

« Veillez donc à chercher avant tout la paix »

(St Nicolas de Flue)<sup>1</sup>

## Au pays de St Nicolas de Flue : Médiation et procédure civiles

Plaidoyer

pour une relation saine, efficace et eurocompatible

*de lege lata et de lege ferenda*

par

Jean A. MIRIMANOFF\*

### 1. Pérennité et universalité des valeurs de la médiation

1.1. Au travers des démarches individuelles de St Nicolas de Flue à Henry Dunant ou des initiatives de la Confédération offrant des bons offices se reflètent maintes valeurs de la médiation.

Comme Suisses, nous les considérons comme nationales, alors qu'elles sont aujourd'hui partagées sur le plan universel.

1.2. Facette de l'amour du prochain, la **compassion** face aux souffrances engendrées par les conflits se situe au cœur de la démarche de médiation. Elle a permis d'éviter les maux de la guerre civile entre Confédérés avec le Covenant de Stans, d'atténuer ceux des conflits armés depuis Solferino, ou de contribuer à mettre fin au drame algérien à Evian<sup>2</sup>.

A leur niveau aussi les magistrats sont confrontés aux souffrances humaines, véhiculées et exacerbées par les procès (les combats judiciaires). Leur jugement – constatent-ils impuissants – ne met fin qu'au litige, pas au conflit<sup>3</sup>. C'est ainsi tout naturellement qu'ils

---

\* © Juge au Tribunal de première instance et Président de la Commission de conciliation des baux et loyers à Genève; Membre de la Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale auprès du Conseil d'Etat; Secrétaire Général de Gemme - Suisse; ancien Conseiller juridique au CICR; ancien collaborateur juridique au Bureau Fédéral de la Propriété intellectuelle et à la Division Fédérale des affaires économiques extérieures. Présentation à l'Assemblée générale de la Chambre suisse de médiation commerciale à Berne le 27 avril 2005.

<sup>1</sup> Lettre aux autorités de Berne, D 209-215, citée par Philippe BAUD, Prier 15 jours avec Nicolas de Flue, Nouvelle Cité, 2002. L'auteur commente : "...il ne peut y avoir d'autre chemin pour travailler à l'édification de la paix que celui qui exige de chacun qu'il commence par le chercher au dedans de soi" (p. 69). Cf. sa liste bibliographique (p. 115).

<sup>2</sup> Le Groupement suisse des magistrats pour la médiation et la conciliation (GEMME-SUISSE) a rappelé ces événements symboliques dans le préambule de ses statuts.

<sup>3</sup> Sur les concepts de litige et conflit, cf. Béatrice GORCHS, La Médiation dans le Procès Civil : sens et contresens, RTD civ. n° 3, 2003, p. 409 à 425.

s'interrogent sur le moyen de faire autrement – la médiation – pour contrer la fréquence des rebondissements des conflits civils ou commerciaux entre les mêmes parties, et leur cortège de passions.

1.3. **L'humilité, l'absence de pouvoir et le désintéressement** constituent ensuite de sérieux atouts du médiateur pour mériter la confiance des parties, de sérieuses garanties pour leur **liberté** vers et dans le processus de pacification et pour leur **responsabilité** dans la recherche de solutions mutuellement avantageuses.

Traits communs à la démarche de l'ermite du Ranft et du patricien genevois, ces atouts se rappellent au souvenir du magistrat qui, à son tour, met son glaive au fourreau lorsqu'il propose à ses justiciables, dans les cas qui s'y prêtent, de recourir à la médiation par un tiers. Plus modeste sera le ton de son propos, mieux perçu sera son message.

1.4. **Indépendance, impartialité et neutralité**, ces principes fondamentaux – méconnus dans leur interdépendance – éclairent tant l'aventure de St Nicolas que celle d'Henry Dunant. Erigés en véritables dogmes nationaux avec notre politique étrangère d'engagement en faveur des victimes, ils ont été reconnus sur le plan universel comme principes de la Croix-Rouge<sup>4</sup>.

La casuistique des causes de récusation des juges en est profondément imprégnée, et ils demeurent pour les modes alternatifs de règlement des litiges les indispensables « garde-fous »<sup>5</sup>.

