

Médiation et conciliation ou le règlement extrajudiciaire et préalable des litiges dans l'ordre juridique suisse

Isabelle Bieri⁸

Medierea implică o schimbare de raționalitate. În măsura în care toate criteriile sunt negociate și nu sunt impuse, medierea consacră principiul relației orizontale între părți și mediatori.

Această schimbare de perspectivă este atât o provocare și o oportunitate pentru schimbarea societății, pentru că schimbările sociale observate în societățile noastre și problemele care decurg necesită soluții rapide. În cazul în care contextul devine complex, răspunsul necesită adesea o serie de investigații și proceduri - în special juridice - în detrimentul exigențelor de celeritate. Un răspuns care ar fi dat doar de aplicarea normelor este incomplet și nesatisfăcător.

I. Introduction

Parler de la médiation, c'est parler du **conflit**. Cela implique une référence à des notions qui ne relèvent pas du droit, mais dont le droit est l'expression. On peut parler à cet égard de «culture du conflit»⁹, soit d'un ensemble de perceptions, d'analyses et de comportements dans une situation donnée, qualifiée de litige ou de conflit. Il est intéressant à cet égard

de relever que l'ordre juridique suisse, comme d'autres d'ailleurs, ne définit ni la notion de conflit ni celle de litige, alors que ces notions traversent notre quotidien, qu'il soit professionnel ou personnel. Ces notions renvoient à des disciplines telles que l'anthropologie et la sociologie ou encore de la psychosociologie.

Tout mode de gestion ou de résolution du conflit - qu'il soit formel ou informel, imposé ou volontaire,

⁸ Isabelle Bieri est magistrate du pouvoir judiciaire du canton de Neuchâtel. Médiatrice et praticienne, elle est titulaire du Master Européen en médiation de l'Université Kurth Boesch (IUKB, VS/CH), membre fondatrice de GEMME section suisse et de diverses associations de médiation.

Elle est chargée de formation auprès de diverses institutions (Haute Ecole de Gestion, IUKB) et organismes privés.

⁹ Avruch, Culture and conflict resolution
?????

institutionnel ou privé - tend à la recherche d'une solution permettant de l'apaiser ou d'y mettre fin. Peu importe à cet égard que l'on recoure à la justice, à la conciliation, au juge de paix, à l'Ombudsman, à la médiation ou à toute autre forme de gestion du conflit. En effet, si le conflit peut être générateur et stimulateur de changements, il entraîne souvent dans son sillon sentiments d'inconfort et d'incertitude, de colère et de frustration auxquels la plupart des justiciables sont plutôt soulagés de mettre fin. L'**originalité de la médiation** ne réside donc pas dans sa finalité matérielle¹⁰.

Ce qui distingue la médiation d'autres approches, c'est le cadre d'intervention et la perspective dans laquelle est abordé et géré le conflit ; c'est également la manière dont s'établit la communication entre les protagonistes et à l'égard des tiers, ainsi que l'ancrage de la discussion, focalisée sur le passé ou, au contraire, centrée sur le présent et orientée vers le futur. La médiation introduit une notion de **réflexivité**, en ce sens que la rencontre et la confrontation des enjeux et des représentations par les parties génèrent des échanges et une interaction qui n'équivaut pas à une simple addition des apports de chacun, mais qui ouvre la voie à un **nouvel espace d'interactions**.

Prenons un exemple: à l'échelle de l'individu ou du groupe les notions de respect ou de famille. Tout le monde s'accorde en général à dire que les individus «*doivent*» se respecter, que la famille «*est*» un lien et un lieu important ou encore qu'il est bon d'avoir

des amis. Des divergences profondes peuvent toutefois surgir quant à la manière dont se manifeste concrètement ce respect ou le lien familial ou quant à la notion même de ce qu'est un ou une amie. Plus largement, la **diversité culturelle** engendre aujourd'hui des réponses multiples à la notion de bien-être commun, de progrès ou de responsabilité, réponses qui ne trouvent pas toujours écho dans une loi qui apparaît à cet égard comme insatisfaisante et incomplète.

II. La Suisse et la tradition du compromis

La Suisse est décrite comme « le pays du compromis et de la négociation » notamment en raison d'une longue tradition sur le plan international. La « culture du compromis » que nos voisins pourraient parfois assimiler à de la lenteur ou de l'indécision est étroitement liée au **processus de décision démocratique très large** qui caractérise la Suisse (majorité qualifiée désignée ou double majorité des cantons et du peuple dans certains cas soumis au peuple). La Suisse est marquée par sa **diversité** linguistique (quatre communautés linguistiques - allemand, français, italien et romanche - et trois langues nationales officielles - allemand, français, italien).

Sur le plan institutionnel et organisationnel, la Suisse est une confédération d'Etats. Sur le plan juridique, le droit matériel est pour l'essentiel unifié sur le plan national. En revanche, l'organisation des tribunaux et la procédure relèvent aujourd'hui encore

¹⁰ Isabelle Bieri et Jean Mirimanoff, Justice et médiation, autonomie ou complémentarité, conférence donnée lors de l'Assemblée générale

de l'association suisse des magistrats, Fribourg 2003

de la **compétence des cantons**. En effet, la Suisse compte encore et jusqu'au 31 décembre 2010 vingt-six codes de procédure pénale et autant de codes de procédure civile. Tous les codes cantonaux prévoient la possibilité pour le juge de tenter la conciliation.

