

Procédure

Retour sur le développement de la médiation par rapport à la justice (*) traditionnelle

Dans un récent article (**), il avait été mis l'accent sur le fort soupçon que les nouvelles techniques de résolution des conflits, et principalement les diverses médiations, font peser sur le droit. L'un des spécialistes les plus éminents de la matière (***), Jean-François Six, n'en a-t-il pas profité pour rappeler qu'une « véritable médiation ne pourra réellement s'implanter en France que dans un sens de la justice où l'on reconnaît la place première du droit et de la loi » (****). En filigrane, ne se dessine-t-il pas une transformation profonde du modèle de résolution des conflits qui se dessine ?



Par Bertrand de BELVAL
Avocat au barreau de Lyon

Alors que le modèle judiciaire, avec la figure centrale du juge et le moyen procédural d'accès à la justice et de la recherche du procès équitable, occupe la scène depuis des siècles, la médiation tend à recouvrir un territoire de plus en plus vaste, en mettant l'accent sur le consentement des parties. Ce n'est plus le juge (*juris-dictio*) qui est l'auteur de la décision, mais les parties. Le médiateur se veut un « entre-

metteur », un « facilitateur » (1), là où le juge se tient à distance.

À gros traits, le médiateur pourrait ne considérer que les personnes et leurs cas, peu important les normes ; alors que, pour le juge, les normes sont un passage obligé, pour aller du cas à la décision par le truchement des personnes. Comment sommes-nous arrivés à ce développement de la médiation qui tend à devenir le modèle de remplacement, le nouveau paradigme ?

I. LA SATISFACTION ET LA QUALITÉ

Sans vouloir être exhaustif, tâche impossible, commençons par la raison majeure : la justice traditionnelle déçoit souvent les justiciables, parce qu'elle est soit trop lente,

soit trop chère, soit trop aléatoire, etc. La médiation donne quasiment toujours satisfaction. La question n'est pas ici de dire qui a raison ou tort. C'est en tout cas un constat sociologique : la justice traditionnelle est moins bien perçue que la médiation quant aux résultats. La médiation semble réussir là où la justice échoue. Le développement des différentes médiations s'appuie sur ses bons résultats affichés. N'est-ce pas un trompe-l'œil ?

« Là où le juge aura 100 dossiers à traiter, le médiateur en aura cinq. La réussite de la médiation ne doit pas occulter son échelle limitée »

En effet, il faut comparer ce qui est comparable. Là où un juge aura un quart d'heure pour apprécier un litige, le médiateur aura trois heures devant lui. Là où le juge aura 100 dossiers à traiter, le médiateur en aura cinq. Etc. La justice des tribunaux n'a pas le même débit que la médiation. Mettons un médiateur dans une audience de tribunal d'instance avec pour charge de traiter de plusieurs dizaines d'affaires dans la matinée, et il y a fort à parier que le résultat ne sera pas très différent, et même peut-être pire, car le juge peut d'autorité trancher avec des principes juridiques sur lesquels il se fonde. Avec des moyens identiques, les juridictions n'auraient pas les mêmes critiques. Par conséquent, la réussite de la médiation ne doit pas occulter son échelle limitée.

II. L'ABSENCE DE NORMES

Dans les discussions avec les médiateurs, il revient sans cesse un élément fondamental : « Nous ne sommes pas liés par les normes existantes, notre action est en dehors de toutes normes ». La médiation n'entend pas se laisser encadrer, d'aucuns diraient « brider », par des normes existantes. Tout doit être possible pour permettre un accord, étant observé que cette forme libérale, voire libertaire, est prégnante dans la société actuelle. Le cœur de la médiation n'est pas le rapport à la norme, mais la recherche des causes premières subjectives du litige, un peu à

(*) Nous évoquerons la « justice » au sens des « juridictions » classiques dans nos « palais de Justice » : TGI, TI, TC, CA...

(**) B. de Belval, « Petite réflexion sur le développement des modes de règlement alternatifs des conflits par rapport au droit », *Gaz. Pal.* 8 mai 2012, p. 11, 19831.

(***) J.-F. Six, *Les médiateurs*, éd. Les cavaliers bleus, 2003 ; J.-F. Six et V. Musaud, *Médiation*, Seuil, 2002.

(****) J.-F. Six, *Les cahiers de la médiation* automne 2012, n° 55, p. 48.

