

# L'ESSOR DE LA MEDIATION EN EUROPE ET EN SUISSE ET LE ROLE DES JUGES

par Jean A. MIRIMANOFF\*

## Introduction

La résolution des conflits en matière civile et commerciale repose sur **un ensemble de systèmes, privés et étatiques** : la négociation, la médiation, la conciliation, l'arbitrage et la procédure civile. (De plus, dans certains domaines, des offices d'ombudsmen peuvent également être saisis). Tous ces systèmes ont leur génie propre, avec leurs avantages et leurs limites, aussi. Les uns vis à vis des autres, ils sont placés en situation de **complémentarité**, parfois de **synergie**.

Dans tous les domaines du droit civil et commercial, les parties demeurent maîtres de leur conflit et, corollairement, libres de choisir, sous réserve de l'ordre public, le système le plus apte à le résoudre; or il incombe au magistrat de les aider à exercer ce choix (Guy CANIVET, Art et Techniques de la médiation, Paris, Litec, 2004, p. 202). Et même lorsque la loi prescrit la voie de la procédure civile, le recours à la conciliation, à la médiation ou à l'arbitrage n'est jamais totalement exclu. La sélection entre ou au sein de ces systèmes s'avère importante et délicate, ce qui rend nécessaire, le cas échéant, la **libre circulation d'un système à l'autre** et à tous les stades de la procédure.

Or, parmi ces systèmes, la médiation demeure encore méconnue en Suisse, en particulier son rôle spécifique : tandis que la conciliation, l'arbitrage et la procédure civile partagent le but commun de résoudre l'objet du litige sur la base du droit, le processus de médiation a vocation à restaurer le dialogue par la facilitation du tiers, grâce à laquelle les parties parviennent par elles-mêmes à forger leur propre solution sur la base de leurs intérêts communs (win/win). La médiation se situe donc sur un niveau différent, sans qu'il n'en résulte de signification hiérarchique. Insuffisamment explorée, et exploitée, la médiation existe cependant dans notre pays et son essor s'avère incontournable. Dans ce contexte, le rôle des magistrats du pouvoir judiciaire gagne à être mieux connu.

## I LA MÉDIATION DANS NOTRE CULTURE

La médiation serait-elle vieille comme le monde ? Serait-elle universelle, puisqu'elle existe, en Afrique, en Asie et chez les Indiens Inuit, parmi d'autres peuples ? Dans notre civilisation, serait-ce vraiment une découverte, c'est-à-dire une technique typiquement anglo-saxonne datant du siècle dernier ?

---

\* Juge au Tribunal de 1<sup>ère</sup> Instance, Président de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, Membre de la Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale, Médiateur agréé au tableau officiel, GENEVE; Secrétaire général de Gemme-Suisse et Membre du Conseil d'administration de Gemme; ancien Conseiller juridique au CICR.

Il est évident que la médiation est bien présente dans nos racines aussi, quelles soient gréco-romaines ou judéo-chrétiennes, et qu'elle a survécu jusqu'à la fin du XVIIIème siècle. Sa réapparition en Europe apparaît donc plutôt comme un phénomène de renaissance. Quelques références aux modèles empruntés dans notre histoire peuvent nous en convaincre (Joseph DUSS - VON WERDT, Homo Mediator, Geschichte und Menschenbild der Mediation, Klett-Cotta, Stuttgart, mars 2005).

a) le monde gréco-romain

Parmi ses multiples fonctions et attributs, on reconnaît à Hermès le rôle de médiateur entre Zeus et les hommes.

Par ailleurs Jacqueline Morineau compare la tragédie antique, née en Grèce à une époque charnière où un monde bâti sur la croyance en des forces supérieures divines bascule en un nouvel ordre fondé sur la raison humaine, à la médiation, apparue aujourd'hui en temps de crise profonde sur le sens de la vie. La tragédie grecque se déroule selon un processus ressemblant étonnamment à celui de la médiation ; elle commence par la "theoria", ou exposé des acteurs de la tragédie, se poursuit par la "crisis" ou confrontation des protagonistes, et s'achève par la "catharsis" ou purification par l'expression et la reconnaissance de la souffrance. Le chœur antique qui reprend, commente, ponctue la tragédie, c'est une pré-figure du médiateur (Jacqueline MORINEAU, L'Esprit de la médiation, Trajets, Ed. Erès, 2001, p. 82 ss.).

