admin.ch/ch/f/rs/c172\\_021.html](http://www.admin.ch/ch/f/rs/c172_021.html))

complétés par des règles de niveau fédéral. Il en résulte un manque de transparence et de prévisibilité des règles de procédure, ainsi qu'un obstacle à l'exercice des droits par les justiciables<sup>4</sup>. On pourrait donc a priori postuler que ce contexte est favorable au développement de la médiation.

La réalité démontre pourtant que tel n'est pas le cas. On peut d'ailleurs se demander si ce découpage géographique, politique et juridique et le cloisonnement qui en résulte n'expliquent pas en partie le développement lent de la médiation, puisqu'il s'agit de quitter les traditions locales, pour aller vers une législation unifiée. La phase de conciliation judiciaire ou pré-judiciaire occupe une place importante. Elle constitue parfois une étape en soi où le tiers conciliateur est différent du tiers jugeant, à l'instar du juge de paix. Il est intéressant à cet égard de noter que les pays voisins qui connaissaient ces institutions les ont progressivement abandonnées pour les réintroduire aujourd'hui<sup>5</sup>.

Un vaste projet d'unification des procédures pénale et civile<sup>6</sup> est en cours. S'il aboutit, les spécificités cantonales seront abandonnées au profit de codes uniques et unifiés. Le projet civil est particulièrement intéressant, parce la médiation y est introduite, aux côtés de la conciliation qui est aménagée.

Les questions que j'ai eu à traiter dans l'exercice de ma charge m'ont amenée à m'interroger sur la manière dont la médiation pouvait ou non offrir une réponse aux obstacles que je rencontrais dans ma pratique de magistrat. A l'époque, la question qui me préoccupait – et qui se pose aujourd'hui au législateur fédéral – consistait à situer la médiation, décrite comme justice alternative. Je tenterai aujourd'hui de proposer quelques réponses. Les réflexions qui suivent seront donc souvent illustrées par des cas rencontrés dans ma pratique.

### **Derrière les mots les concepts...**

Un changement est donc en cours, bien que sur le plan pratique, les réticences sont importantes, notamment dans le milieu des juges et des avocats. On reproche en particulier à la médiation de mettre en péril le principe de l'égalité de traitement et du droit d'être entendu. Le processus de médiation aboutirait, selon cette critique, à un monopole de connaissance du médiateur : entendues séparément, les parties n'auraient plus accès à toute l'information et perdraient dès lors la maîtrise du processus. L'équité relèverait désormais de la seule appréciation personnelle du médiateur. De même la conciliation est sujette à critique, parce que trop informelle et parce que l'accord conclu ne refléterait pas toujours le droit. La procédure judiciaire offrirait des garanties aux justiciables fondées sur des règles, des règles de procédure

---

<sup>4</sup> Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 no 37

<sup>5</sup> Rolf Stürmer, Richterliche Vergleichsverhandlung und richterlicher Vergleich aus der Sicht eines deutschen Richters une Prozessrechtslehrer, conférence donnée dans le cadre de la Fondation pour la formation continue des juges suisses, Gerzense, janvier 2005

<sup>6</sup> Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 no 37

en particulier, qui se seraient substituées au sentiment subjectif du juge<sup>7</sup>. En bref, c'est tout le système des modes de régulation qui est en discussion aujourd'hui.

La réticence exprimée face à l'introduction de la médiation est-elle l'expression d'une résistance au changement, respectivement d'une perte d'influence de la justice ? L'affirmer, c'est réduire le problème à une simple lutte de pouvoir entre institutions et entre professionnels du conflit. Il convient à mon sens d'en poser d'autres. En effet, conciliation et médiation se réfèrent à des concepts et des modèles souvent flous, parce que méconnus ou ignorés de leurs utilisateurs. Pourtant, ces modèles ont un impact sur le conflit, sa perception par les intéressés et sa résolution, mais également sur le rôle du tiers et les conséquences de son intervention. Toutes ces interactions interviennent dans une société donnée. C'est donc le fonctionnement de cette société lui-même qui est en question. Et les questions sont nombreuses :

La médiation est-elle une justice douce ?

La médiation est-elle une justice alternative ?

La médiation, est-elle une justice ?

Qu'est-ce que la justice ?

Justice et conciliation constituent-elles une médiation alternative, respectivement une alternative à la médiation ?

Cette formulation heurte et surprend, ce qui indique que la question de la cohabitation entre médiation et justice a été posée avec un présupposé quant à une possible articulation.

Lorsque nous voulons une solution « juste » ou lorsque nous trouvons une situation « injuste », est-ce que nous réclamons *justice* ou est-ce que nous exprimons notre besoin de *justesse* ?

Ma réflexion portera plus particulièrement sur la conciliation et la médiation dans un contexte civil et judiciaire. Inspirée de mon expérience pratique, elle est confrontée à la lecture de quelques auteurs.

## **1. 2. Expérience et cas pratique**

Les trois cas résumés ci-dessous serviront de fil rouge.

### **Cas 1**

En Suisse, les immeubles locatifs ont très souvent une **buanderie commune**, située dans l'immeuble et équipé d'une machine à laver le linge et d'un séchoir qui

---

<sup>7</sup> Rolf Stürner, Richterliche Vergleichsverhandlung und richterlicher Vergleich aus der Sicht eines deutschen Richters und Prozessrechtslehrer, conférence donnée dans le cadre de la Fondation pour la formation continue des juges suisses, Gerzensee, janvier 2005, en particulier p. 11ss

permettent aux locataires de faire tour à tour leur lessive et de reprendre leurs effets personnels lavés une fois que ceux-ci sont secs.

Imaginez qu'un litige surgisse dans un immeuble qui appartient à Monsieur Lecomte. Les locataires Simon emménagent et ne respectent pas le tour de lessive. Cette situation génère du bruit le soir et prive certains voisins, en particulier Monsieur Clément, de l'utilisation de la buanderie.

### Cas 2

Une bailleresse loue sa maison individuelle à un couple qui l'occupe avec son enfant. Cette maison est pourvue d'un grand jardin potager et d'une place de jeu où leur fils et ses amis adorent aller. La bailleresse résilie le bail parce qu'elle veut retourner dans sa maison et profiter du jardin. Les locataires contestent le congé et saisissent l'autorité de conciliation en matière de bail. Ils veulent un délai pour se reloger.

### Cas 3

Des **travaux** sont entrepris dans un immeuble. Une discussion a lieu entre bailleur et locataire sur la nature des travaux, leur ampleur etc. Ultérieurement, le bailleur adresse au locataire un courrier dans lequel il annonce l'augmentation de loyer qui sera due le trimestre suivant. Le locataire dépose une requête à l'autorité de conciliation et contestent la validité de la hausse.

## Chapitre 2 : Justice et conciliation

La justice vise à l'application de droit. Tous les moyens dont elle se dote poursuivent la recherche de vérité et le déroulement efficace du procès. Dans un contexte où la règle de droit prévaut, l'accent est mis sur la solution matérielle et juridique du litige. C'est donc la *vérité juridique* qui est recherchée sur la base des éléments et des informations au dossier. Le législateur a dans certains cas accordé un pouvoir d'appréciation au juge qui peut alors statuer en « équité ». Cette situation peut être mal vécue par les personnes concernées..

Pour l'essentiel deux modes alternatifs et consensuels sont à disposition du juge : la transaction judiciaire et la conciliation. Option matérielle dans le premier cas, procédurale dans le second.

La **transaction** se définit comme un contrat bilatéral par lequel les parties mettent fin à une contestation en s'accordant des *concessions* réciproques. Elle résulte donc d'une négociation qui peut intervenir en tout temps; lorsqu'elle intervient devant le juge, elle emporte les effets d'un jugement. Elle constitue tantôt une alternative au procès tantôt une alternative au jugement.

Le terme de **conciliation** caractérise à la fois une étape de procédure, l'intervention d'un *tiers* - instauré et doté d'un pouvoir conféré par la loi - et l'accord obtenu. Elle

visé le rapprochement des parties dans une optique (juridique) partagée ou acceptée par elles. Elle est parfois imposée, notamment pour des motifs d'économie de procédure. Lorsque la conciliation est menée avant la procédure au tribunal, on parle de conciliation préalable et celle-ci constitue donc, si elle aboutit, une *alternative au procès*. En cours de procédure, la conciliation peut intervenir en tout temps jusqu'au jugement. Lorsque la conciliation aboutit à un accord, elle constitue une *alternative au jugement* lorsque la loi lui confère la valeur d'une transaction judiciaire. Lorsqu'elle échoue, elle constitue un préalable au jugement.

