

Centre d'étude, de technique et
d'évaluation législatives (CETEL)
Faculté de droit
Université de Genève - Uni Mail
102, bd. Carl Vogt
CH 1211 GENEVE 4

LA MEDIATION

Actes du Colloque du 10 octobre 1996

**publiés par Christian-Nils ROBERT
avec la collaboration de
Nathalie BORNOZ et
Noëlle LANGUIN**

*CETEL, Faculté de droit
Groupement Pro Médiation
Association Genevoise pour la Médiation Familiale
Ordre des Avocats, Genève
Chambre de Commerce et d'Industrie de Genève*

Travaux CETEL, N° 49 - Septembre 1997

TABLE DES MATIERES

Christian-Nils ROBERT	
Prologue	p. 1
Myriam EZRATTI-BADER	
Droit et médiation	p. 3
Jean-Pierre BONAFE-SCHMITT	
La médiation : une technique ou un nouveau mode de régulation sociale ?	P. 9
Christine LAZERGES	
Médiation pénale et politique criminelle	p.23
Axel PIERS	
La médiation pénale : son émergence, ses caractéristiques, et son introduction en droit belge	p. 38
Claude L. BESSARD	
La médiation commerciale	p. 69
Jean-Charles KEMPF	
La médiation familiale	p. 85
Peter BALSCHKEIT-VON-SAUBERZWEIG	
Le rôle du juge dans la médiation	p. 90
François BLUM	
L'avocat et la médiation	p. 100
Bibliographie	p. 114

PROLOGUE

Christian-Nils ROBERT

A l'instar de Saint-Exupéry, qui renonça, après plusieurs tentatives infructueuses, à dessiner un mouton qui satisfasse le Petit Prince, nous avons délibérément renoncé, pour l'heure, à des prétentions définitionnelles de la médiation.

Comme le Petit Prince donc, qui fut ravi du dessin de la caisse dans laquelle était son mouton, nos lecteurs devront se contenter d'imaginer la médiation par les textes qui suivent.

En effet, l'objectif tant du Groupement Pro Médiation que du CETEL (Faculté de droit) est aujourd'hui de publier quelques points de vue théoriques et pratiques sur la médiation familiale, pénale et commerciale, présentés lors du colloque "Médiation" du 10 octobre 1996.

Le Petit Prince a cru que la caisse dessinée contenait son mouton car il avait toute confiance en son interlocuteur. Notre choix aussi s'est porté sur quelques amis, collègues, praticiens et chercheurs dont les expériences professionnelles sont toutes marquées par leur intérêt et leurs questionnements sur la médiation, et en qui nous avons placé notre confiance pour l'évoquer.

Unique, ou multiple, usée et abusée par ses usages dans tous les champs conflictuels, individuels et collectifs, intrafamiliaux ou interethniques, affectifs ou économiques, juridiques ou politiques, la médiation pourrait bien faire partie intégrante du "management" (tiré de ménage ou de maisonnée) au sens où l'entend Pierre LEGENDRE, et donc des moyens dont dispose "La fabrique de l'homme occidental" pour éliminer le mystère, la tragédie, le conflit, combattre ou résoudre, dans la post-modernité, les fractures sociales.

Pour l'heure, et modestement, nous trouverons, dans les textes qui suivent, l'encouragement à poursuivre le débat sur la médiation, la traquer sous toutes ses formes dans de multiples champs et comportements sociaux, l'initier, si faire se peut, lorsqu'elle semble plus juste pour mettre d'accord, concilier, réconcilier, construire, reconstruire, définir, redéfinir, parachever une relation. La médiation relève d'abord du lien social et fatalement des problématiques du lien, tels le conflit, l'agressivité, l'abandon. Elle rôde dès lors partout, plus ou moins bien acceptée, tantôt trop fortement légitimée par les institutions, tantôt reléguée misérablement dans des dispositions légales qui n'ont pas convaincu le politique de les assortir de moyens budgétaires propres à lui donner vie et à la doter d'effectivité.

Certes, elle est parfaitement définie par Michèle GUILLAUVIE-HOFNUNG comme "un mode de construction et de gestion de la vie sociale grâce à l'entremise d'un tiers neutre, indépendant, sans autre pouvoir que l'autorité que lui reconnaissent les médiés qui l'auront choisi ou reconnu librement".

Mais à en croire certains inventaires à la Prévert, la médiation s'exerce partout, par le concierge, "l'agent d'ambiance" (Lille), la femme-relais, le Médiateur de la République (en France), un ministre à l'occasion, voire un ancien PDG dans les conflits sociaux. Dès lors et comme l'écrit Henri-Pierre JEUDY "Faire de la médiation partout est aussi une manière de tout institutionnaliser" (Le Monde, 14/6/1997).

Contradiction donc évidente et danger, puisque, pour beaucoup de ses partisans, la médiation se construit sur la décentralisation, la déprofessionnalisation, la délégalisation, le pluralisme culturel, et se singularise notamment par son infonnalité et la déjudiciarisation des conflits qu'elle propose.

Pour l'avenir, nous souscrivons pleinement à cet avertissement de M. GUILLAUME-HOFNUNG, soit "rendre prioritaire un effort théorique intense" sur la médiation. Nos travaux vont donc se poursuivre parallèlement, tant dans la construction de modèles de médiation, que dans cet effort conceptuel qui doit être fait à son propos.

C'est pourquoi nous restons reconnaissants à tous les participants de notre colloque pour leurs contributions, qu'elles soient légitimantes, critiques ou descriptives de la médiation. Elles constituent un matériau précieux pour l'avenir de nos entreprises de recherche et de recherche-action.

Et comme point d'orgue impertinent à la polysémie du mot, je rappellerai la définition musicienne de la médiation "pause que l'on fait au milieu d'un verset de plain-chant"...

DROIT ET MEDIATION

Myriam Ezratty_ i A Dt R

Premier President Honoraire De La Cour D'appel De Paris

En abordant ici le thème de la médiation, comment ne pas se sentir habité par l'esprit des lieux ?

Nous sommes dans un pays, la Suisse, qui n'a plus connu de guerre depuis plus d'un siècle ; dans une cité, Genève, où siègent des organisations internationales dont le renom me dispense de rappeler les titres et qui font de la médiation leur instrument d'action privilégié ; dans cette ancienne et prestigieuse Université de Droit récemment transférée dans des locaux modernes et fonctionnels, qui sait nourrir l'avenir des fruits de ses traditions et de son expérience .

Les initiateurs de ce colloque - et tout particulièrement le Professeur Christian-Nils Robert- méritent donc d'être félicités pour avoir fait le choix d'un sujet si bien accordé avec son environnement et dont l'actualité résulte, non d'un effet de mode, mais d'un besoin ressenti tant à l'extérieur qu'au sein même du monde judiciaire.

Mais en portant la réflexion sur les rapports entre la médiation et le droit, nous voici placés au coeur des problèmes... et des interrogations.

La première question est de définir ce que l'on entend exprimer par le terme « médiation ». L'exercice des disciplines juridiques invite, en effet, à une mise en ordre des normes et des procédures. Or la médiation est un concept flou, comme le sont aussi son champ d'application, ses formes et ses modalités de mise en oeuvre.

Quoi de commun, apparemment - si l'on prend des exemples français - entre le Médiateur de la République, les médiateurs institués par la législation sociale dans les conflits du travail, l'agent délégué par

le Procureur de la République pour tenter une médiation entre l'auteur d'une infraction et sa victime, le médiateur nommé par le juge dans un procès civil ou commercial, celui qui, sous le même titre, a été chargé par une banque ou une grande entreprise de traiter les réclamations de sa clientèle, ou encore, le « collège des médiateurs » qui s'est spontanément constitué pour intervenir auprès des pouvoirs publics en faveur des étrangers en situation irrégulière ?

Mais ne nous laissons pas arrêter par les visages multiples de la médiation. Le vocable « Droit » ne couvre-t-il pas, lui aussi, des notions et des domaines très divers ? Au demeurant, les débats qui vont s'ouvrir permettront d'appréhender le phénomène dans ses principales composantes. Contentons-nous donc à ce stade, sans exclusive à l'égard de telle ou telle expérience, de tenter de cerner quelques traits communs.

Il s'agit d'abord de la fonction : prévenir ou, le plus souvent, régler un conflit, ou encore, établir une communication entre des personnes ou des groupes sociaux. En second lieu la médiation se distingue du processus judiciaire en ce qu'elle requiert le consentement préalable des parties et, par opposition à la transaction, n'en oblige aucune à accepter les solutions proposées. Enfin, à la différence de la négociation qui met les participants face à face, la médiation est assurée par une tierce personne acceptée par les protagonistes et dont ceux-ci attendent neutralité et indépendance. Tel est aussi le caractère de l'office du juge, mais le médiateur est privé d'un attribut essentiel, l'imperium. Devons-nous conclure que la médiation n'est qu'une forme affaiblie de règlement du contentieux, voire une justice au rabais ?

Ce serait méconnaître l'effet de la relation ternaire qui s'établit entre les acteurs grâce à l'action du médiateur. Affirmer que la force du médiateur réside dans la faiblesse de ses moyens, ce n'est pas énoncer un paradoxe, mais traduire une expérience vécue .

Préservée du choc frontal engendré par la négociation directe, libérée des contraintes procédurales, une médiation bien conduite peut, mieux que ces autres modes, aboutir au règlement d'un conflit dans des conditions propres à sauvegarder les relations futures entre des personnes ou des entreprises qui auront à vivre ou à travailler ensemble . Même en cas d'échec - hypothèse qu'il faut toujours prendre en compte - le dialogue ainsi noué aura souvent permis de clarifier le débat et de mieux gérer le conflit.

Certes la personnalité du médiateur joue un rôle majeur. Certains le jugent même excessif. Tel n'est pas mon sentiment mais un développement de la réflexion sur les critères de choix des médiateurs serait certainement bienvenu.

Permettez-moi d'aborder , à présent, un second sujet de questionnement : comment expliquer l'engouement actuel pour la médiation après une longue période d'éclipse ?

Pour apprécier la situation, retournons brièvement vers le passé .

La médiation, dont l'origine remonte à la nuit des temps, était pratiquée et reconnue dans le droit coutumier. Dans l'ancienne France, elle fut encouragée par le pouvoir royal - sans doute déjà préoccupé par l'encombrement de ses juridictions . Ainsi un règlement datant de 1671 chargeait des assemblées de gentilhommes et de clercs « de pacifier les différends, et de travailler à la médiation des procès et querelles » .

En revanche, notre droit codifié au siècle dernier ne lui faisait aucune place. Certes, le recours à la technique de la médiation. n'avait pas cessé en fait. Mais, s'agissant d'un mode de règlement contentieux non intégré dans le champ du droit, ni l'Université, ni l'institution. judiciaire ne s'intéressaient à cette pratique en tant qu'alternative au procès.

La médiation ne retrouvait une place « officielle » qu'en cas d'absence ou de défaillance des instruments classiques de traitement contentieux (litiges internationaux) ou lorsque ceux-ci s'avéraient impuissants ou inadaptés (conflits sociaux, par ex.)

On peut, semble-t-il, dater de la décennie 1970 la renaissance de la médiation sous ses nouveaux avatars. Elle doit beaucoup, pour ce qui concerne la France, aux initiatives du Premier Président Bellet, qui présidait à l'époque le Tribunal de la Seine et qui est un des grands pionniers de la médiation en matière civile et commerciale. Au Tribunal de Paris, cette tradition a été maintenue par ses successeurs .

Aujourd'hui la médiation a pris une nouvelle dimension. Elle fait une entrée en gloire dans les prétoires et hors des prétoires Elle est l'objet de nombreux et excellents travaux universitaires. Le législateur français (loi n° 95-125 du 8 Février 1995- décret n°96- 652 du 22 Juillet 1996) vient de lui consacrer le Titre VI bis du Nouveau Code de Procédure Civile.

Or il suffit de consulter les statistiques judiciaires pour constater que l'intérêt nouveau porté à la médiation coïncide avec un accroissement sans précédent de l'activité juridictionnelle.

Faut-il y voir une relation de cause à effet ?

La réponse n'est pas évidente Certes, l'explosion du contentieux, engendré par la « juridisation » croissante de la vie publique et des rapports privés, qui caractérise nos démocraties dites avancées, a démontré, par ses effets pervers, la nécessité de promouvoir des solutions alternatives pour la résolution des conflits, en particulier par le développement de la conciliation et de la médiation . Les Etats-Unis, atteints les premiers par la fièvre des procès, nous ont précédé dans cette voie.

Mais ce serait, à la fois déprécier injustement ces moyens de pacification sociale et s'illusionner sur leurs effets quant à la réduction du flux judiciaire, que de les considérer comme de simples circuits de dérivation du « trop-plein » des tribunaux. Il y aurait, de surcroît, quelque incohérence à instaurer, dans ce seul but, des structures non soumises à des règles contraignantes dans le même temps que sont renforcées, sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme, les exigences imposées au juge pour assurer au justiciable la garantie d'un procès équitable.

Une analyse plus approfondie des raisons qui militent en faveur de la médiation, démontre que cette dernière peut répondre, plus efficacement que d'autres moyens , à des besoins qui ont cessé d'être couverts à la suite des transformations brutales et parfois radicales de nos sociétés « post-modernes ».

Ces phénomènes ont fait l'objet d'excellentes études et de publications, trop nombreuses pour être citées. Il serait aussi inutile que prétentieux de ma part de les commenter devant les spécialistes avertis que vous êtes. Je me bornerais à constater que, face au désengagement ou à l'affaiblissement des institutions et autorités qui assumaient ce rôle au sein des différents groupes sociaux (famille, cité,

communautés civiles ou religieuses, entreprise, Etat...), nos concitoyens, inquiets et incertains, sont à la recherche de nouveaux intercesseurs, de nouveaux arbitres, pour régler leurs différends. Ils se tournent alors tout naturellement vers l'autorité indépendante, officiellement habilitée à trancher les litiges : le juge. Mais toutes les situations ne s'accommodent pas de la chirurgie lourde d'une instance judiciaire ; ou, encore, la décision parce que le juge a été saisi trop tard ou à contretemps, ne répond pas aux attentes de celui qui l'a sollicitée. Outre le discrédit qui en résulte pour la justice, l'échec accroît les frustrations et le sentiment d'abandon de ceux qui tentent de faire valoir leurs droits ou qui s'estiment victimes d'une injustice. Comment ne pas y voir l'une des causes du climat d'insécurité, d'intolérance et de violence qui imprègne nos sociétés, pourtant épargnées par la guerre et dont la prospérité relative est enviée par une grande partie du monde ?

Il serait, bien sûr, ridicule de prétendre rétablir la paix sociale et l'harmonie entre les hommes par la seule création de structures de médiation. Mais l'expérience montre qu'elles peuvent y contribuer, aux côtés d'autres formules de prévention et de traitement des conflits dont les nouveaux modèles sont peut-être à inventer.

Cette considération m'amène à introduire une troisième et dernière question : quel avenir réserver à la médiation ? Celle-ci est-elle appelée à concurrencer, voire à supplanter, le soi-disant « gouvernement des juges ? »

L'ordre négocié doit-il être préféré à l'ordre imposé ?

Il ne m'appartient pas de faire des prédictions, ni même d'apporter des réponses. Peut-être souhaitez-vous en débattre tout à l'heure. Permettez-moi toutefois, de conclure ce trop long propos en vous faisant part de l'espoir et de la confiance que je place dans l'avenir de la médiation, mais aussi des craintes que m'inspirerait tout projet visant à substituer cette voie à celle du recours judiciaire.

N'oublions pas les bienfaits de l'état de droit et l'importance qui s'attache, pour la protection des droits des parties, à la publicité des débats et au respect de la contradiction. Il faut que soit préservé le libre accès de toute personne à un tribunal indépendant et impartial. Ce droit est d'ailleurs garanti par l'article 6 de la Convention européenne des

droits de l'homme, notre commune référence, ce qui rend mes craintes vaines. Mais la possibilité d'offrir un autre choix aux justiciables potentiels, c'est à dire à chacun de nous, ne constitue-t-il pas un nouveau progrès des droits et libertés ?

Si l'on s'acheminait vers cette voie, il faudrait certainement renforcer les exigences d'ordre déontologique, tant à l'égard des institutions de médiation que des médiateurs. Ceux-ci doivent s'imposer par l'autorité morale et l'indépendance, la compétence et l'impartialité ainsi que par leur strict respect des « règles du jeu ».

Je sais qu'oeuvrent en ce sens les éminentes personnalités qui vont, au long de cette journée nous faire partager leur réflexion et leur expérience. Qu'elles sachent combien nous nous réjouissons de les entendre .

LA MEDIATION UNE TECHNIQUE OU UN NOUVEAU MODE DE REGULATION SOCIALE'?

Depuis la fin des années soixante dix, on assiste à un développement de la médiation dans bon nombre de pays et une question vient tout de suite à l'esprit : quelles sont les raisons de ce renouveau de la médiation? Il est vrai que la médiation, comme mode de règlement des litiges à toujours existé, il suffit pour s'en convaincre de se reporter à n'importe quel manuel de droit, mais aujourd'hui, ce qui a changé c'est le contexte : la médiation se développe dans le cadre d'une crise sans précédent du système judiciaire de régulation des litiges.

La médiation est souvent présentée comme une alternative à la justice, une nouvelle technique de gestion des conflits, mais elle est rarement analysée comme préfigurant l'émergence d'un nouveau mode de régulation sociale. Le développement de la médiation dans tous les champs de la vie sociale, de la famille, au quartier, en passant par l'entreprise, tend à démontrer que celle-ci ne peut être réduite à une simple réponse à la crise actuelle de l'institution judiciaire et qu'il conviendrait de s'interroger sur la réalité de ce phénomène ².

A travers la multiplication de ces initiatives de médiation, nous voudrions souligner que l'on ne peut se cantonner à une simple analyse en terme de dysfonctionnement de l'institution judiciaire et de rechercher si l'on n'assiste pas à un changement de paradigme en matière de résolution des conflits avec l'émergence d'un modèle consensuel, à coté de notre modèle conflictuel. En raison du caractère minoritaire des expériences de médiation, on ne mesure pas encore toutes les implications de ce changement qualitatif, qui nous apparaît plus important que les dimensions quantitatives du phénomène.

1-LA MEDIATION : UN NOUVEAU MODE DE REGULATION SOCIALE

A partir de ce développement de la médiation, on peut se demander si la médiation ne préfigure pas l'émergence d'un ou de plusieurs nouveaux modèles de régulation sociale qui reposeraient sur une vision pluraliste à la fois des modes de règlement des conflits³. Nous avons été tentés de dire qu'avec la médiation on assiste à un changement de paradigme en matière de résolution des conflits avec

I Cette communication est tirée d'un article BONAFE-SCHMITT (J-P) "la médiation: un nouveau mode de régulation?" *Plüdoyer-Das magazin für recht und politik-revue juridique et politique* n°2/1996 et d'un chapitre "Médiation pénale et sociale" à paraître dans d'un ouvrage collectif sur la médiation coordonné par DAHAN (J).

² Sur cette question cf : GOLBERG (S.), GREEN (E.), SANDER (F). *"Dispute Resolution"* Little Brown and Company, Boston, 1985; LE ROY (E)(sous la direction) DEZALAY (Y), GARAPON (A.), GIRARDET *"La conciliation : instances de règlement des litiges. Enjeu professionnel et institutionnel"* Université de Paris 1, 1988. 296p; BONAFE-SCHMITT (J-P), *"La médiation: une justice douce"* Syros-Alternatives, 1992; FAGET (J) *"Justice et travail social. Le rhizome pénal"*, Erès, Toulouse, 1992; BASTARD (B.), CARDIA-VONECHE (L) *"Le divorce autrement la médiation familiale"*. Syros, 1990; SIX J-F *"Le temps des médiateurs"*. Seuil, 1990; cf WRIGHT (M), GALAWAY (B), éditeurs, *"Mediation and Criminal Justice"*, 1989, Sage Publications, Londres; MESSMER (H), OTTO (U) editors *"Restorative Justice on Trial-pitfalls and potentials of victim-offender mediation-International research perspectives"* edited by Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992, Netherlands, 590p; PERRIN (J-F), WIDMER (P) *"La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits"*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 19, Genève, 1992, 384p.

³ BONAFE-SCHMITT (J-P), "La médiation: une justice douce" Syros-Alternatives, 1992

la substitution au mode conflictuel d'un mode consensuel. En fait, il serait plus juste de dire que l'évolution va se faire dans le sens d'un plus grand pluralisme, avec la coexistence de ces différentes formes de règlement des conflits, mais aussi le dépassement de celles-ci à travers des formes hybrides ou intermédiaires.

1-Les instances et activités de médiation

Sur le plan conceptuel, il est nécessaire de procéder à une clarification, car la médiation est à la mode et toutes les personnes qui interviennent dans le champ de la régulation des litiges que ce soit à titre professionnel ou dans le cadre d'une activité associative, déclarent être des "médiateurs naturels" ce qui ne va pas sans problème. Pour tenter de clarifier la situation, nous avons été amenés à distinguer les activités de médiation et les instances de médiation.

-les activités de médiation

La médiation est à la mode et chacun, du policier, au travailleur social, en passant par le magistrat déclare faire, au cours de son activité professionnelle de la médiation. S'il est vrai que ces professionnels ont des activités de médiation, c'est à dire utilisent les techniques de la médiation pour la résolution des conflits, en revanche ce ne sont pas des instances de médiations ni des médiateurs.

C'est le cas de la police, lors d'interventions sur des différends familiaux, les policiers procèdent à ce que nous appelé des "médiations-rustiques", ils ne sont pas des médiateurs⁴. Il ne s'agit pas de remettre en question l'activité de prévention de la police, mais d'éviter toute confusion dans les rôles car on assiste actuellement à un brouillage des repères, des identités professionnelles en faisant du policier, un "médiateur", un "travailleur social" ou encore un "moniteur d'éducation physique" pour encadrer des jeunes dans les "quartiers sensibles" lors des "opérations été chaud" en France.

