



Schweizerische Richtervereinigung für Mediation und Schlichtung
Groupement suisse des Magistrats pour la Médiation et la Conciliation
Gruppo svizzero di Magistrati per la Mediazione e la Conciliazione
Swiss group of Magistrates for Mediation and Conciliation
Agrupación suiza de Magistrados por la Mediación y la Conciliación

DIGRESSION MYTHOLOGIQUE SUR LA RESOLUTION DES CONFLITS

Jean A. MIRIMANOFF

Journée de la Médiation

organisée par l'ENM, GEMME et l'Association Alpes Maritimes Médiation

Nice, le 11 avril 2008

"Die einvernehmliche Lösung eines Problems hat klar im Vordergrund zu stehen"
(Schweizerisches Bundesrat, Botschaft zur ZPO von 28. Juni 2006, S. 22)

*

"Le règlement à l'amiable (des conflits) a la priorité"
(Conseil fédéral, Message relatif au CPC du 28 juin 2006, p. 20)

*

"La risoluzione amichevole (dei conflitti) ha chiaramente la priorità"
(Consiglio federale, Messaggio relativo al CPC del 28 giugno 2006)

* * *

DIGRESSION MYTHOLOGIQUE

SUR LA RESOLUTION DES CONFLITS

Jean A. Mirimanoff*

HOMMAGE AUX MUSES

Il sied de rendre hommage à trois Muses françaises :

- A Béatrice Blohorn-Brenneur, Secrétaire générale et cofondatrice de Gemme, dont l'enthousiasme courageux pour la médiation se reflète dans son livre "Justice et Médiation", et qui a disserté à Valence en novembre dernier sur la justice une, deux, trois¹.
- A Jacqueline Morineau, dont l'ouvrage sur l' "esprit de la médiation"² établit un saisissant parallèle entre le processus de médiation et la tragédie grecque.
- A Jacqueline de Romilly, dont l'analyse subtile de "l'Orestie d'Eschyle"³ nous éclaire sur la première mutation de la justice et sur le rôle novateur d'Athéna présidant l'Aréopage au procès d'Oreste.

* © Jean A. Mirimanoff, Secrétaire général de Gemme-Suisse, président de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, médiateur agréé au tableau officiel de Genève, ancien juge, ancien conseiller juridique au CICR. L'auteur remercie vivement Anne-Catherine Salberg, médiatrice GPM, pour ses suggestions, et Marco Pons, titulaire du brevet d'avocat, pour son aide technique.

¹ Un juge témoigne, le Cherche midi, 2006; la justice une est la violence unilatérale ou justice propre, la deuxième le duel judiciaire que constitue la procédure, et la troisième est interactive à trois : la médiation (Colloque de Valence, Espagne, novembre 2007). Les codes et lois d'Hammourabi, de Moïse, de Solon et les XII tables de Rome marquent les premières charnières entre la première et la deuxième justice, pour l'Occident.

² Erès, 2001, en particulier aux p. 77 à 131.

³ Le grand livre du mois, Bayard, 2006.

1. ERINYES ET EUMENIDES: "de la rage à la justice".

L'Orestie, la trilogie d'Eschyle⁴ peint la fresque de grands bouleversements engendrés par le passage d'un ordre ancien à un ordre nouveau :

- la rivalité entre les anciennes divinités (essentiellement les Erinyes) et les nouveaux dieux olympiens (en particulier Apollon et Athéna);
- le passage de la justice unilatérale, brutale et arbitraire⁵ - représentée par la furie des Erinyes - à une justice démocratique, règlementée et équilibrée, sous l'égide d'Athéna;
- la métamorphose des Erinyes, et non leur élimination, qui deviendront les protectrices d'Athènes et les garantes de la paix civile : les Euménides.

La création du tribunal de l'Aréopage pour juger Oreste (et par laquelle se termine la trilogie, jouée pour la première fois en 458 AC) lui confère un caractère d'actualité à l'époque : quelque deux ans plus tôt les Athéniens avaient réformé leur tribunal en démocratisant la composition.