Doit-on conclure de ce qui précède que la conciliation intervient là où la loi s'applique et la médiation dans les autres cas, ce qui justifierait l'idée selon laquelle la médiation est une **justice alternative**, plus proche des besoins et des intérêts des gens que de leurs droits et de leurs obligations?

Certainement pas. En pratique, la conciliation implique parfois la prise en compte de paramètres autres que ceux qui figuraient initialement dans les écrits des parties. Il est possible également de mener une médiation dans un contexte judiciaire. J'en conclus que le concept de *justice alternative* ne paraît pas opportun, même si le discours a depuis lors trouvé son pendant : certains juges, comme certains avocats, se considèrent comme des médiateurs naturels<sup>8</sup>.

## 2.1. Contexte et finalité

Le processus de médiation s'est développé aux Etats-Unis et au Québec dans un contexte judiciaire particulier marqué par la tradition du Common Law et le pragmatisme. Cette médiation a été ensuite « importée » dans les années 70 en Europe et en Suisse. Ce contexte spécifique et anglo-saxon a conduit au concept de justice alternative – à l'instar de la médecine alternative. Nos pratiques de médiation sont aujourd'hui encore influencées par les écoles et les modèles qui ont été développés outre-atlantique<sup>9</sup>. Ainsi posée, la médiation génère un *rapport de tension*, un peu comme si elle s'improvisait juge de la justice traditionnelle<sup>10</sup> ou du travail de l'avocat. La notion d'« alternative » induit implicitement un critère qualitatif et appelle un choix : c'est « ou bien...ou bien... » et c'est un peu court.

Le développement de la médiation sur le continent européen s'est fait dans un contexte impliquant des références sociales et juridiques propres. Une simple transposition du système développé outre atlantique ne paraît ni possible, ni utile. Il

---

<sup>8</sup> Isabelle Bieri, Justice et médiation : La médiation est-elle une justice alternative, une alternative à la justice ou une institution sui generis ? Réflexion théorique et pratique quant à l'articulation entre justice et médiation, in *Médiation en Europe : Echanges sur les pratiques /Master Européen en Médiation*, éditeur IUKB, octobre 2001

<sup>9</sup> Par exemple la médiation raisonnée de Fisher et Ury (« Getting to Yes »), médiation selon Marshall Rosenberg (« Les mots sont des murs ou des fenêtres ») selon qui une reconnaissance mutuelle des besoins fondamentaux et insatisfaits permet de définir un nouvel espace d'action.

<sup>10</sup> Irène Téry, Le démariage, Editions Odile Jacob, 1993 (en particulier chap. VIII, La justice des mœurs)

ne s'agit pas non plus de « calquer » la médiation sur un modèle de justice, au risque de créer des doublons qui alourdiront inutilement l'appareil judiciaire tout en générant la confusion chez le justiciable.

La tendance pour ne pas dire la tentation d'assimiler conciliation et médiation laisse apparaître la distinction comme une simple subtilité théorique sans implication pratique. Je propose d'analyser ces deux notions sous l'angle d'une "complémentarité", en prenant comme critères le rôle attendu du tiers et de l'Etat, le cadre et la perspective dans laquelle s'inscrit la démarche des protagonistes, enfin la manière dont ces derniers inscrivent le conflit dans leur histoire.

## 2.2. La construction du récit (étape 1)

Tout litige ou conflit débute par des faits, une « histoire », et une perception qui sont propres à chaque personne. L'analyse rétrospective par cette personne, mais également les réactions postérieures extérieures influencent progressivement la perception et partant le récit de cette histoire. Cette *transformation* a été décrite de manière très convaincante dans un article intitulé « Naming, blaming, claiming... »<sup>11</sup>. Traditionnellement, l'intervention du tiers débute par la détermination des éléments *pertinents*, sans égard au fait que ces éléments ont eux-mêmes déjà évolué. La manière de déterminer ces éléments varie selon que l'on se trouve en conciliation ou médiation.

Prenons comme exemple le cas de la buanderie (cas 1). La construction du récit peut s'illustrer comme suit<sup>12</sup> :

**Phase 1** : Monsieur Clément entre dans la buanderie pour faire une lessive. Il constate que celle-ci est occupée.

« Tiens, la buanderie est occupée,  
c'est vraiment embêtant... »

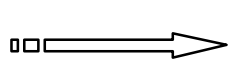
Son constat correspond au point de départ de l'histoire, au récit initial (R1).

---

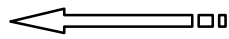
<sup>11</sup> William L.F. Felstiner, Richard L. Abel et Austin Sarat, The emergence and transformation of disputes : Naming, blaming, claiming..., Law and society review, vol 15, 1980-81, p. 632ss. Dans le schéma, les différentes phases sont nommées comme suit : Naming (R1), Blaming (R2), Claiming (R3)

<sup>12</sup> La distinction entre litige et conflit sera abordée ultérieurement.

**Phase 2** : Monsieur Clément rencontre sa voisine de palier, Mme Durant.



**Clément** : « Tu sais, la buanderie était occupée ce matin, pourtant c'est mon jour ! »



**Durant** : « Tu m'étonnes ! On a de nouveau vu les Simon ! Cela m'est aussi arrivé l'autre jour, ils exagèrent, ça ne peut plus durer ».

**Clément** : « c'était donc déjà eux, la semaine passée ?! »

*Je pensais que c'était un contretemps, mais je vois que c'est une habitude chez les Simon. Il n'est pas normal que je ne puisse faire ma lessive quand c'est mon jour et je ne vais pas me laisser faire.*

L'histoire s'étoffe au fil du temps et des interactions., Le récit (R 2) va également évoluer. Dans notre cas, le feed-back du tiers (Mme Durant) influence la perception de Monsieur Clément et donc son analyse. Il y a *interaction* entre les personnes et *transformation* du récit (en R 2).

**Phase 3** : Monsieur Clément s'adresse à un avocat qui le conseille sur la marche à suivre. Après une lettre vaine à la gérance qui considère que les locataires doivent s'arranger entre eux, "comme ils l'ont toujours fait", Monsieur Clément adresse à l'autorité de conciliation une requête (R3).

*Madame, la Présidente,*

(lettre à l'autorité)

*Madame, Monsieur les Représentant-es*

*Je demande votre intervention contre Monsieur Lecomte, bailleur, pour les motifs suivants :*

*Monsieur et Madame Simon, locataires voisins, violent de manière répétée leurs obligations en utilisant de manière abusive la buanderie. Or, selon la loi, le locataire est tenu à avoir envers ses voisins les égards nécessaires (art. 257f CO).*

*Mon bail prévoit un accès à la buanderie. Le bailleur doit me garantir l'usage de la chose louée, faute de quoi il y a présence d'un défaut.*

*Je conclus dès lors à ce que le bailleur garantisse l'accès à la buanderie. Je demande par ailleurs une réduction de mon loyer de 5% pour défaut de la chose louée.*

(Salutations)

signé R. Clément

**Phase 4** : La gérance de Monsieur Lecomte reçoit cette requête par l'intermédiaire de l'autorité. Elle prend position.

**Phase 5** : Monsieur Clément et la gérance comparaissent en audience de conciliation. La discussion s'engage et les parties parviennent à un accord selon lequel la gérance va adresser une lettre aux locataires Simon les rappelant à leurs obligations, sous la menace d'une résiliation de bail en cas de non observation du règlement de buanderie.

### **2. 3. Analyse et remarques**

La culture de la Suisse est traditionnellement et profondément marquée par la recherche du consensus et du compromis, ce qui se traduit dans les textes de loi. La recherche de solutions « à l'amiable » et l'invitation au dialogue se traduisent dans la législation suisse sous des formes diverses. :

- il peut s'agir d'une *disposition de procédure* invitant, voire contraignant les parties en litige en participer à une étape conciliatoire.
- le *droit matériel* laisse une marge d'appréciation au juge et une liberté de disposition aux parties plus ou moins grande selon le domaine concerné.
- parfois, c'est au travers d'*instances* ou de *structures spécifiques* que le législateur soutient une approche pacifique du conflit ( par exemple : juge de paix).

