

La médiation civile ou métajudiciaire :

Pour une nouvelle synergie et
contre la confusion des genres

par

Martine CHENOU

Avocate,
Médiatrice ASM

et

Jean A. MIRIMANOFF

Juge au Tribunal de première instance,
Président de la Commission de conciliation
en matière de baux et loyers

TABLE DES MATIERES

Préambule

La médiation dans notre culture – vers une culture de la médiation

1. La Suisse et le silence de la loi

- 1.1. Le contrat de médiation : liberté contractuelle et liberté de contracter.
- 1.2. Les associations de médiation : les statuts, règlements et codes déontologiques.
- 1.3. La relation médiation et justice civile.

2. La médiation, concepts et contextes

- 2.1. La médiation : une et indivisible
- 2.2. Le contexte pénal : la « délégation de médiation », un hybride nécessaire ?
- 2.3. Le contexte administratif : ombudsman ou médiateur ?
- 2.4. Le contexte civil : la médiation préservée ?

3. La médiation dans le contexte civil (« médiation civile »)

- 3.1. Indépendance ou dépendance de la médiation ? Le concept métajudiciaire.
- 3.2. Quel dialogue entre le juge et le médiateur ?
- 3.3. Les causes de nature à faire l'objet d'une médiation.
- 3.4. D'un monde à l'autre : aiguillages et itinéraires.
- 3.5. Le processus et ses étapes.
 - 3.5.1 Avant la médiation.
 - 3.5.2 Déroulement de la médiation proprement dite.
 - 3.5.3 La convention finale.
 - 3.5.4 Les conséquences procédurales de la convention finale.
 - 3.5.5 Les conséquences procédurales en cas d'échec.

4. La médiation dans la fraterie des MARL : les enfants de Protée

- 4.1. Généralités.
- 4.2. La conciliation, une sœur jumelle ?
- 4.3. Les services de l'Ombudsman.
- 4.4. Les Bons offices.
- 4.5. Constatations.

5. Les principes de la médiation civile

- 5.1. Généralités
- 5.2. Liberté et responsabilité
- 5.3. Impartialité, neutralité, et indépendance
- 5.4. Confidentialité
- 5.5. Les sanctions en cas de violation

Conclusions : restituer à la médiation sa légitimité

- Schémas :
1. Trois itinéraires
 2. Les sœurs jumelles

Préambule

La médiation dans notre culture – vers une culture de médiation

On nous apprend que la médiation serait vieille comme le monde; on lit qu'elle existait en Afrique, en Chine et chez les Indiens Inuits, mais que dans notre civilisation, ce serait une découverte, on entend que la médiation serait une technique typiquement anglo-saxonne datant du siècle dernier. Qui faut-il donc croire ? Sans prétendre apporter une réponse définitive à la question, voici quelques suggestions de pistes.

Dans le Dictionnaire historique de la langue française (Robert) il est dit que le mot n'a pris qu'au XVI^e siècle sa valeur moderne d'"entremise destinée à concilier des personnes, des partis" d'abord en religion, dans une relation entre l'homme et Dieu (1541), puis surtout en droit et en diplomatie (1878).

En français moderne, c'est donc l'entremise d'un **tiers** visant la **conciliation** de personnes ou de partis qui ferait le propre de la médiation.

Dans cette acceptation large, il est évident que la médiation est bien présente dans nos racines aussi, quelles soient gréco-romaines ou judéo-chrétiennes. Ce sont d'ailleurs sur ces mêmes racines que se sont construites les figures du juge et de l'arbitre, non pas tant peut-être celui qui dit le droit que celui qui, tel Saint-Louis sous son chêne, écoute chacune des parties et rend sa sentence. Bien sûr, les principes éthiques qui guident la médiation au sens où nous l'entendons aujourd'hui diffèrent considérablement de ceux de l'arbitrage ou du jugement. Mais n'en va-t-il pas de même de l'arbre à palabres africain ou des duels de chant des Inuits évoqués très souvent comme origines de la médiation ? Il nous semble au moins aussi pertinent de se référer aux modèles pris dans notre histoire.

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 fait une comparaison passionnante entre 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, et 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.¹

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 en effet médiateur entre Dieu et les hommes. A la fois homme et Dieu il est la passerelle par excellence qui permet aux parties (Dieu et les hommes) d'entrer en

relation. Il est aussi médiateur entre les hommes, ce que symbolise la croix, reliant horizontalement les hommes entre eux et verticalement Dieu à l'humanité : "Voilà pourquoi il (le Christ) est médiateur d'une alliance nouvelle, d'un testament nouveau" (Épître 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 divinement éclairés 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'arriver à un compromis historique "le Covenant de Stans" qui fut la base de la coexistence pacifique des cantons primitifs pendant plusieurs siècles. Il est intéressant de noter, dans notre contexte, que les caractéristiques fondamentales 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.²

On connaît aussi l'Acte de Médiation imposé aux cantons suisses par Napoléon Bonaparte il y a tout juste 200 ans ; si sa promulgation n'a certes rien de commun avec le processus de médiation tel qu'on le définit aujourd'hui, son but fût bien de concilier les Fédéralistes, partisans de l'Ancien-Régime et les Unitaires ou Centristes, qui défendaient la cause du libéralisme.

On oublie que la Suisse, maître de la bataille d'infanterie, a été une grande puissance militaire pendant plus de 200 ans, d'abord pour défendre son existence même, puis pour édifier sa puissance politique, ambition qui a été brisée à Marignan. A partir de là, la Suisse, suivant les conseils de Nicolas de Flue, s'oriente vers la neutralité et l'abandon de grandes visées politiques. Est-ce cette caractéristique qui l'a amenée à jouer les bons offices en matière internationale, à accueillir la Convention de Genève et la création de la Croix-Rouge, à vouloir jouer en quelque sorte un rôle de médiateur international ? Elle possède en tous cas nombre des caractéristiques du médiateur que nous retrouverons le long de cet exposé : elle est sans pouvoirs, attachée aux principes d'indépendance et de neutralité et elle cultive celui de la confidentialité.

d) La médiation aujourd'hui

Dans son acception actuelle, la médiation voit dans le conflit non pas son objet d'abord, mais le blocage de la communication entre les personnes en conflit, qui sont dans l'incapacité ou dans l'impossibilité de le résoudre.

Ces personnes en conflit doivent adhérer à l'intervention du tiers médiateur. Ce tiers leur est extérieur, impartial, sans autre pouvoir que celui que lui accordent les parties

La mission du médiateur est d'établir les conditions d'une nouvelle communication entre les protagonistes. "Il est le catalyseur humain et le garant méthodologique d'un processus qui a pour objectif de transformer les perceptions qu'ont les personnes du conflit qui les oppose afin de parvenir, si possible, à un accord".³

e) Perspectives

Dans un contexte où les lois sont souvent perçues comme dénuées de pertinence et où leur force contraignante est mise en cause, dans un monde où chacun s'interroge sur le sens de toute injonction, de toute limite et ne les admet que si elles correspondent à ses propres valeurs, la médiation semble promise à un riche avenir. Elle permet de prendre en compte des conceptions nécessairement divergentes du conflit et de faciliter sa résolution,

ce d'autant plus que le combat contre la violence représente aujourd'hui un idéal largement partagé.

La non-violence se rattache en effet au souci des victimes qui n'a jamais été, dans aucune autre société, l'absolu qu'il est aujourd'hui : la compassion universelle envers les victimes est, selon René Girard, le propre de notre monde moderne, compassion qui permet d'ailleurs de mesurer la distance entre l'idéal et la réalité hélas vécue tous les jours.⁴

La médiation insiste sur la reconnaissance, en l'autre et en soi, tour à tour, de la victime et du persécuteur. C'est en reconnaissant cette dualité commune et en l'exprimant que la médiation espère rétablir une communication entre les parties d'où la violence sera exclue – ou du moins contenue –, prémisses indispensables d'un accord. En cela, la médiation est résolument moderne.

1. La Suisse et le silence de la loi

Qu'est-ce que la médiation civile et quels peuvent être les rapports entre le juge et le médiateur ? Jusqu'à ce jour, le droit suisse ne s'est pas préoccupé de la médiation ou très peu. Au contraire d'autres pays, la médiation n'est pas intégrée dans notre système législatif général et n'apparaît que rarement au détour de quelques lois examinées plus loin. C'est dans une brochure éditée en juillet 2000 par le Ministère de la Justice française que l'on trouve la définition suivante :

« Lorsque le juge est saisi d'un litige, il peut proposer aux personnes en conflit de résoudre à l'amiable leurs difficultés grâce à l'intervention confidentielle d'une tierce personne, neutre et qualifiée, appelée « médiateur ». Le rôle du médiateur est d'amener les personnes à renouer le dialogue, à confronter leurs points de vue et à rechercher elles-mêmes les bases d'un accord durable et acceptable qui tient compte des besoins et des intérêts de chacun. La médiation (...) favorise le dialogue plutôt que l'affrontement, permet de prendre des décisions qui engagent votre vie, sans qu'elles vous soient imposées, permet de trouver des solutions adaptées à votre situation (...) »⁵.

Pourquoi une telle réflexion sur la médiation n'a-t-elle pas eu lieu en Suisse ? On peut avancer quelques hypothèses de réponses. Tout d'abord, la solide tradition de la conciliation judiciaire dans notre pays, qui en fait une étape importante de la procédure. Comme le remarque Dominique BROWN-BERSET, la tentative de conciliation est ancrée dans la tradition judiciaire du procès civil et, selon les résultats publiés, le taux de succès des magistrats conciliateurs serait, selon elle, impressionnant.⁶ L'adage selon lequel « un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès » fait partie intégrante de la culture suisse pénétrée de l'importance du compromis, qu'il s'agisse du respect des différentes entités nationales dans la construction du fédéralisme reconnues comme conditions de survie après la guerre du Sonderbund, de la « formule magique » de la composition du Conseil Fédéral, des procédures de consultation auxquelles sont soumises tous les projets de loi, de la paix du travail à laquelle s'attache l'importance du nombre de conventions collectives, du rôle joué par les commissions de conciliation en matière de baux et loyers.

Il s'agit peut-être aussi d'une autre caractéristique bien helvétique, celle de laisser à d'autres le soin d'expérimenter des nouveautés, avant de les intégrer dans notre ordre juridique si elles s'avèrent utiles...

Cela étant, il est intéressant de noter que la médiation fait son entrée dans le système législatif genevois - au moins à titre de projet - à un moment où la coexistence fédérale et linguistique telle qu'elle fonctionne aujourd'hui peut sembler sclérosée et inadéquate, la paix du travail vécue comme un étouffoir des aspirations des partenaires, et la conciliation

judiciaire considérée comme inopportune pour ne pas dire inutile pour certains. La médiation viendrait-elle remplacer des règles déclinantes ayant institué l'ancien consensus social ? Certains sociologues l'affirment en soulignant que la médiation permet, par l'intervention d'un tiers neutre, de dégager, dans chaque situation, un compromis imaginaire, chargé de sens pour les parties, plutôt qu'une solution normative héritée de la tradition.⁷

Lorsque l'on recherche le terme de médiation dans le recueil systématique des lois suisses, on ne le retrouve, en droit interne, qu'au détour de son évocation à l'article 139 al. 3 du Code civil, introduit lors de la réforme du droit du divorce ; il stipule que les médiateurs en matière familiale, tout comme les conseillers conjugaux ou familiaux, n'ont pas qualité de témoins ou de personnes appelées à fournir des renseignements. L'introduction du recours possible à la médiation familiale, qui figurait dans l'avant projet du Conseil Fédéral, n'a en effet pas reçu l'aval des Chambres lors de son adoption.