Nous pourrions faire les mêmes remarques pour les magistrats, notamment à travers l'expérience des "Maisons de Justice" en France où les magistrats du Parquet sont amenés à faire des médiations c'est à dire proposer un classement de l'affaire à condition que le mis en cause répare le préjudice subi par la victime. Il s'agit plus de classement sous condition que de médiation, car un membre du parquet ne peut être à la fois le médiateur et le magistrat chargé de poursuivre une infraction. Pour éviter toute confusion il conviendrait de parler de conciliation ou de réparation pour définir l'activité de médiation des magistrats ou de la police.

Il est en de même des avocats, qui déclarent faire de la médiation quotidiennement dans leur cabinet, notamment dans le cas de divorces par consentement mutuel. En France, comme aux Etats-Unis, des Barreaux ont inscrit cette nouvelle fonction dans leur règlement. Nous pourrions ajouter à cette liste, les travailleurs sociaux, qui jouent aussi un rôle de médiation dans leur activité quotidienne, sans oublier les traducteurs et interprètes qui se présentent souvent comme des "médiateurs interculturels". Enfin, dans les quartiers, on a vu apparaître les "médiateurs-techniques" c'est à dire des personnes qui assurent à la fois l'entretien des immeubles et assurent la gestion des conflits entre locataires.

⁴ BONAFE-SCHMITT (J-P), SCHMUTZ (N), BONAFE-SCHMITT (R). "L'insécurité: la crise des mécanismes de régulation sociale", Ministère du Logement, décembre 1988 p.226

-les instances de médiation

En distinguant les activités de médiation des instances de médiation, nous voudrions insister sur la spécificité de la médiation comme mode de régulation des litiges. Nous pensons que c'est la qualité et la nature de l'intervention du tiers, qui permettent de distinguer l'activité de médiation de l'instance de médiation. En effet la médiation implique que celle-ci soit réalisée par un tiers, impartial, indépendant et qualifié dont le rôle se limite à aider les parties à trouver une solution.

S'il existe actuellement une confusion entre activités et instances de médiation, cela tient en grande partie au fait que la médiation ne constitue pas encore un mode autonome de règlement des litiges et que la fonction de médiateur ne représente encore qu'une activité accessoire pour de nombreux professionnels du droit ou du social. Mais la situation évolue vite, notamment sous l'action des organisations de médiateurs qui mettent en place des formations, élaborent des règles sous forme de codes de déontologie, de chartes qui précisent l'activité et le rôle des médiateurs.

Ces textes, ces apprentissages participent à la construction de l'identité des médiateurs par rapport aux autres professionnels de la régulation des conflits. Le médiateur, à la différence du juge, n'a pas pour rôle de dire le droit ou de rappeler le droit, il n'a pas pour devoir, comme l'avocat, d'assurer la défense des intérêts de chacune des parties. Il n'a pas pour objet de mener des enquêtes, à l'image du policier, pour déterminer la part de responsabilités des parties en [conflit](#). Il n'a pas aussi pour rôle de se lancer dans des thérapies ou des relations d'aide comme les travailleurs sociaux. L'identité du médiateur repose sur sa capacité à se faire reconnaître par les parties, comme une personne ressource pouvant les aider à résoudre leur conflit. Son action se limite à un agir communicationnel pour reprendre la terminologie d'Habermas en dehors de toute relations de pouvoirs.

Cette capacité à se faire reconnaître par les parties en matière de gestion des conflits ne se décrète pas et repose sur la construction d'une certaine légitimité. A partir de l'analyse des pratiques de médiation, nous avons été ainsi amenés à distinguer trois types de légitimités. La première, c'est la légitimité déléguée, c'est à dire celle conférée par un texte, une autorité judiciaire comme dans le cas de la médiation civile ou pénale. La deuxième, repose sur une compétence. on parle alors de légitimité professionnelle, qui est le plus souvent revendiquées par les médiateurs familiaux ou d'entreprises. Enfin, en dernier lieu, la légitimité sociale qui est fondée sur la simple reconnaissance par les parties en conflit de la pertinence ce mode de résolution des conflits, en dehors de tout autre référence extérieure, comme dans le cas de médiation de quartier ou communautaire.

Dans la pratique, la situation est plus complexe, car il y a parfois interpénétration entre les différentes légitimités. Ainsi la légitimité déléguée peut se doubler d'une légitimité professionnelle dans le cas par exemple de médiateurs familiaux intervenant dans le champ pénal à la demande des services du Parquet. Plus largement, nous sommes tentés d'ajouter que nous progressons aussi vers une pluralité de modes de régulation sociale. Ainsi à côté des modes juridictionnels de règlement des conflits, coexisteraient les différentes formes de médiation et de conciliation, de médiation-arbitrage, de jugement-conciliation en raison de l'interpénétration de différents modes de résolution des conflits.

⁵ HABERMAS (J) "Théorie de l'agir communicationnel" Tome 2 Pour une critique de la raison fonctionnaliste. Fayard, 1987

2/la médiation : un autre paradigme de gestion des conflits⁶

La médiation est souvent présentée comme une simple technique de gestion des conflits, mais plus rarement comme préfigurant l'émergence d'un nouveau modèle de régulation sociale. C'est sur le plan procédural que l'on mesure le mieux que la médiation présente un avantage incontestable par rapport aux procédures juridictionnelles, car le processus de médiation permet de rendre aux parties le pouvoir de gérer leur conflit, et en accordant une large place à la rencontre des parties, à l'oralité des débats, elle favorise l'expression directe des sentiments, l'échange sur les causes des conflits. C'est seulement à travers la rencontre directe des parties que pourra se construire l'échange réparateur, et d'une certaine manière la reconstitution du lien social. La médiation s'apparente à un véritable rituel, fait d'interactions, permettant de resituer le conflit dans son contexte et d'analyser les causes profondes de celui-ci sans être tenu par les régies formelles de la procédure, et de favoriser la mobilisation de solutions alternatives faisant appel à l'usage, à l'équité.

Dans le processus de médiation, les parties ne sont plus perçues comme de simples personnes porteuses de droits, mais comme des sujets avec des besoins. Pour définir cette opposition un auteur soulignait que les professionnels du droit mettaient en avant les notions *"de rationalité, de droits, de résolution de conflits"* alors que les thérapeutes parleraient de *"sentiments, de besoins, de nouvelles relations"*⁷. Il s'agirait avant tout de restaurer la relation entre les parties plutôt que de rechercher à déterminer une responsabilité basée sur une éventuelle faute. A partir de cette conception, le processus de résolution se déplace du terrain juridique et de la prise de décision autoritaire vers un lieu faisant appel à des modes plus consensuels, négociatoires de type thérapeutique et distributifs. La médiation traduit d'une certaine manière ce changement de logique dans la résolution du conflit car les médiateurs considèrent que les intérêts et les besoins constituent les motivations réelles des litiges alors que les droits n'en seraient que les justifications⁹.

Le développement de la médiation se heurte à cette tendance à la juridicisation des relations sociales à cette "colonisation du monde vécu" pour reprendre l'expression d'Habermas et pour lui dans certains types de conflits, comme en matière familiale, *"à la place du droit utilisé comme médium doivent intervenir des procédures de règlement des conflits qui soient adaptées aux structures de l'agir orienté vers l'intercompréhension- il s'agirait donc de processus discursifs de formation de la volonté et de procédures de négociation et de décision"*¹⁰. Il s'agit selon lui de mettre en oeuvre des procédures visant un consensus c'est à dire des procédures de décision qui tiennent pour majeurs les participants pour représenter leurs intérêts et pour régler eux-mêmes leurs affaires¹¹. Cette élaboration d'une rationalité fondée sur le consensus ne doit pas être assimilée à

⁶ Ce développement est repris d'une partie d'un ouvrage collectif "La médiation : du droit imposé au droit négocié?" ouvrage à paraître sous la direction de OST (F).

⁷ FINEMAN M. "Dominant discourse, professional language, and legal change in child custody decision making" *Harvard Law Review*, Vol 101,n 4/1988, p. 755

⁸ SILBEY (S), SARAT (A) "Dispute processing in law and legal scholarship: from institutional critique to the reconstruction of the juridical subject" *Denver University Law Review* Vol.66 n°3/1989 p.479

⁹ SILBEY (S), SARAT (A) "Dispute processing in law and legal scholarship: from institutional critique to the reconstruction of the juridical subject" op. cit. p.483

IOHABERMAS (J) *"Théorie de l'agir communicationnel"* Tome 2 Pour une critique de la raison fonctionnaliste, op. cit.p.408

¹¹ ibidem p.410

la recherche d'un "consensus mou" mais plutôt du "dissensus", afin de parvenir à un accord¹². Dans la construction de celui-ci il est nécessaire de rechercher aussi bien les points de désaccords, que les points d'accords car il ne s'agit pas de réduire ces désaccords mais de vivre avec eux, de trouver un *modus vivendi*¹³. Le processus de médiation, en permettant une plus grande implication des parties dans le règlement des conflits, permet non seulement de surmonter les désaccords, mais de construire de nouvelles relations ce qui renforce d'autant le caractère normatif des décisions prises. Cette recherche d'un nouveau consensus à partir de règles négociées permet, dans de nombreux cas, la reconstruction, notamment dans les grands ensembles urbains, d'un tissu social déchiré. Dans ces grands ensembles, où la pression communautaire de jadis ne joue plus, les procédures de négociation ou de médiation favorisent la reconstitution de nouveaux lieux de socialisation, de régulation.

Sans prétendre que les conflits ont changé de nature, on assiste au cours de ces deux dernières décennies au développement d'une nouvelle forme de conflictualité. Il apparaît que les conflits qui touchent les sphères de la reproduction matérielle comme les conflits du travail, ont perdu de leur centralité dans nos sociétés, au profit de nouveaux conflits qui surgissent dans *"les sphères de la reproduction culturelle, de l'intégration sociale et de la socialisation"*¹⁴ comme en témoignent les quasi-émeutes urbaines de Vaulx en Velin en France ou de Los Angeles aux Etats-Unis. Les institutions traditionnelles de règlement des conflits rencontrent de plus en plus de difficultés pour réguler ces nouveaux types de conflits car ceux-ci ne naissent pas *"de problèmes de redistribution, mais de questions qui touchent à la grammaire des formes de vie"*¹⁵. Ils posent de nouveaux problèmes liés à la qualité de la vie, l'égalité de droits, la réalisation individuelle de soi, l'identité sociale...¹⁶. Ces types de conflit traduisent aussi bien des formes de résistance aux tentatives de "colonisation du monde vécu", pour reprendre l'expression d'Habermas, mais aussi les conséquences d'une vie plus collective, plus complexe, (litiges de voisinage, familiaux, intercommunautaires, de consommation, d'environnement). Leur régulation fait appel à des modes de résolution de conflit plus consensuels basés sur la conciliation et la communication et non sur la sanction ou l'indemnisation. Il ne s'agit plus de trancher un problème du passé en proclamant qui a raison ou qui a tort, *"mais d'en résoudre un, soulevé entre personnes qui doivent continuer à vivre ensemble"*¹⁷.

2-LES TECHNIQUES DE MEDIATION

La médiation est souvent présentée comme un processus informel de règlement des conflits, cela n'empêche pas que celui-ci fasse l'objet d'un minimum de formalisation dans son mode de déroulement. Le processus de médiation s'apparente à un véritable rituel, avec le respect d'un certain nombre de règles comme la neutralité, la confidentialité, un minimum de formalisme dans l'organisation des rencontres qui marque les différentes phases dans la recherche d'une solution.

¹² DEBARBIEUX (E) "Pratique de recherche sur la violence à l'école par une médiation sociologique" Skholé, n°2/1995 p.142

¹³ ibidem p.142

¹⁴ HABERMAS (J) *"Théorie de l'agir communicationnel"* op. cit., p.430

¹⁵ ibidem p.432

¹⁶ ibidem p.432

¹⁷ VESCOVI (E), *"Le règlement des conflits hors des tribunaux"* in KOTZ (H), OTTENHOF (R), "Les conciliateurs-La conciliation; une étude comparative" Economica, Paris, 1983 p. 175

Pour analyser ce processus de médiation, nous avons pris comme exemple deux types de médiation : la médiation pénale et la médiation de quartier. Les techniques de médiations utilisées par les médiateurs pénaux et de quartier présentent de nombreuses similitudes comme par exemple l'utilisation de la rencontre séparée, la co-médiation. Mais elles comportent aussi des différences importantes en raison des modes de saisine des médiateurs, de la nature du contrôle exercé par l'institution judiciaire sur les résultats de la médiation ... Pour illustrer ces différences, nous avons analysé plus particulièrement l'activité de deux structures de médiation celle d'Aide Information des Victimes de Grenoble (AIV) en matière de médiation pénale et celle du groupe des médiateurs de Saint-Priest pour la médiation de quartier¹⁸.

1-Le processus de médiation

Le déroulement d'une médiation ne se limite pas simplement à des problèmes techniques, il s'agit d'un véritable processus social qui se construit à partir des interactions entre les différentes parties. Cela est si vrai qu'il n'y a pas un processus, mais des processus de médiation car il existe des différences notables entre les médiations pénales et de quartier.

- les modes de saisine

Les modes de saisine des instances de médiation constituent un des points de différenciation entre médiation pénale et de quartier en raison du rôle important joué par le Parquet dans le processus de médiation. Dans le cadre de la médiation pénale le processus de médiation démarre par la transmission par le Parquet de l'affaire à l'instance de médiation. Mais au préalable, certains Parquets avant de transmettre le dossier, rencontrent les parties pour les informer sur le sens de la démarche; mais dans la très grande majorité des cas, ils renvoient le dossier de procédure sans organiser d'entretien. Il appartient au médiateur de prendre contact avec les parties en conflit pour leur proposer une rencontre de médiation qui se fait le plus souvent par écrit.

Dans le cas de la médiation de quartier, le mode de saisine des médiateurs est différent car l'objectif poursuivi est d'amener les parties en conflit à les saisir au préalable avant d'engager une action judiciaire. Ainsi, en cas de conflits de voisinage liés au bruit, l'une des parties, avant d'aller porter plainte, peut demander l'intervention d'un médiateur pour résoudre à l'amiable le litige. C'est ce que nous avons appelé la "médiation proposée et acceptée" qui est la forme principale de saisine des médiateurs quartier de Saint Priest. Dans le cadre de cette saisine, la structure de médiation est saisie par l'une des deux parties, et il revient aux médiateurs de prendre contact avec le mis en cause pour l'inviter à se présenter à une autre permanence où il sera informé de la procédure de médiation et fera savoir s'il est d'accord pour s'engager dans une telle démarche de règlement amiable.

Les modalités de prise de contact avec l'autre partie pour proposer la médiation sont assez variées, cela va de la lettre à l'entretien téléphonique et parfois à la

¹⁸ Nous avons choisi ces deux expériences de médiation car nous avons eu l'occasion de les étudier dans le cadre de recherches antérieures (AIV Grenoble) ou d'assurer un suivi de l'expérience sur plusieurs années (Groupe Médiateurs de Saint Priest). Sur cette question cf nos travaux : BONAFE-SCHMITT (J-P) en collaboration avec SCHMUTZ (N) et BONAFE-SCHMITT (R), JULLION (D) "*La Médiation pénale : approche comparative France-Etats-Unis*", PPSH, janvier 1995 155p+ annexes; BONAFE-SCHMITT (J-P) en collaboration avec SCHMUTZ (N) et BONAFE-SCHMITT (R) "*Médiation et régulation sociale: approche comparative France-USA-Grande Bretagne*", PPSH, Juillet 1992, 189p. + annexes

démarche directe, en se rendant au domicile de la personne. Mais la formule la plus courante est celle de la lettre envoyée à l'autre partie pour l'inviter à prendre contact avec la structure de médiation pour engager une procédure de médiation.

Une des difficultés dans le cas de la médiation de quartier est de faire venir le mis en cause car les médiateurs ne disposent d'aucun pouvoir de coercition pour l'amener à participer au processus de médiation. Pour y parvenir les médiateurs de Saint Priest ont développé une stratégie particulière, qui vont de la lettre de relance, à l'entretien téléphonique pour connaître les raisons du "silence" du mis en cause. Dans la pratique, les médiateurs ont souvent recours à l'envoi d'une lettre de relance qui est plus "pressante" que la première car celle-ci mentionne **"En cas de non réponse de votre part nous considérons que notre médiation a échoué et M. et Mme A. seraient en droit de faire valoir leurs droits dans le cadre d'une procédure judiciaire"**. Cette "menace" de recourir à une procédure peut choquer les "puristes" de la médiation mais on ne doit pas oublier que deux parties en conflit ne sont pas toujours prêts à accepter de se rencontrer à nouveau. Aussi, sans un minimum de pression de la part des médiateurs ou d'autres personnes comme le Parquet dans le cas de la médiation pénale, les parties ne sont pas toujours prêtes à accepter le principe d'une médiation. Faut-il rappeler que la "pression" ne porte que sur le principe de la rencontre avec les médiateurs dans le cadre de l'entretien préliminaire qui est plus une réunion d'information que de médiation proprement dite.

En cas d'échec de cette relance, les médiateurs tentent de nouer un contact téléphonique avec le mis en cause afin de s'informer sur les raisons du refus de celui-ci. Dans la pratique, cette relance téléphonique, permet le plus souvent de lever les réticences du défendeur car celui-ci est souvent sur une position défensive en raison de sa méconnaissance du processus de médiation ou d'une attitude de blocage à l'égard du plaignant en raison de leurs mauvaises relations.

En matière pénale, on aurait pu penser que les médiations seraient plus facilement acceptées qu'en matière de médiation de quartier en raison de l'"injonction" faite par le Parquet aux parties, de recourir à ce mode de résolution des conflits. Malgré cette "pression" du Parquet 25,7% des parties refusent de participer au processus de médiation et ces refus proviennent aussi bien du plaignant que du mis en cause. Ces refus témoignent de la difficulté pour les médiateurs d'engager un processus de médiation et de la nécessité de développer des entretiens préliminaires pour informer les parties sur ce mode de résolution des conflits.

-la rencontre séparée

Au vu de ces difficultés pour amener les parties en médiation, on comprend que l'entretien préliminaire constitue une phase importante car c'est au cours de son déroulement que vont se construire les premiers rapports de confiance entre les médiateurs et les parties. Afin d'établir ce climat de confiance, les médiateurs sont amenés à construire un espace de parole qui soit propice au rétablissement de la communication entre les parties. Pour ce faire, il est nécessaire que les médiateurs soient tenus au secret professionnel et que les discussions se déroulent sous le sceau de la confidentialité, ce qui n'est pas acquis dans le cas de la médiation de quartier en l'absence de texte en la matière.

La première activité des médiateurs est celle de l'écoute car il existe un besoin, notamment chez les victimes, d'être entendues dans leur souffrance ou dans la revendication de leurs droits, et ceci "sans être jugé" comme le soulignait l'une des parties lors d'une médiation à Saint Priest. Ce besoin de "vider son sac" devant des "personnes neutres" explique l'intérêt de ces entretiens préliminaires car ils permettent aux médiateurs de construire ses relations d'empathie nécessaire à la construction d'une relation de confiance entre eux et les parties. Toutefois, les

médiateurs, doivent maintenir une certaine distance afin que cette empathie ne soit pas perçue, par les parties, comme une relation d'alliance. C'est pour cette raison, que le travail de reformulation représente aussi une phase importante de l'activité de médiation.

Après l'activité d'écoute, la reformulation par les médiateurs de la demande des parties constitue la deuxième phase des entretiens préliminaires. Il s'agit d'un véritable travail de traduction, qui vise à clarifier les propos tenus par les parties, à rassembler les éléments de faits, à cerner les positions des parties sur chacun des points du conflit, à identifier leurs besoins et priorités dans la recherche d'une solution éventuelle au conflit.

Cette activité de reformulation et de traduction n'est pas simple à mener car les parties sont le plus souvent enfermées dans la spirale de l'affrontement et la médiation ne constitue qu'une nouvelle étape de cet état de conflictualité. Cette situation explique que les médiateurs doivent prendre en compte les désirs de vengeance ou de représailles des deux parties afin de les amener progressivement à modifier leurs représentations mutuelles et accepter le principe de la médiation c'est à dire de la rencontre de l'autre dans la perspective de recherche d'une solution. C'est au cours de cet entretien préliminaire que les médiateurs tentent de construire cet espace de rencontre communicationnel, en fixant les régies de l'échange comme celui du respect mutuel, de l'écoute mutuelle...

Ce travail de conversion nécessite parfois du temps, ce qui explique que les médiateurs soient tenus d'organiser parfois plusieurs réunions avant d'organiser la rencontre de médiation. En matière pénale, cette conversion est facilitée par les "pressions" que constituent les risques de classement ou de poursuite de l'affaire par le Parquet. Dans le cas de la médiation de quartier, les "pressions" sont plus subtiles et sont liées au risque que l'une des parties peut engager une procédure judiciaire. Dans les deux cas, les médiateurs insistent aussi sur le fait que la médiation est un processus volontaire et qu'à tout moment celui peut être interrompu à leur demande.

La conclusion de cette phase préliminaire se termine dans le cadre des médiations par la signature d'un "accord pour participer à une médiation". La signature de cet accord n'est pas sans conséquence, car elle participe à la constitution d'un rituel de la médiation qui vise à faire prendre conscience aux parties à travers des actes symboliques, comme l'accord de participation, de l'importance du processus de médiation. Le rituel vise à consacrer le rappel des règles fondamentales de la médiation, comme son caractère volontaire, la confidentialité des débats, la neutralité des médiateurs.