Le cas 1 est intéressant, parce qu'il cumule les trois aspects<sup>13</sup>. Pour comprendre le contexte, il faut souligner qu'en Suisse, une grande majorité des habitants est locataire et que cette situation se traduit par une législation protectrice des droits du locataire, considéré comme partie faible au contrat. Les autorités de conciliation en matière de bail sont nées dans les années 70, parce que les partenaires sociaux – locataires et bailleurs – avaient échoué dans la recherche de solutions contractuelles. L'origine contractuelle se traduit toutefois par une structure collégiale de l'autorité de conciliation comprenant une présidence neutre et une représentation paritaire des partenaires sociaux. Ces instances ont sensiblement évolué au fil du temps. Elles ont parfois été victime de leur succès. Elles cumulent aujourd'hui des compétences en partie antinomiques puisqu'elles conseillent les parties, les concilient et tranchent le litige dans certains cas. Leur rôle a été défini pourtant comme celui d'un *conseiller* et *médiateur* entre les parties en conflit<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Le bail n'est pas le seul domaine à connaître ce type de dispositions. Le droit du travail ou la législation en matière d'égalité entre femmes et hommes, pour ne citer que deux exemples prévoient des dispositions similaires.

<sup>14</sup> Art. 274 a CO et Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire "pour la protection des locataires", la révision du droit du bail à loyer et du bail à ferme dans le codes des obligations et la loi fédérale instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, du 27 mars 1985, FF 1985, vol 1, p. 1369ss

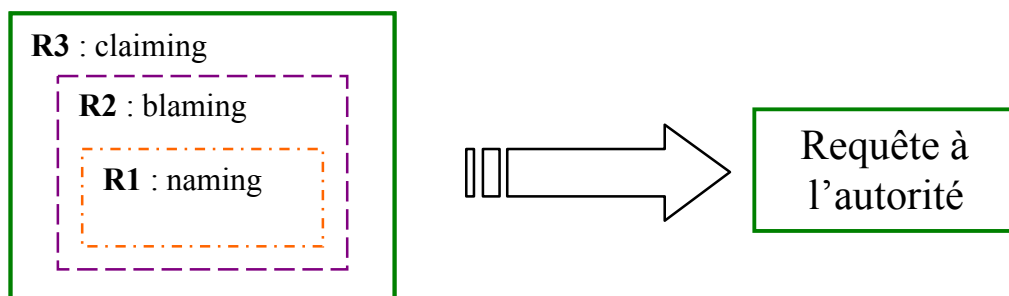
### 2.3.1. La transformation du récit (étape 2)

Que s'est-il passé en réalité entre le moment où le problème est survenu et celui où le cas est traité ?

L'histoire - et donc le récit - de Monsieur Clément a subi diverses *transformations* avant d'aboutir à une requête. Celle-ci doit être compatible avec la règle de droit et la procédure applicables devant l'autorité de conciliation. Une demande qui dirait « je suis très ennuyé de n'avoir pu utiliser ma buanderie à plusieurs reprises » ne serait, en effet, pas recevable. Il y a *superposition* des récits.

Par ailleurs, le dépôt de la requête fixe et *fige* le récit. Il détermine le cadre et l'enjeu du litige. Il y a donc *crystallisation* du récit.

Schématiquement, l'évolution du récit en fonction des interactions (phases 1 à 3 ci-dessus) peut s'illustrer comme suit :



L'identité des récits n'est pas garantie au travers du processus de formalisation. Lorsque la requête s'écarte trop du récit initial (R1), le justiciable ne se reconnaît plus dans le litige qui est soumis et il ne peut plus se l'approprier. Seule une démarche de clarification permettra de vérifier les fondements de la requête, par un « retour sur image ». La conciliation, comme la médiation peuvent y contribuer, mais la perspective de l'approche n'est pas la même : la conciliation se base en principe sur une situation connue, alors que tel n'est pas nécessairement le cas en médiation.

### 2.3.2. Les personnes et les parties

Dans le cas "buanderie", la requête sera dirigée par Monsieur Clément contre Monsieur Lecomte et non pas contre les locataires Simon, bien que ces derniers soient l'élément « déclencheur » du litige. De même, pour l'audience, Monsieur Clément peut confier l'affaire à un avocat et Monsieur Lecomte déléguer son affaire à sa gérance<sup>15</sup>. Les personnes impliquées dans le litige et les parties à la procédure ne

<sup>15</sup> Une terminologie claire s'impose dans ce contexte. Lorsque les personnes en conflit sont impliquées directement dans la procédure de conciliation, elles sont « partie » à la procédure de conciliation. Le terme de « parties », notion de procédure, sera donc utilisé pour désigner les "demandeur" et "défendeur", celui de protagonistes, de médiateurs ou d'acteurs se référant aux autres cas de figure.

sont pas nécessairement les mêmes. C'est le droit matériel qui définit la qualité de partie et la procédure qui désigne les interlocuteurs potentiels du juge.

Il y a *triangulation* et *délégation* du litige. L'appropriation du litige devient plus difficile, raison pour laquelle la loi prévoit parfois l'obligation pour les parties de venir personnellement en audience.

### 2.3.3. Le déroulement de la procédure

De manière à faciliter l'accès du justiciable à la conciliation, la procédure est souvent peu formelle. Les règles concernent essentiellement :

- l'accès à la procédure (délai, forme et contenu de la requête etc.)
- les droits et les obligations des *parties* durant la procédure (droit d'être entendu, obligation de produire des pièces, par exemple)
- le pouvoir d'examen et le degré d'intervention du *juge* dans l'affaire (maxime d'office, maxime inquisitoriale sociale, maxime des débats).
- les conséquences de l'accord ou de l'échec de conciliation sur la relation juridique des parties et sur la procédure (valeur de l'accord, délais pour agir etc.)

La loi fixe le cadre sans préciser la tâche du juge durant la conciliation. La manière dont celui-ci va concrètement intervenir pour convaincre les parties d'accepter un accord est laissée à son appréciation. Sa parole toutefois aura une influence sur la perception des parties qui peuvent y voir un « préalable » du jugement qui pourrait être rendu.

### 2.3.4. Le cadre et le pouvoir du tiers

La loi contient des règles matérielles et des règles de procédure. Il s'agit d'un ensemble de règles abstraites et générales, applicables à un nombre indéterminé de personnes et de contrats. Définie à l'avance, à un moment et dans une société donnée<sup>16</sup>, la loi fixe le cadre de la *relation* entre les parties et avec l'Etat. Les règles de procédure ont pour but de contribuer « à la transparence, et à la prévisibilité des règles, (de rendre) possible l'élaboration d'une jurisprudence et (de favoriser) l'évolution du droit »<sup>17</sup>. Elles fixent le cadre de l'*intervention*. Le tout sert à la mise en œuvre des droits des parties et à prévenir l'arbitraire. La transparence et la sécurité ainsi recherchées s'expriment également de manière symbolique, par un lieu identifié

---

<sup>16</sup> Sur les questions d'élaboration et d'application de la norme par la justice et en médiation, voir également Isabelle Bieri, Justice et médiation : La médiation est-elle une justice alternative, une alternative à la justice ou une institution sui generis ? réflexion théorique et pratique quant à l'articulation entre justice et médiation, édition IUKB 2001, p. 63ss, 79-85

<sup>17</sup> Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006

(la salle d'audience et son architecture, l'audience publique) et par certains rituels (tenues des avocats, langage spécifique etc.).

Dans ma pratique, soumettre un litige à l'autorité de conciliation, c'est prendre comme cadre de référence le droit du bail et celui de la procédure de conciliation en vigueur dans le lieu et au moment où le litige est soumis.

Reprenons le cas de la buanderie. En Suisse, une buanderie commune équipée est à disposition du locataire. Il s'agit d'une pratique non écrite et implicite<sup>18</sup> qui se traduit par un « tournus » d'utilisation, parfois un règlement de buanderie. En France, le locataire occupe généralement un appartement équipé d'un lave-linge. En Allemagne, chaque locataire installe en principe son lave-linge dans une buanderie qui est commune.

La situation paraît simple en apparence. Reprenons le litige entre M. Clément et les Simon (cas no 1) et imaginons que ces derniers ont précédemment loué un appartement dans un autre pays que la Suisse. Que se passe-t-il devant l'autorité de conciliation ? On peut distinguer plusieurs cas de figure<sup>19</sup> qui posent tous la question de la recherche d'une règle acceptée et acceptable pour tous ?