On pouvait donc s'attendre à ce que le pays spontanément pour ne pas dire naturellement se tourne vers la médiation. Comme on le verra, il n'en est rien et si la médiation fait son apparition en Suisse francophone au début des années (19)70 déjà, il faudra une intervention pour ne pas dire une pression massive des milieux associatifs pour que la médiation soit introduite dans l'ordre juridique suisse comme outil extrajudiciaire à disposition des parties et du juge. Ce sera chose faite à **compter du 1er janvier 2011**. On relèvera à cet égard que GEMME, section suisse, en collaboration avec les associations de médiateurs et de médiatrices a été un des moteurs de la réforme. On relèvera que précédemment, certains cantons avaient introduit la médiation civile et parfois pénale dans leur législation.

III. Les outils consensuels de résolution des litiges dans la procédure et l'ordre juridique suisse actuel, en particulier en matière civile: la transaction et la conciliation

Le traitement consensuel dans le contexte judiciaire se faisait et se fait toujours essentiellement à travers deux outils: la transaction et la conciliation. La réforme en vigueur le 1er janvier 2011 y ajoute la médiation. Procédure **judiciaire** pour la première, **extra-judiciaire** pour la seconde, le principe ancré dans le nouveau code de

procédure civile demeure: "concilier d'abord, juger ensuite".

a) La transaction

La transaction se définit comme un « acte par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation en renonçant chacune à une partie de leurs prétentions » (Petit Robert). Elle peut intervenir *avant* le procès. Dans ce cas, on dira que la transaction constitue une **alternative au procès**. Lorsque l'accord est ratifié par le juge, la transaction acquiert la valeur d'un jugement entré en force. Lorsque la transaction est conclue *durant* un procès déjà pendant, elle constitue une **alternative au jugement**.

b) La conciliation

Comme la transaction, la conciliation peut intervenir en amont du procès, comme alternative au procès. La plupart du temps, elle constitue une étape préalable dans le déroulement de la procédure. Menée par le juge, elle tend au rapprochement des parties et constitue une alternative au jugement. Lorsque la conciliation échoue, elle constitue un préalable au jugement. Dans les domaines où le droit matériel consacre la protection de la partie réputée faible (ex: droit du travail, droit du bail), le préalable de conciliation est obligatoire.

La conciliation implique une collaboration et une implication des parties, respectivement de leur mandataire. Elle reste toutefois l'apanage du juge qui détient à cet égard un large pouvoir d'appréciation et d'intervention. La loi est toutefois muette quant à la manière dont la conciliation doit être tentée ni les outils dont dispose le juge (hormis la loi).

IV. La médiation dans le système suisse actuel (jusqu'au 31 décembre 2010)

Il y a quelques années, l'idée était que développée aux Etats-Unis, dans un contexte judiciaire particulier marqué par la tradition du Common Law et le pragmatisme, la médiation avait été importée dans les années 70 – via le Québec - en Europe et en Suisse. C'est ce contexte spécifique – et américain - qui a conduit à une définition de la médiation comme une **justice alternative** – à l'instar de la médecine alternative. Ainsi posée, la médiation crée un *rapport de tension*, un peu comme si elle s'improvisait juge de la justice¹¹ ou du travail de l'avocat. La notion d'« alternative » induit en effet implicitement un critère qualitatif.

Les recherches tendent aujourd'hui à mettre en évidence sur le continent européen une tradition de médiation qui remonte à plusieurs siècles¹². Celle-ci s'insère donc dans un cadre juridique et culturel propres et ne résulte pas d'une simple transposition de logiques: il ne s'agit pas de « calquer » la médiation sur un modèle de la justice, mais bien de l'intégrer. En conséquence, il y a à notre avis lieu de nuancer, voire d'écarter cette notion de justice alternative caractéristique du système américain (ADR ou Alternative Dispute Resolution) et de lui substituer celle de **complémentarité**.

La médiation relève pour l'essentiel de l'**initiative privée** des parties et des mouvements associatifs. On relèvera que certains cantons avaient pris des

initiatives allant de l'encouragement des parties par certains juges à faire appel à la médiation jusqu'à l'élaboration d'une législation spécifique permettant au juge de suspendre la procédure en vue d'une médiation, puis de ratifier formellement l'accord de médiation. Tel est en particulier le cas du canton de Genève qui dispose aujourd'hui une législation plus élaborée dans le domaine de la médiation (civile et pénale) que ne le sera le système introduit dans la procédure civile unifiée (entrée en vigueur 1er janvier 2011).

En résumé, le système fédéraliste a favorisé la pluralité et la diversité des modèles de médiation. Parler aujourd'hui de la médiation sur le plan national s'avère donc difficile pour ne pas dire impossible. La médiation reste encore méconnue, souvent confondue avec la conciliation ou associée par les avocats et les juges à une démarche thérapeutique visant à « soigner » plutôt qu'à générer un nouvel espace d'interactions.

Des recherches sont actuellement menées pour identifier les mécanismes propres à la conciliation et à la médiation, eu égard au processus, aux parties concernées et impliquées dans la résolution du litige et au rôle du juge.