Quels enseignement en tirer aujourd'hui pour nous, juges et avocats, serviteurs attirés de la deuxième justice, issue de l'antique institution athénienne ? C'est la grande humilité d'Athéna que nous retiendrons, et qui se manifeste par trois comportements significatifs :

- son refus de décider seule du sort d'Oreste, ce qui la conduit à créer une institution nouvelle, l'Aréopage, où siègent des citoyens qui le jugeront, et qu'elle se contente de présider; en démocrate convaincue, elle fait confiance aux élus de sa cité;
- sa bienveillance vis-à-vis des Erinyes, qu'elle écoute longuement et patiemment, et qu'elle invite même au tribunal pour soutenir l'accusation, tandis qu'Oreste est défendu par Apollon;
- son respect vis-à-vis de ses "pairs", qui s'expriment en premier par leur vote au bulletin secret tandis qu'elle n'intervient que pour les départager

⁴ "Agamemnon", "les Choéphores" et les "Euménides".

⁵ Dans la spirale de la violence meurtrière (en tuant Agamemnon, son mari, Clytemnestre venge le sacrifice sanglant d'Iphigénie, leur fille) mais elle n'est pas poursuivie pas les Erinyes qui n'épargneront pas Oreste (qui tue sa mère pour venger son père) soutenu et encouragé par Electre, sa sœur.

en joignant son suffrage à ceux en faveur d'Oreste, mettant ainsi fin au cycle de la violence...

Si la justice unilatérale, en se transformant, cède la place à la justice du tribunal, qu'en est-il à l'époque d'Eschyle de la justice à trois, de la médiation ? N'est-elle qu'une élégante construction de l'esprit, si bien restituée par l'une de nos Muses ? Plusieurs raisons nous convainquent du contraire :

- l'humilité d'Athéna que l'on ne peut imaginer fermer les portes de sa cité à Hermès, le dieu de la communication, de la négociation et de la médiation, puisqu'elle a su accueillir sans hésiter les Erinyes elles-mêmes;

- d'autres tragédies grecques, qui nous livrent plusieurs exemples de médiations (réussies ou inabouties), confiant le rôle du tiers tantôt à un dieu, Hermès (dans le Prométhée enchaîné d'Eschyle), tantôt à un homme, Ulysse (dans l'Ajax et dans le Philoctète de Sophocle). La filiation entre le dieu et le héros ne surprend pas⁶.

- l'existence historiquement attestée d'un médiateur, Solon (ca 640-561 AC) qui, un siècle avant Eschyle, a su réconcilier les Aristocrates (les Eupatrides) avec le peuple d'Athènes, et éviter une guerre civile⁷.

- enfin, le témoignage de Platon :

"Il faut que ceux qui ont des griefs les uns contre les autres commencent à trouver leurs voisins, leurs amis, aussi bien que ceux qui sont au courant des actes sur lesquels porte la contestation : qu'ils aillent vers les tribunaux dans le cas seulement où d'aventure on n'aura pas reçu de ces gens-là une

⁶ cf. François Ost, Les lois conventionnellement formées tiennent lieu de conventions à ceux qui les ont faites, in Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove, droit négocié, droit imposé ? Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996, p.53 à 76; Maryvonne David-Jougneau, "Ulysse, médiateur ou comment s'en sortir du cycle de la vengeance", Droit et société, N° 29, Paris, L'Harmattan, 1995, p.31 à 43; René Martin, Dictionnaire culturel de la Mythologie gréco-romaine, Nathan, 1992. p.245 .Anticléa, épouse de Laërte et mère d'Ulysse, est la fille d'Autolykos, fils d'Hermès selon la tradition mythologique.