b) le monde judéo-chrétien

Dans le judaïsme, Moïse, qui parle au Seigneur, et le Seigneur qui parle à Moïse et envoie, par son intermédiaire, le décalogue, première alliance entre Dieu et les hommes, apparaît comme un médiateur, un "entremetteur" capable de communiquer aux hommes les désirs du Seigneur et de lui transmettre les peurs et les aspirations de son peuple. C'est le cas aussi des prophètes de l'Ancien Testament, rôle qui culminera, dans le Nouveau Testament, dans la personne de Jésus Christ.

Le Christ est à la fois médiateur entre Dieu et les hommes et entre les hommes entre eux. De par ses deux natures divine et humaine, Il est la passerelle qui permet aux parties (Dieu et les hommes) d'entrer en relation, ce que symbolise la croix, reliant verticalement Dieu à l'humanité et horizontalement les hommes entre eux : "Voilà pourquoi Il (le Christ) est médiateur d'une alliance nouvelle, d'un testament nouveau" (Epître aux Hébreux, 9.15).

c) En Suisse

Nicolas de Flue, anachorète mystique d'Obwald (1417-1487) fut un ermite très ouvert sur le monde puisqu'il dispensa ses conseils auprès des puissances européennes qui le sollicitaient, que ce soit la République de Venise, le duc de Milan ou celui d'Autriche. Par son intervention à la Diète de Stans (1481), il permit aux Confédérés d'éviter une guerre civile par un compromis historique "le Covenant de Stans" qui fut la base de la coexistence pacifique entre cantons primitifs pendant plusieurs siècles. Il est intéressant de noter que les sujets fondamentaux des exhortations politiques de Flue à l'adresse de ses compatriotes sont l'esprit de paix, la non-intervention dans les affaires de l'étranger et la modération. Nicolas de Flue est le Saint patron de la Suisse (Charles JOURNET, St Nicolas de Flüe, Ed. La Braconnière, Neuchâtel, 1947).

Après la défaite de Marignan, qui brisa les ambitions militaires des Suisses, notre pays, suivant les conseils de Nicolas de Flue, s'oriente vers la neutralité et l'abandon de grandes visées politiques. La neutralité des cantons suisses sera reconnue pour la première fois dans le Traité de Westphalie (1648), issu de la plus vaste médiation de l'histoire diplomatique occidentale, médiation conduite par Aloysius Contarini, Ambassadeur de la Sérénissime République de Venise, neutre à l'époque.

N'est-ce pas la neutralité qui a amené la Suisse à offrir ses bons offices en matière internationale, à accueillir la Convention de Genève et la création de la Croix-Rouge, à vouloir ainsi remplir un rôle de médiatrice internationale ? Elle possède en tous cas nombre des traits du médiateur : absence de pouvoirs, indépendance, impartialité, neutralité et aussi confidentialité.

## II CONTEXTES EUROPEEN ET SUISSE

### II.1. Législations nationales

En Europe, la médiation a pris son essor, selon les pays, depuis une quinzaine d'années, d'abord sous la forme conventionnelle ou non-judiciaire, puis de manière tantôt pragmatique, tantôt consacrée par la loi, sous la forme judiciaire.

En Europe ont déjà légiféré la France (1995), la Grande-Bretagne (1999), l'Autriche (2004), l'Italie (2004) et la Belgique (2005) tandis que la Norvège, le Danemark, la Finlande, la Pologne, la Slovaquie, la Slovénie et, peut-être, la Fédération de Russie s'approprieraient à le faire; d'autres pays ont prévu la médiation en la limitant à certains litiges : le Portugal (2001) pour les petits litiges civils, la Hongrie (2002) pour certains litiges civils, et l'Irlande (2004) pour les litiges commerciaux (Jayne Singer and Cameron McKenna, *The EU Mediation Atlas : Practice and Regulation*, CEDR, 2005).