V. Le règlement extrajudiciaire des litiges dans les nouveaux codes de procédure (EV 1.1. 2011)

Le 1er janvier 2011 est l'aboutissement d'une révision qui modifiera

¹¹ Irène Téry, *Le démariage*, Editions Odile Jacob, 1993 (en particulier chap. VIII, La justice des moeurs)

¹² Joseph Duss von Werth, *Homo Mediator*; Jean Mirimanoff, *L'essor de la médiation en Europe et en Suisse et le rôle des juges*, Justice-Justiz - Giustizia, Ed. 2006 / 1

fondamentalement et définitivement tout le paysage procédural suisse. On peut la qualifier de véritable révolution, puisqu'il s'agira pour la Suisse et surtout pour les cantons d'abandonner purement et simplement les 26 codes de procédure pénale et civile en vigueur depuis leur création au profit d'une législation unique et unifiée sur le plan national, un code de procédure pénale et un code de procédure civile! Révolution tranquille et silencieuse dont la plupart des justiciables ne sont pas encore conscients, mais qui aura d'importantes répercussions sur la mise en oeuvre du droit et dans une certaine mesure sur la médiation.

a) Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (EV. 1.1.2011)

Le droit pénal des adultes

Commençons par ce que l'on doit qualifier de défaite pour la médiation. En effet, après de longs débats au sein des chambres fédérales, la majorité du Conseil national a voté le 5 octobre 2007 la suppression de la médiation dans le code de procédure pénale applicable aux **adultes** (l'art. 317 Projet prévoyait que « le Ministère public peut, en tout temps, faire appel à un médiateur »). Le Message du Conseil fédéral à l'appui du projet de loi la présentait comme un des outils permettant au justiciable de se réappropriier le litige et par là même de s'impliquer activement dans la recherche de solution. L'objectif annoncé était résumé ainsi¹³: dans les domaines où « l'Etat n'a pas toujours véritablement d'intérêt à poursuivre une infraction et parfois, les

parties pourraient trouver une solution au conflit qui leur convienne mieux qu'une sanction purement pénale. Il arrive même que la réponse pénale engendre le mécontentement non seulement du condamné, mais également du lésé. En d'autres termes, de tout le monde serai perdant. Dans le but de tenter de s'approcher d'un résultat idéal gagnant- gagnant, il s'agit dès lors d'ouvrir la porte de la réconciliation et donc de la négociation entre les parties».

Les motifs d'abandon sont plutôt légers. Ils ont en effet été basés sur un rapport d'évaluation d'une expérience pilote de médiation pénale menée entre 2003 et 2005 à Zurich dont on a déduit que la médiation pénale coûtait plus et durait plus longtemps qu'une procédure ordinaire. La médiation pénale reste possible sur une base privée, éventuellement sur la base d'une recommandation du Ministère public qui peut suspendre la procédure durant la médiation pénale ou éventuellement s'adjoindre un médiateur dans les discussions relevant des éléments négociables de la procédure". Mais supprimée du CPP, la médiation pénale perd son statut d'élément de procédure pénale, par conséquent, sa légitimité¹⁴.

En conclusion, dans le domaine pénal la médiation a reculé: elle a été refusée au niveau fédéral et les cantons qui avaient intégré la médiation dans leur code de procédure se sont vus supprimer cette compétence par l'unification de la procédure. En théorie, le Ministère public conserve la possibilité de suggérer une médiation

¹³ Message du conseil fédéral du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, 05.092 Feuille fédéral (FF)2005 p. 1250

¹⁴ Michel Lachat, « Rôle actif du magistrat dans la mise en place de la médiation pénale », conférence donnée à Bienne le 7 mai 2009

pénale et d'approuver l'accord. En pratique, on sait déjà que ce sera l'exception.

Le droit pénal des mineurs

La médiation est prévue dans les lois pénales applicables aux mineurs. On a estimé que dans ce domaine, la **fonction éducative** primait sur l'aspect répressif. L'art. 8 de la Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 20 juin 2003 – abrégée « Droit pénal des mineurs, DPMIn » précise ce qui suit:

Art. 8 Suspension de la procédure aux fins de médiation

1 L'autorité compétente peut suspendre la procédure et charger une organisation ou une personne reconnue et compétente en la matière d'engager une procédure de médiation lorsque

a. il n'y a pas lieu de prendre des mesures de protection ou que l'autorité civile a déjà ordonné les mesures appropriées;

b. les conditions d'exemption de la peine fixées à l'art. 21, al. 1, ne sont pas remplies;

c. les faits sont pour l'essentiel établis;

d. l'on n'est pas en présence d'un crime vraisemblablement passible d'une privation de liberté ferme au sens de l'art. 25; et

e. toutes les parties et leurs représentants légaux sont d'accord.

2 L'autorité compétente classe la procédure si, grâce à la médiation, un arrangement est intervenu entre le lésé et le mineur.

3 Les cantons édictent les dispositions d'exécution relatives à la procédure de médiation.

L'art. 5 de la loi fédérale sur procédure pénale applicable aux mineurs du 20 mars 2009 qui entrera également en vigueur le 1er janvier 2011 (PPMin, RO 2010 1573) prévoit la **renonciation à toute poursuite pénale** lorsqu'une conciliation ou une médiation a abouti à un accord.

b) Code de procédure civile unifié (1.1.2011)

Alors que le droit civil matériel est codifié depuis plus d'un siècle, le droit de procédure est resté presque dans son intégralité du domaine de compétence des cantons. Il aura donc fallu plusieurs siècles pour y parvenir, puisque « *le postulat d'un code de procédure unifiée pour toute la Suisse est encore plus ancien que la Confédération elle-même (...) Une première tentative – restée toutefois sans suite – remonte à la République helvétique (1898-1803)*¹⁵ ».