Dans l'arsenal législatif genevois, la médiation est définie comme institution par la loi sur l'information du public et l'accès aux documents⁸ par la loi sur l'intégration des étrangers et son règlement d'application⁹, par l'art 9A du règlement fixant le statut des membres du corps enseignant des écoles de professions de la santé et de la petite enfance¹⁰ et enfin par les modifications de la loi sur l'organisation judiciaire¹¹ et du Code de procédure pénale¹² provoquées par l'introduction de la médiation pénale. Le médiateur, dans La LIPAD et la Loi sur l'intégration des étrangers, situées dans un contexte administratif, s'apparente plus à l'ombudsman. Quant à la médiation instaurée par le règlement fixant le statut des membres du corps enseignant des écoles des professions de la santé et de la petite enfance, elle se situe dans le contexte de la protection de la personnalité des enseignants. Une personne, formée en matière de protection de la personnalité, est chargée aux fins de médiation de recevoir les membres du personnel qui s'estiment atteints dans leurs droits de la personnalité et de leur fournir aide et conseils, d'informer et d'entendre les membres du personnel mis en cause, d'entreprendre les démarches informelles et confidentielles en vue d'une médiation, de transmettre, sur demande des intéressés, ses rapports au secrétariat général du département. Le médiateur est tenu de garder le secret dans les mêmes conditions que celles prévues pour les membres du personnel. Le fait que ses démarches sont confidentielles et qu'il est tenu au secret, qu'il ne transmet notamment son rapport au secrétariat général que sur demande des intéressés le rapproche du médiateur tel qu'il est défini par les associations de médiation et le projet de loi sur la médiation ; en revanche s'en éloignent sa qualification en matière de protection de la personnalité et non pas en médiation, et son rôle de conseiller de la victime.

Hormis ces quelques exceptions, ainsi que le recours à la médiation instituée par certains règlements administratifs, voire par des conventions collectives de travail¹³, le droit suisse ignore la médiation. Est-ce réciproque ? Certainement pas puisque le droit est appelé à s'appliquer à toute activité humaine et que la qualification juridique des contrats de médiation est un problème parfaitement intéressant d'une part et que, d'autre part, les juristes se sont très vite souciés des sanctions juridiques des accords de médiation et de l'adéquation au droit de tels accords, réalisés, ô scandale, sous l'égide de médiateurs ne se réclamant pas expressément ni majoritairement des professions du droit... C'est, soit dit en passant, faire peu de cas de l'éthique professionnelle du médiateur qui connaît le cadre et les limites de son intervention ; ainsi le médiateur familial attire toujours l'attention des parties sur le fait que leurs accords ne constituent pas un document juridique et qu'il leur est recommandé de prendre l'avis d'un juriste ou d'un avocat.¹⁴

1.1. Les contrats de médiation : liberté contractuelle et liberté de contracter

En l'absence de loi, la médiation trouve son seul fondement dans le contrat et sa seule limite dans le principe de la liberté contractuelle¹⁵. Les contrats que l'on retrouve dans la médiation sont de deux sortes :

- a) le premier consacre l'accord des parties et du ou des médiateurs d'entamer le processus de médiation. Il est parfois appelé « contrat de médiation »¹⁶ « convention de médiation »¹⁷, « engagement en médiation » par le projet de loi sur la médiation civile ; le plus souvent, les médiateurs l'appellent « consentement à la médiation », ce qui évite toute ambiguïté sur sa nature. L'exposé des motifs du projet de loi choisit le terme « accord initial de médiation » qui a également le mérite d'être clair. La qualification juridique d'un tel contrat donne lieu à plusieurs interprétations, la première venant à l'esprit étant celle du mandat, que les parties donnent au médiateur. Comme le relève à très juste titre Dominique Brown-Berset, c'est faire peu de cas de la participation active indispensable des parties dans l'exécution du contrat, la médiation étant souvent définie par une « co-construction », une interaction active des parties et du médiateur dans l'élaboration de la solution ; la caractéristique du médiateur serait même d'être sans pouvoir¹⁸, manifestant bien, par la même, ce que la figure du mandat peut avoir d'inapproprié. C'est pourquoi, en accord avec Dominique Brown-Berset, nous considérons l'accord initial de médiation comme un contrat *sui generis* comportant à la fois des caractéristiques de la société simple et du mandat. Son contenu sera examiné plus loin, mais il doit consacrer le caractère volontaire de la médiation, soit la liberté qu'ont les parties et le médiateur d'y mettre fin en tout temps, sa confidentialité, qu'il convient de définir, le problème de la prescription, par exemple un accord sur sa suspension, le sort des éventuelles procédures en cours ainsi que le sort de l'accord final.
- b) Le second contrat, c'est précisément l'accord final, la « convention de médiation » comme le dénomme le projet de loi. Les avocats l'appelleraient plutôt transaction, terme qui, pour les médiateurs, insiste sur l'aspect lié au renoncement des parties à certaines de leurs prétentions au détriment de l'aspect créateur de la solution trouvée. C'est pourquoi les médiateurs lui préfèrent le terme « projet d'entente ou projet d'accord », admettant par là-même que ce "projet" reflète l'état des accords des parties et qu'il doit être validé par le système juridique, soit les avocats, puis le juge¹⁹. L'accord est signé par les parties et les parties seulement pour une école de médiateurs, qui insiste par là sur leur responsabilité exclusive dans le contenu et les résultats de la médiation. "Cet accord éventuel n'est jamais le fait du médiateur, mais celui des parties qui en sont les sujets actifs ". Le médiateur n'est pas le garant d'un accord, mais d'une méthode²⁰. Le projet de code de déontologie de la Fédération suisse de médiation prévoit par exemple que le médiateur doit expressément attirer l'attention des parties sur le principe de leur libre détermination, sous leur propre responsabilité.²¹ Pour une autre école de médiateurs, l'accord est signé par les parties et le médiateur, reconnaissant la responsabilité du tiers dans la conduite du processus et le rendant témoin de l'accord trouvé. Cet accord a toutes les qualités attachées à un contrat ; il est donc susceptible d'être attaqué pour vices du consentement.

1.2. L'association de médiation : statuts, règlements, codes de déontologie

1.2.1. En Suisse comme en France, ce sont les associations de promotion de la médiation en matière familiale qui ont eu à cœur de codifier la pratique de la médiation en même temps qu'elles en promouvaient l'exercice. En Suisse, Genève a joué un rôle de pionnier en la matière en créant, en janvier 1992, l'Association genevoise de médiation familiale, sous la présidence de Monsieur le juge Jean-Charles Kempf. L'association suisse de médiation familiale voit le jour en juin 1992. Ses statuts permettent d'accueillir toute personne intéressée à la médiation et l'une de ses premières tâches fut de rédiger un code de déontologie du médiateur. Elle deviendra par la suite l'Association suisse de médiation (ASM) ; elle délivre le titre de médiateurs selon des critères stricts de reconnaissance.

En 1992, est signée la Charte européenne de la formation des médiateurs familiaux exerçant dans les situations de divorce et de séparation. Les exigences qu'elle pose seront la base des critères de reconnaissance des formations créées depuis lors, que ce soit dans le domaine familial ou général.

Les associations de médiation de type citoyenne, sociale, visant à reconstituer le tissu social mis à mal surtout par les modes de vie citadins, se développent peu après à Genève, à la suite des journées organisées par Alternative 91 où ont été exposées la pratique des Boutiques du droit développées à Lyon par Jean-Pierre Bonafé-Schmitt. L'AsMed Genève est créée en 1994 et ouvre peu après un centre de médiation Intermed, à la Jonction, puis aujourd'hui à la Gradelle. Elle aussi met sur pied un code de déontologie. Elle fait partie, comme l'Association suisse des infirmier(e)s qui dispense une formation à la médiation, Couple et famille, le Centre protestant de consultations et de médiations familiales, le Service de la protection de la Jeunesse, du Groupement Pro Médiation-Genève (GPM-Ge). La Maison genevoise des Médiations est le lieu de pratique du GPM-Ge.

En 2000, la plupart des associations de médiation ou qui se préoccupent de médiation en Suisse se sont regroupées dans une association faitière, la Fédération suisse de médiation (FSM) qui veut définir pour l'ensemble des médiateurs suisses des critères de reconnaissance et un code de déontologie uniques. Des projets ont été rédigés dans ce sens et leur étude est avancée. Ils n'ont toutefois pas encore été adoptés par l'Assemblée générale de la FSM. Cette association chapeaute notamment l'ASM, le Groupement Pro Médiation (romand) qui lui-même regroupe des associations cantonales, soit notamment le GPM-Ge. Elle se propose de reconnaître les médiateurs familiaux reconnus par l'ASM, pour autant que ces derniers en fassent la demande.

Pour sa part, la Fédération suisse des Avocats a adopté des directives propres applicables aux avocats-médiateurs, qui sont publiés par la FSA.

La Chambre suisse de médiation commerciale s'est créée en 1999 ; elle s'est dotée de "règles de médiation".

Citons enfin, sur le plan genevois, l'existence de l'association pour l'arbitrage (et la médiation) en matière de baux commerciaux ABC et de la Chambre indépendante de conciliation et de médiation.

1.2.2. Il découle de ce qui précède que le titre de médiateur n'est pas protégé et qu'aucune pratique uniforme de reconnaissance de la profession n'existe à ce jour. Peut-être le travail accompli par Fédération suisse de médiation portera-t-il un jour ses fruits vers une reconnaissance univoque du titre de médiateur, mais peut-être faut-il aussi admettre la diversité des formations et des approches de la médiation,

dans un domaine où les notions de responsabilité et de liberté des personnes, y compris celle du médiateur, sont fondamentales. Ainsi les médiateurs de l'AsMéd, s'ils suivent une formation initiale de plusieurs jours et si la formation continue y est de règle, mettent surtout l'accent sur l'appartenance au quartier, sur le bénévolat. C'est le principe de la médiation par les pairs, c'est-à-dire par des médiateurs situés sur le même plan que les médiés. La médiation scolaire peut par exemple être comprise comme l'intervention d'un tiers désigné à cet effet (conseiller social, enseignant bénéficiant d'heures de décharge) ou par un tiers "pair", un élève. Il va de soi que le médiateur, « pair » ou non, doit avoir été formé.

La FSM, reprenant pour l'essentiel les règles de l'Association suisse de Médiation, se propose de reconnaître comme médiateurs les personnes dont la formation initiale est supérieure (universitaire ou équivalente), dotées d'une expérience professionnelle de deux ans au moins et dont la formation spécifique à la médiation est d'au moins 200 heures.

La Fédération suisse des avocats reconnaît comme avocats-médiateurs les avocats membres d'un ordre cantonal, dont la formation à la médiation doit compter 80 heures selon un contenu correspondant à ses exigences²¹.

La Maison genevoise des Médiations fait signer à ses médiateurs une Charte dans laquelle ils attestent d'une formation minimale de 200 heures ou d'une expérience approfondie dans leur domaine de médiation; ils s'engagent à poursuivre une formation continue et à se soumettre régulièrement à une supervision ou une intervision et à respecter les règles de déontologie.

1.2.3. Les règles de déontologie ont un contenu commun ou très proche comprenant les exigences suivantes:

- Caractère **volontaire** de la médiation: les parties ne peuvent être contraintes à venir en médiation et peuvent mettre fin au processus en tout temps; de même le médiateur a la liberté et la responsabilité d'arrêter la médiation s'il l'estime nécessaire ;
- **indépendance** vis-à-vis des parties, à savoir que le médiateur s'abstiendra d'intervenir s'il connaît l'un ou l'autre des participants à la médiation, à moins que les parties, dûment informées, consentent expressément à ce que la médiation ait lieu ; indépendance également vis-à-vis de tout tiers, y compris de la personne qui propose la médiation (comme le juge, par exemple) ou qui la paie (comme par exemple la régie dans un conflit de voisinage dans un immeuble) ;
- **confidentialité** du processus: le médiateur ne communiquera à quiconque des renseignements obtenus pendant la médiation, sauf accord express des parties ; celles-ci s'engagent à respecter également la confidentialité des informations ;
- **impartialité** vis-à-vis des parties - terme auquel les médiateurs préfèrent celui de multi-partialité indiquant le regard positif porté par le médiateur sur ses interlocuteurs, son empathie -, c'est-à-dire la garantie d'un processus équitable et loyal, sans parti pris du médiateur.
- **neutralité** à l'égard de la solution émanant des parties, solution dont le médiateur doit s'assurer qu'elle est mutuellement acceptable ;
- la plupart des codes de déontologie insistent sur la **qualification** du médiateur, l'obligation de se soumettre à une formation continue et à une supervision régulière ;
- les **honoraires** doivent être fixés par le médiateur avec les parties au début du processus ; la plupart des règles de déontologie précisent que le montant des honoraires ne doit en aucun cas empêcher la médiation.