1. la règle est **ignorée** : le rappel de la règle entre dans la fonction « naturelle » du juge et du conciliateur. Dans notre exemple, le rappel du cadre garantit le droit du locataire Clément d'accéder à la buanderie. Lorsque la règle est *explicite*, le rappel est aisé. Lorsqu'elle est *implicite*, on parle d'usage ». La règle ne va de soi que pour les personnes qui font partie d'un environnement donné. Cette situation peut être source de tensions.
- Si nous prenons comme autre exemple les travaux dans l'immeuble (cas no 3), le conciliateur rappellera qu'en droit suisse, la loi impose l'utilisation d'une formule officielle pour la notification d'une hausse de loyer, sous peine de nullité. Garant du cadre légal, il pourra « réparer » ensuite le vice de forme avec l'accord des parties et leur proposer la fixation d'un loyer par transaction judiciaire.
2. la règle est **refusée** : dans ce cas, il convient de distinguer entre les règles de droit impératif qui s'appliqueront même contre la volonté des parties et les règles de droit dispositif pour lesquelles le législateur admet une marge de manoeuvre. On parle à cet égard également d'*indisponibilité* et de *disponibilité* de la norme. Si dans notre exemple, les locataires Simon refusent le règlement, au motif que les autres locataires de la maison se sont toujours arrangés, il n'existe pas d'obligation légale pour un bailleur de prévoir un règlement de buanderie. En revanche, comme la loi impose au locataire d'avoir des égards

---

<sup>18</sup> Ce type de règle a été intégré depuis lors dans usages locatifs négociés entre partenaires sociaux.

<sup>19</sup> Les réflexions qui suivent sont partiellement inspirées de Thomas Probst : *Le juge et la loi : quelques réflexions sur l'objectivité du jugement*, exposé donné à l'occasion de la conférence du pouvoir judiciaire du canton de Neuchâtel, le 20 septembre 2000.

envers ses voisins, le bailleur pourra introduire une procédure contre les locataires Simon. L'autorité de conciliation interviendra par le biais du rappel de l'obligation d'égard envers les voisins (rappel du cadre) et proposera éventuellement l'élaboration d'un règlement de buanderie, en attirant l'attention des Simon sur leurs obligations et le risque d'une résiliation de bail. Il y a, là également, une *triangulation* des rapports juridiques.

3. la règle légale **n'est pas activée** : si la liberté d'accès convient à l'ensemble des locataires en raison de leur mode de vie, la « règle » d'utilisation propre à l'immeuble sera « la buanderie vide peut être utilisée par le premier qui y accède ». Imaginons que les Simon exigent une intervention de la gérance et que celle-ci impose un règlement. Il y a des chances que l'ensemble des autres locataires s'y oppose. Rappelons qu'il n'existe pas d'obligation légale pour le bailleur d'avoir un règlement d'utilisation de la buanderie. Que faire si les locataires Simon agissent en réduction du loyer contre le propriétaire parce qu'ils estiment lésés de ne pas pouvoir utiliser normalement la buanderie ?
4. la règle est **incomplète** : prenons comme exemple le cas no 2 (la bailleuse veut reprendre sa maison occupée par couple avec enfant). L'audience de conciliation a permis de mettre en évidence les besoins médicaux de la bailleuse de pouvoir utiliser très rapidement son jardin sur les conseils de son oncologue. Le droit du bail ne prévoit pas la possibilité d'un congé partiel, partant d'une séparation entre jardin et maison. Une décision dira à quelle date la bailleuse pourra disposer à nouveau de tout son bien. La conciliation a abouti à la mise à disposition rapide du jardin et à la restitution pour une échéance plus éloignée de la maison. Il y a rappel du cadre et aménagement d'une solution acceptable à l'intérieur de ce cadre par l'autorité de conciliation.
5. il existe une **pluralité de règles** : reprenons le cas de la buanderie et posons l'hypothèse que certaines personnes sont pour la première fois locataires et que d'autres – habitant précédemment en France ou en Allemagne -louent pour la première fois un objet en Suisse. On distingue :
  - a. les règles sont toutes de *même nature* : la loi définit en général l'ordre dans lequel ces dernières s'appliquent On peut trouver des cas où la loi n'offre pas de solution (lacune). Cette situation génère une instabilité et bat en brèche l'attente du justiciable, selon laquelle la loi règle toutes les situations.
  - b. les règles sont de *nature différente* : dans le cas de la buanderie, les locataires Simon demandent qu'on tienne compte par exemple de leurs contraintes professionnelles en exigeant une priorité d'utilisation de la buanderie à certaines heures, les autres souhaitent l'élaboration d'un règlement.
6. L'appel à l'application de la règle constitue une **stratégie** : tel est le cas, lorsque le litige qui est soumis n'est pas l'élément déterminant, mais qu'il est utilisé à

d'autres fins. Il y a un décalage entre l'histoire initiale (R 1) et la requête à l'autorité de conciliation (R 3). La loi offre une solution en cas d'abus de droit. Mais si la revendication est fondée en droit, elle sera traitée et reconnue par le juge.

### 2.3.5. L'accord

Une conciliation aboutie génère la définition d'un nouveau cadre (légal) à la relation. La solution matérielle est entérinée par l'autorité sur la base des éléments pertinents en regard de la loi, nuancés en fonction du cas d'espèce. Il y a changement ou adaptation du cadre, sans qu'il y ait nécessairement rupture entre le passé et le futur. L'accord de conciliation, à l'inverse du jugement, ne crée pas jurisprudence : il s'agit d'une solution légale et *personnalisée* qui a valeur de jugement.

La conciliation, comme la médiation permet la recherche d'une solution « sur mesure ». L'approche en conciliation est centrée sur un objet, un litige en principe *définis*, auxquels s'applique la loi. D'autres perspectives peuvent être prises en considération en médiation, comme nous le verrons.

## Chapitre 3 : Conciliation et médiation

Une remarque s'impose : toute gestion du conflit ou du litige tend à la recherche d'une solution permettant de l'apaiser ou d'y mettre fin, qu'elle soit formelle ou informelle, imposée ou volontaire, institutionnelle ou privée. Peu importe à cet égard que l'on recoure à la négociation directe, qu'on engage une procédure de conciliation, un processus de médiation ou toute autre forme d'intervention.

Lorsqu'on parle de justice et de médiation ou de justice et de conciliation, une des difficultés majeures consiste à définir les champs d'intervention.

Les critères suivants sont régulièrement mis en avant. Ils appellent les observations suivantes :

- **le tiers et les parties** : ce critère est utilisé pour décrire le degré d'autonomie des intervenants, respectivement leur liberté d'action. On parlera de tiers institué par la loi (conciliation) ou librement choisi par les médiés (médiation). Différents styles de conciliation ou de médiation existent toutefois. L'autonomie des parties dépend des modalités d'intervention et du savoir-faire du tiers, mais aussi de la disponibilité et la volonté des personnes concernées. Celles-ci sont fonction du contexte et du moment où la démarche intervient.

- **l'interaction** : la manière dont est abordé et géré le conflit, celle dont s'établit la communication entre les protagonistes<sup>20</sup> et à l'égard des tiers, ainsi que l'ancrage de cette approche, orientée vers le passé (conciliation) ou au contraire centrée sur le présent et orientée vers le futur (médiation) permettrait de distinguer les deux concepts. En pratique, on constate que la conciliation n'engendre pas systématiquement la rupture. A l'inverse toute médiation aboutie ne garantit pas la continuité. De même la distinction entre une intervention orientée sur le passé ou vers le futur n'est pas évidente à réaliser en pratique, dès lors que l'*impact* du passé sur la négociation est évident.

- **le résultat (matériel)** : selon cette approche, c'est l'accord qui définit la démarche intervenue en amont. Ainsi, en conciliation, l'accord résulte de l'adhésion des parties à la proposition formulée par le conciliateur et de concessions réciproques. A l'inverse, la solution en médiation est le fruit d'une collaboration librement consentie par les parties et le résultat d'une prise en compte des intérêts respectifs. En pratique, la démarcation n'est pas aisée et l'on rencontre des conciliations donnant pleine satisfaction aux parties et à l'inverse des accords de médiation non respectés.

Les critères ci-dessus concernent essentiellement le déroulement du processus ou de la procédure. Ils permettent de définir des zones d'intervention *privilégiées* mais non exclusives de la conciliation et de la médiation. Cette dernière s'adapte à des environnements variés et variables, à telle enseigne que le terme de médiation devrait être utilisé dans un sens pluriel : les médiations.