Pour l'essentiel, le projet poursuit les buts suivants:

- Codification et transcription **des traditions cantonales** en matière de procédure sous la forme d'un « compromis pragmatique » résultant de la pesée d'intérêts entre, d'une part, les justiciables qui aspirent à la protection de leurs droit et à des solutions rapides et, d'autre part, la vocation des tribunaux à rechercher la vérité matérielle et à veiller au bon déroulement du procès tout en respectant un cadre financier donné.

- Accès large au règlement préalable ou extrajudiciaire des litiges, destiné à **décharger les tribunaux** et à **faciliter l'accès des parties à la**

¹⁵ Message du conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse du 28 juin 2006, réf.

06.062, Feuille Fédérale (FF) p. 6841ss, p. 6853

justice. Introduction de la médiation en réponse au développement du mouvement constaté en droit anglo-saxon et continental.

- **Souplesse** du droit de procédure adapté aux besoins de la pratique et laissant une grande autonomie d'organisation au juge.

- **Garantie des droits matériels et procéduraux du justiciable** par des exigences accrues au niveau de la verbalisation des déclarations

Sur pression de GEMME et des associations de médiation, un vaste débat sur la médiation civile a été initié au sein des chambres fédérales, à tel point qu'il a pris un rôle central dans la réforme. Il faut dire que l'échec de la médiation pénale avait mobilisé tous les milieux intéressés (juges, avocats, médiateurs).

Constatant une surcharge croissante des tribunaux et des attentes du justiciables incompatibles avec le rôle du juge, la nouvelle législation va dans le sens d'une responsabilisation croissante des parties tout en offrant au juge une plus grande autonomie dans la gestion de la procédure.

Le nouveau droit de la procédure offre une part très large part à la **conciliation**, en développant cet outil bien connu par le passé déjà du juge.

c) La conciliation dans le (nouveau) code de procédure civile (art. 197 à 213 CPC)

Le juge procède comme par le passé à la tentative de conciliation préalable (art. 197ss CPC). Il peut tenter la conciliation tout au long du procès. S'inspirant de l'expérience et du succès constaté pour la résolution des litiges en matière de bail immobilier qui étaient soumis à des règles de procédure spéciales (art. anc. 274ss Code des obligations), le législateur

fédéral a mis en place une procédure de conciliation applicable à l'ensemble du contentieux civil (art. 197 à 212 CPC):

- La phase de **conciliation préalable** est généralisée avec un régime d'exclusion (art. 198 CPC) ou de renonciation par les parties (art. 199 CPC) plus important que par le passé. Il s'agit en particulier de matières relevant du droit des poursuites, du divorce lorsque la conciliation s'avère d'emblée difficile, par exemple lorsque le défendeur a un domicile inconnu ou à l'étranger).

- La conciliation est du ressort de l'**autorité de conciliation**. Dans certains domaines, la loi prévoit une autorité collégiale et paritaire (art. 200 CPC, litiges de bail à loyer et bail à ferme et litiges relatifs à l'égalité en femmes et hommes). Dans d'autres cas, ce sont les cantons qui ont opté pour une structure collégiale (ex: Neuchâtel pour les litiges du droit du travail)

- La procédure de conciliation n'est en principe **pas publique** (art. 203 alin. 3 CPC) et les dépositions des parties sont soumises à **confidentialité** (art. 205 CPC), ce qui ne manque pas de poser problème lorsque l'autorité de conciliation et le tribunal sont présidés par la même personne. Certains cantons, en vertu de leur compétence en matière d'organisation judiciaire, ont dès lors opté pour une composition de l'autorité de conciliation distincte selon les tâches, soit une personne différente au stade de la conciliation et du jugement (ex: canton de Neuchâtel).

- La loi consacre le principe de la **comparution personnelle** des parties, avec un régime d'exceptions (art. 204 CPC)

- L'autorité de conciliation assume des **tâches en partie antinomiques**:

1. **renseignement** aux parties (art. 200 et art. 201 alin. 2 CPC => seulement pour les autorités de conciliation à composition paritaire, soit en matière de bail et d'égalité entre femmes et hommes)

2. **tentative de conciliation**

3. rendre des **décisions procédurales** (pour les litiges d'une valeur litigieuse jusqu'à CHF 5'000.- exception faite de certaines matières ; les effets de la proposition de jugement dont les effets tombent dès que celle-ci fait l'objet d'une déclaration d'opposition)

4. rendre des **jugements** dans les cas dits « bagatelle » (valeur litigieuse jusqu'à CHF 2'000.-). L'organisation relève toujours de la compétence des cantons. Certains ont confié la tâche de conciliation à l'organe judiciaire, d'autres ont mandaté la justice de paix ou encore une instance administrative ad hoc. La diversité des modèles perdure ainsi dans une certaine mesure à travers l'organisation qu'adopteront les cantons.