Aussi quel magistrat prendrait-il le risque de recommander à ses justiciables le recours à la médiation par un tiers sans avoir l'assurance que ce dernier en présente les garanties requises ?

1.5. Il est frappant de constater avec la démarche de St Nicolas que si les événements qui l'entourent sont bien connus, le contenu même du processus est resté confidentiel<sup>6</sup>. Seul le résultat en a été dévoilé. Déjà à l'époque la **confidentialité** a permis aux parties de s'exprimer librement, en confiance vis à vis d'autres. C'est aussi elle qui entoure les visites des victimes des conflits par les délégués du CICR, qui permet les entretiens à huis clos, en tête à tête.

De leur côté les magistrats reconnaissent, en la confidentialité, un facteur essentiel pour rendre efficace la conciliation, pour les mêmes raisons<sup>7</sup>.

1.6. Dans les conflits, entre communautés comme entre individus, la médiation préventive tend au maintien de la paix, la médiation réparatrice à son rétablissement.

---

<sup>4</sup> Jean PICTET, Les principes fondamentaux de la Croix-Rouge, Institut H. Dunant, 1979, en particulier ses commentaires sur trois des principes fondamentaux : impartialité, neutralité, indépendance; Hans HAUG, Les principes fondamentaux du mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge, Institut H. Dunant, Gd. P. Haupt, Vienne, 1993, en particulier ses commentaires sur trois des principes fondamentaux : impartialité, neutralité, indépendance.

Ces trois principes sont énoncés dans le projet de code de déontologie des médiateurs de l'UE du 6 avril 2004.

<sup>5</sup> Expression de Xavier LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, *in* Revue de l'arbitrage 2001, n° 3, p. 423 ss.

<sup>6</sup> Charles JOURNET, St Nicolas de Flüe, Ed. La Braconnière, Neuchâtel, 1947.

<sup>7</sup> Jean A. MIRIMANOFF, Mort ou renaissance de la conciliation judiciaire en Suisse ?, RDS, N° 5, 2004, pp. 549 et 550.

Comment la médiation sera-t-elle accueillie dans la procédure civile ? Confronté à elle, le législateur l'est aussi à ses valeurs. Les réaffirmer ou les renier relèvera d'un choix éthique de sa part. Et, comme on le verra, d'un choix technique aussi.

Or ce choix est décisif pour les principaux destinataires de la procédure civile : les magistrats qui l'appliquent.

## 2. De lege lata : la loi genevoise du 28 octobre 2004<sup>8</sup>

### 2.1. La loi genevoise sur la médiation pénale : un précédent ?

Le parlement à Genève est le premier en Suisse à avoir, en 2001, adopté une loi sur la médiation pénale<sup>9</sup>. Le chemin était ainsi pavé pour la médiation civile, puis pour la médiation administrative<sup>10</sup>.

Pourtant, le système de délégation, propre à la médiation pénale et consacré par divers codes de procédure civile nationaux<sup>11</sup>, n'a finalement pas été retenu à Genève même en raison de son risque inhérent : la dénaturation de la médiation<sup>12</sup>.

### 2.2. Genèse de la loi

A notre connaissance, le texte de la loi actuelle est le seul, en Europe, dont le projet ait été élaboré à la fois par des magistrats et magistrates, et des médiatrices et médiateurs, collaboration fructueuse d'où est issu le concept de médiation métajudiciaire<sup>13</sup>.

Les motivations en sont diverses :

- Encourager le recours à la médiation en la légitimant ;
- Rendre aux parties la responsabilité de leur litige ;
- Résoudre, de manière uniforme, les problèmes procéduraux posés par le passage de la procédure au processus, et vice-versa ;
- Offrir, en **complémentarité**<sup>14</sup> avec la procédure civile, un mode plus rapide, plus souple et moins onéreux.

---

<sup>8</sup> GEMME-SUISSE, Médiation civile en Suisse / Mediation in Zivilsachen in der Schweiz / Mediazione civile in Svizzera / Mediación civil in Suiza / Civil Mediation in Switzerland / ГРАЖДАНСКАЯ СОГЛАСИТЕЛЬНАЯ ПРОЦЕДУРА В ШВЕЙЦАРИИ, publié avec le soutien de la Chancellerie de Genève, janvier 2005.