(1) Les médiateurs refusent le terme de pacificateur en général, car ils tiennent à souligner que leur rôle n'est surtout pas d'être partie prenante au litige pour chercher la paix, mais de rester en dehors, en laissant une liberté totale aux parties. Le médiateur les aiguille par sa méthode, mais n'entre pas dans le fond.

l'instar du psychanalyste qui essaie de découvrir ce monde refoulé ou les ressentiments. C'est la quête du « pourquoi ? », qui en soi est très importante. Par analogie au pénal, on pense « mobiles ». Et le médiateur va donc chercher à rapprocher les parties à partir de ce qu'elles ressentent, en faisant abstraction de ce qui est et – se retranchant finalement dans une relativité de ce qui paraît objectif : l'un voyant comme ceci la réalité, l'autre autrement.

“ En réalité, la médiation n'élimine pas les normes, elle en impose d'autres ”

D'où le travail à partir du subjectif. La méthode est importante, car elle est à la base d'un consentement. Loin de nous l'idée de lui dénier toute pertinence. Mais, il lui manque un aspect fondamental. En se plaçant au-delà des normes, la médiation ne traite que des liens personnels, de sujet à sujet. Or, la médiation est par essence sociale. Le fait même qu'elle existe démontre qu'elle traite de conflits sociaux. Elle ne peut donc être expurgée d'une problématique normative – étant observé que l'anthropologie a démontré que l'humain est imprégné de normativité.

On constate d'ailleurs que les médiateurs sont soumis à une déontologie, s'imposent des normes comme le fait, paradoxalement, de ne pas se référer aux normes de l'ordre juridique positif, pour ne laisser place qu'aux faits et perceptions des parties. Cela n'est pas très cohérent. En réalité, la médiation n'élimine pas les normes, elle en impose d'autres. C'est bien une autre justice que l'on essaie de fabriquer. Il suffit de se reporter aux ouvrages sur la question pour voir que le thème de la transgression et de la subversion (indépendamment de toute connotation morale) est très présent : on cherche souvent une autre normativité. Le problème est majeur : la médiation est fondée sur un modèle qui n'a pas les repères démocratiques d'un ordre juridique commun à tous. Son approche du lien social est également surprenante, puisqu'elle refuse précisément les repères sociaux au profit de la pure subjectivité humaine.

Comment dans ces conditions construire un modèle social, susceptible de réguler une société, si chaque situation est ponctuelle ? N'est-ce pas toute la portée de la jurisprudence (la *common law* est plus significative encore avec ses *precedents*), de la tradition juridique, de nous fournir des informations pour mieux nous mouvoir dans l'espace social, fait d'altérité et partant de conflits potentiels et réels.

III. LA PRÉSENCE DES AVOCATS CONSEILS

Il est admis que les médiations aboutissent plus facilement quand les parties sont assistées de leurs conseils. Pas tant pour le rapport aux normes (cf. *supra*), que parce que la présence du conseil rassure la partie qui a souvent peur

de se « faire avoir ». Le conseil a un rôle structurant majeur. Il est un pilier sur lequel les parties s'appuient pour avancer. Cela démontre que le processus de la médiation n'est pas différent de celui de la justice. Il n'est pas alternatif au sens premier du terme. Comme devant les tribunaux, le conseil veille à ce que les garanties de son client soient respectées. C'est une preuve de plus que la médiation est une forme processuelle. Il est, dès lors, curieux de soutenir qu'il faut faire abstraction des normes, alors que la présence des conseils est justifiée par ce souci d'une défense fondamentale de la partie.

IV. DU TEMPS

La justice paraît lente avons-nous rappelé. Sans doute. La médiation permettrait de remédier à cette lenteur car, à la faveur d'une ou deux rencontres, le médiateur serait parvenu à sa fin. Là également, il faut se méfier des approches faciles. Le temps a ses vertus. Dans le procès⁽²⁾, s'opère généralement une décantation des problèmes. La difficulté du départ n'est pas forcément celle de la fin. Le débat judiciaire, la contradiction, sont des outils pour assurer un dialogue approfondi. L'intercession du conseil met une distance⁽³⁾ qui donne un certain recul.

Ce travail implique des échanges avec le client. Le conseil va pouvoir s'enquérir de sa perception profonde. Son rôle sera aussi de chercher à l'amener à consentir à la décision qui pourra être rendue et de lui expliquer la situation, lui présenter les options, etc. De manière tautologique, il délivrera des conseils ! *In fine*, l'objectif est de faire en sorte que le client s'approprie la décision, pour y acquiescer ou la contester selon, mais en toute connaissance de cause. Ce travail ne peut se faire en trois heures, autour de la table du médiateur. Le temps est l'outil par excellence de cette maturation. À l'inverse, les émotions sont fugaces et éphémères. Elles n'ont pas la portée de raisons justifiées, fussent-elles toujours provisoires et perfectibles.