- En principe **gratuité** de la procédure de conciliation (art. 207 CPC).

d) La médiation dans le (nouveau) code de procédure civile (art. 213 à 218 et 297 al. 2 CPC)

La médiation fait son entrée en tant que moyen **extrajudiciaire** aux côtés de la conciliation. Elle n'est toutefois pas réglementée par le code de procédure qui s'attache avant tout à définir son articulation avec la procédure judiciaire¹⁶. La médiation n'est pas non plus définie dans la loi. Le mes-

sage du Conseil fédéral la décrit comme « une procédure extrajudiciaire, [qui] se caractérise essentiellement par l'intervention d'un tiers neutre et indépendant. (...) la médiation obéit à une structure plus formelle [et le médiateur] ne dispose d'aucun pouvoir de décision »

La définition est sommaire et mérite quelques critiques: la médiation ne peut à notre avis être assimilée à une procédure. Elle doit être définie dans ce contexte comme un **processus interactif** découlant des interactions entre le médiateur ou la médiatrice et les parties.

La médiation peut dans certains cas remplacer la conciliation. Elle implique une requête commune des parties, qui peut être faite avant ou à l'audience de conciliation. Elle se présente alors comme une **alternative à la procédure de conciliation**. Lorsque la demande émane des deux parties et qu'elle est formulée au stade de la requête de conciliation, les parties peuvent mettre sur pied la médiation¹⁷ il n'y a plus lieu d'organiser une audience de conciliation.

Art. 213 Médiation remplaçant la procédure de conciliation

1 Si toutes les parties en font la demande, la procédure de conciliation est remplacée par une médiation.

2 La demande est déposée dans la requête de conciliation ou à l'audience.

3 L'autorité de conciliation délivre l'autorisation de procéder lorsqu'une partie lui communique l'échec de la médiation.

Sur le plan judiciaire, la médiation emporte les mêmes effets que la con-

¹⁶ Florence Pastore et Birgit Sambeth Glasner, La médiation civile dans le Code de procédure civile unifié, in Revue de l'avocat 8/

2010 p. 330 ss

¹⁷ FF 2206 p. 6944

ciliation. Une médiation qui n'a pas abouti est traitée comme une tentative de conciliation qui a échoué. A l'inverse, l'accord de médiation peut faire l'objet d'une ratification par le juge. Dans ce cas, l'accord de médiation a les effets d'une décision entrée en force (art. 217 CPC).

La médiation peut également intervenir dans le cours du procès, en première ou en seconde instance sur requête des parties ou sur recommandation du juge. Elle conduit à la suspension de la procédure aussi longtemps qu'une partie ne communique pas sa volonté d'y mettre fin, respectivement jusqu'à communication de la fin de la médiation. Elle constitue dans ce cas une **alternative au jugement** (art. 214 CPC).

Art. 214 Médiation pendant la procédure au fond

1 Le tribunal peut conseiller en tout temps aux parties de procéder à une médiation.

2 Les parties peuvent déposer en tout temps une requête commune visant à ouvrir une procédure de médiation.

3 La procédure judiciaire reste suspendue jusqu'à la révocation de la requête par une partie ou jusqu'à la communication de la fin de la médiation.

La médiation est confidentielle, indépendante de l'autorité de conciliation et du juge (art. 216 CPC). Les déclarations des parties ne peuvent être utilisées en procédure.

La mise sur pied et l'organisation de la médiation est du ressort des parties. Les frais sont donc à leur charge. La

loi réserve cependant un cas de gratuité de la médiation dans les affaires concernant le droit des enfants et qui ne sont pas de nature patrimoniale.

Art. 218 Frais de la médiation

1 Les frais de la médiation sont à la charge des parties.

2 Dans les affaires concernant le droit des enfants qui ne sont pas de nature patrimoniales, les parties ont droit à la gratuité de la médiation aux conditions suivantes:

a. elles ne disposent pas des moyens nécessaires;

b. le tribunal recommande le recours à la médiation.

3 Le droit cantonal peut prévoir des dispenses de frais supplémentaires

On peut présumer que la gratuité de la procédure de conciliation et à l'inverse les coûts de la médiation pour les parties auront des effets dissuasifs sur le recours à la médiation. Il est toutefois trop tôt de tirer des conclusions d'un système qui n'est pas encore entré en vigueur et dont le succès dépendra également de la compréhension que les parties et le juge auront de ces deux outils.