<sup>9</sup> Loi sur l'organisation judiciaire, Titre IX, art. 156 à 161 et Code de procédure pénale, art. 115B et 197A.

<sup>10</sup> Pour l'instant, la médiation administrative a été bloquée, récemment, par le veto des magistrats du Tribunal administratif. Il est vrai que la législation genevoise a déjà consacré dans plusieurs domaines le rôle d'ombudsman : cf. Martine CHENOU et Jean A. MIRIMANOFF, La Médiation Civile ou Métajudiciaire : pour une nouvelle synergie et contre la confusion des genres, *in* : Semaine Judiciaire, n° 10, vol. II, 2003, pp. 285 à 287.

<sup>11</sup> Le nouveau code civil français de 1995, le code civil italien de 2004 et le récent code de procédure civile belge adopté le 21.02.2005 mais non encore entré en vigueur.

<sup>12</sup> Nathalie BORNOZ et Julien KNOEPFLER, Médiation pénale : le choc des éthiques, *in* l'Ethique et le droit, Edition Universitaire, Fribourg, 2000, p. 231 ss.; Anne-Catherine SALBERG, Médiation, de la rupture au lien, *in* Pratique Judiciaire actuelle, 2002, p.1405 à 1406.

<sup>13</sup> Voir note 10 in fine.

<sup>14</sup> GEMME-SUISSE adopté dans ses statuts la terminologie classique : modes amiables, et non alternatif (à la fois inexact et provocateur).

Après avoir reçu l'approbation du barreau et de la Faculté de droit, le projet a été amélioré et renforcé par la commission législative du Grand Conseil <sup>15</sup>, pour être adopté à l'unanimité, avec une abstention, par le Parlement genevois les 20 et 28.10.2004.

### 2.3. Objectifs et limites

2.3.1. La loi poursuit essentiellement trois objectifs bien ciblés :

a) consacrer la légitimité du processus : sanctifiée par la loi, la médiation pour les parties à la procédure peut désormais s'épanouir, à l'initiative du juge ou la leur, à tous les stades de la procédure et dans tous les domaines du droit civil et commercial, y compris le droit de la famille (malgré l'existence de droits indisponibles), le droit du bail et le droit du travail (malgré l'existence des normes impératives) <sup>16</sup>.

b) Unifier les problèmes de passages de la procédure au processus et inversement <sup>17</sup>, sans la réglementation desquels subsistent le risque de diversité des pratiques (**insécurité procédurale**) et celui de l'intrusion du magistrat dans le processus (**dénaturation**).

c) Codifier les principes de déontologie : le magistrat prescripteur de la médiation et ses justiciables doivent être assurés d'un processus équitable, par **l'indépendance, l'impartialité et la neutralité** du médiateur d'une part, et de son efficacité par la **confidentialité** qui féconde et garantit la recherche de solutions inédites d'autre part.

2.3.2. En même temps la loi pose des limites claires :

a) Les compétences du magistrat et du médiateur sont bien définies : à chacun sa fonction, sans ingérence ni interférence.

b) Les grandes libertés qui caractérisent la médiation sont préservées : liberté contractuelle, liberté de contracter, liberté d'entrer et de se retirer du processus en tout temps, sans contrôle du juge.

En ce sens, le concept métajudiciaire de la loi genevoise se distingue et se distance fortement du système de contrôle – formel ou matériel – du processus par le juge <sup>18</sup>.

### 2.4. Structure et systématique

La loi sur la médiation civile complète et modifie à la fois la loi sur la procédure civile (E 3 05), la loi sur l'organisation judiciaire (E 2 05) et d'autres lois cantonales (E 3 10, E 3 15 et E 4 05).

---

<sup>15</sup> Christian LÜSCHER, Rapport de la commission législative chargée d'étudier le projet de loi modifiant la loi de procédure civile (E 3 05) (médiation civile) du 21.09.2004.

<sup>16</sup> Au sujet de l'homologation des accords issus des MARL, cf. note 5.

<sup>17</sup> Isabelle BIERI et Jean A. MIRIMANOFF, Justice et Médiation : autonomie ou complémentarité ? Quelques réflexions sur une articulation possible, dans la perspective de la PCS, Présentation à l'assemblée générale de l'Association suisse des Magistrats (ASM), Fribourg, le 22.11.03, p. 6, donnent une liste exemplative de ces problèmes techniques.