-médiation directe et indirecte

Une fois le principe de la médiation acquis, les médiateurs s'efforcent de mettre en oeuvre les conditions procédurales pour favoriser la communication entre les parties. Le processus de médiation repose sur une rationalité communicative dans le sens où il renvoie à *"la mise en discussion des actes de langage de manière à rendre possible les compréhensions mutuelle entre acteurs"*¹⁹. Le processus de médiation reposant sur une logique communicationnelle, il revient au médiateur de créer ces conditions processuelles permettant une bonne communication entre les parties c'est à dire orientée vers l'intercompréhension. Les discussions peuvent avoir lieu, directement au cours de rencontres ou indirectement à travers ce que l'on appelle la "diplomatie de la navette".

¹⁹ DEFLEM (M) "La notion de droit dans la théorie de l'agir communicationnel de Jürgen Habermas", *Déviance et Société*, 1994, vol.18, n°1 p.96

Le choix de la médiation directe ou indirecte n'est pas neutre car il correspond à une certaine évaluation de la situation conflictuelle par le médiateur dans la mise en oeuvre des modalités de communication entre les parties. Contrairement à des idées avancées, la médiation n'est pas un "processus neutre", les médiateurs comme les parties en conflit ont leurs propres stratégies. Les médiateurs, en fonction de la nature du conflit, de la personnalité des parties, de la nature de leurs relations, auront tendance à choisir l'une des deux formes de médiation.

Parmi les médiateurs pénaux et de quartier c'est la médiation directe qui est privilégiée car ce processus de médiation repose sur l'échange des paroles entre les parties en conflit ce qui favorise une compréhension mutuelle entre eux. Les médiateurs soulignent l'importance des rencontres directes car le face à face permet d'établir ou de rétablir une communication qui n'existait plus entre les parties. Elles donnent à chaque partie l'opportunité d'exprimer son point de vue, ses sentiments, sa perception du problème. Pour faciliter cette intercompréhension, il est nécessaire que soient réunies un *"certain nombre d'exigences de validité qui rendent critiquables les actes de parole : un acte de parole bien conforme et compréhensible exige une vérité objective, une justesse normative ainsi qu'une véridicité et une authenticité subjectives des acteurs communicationnels"*²⁰. Pour permettre ce type de communication, les médiateurs se doivent de créer de nouvelles relations de confiance entre les parties, de les amener à discuter de tous les aspects du conflit, qu'ils soient apparents ou cachés. Cette approche amène souvent les médiateurs à gérer la dimension émotionnelle du conflit, ses aspects psychologiques qui peuvent être très importants, notamment en matière pénale, avec le traumatisme subi par certaines victimes.

Ce travail sur la dimension émotionnelle du conflit, explique en partie que les médiateurs sont amenés à multiplier les rencontres séparées avant d'organiser une rencontre en "face à face" entre les parties. Il arrive aussi, notamment en matière de médiation pénale, que la victime indique clairement qu'elle ne veut pas rencontrer l'auteur et ne désire que l'indemnisation de son préjudice. Cette situation explique qu'en matière de médiation pénale bon nombre de médiations aient lieu d'une manière indirecte c'est à dire sans la rencontre des parties. Ainsi dans le cas d'AIV Grenoble les médiations indirectes représentent 52% des affaires traitées²¹. Ce pourcentage élevé pose le problème de savoir si ce mode de gestion des conflits relève de la médiation ou constitue une autre forme de résolution de conflit? La question mérite d'être posée car le cas de Grenoble n'est pas un cas isolé comme nous avons pu le constater dans des recherches- antérieures²². Ce phénomène n'est pas propre à la médiation pénale, on le retrouve aussi dans le domaine de la médiation sociale, comme le montre l'activité de médiation déployée par les Boutiques de Droit, et on ne peut oublier aussi que le Médiateur de la République réalise ses médiations sans organiser de rencontre entre les parties en conflit.

Certains "puristes" ou "gardiens du temple" de la médiation ne manqueront pas de dénoncer la médiation indirecte comme une "hérésie", mais nous préférons, à partir des résultats de nos recherches ou de nos observations comme acteur de médiation, ouvrir le débat sur cette question plutôt que de le fermer d'une manière dogmatique. Nous pensons que la médiation n'est pas simplement une technique de gestion des conflits mais une nouvelle forme d'action, qui annonce de nouvelles formes de coordination des rapports des acteurs entre eux. C'est pour cette raison

²⁰ ibidem p.96

²¹ BONAFE-SCHMITT (J-P) en collaboration avec SCHMUTZ (N) et BONAFE-SCHMITT (R), JULLION (D) *"La Médiation pénale : approche comparative France-Etats-Unis"*, op. cit. p.94

²² BONAFE-SCHMITT (J-P), *"La médiation: une justice douce"* op. cit.

que nous nous devons pas nous en tenir simplement, pour analyser ce phénomène de la médiation, au seul problème de formes, mais à son contenu c'est à dire aux logiques, aux rationalités mises en oeuvre par les acteurs. Les partisans de la seule "médiation directe", selon des formes déterminées, sont le plus souvent portés par une rationalité instrumentale c'est à dire qu'ils sont plus préoccupés par le respect d'un certain formalisme, d'un certain type de résultat.

S'il existe des médiations de type instrumental notamment dans le domaine pénal en raison de la prégnance du modèle judiciaire, il en existe d'autres, surtout dans le domaine social qui font appel à d'autres formes de rationalité, plus communicationnelles. Nous pensons que la médiation indirecte peut se rattacher à ce type de rationalité dans la mesure où le rôle du médiateur consiste à mobiliser toutes les formes processuelles pour favoriser la communication entre les parties, leur intercompréhension. C'est le cas notamment en matière sociale, dans les conflits opposant un usager à l'administration car ces institutions fonctionnent le plus souvent selon le modèle des organisations bureaucratiques qui ont des modes de communication rigides, basés sur l'écrit, ce qui exclut la possibilité de la rencontre. L'éloignement géographique de la partie adverse, lorsqu'il s'agit d'une personne physique, représente une autre cause d'utilisation de la médiation indirecte.

-la recherche de l'accord

La médiation constitue un mode consensuel de résolution des conflits ce qui implique que les médiateurs créent le cadre procédural permettant aux parties de régler par eux-mêmes leur différend²³. Mais contrairement à une idée reçue, le processus de médiation n'a pas pour objet la recherche du "consensus mou" mais plutôt de faire ressortir les "dissensus" afin de parvenir à un accord.

Le processus de médiation repose ainsi sur une logique de "déconstruction-reconstruction" c'est à dire qu'il implique le passage par une phase de "séparation" avant celle de la "reconstruction" de la relation sociale²⁵. La phase de séparation permet le positionnement de chacun, l'expression du dissensus, car la construction de l'accord implique de faire ressortir aussi bien les points de désaccords, que les points d'accords et il ne s'agit pas de réduire ces désaccords mais de vivre avec eux, de trouver un *modus vivendi*²⁶. Au cours de cette phase de séparation, le rôle du médiateur consiste à *"créer cette distance, à ouvrir l'espace indispensable aux échanges de toute nature qui favoriseront l'identification des acteurs, l'analyse des problèmes, le repérage des solutions possible et le choix de la conduite à tenir entre les parties"*²⁷. Il s'agit pour le médiateur d'ouvrir des espaces de paroles, d'établir un climat de confiance, afin de permettre aux acteurs de s'écouter, de communiquer, de faire connaître leurs points de vue. Il s'agit de favoriser une logique de communication, d'aborder la dimension psychologique du conflit, c'est à dire un travail sur les sentiments, sur les besoins de chacun, sur les causes du conflit. Il s'agit moins de réparer, de compenser un préjudice que d'amener les parties à s'interroger par exemple en matière pénale, sur les raisons profondes du passage à l'acte du mis en cause, sur les souffrances endurées par la

²³ ibidem p.410

²⁴ DEBARBIEUX (E) "Pratique de recherche sur la violence à l'école par une médiation sociologique" *Skholé*, n°2/1995 p.142

²⁵ Sur cette question cf DUVAL (E) "L'espace intermédiaire" in "La Médiation", Non Violence Actualités, Montargis, 1993, p. 32; HAMMOUCHE (A) "La politique de la ville entre médiations et proximités", article à paraître.

²⁶ DEBARBIEUX (E) "Pratique de recherche sur la violence à l'école par une médiation sociologique" p.142

²⁷ DUVAL (E) "L'espace intermédiaire" op. cit. p.34

victime.. Mais le travail sur la dimension psychique de la part du médiateur peut avoir des répercussions sur le mode de traitement, car il doit être en mesure de gérer le flot d'émotion, de colère, qu'il aura déclenché en favorisant l'expression de ses sentiments et besoins. S'il doit légitimer certains sentiments tout en prenant garde à ne pas donner l'impression de prendre partie, il se doit aussi de travailler sur les sentiments négatifs, comme ceux de la vengeance, de revanche, afin de les réduire ou du moins les neutraliser dans leurs effets dévastateurs pour le processus de médiation.

Ce n'est qu'à la suite de la mise en oeuvre de cette première phase de séparation que pourra intervenir la phase de reconstruction de l'accord, la recherche d'une solution consensuelle basée sur l'intercompréhension. C'est seulement à travers la constitution de ces espaces de paroles que constituent les rencontres directes entre les acteurs que pourra se construire l'échange entre les parties, et d'une certaine manière la reconstitution du lien social²⁸. Au cours de cette phase le médiateur joue un rôle actif en utilisant toutes les techniques communicationnelles, allant de la distribution de la parole, à la traduction et à la reformulation des demandes, sans oublier la gestion des émotions. Cela implique de la part du médiateur à la fois qu'il fasse preuve de distanciation mais aussi de décentration par rapport à ses propres représentations et valeurs et celles des acteurs en présence dans le processus de médiation. Toutefois, ce rôle du médiateur dans la gestion du processus de médiation ne peut être analysé d'une manière abstraite et doit s'apprécier dans le champ dans lequel il intervient. En effet, s'il l'on retrouve de nombreuses similitudes dans les approches entre médiateurs pénaux et de quartier, en revanche la prégnance du judiciaire et par voie de conséquence du droit, est plus forte dans la médiation pénale que dans celle de quartier. La médiation pénale se déroule dans un cadre judiciaire et les parties, comme les médiateurs, ne peuvent pas faire abstraction du droit, ce qui explique que leurs logiques d'action soient plus marquées par une rationalité instrumentale que dans le cadre de la médiation de quartier. La prégnance de ce modèle rationnel instrumental se fait surtout sentir, comme nous le verrons plus loin, dans la rédaction de l'accord de médiation qui est transmis au Parquet. Dans le cas de la médiation de quartier, les conditions de mise en oeuvre d'une rationalité communicationnelle sont plus faciles à réaliser car le statut même des médiateurs, qui sont des non-professionnels, facilite la rupture avec des logiques instrumentales.

Au delà de ces différences liées au champ d'intervention des médiateurs mais aussi de leur logiques d'action, il est un fait que la réussite du processus de médiation dépend en grande partie de la posture du médiateur, qui doit faire preuve d'une certaine impartialité, favoriser l'instauration d'un climat de confiance, aider à la mise en oeuvre de processus coopératif pour la recherche de solutions consensuelles aux problèmes posés. En effet, la médiation, quelque soit la forme, pénale ou de quartier, s'apparente à un véritable rituel, fait d'interactions, d'échanges de paroles que doit maîtriser le médiateur notamment dans les cas où les acteurs utilisent d'une manière instrumentale le processus pour parvenir à leurs fins. En effet, l'instauration d'une démarche coopérative dans la recherche d'un accord ne se décrète pas et on ne doit pas sous-estimer les phénomènes de résistance à ce type de démarche en raison notamment de la toute puissance de la "culture du conflit" qui se fait au détriment de "l'importance méconnue du consensus" ou encore de la "culture de la loi" qui s'oppose à celui du "compromis". Sur cette question, les travaux sur "l'économie des conventions", apportent un éclairage particulier car ils poussent à rompre avec les constructions qui *"visent à rapporter toutes les relations sociales à des rapports de force en dernière*

²⁸ VAILLANT (M) sous la direction de *"De la dette au don. La réparation pénale à l'égard des mineurs"* ESF éditeur, Paris, 1994 p. 196

analyse"²⁹. S'il est hors de question pour nous de nier l'importance des rapports de force, de violence, de pouvoir dans les relations sociales, notamment dans le cas de la médiation pénale, en revanche on ne peut ignorer que l'un des effets de cette généralisation est de ne plus rendre possible "la distinction entre ce que nous connaissons comme "violence", dans notre expérience ordinaire du monde social, et ce que nous identifions comme acquiescement, droit, librement consenti"³⁰. A la lumière de ces travaux, il conviendrait de revisiter les notions de compromis, d'accords, qui ne seraient pas le produit d'une logique conflictuelle mais le résultat d'une logique de coopération respectant les intérêts mutuels des parties engagées dans le processus de négociation.

L'existence de cette culture dominante axée sur le "rapport de force", le "culte de la loi", illustre d'une certaine manière le rôle central joué par le médiateur, et surtout la nécessaire définition d'une éthique afin de préserver la logique communicationnelle de l'activité de médiation. En l'absence d'une telle éthique, il existe un danger de la part du médiateur d'utiliser les techniques de médiation pour "manipuler" les parties. Cette situation peut se produire lors de l'utilisation par le médiateur de la technique des "rencontres séparées" pour essayer de sortir d'une situation d'impasse dans les négociations. Si cette technique permet au médiateur d'analyser les causes du blocage et d'aider les parties à les surmonter, en revanche elle lui offre aussi la possibilité d'utiliser les informations confidentielles qu'il reçoit, pour imposer son point de vue ou celle d'une des parties.

Dans la pratique certains médiateurs n'hésitent pas aussi pour sortir de l'impasse à exercer des pressions indirectes, comme par exemple le rappel en matière pénale du risque de condamnation pour l'auteur de l'infraction ou d'un classement sans suite pour la victime. En matière de médiation de quartier, c'est le rappel du coût des procédures, des délais de jugement qui peuvent amener les parties à accepter un compromis. Pour débloquer la négociation, bon nombre de médiateurs n'hésitent pas à recourir au "chantage" de l'arrêt de la médiation ou de fixer une limite dans le temps pour trouver une solution.

2-l'évaluation des résultats de la médiation

C'est dans l'évaluation des résultats du processus de médiation que l'on mesure le mieux les difficultés de cerner ce mode de résolution des conflits en raison de sa nature communicationnelle. Si l'on ne prend en compte que des critères quantitatifs, comme le nombre d'accords, on risque de ne pas prendre d'autres formes de résolution du conflit. Il convient donc pour évaluer la médiation de ne pas s'en tenir simplement à des critères purement quantitatifs et de recourir à des méthodes plus qualitatives d'analyse des résultats des médiations. C'est en matière de médiation de quartier que le problème se pose le plus car la médiation se termine parfois sans la formalisation d'un accord. C'est particulièrement le cas dans des conflits de voisinage liés au bruit ou la rencontre de médiation se termine le plus souvent par des excuses ou une poignée de main symbolique. Dans certains cas l'évaluation des résultats est encore plus difficile surtout pour ceux où le processus de médiation ne va pas jusqu'à son terme en raison de la volonté du plaignant d'y mettre fin car il considère qu'un résultat positif a été obtenu après la rencontre des médiateurs avec le mis en cause. Ce cas de figure survient surtout dans les cas de litiges liés au bruit de voisinage car il n'est pas rare de constater qu'après l'entretien préliminaire, le mis en cause fasse plus ou moins de bruit, et que le plaignant considère que la rencontre en face en face ne

²⁹ BOLTANSKI (L) *"L'Amour et la Justice comme compétence. Trois essais de sociologie de l'action"*, Ed. Métailié, Paris, 1990,

³⁰ *ibidem*

s'impose pas. Dans un autre cas, une rixe entre automobiliste, les parties se sont rencontrés après les entretiens préliminaires et ont trouvé un accord en dehors de la présence des médiateurs. En matière pénale, en raison des délais de transmission des dossiers par le Parquet, il arrive que la rencontre de médiation ne serve qu'à formaliser un accord négocié entre les parties avant l'intervention des médiateurs.

L'ensemble de ces cas de figure démontrent que le processus de médiation représente avant tout un processus communicationnel et qu'il est difficile de l'évaluer à partir de simples critères quantitatifs. Toutefois, malgré ces limites, les méthodes quantitatives nous donnent des informations précieuses sur le résultat des médiations car dans le cas de la médiation pénale d'AIV Grenoble, un accord est trouvé dans 69% des cas. Ces résultats sont conformes à ceux enregistrés dans d'autres instances de médiation et tendent à prouver que les parties assument les "risques" des conséquences judiciaires de leur décision de non accord. L'analyse des refus montre qu'il résulte dans 75% des cas par un échec des négociations et que celui-ci est imputable dans une proportion pratiquement égale aussi bien au plaignant qu'au mis en cause. Sur un plan statistique on peut constater que le taux de réussite de médiations n'est pas de 69%, mais de 49,3% si l'on prend en considération les refus de médiation³¹. Dans le cas de la médiation de quartier de Saint Priest, les résultats sont plus difficiles à analyser en raison du faible nombre d'affaires traitées, mais il avoisine les 70% et le pourcentage serait supérieur si l'on intégrait les affaires qui ont fait l'objet d'une demande de suspension du processus de médiation à la demande du plaignant.

Dans le cas de la médiation pénale, l'échec du processus de médiation pose un certain nombre de problèmes, notamment celui de sa formalisation. La question est de savoir si les médiateurs nécessaires doivent indiquer dans un écrit les raisons de l'échec. La réponse à cette question permet la distinction entre ce que l'on appelle la "médiation ouverte" et la "médiation fermée". Pour les puristes cette interrogation n'est pas très pertinente car le principe même de la médiation repose sur la confidentialité. Mais en matière de médiation pénale, il est arrivé que des magistrats réclament, en cas d'échec de la médiation, un rapport au médiateur, non sur les causes de l'échec, mais sur son avis quant aux possibilités d'amendement de l'auteur de l'infraction. Avec la publication du décret de 1996, cette situation ne devrait plus se produire, car l'information du Parquet devrait se limiter en cas d'échec, à l'indication que la médiation a échoué sans en préciser les raisons, ni à qui incombe la responsabilité de la rupture³².

Enfin, dernière phase, mais pas la moins importante, l'ensemble des projets de médiation soulignent l'importance du suivi de l'exécution de l'accord, c'est-à-dire que les médiateurs vérifient que les parties exécutent bien leurs engagements. A la différence de l'action judiciaire, le rôle du médiateur ne se termine pas par la signature de l'accord, il se poursuit jusqu'à la fin de son exécution. La question n'est pas sans importance car dans le cas de médiation pénale, le classement sans suite du Parquet est souvent lié à l'exécution totale des engagements. Dans le cadre de médiation de quartier, il est prévu une clause de style, qui prévoit qu'en cas de difficulté d'application les parties reviendront devant le médiateur pour en discuter les modalités.

³¹ BONAFE-SCHMITT (R), JULLION (D) *"La Médiation pénale : approche comparative France-Etats-Unis"*, op. cit.p.98

³² Décret n°96-305 du 10 avril 1996 (JO 12 avril 1996)

CONCLUSION

En un peu plus de 20 ans, après l'apparition du premier projet de médiation aux Etats-Unis et un peu plus de 10 ans en Europe, on ne peut pas dire que le mouvement de la médiation connaisse un développement rapide. Elle l'est d'autant moins que la très grande majorité des structures de médiation, des deux côtés de l'Atlantique, reçoivent les dossiers des juridictions, ce qui nous a amenés à dire que la médiation fonctionne à "l'ombre des tribunaux". Dans les années à venir, on ne doit pas s'attendre à un développement rapide des différentes formes de médiation, car ces modes de régulation des conflits relèvent d'une "contre-culture" en raison de la toute puissance du mode conflictuel et de la tendance à la "judiciarisation" des conflits.

Ce bilan mitigé, ne doit cependant pas nous faire oublier que la médiation est un phénomène trop récent et l'on ne doit pas en avoir une vision trop fonctionnaliste car cela ne nous permettrait pas de comprendre que la médiation est un phénomène pluriel et qu'elle s'inscrit dans une crise de notre système de régulation sociale. La médiation ne vise pas à répondre à des dysfonctionnements du système judiciaire, mais à proposer un autre modèle de régulation des litiges basé sur la décentralisation, la déprofessionnalisation, la délégalisation. Cette conception de la médiation repose sur l'hypothèse que la diversité et la complexité de la vie sociale encouragent le développement de modes décentralisés de règlement des litiges permettant ainsi aux citoyens de se réappropriier les modes de gestion des conflits. Ce modèle de médiation devrait permettre la reconstitution de lieux de socialisation préfigurant ainsi de nouveaux modes de régulation traduisant, non seulement des changements dans la distribution et l'organisation du pouvoir, mais aussi une redéfinition des relations entre ce que l'on appelle le société civile et l'Etat et plus particulièrement de celle de la légitimité du pouvoir de régler les litiges.

J-P BONAFE-SCHMITT
CNRS/Université Lyon II
MRASH-14 avenue Berthelot
F 69363 Lyon cedex 07

MEDIATION PENALE ET POLITIQUE CRIMINELLE*

par Christine LAZERGES
Professeur à l'Université de Montpellier I
Directeur de l'Equipe de Recherche
sur la Politique Criminelle

Avant la médiation existait l'arbre à palabres, lieu de médiation puis symbole de médiation. Aujourd'hui existent non pas une médiation, mais des médiations « sociale », « culturelle », « familiale », « pénale ». Elles ont toutes pour objet la restauration du lien social, son « retrecotage » et présentent cette caractéristique de susciter une littérature considérable universitaire ou non, littérature sans commune mesure avec la place qu'occupe effectivement, quantitativement la médiation dans la résolution des conflits. Serait-ce que le sens de la médiation est plus fort, plus riche que l'impact des pratiques de médiation ? Serait-ce plus banalement que nous assistons à un phénomène de mode ?