1.3. La relation médiation et justice civile

Qu'elle soit intégrée dans le cours de la justice civile comme dans certains pays anglo-saxons (notamment Canada et Grande-Bretagne en matière de divorce) ou pratiquement ignorée du droit civil comme jusqu'ici en Suisse, la médiation constitue un système autonome, obéissant à ses propres règles. Elle a une identité propre²², qui impose l'aménagement de passages entre médiation et justice civile, comme l'a prévu le projet de loi sur la médiation civile. Garapon l'affirme: "loin de concurrencer la justice, la médiation va peut-être concourir à sauver le droit en lui permettant de garder sa minceur"²³, remarque que l'on peut rapprocher de celle d'Anne-Catherine Salberg, juriste, médiatrice et formatrice genevoise: "le rôle du droit n'est plus seulement d'offrir des solutions toutes faites mais aussi de veiller à la mise en place de procédures qui reconnaissent aux individus une certaine capacité d'autodétermination en ce qui concerne le règlement des conflits qu'ils ont avec autrui et une plus grande responsabilisation face aux décisions qui les concernent." ⁴

2. La médiation, concepts et contextes

2.1. La médiation une et indivisible

"La médiation n'est pas une simple technique, elle va au-delà de la négociation, de la conciliation. La médiation, c'est la vie: il s'agit de rendre à l'individu sa dignité et une place active dans la société, à travers sa participation à la transformation sans fin des souffrances et du désordre de l'humanité"²⁵. De cette déclaration de principe d'une vision philosophique de la médiation par Jacqueline Morineau, médiatrice pénale française confirmée, ressort bien que le cœur de la médiation, ce n'est pas l'objet du conflit, mais ceux qui le vivent. Le conflit manifeste toujours avec violence l'existence de désirs contradictoires et opposés sur un objet, l'objet du conflit, qui très vite perd de son importance au profit de la rivalité exacerbée des parties, que ce conflit se situe dans le domaine familial, pénal ou contractuel. La médiation ne s'attache pas aux faits, mais aux acteurs. En reconnaissant les émotions qui les habitent, la médiation veut leur redonner accès à leur liberté, leur responsabilité de pouvoir transformer eux-mêmes le conflit qu'ils subissent en une solution mutuellement acceptable.

En cela, la médiation est une et la division en secteurs n'est pas pertinente. C'est en tout cas le parti adopté par les partisans de la **transversalité de la médiation** à laquelle se rattachent de nombreux médiateurs: "il y a en réalité des logiques communes à tous les types de médiation ainsi que des spécificités qui tiennent moins à la nature de la médiation envisagée qu'à celles des rapports sociaux concernés et au type de contrainte politique, financière, bureaucratique, rencontré pour sa réalisation".²⁶

Au-delà des principes toutefois, il est courant de distinguer des domaines d'activité différents, dans lesquels le médiateur se sent plus à l'aise et les parties le reconnaissent comme un des leurs; en cela, le médiateur spécialiste rejoint paradoxalement le médiateur citoyen, non spécialiste par essence, mais dont la qualité première est d'être reconnu par ses pairs. C'est ainsi que le médiateur familial bénéficie d'une formation particulière, intégrant des notions de droit, de psychologie et de sociologie de la famille. De même le médiateur pénal suit une formation spécifique intégrant notamment des cours de procédure pénale, et le médiateur de la santé bénéficie d'une spécialisation santé; par ailleurs, la pratique de la médiation

dans les relations interpersonnelles du travail tend à démontrer l'importance d'une certaine connaissance du milieu de l'entreprise en général et des structures hiérarchiques.

2.2. Le contexte pénal : la délégation de médiation, un hybride nécessaire ?

L'introduction de la médiation pénale dans la Loi sur l'organisation judiciaire (Titre IX, articles 156 à 161) et dans le Code de procédure pénale (arts 115B et 197A) genevois s'est inspirée du système français où le principe de l'opportunité de la poursuite, aussi appliqué en procédure pénale genevoise, a permis le développement de la médiation même avant sa définition législative, tout en faisant la part plus grande à l'autonomie de la médiation.

Il n'empêche que la médiation pénale se déroule uniquement dans le cadre pénal, qu'elle est ordonnée et contrôlée par le Ministère public, le tout dans le respect des principes du droit pénal et de la procédure pénale. Cette médiation "sous contrôle" est-elle encore de la médiation ? En d'autres termes :

- la médiation reste-elle volontaire, caractéristique essentielle du processus, ou l'intervention du ministère public lui donne-t-elle un caractère contraignant ?
- l'obligation de rendre compte à l'autorité délégante met-elle en cause l'indépendance du médiateur et la confidentialité de la médiation, autres caractéristiques tout aussi essentielles du processus?

Il convient tout d'abord de constater que la maîtrise de l'action publique ne peut appartenir qu'au Ministère public et que lui seul peut déléguer en médiation les situations qui lui semblent pouvoir en bénéficier. Cela étant, le processus de médiation ne peut exister sans l'accord des parties, ce que la loi genevoise a rappelé. La pratique tant française que genevoise démontre que celles-ci ne se privent pas d'en user puisqu'un pourcentage élevé de médiations n'aboutissent pas soit que l'une ou l'autre des parties ne se rende pas à l'invitation du médiateur, soit qu'elle décide, à l'issue de son entretien individuel, de ne pas rencontrer l'autre. En outre, dans une situation de tension aiguë, l'incitation à la médiation du procureur peut provoquer au dialogue qu'il serait utopique de vouloir faire émaner des parties elles-mêmes. Jacques Faget ose même parler de la "vertu de l'injonction de médiation"²⁷ Quant à l'indépendance du médiateur vis-à-vis du Parquet, même précisée par les textes légaux, elle devra se construire par la compétence du médiateur et un dialogue constant entre le Ministère public et les médiateurs pénaux.

La législation genevoise a permis de reconnaître dans les textes le caractère volontaire de la médiation, les principes de confidentialité et de son respect, ainsi que ceux de l'indépendance et de neutralité du médiateur. Si le procureur général peut en tout temps s'enquérir de l'état d'avancement de la médiation et si les termes de l'accord intervenus en médiation lui sont communiqués, il ne reçoit pas de renseignements sur les causes de son échec éventuel : « le médiateur se borne à en constater l'échec » (art. 115B al. 5 CPP).²⁸

La pratique permet d'affirmer à ce propos que plus la médiation se fait connaître et plus il devient facile de faire respecter l'espace dont la médiation a besoin pour exister. Il convient à cet égard de souligner la compréhension dont fait preuve le Ministère public genevois lorsqu'il reçoit du médiateur la seule information: "la médiation n'a pas eu lieu" ou "la médiation n'a pas abouti"; de même il s'avère qu'en pratique les parties comprennent très vite qu'elles ont toute liberté de mettre fin ou de poursuivre la médiation, y compris en matière pénale.

Parler de caractère hybride de la médiation déléguée est peut-être excessif, mais il n'est pas douteux que la médiation pénale déléguée s'éloigne du modèle "pur" de la médiation, si tant est que celui-ci existe en pratique, ce dont on peut douter à bon droit si on pense par exemple aux conflits interpersonnels dans le domaine du travail envoyés en médiation par le responsable des ressources humaines qui, en outre, en assure le paiement : où se situe la volonté des parties, et quelle est l'indépendance du médiateur ?

Ces questions sont d'importance et il y va de la crédibilité de la médiation que l'intervention du délégant s'arrête au cadre mis en place par le médiateur. C'est à lui qu'il appartient de poser de manière très claire le caractère volontaire et confidentiel du processus tant auprès du délégant qu'auprès des parties. C'est également le médiateur qui rend les parties attentives à la faculté ou à l'obligation de communiquer ou non au délégant les termes de l'accord.

2.3. Le contexte administratif : ombudsman ou médiateur?

En matière administrative, il est question depuis quelques années de "médiateurs" appelés à s'entremettre entre l'administration et ceux qui recourent à ses services et qui ont motif à s'en plaindre.

Ce sont des tiers, dont l'instauration manifeste le plus souvent l'engagement de l'administration à agir équitablement, rapidement et de manière efficace envers les administrés, de manière à résoudre les conflits, ou mieux de les prévenir, voire également à pointer le doigt sur les points faibles de l'administration.

Pour cette mission d'intermédiaire, l'administration recourt le plus souvent à l'institution de l'ombudsman, qui se distingue du médiateur proprement dit du fait qu'il est le plus souvent membre de l'administration, et donc soumis hiérarchiquement à l'une des parties, alors que le médiateur se trouve en position égale des deux parties ; l'ombudsman est institué et désigné par la loi, le médiateur est choisi par les parties qui en délimite librement le mandat ; l'ombudsman détient un pouvoir d'investigation, de recommandation, voire éventuellement de sanction alors que le médiateur est sans pouvoir ; enfin les règles de fonctionnement de l'ombudsman sont définies par la loi, celles du médiateur par son code de déontologie²⁹.

Les exemples tirés de la législation administrative genevoise, même s'il est question dans le texte de "médiateur", montre bien qu'en réalité il est plus question d'un ombudsman :

- dans la LIPAD, le médiateur est nommé par le Grand Conseil, il est chargé de concilier les divergences de vues qui peuvent naître dans l'application de la loi ; il est saisi par le requérant ou l'institution, il recueille leur avis de manière informelle et, si la médiation échoue, il formule une recommandation écrite sur la communication du document considéré.
- La loi sur l'intégration des étrangers institue, à son chapitre V, la « médiation relative aux pratiques administratives » qui prévoit la nomination, par le Conseil d'Etat, d'un « responsable auquel peut s'adresser toute personne qui s'estime victime d'une discrimination ou d'une inégalité, non fondée en droit, en raison d'une pratique administrative cantonale ou communale relative aux étrangers. » S'il considère l'allégation fondée, il entreprend les démarches qu'il estime utiles auprès des autorités concernées, afin de remédier à la discrimination ou à l'inégalité constatée. Il peut au besoin instituer une médiation. Il peut également

soumettre des recommandations au Bureau au cas où la pratique discriminatoire constatée serait susceptible de se reproduire.

Sans entrer dans de plus amples développements, le caractère politique lié à la procédure de nomination de ces médiateurs et leur pouvoir de recommandation permettent de mettre en doute leur neutralité, leur impartialité et leur absence de pouvoir qui qualifient le médiateur proprement dit. Ce qui n'enlève rien bien sûr aux qualités personnelles des médiateurs institués et à la valeur de l'institution créée par ces législations.

Rien n'interdit toutefois d'espérer que la médiation dans le contexte administratif se développe, pour autant qu'il soit possible à un représentant ou un service de l'administration de se mettre sur pied d'égalité avec les citoyens alors qu'il est appelé à prendre des décisions. Certaines pratiques en matière de construction s'en rapprochent, même si elles ne s'en réclament pas forcément.³⁰

2.4. Le contexte civil : le droit préservé et la médiation préservée

Telle qu'elle se présente dans le projet de loi sur la médiation civile, la procédure respecte la nature propre de la médiation en n'imposant aucune mission au médiateur, en ne se mêlant ni de sa saisine, ni du déroulement du processus. En cela le projet préserve la médiation, tout comme il préserve le droit puisque le juge retrouve toute prérogative en cas de mesures requises par l'ordre public et le droit impératif ou lors de l'homologation de la convention.

3. La médiation dans le contexte civil

3.1. Indépendance ou dépendance de la médiation ? Le concept de médiation métajudiciaire

Dans le contexte civil, les relations éventuelles entre le processus de médiation et la procédure civile sont, dans les Etats, conçues et aménagées de manière très diverses³¹.