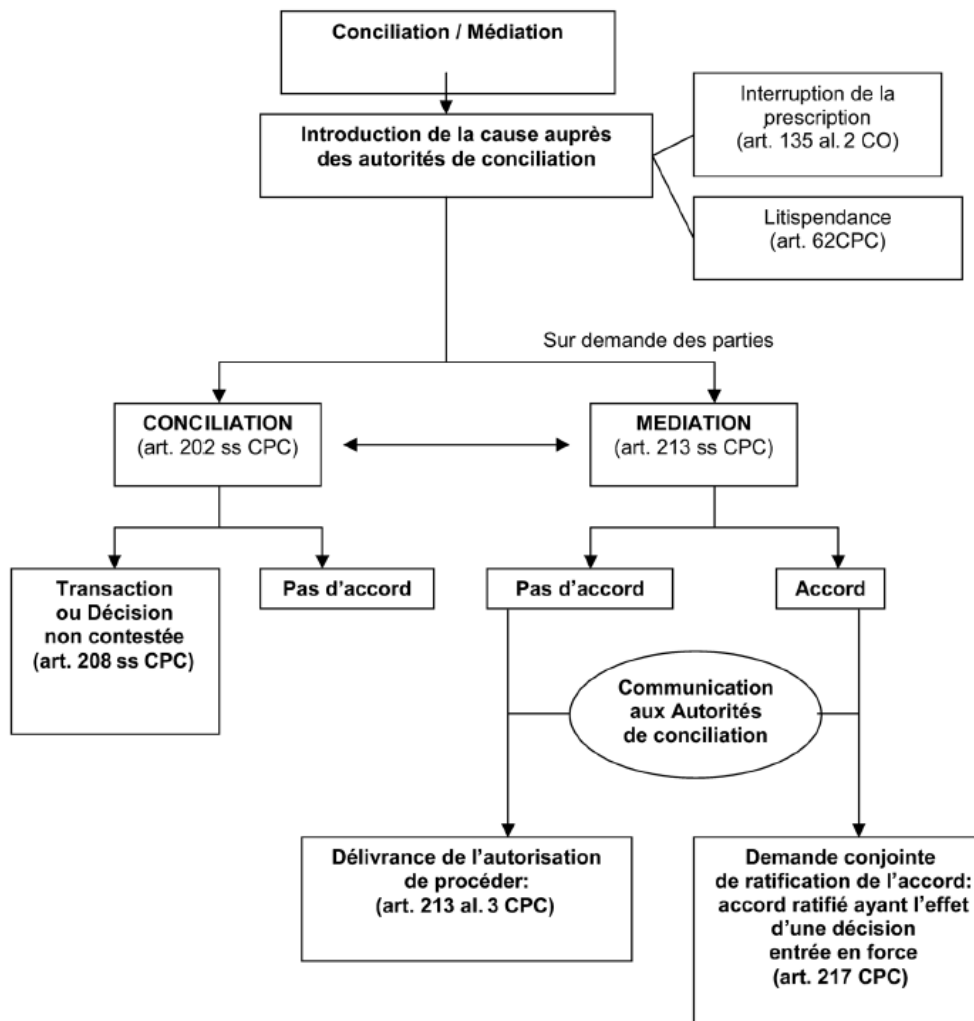
En résumé, l'articulation entre conciliation et médiation se présente comme suit¹⁸.

VI. Conciliation et médiation: quelques aspects conceptuels

Les réticences envers la médiation ont été et sont encore importantes. Ainsi, on reproche à la médiation de mettre en péril le principe de l'égalité de traitement et du droit d'être entendu.

¹⁸ Florence Pastore et Birgit Sambeth Glasner, La médiation civile dans le Code de

procédure civile unifié, in *Revue de l'avocat* 8/2010 p. 333



Le **processus de médiation** aboutirait, selon cette critique, à un monopole de connaissance par le médiateur: entendues séparément, les parties n'auraient plus accès à toute l'information et perdraient dès lors la maîtrise du processus. L'équité relèverait désormais de la seule appréciation personnelle du médiateur. Ces considérations sont probablement égale-

ment une explication au fait que le législateur s'est montré particulièrement réticent pour finalement écarter totalement la médiation du code de procédure pénale.

De même la procédure de conciliation a été, par le passé, sujette à critique: trop informelle, elle serait activée avant tout pour décharger le juge et l'accord conclu ne refléterait pas toujours le droit¹⁹.

¹⁹ Rolf Stürner, Richterliche Vergleichsverhandlung und richterlicher Vergleich aus der Sicht eines deutschen Richters une Prozessre-

chtslehrer, conférence donnée dans le cadre de la Fondation pour la formation continue des juges suisses, Gerzensee, janvier 2005

Ces reproches ne peuvent être écartés sans analyse. En bref, c'est tout le système des modes de régulation qui est en discussion.

Du point de vue conceptuel, la distinction entre médiation et conciliation reste floue. Même le législateur fédéral s'est limité à considérer que *“la médiation s'apparente à la conciliation classique (..), à la différence (que) la médiation obéit à une structure plus formelle (et que) les parties se trouvent dans un rapport horizontal avec le médiateur”*²⁰.

a) la conciliation

Le terme de conciliation englobe à la fois un acte (1), une étape (2) et un résultat (3): il vise l'intervention du tiers (1) - instauré par la loi et donc doté de pouvoirs –, avant ou durant une procédure (2), mais également l'accord matériel obtenu(3). A l'image du chef d'orchestre, le rapprochement entre les parties se fait sous la direction du tiers **dans une optique juridique partagée ou acceptée par elles**. Garant du cadre légal, le conciliateur dispose d'un pouvoir d'enquête, de recommandation et parfois de décision. L'évaluation du litige et des chances de succès par le conciliateur est à la base de l'accord. Celui-ci est généralement le fruit de concessions réciproques. La conciliation consacre le **principe de verticalité** entre le tiers et les parties.