Partons de la définition de Jean Carbonnier aux termes de laquelle : « la médiation est tout mode informel de résolution par un tiers des conflits qui auraient dû a priori être résolus dans les formes par un juge de l'espèce traditionnelle »⁴. Précisons qu'il ne s'agira ici que de médiation pénale, mode de résolution d'un conflit né de la commission d'une infraction pénale. Nous voilà dans un domaine où en France les pratiques ont précédé les textes, où des textes simplement incitatifs comme les circulaires ont précédé les textes législatifs.

On peut dater dans notre pays les premières expériences de médiation pénale du début des années 80, pensons en particulier à l'expérience de Valence⁵, et notons la concordance intéressante avec la sortie de l'ouvrage de Louk Hulsman et Jacqueline Bernat de Célis « Peines perdues - Le système pénal en question »⁶. Il faudra attendre une dizaine d'années pour qu'une circulaire dite de cadrage vienne énoncer la politique du Ministère de la Justice en matière de médiation pénale. Cette circulaire du 2 octobre 1992 (Crim 92-13 SDJC) est, sous la forme d'une note d'orientation, le texte officiel le plus développé dont nous disposons sur la médiation pénale⁷.

Avant même que le législateur ne se prononce sur la médiation pénale, un décret du 4 novembre 1992 s'intéressera au financement de la médiation et l'on se demanda dès lors si allait naître un marché de la médiation. Le Parlement n'interviendra que par une loi du 4 janvier 1993, portant réforme de l'article 41 du Code de Procédure Pénale. Cet article fait de la médiation pénale un outil à part entière de l'action publique, donc nécessairement de la politique criminelle, et l'inscrit avant la décision de poursuivre ou de ne pas poursuivre.

*Ce texte est extrait d'un rapport présenté le 10 octobre 1996 à l'Université de Genève UNI-MAIL à l'occasion d'un colloque sur la médiation.

⁴ J.CARBONNIER, « Réflexions sur la médiation » in La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits, Lausanne, 14 et 15 novembre 1991. Publications de l'Institut Suisse de Droit Comparé, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1992, p. 11 et s.

⁵ G.APAP, « La conciliation pénale à Valence », Rev.Sc.Crim. 1990, p. 693 et s.

⁶ Ed. Le Centurion, 1981.

⁷ Une circulaire du 19 mars 1996 (Crim. 96-5) à propos des maisons de Justice et du droit apporte quelques précisions utiles sur la médiation pénale.

La même loi introduit en droit pénal des mineurs, sans la nommer ainsi, la médiation-réparation (art. 12-1 de l'ordonnance du 2 février 1945). Tout récemment, un décret est venu compléter le dispositif étatique⁸, pour préciser les modalités d'habilitation des personnes physiques ou morales désignées pour exercer la médiation.

L'inversion observée : pratiques - circulaire - décret - loi est déjà un signe de l'impertinence de la médiation pénale au regard des institutions, peut-être par nécessité au regard de la politique criminelle.

La politique criminelle, comme science mais aussi et surtout comme stratégie de gestion du phénomène criminel, à partir du moment où elle a opté pour le recours à d'autres acteurs que la seule justice et la seule police pour lutter contre la montée de la délinquance et l'exclusion du déviant, s'est autorisée, devenant participative, à promouvoir des innovations. Ces innovations ont été recensées au Ministère de la Justice et «contractualisées» sur le terrain dans les contrats d'action de prévention puis dans les contrats de ville. Mise en place des maisons de Justice et du Droit, des associations d'aide aux victimes et de médiation, multiplication et diversification des procédures de médiation pénale en sont des exemples forts.

Concernant la seule médiation pénale, ce mouvement de politique criminelle, bouleversant au sens étymologique, a induit chez les théoriciens de la politique criminelle un besoin de mise en ordre, de rangement, de classement. Ainsi, comme d'autres, Sophie Rojare, Jean-Pierre Bonafe-Schmitt ou Jacques Faget par exemple⁹, il m'a semblé utile de tenter d'ordonner le flou résultant de pratiques très diversifiées¹⁰.

Distinguons trois types de médiation pénale du point de vue des acteurs, deux seulement retiendront notre attention. La médiation pénale peut être judiciaire à proprement parler, sociétale sous contrôle judiciaire ou sociétale sans contrôle judiciaire. Dans la première hypothèse, elle est exercée par un magistrat, un magistrat du parquet si l'on s'en tient à l'article 41 du Code de procédure pénale. La médiation pénale s'apparente plus alors à un classement sans suite sous condition qu'à la recherche, grâce à l'intervention d'un tiers (le représentant de l'Etat, qu'est le magistrat du Ministère public, peut-il être considéré ou perçu comme un tiers ?) d'une solution librement négociée entre les parties à un conflit né d'une infraction.

Dans la seconde hypothèse, la médiation est exercée par une personne habilitée, «laïque», représentant la société civile, désignée par le Procureur de la République et déléguée dans les fonctions de médiateur. D'où l'expression de médiation sociétale sous contrôle judiciaire, le contrôle intervenant a priori et a posteriori.

⁸ Décret n° 96-305 du 10 avril 1996 modifiant le Code de Procédure Pénale et relatif à la médiation pénale.

⁹ - Sophie ROJARE, « La médiation pénale », Thèse, Paris I, 1996.

cf. également Michèle GUILBOT et Sophie ROJARE, « La participation du public à la médiation », Archives de Politique Criminelle n° 14, p. 39 et s., Pédone, 1992.

- J.P. BONAFE-SCHMITT, « Les boutiques du droit : l'autre médiation », Archives de Politique Criminelle n° 14, p. 57 et s., Pédone, 1992.

« La médiation une justice douce », Syros, Alternatives, 1992.

- Jacques FAGET, « La médiation pénale : une dialectique de l'ordre et du désordre », Déviance et Société, 1993, n° 3, p. 221 et s.

¹⁰ - Christine LAZERGES, « Essai de classification des procédures de médiation », Archives de Politique Criminelle n° 14, p. 17 et s., Pédone, 1992.

« Typologie des procédures de médiation pénale », Mélanges Colomer, Litec, 1992, p. 217 et s.

Dans la dernière hypothèse, le système pénal s'efface, la justice pénale n'est en rien interpellée, les parties (délinquant et victime) ont recours à un médiateur social, le plus souvent membre d'une association dont la mission est la médiation sociale, comme les boutiques de droit. Parlons alors de médiation sociétale sans contrôle judiciaire. Ecartons ce troisième type de médiation pénale, d'une part, parce qu'il échappe à tout encadrement de droit positif or mon choix est ici de me pencher sur la médiation pénale dans ses relations avec la justice pénale et plus globalement avec la politique criminelle. D'autre part, les travaux de notre équipe de recherche et en particulier les travaux de terrain portent sur la médiation pénale judiciaire et sociétale sous contrôle judiciaire, ou médiation judiciaire retenue ou déléguée si l'on préfère la terminologie proposée par Michèle Guilbot et Sophie Rojare "

En bref, l'hypothèse qui sera développée et peut-être confortée à propos des deux premiers modèles de médiation pénale, est celle de l'impertinence de la médiation pénale au regard du fonctionnement de la justice pénale, mais aussi de la sagesse de la médiation pénale au regard de la politique criminelle.

Il ne s'agira ni de faire l'apologie de la médiation pénale, ni de la condamner de façon latente ou explicite mais de mieux comprendre les diverses facettes de la médiation pénale instrument de politique criminelle.

I - IMPERTINENCE DE LA MEDIATION PENALE A UREGARD DU FONCTIONNEMENT DE LA JUSTICE PENALE

Qu'il s'agisse de l'article 41 al. 6 du Code de procédure pénale ou de l'article 12-1 de l'ordonnance du 2 février 1945, la latitude laissée à l'interprète ne pouvait que donner lieu à des pratiques toutes originales donc diversifiées. Le point commun entre elles est le heurt sans conséquence ou plus brutal de quelques principes fondamentaux comme celui de la présomption d'innocence ou de la séparation des fonctions de justice.

Avec la médiation pénale, la rigidité de l'organisation judiciaire et de la procédure pénale volent en éclats sans bruit d'où l'impertinence de cette troisième voie, troisième voie entre le classement sans suite et la poursuite.

Examinons ce qu'il en est des acteurs de la médiation (A) avant de nous pencher sur les procédures proprement dites (B) ².

" Article précité.

² cf - Anne WYVEKENS, « Analyse de l'activité des maisons de Justice et du Droit du Tribunal de Grande Instance de Lyon », ERPC, Ministère de la Justice, Septembre 1995.

- Anne WYVEKENS, « Traitement de la délinquance urbaine dans les maisons de justice », Justices n° 2, 1995, p. 93 et s.

cf. - Anne PONSEILLE, « La médiation pénale : l'exemple montpelliérain », Mémoire de troisième cycle, Juin 1995.

A - LES ACTEURS

A priori les acteurs sont au nombre de trois : le médiateur, l'infracteur (le délinquant en principe présumé innocent) et la victime. En pratique, ils peuvent être moins ou plus. La victime n'est pas toujours présente (assistée ou non par un avocat), le médiateur peut ne pas être un, mais deux. Dans plusieurs expériences, celle de Montpellier par exemple, les médiateurs fonctionnent en binôme.

a - Le ou les médiateurs

L'article 41 al. 6 indique simplement que Le Procureur de la République peut préalablement à sa décision sur l'action publique et avec l'accord des parties, décider de recourir à une médiation à certaines conditions énoncées dans la suite du texte.

Du ou des médiateurs eux-mêmes, de leur formation il n'est rien dit. C'est ainsi que les médiations pénales opérées dans les maisons de Justice et du Droit de Lyon (antennes décentralisées et partenariales du Tribunal de grande instance de Lyon), le sont soit par un substitut du procureur de la République, soit par un médiateur laïque, mais qui justement se trouve être le plus souvent un magistrat honoraire. Dans cette seconde hypothèse, la médiation pénale judiciaire est bien déléguée et non retenue, mais déléguée à un ancien magistrat que son « habitus » professionnel risque d'écarter d'une justice non violente où la parole a libre cours. Anne Wyvekens observe que la quasi-génération de l'office de magistrats-honoraires illustre un mouvement ambigu de déjudiciarisation-rejudiciarisation ¹³

Depuis la circulaire du 3 mars 1996 sur les maisons de Justice et du Droit, les médiateurs ne peuvent plus être en principe des magistrats en fonction. En effet, cette circulaire précise que le tiers médiateur ne doit être en aucun cas un magistrat du parquet.

Dans d'autres tribunaux comme celui de Pontoise, le médiateur est un professionnel en activité, travailleur social pour les médiations familiales ayant trait au droit pénal de la famille, un assistant de justice dans les autres cas. A Montpellier, par contre, on a opté pour une médiation pénale véritablement sociétale sous contrôle judiciaire. Les médiateurs, opérant en binôme, non seulement ne sont pas habilités parce qu'ils seraient des professionnels du droit ou du travail social, mais encore ils sont bénévoles et membres d'une association de médiation pénale dont les deux présidents (fonctionnant en binôme eux aussi) sont les partenaires directs du parquet. Le bénévolat de ces médiateurs, simplement défrayés de leurs frais, évite ce que l'on commence à appeler le marché de la médiation ¹⁴

Les médiateurs « non professionnels » relèvent en général d'associations d'aide aux victimes et de médiation ou simplement de médiation qui ont à cœur de leur proposer ou de leur imposer une formation à la médiation. L'INAVEM et le CLCJ ¹⁵ par exemple, organisent ce type de formation.

¹³ Anne WYVEKENS, Rapport de recherche précité, p. 32 et s.

¹⁴ Daniel JULLION, Le marché de la médiation pénale, Lettre d'information de l'INAVEM, Juin 1996, p. 6.

¹⁵ INAVEM, Institut National d'Aide aux Victimes et de Médiation
CLCJ, Comité de Liaison des Associations socio-éducatives de Contrôle Judiciaire.

Concernant les mineurs délinquants, l'article 12-1 de l'ordonnance du 2 février 1945 élargit encore la catégorie des médiateurs pour la médiation dite réparation. En effet, cette médiation peut être initiée aussi bien par le Procureur de la République que par la juridiction chargée de l'instruction, que par la juridiction de jugement. Textuellement, il s'agit non pas de médiation mais d'activité d'aide ou de réparation à l'égard de la victime ; la mise en oeuvre peut être confiée au secteur public de la Protection Judiciaire de la Jeunesse, ou à une personne physique ou morale habilitée à cet effet. La médiation-réparation est donc judiciaire dans un premier temps puis dans un second temps administrative sous contrôle judiciaire ou sociétale sous contrôle judiciaire pour le suivi et la mise en oeuvre de l'activité de réparation acceptée par le mineur et sa victime.

La preuve est suffisamment rapportée qu'au regard de la qualité et du nombre des médiateurs, le flou des textes législatifs permet un foisonnement de pratiques dont il ne faudrait pas conclure trop vite qu'elles sont toutes et également des formes de déjudiciarisation. La circulaire de mars 1996 semble clarifier certaines incertitudes en excluant la médiation judiciaire proprement dite, transformant un substitut ou du Procureur de la République en médiateur.

b - Le délinquant

- Qui est-il ? Majeur ou mineur, répondent les textes. L'article 41 al. 6 n'exclut pas de son champ d'application les mineurs. Quant à l'article 12-1 de l'ordonnance du 2 février 1945, il n'a trait qu'aux mineurs.

- Quel type d'infractions reproche-t-on à ce délinquant ? L'étude qui fut confiée à l'ERPC sur l'analyse de l'activité des maisons de Justice et du Droit du Tribunal de Grande Instance de Lyon, au-delà d'une description générale de l'activité des maisons de Justice, a conduit à scruter le contentieux traité par les quatre maisons de Justice de Lyon ¹⁶

Globalement près de 4000 dossiers en 1993 ont fait l'objet d'une médiation pénale judiciaire. Ce nombre important exige de se demander, sans forcément répondre à la question, si une logique quantitative de gestion des flux n'est pas en train de l'emporter sur une logique qualitative née de la nécessité d'inventer une troisième voie pour lutter contre le sentiment d'insécurité et restaurer le lien social.

A Montpellier, où il n'y a pas de maison de Justice, à proprement parler, mais une maison de la prévention où la médiation pénale est exercée par deux médiateurs bénévoles pour chaque affaire, qui peuvent consacrer de une à cinq heures par affaires (à Lyon, les rendez-vous sont fixés tous les quart d'heures), les chiffres sont tout autres : cent sept dossiers en 1995 pour la première année de fonctionnement, près de deux cents pour la seconde année.

A Lyon les dossiers pour l'essentiel relèvent de la petite délinquance et mettent en cause des majeurs. Sur l'échantillon retenu

- 30% des affaires concernent le droit pénal de la famille (abandon de famille, non représentation d'enfants et violences dans un contexte familial)

¹⁶ Anne WYVEKENS, rapport précité, p. 15 et s.

- 33% des affaires concernent le droit pénal des biens (vols, dégradations, cambriolages, etc...)
- 2% des affaires concernent le droit pénal des biens et des personnes (vols avec violences etc...)
- 28% des affaires concernent le droit pénal des personnes (menaces, outrages, violences etc...)
- 7% des affaires concernent le droit pénal de la circulation.

C'est en principe une petite délinquance facteur d'insécurité et de préjudices qui fait l'objet d'un traitement en maison de Justice. Anne Wyvekens observe cependant que toutes les infractions traitées par la médiation pénale ne sont pas génératrices de ce qui est couramment appelé « sentiment d'insécurité », toutes en revanche ou du moins la grande majorité, sont des infractions où une victime directe est identifiée et où un préjudice a été subi ⁷

c - La victime

La médiation pénale, qu'elle soit judiciaire donc retenue, ou sous contrôle judiciaire, c'est à dire déléguée, s'inscrit dans un mouvement de politique criminelle où la victime prend une place nouvelle. De partie jointe au procès grâce à sa constitution de partie civile, mais partie marginalisée, elle devient avec la médiation pénale acteur à part entière. Sans son accord, sans celui du délinquant bien entendu, il n'y aura pas de médiation. Les textes sont sans ambiguïté à cet égard.

La recherche effectuée à Lyon permet de donner quelques indications sur le profil des victimes. Elles sont en majorité des personnes physiques. Si personnes morales il y a, il s'agit par exemple de grands magasins, de sociétés de transports en commun, en bref d'entreprises privées ou publiques victimes de vols ou de dégradations.

Dans 50% des cas, sur l'échantillon retenu, victime et délinquant se connaissaient au préalable, pourcentage non étonnant si l'on se souvient que 30% des affaires traitées concernent le droit pénal de la famille au sens large.

La rencontre du délinquant avec sa victime est plus ou moins préparée ; dans l'expérience montpelliéraine, il est fréquent que le délinquant et la victime s'entretiennent seuls et séparément avec le médiateur, avant qu'un face à face ne soit tenté, où puisse s'ébaucher un dialogue.

L'examen des procédures après celui des acteurs permettra de mieux situer la place de la victime selon le modèle de médiation pénale, du point de vue non plus des acteurs mais des procédures dans leur déroulement.

⁷ Anne WYVEKENS, rapport précité, p. 14 et s.

B - LES PROCEDURES

Sous l'expression générique de médiation pénale, c'est en réalité trois procédures distinctes dans leur déroulement et dans leurs effets que l'on peut isoler. La troisième voie n'a pas moins de trois visages (a) dont les juristes n'ont pas manqué de relever qu'ils pouvaient apparaître impertinents si ce n'est injurieux à l'égard de quelques principes constituant garantie des libertés individuelles (b).

a - Les trois visages des procédures de médiation pénale

Le classement sans suite sous condition, la médiation-négociation et la médiation-réparation sont ces trois visages.

1 - Le classement sans suite sous condition n'est étiqueté comme tel par aucun texte du Code de procédure pénale, mais il n'en existe pas moins, qualifié ou non de médiation pénale selon les juridictions. Dès lors que le médiateur est un magistrat du parquet, que la procédure se déroule dans son bureau (au palais de Justice central ou dans une antenne décentralisée), en présence ou non de la victime et débouche, après un rappel à la loi, sur des obligations à charge du délinquant et un classement sans suite, peut-on véritablement parler de médiation pénale ?

La procédure n'en est pas moins intéressante et elle a tendance à se développer, qualifions la de mode de gestion de l'action publique limitant les classements sans suite aveugles.

La médiation pénale exercée par un magistrat honoraire opérant rappel à la loi assorti d'obligations puis transmettant le procès-verbal de médiation au Procureur de la République, s'apparente au classement sans suite sous condition. Une place est offerte à l'avocat de la victime comme à l'avocat du délinquant (elle l'est également dans le cas précédent), mais à Lyon moins de 10% des personnes convoquées en médiation sont assistées d'un avocat.

A l'évidence, le contentieux traité en maison de Justice n'intéresse pas la majorité des avocats, cependant le barreau de Lyon affirme haut et fort la nécessaire présence d'avocats à l'audience de médiation ¹⁸.

L'expression de classement sans suite sous condition n'est en rien péjorative ne serait-ce que, parce que, a-t-on pu observer, l'esprit de la médiation est bien présent, il s'agit de faire autre chose que ce qui se fait au Tribunal correctionnel et de le faire avant même les poursuites.

¹⁸ Anne WYVEKENS, rapport précité, p. 40. Tous les pourcentages indiqués ont été calculés sur les quelques cinq cent dossiers analysés.

2 - La médiation-négociation est ce second visage de la médiation pénale plus fréquemment rencontré lorsque la médiation est sociétale sous contrôle judiciaire. Le rappel à la loi s'efface devant la recherche d'un accord entre les parties. La médiation s'apparente alors à une négociation entre le délinquant et la victime favorisée par la présence d'un tiers, le médiateur. Ce médiateur n'a pas préparé de solution, il tente de faire émerger du dialogue entre les parties une réponse à leur conflit. L'alternative avec la réponse pénale proprement dite est évidemment plus nette que dans le classement sans suite sous condition, mais le lien avec la justice pénale demeure.

En effet, l'instance de médiation en général associative, est « approvisionnée » par le parquet, tenu au courant de l'aboutissement de la négociation et demeurant libre de classer sans suite ou de poursuivre. En pratique, sauf incident, un classement sans suite vient conclure l'aboutissement de la négociation.

Pour les juristes, l'analyse de la nature juridique de l'accord issu de la médiation est un nouveau et bon sujet d'étude, sur lequel des choses fort intéressantes ont déjà été écrites¹⁹. Il est clair qu'il ne s'agit pas de transaction aux termes de l'article 2044 du Code civil, les parties ne pouvant transiger sur l'action publique sauf dans les cas où la loi en dispose expressément (article 6 alinéa 4 du Code de procédure pénale), ce qui n'est pas le cas pour la médiation pénale.

Pour les spécialistes de politique criminelle plus intéressantes que les questions de nature juridique de l'accord de négociation, sont les questions que font naître par exemple le décret du 10 avril 1996, précisant les modalités d'habilitation des médiateurs.

Ce décret nous indique que la demande d'habilitation peut être présentée aussi bien par une personne morale que par une personne physique. L'absence d'exigence de formation laisse inquiet. Le médiateur tenu à l'obligation du secret doit seulement satisfaire aux conditions suivantes

- ne pas exercer d'activités judiciaires à titre professionnel
- ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, incapacité ou déchéance mentionnée sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire
- présenter des garanties de compétence, d'indépendance et d'impartialité.

On a déjà évoqué à deux reprises la crainte de voir se développer un marché de la médiation, crainte infondée si l'essence même de la médiation demeure, crainte fondée si le développement quantitatif de la médiation-négociation par l'habilitation d'un grand nombre de personnes physiques, non rattachées à une association, ne s'accompagne ni d'une formation ni d'un suivi de ces médiateurs.

¹⁹ G. BLANC, « La médiation pénale » (commentaire de l'article 6 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale), J.C.P., 1994, I, 3760.