Or le rôle de magistrats du pouvoir judiciaire convaincus des bienfaits de la médiation a été souvent décisif dans le processus législatif ou dans la mise en œuvre d'expériences pilotes (Béatrice GORCHS, *Médiation et conciliation dans les différents systèmes judiciaires européens*, Discours de synthèse général, Actes du Colloque de Grenoble du 2 juin 2005, Petites affiches n° 245 du 9.12.2005; L'Europe centrale et orientale n'étant pas de reste : Aleš ZALAR, *Report on Mediation in Slovenia, in particular in civil and criminal matters*, in CEPEJ, *Mediation*, Strasbourg, October 2003, p. 10 ss., étant relevé que des magistrats de la Fédération de Russie témoignent eux aussi d'un grand intérêt pour la médiation commerciale, comme on a pu le constater à la Table ronde de Sotchi, en novembre 2005, organisée conjointement par le Conseil de l'Europe et la Cour Suprême de Commerce de la Fédération de Russie, réunion que présidait M. Alexandre A. ARIFOULINE, vice-président de cette haute juridiction).

## II.2. Conseil de l'Europe

Suite à une recommandation générale sur les principes de procédure civile propres à améliorer le fonctionnement de la justice Rec. (84)5, le Conseil de l'Europe a adopté les textes suivants en matière de médiation :

- la Recommandation sur la médiation familiale, Rec. (98)1;
- la Recommandation sur la médiation pénale, Rec. (99)19;
- la Recommandation sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées, Rec. (2001)95;
- la Recommandation sur la médiation civile du 18.09.2002, Rec. (2002)10;
- les Conclusions de la Première Conférence des juges sur «le Règlement précoce des litiges et le rôle des juges» du 25.11.2003.

La médiation figure également en bonne place dans l'avis n° 6 (2004) du Conseil consultatif des juges européens, qui a émis une série de propositions et recommandations concrètes à l'intention des divers acteurs nationaux concernés : pouvoir législatif, magistrature, universités, etc.

En tant que membre du Conseil de l'Europe, la Suisse ne saurait bien évidemment oublier les travaux précités au moment où elle élabore un code de procédure civile unifiée (PCS).

## II.3. Union européenne

Les travaux menés au sein de cette organisation ont eux aussi abouti à des textes importants pour l'essor de la médiation en Europe :

- le LIVRE VERT sur les modes alternatifs de résolution des litiges relevant du droit civil et commercial du 19.04.2002, COM (2002)196 final;
- le projet de Code de conduite européen pour les médiateurs du 6.04.2004;
- la proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale du 22.10.2004, COM (2002)718 final.

Cette dernière proposition vient de faire l'objet d'une large consultation au sein des organisations concernées, et la question de savoir quelle en sera la portée (seulement transnationale, ou valable pour l'ensemble de l'Union) n'a pas encore été résolue et sera d'ici quelques semaines soumise au Parlement européen.

## II.4. Gemme

En décembre 2003, le Groupement européen des magistrats pour la médiation a vu le jour à Paris (Gemme). Il est présidé par Guy CANIVET, premier président de la Cour de cassation de Paris et animé par Béatrice BLOHORN-BRENNEUR, juge à la Cour d'appel de Grenoble.

Il s'est fixé pour objectifs d'encourager le recours à la médiation, de renforcer la nouvelle conciliation judiciaire et d'être à l'écoute des autres modes amiables de résolution des litiges (MARL, en anglais ADR : amicable dispute resolutions). Ses membres déploient leurs

activités à la fois dans le contexte de leur juridiction, sur le plan national et sur le plan européen, et dans une série de domaines tels que l'initiative de procédure pilote, les propositions en vue de modifier la procédure civile, l'encouragement ou la participation à des séminaires, séances d'information ou cours de formation.

Il est composé de 10 sections nationales dans les pays suivants : Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Norvège, Pays-Bas, Portugal et Suisse.

Il tient des colloques annuels : en décembre 2005 à Paris, en mars 2006 à Rome, en juillet 2007 à Berlin, tandis que des séminaires de formation ouverts à tous les magistrats membres ont déjà été organisés conjointement par la section française et l'Ecole Nationale de la Magistrature à Versailles en novembre 2004, à Grenoble en juin 2005, et le prochain est prévu à Bayonne en juin 2006. Ces manifestations réunissent l'ensemble de ses membres, et des personnalités de l'industrie, du commerce, du monde judiciaire, politique et universitaire.