Pour les pays qui, comme la Suisse, n'ont pas légiféré, les deux institutions coexistent de manière absolument indépendantes ; c'est à dire aussi de manière absolument cloisonnée : un fossé paraît séparer encore les deux modes, ou plutôt les deux mondes, fossé creusé par le manque de connaissance, d'intérêt et de confiance réciproques. L'idée de passer de l'un à l'autre est souvent encore ressentie comme insolite, parmi les acteurs du monde judiciaire, car dépourvue de légitimité. Ainsi, la proposition du juge aux parties de recourir à la médiation n'est-elle pas toujours bien comprise, ni des parties ni de leurs conseils...

Inversement, certains Etats ont prévu dans leur législation un système situé à l'autre extrémité du nôtre : celui de la **médiation judiciaire obligatoire**.

Dans certains cas, les magistrats peuvent même imposer aux parties le renvoi en médiation, désigner le médiateur, déterminer sa mission, fixer sa rémunération et lui impartir des délais pour déposer son rapport. On parle de « *délégation de médiation* ».

Enfin, le médiateur doit rendre compte au juge du résultat du processus. Un tel système a nécessairement pour effet de modifier fondamentalement la philosophie même de la médiation. Il porte atteinte à ses assises, notamment à la liberté et la

responsabilité des parties d'entrer en médiation et d'en sortir, celle de déterminer avec le médiateur d'une manière autonome le contenu de l'accord initial de médiation, et, « last but not least » la confidentialité entourant le processus.

Or il n'y a pas, entre ces deux extrêmes, véritablement de solution médiane³², car tout système qui encadre et organise la médiation sous l'autorité du Tribunal en altère la nature³³.

Ainsi, pour préserver à la fois la spécificité et l'indépendance des deux institutions, on doit nécessairement se concentrer et se limiter aux problèmes techniques de leur articulation réciproque³⁴ : les aiguillages et les itinéraires qui mènent de la procédure civile au processus de médiation, et inversement. C'est l'idée que traduit le concept de **médiation métajudiciaire**^{34bis}, qui inspire le projet de loi genevois, adopté en juin 2002 par le Pouvoir judiciaire, approuvé par le Conseil d'Etat en février 2003 et soumis actuellement au Grand Conseil (parlement) genevois.

La règle de compétences du PLMC en constitue la clef³⁵ :

- « 1. Le médiateur n'intervient pas la procédure civile.
2. Le juge n'intervient pas dans le processus de médiation.
3. Le juge et le médiateur faciliteront aux parties le passage de la procédure civile au processus de médiation, et inversement. »

3.2. Quel dialogue entre le médiateur et le juge ?

Le concept métajudiciaire, qui veut éviter toute confusion, ingérence et subordination, a pour conséquence d'interdire le lien entre le juge et le médiateur. Trois exceptions ont été cependant prévues dans le PLMC :

- a) Lorsque les parties n'ont pas pu s'entendre sur le nom d'une personne ou d'une institution de médiation (art. 71 al. 3 LPC/PLMC).

Le magistrat peut leur proposer un nom, et à cet effet, sa démarche implique qu'il ait préalablement pris contact avec la personne ou l'institution pour s'assurer :

- de l'absence de motifs de récusation ;
- de sa disponibilité ;
- du tarif horaire.

La résolution de ce problème sera facilitée par la publication d'un tableau portant la mention des spécialités des médiateurs et institutions de médiation.

- b) Lorsque les parties ont signé l'accord initial (art. 71G al. 1 LPC/PLMC).

Le médiateur peut en informer le juge, ce qu'il ne manquera pas de faire lorsque les parties ne sont pas assistées d'un avocat.

En effet sans cette information, la cause ne sera pas suspendue, et la procédure civile se déroulerait parallèlement au processus, ce que l'ont veut éviter.

- c) Lorsque, saisi d'une requête en homologation, le juge envisage de ne pas de l'entériner (art. 71 J al. 1 LPC/PLMC)

Le juge en informera le médiateur, en lui envoyant la copie motivée de son ordonnance destinée aux parties.

Cette information permettra au médiateur de convoquer, le cas échéant, les médiés pour renégocier le point mentionné par le juge, et de sauver ainsi la transaction.

3.3. Les causes de nature à faire l'objet d'une médiation

Il ressort de certaines études américaines que les parties respectent d'avantage les transactions issues d'une médiation que les injonctions d'un jugement³⁶.

Dans ce contexte les praticiens ne peuvent manquer d'être frappés par le fait que, dans les causes de famille, qui représentent entre le 60% et le 70% des affaires du Tribunal de première instance à Genève, de plus en plus souvent les jugements sont contestés... La proposition de recours à la médiation prend donc tout son sens ici ; en particulier au premier stade des conflits conjugaux, lors des procédures de mesures protectrices de l'union conjugale, dont l'explosion « coïncide » avec le nouveau droit du divorce. A cet égard, on déplore que le texte du nouveau droit du divorce ait renoncé à recommander le recours à la médiation.

Dans d'autres cas, comme en matière successorale, l'importance pour les parties de renouer ou de reconstruire leurs relations militera aussi en faveur du processus, de même qu'en matière de voisinage.

Dans le domaine commercial, la médiation se justifie pour résoudre des litiges qui opposent les parties à un contrat de longue durée³⁷, où il importe de maintenir et de redéfinir une relation entre elles : contrats de bail commercial, contrat d'assurance, contrats en matière de propriété intellectuelle, contrats de société simple, etc. ...

La médiation ne convient cependant pas à tous les litiges, mais seulement lorsque l'intérêt des parties le commande. Elle n'est en aucun cas destinée à décharger le juge civil.

Quel serait le critère pour déterminer ces causes ? Chaque fois qu'il y a, pour les parties, un intérêt à préserver leurs relations dans l'avenir.

3.4. D'un monde à l'autre : aiguillages et itinéraires

Dans la pratique, on rencontrera trois « itinéraires » entre le processus et la procédure, avec, pour chacun, quelques variantes³⁸.

- a) Le processus de médiation précède la conciliation (qu'elle soit facultative ou obligatoire).

Les parties qui sont parvenues à une convention finale de médiation en dehors de toute procédure auront désormais la faculté de la faire homologuer par le conciliteur³⁹ :

Chambre de conciliation pour le Tribunal de première instance ou Justice de paix en matière civile, commission paritaire en matière de baux et loyers, et conciliateur en matière prud'homale.

Actuellement la possibilité de soumettre une transaction privée n'existe, à Genève, qu'en matière de baux et loyers : les « requêtes amiables » déposées devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers.

b) La médiation est initiée en conciliation

Le conciliateur, respectivement le juge de paix, les conciliateurs paritaires en matière de baux et loyers et en matière prud'homales, peuvent, à ce stade déjà, proposer aux parties de recourir à la médiation.

En cas d'acceptation, les parties peuvent demander à être reconvoquées dans un délai n'excédant pas six mois, en règle générale.

c) La médiation est initiée en cours de procédure

Cela peut être à tous les stades, y compris en appel. (Des statistiques de la Cour de cassation civile à Paris ont même révélé que plus de 50% des dossiers délégués à un médiateur civil ont abouti à une transaction).

En cas d'acceptation, la cause est suspendue, conformément à l'art. 113 LPC. Le PLMC examine, dans chacun des trois cas, les conséquences procédurales du succès de la médiation (retrait ou homologation), et celles de son échec.

L'information donnée par le juge, sur la médiation, le libre choix du médiateur ou de l'institution de médiation, le délai de réflexion de trente jours, qui s'appliquent aux trois « itinéraires » (art. 71 C LPC/PLMC) sauvegardent la liberté des futures médiés et le caractère volontaire du processus.

Pour mieux préserver l'indépendance du processus vis à vis de la procédure, la suspension de la cause a paru préférable à celle de l'instruction. Les exceptions prévues, en particulier par la protection des mineurs, codifient la jurisprudence⁴⁰.

3.5. Le processus de la médiation

Il convient tout d'abord d'insister sur l'exigence d'un processus formel pour mener à bien une médiation. C'est ce que Claire Denis décrit dans un chapitre appelé éloquemment "la fonction contenante de la médiation"⁴¹. Si la médiation propose un lieu où la violence puisse se dire et se transformer, si sa spécificité consiste à accueillir le désordre sous sa manifestation la plus représentative, à savoir le conflit, d'accueillir un persécuteur et un persécuté, chacun pouvant être l'un et l'autre tour à tour, alors on comprend la nécessité absolue d'une mise en scène rigoureuse pour recevoir et transformer une telle décharge émotionnelle.⁴² Ce processus se retrouve avec quelques nuances dans toutes les médiations:

3.5.1. Avant la médiation

Toute médiation est précédée d'une étape préliminaire au cours de laquelle les parties vont décider de signer ou non le consentement à la médiation, l'accord initial qui les engage dans le processus.

Cette étape se déroule soit par des entretiens individuels avec chacune des parties, ce qui est toujours le cas en médiation pénale ou dans les conflits interpersonnels du travail, soit par un ou des entretiens déjà mutuels au cours desquels les parties définissent avec le médiateur le contenu de la médiation.

Dans toutes les hypothèses, il s'agit pour le médiateur d'expliquer ce qu'est la médiation, d'en poser le cadre, et pour les parties d'exposer chacune ou tour à tour les problèmes qu'elle rencontre avec l'autre.⁴³

A la fin de cette étape préliminaire, les parties signent l'accord initial dans lequel figurent :

- le caractère volontaire de la médiation et la liberté d'y mettre fin en tout temps, certains accords demandant simplement de communiquer au cours d'une séance de médiation la volonté de ne plus la poursuivre;
- le caractère confidentiel du processus, qui oblige le médiateur et que les parties s'engagent également à respecter. Cette clause doit être travaillée concrètement avec les médiés et une simple clause générale rappelant le principe de la confidentialité n'est en principe pas suffisante : il faut mentionner expressément l'étendue que les parties veulent donner à la confidentialité, si elle concerne les propos échangés, les suggestions exprimées, les pièces produites, les informations données lors d'entretiens individuels (caucus)⁴⁴ ;
- l'engagement de travailler dans un climat de respect, de bonne foi et de coopération ;
- les points à traiter ;
- le coût de la médiation et son mode de prise en charge.

3.5.2. Déroulement de la médiation proprement dite

En général lors de plusieurs séances communes, les parties vont exposer leurs points de vue et leurs griefs de façon à ce que chacun entende les points d'achoppement et la souffrance de l'autre, le médiateur fonctionnant comme un miroir de leurs sentiments. Il est possible que l'une ou l'autre des parties ou le médiateur souhaite un entretien individuel ; c'est le principe des caucus, plus courants en matière commerciale. Il est essentiel que cette procédure soit introduite et expliquée lors d'une séance commune et que la question de la confidentialité de ces entretiens soit réglée préalablement.

Le but des séances de médiation est de permettre à chacun des acteurs de dire et de comprendre ce qu'il ressent et qu'il souhaite, de reconnaître ses besoins réels, ses intérêts cachés sous des prises de position de principe relativement à l'objet du litige, ainsi que de comprendre ce que ressent et souhaite l'autre.

Selon la nature de la médiation, vient ensuite la recherche des options permettant la satisfaction des intérêts des parties, soit un "brainstorming" le plus ouvert possible, en examinant les conséquences de chacune des options envisagées pour les parties.

Suit la négociation finale et les décisions adoptées, mutuellement acceptables, puis la rédaction de l'accord final.

3.5.3. La convention finale

Elle est souvent qualifiée "projet d'entente", essentiellement parce que le médiateur recommande expressément d'en vérifier le contenu avec un avocat. C'est notamment le cas à Genève dans les lieux de pratique actuelle de la médiation familiale. Même l'article 6 des directives de la FSA pour les avocats-médiateurs recommande ce contrôle dit de "fairness" par un autre avocat.⁴⁵

L'accord final peut être rédigé par le médiateur ou par les parties. Afin d'exprimer l'adhésion individuelle des parties à l'accord, Claire Denis a aujourd'hui pour pratique la rédaction par chacune des parties de l'accord auquel elles sont parvenues, toutes les parties signant les deux "accords". Sans aller si loin dans la pureté du principe de la responsabilité des parties, il faut cependant veiller à ce que

les termes de l'accord soient ceux auxquels ont souscrit les médiés. Leur traduction en termes juridiques ne doit pas être le fait du médiateur, mais celui de l'avocat que les parties ont tout intérêt à consulter.