3 - La médiation-réparation, troisième visage de la médiation pénale, issue de l'article 12-1 de l'ordonnance du 2 février 1945 demeure aujourd'hui une procédure très intégrée à la justice pénale des mineurs, non extérieure. Le médiateur peut prendre la figure du procureur de la République ou de son substitut chargé des mineurs, du juge des enfants chargé de l'instruction ou du juge d'instruction spécialisé pour les mineurs, ou encore de la juridiction du jugement.

La procédure peut donc se dérouler indifféremment avant ou après le déclenchement des poursuites.

Ce qui est proposé au mineur n'est pas expressément une médiation entre lui-même et sa victime, mais une mesure ou une activité d'aide ou de réparation à l'égard de la victime et avec son accord.

La doctrine, dès la promulgation de la loi du 4 janvier 1993 a qualifié la procédure de l'article 12-1 de l'ordonnance de 1945 de médiation-réparation. Une souplesse plus grande que dans le cadre de l'article 41 alinéa 6 du code de procédure pénale est offerte par la possible intervention de la médiation-réparation après le déclenchement des poursuites.

Mais surtout un suivi est prévu par le dernier alinéa de l'article 12-1. La mise en oeuvre de la mesure ou de l'activité peut être confiée à la protection judiciaire de la jeunesse ou à une personne physique ou morale habilitée à cet effet. Dans le classement sans suite sous condition, tel qu'il se pratique dans les maisons de Justice et du Droit de Lyon, un suivi est opéré par le travailleur social, permanent de chaque maison de Justice dans environ un tiers des cas²⁰. A Montpellier, les médiateurs, acteurs d'une médiation-négociation, assurent eux-mêmes le suivi lorsqu'ils le jugent nécessaire. L'article 41 alinéa 6 du code de procédure pénale n'évoquant pas la question du suivi, il n'est pas étonnant de rencontrer des pratiques variées.

En droit pénal des mineurs, l'analyse des pratiques indique que ce sont presque toujours les éducateurs de la protection judiciaire de la jeunesse qui se voient confiés le suivi de la médiation-réparation, non extérieure par cela-même, au système de justice pénale des mineurs.

Certains se sont élevés contre des activités de réparation s'apparentant à un travail d'intérêt général prononcé sans jugement. Doit-on simplement y voir une marque, parmi d'autres, d'impertinence à l'égard du système classique de justice pénale ou s'inquiéter d'atteintes graves aux principes fondamentaux régissant la matière pénale ?

Une politique criminelle participative et pragmatique peut-elle s'autoriser le heurt de principes qui ne sont autres que des garanties fondamentales ?

²⁰ Anne WYVEKENS, rapport précité, p. 48.

b - Le heurt des principes

Quel que soit le visage de la médiation pénale, il est aisé de relever quelques difficultés de conformité aux principes protecteurs des droits de la défense.

Ni l'article 41 alinéa 6 du Code de procédure pénale, ni l'article 12-1 de l'ordonnance du 2 février 1945 n'ont fait l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel, par contre un texte sur l'injonction pénale adopté par le parlement, s'est vu rejeté par le Conseil constitutionnel le 2 février 1995²¹. Entre l'oubli et les poursuites, l'injonction pénale constituait une autre troisième voie. L'injonction pénale était destinée à faire baisser le taux de classements sans suite de petites infractions (énumérées par la loi) en autorisant le procureur de la République à proposer une transaction financière ou certaines formes de sanctions à l'auteur du délit. Initialement qualifiée de transaction pénale, l'injonction pénale avait été durement critiquée au Parlement au motif principal que le procédé risquait de favoriser une justice de classe.

Le Conseil constitutionnel rappelle que le principe du respect des droits de la défense « implique notamment en matière pénale l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties ; en matière de délits ou de crimes, la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités chargées du jugement concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle ... » ; en outre ajoutera le Conseil, les mesures, susceptibles de faire l'objet d'une injonction pénale ; « ne peuvent, s'agissant de la répression des délits de droit commun, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais requièrent la décision d'une autorité de jugement conformément aux exigences constitutionnelles ».

S'il y avait eu recours devant le Conseil constitutionnel concernant l'article 41 alinéa 6 du Code de procédure pénale ou l'article 12-1 de l'ordonnance du 2 février 1945, le Conseil constitutionnel aurait vraisemblablement, en usant de la même argumentation que pour l'injonction pénale, exclu au moins la médiation pénale judiciaire exercée par un magistrat du Parquet, au nom de l'atteinte portée à la séparation des fonctions de justice. Cette atteinte est cependant quelquefois autorisée par la procédure pénale comme dans le cadre de la procédure des amendes forfaitaires en matière de contraventions.

La chambre criminelle a jugé, qu'en droit des mineurs également²², la non-séparation des fonctions d'instruction et de jugement constituait une dérogation acceptable dans un souci éducatif entrant dans les prévisions de l'article 14 du Pacte International de New-York, relatif aux droits civils et politiques, comme aussi dans celles des règles de Beijing, approuvées par les Nations-Unies le 6 septembre 1985, qui reconnaissent la spécificité du droit des mineurs.

La spécificité du droit des mineurs justifierait sans doute, si la question était posée au Conseil constitutionnel, la médiation-réparation.

²¹ Conseil constitutionnel, 2 février 1995, J.O. 7 février 1995, p. 2097.

note Jean PRADEL, D. 1995, p. 171.

note VOLF, D. 1995, p. 201.

²² Crim. 7 avril 1993, J.C.P. 1993, II, 22151., note A. ALLAIX.

Christine LAZERGES, « La séparation des fonctions de justice et le droit des mineurs - A propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 7 avril 1993 », Rev. sc. crim. 1994, p. 75 et s.

Ne devait-on pas attendre d'un nouveau code pénal qu'il affiche l'ensemble des réseaux de sanctions et les principes directeurs ²³ les gouvernant, avant de développer les contours juridiques des peines à proprement parler ? Observons cependant que l'absence de référence à la médiation pénale dans le code pénal, n'empêche pas cette alternative à la réponse proprement pénale, de s'imposer aussi bien en termes de gestion de flux (a), qu'en termes d'adéquation de la réponse au trouble de l'ordre public causé (b).

a - La gestion des flux

Sans revenir sur les causes du pourcentage inquiétant de classements sans suite, alors même que l'approvisionnement de notre système de justice pénale repose sur une sélection des affaires à traiter, conséquence du principe de l'opportunité des poursuites, constatons que quantité de dossiers ne sont pas traités.

Or, pour l'auteur, l'absence de réponse est à tout le moins peu pédagogique et ne favorise pas la non-répétition. Pour la victime, le classement sans suite pur et simple exacerbe le sentiment d'insécurité et les effets de la victimation.

Les pères de la médiation pénale qui ont été, outre quelques théoriciens, des magistrats inventifs, ont cherché en premier lieu une nouvelle forme de justice de qualité qui en second lieu diminue le nombre des classements sans suite. La conviction était et demeure chez certains, que la médiation pénale mordrait plus sur le classement sans suite que sur les affaires devant connaître une suite judiciaire.

L'un des objectifs de l'analyse de l'activité des maisons de Justice et du Droit du Tribunal de Grande Instance de Lyon fut précisément d'améliorer la connaissance du champ de l'intervention de la médiation pénale. La nature du contentieux traité en maison de Justice éclaire sur le domaine d'intervention de la médiation pénale sans permettre cependant de réponse nette sur l'empiètement ou non de la médiation pénale sur les classements sans suite ²⁴.

Mais il est clair que toutes les formes de médiation pénale ne sont pas également porteuses de meilleure gestion des flux au plan quantitatif.

La médiation pénale judiciaire, s'apparentant à du classement sans suite sous condition, liée dans son fonctionnement au traitement direct des affaires ²⁵, est la formule retenue à Lyon dans un nombre considérable d'affaires. Sur 165 884 procédures en 1993, 147 603 n'ont pas donné lieu à poursuites dont 28 536 affaires pour lesquelles l'auteur était connu. 3 796 affaires ont fait l'objet d'une médiation pénale et 18 281 ont fait l'objet de poursuites classiques.

²³ Christine LAZERGES, « A propos des fonctions du nouveau code pénal français », Archives de Politique Criminelle, n° 17, p. 7 et s., Pédone, 1995.

²⁴ Cf. Anne WYVEKENS, rapport précité, p. 15 et s.

²⁵ Le traitement direct institué à Lyon en 1991 et dans de nombreux autres tribunaux depuis, est un dispositif consistant à réserver aux affaires élucidées pour lesquelles une personne mise en cause se trouve dans les locaux de la police ou de la gendarmerie, un traitement dit « en temps réel ». Les officiers de police judiciaire prennent contact téléphoniquement avec la section de traitement direct du parquet (STD), afin que le magistrat du parquet puisse, sur leur compte-rendu et immédiatement, donner à l'affaire l'orientation qui lui paraît la plus adéquate, cf. Anne WYVEKENS, rapport précité, p. 24 et s.

La place non négligeable des médiations pénales fait de cette alternative à la poursuite un mode de gestion des flux qui doit à l'évidence quantitativement retenir l'attention.

Par contre la médiation-négociation, dans toutes les juridictions où elle est mise en place, est infiniment moins significative quantitativement. Rappelons qu'à Montpellier, se sont déroulées en 1995 seulement un peu plus de 100 médiations-négociations. Une centaine de médiations ont ainsi été préférées au classement sans suite immédiat ou à la poursuite dans le seul souci d'adéquation de la réponse à la situation.

b - L'adéquation de la réponse

Le verbe ajuster, le mot ajusteur, le terme justice ont une racine commune. Le droit et l'ajustement relèvent de la même idée. La justice recherchée par la médiation pénale n'est pas la justice triomphante dont les yeux bandés signifient l'impartialité, c'est la justice modeste émanant de l'ajustement de deux situations, celle du délinquant et celle de la victime.

Supposons un substitut chargé des mineurs, recueillant l'accord d'un mineur et de sa victime, afin que le premier, coupable d'injures, rende quelques services à sa victime âgée. On est loin du prononcé d'une sanction pénale en bonne et due forme, mais près peut-être de ce qui peut participer à restaurer le lien social entre générations.

Le rappel à la loi, lui-même, s'efface devant la recherche d'une solution réparatrice, restauratrice pour les deux parties. La solution est empreinte de sagesse dans sa modestie à court terme et son ambition à moyen et à long terme.

Justice non violente, dit-on, de la médiation pénale ²⁶, justice de proximité ajoute-t-on, justice de quartier. Les études de terrain montrent que si le premier objectif est souvent atteint, le second l'est plus rarement au sens premier de justice de proximité. A Montpellier comme à Lyon, la médiation pénale n'est pas véritablement une justice de proximité. A Montpellier, parce que la maison de la prévention, où se déroulent la plupart des médiations, accueille auteurs et victimes venant de toute la ville. A Lyon, parce que, comme a pu l'observer Anne Wyvekens : « Le dispositif est inscrit dans une logique gestionnaire globale, le traitement des affaires pénales dans les maisons de Justice, ne vise pas en priorité les publics ni les problèmes des villes où elles sont implantées ²⁷ (Lyon 8ème arrondissement, Veaux en Velin, Bron et Villeurbanne) ».

Si justice de proximité signifie proximité dans l'échange entre le médiateur, le délinquant et la victime, justice de proximité il y a pour la médiation pénale sociétale sous contrôle judiciaire ou déléguée, si la solution adéquate est recherchée par la parole circulant entre les parties.

La médiation pénale outre le fait qu'elle participe à une diversification sage et nécessaire des réseaux de réponses à la commission d'une infraction, peut être une école de la communication entre des acteurs de la vie en société, rarement confrontés.

²⁶ Pierre TRUCHE, « Violente justice/justice non violente », in La Justice, Cahiers Français, n° 251, mai juin 1991, p. 111 et s.

²⁷ Anne WYVEKENS, rapport précité, p. 105.

La spécificité du classement sans suite sous condition ou de la médiation-négociation , instrument utile et sage de politique criminelle, comme nous voudrions le démontrer, justifie-t-elle le heurt de nos garanties procédurales dites fondamentales ? La question reste ouverte. Une subtile partie d'équilibres se joue entre les contraintes du droit pénal et les contraintes de la politique criminelle, sachant que le droit pénal demeure le noyau dur de la politique criminelle et que tout dispositif de droit pénal est porteur d'un message de politique criminelle.

La médiation pénale sous toutes ses formes illustre-t-elle une certaine sagesse de la politique criminelle confrontée à des formes nouvelles de délinquance et d'insécurité dans une société inquiète, plus que duale, où l'exclusion gagne du terrain tous les jours ?

II - SAGESSE DE LA MEDIATION PENALE AU REGARD DE LA POLITIQUE CRIMINELLE

Près de quatre millions d'infractions sont constatées en France chaque année (pour les dernières années) par les services de police et de gendarmerie. A ce chiffre représentant la criminalité apparente, pour se faire une idée de ce qui participe à miner le lien social, il faudrait ajouter d'une part le fameux chiffre noir de la criminalité, et d'autre part la masse des incivilités qualifiables pénalement ou non.

Ce phénomène dans son ensemble est significatif de l'imperfection de la socialisation, par défaut en particulier de transmission et d'intégration de la règle de droit. Les abolitionnistes, les premiers, ont ressenti la nécessité d'un pluralisme des réponses à la criminalité ou aux situations-problèmes et ont suscité une réflexion, bien au-delà de leurs rangs, sur l'irréalisme de s'en remettre à la seule justice pénale lorsqu'une infraction est commise.

La médiation pénale s'inscrit dans ce nécessaire pluralisme des réponses (A).

Pluralisme des réseaux de réponses, mais aussi pluralisme des acteurs. Une politique criminelle participative induit une nécessaire extension des acteurs, la médiation pénale en est une illustration, porteuse de sens et supposant vigilance (B).

A - UN NECESSAIRE ET SAGE PLURALISME DE REPOSES

Une époque est révolue, celle où en toute bonne foi, on enseignait aux étudiants en droit que la sanction d'une infraction pénale ne pouvait s'exprimer que par le prononcé d'une sanction pénale proprement dite.

Cependant un code récent, comme le code pénal français, applicable depuis le 1er mars 1994, s'il diversifie les peines ne présente pas les autres réseaux de sanctions : le réseau par exemple des réponses administratives, le réseau des réponses civiles, le réseau des réponses thérapeutiques ou encore la variante de médiation.

Enfin, avec ses qualités et ses insuffisances, la médiation pénale enrichit toute politique criminelle se voulant participative. Au nécessaire pluralisme des réponses répond une nécessaire extension des acteurs.

B - UNE NECESSAIRE ET SAGE EXTENSION DES ACTEURS

L'idée première de l'expression « politique criminelle participative »²⁸, était de signifier l'impérieuse nécessité de relais autre que le pouvoir policier ou le pouvoir judiciaire pour rendre crédible un projet de politique criminelle. Aujourd'hui avec la médiation pénale et bien d'autres innovations, le concept s'est enrichi. La politique criminelle est devenue à large participation sociétale sans omettre d'inclure dans cette participation sociétale distinguée de la participation de l'Etat, la participation des collectivités territoriales. A propos de la médiation pénale, le danger pourrait être l'apparent brouillage des compétences (a) et l'apparente privatisation partielle du système de justice pénale (b).

a - L'apparent brouillage des compétences est dénoncé aussi bien en ce qui concerne une confusion des fonctions entre magistrats du siège et du parquet qu'en ce qui concerne une confusion des rôles entre magistrat et médiateur laïque.

Assez nombreux sont ceux, parmi les magistrats du siège, qui dénoncent un déviationnisme judiciaire ou une dérive et dit-on « par quel artifice, le parquet peut-il se substituer au tribunal et au service de l'application des peines ? »²⁹ Est pointée également la pente dangereuse du contrat d'adhésion. Lorsque la médiation est judiciaire, le classement sans suite sous condition qui en résulte, fait suite à un accord entre des parties pour le moins inégales. Lorsque, ajoute-t-on, les conditions du classement sans suite sous condition consistent en une peine sans peine, du type du don à une association caritative, n'y a-t-il pas là le prononcé d'une sanction avant même le déclenchement des poursuites ?

Ces difficultés réelles sont celles relevées par le Conseil constitutionnel dans sa décision condamnant l'injonction pénale. Elles pourraient être largement atténuées par une bonne information du justiciable sur le type de procédure dans lequel il est engagé, avec son accord et l'assistance possible d'un avocat.

A court terme, la question de la prise en charge par l'aide juridictionnelle ou l'aide juridique de l'assistance d'un avocat avant le déclenchement des poursuites devra être résolue.

Dans le cas d'une médiation-négociation sous contrôle judiciaire, la qualité de citoyen-médiateur, non magistrat en exercice ou honoraire, évite ce risque de brouillage et de confusion. C'est d'ailleurs cette médiation là et celle-là seulement que retient la circulaire du 19 mars 1996.

²⁸ Christine LAZERGES, « La politique criminelle », *Que sais-je ?*, n° 2356, p. 103.

²⁹ Sophie CARLIER, « Quand le parquet se fait juge », *Dossier La Commande Sociale*, Service droit des jeunes (Lille).

Une clarification des procédures de médiation devrait conduire à substituer à la médiation pénale judiciaire un classement sans suite sous condition encadré législativement et à réserver l'expression de médiation pénale à la médiation-négociation exercée par un ou deux médiateurs laïques, habilités, et placée sous contrôle judiciaire a priori et a posteriori. Il est nécessaire pour cela de lever l'ambiguïté de l'article 41 alinéa 6, qui, par son flou, autorise aussi bien la médiation pénale judiciaire que sociétale sous contrôle judiciaire, quoiqu'en dise la circulaire du 19 mars 1996.

Mais en proposant de développer ce dernier type de médiation, ne s'engage-t-on pas en même temps dans la voie d'une privatisation du système de justice pénale ?

b - L'apparente privatisation partielle du système de justice pénale. pour l'heure, ne semblait critiquable qu'à propos des établissements pénitentiaires à gestion mixte. Personne ne conteste que les comités de probation puissent faire appel à des travailleurs sociaux bénévoles ou que les assesseurs du président du Tribunal pour enfants soient des laïques habilités en raison de leur probable compétence dans le domaine de l'enfance et de l'adolescence.

Pour les établissements pénitentiaires à gestion mixte, une étude conduite actuellement par l'ERPC (Université de Montpellier I), l'EPRED (Université de Poitiers) et le CDPC (Université de Paris X Nanterre) montre que la direction de chaque établissement de ce type, loin d'être bicéphale, reste publique, le secteur privé exerçant ses compétences sur le mode d'un sous-traitant. Il n'y aurait pas à proprement parler de privatisation ³⁰

Peut-on dire de la médiation-négociation sous contrôle judiciaire, qu'elle est dans la position d'un sous-traitant du service public de la Justice ? Oui, s'il s'agit de signifier qu'un encadrement judiciaire existe, non s'il s'agit d'entendre que la médiation pénale est un succédané bâtard de la justice pénale.

A la vérité, la médiation pénale constituera bien une forme de déjudiciarisation, une alternative à part entière à la réponse pénale, si pleinement volet de la politique de la ville, prise en compte et cadrée par les contrats de ville, elle exprime une autre Justice cherchant non pas à trancher mais à dénouer, à apprendre aux parties en présence à se reconnaître mutuellement.

Nous plaignons à la fois pour plus d'autonomie de la médiation pénale et plus de vigilance à l'égard de la médiation pénale, vigilance exercée en particulier par les acteurs de chaque contrat de ville, dont font partie au premier rang les représentants du service public de la Justice.

Laissons le mot de la fin à Paul Ricoeur dont le message exprime toute l'ambition de la médiation pénale : « Trancher..., c'est séparer, tirer une ligne entre le « tien » et le « mien ». La finalité de la paix sociale fait apparaître en filigrane quelque chose de plus profond qui touche à la reconnaissance mutuelle ; ne disons pas réconciliation ; parlons encore moins d'amour et de pardon, qui ne sont plus des grandeurs juridiques, parlons plutôt de reconnaissance » ³¹

³⁰ Cf. « Les établissements pénitentiaires à gestion mixte », Rapport de recherche intérimaire, Archives de Politique Criminelle, n° 19, Pédone, avril 1997.

³¹ Paul RICOEUR, *Le Juriste*, p. 190, Editions Esprit 1995.

LA MEDIATION PENALE : SON EMERGENCE, SES CARACTERISTIQUES, ET SON INTRODUCTION EN DROIT BELGE

Par Axel PIERS"

1. Notion

1.1. Brève approche historique et conceptuelle

La médiation, - pénale ou autre - connaît actuellement un engouement considérable. D'aucuns n'ont d'ailleurs pas hésité à caractériser notre époque comme étant "le temps des médiateurs", un autre, plus ironiquement sans doute, intitulait un éditorial récent : "la médiation, le mot champion de l'été 1994"². Ces formules révèlent que la médiation ne laisse pas indifférent.

Il faut cependant situer la médiation dans son contexte historico-géographique et constater qu'elle n'a rien d'une nouveauté. Elle est en fait le mode le plus ancestral de gestion de conflit que nous connaissons³. Plus récente par contre, est la réintroduction et la légitimation de formes alternatives de résolution de conflit, tels que l'arbitrage notamment en matière de contentieux commercial ou la médiation dans des matières multiples⁴. Phénomène qu'il y a lieu d'analyser notamment comme une réponse à la crise actuelle de la justice'.

Ainsi, envisagée comme mode non juridictionnel de gestion de conflit, la médiation pose en postulat l'hypothèse selon laquelle le procès judiciaire n'est pas la technique unique et universelle pour solutionner les différends entre les membres d'une société. Alors que la logique judiciaire propose de trancher un litige en donnant raison à l'une ou l'autre des parties en conflit, la médiation se définit comme "un processus formel par lequel un tiers neutre tente, à travers la conduite d'une réunion, de permettre aux parties de confronter leurs points de vue, et de rechercher, avec son aide, une solution au litige qui les oppose"⁶. Ainsi, elle vise à permettre aux parties de solutionner librement leur conflit avec l'aide d'un tiers; elle s'inscrit donc fondamentalement dans une perspective conciliatrice et consensuelle.