«Le mécanisme du syllogisme juridique se base uniquement sur les faits et les positions, sans tenir compte des éléments sous-jacents au litige et nécessaires à sa perception par

chacune des parties tels que, notamment, le vécu, les préoccupations, les malentendus, les perceptions, les sentiments, les craintes, les intérêts, les besoins, les émotions et les valeurs »²¹. Si l'on se place du point de vue des parties, quelques particularités méritent d'être relevées. Elles relèvent de la psychosociologie plus que du droit:

1. Les **personnes impliquées** dans le litige et les parties à la procédure ne sont pas nécessairement les mêmes. C'est le droit matériel qui définit la qualité de partie et le droit de procédure qui désigne les interlocuteurs potentiels du juge. Il peut y avoir *triangulation* et *délégation du litige* à un tiers (ex: l'employeur). L'appropriation du litige devient plus difficile dans ce cas, puisque l'accord juridique entre parties à la procédure ne concerne pas nécessairement les personnes impliquées.

2. La demande de conciliation implique une **transformation** du récit, tel qu'il est vécu ou perçu par les parties, dans un langage compatible avec la loi et les exigences de la procédure. Il y a **codification du litige**. Le processus de **formalisation** a parfois pour conséquence que les parties ne se reconnaissant plus dans le litige qu'elles ne sont plus en mesure de s'approprier. Il en résulte un sentiment d'insécurité Cette circonstance entraîne, à son tour, des conséquences sur la manière dont le litige sera traité et résolu. Il en va de même, lorsque le justiciable se perd dans des réglementations complexes, contradictoires ou incomplètes.

²⁰ Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006 FF 2006 no 37, p.103

²¹ Florence Pastore et Birgit Sambeth Glasner, La médiation civile dans le Code de procédure civile unifié, in Revue de l'avocat 8/2010 p. 330

**La médiation avait été importée
dans les années 70 – via le
Québec - en Europe et en Suisse.
La médiation s’occupe des
conflits plutôt que des litiges.**

3. Il y a **crystallisation** du litige dès le moment où la requête en conciliation est déposée. L'état de fait est défini et figé, alors que la relation des parties et la perception que ces dernières en ont continue d'évoluer. Cette situation peut engendrer des distorsions, en particulier s'il s'écoule un temps long entre le moment où l'écrit est rédigé et celui où il est traité par le juge.

4. Le cadre de référence de la conciliation est la **loi**. Il s'agit d'un cadre défini à l'avance et applicable à un nombre indéterminé de personnes.). La conciliation se déroule souvent dans un **lieu** identifié et souvent symbolique. L'**objectivation du litige** a des conséquences sur la perception du conflit et sur sa résolution à la fois pour le juge/le conciliateur et pour les parties.

5. L'issue de la conciliation, comme celle du jugement dépendra de la **perception du juge**, en regard de ce qui a pu être prouvé ou rendu vraisemblable. La parole du juge en conciliation influence sans doute aucun la détermination des parties quant à l'issue possible de la procédure. Il en résulte que du point de vue subjectif des parties, **justice n'est donc pas toujours synonyme de justesse**. Le terme de "juste" est en effet ambigu,

dès lors qu'il correspond à la fois à la notion de justice – dans le sens d'une conformité au droit - et de justesse – dans le sens d'une solution équitable.

6. Le juge est pour l'essentiel l'artisan d'une conciliation centrée sur la recherche d'une solution légale, acceptable, mais également « exécutable » en regard de la loi. Le résultat – la conciliation, mais également l'échec – a un **effet social**, un effet d'exemple. Elle rappelle du moins implicitement les normes sociales en vigueur.

La loi vise un nombre indéterminé de personnes et de situations, en fixant un cadre destiné à prévenir l'arbitraire. Ainsi, elle assure notamment aux parties l'égalité de traitement et le droit d'être entendu, en garantissant la transparence, et la prévisibilité des règles et en favorisant l'élaboration d'une jurisprudence et l'évolution du droit »²². Cette recherche s'exprime également de manière symbolique, par un lieu identifié et accessible (audience publique) et par certains rituels (tenues des avocats, langage spécifique etc.). Si à cet égard, le pouvoir d'appréciation du juge joue bien entendu un rôle important, il n'en demeure pas moins que celui-ci est lié par son obligation de "dire le droit".

Le justiciable attend quant à lui de la loi, comme du juge, une solution adaptée à sa situation concrète. Il existe donc une zone de tension entre les garanties d'une égalité de traitement offertes par la loi et la justice et la revendication de solutions équitables et individualisées par les justiciables.

b) la médiation

1. La médiation s'occupe des **conflits** plutôt que des litiges. La loi ne fait pas vraiment de distinction entre les

²² Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006

deux. La notion de conflit implique un aspect relationnel. La perception qu'ont les parties du litige constitue un facteur déterminant. Autrement dit, le litige devient un conflit parce que les parties le perçoivent comme tel. Sans perception du conflit, il n'y a pas de conflit et sans conflit il n'y a probablement pas de médiation²³! Cette circonstance ne peut être définie à l'avance ni dans la loi, ni dans les écrits.

2. Le conflit et par voie de conséquence la perception des parties évolue au gré du **temps**. Son évolution est difficile à définir à travers des écrits. La tâche en médiation consistera à clarifier le contexte du conflit et de la discussion, les enjeux et les intérêts en cause, en vue de permettre aux parties de trouver en elles les ressources pour mettre un terme au conflit. Cela signifie en particulier que la négociation entre parties portera également sur la question de savoir quels critères d'appréciation seront pris en considération.