⁷ Joseph Duss von Werdt, Homo mediator, Klett-Cotta, Stuttgart, 2005, p. 240 à 232. L'auteur, philosophe, professeur à l'université de Hagen, médiateur, est le père spirituel de la première loi sur la médiation civile en Suisse, la loi genevoise du 29.10.2004. Son dernier ouvrage est Einführung in Mediation, Carl-Auer Verlag, Heidelberg, 2008.

décision qui règle convenablement le différend" (Les Lois,VI,767)⁸.

De ce dernier texte se dégagent d'ailleurs deux idées fondamentales d'une grande actualité: celle de la priorité ou du privilège à accorder au règlement amiable, la saisine de la justice contentieuse n'étant que subsidiaire, et celle de l'incompatibilité des rôles de médiateur et de juge, qui sont des personnes différentes. On en trouve le reflet explicite dans les travaux du Conseil de l'Europe⁹.

A ce stade le constat s'impose que l'antiquité grecque connaissait déjà les justices une, deux et trois.

2. THEMIS et HERMES : pérennité et ubris (?)

Thémis, déesse de la justice, traverse avec un succès presque inégalé tous les grands bouleversements et survit à toutes les crises, depuis l'aube des temps si l'on en croit la théogonie d'Hésiode (VII AC), jusqu'à ce jour. A chaque fois elle franchit triomphalement les caps séparant les ordres anciens des ordres nouveaux.

Fille de la Terre (Gaé) et du Ciel (Ouranos) et sœur des Titans, elle appartient à l'ordre des anciens dieux au sort desquels elle échappe par ses noces avec Zeus. A ses côtés elle parvient même à présider les délibérations des douze olympiens. Déesse de la Justice elle enfante les Heures : l'Équité (Eunomie), la Loi (Dicé) et la Paix (Irène).

Parée par les Grecs de la balance et de l'épée, elle reçoit des Romains le faisceau de haches entouré de verges, symbole de l'autorité.

Plus tard elle parvient toujours à se faire ainsi représenter. Dans l'ordre suivant, tant sur le parvis des cathédrales de France qu'au faite de nos belles fontaines de Suisse . Aux étapes ultérieures de l'histoire elle s'est hissée, partout, au fronton des Palais de Justice, en Europe et en d'autres continents.

Mais comment jouir vraiment de ce succès tant qu'Hermès¹⁰ lui fait de l'ombre ? Nulle surprise à ce que le dieu des passages se soit, lui aussi,

⁸ Passage cité par Guy Canivet, *in* Art et techniques de la médiation, Litec, Paris, 2004.

⁹ En particulier dans l'Avis N° 6 (2004) de la Conférence européenne des juges pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), voir note 17.

¹⁰ Sur le rôle d'Hermès : François Ost, *op. cit.*, note 6, p. 104 à 107.

frayé son chemin au fil des siècles. Or tout paraît les opposer . N'est-il pas, déjà, le fruit des amours adultères de Zeus et de la nymphe Maïa ? Et puis il a fallu encore supporter de le voir admis dans la nomenclature des douze Olympiens, alors que sa candidature à elle n'était pas même proposée !

Qui plus est, les succès du communicateur, du négociateur et du médiateur ont pris dans les temps modernes de l'ampleur. Empiétant sur le terrain de la Paix, fille de Thémis, c'est la plus longue médiation de l'histoire qui met fin à la guerre de trente ans par le Traité de Westphalie (1648)¹¹. Le comble est atteint lorsque, revêtu toujours des déguisements ecclésiastiques, Hermès règle l'essentiel du contentieux social, tout au moins dans la région de l'actuelle Suisse romande¹², ce qui revient à le soustraire à l'autorité de Thémis.

La coupe est pleine, et la Révolution de 1789 sera l'occasion d'une belle revanche, avec l'invention dans la Constitution de 1790 de la tentative préalable et obligatoire de conciliation, qui remet tout dans le giron de la justice étatique Et pourtant elles se ressemblent, la médiation et la conciliation, comme deux sœurs, ces filles ou ces formes de Protée¹³. Il ne reste à Hermès qu'à coiffer le casque qui le rend invisible et qu'à prendre son vol, de ses chevilles ailées, vers un autre continent.