Ce qui amène à préciser brièvement le rôle central que peut être amené à jouer l'avocat dans la médiation.

Il peut tout d'abord la proposer et il faut à ce propos se réjouir de l'esprit d'ouverture des avocats genevois qui se montrent de grands pourvoyeurs de médiation en matière familiale. Il peut également la prévoir dans les contrats qu'il rédige, sous forme de clause de médiation, en lieu et place de clause d'arbitrage par exemple.

Il peut ensuite se former et intervenir comme médiateur pour autant qu'il soit conscient des difficultés propres à cet exercice, surtout s'il se double de la pratique du barreau. Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer aux directives de la FSA pour les avocats-médiateurs qui, bien qu'imparfaites, ont au moins le mérite d'exister.

Il peut enfin agir en tant que conseiller lors de la médiation, que ce soit en participant à la rédaction du contrat initial de médiation ou en le contrôlant, puis en contrôlant la validité de l'accord final, tant au point de vue du droit objectif que des droits subjectifs de son client.

3.5.4. Les conséquences procédurales de la convention finale de médiation

Selon l'art. 113 lit. a LPC, l'instance est suspendue à la requête commune des parties. La signature de l'accord initial en représente un cas d'application.

Corollairement, en cas de succès ou d'échec de la médiation, l'instance est reprise, conformément à l'art. 116 LPC (art. 71 G al. 3 LPC / PLMC).

Le PLMC mentionne (en réalité, il recommande) l'alternative suivante, en cas de succès : le retrait de l'action ou l'homologation de la convention.

La réalité se présentera de manière un peu différente.

D'une part les parties pourraient, théoriquement, laisser l'instance se périmier par l'écoulement du temps, une fois la transaction signée. Il en résulterait une insécurité juridique, dès lors qu'une des parties pourrait pendant ce temps requérir l'instance par assignation (conformément à l'art. 116 al. 1 LPC) pour tenter de remettre en cause la transaction. Il sera de la responsabilité des parties, de leurs conseils et des médiateurs, de ne pas créer ce genre de situation.

D'autre part le choix offert aux parties entre le retrait et l'homologation, en cas de transaction, ne vaudrait que pour celle portant sur un objet dont les parties ont la libre disposition.

Etant donné qu'aujourd'hui, à Genève, le Tribunal de première instance enregistre, à son rôle, entre 60 et 70% d'affaires de famille, les cas d'homologation pourront prendre une place importante en pratique.

Le PLMC n'apporte aucune modification majeure au système actuel de l'homologation⁴⁶ : que la transaction soit issue des négociations directes entre les parties, ou d'un processus de médiation, le pouvoir d'intervention du conciliateur ou du juge demeure le même.

Il faut à cet égard distinguer deux situations :

- a) Lorsque l'accord porte sur un objet dont les parties ont la libre disposition. Le pouvoir du conciliateur, ou du juge, sera nécessairement limité. Encore qu'il ait, bien sûr, le devoir de refuser d'homologuer un accord dont le contenu serait illicite ou contraire aux mœurs (art. 19 al. 2 et 20 CO) ou, si son objet est impossible (art 119 CO).
- b) Lorsque l'accord porte sur un objet dont les parties ne peuvent pas disposer. Il est évident qu'une transaction portant sur un tel objet ne lie pas le juge. Comme le relèvent B. Bertossa et. al. ; « il conserve un libre pouvoir d'appréciation (SJ 1985 p. 531-532), dont il fera cependant usage en tenant compte de la transaction »⁴⁷. Une telle transaction, de *lege lata*, ne peut être recueillie par le conciliateur, parce qu'il devrait assortir son refus par des motifs, « exigence qui est incompatible avec l'esprit de l'art. 66 LPC »⁴⁷.

C'est la solution qu'avait retenu le pouvoir judiciaire dans la version du PLMC remise au Conseil d'Etat⁴⁸.

La question de savoir si le conciliateur ou le juge peut homologuer une convention « contraire au droit impératif » peut s'avérer, en pratique, délicate. Ceci, indépendamment de celle consistant à déterminer si la norme à laquelle contrevient la transaction est de droit impératif⁴⁹ (ou supra impératif)⁵⁰.

Cependant, lorsque, dans une transaction, une partie renonce – en tout ou en partie – à un avantage que lui confère une norme de droit impératif, alors que d'une part elle y a été rendue attentive et que d'autre part elle obtient de l'autre partie des prestations compensatoires équivalentes, rien ne semble plus pouvoir faire obstacle à l'homologation d'une telle transaction⁵¹.

De toute manière, le nouveau mécanisme prévu en cas de refus d'homologation suite à une médiation consiste à donner une nouvelle chance aux médiés/justiciables, à leur permettre de modifier leur accord (en déclenchant, éventuellement, un complément de médiation, le médiateur est informé de l'éventualité et des motifs du refus), et, si l'accord n'est pas modifié, la faculté leur est donnée de recourir contre le jugement de refus, ce qui n'est pas ou pas toujours le cas dans la législation étrangère⁵².

Un motif de refus supplémentaire a été prévu pour le cas de la conciliation seulement. Le magistrat, dans ce cas, ne connaît pas – à l'encontre du juge de fond – les tenants et les aboutissants du litige. Dès lors, il a la **faculté** de refuser d'homologuer une transaction lorsque le médiateur n'est pas inscrit au tableau.

A vrai dire, la présence d'avocats en médiation, et l'existence d'un service juridique dans les institutions de médiation permettront de limiter au maximum les cas de refus.

3.5.5. Les conséquences procédurales en cas d'échec

L'instance est reprise, conformément à l'art. 116 LPC.

Comme pour la conciliation, les parties ne pourront se prévaloir dans la suite du procès de ce qui a été déclaré devant le médiateur (l'art. 166 LOJ / PLMC reprend la teneur de l'art. 57 LOJ), et le témoignage du médiateur est exclu (art. 167 LOJ / PLMC).

4. La médiation dans la fratrie des MARL : les enfants de Protée

4.1. Généralités

Peut-on comparer les modes alternatifs de résolution des litiges (ci-après MARL ou ADR) à une fratrie, en recherchant entre les membres similitudes et différences, et en examinant l'intensité des liens qui peuvent – ou non – réunir certains d'entre eux ?

On se limitera à quelques comparaisons, laissant de côté les négociations, l'arbitrage et l'amiable composition⁵³.

Si plusieurs MARL ont disparu de la scène à l'intérieur des Etats, dès la fin du XVIIIème siècle pour un siècle et demi, ils se sont maintenus et développés dans les relations internationales⁵⁴, de sorte qu'il est tentant de consulter la doctrine dans ce domaine, pour mieux cerner leur concept.

4.2 La conciliation : une sœur jumelle ?

Après avoir connu un immense essor au XVIème siècle⁵⁵, la médiation s'est éteinte à Genève avec la chute de l'ancien régime, à la fin du XVIIIème. Or la France venait d'ériger la tentative de conciliation en règle constitutionnelle lors de la Révolution de 1789 (cf. art. 60 de la cst. du 22 frimaire an VII, il est prévu que « la principale mission (des juges de paix) consiste à concilier les parties »). Il en découle le préliminaire de conciliation obligatoire. Pour ce qui est de Genève, depuis la Révolution française, son évolution politique, économique voire judiciaire n'a plus de destinée autonome. L'annexion par la France révolutionnaire de la Savoie a pour résultat, en décembre 1792, la fin de l'Ancien Régime et la proclamation de l'égalité politique de toutes les classes de la population. Avant de tomber sous la domination française (1798-1814) et dans le vain but d'éviter l'annexion, Genève calque ses institutions sur celles de la France⁵⁶. On peut ainsi imaginer que – malgré elle – la conciliation obligatoire ait contribué au déclin de la médiation.

Aujourd'hui, juste retournement, la conciliation aura vocation à favoriser la renaissance de la médiation, dans le PLMC.

Dans l'intervalle il faut constater qu'une certaine confusion s'est emparée des esprits, tant sur le plan terminologique que conceptuel⁵⁷. En outre, les pays anglo-saxons n'opèrent pas de distinction sur le plan interne entre ces deux institutions⁵⁸, dénommées « médiation » couvrant nos deux MARL.

Il faut reconnaître que la nature protéiforme⁵⁹ de chacun de ces modes peut contribuer à embuer l'analyse de même que la loi, qui ne dit rien de substantiel sur le déroulement de la conciliation.

Madame la Présidente Isabelle BIERI, qui pratique de longue date tant la conciliation que le médiation, en a tracé le départ avec beaucoup de netteté⁶⁰.

Pour notre part, nous voyons entre la conciliation et la médiation et des zones de divergence, et des zones de convergence⁶¹.

Zones de divergences

Pour résumer, sommairement : la conciliation se concentre sur les faits, la médiation sur les personnes ; la conciliation s'établit dans un cadre juridique, la médiation dans un cadre non juridique ; le déroulement de la conciliation est informel, celui de la médiation très formel ; en conciliation la solution provient essentiellement du conciliateur, en médiation elle émerge des parties ; les parties ne choisissent pas leur conciliateur, le choix du médiateur étant libre.

On pourrait encore ajouter que la conciliation règle un litige du passé, sans se préoccuper de ses conséquences, tandis que la médiation a pour vocation de préserver les relations des parties dans le futur.

Zones de convergences

On en relèvera cinq, essentiellement :

Dans les deux cas, la solution est librement acceptée, ou refusée, par les parties.

Le conciliateur, comme le médiateur est lié par les principes d'impartialité, de neutralité et d'indépendance, conditions de la confiance envers le tiers et envers le mode.

Tous les acteurs ont, à un degré divers, un devoir de confidentialité, dans la conciliation et de la médiation.

Les deux se caractérisent, par comparaison avec la procédure civile, par leur efficacité, leur rapidité et la réduction des coûts.

Enfin, toutes deux, mais avec une intensité différente, visent à la reprise du dialogue.

Cependant, et contrairement à l'idée reçue, le conciliateur n'est pas lié par l'objet du litige, et peut entériner des transactions comportant d'autres points.⁶²

Par ailleurs, la contradiction, qui est la règle dans la conciliation et dans la médiation familiale, connaît des exceptions dans la médiation civile et commerciale, où les auditions séparées des parties sont possibles (caucus).

En conclusion, il paraît difficile de répondre à la question liminaire par l'affirmative, encore que, de tous les MARL, la conciliation soit certainement la plus proche de la médiation, les deux institutions possédant cependant chez nous leurs objectifs, leurs méthodes, leurs moyens et leurs cadres propres.

La conciliation *spécialisée*, en matière de baux et loyers et en matière prud'homale fonctionne bien, en Suisse (un taux de succès de 50% environ matière de loyer, moyenne suisse).

La parité – bien acceptée et comprise – la possibilité pour les conciliateurs d'exiger les pièces des deux parties et une **culture de conciliation** partagée par tous les acteurs en sont les principales raisons.

En revanche, la conciliation civile, dès ses origines à Genève, n'a pas tardé à devenir une formalité. Il faut donc lui donner un « bain de jouvence » : mettre le conciliateur en

mesure de concilier. Par exemple en lui permettant d'exiger le dépôt avant l'audience des principales pièces des deux parties, et d'un bref résumé des faits du défendeur. Rien ne sert, comme on l'a fait durant deux siècles à Genève, de la rendre tour à tour obligatoire ou facultative. Rien ne sert non plus de la dénaturer, en obligeant le conciliateur à se muer en juge et à rendre des décisions. Rien de tel pour assassiner la confidentialité, c'est-à-dire le gage de confiance des parties envers le conciliateur et envers la conciliation. C'est pourtant ce chemin périlleux qu'emprunte l'avant projet⁶³ de la commission d'experts d'octobre 2002 (ci-après AP CPS).

Le diagnostic du dysfonctionnement de la conciliation civile a été fort bien posé par le Professeur Nicolas JEANDIN⁶⁴, qui se demande s'il ne conviendrait pas de la remplacer pas une « Discovery ». La question peut se poser autrement aussi, si l'on veut préserver l'institution : pourquoi ne pas plutôt y introduire des éléments de la « Discovery » ?