Les premières impulsions de réactualisation de la médiation comme mode non juridictionnel de résolution de conflit sont dues à l'introduction au Etats-Unis dans le courant des années 60 d'un mouvement appelé "Alternative Dispute Resolution". Ce mouvement, visant surtout le contentieux civil, fut suivi dans les années 70 par l'introduction du "Victim Offender

Conseiller en médiation pénale près le parquet de la Cour d'appel de Mons; chercheur au service de criminologie de l'Université de Liège.

¹ SIX, J-P., *Le temps des médiateurs*, Paris 1990.

² van DROOGHENBROECK, P., "Médiation", le mot champion de l'été 1994, *Le Pli Judiciaire*, Bulletin d'information du Barreau de Charleroi, Octobre 1994.

³ Voy. notamment, MASAMBA, N., *"Le ntumbu ou le kibaku : vers une théorie formelle du contrôle social"*, Thèse de doctorat en criminologie, Université Catholique de Louvain, 1989.

⁴ Pour un aperçu des nombreuses matières dans lesquelles se développent des procédures de médiation, voy. BONAFE-SCHMITT, J-P., *"La médiation une justice douce"*, Paris, Syros, 1992.

⁵ Sur la question de la crise actuelle de la justice que l'on ne peut suffisamment analyser dans notre propos, voy. notamment, CORNIL, J., Egalité de droit contre inégalité de la Justice, STENGERS, L, L'obligation de lucidité, RINGELHEIM, F., Le besoin de justice et les besoins de la justice, *In Réformes et méformes de la justice*, Journée d'étude organisée le 21 janvier 1995 par l'Association Syndicale des Magistrats et le Syndicat des Avocats pour la Démocratie.

⁶ BONAFE-SCHMITT, J-P., Plaidoyer pour une sociologie de la médiation, *Annales de Vaucresson*, 2/1988, n°29, p. 21.

Réconciliation Program"⁷ dans le domaine pénal. L'Europe allait relayer ce type d'initiatives dès les années 80⁸. Actuellement, la quasi totalité des pays de la Communauté européenne dispose de programmes de médiation, notamment dans le domaine pénal⁹.

1.2. La médiation pénale: sa ionique, ses objectifs et ses enjeux

Après avoir brièvement présenté la médiation en général, notre propos va se centraliser sur la médiation pénale spécifiquement afin de tenter de dégager certaines de ces caractéristiques.

On peut définir¹⁰ la médiation pénale comme un processus par lequel un tiers neutre met en relation l'auteur d'une infraction et la victime pour tenter de dénouer le conflit, manifesté ou causé par une infraction pénale, en les aidant à trouver eux-mêmes une solution réparatrice, sans qu'aucune décision ne leur soit imposée par ce tiers.

Cette nouvelle manière de raisonner une infraction pénale illustre le fait que celle-ci n'est plus considérée uniquement comme un fait que la loi réprime et sanctionne, mais avant tout comme un conflit opposant au moins deux acteurs, l'auteur de l'infraction et la victime. On s'écarte en cela de la rationalité qui jusqu'à présent a dominé l'histoire de la justice par laquelle le procès pénal objective un fait à caractère infractionnel en ses termes à l'aide d'un code préexistant". L'arrachage d'un sac à main, ou des coups échangés lors d'un rixe entre voisins sont transformés respectivement en une infraction à l'article 468 du code pénal qui punit de la réclusion le vol commis à l'aide de violence, et en une infraction à l'article 398 du même code qui punit d'un emprisonnement de six à huit mois et/ou d'une amende de vingt-six à cent francs celui qui aura volontairement porté des coups à autrui. Traduits de la sorte, les événements sont objectivés dans un langage et une logique étrangers aux parties antagonistes. Elles se trouvent ainsi dépossédées du conflit subjectif qui les oppose. A côté de cette rationalité, la médiation introduit une approche interactionniste où les parties impliquées sont amenées à s'exprimer sur leur conflit et à négocier la ou les solutions qui leur conviennent. Elles se réapproprient ainsi leur affaire et redeviennent les acteurs principaux de celle-ci¹². Admettre

⁷ Sur l'évolution complète de ce programme, voy. WRIGHT, M. and GALAWAY, B., *Mediation and criminal justice. Victims, Offenders and Community*, Sage Publication, London, 1989.

⁸ Sous l'impulsion notamment des recommandations R (85) 11, R (87) 18, R (87) 21, du Comité des Ministres du Conseil de L'Europe.

⁹ Pour un aperçu descriptif, voy. SNARE, A., Interventions psychosociales visant à résoudre le conflit entre le délinquant et la victime, par exemple dans le cadre de programmes de médiation et de réparation, *In Vingtième Conférence de Recherches Criminologiques*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 22-25 novembre 1993.

¹⁰ Le sens que recouvre le concept "médiation" ne peut être limité à la présente définition. Sans doute cette dernière pêche-t-elle pas une vision réductrice du véritable sens philosophique que la médiation véhicule. C'est à dire un mode de construction et de gestion de la vie sociale qui englobe un champ beaucoup plus étendu que la seule gestion des conflits. Cependant, la présente contribution se limite à étudier la médiation dans le domaine du contentieux pénal qui par nature, et heureusement, est de portée réduite dans le contexte plus vaste des relations sociales. On observera ainsi utilement que le sujet qui préoccupe l'analyse actuelle est uniquement focalisé sur des affaires qui, indépendamment de la manière dont elles sont effectivement gérées, constituent au moins potentiellement une infraction pénale. Toutes ces affaires ont par nature une dimension conflictuelle.

¹¹ Sur ces notions voy. DE MUNCK, J., Rhizome pénal et procéduralisation, *Actes des IX^e rencontres de criminologie organisées les 25,26,27 avril 1994 par la maison des Criminologues de l'UCL*, Louvain-La-Neuve, pp. 10 à 22; DE MUNCK, J., La médiation en perspective, *In les Carnets du Centre de philosophie du droit*, n° 15, Louvain-La-Neuve, 1993.

¹² Ibid.

une telle approche au sein du système pénal consacre la capacité de celui-ci "à résoudre des conflits et à établir la paix"¹³

Outre l'introduction de cette nouvelle rationalité dans le domaine pénal, la médiation poursuit certains objectifs spécifiques

- une prise en considération des victimes¹⁴ en leur donnant un rôle actif dans la gestion de leur affaire, ce qui peut contribuer à atténuer le traumatisme émotionnel que provoque toute infraction pénale, à pallier le constat maintes fois révélé du "second traumatisme" provoqué par le contact avec l'institution judiciaire, et à leur garantir une réparation tant matérielle qu'immatérielle du dommage subi;

- une responsabilisation du délinquant¹⁵ qui va mettre un visage sur l'objet de son délit, va prendre conscience des conséquences de son agir déviant, et va être amené, tout en étant entendu, voire compris, à réparer son geste;

- une reconstitution du tissu social¹⁶ dans la mesure où parfois la médiation ne vise pas seulement à résoudre un litige, mais cherche bien à assurer une réconciliation, qui lorsqu'elle est atteinte, influence positivement la sphère géographique dans laquelle le conflit s'est déroulé.

Il faut enfin indiquer que certains effets de la médiation sur la gestion globale de l'ensemble du contentieux pénal sont attendus. Ainsi, la médiation étant envisagée notamment comme mesure alternative aux poursuites pénales, on attend qu'elle ait une influence de réduction de l'ensemble du contentieux soumis aux tribunaux.

1.3. Caractère pluriel des programmes de médiation dans les matières pénales : essai de classification

La progression de la médiation - ou plus précisément des médiations - dans le domaine pénal endosse un caractère pluriel et diversifié. Tout observateur de cette évolution est frappé non seulement par la disparité des programmes, mais également par leur nombre. Eu égard à ce constat, et pour donner une vision structurée de cet ensemble, le recours à une classification schématique s'avère utile.

L'ordonnement des divers programmes de médiation dans le domaine pénal présenté ci-après est structuré sur la ligne du temps que constitue le procès pénal entendu dans son sens large. On observe en effet qu'en suivant le cheminement d'une infraction pénale, de sa consommation jusqu'à l'exécution de la peine qui la sanctionne, des offres de médiation existent en amont de toute intervention judiciaire, ainsi qu'aux différents stades de la procédure pénale. Le point d'accroche qui justifie l'introduction de chacun des programmes dans cette

¹³ F. DUNKEL et J. ZERMA I I EN, "Médiation délinquant victime et réparation des dommages", *In Nouvelles tendances du droit pénal des mineurs : médiation, travail au profit de la communauté et traitement intermédiaire*, Freiburg, 1990.

¹⁴ Voy. notamment., MARTIN, D., L'aide aux victimes ... quels besoins, quelles réponses, *in Aide aux victimes et médiation*, journée organisée par l'institut de promotion sociale de la Communauté française de Belgique à Dour et le service d'aide aux victimes de Huy, 28 nov. 1992.

¹⁵ Voy. par ex. WALGRAVE, L., La médiation : une simple technique ou une étape vers une justice réparatrice, *Actes des XI^e rencontres de criminologie organisées les 25,26,27 avril 1994 par la maison des Criminologues de l'UCL*, Louvain-La-Neuve, 1994.

¹⁶ Voy. entre autres, VERIN, J., le potentiel de la médiation, *Annales de Vaucresson*, 2/1988, n° 29.

classification est déterminé par l'existence d'un fait de nature infractionnelle dont les conséquences peuvent être potentiellement gérées par une stratégie de médiation.

Deux réserves méthodologiques doivent cependant être apportées préalablement. D'abord, cette construction est le fruit d'une observation - surtout bibliographique - de programmes de médiation que l'on retrouve de manière éparse dans le monde. Ensuite, elle est volontairement limitée à une ébauche schématique. Cette démarche est évidemment réductrice car elle ne peut en aucun cas prétendre à l'approche exhaustive de tous les aspects qui caractérisent chacun des programmes. Une description détaillée de chacun des projets dépasserait cependant largement l'objectif de la présente contribution.

NON JUDICIARISATION DU FAIT

Commission d'un fait pénalement répréhensible

JUDICIARISATION DU FAIT

Plainte et renvoi vers les organes chargés de réprimer les infractions

Exercice des poursuites et renvoi vers le tribunal correctionnel

Jugement et condamnation à une peine de prison

Libération

11

Médiation sociale ou communautaire alternative à la justice judiciaire

- 1. réappropriation par la société civile du pouvoir de gérer les conflits
- 2. volontaires sans compétence juridique particulière
- 3. tous types de conflit pour autant que les antagonistes décident eux-mêmes d'avoir recours à la médiation

Médiation pénale 1 alternative aux poursuites

Méd. Pén. de quartier

- 1. réappropriation par délégation; reconstitution du tissu social
- 2. volontaires du quartier
- 3. voisinage

Méd. Pén. déléguée

- 1. responsabilisation du délinquant et prise en compte de la victime par délégation au secteur privé
- 2. professionnels indépendants
- 3. toutes infractions

Méd. Pén. mixte

- 1. responsabilisation du délinquant et prise en compte de la victime sous contrôle judiciaire
- 2. professionnels dépendants du judiciaire
- 3. toutes infractions

Méd. Pén. retenue

- 1. responsabilisation du délinquant et prise en compte de la victime par l'autorité judiciaire
- 2. magistrats
- 3. toutes infractions

Médiation pénale 1 après l'exercice des poursuites

- 1. instaurer une approche réparatrice de la justice en espérant une influence sur la décision du juge
- 2. professionnels indépendants
- 3. toutes infractions faisant l'objet de poursuites

Médiation pénale 1 après la condamnation

- 1. approche réparatrice et moyens pédagogiques comme dispositifs de sécurité et de réhabilitation
- 2. professionnels
- 3. tous faits ayant entraîné une condamnation

1. LEGENDE

- 1. Caractéristique
- 2. Qualité du ou des médiateur(s)
- 3. Nature des faits dont le service de médiation a à connaître potentiellement

Quoiqu'on ait tenté d'ébaucher plus haut une définition de la médiation pénale, il convient, à la lumière de cette classification, d'en percevoir les limites. L'unité qu'elle supposait n'est qu'apparente. Il ressort en réalité de ces différentes catégories - voire sous-catégories - des variations importantes dont on peut illustrer la réalité à partir de certains thèmes particuliers.

Si tous les projets de médiation s'analysent en terme d'alternative, les objets de celle-ci diffèrent largement

- éviter l'intervention de la justice en proposant un autre espace de gestion des conflits, tout en poursuivant l'objectif ultime d'établir une transformation des relations sociales, afin de créer un nouvel espace créateur de normes liant les membres d'une communauté;
- éviter l'exercice des poursuites pénales en réponse, notamment à une crise structurelle de la justice - l'engorgement des tribunaux - ;
- éviter le procès judiciaire dont la logique duale renforce les antagonismes et réactive les conflits;
- éviter les sanctions pénales traditionnelles et particulièrement leurs effets secondaires;
- éviter à la victime cette marginalité dans laquelle la justice pénale la confine;
- etc.

En terme d'engagement dans le processus - ou la procédure - de médiation, on distingue notamment

- une adhésion libre et volontaire laissée à l'absolue liberté d'initiative des parties;
- un pouvoir d'initiative exclusivement judiciaire proposée à l'adhésion libre des victimes et relativement libre - car limitée par le risque encouru en cas de refus - des auteurs de l'infraction.

En terme de domaine infractionnel pris en considération, on compte

- une limitation à un domaine infractionnel neutre, c'est à dire opposant des individus sans lien préalable à la réalisation de l'infraction;
- une limitation à un domaine infractionnel non-neutre, c'est à dire opposant des individus qui se connaissaient au préalable;
- une limitation exclusivement fondée sur l'intensité infractionnelle des faits (dont la mesure est subjectivement réservée à la magistrature);
- etc.

Au niveau du cadre dans lequel s'inscrivent les différents projets, on observe

- un développement hors de tout cadre institutionnel;
- un cintrage dans une structure institutionnelle préexistante plus ou moins stricte.

Cette brève analyse démontre le caractère multiple du phénomène de la "médiation" dans les matières pénales. Il convient d'observer que ces types de médiation coexistent, et parfois même plusieurs dans un seul Etat. Aucune catégorie ne peut légitimement - c'est-à-dire vu sous l'angle des objectifs et des principes qui orientent son contenu - revendiquer le statut de modèle dominant. Sur le plan quantitatif par contre, la majorité des programmes sont développés comme alternatives aux poursuites pénales. A tel point qu'on a dû distinguer dans ce modèle plusieurs

sous-catégories. C'est dans une de celles-ci, soit la médiation pénale de type mixte, que s'inscrit la procédure belge instituée par la loi du 10 février 1994.

2. La loi organisant une procédure de médiation pénale en Belgique : l'article 216 ter du code d'instruction criminelle (loi du 10 février 1994; M.B. 27 avril 1994),

2.1. Economie générale de la loi (cf. ANNEXE 1)

La loi du 10 février 1994, dite loi organisant une procédure de médiation pénale, insère un article 216 ter dans le chapitre **II** du titre I du livre II du Code d'instruction criminelle nouvellement intitulé "dispositions relatives à l'extinction de l'action publique pour certaines infractions moyennant la réalisation de certaines conditions";

Cette loi s'inscrit dans un ensemble d'initiatives législatives du Ministre de la Justice tendant à assurer une répression plus efficace de la délinquance: l'accélération de la procédure et la réforme de la loi sur la suspension, le sursis et la probation".

Le fondement de cette loi est à trouver d'abord dans le dessein du gouvernement de développer des moyens pour juguler la délinquance urbaine en instaurant des solutions alternatives "pour assurer des formes de réaction sociale n'impliquant pas nécessairement l'intervention d'un juge." ¹⁹ Son introduction en droit positif est motivée par la volonté de réaffirmer la norme par l'organisation d'une réaction judiciaire rapide et visible à la petite et moyenne délinquance, de façon à combattre un sentiment d'impunité, à rétablir la crédibilité du système pénal et à contribuer à la régulation de la vie en société. Le second objectif poursuivi consiste à initier de nouveaux moyens pour "remplacer la condamnation à des peines traditionnelles jugées inadéquates (amende et emprisonnement) par une réaction sociale non punitive susceptible à la fois de donner un sérieux avertissement à l'auteur d'une infraction et de privilégier les intérêts de la victime éventuelle" ²⁰. Enfin, le troisième objectif, qui est assigné spécifiquement à la médiation entre l'auteur de l'infraction et la victime, consiste à développer une stratégie permettant "d'apporter une solution à la situation conflictuelle causée par une infraction en faisant appel à la collaboration responsable des parties." ²¹

Elle consiste en une nouvelle approche de l'extinction conditionnelle de l'action publique dévolue au ministère public dans le cadre de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites ²².

¹⁷ Voy. Loi du 11 juillet 1994 relative aux tribunaux de police et portant certaines dispositions relatives à l'accélération et à la modernisation de la justice pénale (M. B. 21 juillet 1994, p. 19117)

¹⁸ Voy. la loi du 10 février 1994 portant modification de la loi du 29 juin 1964 sur la suspension, le sursis et la probation.

¹⁹ Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, Session 1992-1993, n° 652-1, p. 4.

²⁰ van de KERCHOVE, M., Médiation pénale et travaux d'intérêt général. Réflexions et commentaires relatifs aux lois du 10 février 1994, J.T., p. 62.

²¹ Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, Session 1992-1993, n° 652-1, p. 4.

²² Par opposition au principe de légalité des poursuites, le système belge est régi par le principe de l'opportunité des poursuites; voy. FRANCHIMONT, M., JACOBS, A.; MASSET, A., *"Manuel de procédure pénale"*, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1989, pp. 50 à 57.

Elle autorise le procureur du Roi à éteindre l'action publique ouverte à charge de l'auteur d'une infraction dans la mesure où ce dernier accepte et respecte une ou plusieurs des conditions suivantes

- s'engager dans une **médiation** avec la victime de l'infraction afin de déterminer avec elle une solution réparatrice adéquate (indemnisation, réparation en nature, excuses écrites ou orales, détermination de règles de convivialité, ...);
- suivre un **traitement médical ou toutes autres thérapies ou suivis sociaux adéquats**, si l'auteur de l'infraction a invoqué comme cause de l'infraction la circonstance d'une assuétude, d'une maladie ou d'une problématique d'ordre psychosocial;
- effectuer un **travail d'intérêt général** d'une durée de 120 heures maximum dans un délai d'au moins un mois et de six mois au plus;
- suivre une **formation déterminée** d'une durée et dans un délai équivalents à ceux prévus pour le travail d'intérêt général;

Dans l'hypothèse où l'auteur de l'infraction respecte les engagements auxquels il a souscrit, le procureur du Roi **éteint l'action publique**. C'est l'oubli pénal complet.

2.2. Nature des mesures instituées par la loi

On aura compris à l'analyse de l'économie générale de la loi que différentes mesures peuvent être proposées par le procureur du Roi à l'auteur d'une infraction. Celles-ci sont en réalité de deux natures distinctes.

Il peut s'agir tout d'abord, de mesures proposées par le procureur du Roi directement à l'auteur de l'infraction. Il est question en l'occurrence du suivi médical et thérapeutique, du travail d'intérêt général ou de la formation déterminée. Ces mesures fonctionnent selon la logique de l'injonction relative. En effet, le procureur du Roi les propose comme conditions de l'extinction de l'action publique sous la forme de l'intimation. La relativité de cette injonction est à trouver dans la liberté laissée à l'auteur de l'infraction de refuser de s'y soumettre, ainsi que dans sa participation à la définition du contenu de la mesure²⁴. On se situe ici dans une perspective de justice consensuelle régie par le principe de la "proposition-acceptation".

²³ L'extinction de l'action publique empêche toute citation directe ultérieure; elle ne peut servir de base à la récidive; elle ne figure pas au casier judiciaire;

²⁴ L'auteur de l'infraction participe en effet à la définition du contenu principalement dans le cadre de l'enquête sociale préalable qui consiste notamment en la recherche du type de travail d'intérêt général ou de formation, ainsi que dans le choix du médecin ou thérapeute dans l'hypothèse du suivi médical ou thérapeutique.

²⁵ Cf. TULKENS, F. et van de KERCHOVE, M., La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée, *Revue de droit pénal et de criminologie*, n° 5, mai 1996, pp. 445 à 494.

Il en va autrement pour la première des mesures prévue par l'alinéa 1^{er} du § 1 de l'article 216 ter du C.I.C. Quoique le libellé légistique est sujet à équivoque²⁶, la pratique envisage une procédure que l'on peut légitimement qualifier de médiation pénale au sens évoqué plus haut. D'aucuns y perçoivent l'amorce d'une justice négociée²⁷. La stratégie mise en oeuvre consiste, avant tout, à instaurer une procédure qui vise, selon les termes mêmes de l'exposé des motifs de la loi, à "apporter une solution à la situation conflictuelle causée par une infraction en faisant appel à la collaboration responsable des parties"²⁸. Le recours à la médiation d'un tiers est requise pour aider à cette collaboration, dont l'objectif est d'aboutir à la détermination par l'auteur et la victime d'une solution réparatrice sans que cette solution ne soit donnée au départ ou imposée en cours de processus, ni par le tiers, ni par le procureur du Roi. Il convient ici de préciser que la personne du tiers n'est pas le procureur du Roi mais bien un²⁹ assistant social - dénommé "assistant de médiation" dans la procédure belge - formé à la médiation.

On rappellera que, dans la classification schématisée plus haut³⁰, on a dégagé quatre types de programmes dans la catégorie des médiations pénales envisagées comme alternatives aux poursuites pénales.