Pendant deux siècles Thémis pourra exercer enfin seule son monopole de pacification sociale, jouir sans partage de son pouvoir.

Pourquoi s'étonner qu'aujourd'hui Thémis s'inquiète ? Elle et ses fidèles. La crainte de perdre le pouvoir les hante, avec celle de perdre des ressources. Et le peur du nouveau ? Mieux vaut en effet feindre ne pas reconnaître Hermès, de retour après sa longue odyssée ...

Mais, pour les Athéniens que nous sommes encore, pourquoi ces vaines querelles ? N'est-il pas venu le temps de tourner à nouveau notre regard

¹¹ Médiation facilitée par Alvise Contarini, diplomate et ecclésiastique, représentant la Sérénissime République de Venise, seul Etat neutre dans ce conflit, aux pourparlers de paix, réunissant plus de vingt Etats; cf. Joseph Duss von Werdt, *op.cit.*, p.233 ss.

¹² Christian Gross, "pour bien de paix", in *Figures de la médiation et de lien social*, L'Harmattan, 2006, p.85 à 107.

¹³ Le dieu qui se transforme pour échapper à toute capture, et qui prédit l'avenir; cf. Martine Chenou *et al.*, *La médiation civile ou métajudiciaire : pour une nouvelle synergie et contre la confusion des genres*, Semaine judiciaire, N° 10, vol. II, 2003, p.314, www.gemme.ch; Jean A. Mirimanoff, *Conciliation et Médiation, pour en finir avec un psychodrame familial*, Actes de la deuxième Conférences des ACBL, Granges (SO), 12 mai 2006, www.gemme.ch

vers la divine Athéna, celle qui accueille, qui écoute et qui fait vivre ensemble dans sa cité les dieux et les hommes ?

3. ATHENA : la construction d'une justice plurielle.

Comme au siècle d'Eschyle nous vivons une période charnière de crise et de bouleversements que prophétisent nos disciples de Cassandre avec une perspective tragique et dans le délitement de nos institutions démocratiques¹⁴.

Comme au temps de l'Orestie nous réformons nos aréopages. Un peu partout et à tous les niveaux en Europe.

De leur côté, les Erinyes sévissent de plus bel. Partout dans le monde, dans nos pays, dans nos cités elles clament leur chant d'horreur, que transcrit le poète :

"Pour notre victoire, voici le chant délire, vertige où se perd la raison, voici l'hymne des Erinyes, enchaîneur d'âmes, chant sans lyre , qui sèche les mortels d'effroi."(Eschyle, Les Euménides, 328 ss.)¹⁵.

Nous n'avons donc pas de temps à perdre. Comment réformer nos aréopages? Sur le plan local par des expériences pilote, par des sensibilisations, des formations, des articles, des débats télévisés et des conférences comme celle organisée par l'Association Alpes-Maritimes Médiation. Sur le plan national par la refonte de nos codes de procédure¹⁶. Même la frileuse Helvétie se décide à quitter le XIXème siècle en unifiant ses 26 codes de procédure civile en un seul, en renforçant la conciliation et en entrouvrant la porte à la médiation. Quand sera-ce-le tour de l'Europe ? Sur le plan européen le CE et l'UE forgent cependant de nouveaux instruments du droit international sous la forme d'opinions, de recommandations et de lignes directrices à l'élaboration desquelles des juges, des avocats et des médiatrices s'engagent

¹⁴ Par exemple Guy Hermet, l'hiver de la démocratie, ou le nouveau régime, Armand Collin, 2007, et Jacques Attali, Petite histoire de l'Avenir, Fayard, 2007. On y entrevoit un grand futur encore pour les Erinyes. Partant, un vaste champ d'action pour Thémis, Hermès et Athéna. Et pour tous leurs servants.