Les magistrats ont fait valoir que les modes amiables de résolution, en particulier la médiation, répondent à la fois à la demande de diversification et d'élargissement de l'exercice de la justice, aux besoins des personnes et des entreprises en solutions souples, rapides et à un moindre coût, et à leur désir de se réappropriier la responsabilité de résoudre par elles-mêmes leur différend.

Comme l'exemple de maint pays l'enseigne, le recours à la médiation est particulièrement approprié à tout litige comportant une charge émotionnelle, et à ceux mettant aux prises des parties à un contrat de durée. Bref, là où le rétablissement des liens est bienvenu.

Tels sont les objectifs recherchés, étant précisé que la décharge éventuelle qui peut en résulter pour les juges n'en serait qu'une conséquence. Dans l'optique européenne, ou tout au moins celle de Gemme, la médiation ne saurait constituer dans un Etat de droit digne de ce nom, l'ancille d'une justice civile dont le dysfonctionnement ou la surcharge la ferait se décharger sur ce nouveau mode de résolution. Cette vision des choses n'est pas nécessairement partagée par les magistrats d'autres continents (La 2<sup>ème</sup> Commission d'Etude de l'Union Internationale des Magistrats a, ainsi, libellé son questionnaire de manière contestable du point de vue de la médiation : "Les solutions alternatives de résolution des litiges destinées (sic) à faciliter la justice et réduire les retards dans la procédure civile").

## II.5. Le contexte suisse

Dans notre pays également, la médiation a commencé à se pratiquer il y a une quinzaine d'années sous la forme conventionnelle. Elle n'a été reconnue et introduite que tout récemment dans des lois de procédure de quelques cantons seulement : AG (en matière de droit pénal des mineurs), BS (en matière de médiation interculturelle), FR (l'art. 120 al. 2 Cst. stipule que la loi peut prévoir des MARL), GL (en matière civile), NE (en matière familiale et en matière de droit pénal des mineurs), TI (en matière familiale, notamment), ZH (en matière d'assistance juridique pour la médiation familiale), la présente liste n'étant pas exhaustive. La loi sur la médiation civile de la République et canton de Genève du 28 octobre 2004, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005, en représente l'exemple le plus complet et structuré.

(Le texte français, allemand et italien en est disponible à l'adresse internet suivante : [http://www.skwm.ch/wDeutsch/dokumente/Dokumente\\_franz/mediation\\_civile.pdf](http://www.skwm.ch/wDeutsch/dokumente/Dokumente_franz/mediation_civile.pdf) ou [http://www.infomediation.ch/uploads/mediation\\_civile.pdf](http://www.infomediation.ch/uploads/mediation_civile.pdf) )

Sur le plan fédéral, le silence de l'avant-projet de procédure civile suisse a conduit le Groupement suisse des magistrats pour la médiation et la conciliation (créé en octobre 2004 et admis au sein de Gemme en décembre 2004) à élaborer une proposition concrète pour la PCS qui a été présentée à l'Office fédéral de la justice le 1<sup>er</sup> juillet 2005, avec le double soutien de la Chambre suisse de Médiation commerciale et de la Fédération suisse de médiation. (La version en allemand, français et italien est disponible à l'adresse internet suivante : [http://www.secretantroyanov.com/gemme/doc/GEMME\\_Suisse.pdf](http://www.secretantroyanov.com/gemme/doc/GEMME_Suisse.pdf) )

Cette proposition présente les caractéristiques suivantes :