D'autres critères peuvent être mis en lumière.

### 3. 1 le contexte sociopolitique et juridique

Le rôle de l'Etat et de la justice se modifie. François Ost<sup>21</sup> a décrit l'évolution de la justice en trois étapes s'inspirant des dieux de la mythologie grecque : Jupiter, Hercule et Hermès.

L'auteur relève ceci :

« Dans un premier temps, l'Etat libéral a connu un modèle dans lequel la « rationalité du législateur » donne sens et légitimité à l'ensemble. La vision est unique et systématique à l'image de Jupiter tout-puissant. Avec l'Etat social on entre dans une deuxième phase. Le droit devient interventionniste et le juge « entrepreneur » ou « herculéen » (...). Pour forger son opinion, il s'entoure désormais d'experts, il conseille et cherche à prévenir le conflit. Il adapte ses décisions en fonction des circonstances et fait usage de son pouvoir d'appréciation. Il manie moins le glaive que la balance (...). Dans le monde juridique actuel enfin, François Ost relève une

---

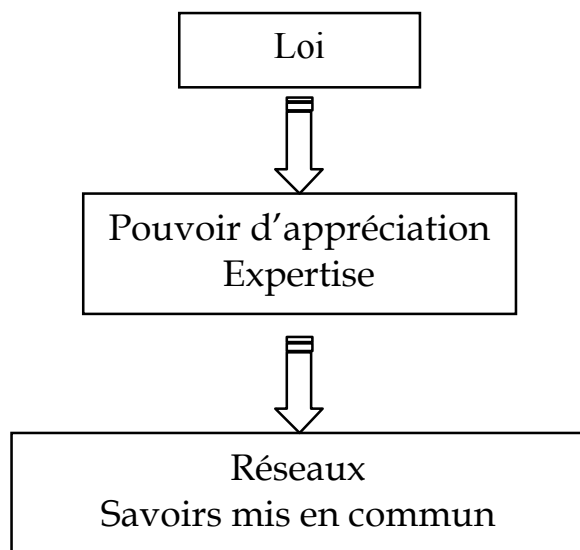
<sup>20</sup> Kevin Avruch, *Culture & Conflict resolution*, Unites States Institute of Peace Research, 1998

<sup>21</sup> Résumé par A. Franssen et J.L. Genard in La justice en questions. Concept d'enquête sur les attentes des citoyens à l'égard de la Justice, Centre d'études sociologiques, Facultés Universitaires Saint-Louis, non daté, p.34-35. Texte original : F. Ost, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in La force du droit. Panorama des débats contemporains, sous dir. P.Bouretz, Paris, Esprit, 1991, pp.241-272.

tendance au développement des réseaux. Dans ce contexte, le rôle du juge plus que de trancher le droit, consiste à organiser un cadre procédural autorisant une discussion publique donnant les meilleures chances à la construction d'un verdict équitable entre les parties. Bien sûr, ces divers modèles ne doivent pas être compris de manière rigide. Ils se superposent les uns aux autres et peuvent prendre des formes différentes selon le contexte judiciaire.

La conciliation appartient déjà à la deuxième phase (Hercule) alors que la médiation est probablement un phénomène lié à l'approche en réseau et donc à la troisième phase (Hermès) »

L'évolution décrite ci-dessus peut être illustrée comme suit dans le temps :



### 3.2. Le problème et le conflit... le contenu et la relation

Tous les litiges peuvent-ils être traités indifféremment en conciliation ou en médiation ? Toute solution est-elle recherchée en référence à la loi ? L'observation de la diversité des situations traitées en conciliation comme en médiation suffit à répondre par la négative.

Comment dès lors appréhender une situation impliquant des éléments qui ne relèvent pas (uniquement) du droit ou une situation dans laquelle le litige n'est qu'une manifestation du conflit qui oppose les protagonistes ?

On a vu au chapitre précédent que le recours à la loi pouvait se faire en principe en toute circonstance, le cas échéant par voie de triangulation, de transposition ou par

interprétation d'une norme légale. La solution existe, mais elle n'est pas nécessairement personnalisée ou adaptée aux circonstances.

Paul Watzlawick a mis en évidence deux aspects de la communication intéressants dans ce contexte :

« On ne peut pas ne pas communiquer » et  
« Tout communication comporte un contenu et une relation ».

Toute communication comprend ainsi un *aspect substantiel* (contenu) et un *aspect relationnel*. Appliquée au litige et au conflit, ces observations impliquent que

- le contenu du litige correspond au problème posé, à la question à résoudre. Ce problème peut être résolu *en tant que tel*, par exemple par le biais de la loi et de la jurisprudence.
- la relation se réfère au lien entre les protagonistes. Ce lien génère une interaction entre parties : de l'action de l'une va dépendre celle de l'autre.

Tout litige est-il un conflit ?

Selon Milburn la réponse dépend de la perception du litige. Autrement dit, le litige deviendrait un conflit par ce que *les parties le perçoivent comme tel*. Or, le conflit crée une « situation d'interdépendance entre deux ou plusieurs parties dans laquelle une des parties au moins constate une menace de ses intérêts, de ses valeurs ou de ses besoins par une action intentionnelle ou par négligence de l'autre »<sup>22</sup>. La reconnaissance d'un conflit dépend donc de la pondération que les protagonistes font entre l'aspect substantiel et relationnel du litige. Cette reconnaissance est fonction des personnes et du contexte. Sans perception du conflit, il n'y a pas de conflit et sans conflit il n'y a probablement pas de médiation !<sup>23</sup>

La loi (matérielle) n'opère pas de distinction entre litige et conflit, selon les critères qui viennent d'être définis : le caractère général et abstrait de la norme exclut une prise en compte des perceptions et des attributions des parties. Ce n'est qu'au moment de son application que la loi aménage au juge et au conciliateur le pouvoir de tenir compte des « circonstances du cas d'espèce », parmi lesquels on trouve généralement les circonstances de la création du lien (contrat), le comportement des parties.

La distinction entre litige et conflit dans la loi aurait toutefois son utilité en procédure, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer si une délégation vers un

---

<sup>22</sup> Franziska Tschan Semmer, Psychologie des relations de travail, cours donné dans le cadre de l'Université de Neuchâtel, faculté de psychologie, 1999-2000.

<sup>23</sup> Philipp Milburn, Le droit pénal des mineurs en France, conférence donnée dans le cadre du CEMAJ/Faculté de droit de Neuchâtel, le 6 septembre 2006.

médiateur paraît utile. A défaut, c'est au juge, respectivement au conciliateur prescripteur qu'il appartiendra de faire la distinction.

Reprenons notre exemple de buanderie (cas no 1) :

- si la seule question avait consisté à régler l'utilisation de la buanderie commune dans un immeuble nouvellement construit, on peut imaginer qu'un bailleur ou une gérance adopte un règlement attribuant à chaque locataire par exemple une journée d'utilisation de la buanderie sans que cela ne crée de grandes difficultés.

- dans notre cas, les locataires Clément et Durant se sont toujours arrangés avec leurs voisins, mais les nouveaux locataires (Simon) imposent l'adoption d'un règlement de buanderie tenant compte de leur situation personnelle et de leur emploi du temps. Il y a toutes les chances que nous soyons en présence d'un conflit mettant en lumière bien d'autres éléments que le seul respect du règlement. Si on ajoutait encore la circonstance que les Simon ont déjà bénéficié d'une faveur dans l'attribution de l'appartement ou qu'ils mettent systématiquement en avant leur emploi du temps très chargé pour ne pas participer aux activités communes organisées dans l'immeuble on imagine aisément des discussions dans lesquelles les termes « respect des habitudes, individualisme, manque de collaboration égoïsme, manque d'égards » ou encore « mépris » font leur entrée.

Deux visions s'affrontent dans le second cas : celle du fonctionnement et de la solidarité au sein du groupe, d'une part, celle de l'utilisation optimale de l'espace commun en fonction des exigences personnelles, d'autre part. Le «vivre ensemble» sera donc l'enjeu. Comment l'ensemble des personnes concernées parviendront-elles à créer un espace d'utilisation de la buanderie tenant compte des visions - des rationalités - différentes mises en lumière par chacun des protagonistes. Ces dernières ne sont pas toujours énoncées, respectivement ne sont pas toujours perçues par les protagonistes.