¹⁵ Cité par Jacqueline de Romilly, *op.cit.*, note 3.

¹⁶ Jayne Singer *et al.*, The UE Mediation Atlas : Practice and Regulation, Ed Karl Mackie, CEDER, 2005.

ensemble¹⁷. Qu'attendons nous encore pour les diffuser, pour les mettre en œuvre ?

La justice de Thémis et celle d'Hermès ont vocation à s'entendre. Les Athéniens avaient la faculté de choisir. Pourquoi pas nous ? Car, ainsi que l'écrit le premier président de Gemme :

*"Il n'y a pas de mode principal fondé sur le règlement contentieux et de modes accessoires tournés vers le règlement amiable, mais un ensemble de techniques qui offre au juge et aux parties un choix de voies à prendre pour régler leur différend de la manière la plus convenable"*¹⁸.

Pour construire une justice nouvelle et plurielle tournons ainsi nos regards vers Athéna. Celle qui convainc pour vaincre¹⁹ Athéna Nikè. Athéna de Nice.

¹⁷ Les Instruments du CE sont disponibles sur www.coe.int ; cf. en particulier les Rec.(98)1 sur la médiation familiale et Rec.(2002) 10 sur la médiation civile, ainsi que les Lignes directrices adoptées le 17 déc.2007 CEPEJ-2007-13,14 et 15

¹⁸ Guy Canivet, *loc.cit.*, note 7.

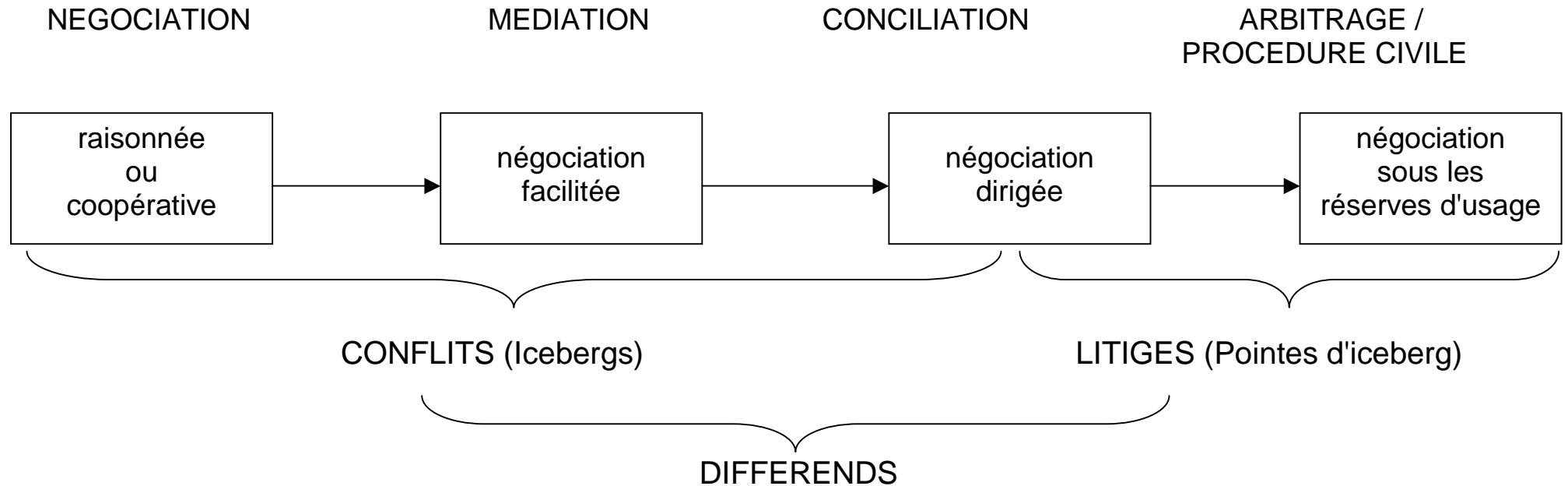
Gemme-Suisse tient à jour une bibliographie sélective "ADR .Negociation, Mediation, Conciliation" que tous ses membres et ses amis sont invités à compléter, le cas échéant. Elle est disponible sur www.gemme.ch

Ont rafraîchi notre mémoire : P. Commelin, *Mythologie grecque et romaine*, Pocket, 1994; Edith Hamilton, *La mythologie, ses dieux, ses héros, ses légendes*, Marabout, 1997; et Jacques Lacarrière, *Au cœur des mythologies, en suivant les dieux*, Gallimard, 1998.