1. Un système structuré, en un seul chapitre (ou titre) qui fait ressortir **l'autonomie** de la médiation (par rapport à la conciliation, à la procédure civile, respectivement à l'arbitrage).
2. Des solutions sont proposées, **de manière chronologique**, pour faciliter le passage de la procédure civile au processus de médiation, et inversement, à tous les stades et dans tous les domaines du droit civil et commercial (droit du bail, du travail et de la propriété intellectuelle compris). A défaut, chaque magistrat imaginerait sa propre solution, ce qui irait à l'encontre de **l'uniformité** recherchée par la PCS.
3. Le recours à la médiation est encouragé par une **information appropriée**, sans ingérence du magistrat (conciliateur ou juge) dans le processus de médiation. Le magistrat demeure **prescripteur** de la médiation, réalisée sous l'égide d'un tiers.
4. Le processus de médiation comme tel appartient aux parties : la proposition ne le traite pas, pour **préserv**er leur **liberté de contracter, leur liberté contractuelle et celle d'entrer ou sortir à tout moment du processus**. Le cas échéant, il appartiendra aux cantons de régler d'autres questions : conditions d'inscription au tableau, tarifs en matière d'assistance juridique, etc.
5. Pour assurer aux parties un minimum de garanties, quelques principes fondamentaux sont posés, en particulier pour **préserv**er la **confidentialité, clef de voûte du succès, en médiation comme en conciliation d'ailleurs**. Ils sont reflétés aux art. 4 et 6 des Directives de la Fédération suisse des avocats (FSA) pour la médiation, entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2005.

La proposition a pris en considération le droit en vigueur en Suisse (la loi genevoise sur la médiation du 28.10.2004), le droit comparé et les travaux de plusieurs organisations internationales (OMPI, CCI, CEDR, etc).

Pour être pleinement **eurocompatible**, elle tient compte particulièrement des résolutions du Conseil de l'Europe et des textes de l'Union Européenne précités.

### III LES MESURES D'ACCOMPAGNEMENT

Comme l'enseignent positivement et négativement certaines situations à l'étranger, l'essor de la médiation ne peut se réaliser que par la seule existence d'associations ou par le seul effet d'une législation.

La médiation implique la concertation et la collaboration actives entre de nombreux acteurs allant de l'université à la magistrature, les barreaux, les associations de médiation, les autorités politiques, etc. La médiation, il faut le souligner, est avant tout un état d'esprit, une culture, puis un mode de communication, bien plus qu'un simple outil permettant de recourir à de nouvelles techniques...

C'est dire l'importance des mesures d'accompagnement pour faire germer en terre helvétique comme ailleurs ce mode de résolution des litiges. Y ont pris une part importante la Fédération suisse des médiations et les associations membres (ATME, Associazione Ticinese per la Mediazione; FSP, Föderation der Schweizer Psychologinnen und Psychologen; GPM, Groupement Pro Médiation; IfM, Institut für Mediation; IVKM, Internationale Vereinigung für Konfliktmanagement und Mediation; MFS, Mediationsforum Schweiz FH; SVM, Schweizerischer verein für Mediation; SRK, Schweizerisches Rotes Kreuz SRK, Migration; SwissPeace, Schweizerische Friedenstiftung), la Chambre Suisse de médiation commerciale, la Fédération suisse des avocats et, bien entendu, la section suisse de Gemme dans les domaines suivants : information, sensibilisation et formation au sein d'instituts spécialisés, des Universités, de la magistrature et du barreau; mise en place d'un appareil statistique, avec en parallèle des enquêtes de satisfaction; échanges réguliers entre magistrats, avocats et médiateurs, sous forme de bilans périodiques informels.

Dans le but de mieux faire connaître la médiation en Suisse, le Groupement suisse des magistrats pour la médiation et la conciliation a traduit, respectivement diffusé, **la loi genevoise sur la médiation civile du 28 octobre 2004**, le **guide pratique sur la médiation civile** élaboré par la Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale à Genève, tient à jour une **liste bibliographique en matière d'ADR** et s'apprête prochainement à sortir un **rapport sur les pratiques cantonales en matière de médiation**.

(La version en français, allemand et italien du guide pratique est disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.geneve.ch/tribunaux/pouvoir-judiciaire/mediation.html> )

## CONCLUSION : LE RÔLE DES JUGES

En plus des activités déjà signalées dans lesquelles les magistrats du pouvoir judiciaire en Europe et en Suisse se sont engagés pour promouvoir le recours à la médiation, c'est essentiellement dans le cadre de leurs fonctions judiciaires que ceux-ci seront amenés à jouer un rôle essentiel pour encourager ce nouveau mode de résolution des litiges.