Premièrement, la médiation pénale de quartier" fonctionne selon le principe de la délégation de la gestion du conflit à une instance de médiation indépendante constituée de conciliateurs bénévoles issus du quartier.

Ensuite, la médiation pénale "déléguée", se développe à l'ombre des parquets. Les magistrats décident, d'autorité, d'envoyer certains dossiers pénaux vers des instances de médiation indépendantes. Dans ces structures, l'équipe est généralement composée de professionnels des sciences sociales bénéficiant en outre d'une formation spécifique aux techniques de la médiation. La médiation est complètement gérée par ces médiateurs indépendants. En fin de processus, ceux-ci adressent un rapport au ministère *public* qui décide alors si le dossier doit être classé sans suite ou s'il doit donner lieu à citation devant le tribunal correctionnel.

La médiation pénale "retenue" est, quant à elle, directement gérée par des magistrats du ministère *public* souvent dans des "maisons de justice"³².

²⁶ L'article 216 ter, §1er, al. 1, est libellé comme suit "*Le procureur du Roi peut, ..., convoquer l'auteur d'une infraction et, ..., l'inviter à indemniser ou réparer le dommage causé par l'infraction et à lui en fournir la preuve. Le cas échéant, le procureur du Roi convoque également la victime et organise une médiation sur l'indemnisation ainsi que sur ses modalités*"

²⁷ Cf. TULKENS, F. et van de KERCHOVE, M., *op. cit.*

²⁸ Cf. note 22.

²⁹ Les assistants de médiation ont reçu une formation à la médiation dispensée pendant un mois à leur engagement par des formateurs-médiateurs issus de l'Université de Paix à Namur.

³⁰ Cf. page 5.

³¹ Celle-ci, le plus souvent dénommée conciliation pénale de quartier, fut initiée en France à l'initiative de Georges Apap, Procureur de la République à Valence; cf. APAP, G., La conciliation pénale à Valence, *Revue de Sciences Criminelles*, Juillet-Septembre 1990, pp. 633 à 637.

Il s'agit de structures de justice décentralisées dans des quartiers dits à difficultés; voy. WYVEKENS, A., *Analyse des maisons de justice et du droit du tribunal de Grande Instance de Lyon*, Equipe de Recherche sur la Politique Criminelle, Université de Montpellier I, 1995, Ronéo.

Enfin, la médiation pénale dite "mixte" - dont fait partie celle instituée en Belgique - se situe à un stade intermédiaire entre les médiations "déléguées" et "retenues". La mixité découle du fait que deux acteurs interviennent dans la procédure de médiation pénale : le procureur du Roi - ou plus généralement un premier substitut ou un substitut désigné comme magistrat de liaison pour l'application de la médiation pénale - et l'assistant de médiation. Ceux-ci, quoi qu'ils appartiennent à la même institution et que les seconds sont liés par un rapport de subordination hiérarchique aux premiers, exercent des fonctions distinctes. Le magistrat de liaison intervient en amont de la procédure en sélectionnant les dossiers qu'il estime devoir envoyer en médiation. Il joue également un rôle en aval de la procédure lors de "l'audience de médiation". L'assistant de médiation officie, quant à lui, comme médiateur entre les parties avant le passage à cette "audience".

Avant d'analyser les différentes étapes de la procédure spécifique à la médiation auteur-victime de type mixte, il convient d'encore préciser qu'outre les deux acteurs mentionnés, le Ministre de la Justice a nommé deux conseillers en médiation pénale auprès de chacun des cinq parquets généraux que compte la Belgique. Les conseillers en médiation assistent le procureur général dans l'élaboration d'une politique criminelle en matière de médiation pénale. Ils coordonnent, supervisent et évaluent l'application de la loi dans le ressort de la cour d'appel à laquelle ils sont attachés. Ils assistent les assistants de médiation dans les questions particulières que pose l'exécution de leur mission. Ils collaborent avec l'assistant de médiation à la gestion directe des dossiers particulièrement, lorsqu'une co-médiation s'avère utile.

3. Procédure et application pratique de la médiation entre l'auteur et la victime d'une infraction : l'exemple belge de la médiation pénale de type mixte (cf. ANNEXE 2.)

Dans la suite de la présente contribution, seule la mesure de médiation telle que prévue par l'alinéa 1er de l'article 216 ter du C.I.C. est analysée.³³

3.1. Sélection des dossiers

La sélection des dossiers est de la compétence exclusive des magistrats du ministère public. Elle est opérée en fonction des critères impératifs suivants

- l'auteur des faits est majeur pénalement au moment des faits;
- l'auteur des faits est en aveu;
- l'auteur des faits peut être en état de récidive³⁴
- les éléments constitutifs de l'infraction doivent être réunis;

³³ Pour un aperçu des autres cas d'application, voy. DEMANET, G., La médiation dans les affaires pénales, discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée du 1er septembre 1995, *Revue de droit pénal et de criminologie*, Nov. 1995, pp. 887 à 924; J-B. ANDRIES, La médiation pénale, *Actualités du Droit*, Ed. Story-Scientia, 1996; PIERS, A., La médiation pénale et l'application de l'article 216 ter du Code d'instruction criminelle en matière de toxicomanie, à paraître; HANOZIN, C, PIERS, A., VAN BOVEN, B., VANNEMPTEN, N., et VANNESTE, Ch., Evaluation de l'application de la loi organisant une procédure de médiation pénale en Belgique du 1er janvier 1995 au 31 décembre 1995, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, juin 1997.

³⁴ Contrairement à la loi du 29 juin 1964 sur la suspension, le sursis et la probation, aucun critère sur le passé pénal des justiciables n'est indiqué ici. Il n'y a dès lors aucune objection juridique à proposer une médiation pénale à l'auteur d'une infraction en état de récidive légale.

- le procureur du Roi doit avoir la maîtrise de l'action publique" .-
- les faits ne paraissent pas être de nature à devoir être punis d'un emprisonnement correctionnel principal de plus de deux ans ou d'une peine plus lourde; le respect de ce critère suppose une appréciation de la peine qui, en fonction des éléments du dossier, impliquerait des réquisitions tendant à une peine de deux ans d'emprisonnement correctionnel au maximum; les peines prévues par le prescrit légal pour les faits envisagés peuvent par contre atteindre jusqu'à 20 ans d'emprisonnement correctionnel ou criminel;
- l'auteur de l'infraction doit s'engager à payer les frais d'analyse ou d'expertise³⁶ éventuellement exposés³⁷ ;

Hormis ces critères légaux, sont également pris en considération des facteurs subjectifs inhérents à chaque dossier tels que

- l'existence de problématiques relationnelle, psychologique, financière, ou autres;
- la demande de dédommagement de la victime;
- les dispositions de l'auteur à réparer;
- l'expression d'un sentiment de culpabilité ou de responsabilité par l'auteur;

Sélectionner opportunément les dossiers pour la médiation pénale n'est cependant pas chose aisée. Outre les critères indiqués ci-dessus, la tentation de définir un catalogue des infractions susceptibles d'être envoyées en médiation pénale est grande. Elle faciliterait sans doute la tâche des magistrats, qui au vu de la surcharge à laquelle ils sont journallement confrontés, n'ont pas le temps matériel d'étudier rigoureusement chaque dossier. Cependant, l'établissement d'une telle liste est non seulement matériellement difficile, mais sans doute inopportun. Il semble en effet que fonder la sélection des dossiers uniquement sur une liste de qualification juridique établie a priori constitue un piège qui risque de figer l'application de la médiation pénale dans un carcan strict limitant de la sorte toutes ses potentialités d'application. En outre, cela dénaturerait le fondement même de la médiation. Le principe de celle-ci est justement d'envisager l'infraction pénale sous l'angle de sa signification conflictuelle pour les parties. Celle-ci étant par nature subjective et propre à chaque histoire, il est évidemment impossible d'en établir une codification à portée générale et objective. C'est dès lors plus la subjectivité de chaque magistrat et la réalité de leur conviction de vouloir atteindre les objectifs assignés à la médiation qui déterminent la qualité de cette sélection.

Dans la pratique³⁸, on observe que l'article 216 ter du Code d'instruction criminelle est appliqué à environ 5000 dossiers par an. Une médiation pénale au sens strict est envisagée pour environ la

³⁵ Le respect de ce critère implique que l'action publique ne soit pas éteinte ou qu'elle n'ait pas été mise en mouvement par une autre voie (constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction, citation directe,

³⁶ Dans cette hypothèse, le procureur du Roi fixe le délai dans lequel doit intervenir le règlement des frais d'analyse ou d'expertise.

³⁷ La proposition et l'acceptation du paiement de ces frais doivent être faites et acquises préalablement, ou à tout le moins concomitamment, à la proposition de la médiation.

³⁸ Toutes les données évaluatives émanent d'un rapport d'évaluation de l'application de la médiation pénale du 1er janvier 1995 au 31 décembre 1996 réalisé conjointement pour l'ensemble du territoire par les dix conseillers en

moitié d'entre eux. Les catégories d'infractions les plus représentées sont les infractions contre la propriété (38%) et celles contre les personnes (35%). Il s'agit surtout de vols simples (14%) et de dégradations (10%) pour la première catégorie, de coups et blessures volontaires (28%) et de menace (6%) pour la seconde. Un certain nombre d'infractions contre l'ordre des familles (7%) est également pris en considération. Il s'agit ici surtout de différends familiaux, de non présentation d'enfant et de non paiement de pension alimentaire.

Il convient également de noter que dans 36 % des dossiers, les parties impliquées n'entretenaient aucune relation préalable à la commission de l'infraction. Par contre, - hormis les dossiers n'impliquant aucune victime pour lesquels d'autres mesures que la médiation sont envisagées - quelques 46 % des auteurs et victimes étaient affectivement liés. La nature de ces relations est d'ordre familial, para-familial ou conjugal dans 10 % des cas, d'ordre "amical" dans 8 % des cas, ou de l'ordre du voisinage dans 8% des cas.

Pour plus de la moitié des dossiers, le délai entre l'infraction et l'arrivée du dossier en médiation pénale est de quelques jours à trois mois. Ce délai est cependant de 6 mois à plus d'un an pour l'autre moitié.

En conclusion sur ce point, il convient d'observer que les dossiers sélectionnés constituent en général des infractions mineures. Sans doute faut-il y voir l'effet de la nouveauté de la loi et donc d'une utilisation prudente de celle-ci. On doit cependant insister - certains praticiens s'y emploient quotidiennement - pour que des affaires de niveau infractionnel plus important soient prises en considération. Sinon, la loi contribuera sans doute à une extension du filet pénal, et manquera les objectifs d'allègement du contentieux soumis aux tribunaux correctionnels et de lutte contre la surpopulation pénitentiaire qui ont motivé partiellement sa création. En outre, on galvauderait les potentialités d'un outil qui "permet les règlements des conflits et le rétablissement de la paix sociale pour une part considérable de victimes et de délinquants, et pas seulement dans le domaine de la petite délinquance."³⁹

3.2. Phase de médiation proprement dite.

Dès la sélection des dossiers opérée, le magistrat de liaison envoie le dossier au service de médiation pénale. Ce service est composé d'un ou plusieurs assistants de médiation. Quelques quarante assistants de médiation sont actuellement affectés aux vingt-sept arrondissements judiciaires du Royaume. Ils sont tous assistant social de formation.

Comme on l'a déjà vu, l'article 216 ter du Code d'instruction criminelle institue d'autres types de réaction que la médiation entre l'auteur de l'infraction et la victime: il s'agit du suivi médical et thérapeutique, du travail d'intérêt général et de la formation déterminée. Lorsque ces trois mesures sont envisagées, l'assistant de médiation exerce une fonction d'assistant social qui s'apparente à celle des assistants de probation. Il n'endosse réellement l'habit du médiateur que dans l'hypothèse où une médiation au sens strict est prévue.

médiation pénale. On trouvera un résumé de cette évaluation dans la Revue de Droit Pénal et de Criminologie du mois de juin 1997.

³⁹DUNKEL, F. et MERIGEAU, M., op. cit. (n°14), p. 120.

La fonction de médiateur consiste à aider les deux parties à s'accorder sur une solution réparatrice dont elles détermineront elles-mêmes les modalités. D'une manière générale, l'assistant de médiation effectue cette médiation entre les parties en un ou plusieurs entretiens suivant la technique de la médiation directe et/ou indirecte en fonction de la nature du dossier⁴⁰. Ce faisant, il suit généralement la structure suivante

- **introduction** : il explique tout d'abord aux parties le cadre légal dans lequel elles se situent, et les informe sur le contenu et les conséquences de la médiation. Il essaye en outre de créer une ambiance favorable à la résolution du problème et à placer les personnes dans une logique conciliatrice;
- **récits** : chaque partie est invitée à exprimer son vécu des faits sans être interrompue. La victime peut évacuer ainsi son ressentiment et ses éventuelles angoisses post-traumatiques. L'auteur, quant à lui, prend conscience de l'existence d'une victime derrière son acte, et explique comment il en est arrivé à commettre l'infraction;
- **résolution du problème ou détermination d'une solution réparatrice** : l'assistant de médiation reprend les différents aspects des récits et s'assure que chacun a bien compris le discours de l'autre. Il s'attache ensuite à relever les pistes de solution qui ont pu se dégager préalablement. Le débat s'engage alors sur ces pistes pour aboutir à un accord de réparation décidé par la victime et l'auteur de l'infraction;
- **accord** : lorsque les deux parties concernées arrivent à un accord, l'assistant de médiation résume l'accord et le précise le cas échéant par écrit.

L'assistant de médiation assume ici une fonction par laquelle il intervient comme tiers neutre entre les parties. La neutralité du médiateur est une composante essentielle de la médiation. Elle peut se mesurer à deux niveaux différents : neutralité institutionnelle et neutralité vis-à-vis des parties impliquées dans le dossier.

Si l'assistant de médiation peut difficilement revendiquer la première, la seconde reste à sa portée. Elle consiste à garder une attitude exempte de toute partialité. Cette position n'est pas toujours aisée à adopter. Particulièrement dans les matières pénales, où la réalité des dossiers incite souvent - et presque inconsciemment - à prendre fait et cause pour une des deux parties. C'est d'ailleurs en regard de la *difficulté* d'atteindre cette neutralité - et particulièrement la capacité de distanciation vis-à-vis des éléments du dossier que le médiateur doit lucidement analyser afin d'évaluer si aucun de ceux-ci n'éveille en lui des résonances insoupçonnées, qui lui ferait perdre ce statut de tiers⁴¹ - que l'on a coutume de considérer la médiation comme un art. Cette qualité de médiateur neutre, à laquelle les assistants de médiation doivent pouvoir prétendre, dépendra essentiellement de leurs

⁴⁰ La médiation directe consiste à prévoir, après un - voire plusieurs - entretien individuel au moins une rencontre avec les deux parties antagonistes. Dans la médiation indirecte, aucune rencontre n'est programmée entre les parties, la solution réparatrice est obtenue par la technique de la "diplomatie de la navette". Le médiateur répercute à un autre moment à la seconde partie le contenu de ce que lui dit la première. Cette médiation indirecte est utilisée lorsqu'une rencontre s'avère inutile (par exemple lorsque l'infraction implique un particulier et une institution), inopportune (quand la portée des faits est telle qu'une rencontre accentuerait l'aspect traumatisant vécu par la victime) ou simplement non-souhaitée par une ou les parties. Dans la pratique, il arrive évidemment que le début de la médiation soit mené selon un mode indirect pour se poursuivre de manière directe.

⁴¹ Cf. GUILLAUME-HOFNUNG, M., *"La médiation"*, Coll. Que sais-je, RUT., 1995, p. 78.

qualités intrinsèques, de leur formation spécifique en médiation et de leur capacité à se détacher de la logique judiciaire.

En outre, l'impact qualitatif de la démarche suppose également que l'assistant de médiation dispose d'une liberté suffisante pour officier comme réel médiateur. Cet aspect est sans nul doute fonction de l'autonomie professionnelle que le procureur du Roi accepte de leur donner. On doit observer à cet égard que la structure de la médiation telle qu'explicitée ci-dessus, constitue en réalité une vision idéale de la mise en oeuvre de la procédure. Quoique celle-ci soit régulièrement respectée, on observe dans certains arrondissements judiciaires des pratiques différentes. Sous la pression de la logique quantitative - "il faut gérer beaucoup de dossiers" - l'aspect médiation de la procédure est parfois réduit à sa plus simple expression, pour être même absolument ignoré dans certains cas. Le dommage de la victime est déterminé sur base du dossier répressif, puis l'auteur de l'infraction est simplement invité à payer cette somme. Il est difficile d'encore parler de médiation dans ces cas. Pourtant, les pratiques respectueuses de la démarche processuelle nous l'enseignent, il est fondamental, pour atteindre les objectifs de responsabilisation du délinquant et d'authentique en prise en considération de la victime, que la médiation soit menée en associant réellement les deux parties et en prenant le temps nécessaire, soit "le temps de la dédramatisation, de l'explication réciproque, de la négociation et de l'opérationnalisation de la solution adoptée"⁴². En outre, le travers de l'urgence implique que seule la solution indemnitaire est envisagée. Il annihile de la sorte la potentialité qu'offre la médiation de pouvoir tenir compte non seulement des aspects matériels, mais également immatériels qui entourent toute infraction pénale.

Après ces quelques considérations méthodologiques, il convient de s'intéresser à quelques données évaluatives.

Il n'est pas rare que cette phase de médiation soit interrompue avant son terme. On observe en effet que la médiation est interrompue dans quelques 54% des dossiers. Les expériences étrangères connaissent des constats identiques. D'une manière générale, il semble que la moitié des médiations entreprises en matière pénale n'aboutissent pas⁴³. A titre comparatif, ce taux est d'environ 44% dans le programme de médiation pénale de Boston⁴⁴, de 43% dans celui du Minnesota Citizen Council on Crime and Justice⁴⁵ ou encore de 55% dans l'expérience menée à Paris⁴⁶.

Si ce nombre d'interruptions peut a priori paraître important, on constate qu'elles interviennent fort tôt dans le processus (cf. annexe II, page A). Environ 66% d'entre elles s'observent au moment de

⁴² HOUCHON, G. et VANNESTE, Ch., A propos de la médiation pénale..., *Journal des Procès*, n°231, janvier 1993, p. 13.

⁴³ FEEST, J., "Intervention visant à éviter l'entrée dans le processus pénal ou à interrompre ce processus", in *Nouvelles stratégies sociales et système de justice pénale*, 19ième Conférence de Recherche Criminologique, Conseil de l'Europe, 1990, p. 51.

⁴⁴ BONAFE-SCHMITT, J-P., "Une expérience de médiation pénale à Boston", *Déviance et Société*, 1993, vol. 17, n°2, pp. 163-183.

⁴⁵ BONAFE-SCHMITT, J-P., "Le mouvement 'Victim-Offender Mediation' : l'exemple du Minnesota Citizen Council on Crime and Justice", In *Revue Internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, Coll. Droit et Société, n° 29, 1995, pp. 57 à 77.

⁴⁶ MORINEAU, J., "La médiation pénale : l'expérience parisienne, Actes du Colloque organisé par le CRPC sur la médiation le 25 octobre 1992, In *Archives de Politique Criminelle*, Paris, 1992, pp. 75 à 78.

la convocation des parties ou lors de la proposition de la médiation, c'est-à-dire avant que le processus de médiation n'ait réellement débuté. Les causes qui motivent ces interruptions sont multiples

- d'abord on a des causes dites "indépendantes des parties" (environ 40% de toutes les causes évoquées) telles que l'inopportunité de la médiation - c.à.d. que l'assistant de médiation renvoie lui-même le dossier considérant en fonction des éléments qu'il recueille que la poursuite de la médiation est inutile -, l'inutilité de la médiation lorsque le conflit est déjà solutionné ou encore la non-reconnaissance des faits par l'auteur de l'infraction⁴⁷ ;

- ensuite, environ 60% des causes d'interruption sont dites dépendantes. Il s'agit le plus souvent d'un refus de participer de l'auteur et/ou de la victime; notons que les refus exprimés par les victimes traduisent plus une indifférence à l'égard de la procédure⁴⁸ qu'une volonté accrue de répression; en effet seulement 2% des victimes souhaitent que l'affaire soit jugée par un tribunal correctionnel.

Dès la négociation d'un accord entamée, on constate encore un certain nombre d'interruptions qui représentent quelques 20% de toutes les causes invoquées. Le refus de poursuivre la médiation manifesté par l'auteur est la cause la plus fréquente. Cette attitude est parfois motivée par la crainte des conséquences civiles que l'acceptation du processus peut entraîner⁴⁹. Cependant, on doit reconnaître que le plus souvent - particulièrement dans les affaires mineures -, l'auteur de l'infraction préfère arrêter la médiation en spéculant sur un possible classement sans suite de son dossier. A ce stade, on retrouve également, un certain nombre de dossiers interrompus à cause

⁴⁷ La reconnaissance des faits est un critère légal à respecter pour sélectionner les dossiers. Ce critère est fondé sur l'idée qu'il n'appartient pas à l'assistant de médiation de recueillir les aveux des auteurs d'infraction, tâche dévolue généralement aux services de police. Il convient cependant de distinguer la non-reconnaissance des faits de la non-reconnaissance de responsabilité des faits qui quant à elle ne justifie aucunement l'interruption du dossier; une des fonctions de la médiation pénale consiste justement à amener l'auteur à reconnaître sa responsabilité.