Une des tâches du tiers consistera à clarifier les perspectives mises en lumière par les protagonistes. En pratique, l'attitude des protagonistes face au litige constitue un indice utile, car

- lorsque le litige est connu et déterminé, une solution claire avec une proposition concrète est attendue du tiers qui intervient au nom d'une légitimité conférée par l'Etat. La démarche n'est généralement pas perçue comme un conflit. (ex : reconnaissance d'une dette, validité d'un document, etc.). Dans ce cas, il est intéressant de voir combien toute tentative du tiers de s'écarter d'une approche matérielle est généralement mal perçue par les parties ou par les avocats. La reconnaissance d'un droit ou d'une obligation avec les conséquences est la finalité. Le rapport est vertical.

- lorsque les protagonistes s'investissent en intégrant des éléments extérieurs au litige, l'hypothèse d'un conflit doit être envisagée. Le compromis interviendra s'il contient une proposition acceptable et raisonnable du litige tout en validant les éléments extérieurs. Il s'agit alors de permettre à chaque partie d'accéder à la compréhension de l'autre, comprendre n'étant pas nécessairement synonyme d'accepter. La médiation permet dans ce cas de clarifier ce qui est en cause et ce qui devra être discuté ou négocié, qu'il s'agisse d'éléments juridiques, matériels ou relationnels.

### 3.3. Le litige de premier ordre et de deuxième ordre

Les travaux de Susan Sturm<sup>24</sup> ont mis en évidence deux types de litiges, et partant deux modes de régulation.

Les *litiges de premier ordre* reçoivent une réponse claire lorsque la norme n'est pas respectée. La réponse consiste dans une sanction ou une réparation, en fonction de critères clairement définis dans la loi.

Dans les *litiges de deuxième ordre*, le contexte devient complexe et c'est l'ensemble de la situation qui doit être prise en compte pour générer l'application de la règle. Une réponse uniquement sous l'angle de la norme est dans ce cas incomplète et insatisfaisante, car, selon De Munck<sup>25</sup>, « se limiter au mode premier de litige, c'est renoncer à réguler ». L'auteur cite comme exemple le harcèlement qui, à l'inverse d'une violation claire d'une règle de discrimination, résulte souvent d'un faisceau de faits et de comportements souvent inconscients qui au final démontrent l'existence d'une discrimination.

En conclusion, les outils se diversifient, parce que les litiges et les conflits se diversifient.

## **Chapitre 4. Conciliation et médiation : les modèles d'intégration**

Poser la question de l'insertion de la médiation dans un système judiciaire, c'est poser la question en termes de pouvoir.

Le *pouvoir* de l'Etat et le degré de contrôle relèvent d'un choix de société. Il peut prendre diverses formes allant de l'absence de réglementation à la mise en place d'une réglementation contraignante (règle impérative ou indisponible) ou encore laisser une marge d'appréciation aux parties (règle dispositive ou disponible).

---

<sup>24</sup> Susan Sturm, citée par Jean de Munck, *Justice et médiation*, conférence donnée dans le cadre du colloque du CEMAJ, Neuchâtel 21 septembre 2006

<sup>25</sup> De Munck, *ibidem*

Exemple : en Suisse, le mariage est célébré devant l'officier d'Etat civil et le divorce prononcé par le juge. La notion de divorce pour faute a été supprimée et le divorce par requête commune accepté. Les conséquences du divorce restent toutefois soumises au contrôle du juge, même si le principe de la séparation relève désormais de la volonté des parties. A l'inverse, la loi fédérale sur le partenariat enregistré<sup>26</sup> permet à des personnes de même sexe de s'unir selon une forme reconnue par l'Etat. L'union, comme la désunion interviennent hors contexte judiciaire. Le canton de Neuchâtel<sup>27</sup> a opté pour un partenariat ouvert également aux couples hétérosexuels, comme alternative au mariage. Là également union et désunion sont une affaire privée.

*L'exercice du pouvoir* peut être direct ou indirect, par délégation. Une exigence de transparence accompagne généralement l'activité de l'Etat. Elle s'applique également aux outils mis en œuvre.

Ainsi, l'activité de la justice se traduit par la transparence et la (pré)visibilité des règles, mais aussi par une transparence quant à la *finalité* de la règle. Tel n'est pas toujours le cas de la médiation ce qui est contestable. En effet, l'insertion de la médiation détermine le degré d'autonomie, mais également de responsabilité que l'on entend faire porter à la collectivité et au citoyen dans un monde qui se diversifie (ex : mondialisation, migration). La distribution du pouvoir au sein de l'Etat doit donc être identifiée ou identifiable. Il s'agit à mon sens d'un principe découlant de la démocratie.

Il est intéressant pour la praticienne de constater que si les libertés individuelles sont dans nos sociétés occidentales très fortement revendiquées, l'appel au juge notamment pour des cas de bagatelles est fréquent. Il y a donc une (nouvelle ?) demande de régulation à laquelle il incombe de répondre, notamment dans une perspective de paix sociale.

#### **4. 1. Le principe du caractère général de la norme remis en cause**

Nous avons défini la loi comme un ensemble de règles générales, abstraites et visibles, applicables à un nombre indéterminé de personnes, ce que traduit l'expression « nul n'est censé ignorer la loi ». Le caractère général et abstrait de la norme génère chez le justiciable une attente : la règle doit être « juste » et « objective ».

Nous avons vu toutefois qu'en pratique tel n'était pas toujours le cas. D'une manière générale, l'évolution du droit et sa diversification battent en brèche le principe du caractère absolu et général de la loi. La loi n'est plus systématiquement l'expression

---

<sup>26</sup> Loi fédérale sur le partenariat enregistré de personnes de même sexe du 18 juin 2004 qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007 (Loi sur le partenariat ; LPart) <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2004/2935.pdf>

<sup>27</sup> Loi sur le partenariat enregistré du 27 janvier 2004, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2004 <http://rsn.ne.ch/ajour/default.html>

du juste et de l'objectif. Par ailleurs, l'inflation législative conduit à un manque de transparence, la loi devient difficile dans son accès et dans sa compréhension. On assiste également à la mise en œuvre de lois incomplètes ou contradictoires. Certaines lois sont si techniques que non seulement elles perdent leur caractère général et abstrait, mais qu'elles ouvrent également la porte à des lacunes juridiques<sup>28</sup>. Cette évolution a des conséquences sur la perception du justiciable. Certes, la justice tente d'appréhender ces situations en ouvrant un espace de créativité au juge amené à combler une lacune ou à appliquer un raisonnement par analogie. Ce phénomène génère cependant un sentiment d'insécurité chez le justiciable : la transparence n'est plus garantie, la solution n'est plus prévisible et les risques d'erreur se multiplient. Cette situation peut devenir source d'incompréhension, voire d'une méfiance qui conduit le justiciable à chercher des solutions "ailleurs". Il y a confusion entre la notion de *justice* et de *justesse*.

La question a été posée : lorsque nous voulons une solution « juste » ou lorsque nous trouvons une situation « injuste », est-ce que nous réclamons *justice* ou est-ce que nous exprimons notre besoin de *justesse* ?

Dans le premier cas (*justice*), nous revendiquons la sécurité et la protection du cadre légal (égalité de traitement, droit d'être entendu, etc.). C'est l'idée classique de « donner à chacun ce qui lui revient ». La démarche ne met pas nécessairement en présence les personnes impliquées ce qui, selon les circonstances, est perçu comme un inconvénient ou un avantage. Dans le second (*justesse*), l'attente du justiciable implique la prise en compte de perspectives qui ne sont pas toutes appréhendées par la loi, sans pour autant nécessairement en être exclues.

Comment dès lors imaginer un espace et une règle tenant compte à la fois de critères légaux – tel que l'égalité de traitement – et de principes tels que la reconnaissance ou la dignité <sup>29</sup>?

#### **4. 2. L'insertion de la médiation dans un contexte de pouvoir**

On l'a vu, la médiation telle qu'elle est pratiquée notamment par les médiateurs familiaux a été développée dans un contexte culturel et juridique particulier marqué par la tradition du Common Law et le pragmatisme. Il est intéressant de noter à cet égard que la médiation a été utilisée parfois pour atteindre un objectif social.