4.3 Les services de l'Ombudsman

Des associations professionnelles, en particulier dans le domaine bancaire et celui des assurances, ont désigné, de manière permanente, une personne ou un Secrétariat comme Ombudsman. Dans ce cas de figure – car l'Ombudsman est également issu de Protée – les objectifs recherchés sont les suivants :

promouvoir l'image de la branche dans le public, donner les informations générales sur la branche ou la manière d'aborder un problème et, enfin, offrir ses services en cas de différend entre un client et une banque, respectivement une compagnie d'assurances.

Il ressort de la documentation disponible⁶⁵ que le Bureau de l'Ombudsman procède comme suit :

- il est saisi par une personne, physique ou morale, cliente ou assurée ;
- il rassemble des informations et des documents ou des opinions, par courrier adressé à chacune des parties ;
- il tente d'établir les faits et formule une analyse, sur la base du droit ou des règles déontologiques applicables dans la profession ;
- il soumet sur cette base une proposition à chacune des parties, qui sont libres de l'accepter ou de la refuser, cet élément ne valant que pour l'Ombudsman des banques tandis que l'Ombudsman des assurances donne un avis (défavorable) à l'une ou l'autre des parties, séparément et à titre confidentiel.

Il agit, certainement, de manière neutre et impartiale, mais l'on peut débattre du principe d'indépendance, sur le plan formel, puisqu'il est désigné de manière permanente par les associations professionnelles. A cet égard sa position n'est ni celle d'un conciliateur, ni celle d'un médiateur.

Il n'est pas un médiateur, et c'est pour plusieurs raisons :

- sa personne n'est pas librement choisie par les parties ;
- il s'intéresse surtout aux faits et au droit ;
- il formule une proposition d'arrangement qu'il soumet aux parties ;
- il n'est pas lié par un devoir de confidentialité vis à vis de la banque (mais vis à vis du client seulement), et le client peut rendre public l'opinion ou la proposition de l'Ombudsman.

Bien que sa démarche se rapproche de celle du conciliateur, elle s'en diffère en tant que le conciliateur a le plus souvent l'obligation d'entendre ensemble les parties, ce dont l'Ombudsman se dispense (presque) toujours.

Selon les années, le taux de succès de l'Ombudsman des banques oscille entre 15 et 20%, celui des assurances entre un et deux tiers des cas.

L'Ombudsman décrit ci-dessus dispose cependant d'une plus grande indépendance que son collègue administratif, comme on l'a vu ci-dessus.

4.4. Les Bons offices

Pendant près d'un siècle, la Suisse, en particulier, a proposé ses bons offices sur le plan international en faisant ainsi mieux connaître cette institution au public suisse.

Sur le plan interne, ce mode peut, ou, pourrait, jouer aussi un rôle social utile, d'autant qu'il est simple et n'exige pas de formation particulière.

Il permet à un tiers, impartial, neutre et indépendant, d'offrir ses services aux parties à un différend, soit spontanément, soit à la requête de l'une d'elles, en vue de les amener à entrer en dialogue, ou à le renouer.

Il se distingue de la conciliation et de la médiation en ce sens que son rôle s'arrête sur le seuil des négociations, dans la substance desquelles il ne s'engage pas⁶⁶.

Sa tâche consiste ainsi à mettre en présence les parties, en leur offrant les facilités, matérielles et psychologiques, de la rencontre.

4.5 Constatations

Il résulte de cette présentation schématique que chaque MARL a sa propre personnalité, avec ses objectifs, ses moyens, ses méthodes et son cadre propres.

Les négociations y jouent un rôle d'une intensité qui varie : faible dans les Bons offices et les services de l'Ombudsman, forte pour la conciliation et la médiation.

Il semble, dans tous les cas, que le tiers doit être impartial, neutre et indépendant.

Mais qu'entend-t-on au juste par là ?

5. Les principes de la médiation civile

5.1. Généralités

Disséminés dans la littérature, reproduits dans les instruments de la médiation civile⁶⁷ et parfois codifiés dans la loi, les grands principes entourant la médiation civile n'ont pas encore reçu de définitions uniformes, ni de classification constante.

Leurs nombreuses facettes animent les débats sur le sens et la portée de chacun d'eux.

On peut tenter de les regrouper selon leur destinataires :

- la liberté et la responsabilité paraissent concerner essentiellement les médiés.
- l'impartialité, la neutralité et l'indépendance s'imposent à la personne médiatrice.
- la confidentialité paraît lier tous les acteurs.

5.2. Liberté et responsabilité

Comme on l'a vu plus haut, ces principes concernent au premier chef les médiés, mais assurément, aussi la personne du médiateur ; ils sont souvent reproduits dans les instruments de la médiation civile, car ils en imprègnent tout le processus⁶⁸.

S'ils ne figurent pas dans le texte du PLMC, ils ont présidé au choix du système retenu : celui de la médiation métajudiciaire, lorsqu'il s'est agi de trouver « comment la médiation pouvait être institutionnalisée sans être dénaturée⁶⁹ ».

C'est en application de ces principes que le conciliateur ou le juge ne peut et ne doit que « proposer aux parties de résoudre à l'amiable leur litige grâce au concours d'un médiateur civil » (art. 71 A LPC / PLMC), alors que dans les systèmes contraignants d'autres pays le magistrat ordonne la médiation, (délégation) en fixe la mission et choisit la personne du médiateur.

Pour s'assurer du consentement libre et éclairé des justiciables, le magistrat doit leur donner des informations et un délai de réflexion (art. 71 C, PLCM). C'est n'est qu'en cas de désaccord sur la personne du médiateur, que les parties peuvent requérir du juge qu'il leur propose le nom d'une personne ou d'une institution.

5.3. Impartialité, neutralité et indépendance

De l'avis général, ces principes concernent la personne et le comportement du médiateur⁷⁰. Deux d'entre eux ont été introduits dans la loi, à Genève, avec la médiation pénale⁷¹. Le PLMC les énumère tous trois (à l'art. 165 LOJ / PLMC).

Si l'on garde à l'esprit le rôle de « quasi-médiatrice » joué par la Croix-Rouge dans le monde depuis un siècle et demi, en période de conflit armé, on ne sera donc pas surpris de retrouver l'impartialité, la neutralité et l'indépendance dans la « Proclamation des Principes fondamentaux de la Croix-Rouge » dont la portée est universelle⁷².

Le commentaire qu'en a donné Jean Pictet⁷³ s'avère indispensable pour mieux cerner et approfondir ces trois concepts. Il est stimulant de les méditer à nouveau, sous l'éclairage de la médiation.

En effet, pour tout médiateur, (comme pour la Croix-Rouge en particulier), le but de ces principes est de « lui assurer la confiance de tous, qui lui est indispensable »

Jean Pictet discerne au moins trois facettes dans **l'impartialité** :

- a) la *non-discrimination* : elle exclut toute distinction fondée sur la nationalité, la race, la condition sociale, l'appartenance politique ou religieuse, ou tout autre critère analogue. Négativement, le concept rejoint et renforce celui de l'égalité des droits des parties.
- b) *La proportionnalité*, ou le principe d'équité : il veut que l'on répartisse l'aide « d'après l'importance relative des besoins individuels et suivant leur ordre d'urgence ». Transposée à la médiation, ce principe ne correspondrait-il pas à la notion d'empathie⁷⁴ ?
- c) *L'impartialité* – au sens étroit – est assimilée à l'absence de préférence ou de préférence personnelle : « L'impartialité suppose que l'homme appelé à agir jouisse d'une liberté suffisante. Cette liberté est double : elle s'entend vis à vis de soi-même et vis à vis du monde »⁷⁵.

Les réflexions de Jean Pictet ont le mérite, supplémentaire, de mettre en relief les liens d'interdépendance qui unissent ces grands principes : la liberté vis à vis du monde rejoint le principe de l'indépendance. La liberté vis à vis de soi, constate le philosophe, est plus difficile à conquérir :

« La passion, les complexes psychiques, les idées reçues faussent le comportement des êtres et, ce qui est plus grave, le plus souvent à leur insu »⁷⁵.

La confusion, toujours répandue, entre l'impartialité et la neutralité doit être une bonne fois dénouée. Il s'agit de deux concepts bien différents : l'impartial agit, mais selon des règles préétablies, tandis que le neutre refuse de se prononcer.

La **neutralité** consiste donc, selon Jean Pictet, dans une attitude d'abstention en présence de deux personnes ou groupes de personnes qui s'opposent. Elle peut revêtir un aspect idéologique qui exige – du tiers – qu'il s'abstienne de s'impliquer dans la controverse, qu'il garde ses distances vis à vis des deux parties.

Dès lors que le médiateur n'a pas pour tâche de donner son avis, et encore moins de trancher, il paraît difficile de nier que son action – ici, son devoir d'abstention – soit également régi par la neutralité⁷⁶.

Le troisième principe, celui de **l'indépendance** ne donne guère lieu à des controverses. Que ce soit sous ses aspects d'ordre politique, économique, social, confessionnel, l'indépendance se situe sur deux plans : vis à vis de l'extérieur, et vis à vis des parties.

Dernière réflexion au sujet de ces trois principes ; sont-ils spécifiques à la médiation, ou communs à tous les modes de résolution des litiges, justice civile incluse⁷⁷ ? Bref, n'ont-ils pas vocation à l'universalité⁷⁸ ?

5.4. Confidentialité

Comme tous les précédents, ce principe a pour objectif de créer, maintenir et développer la confiance, tant vis à vis de la personne médiatrice que du processus. Or, sans confiance, pas de médiation.

Mais la confidentialité ne concerne pas seulement la personne du tiers, mais les médiés. Or la différence du rôle de chacun ne permet pas de trouver de solution uniforme pour tous les acteurs.

Aussi, la manière dont la confidentialité sera protégée va différer :

- a) Le médiateur est tenu à un devoir de secret, strict et illimité : « il est tenu de garder le secret sur les faits dont il a acquis la connaissance dans l'exercice de la médiation et sur les opérations auxquelles il a procédé, participé ou assisté ; cette obligation subsiste alors même qu'il n'exerce plus sa profession » (art. 166 al. 1 LOJ - PLMC).

En l'état, la violation de ce devoir serait sanctionnée, en droit pénal cantonal, par des peines d'arrêts ou d'amende, une modification du CPS étant souhaitée dans le même sens.

Contrairement au médiateur pénal, le médiateur civil ne peut être considéré comme un auxiliaire de la justice, de sorte que, selon la lettre des art. 9 et 11 CPP, il n'a pas l'obligation de par la loi de dénoncer les crimes qui lui sont reprochés en cours de médiation. Cette obligation peut découler, en revanche, des statuts de son association ou du code de déontologie qui le lie.

- b) Les médiés sont soumis à une règle différentes : « aucune ne peut se prévaloir, dans la suite du procès, de ce qui a été déclaré devant le médiateur civil »⁷⁹ (art. 166 al. 2 LOJ-PLMC). Cette disposition a pour but, premier, de permettre aux parties de s'exprimer librement devant le médiateur. Il s'ensuit qu'en cas de violation devant le juge civil, ce dernier devrait, comme pour la violation de la conciliation, écarter des débats de telles allégations. En revanche, le devoir de confidentialité hors la procédure civile n'a pas été réglé, et pour cause. Cette question peut – le cas échéant – être traitée à satisfaction dans l'accord initial de médiation, dans lequel le législateur ne devrait pas s'immiscer.
- c) Le problème de la confidentialité des documents produits et des déclarations de tiers au cours du processus a été examiné plus haut.