3. La médiation n'est pas synonyme de thérapie. Cette dernière peut être définie comme une aide à la personne. La médiation en revanche est un processus de **gestion de la communication** impliquant une écoute et une compréhension réciproque des enjeux. La compréhension n'est pas synonyme d'acceptation. Elle ouvre un espace dans lequel peuvent se définir de nouvelles interactions, par exemple l'élaboration d'une règle du « vivre ensemble » ou du « collaborer » autre que celle définie par la loi en termes de droits et d'obligations.

4. La médiation permet aux parties de **choisir le cadre de référence** de la discussion. Ce sera peut-être la loi, si cet élément est déterminant pour

elles. Parmi d'autres critères, on cite les aspects relationnels et émotionnels, tels que l'image ou la renommée ou la poursuite d'une relation commerciale au-delà du litige à trancher.

5. Le litige juridique porté devant l'autorité judiciaire peut en réalité ne constituer qu'un prétexte. Le conflit sera d'autant plus difficile à résoudre si la loi n'offre pas de solution. Par exemple, le locataire A reçoit une augmentation de loyer, alors que son voisin B qui loue un appartement semblable voit le montant de son loyer maintenu. Cette situation est perçue comme inéquitable par A qui actionne le tribunal. Dans la mesure où la loi ne prévoit pas d'égalité de traitement dans ce domaine, la requête sera rejetée si le locataire A ne trouve pas des motifs de contestation intrinsèques à l'augmentation de loyer qu'il a reçue. Pour se faire entendre, il devra donc contester la hausse, alors que sa préoccupation ne tient pas à la violation d'une règle de droit, mais au **sentiment d'injustice** que génère, en lui, le fait que le voisin soit, selon sa perception, privilégié par le bailleur. Cette dernière remarque revêt une importance particulière en regard de la surcharge chronique des tribunaux.

VII. Le rôle du juge dans les modes extrajudiciaire de résolution des litiges

Certains juges sont ouverts à la médiation, d'autres franchement hostiles, au motif que la maîtrise du litige et partant sa solution sont du seul ressort du juge. Les magistrats se perçoivent parfois comme médiateur ou une médiatrice naturels, ce qui génère

²³ Philipp Milburn, Le droit pénal des mineurs en France, conférence donnée dans le cadre du

CEMAJ/Faculté de droit de Neuchâtel, le 6 septembre 2006.

une confusion de rôles peu propice à une utilisation rationnelle et efficace des outils proposés par le législateur.

Le juge peut proposer la médiation en lieu et place d'une conciliation. La loi ne prévoit en revanche pas la médiation par le juge. La Suisse n'a pas suivi d'autres pays qui mènent actuellement des projets de médiation par un juge formé en médiation, comme c'est notamment le cas dans certains Länder en Allemagne ou dans les Pays Bas.

L'impact de l'accord sur la perception des parties et leur adhésion sera différent, selon que cet accord a été construit par les parties en médiation ou ratifié dans la salle d'audience sous la direction du juge. Le juge a un droit de regard sur le contenu matériel de l'accord. A l'inverse, dans l'accord que négocient les parties avec le concours d'un médiateur la tâche de ce dernier sera essentiellement de gérer les échanges et de favoriser la compréhension et la collaboration entre les parties. Il est vrai que dans la pratique la distinction n'est pas toujours aisée et la séparation entre conciliation et médiation difficile. Certains pays ont d'ailleurs renoncé à opérer une distinction entre ces deux modes.

De mon point de vue, la restriction à l'intervention du juge dans la médiation est justifiée. Une **distinction et une clarification des rôles** entre le tiers médiateur et le tiers conciliateur est d'ailleurs souhaitable: le juge conciliateur détenteur de la puissance publique intervient, mène le procès et garantit le respect du droit et des règles de procédure. On pense en particulier, dans le domaine du divorce, à la protection des enfants. Rien ne l'empêche bien entendu dans son

intervention comme conciliateur de faire appel, pour tenter de rapprocher les parties, à des connaissances ou à des compétences humaines dont il dispose naturellement ou qu'il acquiert dans le domaine de la gestion des conflits et de la psychosociologie. Il le fera comme détenteur des pouvoirs qui lui ont été conférés par la loi.

VIII. Conclusion

En conclusion, la médiation implique un **changement de rationalité**. Dans la mesure où l'ensemble des critères sont négociés et non imposés, elle consacre le **principe d'horizontalité** entre les parties et avec les médiateurs.

Ce changement de perspective est à la fois un défi et une chance pour les sociétés en mutation, car les changements sociaux constatés dans nos sociétés et les problèmes qui en découlent appellent des solutions rapides. Lorsque le contexte devient complexe, la réponse nécessite souvent une suite d'investigations et de démarches – juridiques en particulier – au détriment des exigences de rapidité. Une réponse qui serait donnée uniquement par application de la norme serait incomplète et insatisfaisante. Elle équivaldrait à une absence de réponse²⁴.

Nota redacției: Materialul a fost prezentat în cadrul Conferinței internaționale "Medierea în Uniunea Europeană. Stadiu și perspective", organizată la 29 octombrie 2010 la București de GEMME – Secțiunea Română, Consiliul Superior al Magistraturii, Ministerul Justiției, Institutul Național al Magistraturii, Consiliul de Mediere, Academia Română, Universitatea Creștină Dimitrie Cantemir București și Editura Universitară

²⁴ Jean de Munck, Justice et médiation, conférence donnée dans le cadre du colloque

du CEMAJ, Neuchâtel 21 septembre 2006