Tel a été le cas au Québec où la médiation a été introduite dans le contexte d'une réforme du système de perception des pensions alimentaires en 1997. La médiation était alors perçue comme un instrument de protection de la famille, permettant d'atténuer les conflits liés en particulier à la fixation du montant de la pension alimentaire. Le modèle promu au travers de la médiation est celui de la co-

---

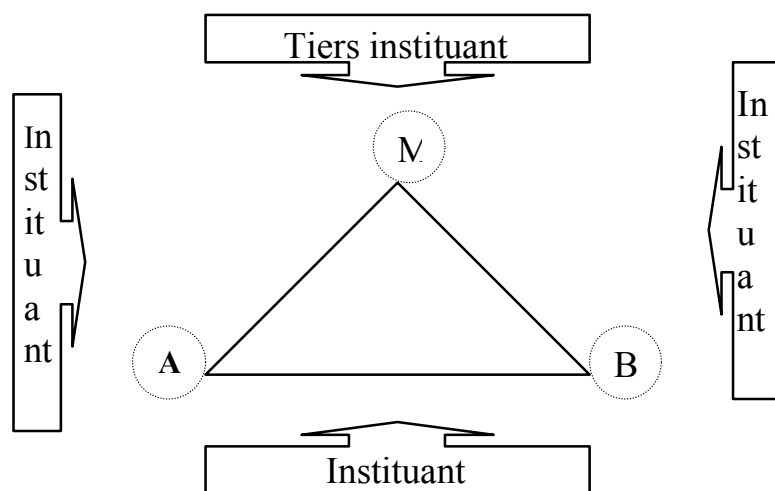
<sup>28</sup> Thomas Probst, Le juge et la loi : quelques réflexions sur l'objectivité du jugement, conférence donnée à l'occasion de la conférence judiciaire des magistrats du canton de Neuchâtel, le 20 septembre 2000.

<sup>29</sup> Joseph Duss von Werth, homo mediator, Geschichte und Menschenbild der Mediation, Ed. Klett-Cotta, 2005, notamment p 258 ss

parentalité<sup>30</sup>. Des dispositions ont dès lors été introduites dans la procédure civile. C'est ainsi qu'il existe pour les couples une obligation de participer à une sensibilisation à la médiation lorsque la demande met en jeu l'intérêt des parties et celui de leurs enfants. Pendant naturel de cette injonction - et par transposition de la logique judiciaire -, la loi prévoit des « dispenses de médiation » dans certains cas<sup>31</sup>. La visibilité de la norme a été assurée, en revanche on peut douter qu'il en ait été ainsi, du point de vue des utilisateurs, de la finalité de l'outil mis en place.

L'institution de la médiation dans les systèmes judiciaires existants traduit une pensée politique, implicite ou explicite. La notion d'*instrumentalisation* de la médiation est utilisée pour décrire ce phénomène<sup>32</sup> caractérisé par une volonté tierce d'utiliser le processus à des fins politiques ou économiques. Dans le cas de la médiation familiale au Québec, le contrôle des pensions alimentaires est à la base de l'institution de la médiation.

Le phénomène d'instrumentalisation peut s'illustrer par recours au schéma traditionnel de la triade, illustrant le processus de médiation



**A, B** = médiés      **M** = médiateur

Ainsi, la médiation se trouve dans ce cas dans un rapport de *dépendance fonctionnelle*. Il y a *pluralité* de tiers. La question de la neutralité du processus mérite une attention particulière dans ce contexte. Des dispositions garantissant son autonomie sont

<sup>30</sup> De la compétition à la collaboration : un changement d'attitude nécessaire à la négociation des responsabilités parentales in La médiation familiale du XXIème siècle ou Le défi de la coparentalité suite à la rupture du couple Actes des journées d'étude Québec-Europe, Québec 1999

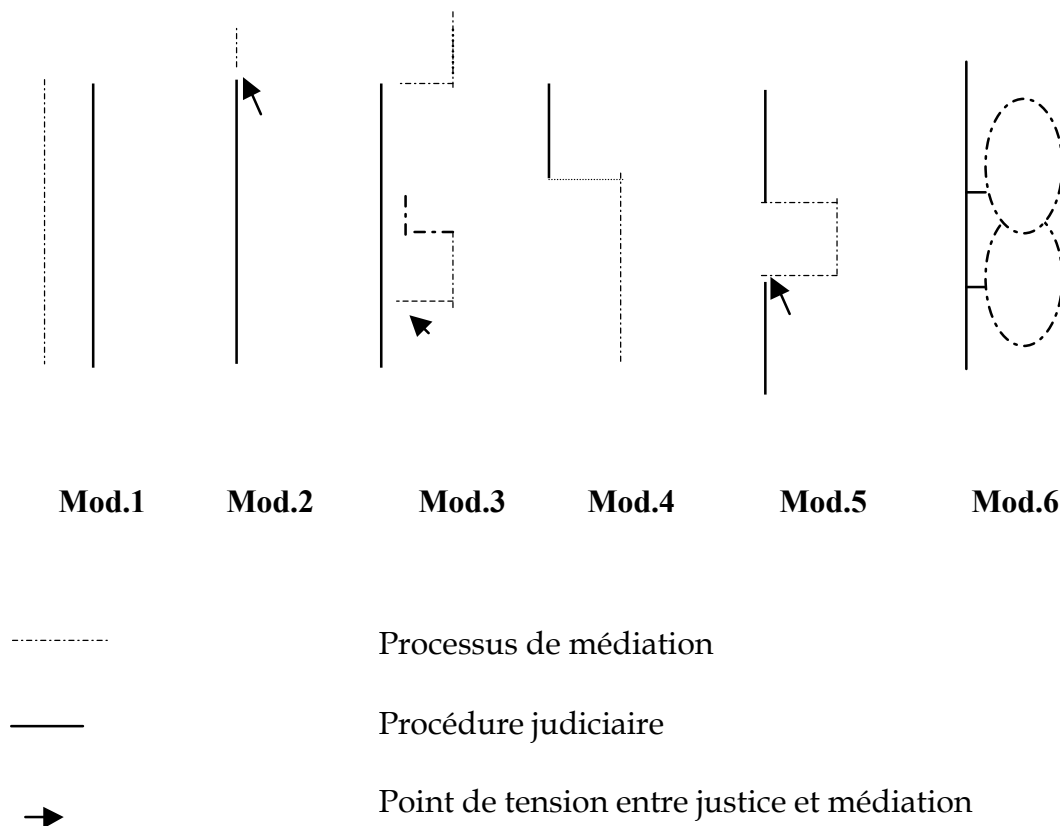
<sup>31</sup> Loi « 65 » et « 14 » modifiant le code de procédure civile du Québec, Art. 814.3 et art. 814.10.

<sup>32</sup> Sur cette question, Isabelle Bieri, Justice et médiation : La médiation est-elle une justice alternative, une alternative à la justice ou une institution sui generis ? réflexion théorique et pratique quant à l'articulation entre justice et médiation, édition IUKB 2001, p. 63ss p.85-92

nécessaires, faute de quoi la médiation ne devient qu'un « Ersatz » de la conciliation judiciaire.

## Chapitre 5 : Indépendance, autonomie, ou complémentarité ?

L'illustration des modèles d'intégration de la médiation dans un système judiciaire a pour but de mettre en évidence s'il y a une (in)dépendance fonctionnelle entre les deux institutions, respectivement de souligner les zones de tension.



Modèle 1 : indépendance, absence d'interaction entre médiation et justice

Modèle 2 : la médiation extrajudiciaire reçoit son homologation, partant sa force exécutoire dans le cadre judiciaire

Modèle 3 : système québécois de médiation familiale. Préalable de médiation obligatoire (couple avec enfants), puis procédure civile avec renvoi en médiation à la demande des parties ou du juge qui continue de rendre les ordonnances nécessaires notamment à préserver l'intérêt des enfants.

Modèle 4 : délégation. A notre connaissance, la loi argentine prévoit ce type d'articulation pour la médiation familiale. La médiation pénale des mineurs en droit suisse - qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007 - se rapproche de ce modèle, dès

lors qu'elle implique un dessaisissement de la justice (classement), lorsque la médiation aboutit. Dans le cas contraire, la procédure est reprise

Modèle 5 : dépendance. Modèle belge de médiation pénale ou modèle français de médiation civile et pénale. Le juge suspend la procédure, puis la reprend à l'issue de la période de suspension qu'il a fixée

Modèle 6 : le modèle proposé est un modèle de cohabitation et de complémentarité dans lequel le recours à la médiation est possible, si nécessaire en tout temps, sans conditions matérielles (pré)imposées par l'instituant ou le juge

Les difficultés d'articulation – illustrées par une flèche oblique – apparaissent en particulier lors de la reprise de la procédure à l'issue d'un processus de médiation, respectivement lors de l'homologation de l'accord de médiation. Cette étape est d'autant plus complexe que la médiation a porté sur des éléments qui sortent du cadre posé, en procédure, par les échanges d'écriture.