¹⁹ "La persuasion est l'art de faire valoir les raisons qui font sens pour l'autre", François Ost, *op.cit*, note 6, p.64.

I. L'UBIQUITE DE LA NEGOCIATION DANS LA RESOLUTION DES LITIGES

a) L'ouverture :

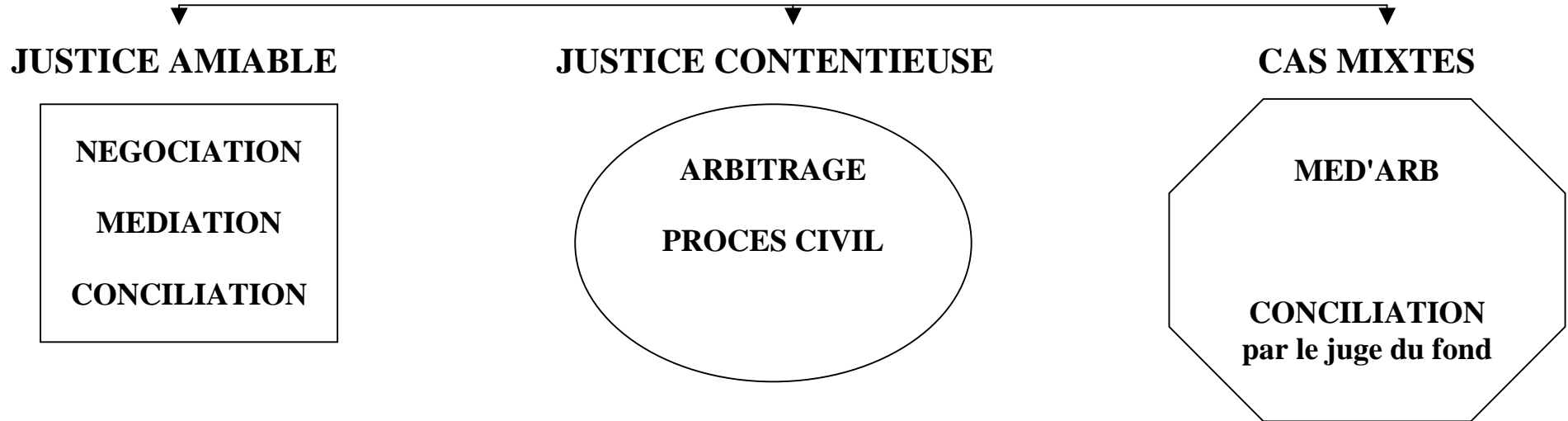


b) L'impasse actuelle :