5.5. Les sanctions en cas de violation

- a) Impartialité, neutralité et indépendance.
Il est prévu que le médiateur est tenu de se récuser dès que survient l'un des cas de récusation prévus aux art. 84 à 91 LOJ⁸⁰. Cette obligation s'avère à première vue assez stricte, étant rappelé d'une part que la loi genevoise ne distingue pas les causes absolues des causes relatives de récusation, et que sa casuistique revêt des aspects obsolètes. D'où la faculté donnée aux médiés de consentir à ce que la médiation ait lieu, ou se poursuive, malgré une cause de récusation. En pratique, le manque d'impartialité, de neutralité ou d'indépendance, s'il devait être constaté par les médiés lors du processus, serait sanctionné par la perte de confiance, partant par le départ de la personne s'estimant lésée.
- b) Le problème de la violation de la confidentialité a été examiné ci-dessus.

Conclusions : Restituer à la médiation sa légitimité

En ce début de XXIème siècle, la médiation civile prend son essor à Genève après deux siècles de sommeil.

Positivement, alors que les liens sociaux tendent à se fragiliser, avec sa vocation à renouer, reconstituer et remodeler dans le futur les liens entre les parties à un différend, la médiation civile se présente donc comme un complément fort utile à la procédure civile et également à l'arbitrage.^{80bis}

Par comparaison, celles-ci, même en fonctionnant normalement, impliquent une durée, un coût, une perte d'énergie et parfois une complexité qui les dévalorisent parfois aux yeux des parties.

Le besoin des personnes et des entreprises d'aujourd'hui appelle donc à une synergie entre ces institutions, tout en maintenant leur indépendance.

Il ne saurait y avoir de confusion s'il l'on respecte et l'on reconnaît leurs objectifs, leur méthodes et leurs moyens propres.

Pourquoi la médiation ne reprendrait-elle pas sa place dans notre culture, tout en maintenant intacte l'institution judiciaire civile issue des conquêtes démocratiques ?

Laisser la médiation civile libre de s'épanouir tout en en soutenant le nouvel essor, telle est la seule ambition du PLMC.

Faisant oeuvre, par deux fois, de pionnier, l'exemple du canton de Genève convaincra-t-il ? Les quelques sept ans nous séparant de la probable entrée en vigueur de la loi fédérale de procédure civile ne seront pas de trop...

Boudant plusieurs résolutions du Conseil de l'Europe en faveur de la médiation⁸¹, la Suisse officielle se singularise par sa réticence : elle a écarté le recours à la médiation dans le texte du nouveau droit du divorce, et l'avant projet de loi de procédure civile fédérale ignore superbement la médiation civile⁸² !

Pourtant, l'examen de la nouvelle procédure civile suisse pourra être l'occasion, pour nos chambres fédérales, cette décennie, de légitimer la médiation civile. Il conviendrait d'une part de préciser l'articulation entre la médiation civile et la PCS, et d'autre part celle entre la médiation et l'arbitrage (question non abordée par la 3^e Partie de l'Avant projet). En effet, également dans le cas de l'arbitrage, peut se poser avec acuité le problème de la confusion des rôles (médiateur/arbitre ou/et arbitre/médiateur), avec les mêmes dommages collatéraux pour la confidentialité⁸³.

Notre législateur sera-t-il à l'écoute de l'intérêt du justiciable : celui de disposer de la **faculté** de recourir à un mode de résolution des différends à la fois efficace, consensuel et rapide, et bien adapté à la soif d'immédiateté de notre société contemporaine ?

Certes, on pourrait tout relativiser, en partant de l'idée que l'actuel avant projet de PCS, s'il était adopté, ne manquerait pas d'assurer, par sa complexité et par comparaison, un attrait encore accru en faveur de la médiation aux yeux de nos concitoyens...

Ainsi le silence de la loi n'empêcherait pas à la médiation civile et commerciale de se développer en Suisse

Mais, encore une fois, quelle serait son articulation avec la procédure civile, dans la pratique ?

On a entrevu que pour passer d'un mode à l'autre, il en découle **quelques problèmes procéduraux dont chacun peut recevoir plusieurs solutions**, comme l'enseigne le droit comparé. Parmi ces options :

- pendant le processus, l'instance peut être suspendue, ou l'instruction suspendue ;
- l'homologation peut être soumise à des conditions plus ou moins contraignantes ;
- le refus d'homologuer peut – ou non – donner lieu à un jugement susceptible – ou non – de recours.
- comment traiter le « déclinatoire de médiation ».

Ne rien prévoir dans la procédure civile fédérale comporte le risque que vingt six pratiques s'installent.

Est-ce vraiment raisonnable lorsqu'il s'agit d'unifier la procédure civile ?

* * * *

Annexes

- Schéma n°1 Trois itinéraires
- Schéma n°2 Les sœurs jumelles

Notes :

- 1 Jaqueline MORINEAU, l'Esprit de la médiation, Trajets Ed. Eres 2001, p. 82 et ss.)
- 2 La Suisse, de la formation des Alpes à la quête du futur, sous la direction de Niklaus FLÜELER, Ed Ex Libris 1975. Charles JOURNET, St Nicolas de Flüe, Ed. La Baconnière, Neuchâtel 1947.
- 3 Jacques FAGET, La médiation, essai de politique pénale, Trajets, Ed. Eres. 1997, p. 14.
- 4 René GIRARD, Je vois Satan tomber comme l'éclair, Ed. Grasset 1999
- 5 Circulaire du Ministère de la Justice citée par Claire DENIS, La médiatrice et le conflit dans la famille, éd. Eres 2001, p. 21.
- 6 Dominique BROWN-BERSET, La médiation commerciale: le géant s'éveille, in RDS 2002, p. 319 – 424.
- 7 Elisabeth WOLCKRICK, conférence donnée le 30 avril 2003 lors de l'assemblée générale du GPM-Ge
- 8 LIPAD RS A.2.08, aux articles 30 et ss.
- 9 RS A.2.55 art. 13 et 14 et A.2.55 01 art. 7.
- 10 RS B.5.10.12.
- 11 LOJ E.2.05, ad articles 156 à 161.
- 12 CPP E.4.0, ad articles 115B et 197A.
- 13 Dans le souci de protéger la personnalité de leurs employés dans leurs rapports de travail, plusieurs administrations ont institué le recours à des médiateurs, comme l'Etat de Genève ou la Ville de Genève, par exemple.
- 14 Sur ce point, le consentement à la médiation rédigé par l'ASM est rédigé comme suit: « le projet d'entente qui sera établi en fin de médiation ne constitue pas un document juridique. Afin de connaître le cadre légal dans lequel notre situation s'inscrit, il nous est recommandé de prendre l'avis d'un/e juriste ou d'un/e avocat/e ».
- 15 cf. D. BROWN-BERSET, op. cit. p. 327.
- 16 Ph. MEIER, La médiation familiale dans le cadre de la révision du droit du divorce, conférence donnée à Neuchâtel le 24.4.1997, Claire DENIS, op. cit.
- 17 D. BROWN-BERSET, op. cit.
- 18 Pour Jean-François SIX, "Le temps des médiateurs", Seuil, Paris 1990, être sans pouvoirs est la caractéristique essentielle du médiateur.
- 19 Le consentement à la médiation rédigé par l'ASM et utilisé en majeure partie dans les instances de pratique de médiation genevoises recommande expressément de s'adresser à un/e avocat/e.

- 20 J. FAGET, op.cit. p. 139.
- 21 Ce projet de code n'est pas encore public dans la mesure où il n'a pas été formellement adopté. Nous remercions son président, Achille GROSVERNIER, de nous l'avoir communiqué.
- 22 J. MORINEAU, op. cit., p. 141.
- 23 Jean GARAPON in La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits, Lausanne 1991, p. 219.
- 24 Anne-Catherine SALBERG, Médiation, de la rupture au lien, in Pratique juridique actuelle 2002, pp. 1405 et 1406).
- 25 Jacqueline MORINEAU, op.cit., p. 167.
- 26 J. FAGET, op. cit. p. 14.
- 27 Ibidem p. 180 et ss.
- 28 FAGET remarque à ce propos que "plus les informations contenues dans le rapport dressé au Parquet sont laconiques, réduites à leur plus simple expression, plus on a de chances de respecter l'éthique de la médiation et de conserver une posture indépendante"(op. cit. p. 136)
- 29 Le contenu de ce paragraphe est inspiré d'un exposé d'Achille GROSVERNIER lors de la formation avancée du GPM en février 2002.
- 30 cf. à ce propos l'article de M.E. SCHNEIDER, La résolution des litiges dans la construction, in Journées du droit de la construction, Fribourg 1997, p. 44.
- 31 Isabelle BIERI, la médiation est-elle une justice alternative, une alternative à la justice ou institution sui generis ? Réflexion théorique et pratique quant à l'articulation entre justice et médiation, CA TEMPJUKB, p. 17 ss, distingue cinq modèles tandis que Dominique BROWN-BERSET, loc. cit. not. p. 337, relève trois familles de système.
- 32 Comme celui des art. 131 ss NCPC en France.
- 33 cf. ci-dessus ch. 1
- 34 Ce que Mme I. BIERI désigne font opportunément du terme « l'articulation entre justice et médiation » (cf. note 31 ci-dessus), dont le concept a directement influencé le PLMC.
- 34bis Métajudiciaire : Le préfixe grec « meta » signifie une succession, un **changement**, une transformation : les parties changent de mode et peuvent quitter – définitivement ou non – la procédure civile, tandis que par le **mandat** du magistrat donné au médiateur (pénal), le processus s'incorpore dans la procédure judiciaire. Au sujet de la méditation pénale déléguée et des problèmes d'éthique en résultant : cf. Nathalie BORNOZ et Julien KNOEPLER, Médiation pénale : le choc des éthiques, dans l'Etique et le droit, Edition Universitaire, Fribourg, 2000, p. 231 ss, not. 255 ss.
- 35 Art. 71 B LPC / PLMC
- 36 Alan Scott RAU et al., Mediation and other Non-Binding ADR Processes, Foundation Press, 2002, p. 12
- 37 D. BROWN-BERSET, loc. cit., p. 333

- 38 cf. schéma n°1 en annexe
- 39 voir ci-dessous les conditions et les limites de l'homologation en conciliation
- 40 ACJ du 19 juin 1998, C/9317/1997, p.6
- 41 Claire DENIS, op. cit., p. 97 et ss.
- 42 J. MORINEAU, op. cit. p.70.
- 43 cf. Claire DENIS, op. cit. p. 205.
- 44 Ce sont D. BROWN-BERSET et la Chambre suisse de médiation commerciale qui insistent sur ce point, évidemment central en médiation commerciale.
- 45 l'art 6 des directives de la FSA pour les avocats-médiateurs précise expressément: « l'avocat-médiateur informera ses clients de la faculté qu'ils ont de consulter leurs propres avocats avant de signer une convention. Il est recommandé le conseil unilatéral d'un avocat à des fins de contrôle, même lorsque la médiation est effectuée par un avocat et que celui-ci a par conséquent d'ores et déjà informé les parties de manière détaillée, au cours de la procédure, de leurs droits et obligations. Chaque partie doit notamment être pleinement consciente des prétentions juridiques auxquelles elle va renoncer explicitement ou implicitement ».
- 46 Sauf le recours possible en cas de refus.
- 47 B. BERTOSSA et al., op. cit., ad. art. 56, ch. 4 et ad. art. 66, ch. 3
- 48 Etrangement, et c'est la seule modification apportée au texte du pouvoir judiciaire, le Conseil d'Etat a ajouté à l'art. 71 F, un al. 2 stipulant qu'en cas de refus le conciliateur motive sommairement sa décision. Il faut sans doute comprendre qu'il donnera **oralement** aux parties les raisons de son refus. Le contraire reviendrait à admettre deux manières de refuser une homologation en conciliation.
- 49 cf. la note de Mme la Professeure C. CHAPPUIS, SJ 2003 p. 225, en particulier p. 226
- 50 David LACHAT, Nouveautés en droit du bail : les contrats-cadres, le montant du loyer, SJ 2003, vol. II, p. 158, Y a-t-il véritablement une hiérarchie des normes impératives ? Le législateur n'a-t-il pas voulu plutôt régler les modalités d'application du droit impératif en fonction de situations différentes ?
- 51 Depuis plus de deux décennies la Commission de conciliation en matière de baux et loyers a homologué des milliers d'accords de ce type, qui n'ont jamais été contestés.
- 52 L'absence d'une disposition en la matière en droit français a fait problème : Professeur Yves CHALARON, colloque sur la médiation judiciaire, Grenoble, Ecole nationale de la magistrature, intervention p. 97.
- 53 cf. à ce sujet E. LOQUIN, L'amiable composition en droit comparé et international, Librairies Techniques, 1980
- 54 Le traité de Westphalie, de 1648, qui consacre pour la première fois sur le plan international l'indépendance de la Suisse et qui mit fin à la guerre de cent ans est issu d'une longue *médiation*, de cinq ans, conduite par le vénitien – neutre – Aloysius CONTARINI (prof. Joseph DUSS VON WERDT, atelier CEFOC, 2002)
Longtemps régis par le droit coutumier, les Bons offices et la médiation ont fait l'objet de la 1ère Convention de la Haye 1899, la codification de la conciliation intervenant un quart de siècle plus tard. Cf. M. SORENSEN, Manual of public international law, Macmillan, 1968, p. 680 s.