V. LES CAS DIFFICILES

La médiation est souvent présentée comme une méthode qui permet de résoudre des cas difficiles, voire qui paraissent inextricables sous l'angle juridique. Cela n'est que partiellement vrai, et dépend du type de problèmes rencontrés. Quand les griefs sont effectivement concentrés sur les affects et portent sur des considérations relatives à la vie privée, la médiation est souvent féconde. Mais quand les cas portent sur des phénomènes complexes, soit par le nombre de paramètres (la présence d'éléments d'extranéité, la pluralité des parties...), la technicité (aspect pointu ayant des conséquences majeures : la validité d'un brevet avec en arrière-plan la création d'une *start up*, la présence

(2) Certains sont parfois très urgents et il existe des procédures particulières d'heure à heure par exemple. Notre réflexion concerne les affaires classiques, sans péril particulier.

(3) Ce n'est pas toujours le cas, tant de nombreux conseils sont la plume servile de leurs clients, au mépris de leur indépendance.

de financiers, et le désaccord entre associés), ou les questions juridiques posées (*quid* d'une opposition de normes entre deux droits spéciaux mâtinés d'ordre public avec au milieu des accords contractuels ?), ou encore les intérêts en jeu ayant des ondes sur de multiples acteurs (par ex., la liquidation d'un *major* d'une filière), ou les dossiers « politiques », la justice est souvent le meilleur moyen de trancher le litige.

“ La justice paraît irremplaçable. Si elle doit être améliorée, elle ne peut que rester le modèle de référence avec, à la marge, la médiation ”

Prenons l'exemple de l'arbitrage —, qui n'est pas la médiation et présente des garanties bien plus fortes en terme juridique —, qui a concerné Bernard Tapie : la sentence des arbitres (qui étaient réputés et aguerris, au-delà de tout soupçon) n'a, c'est le moins que l'on puisse dire, pas mis fin au dossier *lato sensu*. C'est pourquoi, notamment par les garanties procédurales, l'impartialité requise, l'autorité de la décision, la justice traditionnelle s'exerçant par des magistrats relevant de l'État (de droit) apparaissent comme les mieux à même de clore les contentieux. Que penserait-on si l'affaire des *Frégates de Taïwan* faisait l'objet d'une médiation, ou encore l'affaire du *Médiateur*, ou tant d'autres affaires qui occupent le devant de l'actualité ? La rumeur ne manquerait pas de se répandre, avec son cortège de fantasmes et de « règlement de comptes entre amis ».

La justice a l'avantage de la publicité, de la transparence qui fait qu'elle se déroule sur la place publique, sauf cas particuliers liés à l'ordre public ; en cela elle est centrale dans la Démocratie. La médiation ne bénéficie pas de cette image du voile d'ignorance ô combien importante et ne peut pas l'avoir collectivement, car c'est une manière

privée et non publique de résoudre les litiges. La médiation concerne des personnes et s'arrête avec elles. La justice va au-delà et a partie liée avec la place publique.

VI. LE MIEUX EST SOUVENT L'ENNEMI DU BIEN

Quel modèle voulons-nous ? Un modèle de justice (publique) et rationnelle ? Un modèle volontariste (privé) et émotionnel ? Cette discussion est capitale, car elle renvoie à la problématique aporétique du rapport à l'altérité. Le modèle de la justice place le sens commun au premier plan. Le modèle volontariste, on ne sera pas étonné aujourd'hui, donne la priorité à l'individualisme. La justice est un sentiment trop ancré dans le tréfonds humain pour qu'il soit abandonné, mis en berne. Ce serait dangereux car la médiation montre précisément que le ressentiment peut être ravageur. En conséquence, la justice paraît irremplaçable. C'est un irréductible humain. Si elle doit être améliorée, elle ne peut que rester le modèle de référence, avec à la marge la médiation. L'exception ne peut devenir le principe. La médiation ne doit pas être l'adversaire de la justice et vice-versa comme cela tend à le devenir, à travers l'émergence de nouveaux acteurs qui cherchent à se faire une place sur ce marché du contentieux — n'ayant aucune des garanties propres aux professions réglementées.

On ne met pas en place une structure judiciaire du jour au lendemain, ni même en une génération. Améliorons la justice, utilisons les médiations quand cela s'avère opportun, mais ne cherchons pas à en faire une alternative. N'oublions pas qu'une justice purement privée serait une régression historique et, comme telle, ne durerait pas longtemps. Une appréhension de l'humain limitée à ses aspects émotionnels et ses sensations ne donnerait qu'une expression partielle de son être que des millénaires de philosophie ont questionné et continuent de le faire. ●