<sup>18</sup> Contrôle formel avec la loi française et belge, contrôle matériel avec la loi italienne. Pour une vision d'ensemble : cf. Jayne SINGER et Cameron McKENNA, The EU Mediation Atlas : Practice and Regulation, Ed. Karl Mackie, CEDR, 2005.

Avec la perspective de la PCS, seules les dispositions figurant dans la loi genevoise d'organisation judiciaire lui survivront. Il s'agit, pour l'essentiel, des dispositions réglant :

- Les conditions d'inscription aux tableaux des médiateurs et institutions de médiation ;
- Le contenu des tableaux et leur mise à jour ;
- Le serment ;
- La déontologie (indépendance, impartialité, neutralité et confidentialité) ;
- La commission de préavis en matière civile et pénale (composition, compétences, fonctionnement) ;
- Les sanctions disciplinaires.

### 2.5. Mesures d'accompagnement

La loi ne mentionne pas l'ensemble des conditions qui lui sont nécessaires pour développer le recours à la médiation judiciaire, par ex :

- La sensibilisation et la formation des acteurs, au sein de l'université, du barreau et de la magistrature <sup>19</sup> ;
- La tenue de statistiques ;
- Des études de satisfaction, ou des bilans intermédiaires entre les principaux acteurs : magistrats, médiateurs et membres du barreau, permettant de rendre plus performant le système métajudiciaire ;
- L'existence de centres crédibles de formation, dans les cantons ou en Suisse.

### 2.6. Expérience pilote : naître, pour renaître ou pour disparaître ...

L'absence de dispositions idoines dans l'AP-PCS ne laisse pas d'inquiéter quant à l'avenir de la médiation civile en Suisse. L'esprit de médiation, que tentent d'insuffler les dispositions de la loi genevoise, va-t-il disparaître avec elle ? Les valeurs de la médiation qu'elle réaffirme, vont-elles être reniées ? Ses solutions aux problèmes techniques, ignorées ?

Genève a ainsi lancé une expérience pilote, sans que le temps suffisant ne lui soit donné, d'ici le PL fédéral, pour démontrer la crédibilité et la fiabilité de la médiation métajudiciaire. On devra bien reconnaître le fort taux du succès de la médiation en Angleterre : environ 80 % (cf. note 19) et à l'occasion d'expériences pilotes en France : entre 50 % (cassation) et 80 % (cour d'appel), par exemple.

## 3. De lege ferenda: La PCS

Le projet de la loi genevoise, au moment de son élaboration, était connu des auteurs de l'Avant projet de la PCS <sup>20</sup>. Le rapport le passe sous silence. Il a été depuis, à plusieurs reprises, traduit et diffusé en allemand, lors de la procédure de consultation et jusqu'à tout récemment <sup>21</sup>. Sans rencontrer jusqu'à présent de véritable écho dans les amendements timides, incomplets et déstructurés relatifs à la médiation civile.

<sup>19</sup> Cf. CEDR, Court referred ADR, A guide for judiciary, 2nd ed. , October 2003.

<sup>20</sup> L'auteur de ces lignes l'a remis au membre genevois de la commission d'experts...

<sup>21</sup> Voir note 8.

La loi genevoise reçoit certes un lot de consolation : elle partage son sort avec les législations européennes et les recommandations du Conseil de l'Europe, plongées avec elle dans le fleuve du Léthé. Certes, le repli sur soi se banalise dans notre pays. Mais lorsqu'il confine au reniement des valeurs de la médiation, le paradoxe doit être relevé, au pays de St Nicolas de Flue!

### 3.1. Pour une relation saine

Une relation saine entre la médiation et la procédure civiles suppose que les caractéristiques, l'essence de chacune, soient préservées. Or tel n'est pas le cas avec les systèmes qui placent l'une sous le contrôle de l'autre, avec des risques d'interpénétration conduisant à la dénaturation de la médiation.

Il existe en Europe une série de systèmes entre lesquels le législateur fédéral peut choisir (voir note 18 *in fine*), y compris de ne dire **rien**, ou **trop peu** dans la loi, ce qui ne va pas sans inconvénients, puisque la médiation existe.