Les magistrats du pouvoir judiciaire ont, en Suisse comme ailleurs en Europe, le devoir d'informer leurs justiciables, chaque fois que la cause s'y prête, sur l'opportunité de recourir à la médiation, et celui de la leur proposer (Les avocats ont aussi ce devoir, imposé par leur code de déontologie). Un tel devoir repose, pour les magistrats, sur plusieurs fondements :

- a) sur **la loi**, pour les pays ou pour les cantons qui l'ont prévu expressément dans leur code de procédure civile;
- b) sur **l'éthique**, pour les pays ou les cantons qui ont prévu que le magistrat a pour tâche d'apaiser les litiges et d'éteindre les passions, chaque fois qu'il l'estime approprié;
- c) dans tous les cas, sur **les recommandations précitées du Conseil de l'Europe** qui encouragent de manière univoque les magistrats des pays membres de s'engager pour favoriser cette nouvelle forme de justice.

Cet engagement, comme l'enseignant les situations diverses des pays européens et des cantons suisses, peut revêtir deux aspects. Tantôt le magistrat est le prescripteur de la médiation, qui est confiée à un tiers (c'est le système que l'on connaît notamment en Angleterre, en Belgique, en France, en Italie et, pour la Suisse, à Genève). Tantôt le magistrat, pour autant qu'il en ait la formation, le temps disponible et l'environnement judiciaire favorable, peut exercer lui-même les activités de médiateur à la condition, *sine qua non*, qu'il ne soit pas le juge du fond (c'est le système que l'on connaît notamment au Canada, en Norvège, en Slovénie, dans certains Länder allemands, et que l'on envisage d'introduire à Zurich).

Il faut espérer que le projet de procédure civile en voie d'élaboration par l'Office fédéral de la justice tiendra compte largement des expériences bénéfiques vécues à l'étranger, des recommandations précitées du Conseil de l'Europe et aussi de l'opinion et de la pratique de tous les acteurs directement concernés par la gestion des litiges, et en particulier les associations des magistrats, d'avocats et de médiateurs. La place de la médiation dans la PCS sera sans doute déterminante non seulement pour son essor, mais pour l'instauration et le renforcement d'une justice à la fois conforme aux exigences de l'Etat de droit, ouverte aux nouveaux besoins des entreprises et sensible aux souffrances des justiciables engendrées par le traditionnel combat judiciaire.

Sera surtout décisive la conviction, peu à peu partagée, que la médiation, civile ou pénale, extrajudiciaire ou métajudiciaire (comme à son tour la nouvelle conciliation judiciaire), constitue un véritable changement de culture judiciaire (Marc JUSTON, La pratique de la médiation dans le contentieux familial du TGI de Tarascon, France, **Un changement de culture judiciaire**, Edimbourg, le 28 octobre 2005, Mention spéciale au Prix "Balance de cristal" du Conseil de l'Europe et de la Commission européenne, dont le récipiendaire est notre collègue Aleš ZALAR, président du Tribunal de district de Ljubljana, pour son action créatrice et efficace en faveur de la médiation en Slovénie).

Dans toutes les causes qui s'y prêtent, cette conviction implique une remise en cause des comforts, des habitudes, des comportements et des mentalités, bref de tous les éléments véhiculés par l'antique conception romaine et guerrière de la procédure civile.

Une conviction qui privilégie la restitution du pouvoir aux personnes et aux entreprises en litige. Le leur. La liberté, et la responsabilité de rechercher ensemble une issue, grâce au rétablissement de la communication facilitée par le tiers. Donner une préférence à l'écoute active, de l'autre et de soi. Prendre conscience que la présomption de la bonne foi vaut pour chacune des parties.

C'est au travers de la médiation que la re-connaissance de l'autre et de soi peut conduire à l'apaisement des souffrances, souvent exacerbées par le procès civil, et, d'une manière générale, à la maîtrise de la violence, déjà au stade de l'école (médiation scolaire). Savoir et pouvoir se détacher de la culture et de la fascination exercées par la violence, et de nos propres contradictions, pour diriger son regard vers la victime, vers l'icône en chacune des parties.