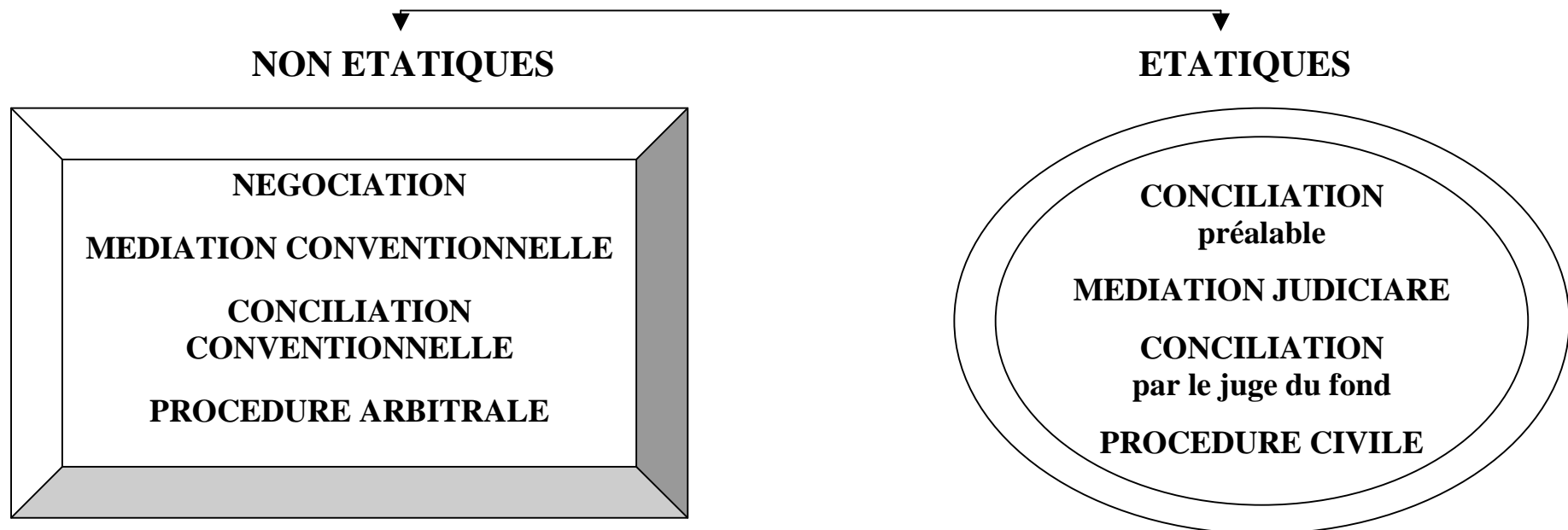
NEGOCIATION sur les positions → PROCEDURE arbitrale ou judiciaire