Il importe donc de bien cerner les compétences du magistrat et du médiateur, sans toucher au processus en tant que tel.

### 3.2. Pour une relation efficace

Le message qui s'exprime au travers d'un texte de loi – tout particulièrement la procédure civile – influence son principal lecteur : le magistrat chargé de l'appliquer dans le quotidien. Une **construction claire et bien structurée** est d'autant plus nécessaire pour la PCS que l'on introduit une nouvelle institution, encore mal connue du monde judiciaire suisse : la médiation. Si le souffle de la médiation ne se reflète pas dans le texte, s'il faut la retrouver, tel un caméléon, camouflée et dispersée dans des dispositions à la fois disparates, peu claires et incomplètes, comment espérer développer ainsi l'envol de la médiation pour les parties au litige ? A la fois démotivé par un texte abscons et sans fil conducteur, et dérouté par une institution dont il ne peut pas discerner les contours, quel magistrat prescrirait-t-il dans de telles conditions le recours à la médiation ?

Un texte clair énonce les champs d'application temporel et matériel de la médiation. Tous les pays qui ont légiféré le prévoient : pour tous les litiges civils et commerciaux, et à tous les stades de la procédure.

La flexibilité et l'ouverture qui doivent caractériser la mise en place des modes alternatifs permettent, par exemple, aux parties qui y ont intérêt, de faire homologuer par le magistrat un accord issu d'une médiation extrajudiciaire.

Les modalités et les conditions d'homologation – en conciliation et au cours de la procédure – comme toutes les autres questions d'articulation entre procédure et processus ne peuvent être laissés à la fantaisie des uns et à l'initiative des autres. Comme l'énonce Guy CANIVET, premier magistrat civil de France, il incombe au législateur de définir la politique judiciaire<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Guy CANIVET, *in* Martine BOURY D'ANTIN, Gérard PLUYETTE et Stéphen BENSIMON, Art et Techniques de la médiation, Litec, Paris, 2004, p. 200.

Laisser à la jurisprudence le soin de régler des questions techniques importantes, c'est laisser libre cours aux pratiques disparates. C'est à la fois abandonner l'idée d'unification de la PCS, ouvrir le champs à l'insécurité procédurale et risquer la dénaturation de la médiation par le juge.

### 3.3. Pour une relation eurocompatible

La loi genevoise peut subir sans crainte le test de son eurocompatibilité avec les critères de Strasbourg et ceux de Bruxelles <sup>23</sup>.

Qu'en sera-t-il de la PCS ? Au risque de paraître simplifier la question, il n'est cependant pas téméraire d'affirmer qu'un texte qui établira à la fois une relation saine et efficace entre la procédure civile et le processus de médiation, dans les conditions esquissées ci-dessus, sera conforme aux résolutions adoptées par le conseil de l'Europe, dont la Suisse fait partie.

### CONCLUSIONS : Réaffirmer ou renier les valeurs de la médiation ?

Parmi de nombreuses définitions, on dit que la médiation est parfois un état d'esprit, parfois un passage.

Un état d'esprit : celui qui, aussi, anime l'auteur de tout projet législatif. Sera-ce la confiance, ou la peur ?

Un passage : celui qui mène de la *lex lata*, la loi genevoise, à la *lex ferenda*, la PCS. Ne faut-il pas encore espérer que la barrière, délibérément placée entre elles, finira par s'ouvrir ? Que les idées véhiculées par la loi genevoise et les recommandations du Conseil de l'Europe seront finalement intégrées pour l'essentiel dans la PCS ?

Quel sera le choix proposé au législateur fédéral : réaffirmer les valeurs de la médiation, avec un texte clair, précis et bien structuré, ou les renier, avec un texte dépourvu de conviction ?

De cette réponse dépendra, en large partie, l'essor de la médiation civile ces prochaines décennies en Suisse, au pays de St Nicolas de Flue.

\* \* \*

---

<sup>23</sup> Jean A. MIRIMANOFF, L'eurocompatibilité de la loi sur la médiation civile du 28.10.2004, Note à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi genevoise, confrontée aux critères de Strasbourg et de Bruxelles, *in* Semaine Judiciaire, n° 5, Vol. II, avril 2005, pp. 125-139.