- Le recours à la médiation est prévu dans de nombreux traités internationaux (par exemple : traité sur l'Antarctique du 1.12.1959 ; traité d'amitié entre la Confédération de la République des Philippines du 30.08.1956 ; Convention sur la diversité biologique du 5.6.1992).
- 55 Christian GROSSE, Imprescriptibilité ou pardon ? Sceller la réconciliation dans l'amnésie : les clauses d'oubliance des paix de religions du XVIème siècle, in Mélanges offerts à J.C. FAVEZ, Georg, 2000, p. 61 s.
- 56 B. BERTOSSA et al., op. cit., ad. art. 50 ch. 1 ; Renseignements aimablement communiqués par M. Gérard BAGNOUD, archiviste du Pouvoir judiciaire.
- 57 cf. par exemple, Fabienne HOHL, La réalisation du droit et les procédures rapides, presses universitaires, Fribourg, 1994, p.416 :
« Alors que le conciliateur se borne à inviter les parties à trouver par elles –mêmes une solution à leur litige, le médiateur outre ses activités de conciliateur, doit indiquer aux parties son évaluation provisoire de l'affaire et, dans les cas où cela lui paraît possible, formuler une proposition de transaction ».
La même confusion qui se retrouve, par exemple, dans Paul GUGGENHEIM, Traité de DIP, Tome II, Georg, 1954, p. 197 s, définit en p. 200 la médiation comme « consistant en la soumission de propositions susceptibles de fournir la base de la solution de conflit ».
L. OPPENHEIM et H. LAUTERPACHT, International law, a Treatise, Vol. II, Longmans, 1965, p. 12 et 13, clarifient bien les choses :
« Conciliation is the process of settling a dispute by referring it to a commission of persons whose task is to elucidate the facts (usually after hearing the parties and to bring them to an agreement) to make a report containing proposed for a settlement, but which does not have the binding of an award or a judgement...
It is also desirable to distinguish conciliation from mediation by confining the term "mediation" to cases where a third state endeavours to bring the parties together by conducting negotiations between them, and the term "conciliation" to cases where the parties have referred the dispute to a body of persons primarily for the purpose of ascertainment of the facts and a suggestion of the appropriate lines of a settlement ».
- 58 Léonard RISKIN, Mediator Orientations, Strategies and Techniques, distingue cependant deux rôles pour le médiateur : « The evaluative mediator », qui paraît plutôt se rapprocher de notre conciliateur, et « the facilitative mediator » qui rappelle plutôt notre médiateur, in Alan Scott RAU et al., op. cit., p.90. D'ailleurs, selon le Professeur RAU, le terme « conciliation » n'est pas utilisé aujourd'hui en droit interne dans les Etats Unis d'Amérique. Dans le même sens : Christian BUERING-UHLE, Arbitration and Mediation in international Business, Kluwer law International, 1996, p.216
- 59 Conciliation obligatoire ou facultative ; privée ou étatique ; préalable à l'introduction, avec un magistrat différent, ou en cours d'instruction, avec le même juge ; par un conciliateur unique ou un collègue paritaire (en matière de baux et loyers, en matière prud'homale, etc.).
Sur le caractère multiple de la médiation, cf. Jean-Pierre BONAFE-SCHMITT et al., la Médiation, les Médiations, Eres, 1999.
- 60 Isabelle BIERI, Contexte conciliatoire : quelques réflexions sur l'évolution de la gestion des conflits par les instances judiciaires et quasi-judiciaires, à l'instar de l'autorité de conciliation en matière de bail à loyer et de bail à ferme, publication pour le jubilé de la CCBL de la République et Canton de Genève et la première rencontre des ACBL, Genève 15.11.2002, p. 142 à 144.
- 61 cf. Schéma n°2, en annexe, qui compare la médiation à la conciliation judiciaire.

- 62 B. BERTOSSA et al. op. cit. ad art. 55, ch. 1 ; cf. la “solution inédite” proposée en conciliation. Jean A. MIRIMANOFF et I. DUBOIS, la CCBL, hier, aujourd’hui, demain, in Jubilé de la CCBL et 1ère rencontre des ACBL, Genève 15.11.2002, p. 59 et 60.
- 63 APPCS, en particulier aux art. 204 et 205 qui dénaturent la conciliation et anéantissent toute confidentialité puisqu’il y a confusion des personnes et des rôles. Supprimer la confidentialité revient, à terme, à mutiler l’institution de la conciliation :
- quelle personne peut elle, comme juge, oublier les confidences qu’elle aura recueillies comme conciliateur ?
 - quelle partie continuera à faire des confidences au conciliateur, sachant qu’il deviendra son juge ?
- La pratique enseigne que la confidentialité engendre la confiance, et la confiance les confidences. Or c’est dans les confidences que se resserrent les solutions créatrices, qu’elles émergent des parties ou des tiers.
- 64 Nicolas JEANDIN, LPC et production de pièces, de *lege ferenda*, SJ 2000, II p. 373 s. en particulier p. 402.
- 65 Rapport annuel 2001, Ombudsman des banques suisses ; Règlement relatif à l’activité de l’Ombudsman, art. 3 ; l’Ombudsman est donc une institution *sui generis*. Renseignements aimablement communiqués par M. HEINY, Ombudsman des banques et par Mmes Olivier CARRE et Olivier SUBILIA, Ombudsman des assurances.
- 66 L. OPPENHEIM, op. cit., p. 10, fait la distinction suivante entre les bons offices et la médiation :
« A theoretical distinction exists between mediation and good offices. The difference between them is that, whereas good offices consists in various kinds of actions tending to call negotiations between the conflicting states, mediation consist in direct conduct of negotiations between the parties... ».
- Dans le même sens : Nguyen QUOO DINH, P. DAILLIER et A. PELLET, DIP, L.G.D.J., 1980, p.782.
- 67 Par « instruments », il faut entendre : les statuts des associations, leur code de déontologie, la réglementation des organismes, et les accords (types) de médiation.
- 68 cf. à propos du libre arbitre et de la responsabilité du citoyen, cf. Jacqueline MORINEAU, op. cit. p. 100 ss et 140 ss.
- 69 Question cruciale qui se pose au législateur, relevée par Anne-Catherine SALBERG, Médiation de la rupture au lien, AJP, décembre 2002, p. 1401 ss not. 1406.
- 70 Philip MILBURN, La médiation : expériences et compétences, La Découverte, 2002, p. 127 s. Jean-François SIX, op. cit. p. 220.
- 71 cf. l’art. 159 LOJ, qui mentionne seulement l’indépendance et l’impartialité, en raison de la confusion conceptuelle faite entre impartialité et neutralité.
- 72 Adoptée par la XXème Conférence internationale de la Croix-Rouge, réunie à Vienne en 1965. Il s’agit d’un travail de codification et d’explication de principes beaucoup plus anciens. La Croix-Rouge (resp. le CICR) n’a certes pas la mission d’aider les parties au **conflit** à le résoudre, mais à trouver ensemble des solutions aux **problèmes** humanitaires qu’il provoque. Toutefois plus le droit humanitaire sera respecté, plus grandes seront les chances d’un retour à la paix.
- 73 Les principes fondamentaux de la Croix-Rouge, commentaire par Jean Pictet, Institut Henry Dunant, Genève, 1979

- 74 Ce terme ne figure pas dans la dernière édition du Dictionnaire de la langue française d'Emile LITTE, en sept volumes.
En revanche, le Nouveau petit Robert en donne la définition suivante : « Faculté de s'identifier à quelqu'un, de ressentir ce qu'il ressent ».
- 75 J. PICTET, op. cit., p.45
- 76 Jean TIMSIT, La médiation : une alternative à la justice, et non une justice alternative, Gazette du Palais, 15.11.2001, p. 58
- 77 Pourquoi ne pas avoir dit expressément dans la loi que les magistrats sont soumis aux principes d'impartialité, de neutralité et d'indépendance ? Pour des raisons historiques, sans doute, ces principes se dégageant de la teneur du serment prononcé par les magistrats, et par la liste, hétéroclite, des cas de récusation.
- 78 Le sujet mériterait une thèse, pour chaque ADR pris isolément.
Vingt-cinq ans de conciliation incitent à penser que ces principes sont communs à la conciliation, à la justice civile et au processus de médiation. cf. le schéma n°2.
- 79 La situation étant analogue à celle de la conciliation – entourée de la confidentialité – cet article reprend la rédaction de l'art. 57 LOJ.
- 80 Il eût été possible aussi de se référer au manque allégué d'indépendance, de neutralité ou d'impartialité du médiateur.
- 80bis Ch.. BUERING-UHLE, op. cit., p. 148 et 216, relève les mêmes difficultés que l'arbitrage partagé avec la procédure civile, en particulier l'arbitrage international « en crise » selon lui.
- 81 cf. notamment Conseil de l'Europe, Programme de coopération pour le renforcement de l'Etat de droit, Réduire la durée des procédures civiles, Madrid, juillet 2001, Conclusion n°9 ch. VI, Médiation et ADR ; Commission des communautés européennes, Livre vert sur les MARL en matière civile et commerciale, Bruxelles, avril 2002.
- 82 L'avant projet de PCS de la commission d'experts d'octobre 2002 n'examine pas du tout les relations entre la procédure civile et le processus de médiation. Le fossé entre les deux est béant.
Cependant la fonction de médiateur y est mentionnée deux fois :
-à l'art. 43 lit. C qui prévoit, pour un magistrat ou un fonctionnaire judiciaire, l'obligation de se récuser s'il a agi, « notamment en qualité de... médiateur » ;
- et à l'art. 157 al. 1 lit. C qui dispense de collaborer à l'administration des preuves le médiateur pour « des faits dont (il) a pris connaissance dans l'exercice de ses fonctions. »
- 83 Le risque de dénaturer la médiation et d'anéantir toute confidentialité, en cas de confusion des personnes et des rôles, conduit à reposer les questions figurant plus haut :
- quelle personne peut-elle, comme arbitre, oublier les confidences qu'elle aura recueillies comme médiatrice ?
- quelle partie continuera à faire des confidences au médiateur, sachant qu'il deviendra son arbitre ?
cf. Christian BUERING-UHLE, op. cit., p. 369 :
“The most common combination of mediation and arbitration is pre-arbitral mediation which can be conducted by a separate neutral or by the same person who starts out as a mediator and in the event of no agreement continues as arbitrator.
When both processes are conducted by the same person (“medarb”), concerns about the procedural integrity of the arbitration can be allayed by granting the parties the right to opt out of the arbitration part of the procedure if they do not feel comfortable with the dual role of the

neutral (med-arb-opt-out”). This way the parties can avoid being submitted to a binding decision by the mediator if, based on his conduct in the mediation, they have doubts about his impartiality, *or if in a caucus they have disclosed highly sensitive information* that might expose them to the danger of an unfavorable decision. An opt-out clause can already have a beneficial effect on the mediation : the parties may feel less inhibited from being candid about their real interests or their bottom line since they can always “pull the brake” in case no settlement is reached. However, where the procedure starts out as an arbitration, the possibility of an opt-out may result in disproportionate costs since a termination of the proceedings would render obsolete all work so far performed in the arbitration”.