On observe actuellement deux tendances : la première consiste pour le juge à définir et à délimiter l'objet de la médiation pour éviter notamment les pièges de l'homologation de points qui pourraient poser problème en cas d'exécution forcée. D'autres considèrent que la reconnaissance du processus de médiation abouti l'emporte sur la nature des l'homologation et que celle-ci peut porter sur l'ensemble des points traités en médiation, donc également sur des éléments qui en relèvent pas du droit. C'est l'*autorité de la chose médiée*<sup>33</sup>, pendant de l'autorité de la chose jugée.

## 5. 2 La médiation dans le contexte (légal) suisse

Plusieurs initiatives ont abouti sur le plan cantonal. On peut citer en particulier le canton de Genève qui a introduit la médiation dans ses codes de procédure civile<sup>34</sup> et pénale. La médiation y est consacrée comme un outil autonome et complémentaire à la procédure judiciaire et à la procédure de conciliation en particulier.

Sur le plan fédéral, le projet d'unification de la procédure civile fédérale consacre le principe « concilier d'abord, juger ensuite ». Les exceptions sont dictées par l'exigence de célérité de la procédure (ex : faillite sans poursuite préalable), découlent de dispositions soustraites à l'autonomie des parties (ex : état civil) ou de la situation des parties (ex : éloignement géographique)<sup>35</sup>.

Le projet définit la médiation comme une *procédure extrajudiciaire* qui s'apparente à la conciliation classique. La distinction entre les deux outils se limite à la description de

---

<sup>33</sup> André Kuhn, Le Droit pénal des mineurs, conférence donnée dans le cadre du CEMAJ, à Neuchâtel, le 6 septembre 2006

<sup>34</sup> Jean A Mirimanoff, L'Eurocompatibilité de la loi no 8931 sur la médiation civile, note à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi genevoise, confrontée aux critères de Strasbourg et de Bruxelles, Semaine Judiciaire 2005 II p. 125ss

<sup>35</sup> Message du conseil fédéral du 28 juin 2006, FF 2006 no 37

la médiation comme un outil obéissant à une « structure formelle » à l'inverse de la conciliation décrite comme une négociation informelle. Le législateur a expressément renoncé à réglementer la médiation, considérant que « les exigences techniques et personnelles relatives aux médiateurs ne peuvent pas être traitées dans une loi de procédure civile ». Sa finalité est décrite comme « la résolution durable du litige au profit aussi de l'allègement des tribunaux ». Elle est directement liée à la procédure de conciliation et possible dans deux cas de figure :

- comme « alternative d'égale valeur à la procédure de conciliation », ce qui laisserait supposer que la médiation n'est possible *en amont* que dans les domaines où la conciliation est prévue
- comme une procédure incidente dans le cadre d'un procès, en première comme en seconde instance.

La médiation civile en Suisse s'inscrit dans les modèles 5 et 6. Toutes les potentialités de la médiation ne sont toutefois pas utilisées. Cette question dépasse toutefois le cadre de mon intervention. La pratique dira ce qu'il en est....

### 5.3. La médiation, un outil générateur de nouvelles règles ?

La tradition de la médiation en Europe est vieille de plusieurs siècles<sup>36</sup>. La médiation ne constitue pas seulement une corde de plus à l'arc de l'Etat. Plusieurs chercheurs mettent en évidence que, au-delà de la relation inter-indivuelle, la médiation offre une nouvelle manière de construire la règle<sup>37</sup>. On parle à cet égard d'*espace de co-construction de la norme* et d'une culture de la délibération où interviendraient à la fois des savoirs « experts » et des savoirs « ordinaires »<sup>38</sup>.

Dans cette optique, la médiation ne résulte pas d'une simple transposition de la logique juridique. Elle constitue un nouvel outil de régulation des rapports entre personnes et partant une forme de démocratie. Ce choix n'est toutefois pas anodin, car il pose la question de la participation et de la responsabilité de l'individu dans une société : « renvoyer le poids de la résolution des problèmes et des conflits principalement sur les parties (...) c'est les renvoyer à leurs compétences (...). Or on constate souvent que la déformalisation favorise ceux qui, culturellement sont capables de mobiliser les meilleurs arguments, de persuader autrui par une rhétorique convaincante, de développer des stratégies, d'occuper la plus grande part de parole, etc. »<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Duss von Werth, *homo mediator. Geschichte und Menschenbild der Mediation*, Ed. Klett-Cotta, 2005

<sup>37</sup> Jean De Munck, Boltanski, etc....

<sup>38</sup> Cf notamment Elisabeth Volckrick et Isabelle Deliège, *Savoirs formels vs savoirs informels, une approche pragmatique*, Recherches en communication no 15 (2001), Belgique

<sup>39</sup> Elisabeth Volckrick et Isabelle Deliège, *ibidem*

## Chapitre 6 : Conclusion

Conciliation et médiation appartiennent toutes deux aux modes alternatifs de gestion des conflits, ce qui est source de confusion.

Que nous faisons appel à la justice ou que nous revendiquions la justesse, le choix que nous opérons correspond à un choix personnalisé, comme à un choix de société. Ces notions peuvent faire appel à des réalités ou grilles de lecture différentes.

La conciliation travaille sur une base qui s'est précisée et définie à travers un processus de *perception*, de *transformation* et de *cristallisation*. La médiation peut partir d'une base connue, ce qui est généralement le cas lorsque le juge délègue une affaire avec un mandat précis. Mais elle peut également consister dans la prise de conscience et la discussion par les médiés des points relevants dans une situation donnée. Cette *mise en commun* des perceptions entre dans la tâche naturelle du médiateur, au même titre que celle du conciliateur consiste à garantir l'application du droit avant de rechercher une solution.

Le contexte légal dans lequel s'insère aujourd'hui la médiation détermine les limites de son utilisation, puisqu'elle sert avant tout à la mise en oeuvre d'une rationalité légale. Dans cette perspective, la médiation, considérée comme une justice privée et négociée par les personnes en fonction de leurs revendications propres peut apparaître comme une menace pour l'Etat. Celui-ci se doit en effet d'assurer une égalité de traitement et une continuité, lesquelles se manifestent généralement au travers de mesures qui visent l'ensemble des personnes qui en dépendent.

Il n'en demeure pas moins que l'appel à la liberté et « la revendication d'un individualisme renforcé par les sujets » nécessite l'adaptation des outils de régulation » faute de quoi il n'y a plus de régulation<sup>40</sup>. Entre les deux, il y a donc un espace qu'il convient de définir par une prise en compte de la diversité des perspectives qui s'offrent face à un monde en changement. Médiation et conciliation ont toutes deux un rôle à jouer dans la régulation d'un monde en mutation où la référence unique n'existe plus.

Le choix entre conciliation et médiation intervient *en amont* lorsque la finalité consiste dans l'application d'une règle connue à une situation *déterminée* et acceptée par les parties qui y trouvent une sécurité pour leur relation. La conciliation constitue dans ce cas une réelle « alternative » au processus de médiation.

Le choix intervient *en situation*, lorsqu'il apparaît que la règle juridique à elle seule ne permet pas d'appréhender et de gérer le conflit dans toute sa dimension. La médiation permet dans ce cas une « construction de la règle en situation », en fonction des attentes, des principes et des références mis en évidence par les protagonistes.

---

<sup>40</sup> Jean de Munck, Justice et médiation, conférence donnée dans le cadre du colloque du CEMAJ, Neuchâtel 21 septembre 2006

C'est dire si la nécessité de comprendre les mécanismes en jeu, en conciliation comme en médiation, doit être analysée par le tiers prescripteur que sont en l'occurrence le juge et le conciliateur. C'est dire aussi que conciliation et médiation ne sont pas sans autres interchangeable. Une réflexion sur les spécificités de la conciliation en tant qu'outil de régulation et garante d'un cadre institutionnel s'impose, celle-ci devenant progressivement le parent pauvre de la médiation.

Je vous remercie de votre attention

\*\*\*\*\*