II. JUSTICE PLURIELLE ET MODES PLURIELS

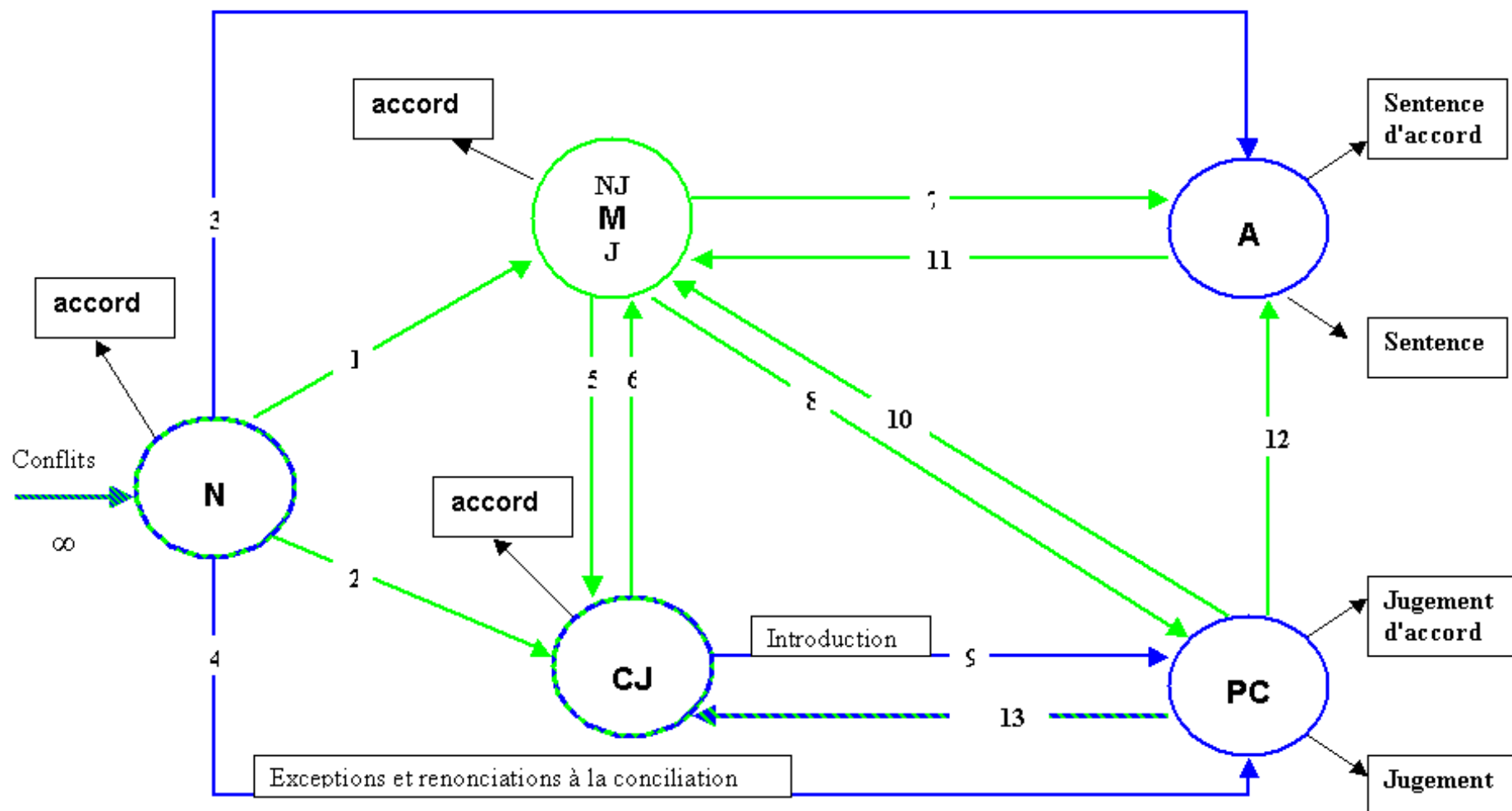
A. JUSTICE PLURIELLE



B. MODES PLURIELS



III. LA BOITE A OUTILS POUR UNE LIBRE CIRCULATION DES LITIGES



N Négociation

M Médiation
 NJ Non judiciaire
 J Judiciaire

CJ Conciliation judiciaire

A Arbitrage

PC Procédure civile

Le Groupement suisse des magistrats pour la médiation et la conciliation (Gemme-Suisse) a été fondé le 8 octobre 2004 à Fribourg. Il comprend à ce jour 40 membres provenant des trois principales régions linguistiques de notre pays. Le Groupement a pour objectif de promouvoir le règlement amiable, en particulier la négociation, la médiation et la conciliation.

Avec une douzaine d'autres sections nationales, il compose le Groupement européen des magistrats pour la médiation (Gemme), organisation non gouvernementale accréditée auprès du Conseil de l'Europe.

* * *

Comité de Gemme-Suisse :

Monsieur Pierre ZAPPELLI, Président
Juge au Tribunal fédéral (VD)
Représentant de l'UIM auprès de l'ONU

Monsieur Jean A. MIRIMANOFF, Secrétaire général
Président de la CBL de Genève
Médiateur agréé au tableau officiel (GE)
Ancien Juge au Tribunal de première instance (GE)

Madame Isabelle BIERI
Présidente des ARC (NE)
Médiatrice agréée au tableau officiel (GE)

Madame Emanuela EPINEY-COLOMBO
Juge à la Cour de cassation civile de Lugano (TI)
Médiatrice CSMC

Madame Lilly GYGI
Présidente Oberamt Dornek-Thierstein
Présidente de l'ACBL de Soleure (SO)

Madame Claude-Nicole NARDIN
Juge au Tribunal de Première instance (GE)

Monsieur Niklaus THEILER
Président de l'ACBL de Sachseln (OW)