Ce constat nous incite à poser la question des objectifs que poursuivent les victimes en déposant une plainte. Dans l'état actuel des données, on ne peut qu'émettre l'une ou l'autre hypothèse pour expliquer ce phénomène. Outre le fait que la faible gravité infractionnelle des dossiers traités est sans doute une première piste d'explication, on peut se demander si elles déposent plainte par habitude, pour garder une trace légale dans la perspective de se prémunir contre de possibles complications ultérieures, ou simplement pour exercer une relative pression morale vis-à-vis de l'auteur? Ces questions resteront ouvertes, mais mériteraient sans doute d'être investiguées dans l'avenir. Car bien plus que des questions sur la médiation pénale, elles posent en fait tout le problème de la légitimité de certaines législations pénales et de l'intervention des autorités répressives. Que la demande de justice apparaisse sans cesse croissante est une réalité incontestable, mais l'offre de justice reste limitée et son contenu ne semble pas réellement convenir. Une analyse approfondie du phénomène ferait peut-être apparaître la manifestation d'un réel besoin dans la population de connaître de nouveaux modes de résolution des conflits émanant d'autres structures que ceux offerts par la justice?

⁴⁹ Dans l'hypothèse où la médiation arrive à son terme et que le procureur du Roi éteint l'action publique, la victime dispose toujours de la possibilité de réclamer des indemnités supplémentaires auprès des juridictions civiles. Dans ce cas la faute civile de l'auteur sera présumée irréfragablement. Il est évident cependant que le juge civil n'accordera des indemnités supplémentaires que si la victime démontre que la solution déterminée par la médiation est entachée d'un vice de consentement et, par exemple, qu'il y a eu erreur sur l'importance du dommage. Il n'en reste pas moins vrai que l'irréfragabilité de la présomption de faute civile induit une crainte chez certains mis en cause.

d'une impossibilité pour les parties de s'accorder. Il s'agit surtout des cas où le contexte relationnel est important. Cas pour lesquels les médiateurs n'arrivent pas à amener les parties à dépasser l'antagonisme conflictuel qui les habite. Ces interruptions concernent cependant également des affaires impliquant des personnes qui ne se connaissaient pas, et qui ne parviennent pas à déterminer une solution réparatrice adéquate.

Dans 46% des dossiers pour lesquels une médiation au sens strict a été envisagée, les parties ont réussi à déterminer une solution réparatrice. Celle-ci consiste le plus souvent en une indemnisation financière, accompagnée ou non d'excuses écrites ou verbales. D'autres accords de médiation tels que réparation en nature, règlement de droit de visite, détermination de pension alimentaire, définition de règles de convivialité, excuses simples, ..., se retrouvent également, mais dans une proportion moindre.

A titre d'exemples, on trouvera ci-après trois rapports envoyés par l'assistant de médiation au magistrat de liaison en fin de processus de médiation."

• Exemples 1

- Faits : un jeune homme d'origine nord-africaine a commis un vol de portefeuille à l'aide de violence, la nuit, avec un véhicule et une arme de poing en plastique à l'encontre d'une jeune femme.

- Accord de médiation obtenu⁵¹ : excuse, attention particulière sur l'impact émotionnel consécutif aux événements, indemnisation.

"Les parties concernées ont marqué leur accord pour la procédure de médiation pénale et ont accepté de se rencontrer au service de médiation.

Lors de ces rencontres, les parties ont pu s'exprimer sur les faits. L'auteur a regretté avoir agi de la sorte et a présenté ses excuses à la victime.

La victime a, elle, mis en évidence les sentiments vécus par elle au moment des faits ainsi que ses angoisses actuelles. Elle a aussi accepté les excuses de l'auteur et a écouté les explications de ce dernier quant à sa participation aux faits.

Elle a également mis en évidence les frais encourus à suite des faits et revendique un dédommagement pour une partie de ces frais.

La somme demandée par la victime s'élève à 38 000 FB (vu l'amendement manifesté par l'auteur, elle abandonne ses prétentions concernant le remboursement du portefeuille, des frais médicaux

⁵⁰ Les accords de médiation donnés ci-après, émanent tous des dossiers traités en application de l'alinéa premier de l'article 216 ter du Code d'instruction criminelle. Ces médiations ont été menées par des assistants de médiation des ressorts de cour d'appel de Bruxelles et de Mons.

Le texte reproduit in extenso l'accord déterminé à la fin du processus de médiation. Seuls les données d'identification (noms, dates, numéro de compte) ont été supprimées.

et des charges administratives impliquées pour la récupération des papiers) et comprend les frais suivants

- *le remplacement au travail pendant une semaine : 20 000 FB;*
- *le manque à gagner pendant deux jours d'absence : 18 000 FB.*

Monsieur A. a accepté de dédommager la victime pour le préjudice subi et a proposé de rembourser la somme demandée après les vacances de juillet et août pour avoir la possibilité de travailler pendant les vacances d'été.

Les parties ont convenu que la somme de 38 000 FB sera versée par virement bancaire pour la date du xxx.

Afin de vérifier la bonne exécution de cet accord, Monsieur A. s'engage à fournir la preuve de paiement à l'assistante de médiation pénale. "

- **Exemple 2.**

- *Faits : Dégradations (dégradation d'un monument communal) par un jeune.*
- *Accord obtenu : réparation en nature initiée et proposée par la victime.*

"Monsieur A. indique ne pas s'être rendu réellement compte de son geste, il a fait ça pour passer le temps' et pour s'amuser.

Monsieur V. Secrétaire de la commune lui explique les désagréments occasionnés par de tels agissements.

Monsieur A. regrette son geste et affirme qu'il ne recommencera pas.

Monsieur V ne demande aucun remboursement, mais propose à l'auteur d'être engagé à titre gratuit par l'administration communale au service technique chargé du secteur électricité à temps plein pendant 10 jours ouvrables, durant les vacances de Pâques.

Cet accord satisfait les deux parties. Monsieur A. car il suit une formation en électricité et considère que travailler 10 jours est un bon moyen de réparer son acte. La commune est satisfaite de pouvoir compter sur les services de Monsieur A durant ces 10 jours."

- **Exemple 3.**

- Faits : menaces verbales et bris de clôture (vitres d'une serre)
- Accord obtenu : explications réciproques, harmonisation dans les relations de voisinage

" Monsieur et Madame A, et Monsieur V ont accepté la procédure de médiation pénale. Après plusieurs entretiens individuels une rencontre a pu être organisée.

Au cours de celle-ci, chacun a eu l'occasion de s'exprimer sur le conflit de voisinage naissant. Les explications fournies par chacune des parties ont graduellement permis de mieux comprendre et de mieux percevoir les tensions qui se sont progressivement installées dans les relations de voisinage.

Chacun a reconnu que le manque de communication voire l'absence de dialogue entre eux aurait fortement contribué au pourrissement de leur relation de voisinage.

Tant Monsieur et Madame A que Monsieur V sont conscients de l'importance d'entretenir de bonnes relations. A cet effet, d'un commun accord, ils ont convenu d'être attentif aux mots qu'ils utilisent lorsqu'ils s'interpellent. Ils conviennent également de favoriser toutes formes de communication afin d'éviter que des malentendus subsistent dans leur relation.

En ce qui concerne les menaces verbales, Monsieur V ne demande aucune forme de réparation. De même, il ne réclame aucun dédommagement pour le bris de plusieurs vitres de serre qui étaient déposées contre la clôture mitoyenne. "

A la fin de la médiation, l'assistant de médiation adresse un rapport du même type au magistrat de liaison. Ce rapport servira de base à la troisième phase.

3.3. Phase d'audience de médiation

Quand les parties ont déterminé un accord, il reste une étape formelle à remplir : "l'audience de médiation". Celle-ci se passe généralement dans le bureau du magistrat de liaison. Les parties y sont convoquées ensemble. Si elles ne le souhaitent pas ou lorsque l'assistant de médiation estime que la situation ne s'y prête pas, l'auteur seul est convoqué. A ce stade, les deux parties peuvent se faire assister par un avocat, la victime peut même se faire représenter par lui.

Cette "audience" se distingue largement des audiences devant les cours et tribunaux. Ni le magistrat, ni les avocats ne portent de toge. Il est exclu également que les avocats commencent à plaider la cause de leur client. Elle consiste en réalité simplement à contrôler la régularité juridique de l'accord obtenu, ainsi qu'à l'acter dans un procès-verbal.

L'audience se déroule dans les grandes lignes comme suit : après identification des parties, le magistrat expose brièvement les faits, les circonstances et résume le rapport que lui a adressé l'assistant de médiation. Dans certains parquets, la magistrat redonne systématiquement la parole aux parties, dans d'autres le déroulement de l'audience s'apparente plus à une simple formalité. L'accord est ensuite officialisé dans un procès-verbal signé par les parties. Ce procès-verbal

contient les modalités de l'accord déterminé préalablement lors de la médiation. Les deux parties en reçoivent une copie signée.

On peut s'interroger sur l'impact de cette audience. D'abord sur le plan de la terminologie, il faut relever que la loi ne parle que de convocation des parties dans le bureau du magistrat. Le terme "audience" émane donc uniquement de la pratique. On peut dès lors y voir une occurrence manifeste de la difficulté qu'ont les praticiens de se départir de vocabulaire judiciaire classique.

Sur le plan symbolique ensuite, il est certain que bon nombre de justiciables font difficilement la distinction entre cette audience et le passage devant un juge. Pour certains, ce passage est perçu comme une menace. Cette perception induit de la sorte une pression forte par laquelle ils se sentent obligés d'accepter n'importe quelle solution. Il s'agit alors plus d'une justice "subie" que d'une justice "négociée" que certains acceptent en estimant que c'est le prix à payer pour retrouver la paix. Pour d'autres cependant, cette convocation est un moment important au cours duquel ils voient la Justice, symboliquement représentée par le magistrat du ministère public, avaliser et cautionner l'accord qu'ils ont déterminé.

Sur le plan pratique enfin, cette audience a dans certains cas un double effet pervers. D'abord, les parties - ou en toute hypothèse l'auteur de l'infraction - sont tenues de s'y présenter. Dans le cas contraire, le magistrat arrêtera la médiation et citera le cas échéant l'affaire devant le tribunal. On note à cet égard que 7,7% des dossiers sont interrompus au moment de l'audience. Cette étape formelle qu'est l'audience a donc parfois un impact d'accroissement du nombre des interruptions de la procédure. Ensuite, les attitudes des magistrats de parquet lors de cette étape sont variables. D'attitudes compréhensives à des positions plus moralisatrices, il arrive parfois qu'il endosse réellement l'habit du juge en imposant des conditions qui diffèrent largement de celles qui composent l'accord déterminé par l'auteur et la victime. L'aspect consensuel de l'accord préalable s'en trouve alors complètement annihilé, et on peut supposer que ce type d'attitude ait un impact négatif pour les deux parties. En outre, il convient de ne plus prétendre parler de médiation dans pareille hypothèse.

Ces différents constats amènent certains - minoritaires en Belgique - à considérer que l'audience de médiation ne doit pas être systématisée. Dans bon nombre de dossiers, il serait imaginable de fonctionner avec une procéduralisation réduite. Il s'agirait en fait d'adopter le modèle de la médiation pénale déléguée telle que pratiquée dans bon nombre d'autres pays. L'assistant de médiation prendrait en charge toute la gestion de la médiation y compris l'exécution de l'accord. Le magistrat n'interviendrait plus que dans la sélection des dossiers, et prendrait sa décision définitive à la fin de toute la médiation sur base d'un rapport rédigé par l'assistant de médiation. Quoique ce modèle pourrait peut-être faire gagner à tous du temps et de la qualité, il semble que la Belgique ne soit pas décidée à l'adopter.

3.4. Phase d'exécution de l'accord et de clôture du dossier

La dernière étape de la procédure consiste en l'exécution de la solution réparatrice déterminée lors de la phase de médiation et formalisée dans le procès-verbal d'audience de médiation. L'assistant de médiation est chargé de contrôler le respect des engagements pris conformément aux principes qui sont à la base du processus de médiation, à savoir la responsabilisation des parties. Il ne s'agit pas en l'espèce d'adopter une attitude interventionniste. L'assistant de médiation se limite à recevoir les preuves de remboursement lorsque la solution consiste en une indemnisation de la victime. Les accords de médiation pouvant être d'une autre nature, le rôle de l'assistant de médiation est alors directement fonction du contenu particulier de chacun d'eux. Lorsque des difficultés surgissent, elles sont généralement directement rapportées à l'assistant de médiation par une - voire les deux - partie. Il reprend alors contact avec elles et tentent de planifier la situation. Si les problèmes subsistent, la procédure est arrêtée et le dossier est renvoyé au procureur du Roi.

Statistiquement, on observe que dans plus de 90% des dossiers, les engagements pris ont été correctement respectés. Il convient de nuancer ce chiffre dans la mesure où il est le fruit d'une évaluation qui porte sur un délai relativement court. D'une manière générale, on estime que, dans l'avenir, ce taux devrait s'établir dans une proportion oscillant entre 70 et 90%.

Lorsqu'il y a échec de la procédure, c'est à dire quand l'accord n'est pas respecté, la plupart du temps, des poursuites devant le tribunal correctionnel sont engagées. Il arrive cependant que les dossiers soient malgré tout classés sans suite. Aucune règle univoque n'est adoptée en la matière dans la mesure où les circonstances propres à chaque affaire peut inciter à prendre l'une ou l'autre des solutions.

Lorsque la médiation réussit, le magistrat de liaison dresse un procès-verbal d'extinction de l'action publique. Généralement celui-ci est adressé par voie épistolaire aux deux parties, parfois il leur est communiqué après une dernière convocation.

4. Conclusions

Voilà deux ans et demi que la loi introduisant la médiation pénale en Belgique est entrée en vigueur. D'une manière générale, son implantation s'est faite relativement rapidement. Il est assez exceptionnel qu'une nouvelle loi de ce type connaisse un démarrage aussi prompt. Cependant, si les satisfactions sur le plan quantitatif sont indéniables, il convient d'être plus circonspect sur le plan qualitatif. On a relevé la minceur infractionnelle des dossiers, les effets pervers d'une application trop procédurale, les incompatibilités entre l'esprit de la médiation et l'urgence avec laquelle il faut parfois fonctionner, ... De plus, quoique je ne l'aie pas abordé dans cette contribution, d'autres effets pervers sont observés à l'égard des autres mesures rendues possibles par la loi.

Nonobstant ces observations, cette procédure est encore trop récente pour donner des conclusions définitives.

Je m'attacherai dès lors à conclure en livrant simplement une brève réflexion sur l'introduction de la médiation entre l'auteur d'une infraction et la victime dans le domaine pénal.

Il s'agit d'un phénomène dont la réalité ne peut plus être niée aujourd'hui. Sans doute, peut-on relever l'argument selon lequel l'introduction de la médiation dans le droit pénal implique de la vider d'une partie de sa substance. La dérogation aux principes de l'indépendance de l'instance de médiation et du libre choix laissé à des parties en conflit de se référer à un médiateur pour se faire aider à trouver une solution, sont bien réels, mais sans doute inévitables dans le cadre qui nous occupe. En outre, en esquissant les différents modèles de médiation qui prennent en charge des matières potentiellement pénalisables, on a pu observer qu'ils se développent surtout dans un cadre institutionnel qui leur préexiste. Certains y voient "la volonté de l'institution judiciaire de soumettre le lien social à son contrôle et révèlent la difficulté qu'éprouvent les juristes à concevoir des lieux de règlement de conflit dont ils seraient exclus"⁵². On ajoutera qu'il s'agit surtout d'une volonté politique - ou plutôt des politiques - que l'Etat conserve la maîtrise du contrat social et surtout le monopole de toutes réactions à l'égard de ceux qui n'en respectent pas les obligations. Quoi qu'il en soit, cette institutionnalisation semble être le seul moyen de permettre une instrumentalisation de la médiation.

L'introduction de la médiation dans l'espace judiciaire recèle des potentialités intéressantes. Une justice participative, une prise en considération de la victime, une responsabilisation de l'auteur d'une infraction, des décisions fondées sur le consensus et la conciliation, ..., sont autant d'éléments véhiculés par la logique propre de la médiation qui doit pouvoir se développer à côté de la stratégie pénale classique. Ceci suppose cependant que la spécificité de la médiation et la logique qu'elle implique ne soit pas phagocytée par la logique binaire et répressive de la stratégie pénale classique. Cette seconde doit bien sûr exister mais en autorisant le développement de la

⁵² FAGET, J., La double vie de la médiation, *In Droit et Société, Rev. Inter. de théorie du droit et de sociologie juridique*, N°29, 1995, p. 30.

première, on lui donne les moyens de conserver sa minceur et son caractère exceptionnel. Si cette reconnaissance des différences est rendue possible dans la pratique, alors, et alors seulement, on pourra effectivement vérifier si la médiation justifie de facto tous les espoirs que l'on place en elle.

ANNEXE 1.

ECONOMIE GENERALE DE L'ARTICLE 216 TER DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE

1.3.3. ECONOMIE GENERALE DE L'ARTICLE 216 TER DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE

1. CADRE JURID QUE DANS LEQUEL S'INSCRIT LA NOUVELLE PROCEDURE

- a. Autorité compétente - **procureur du Roi**
- b. Compétence - il peut, dans le cadre de **son pouvoir d'opportunité des poursuites**, éteindre l'action publique ouverte à charge de l'auteur d'une infraction pour autant que ce dernier respecte les conditions qui lui ont été proposées

2. CONDITIONS PREALABLES A L'OFFRE FAITE PAR LE PROCUREUR DU ROI

- | | |
|-----------------------------|---|
| a. Conditions légales | - l'action publique ne peut avoir été intentée (ni par le parquet, ni par la victime)
- l'auteur de l'infraction doit être majeur
- l'infraction ne doit pas être de nature à être punie d'un emprisonnement correctionnel de plus de deux ans |
| b. Conditions d'opportunité | - intervention rapide après les faits
- l'auteur est en aveu
- la victime doit accepter de collaborer et avoir la capacité de transiger |

3. LES QUATRE CONDITIONS OU MESURES ENVISAGEABLES ET CUMULABLES LE CAS ECHEANT

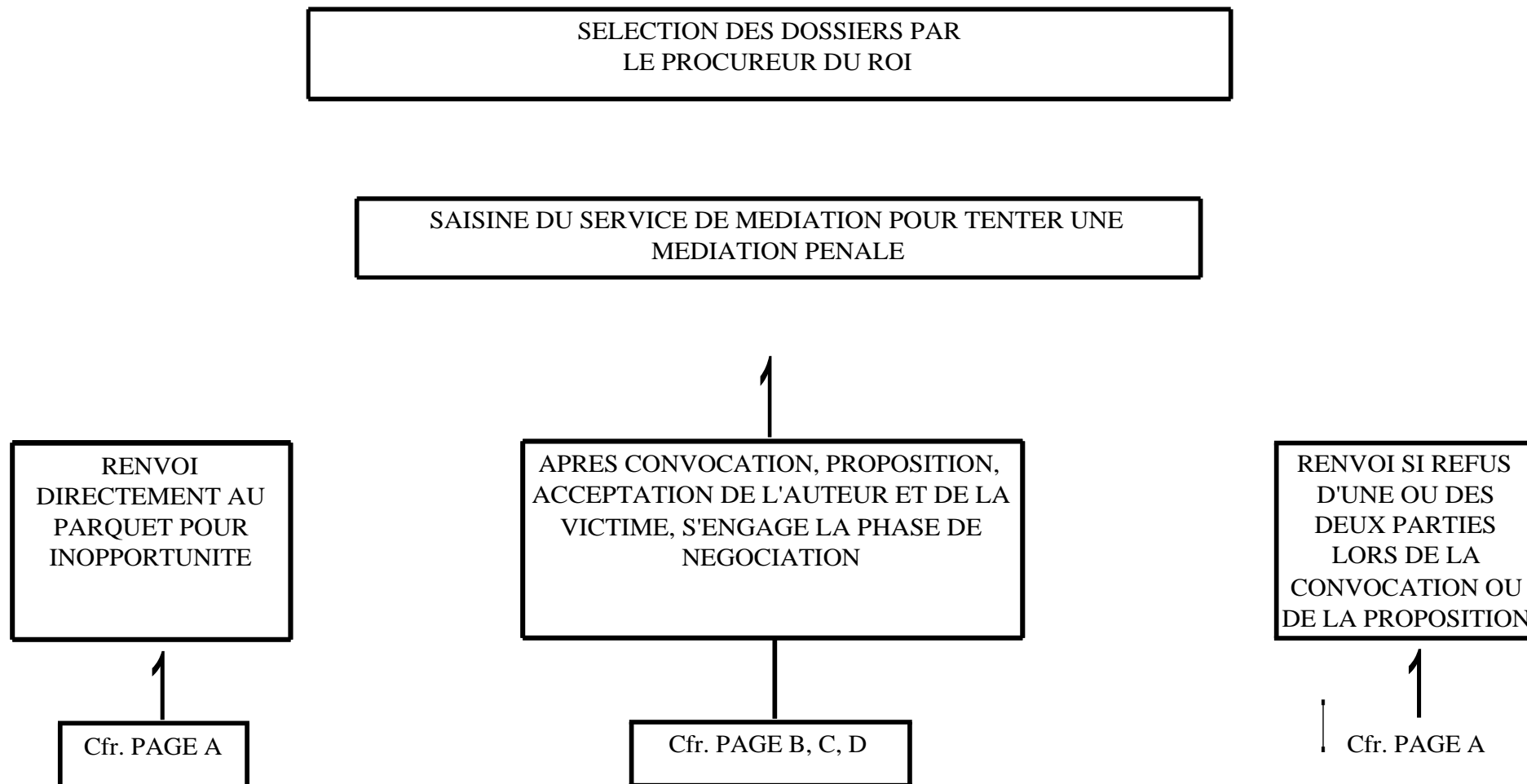
a. Types de mesures	MEDIATION AUTEUR-VICTIME	SUIVI MEDICAL OU THERAPEUTIQUE	TRAVAIL D'INTERET GENERAL	SUIVI D'UNE FORMATION DETERMINEE
b. Conditions particulières	la médiation doit être proposée chaque fois qu'il y a une victime identifiée	l'auteur doit lui-même invoquer comme cause de l'infraction la circonstance d'une maladie ou d'une assuétude	la proposition de TIG doit être précédée d'une enquête sociale effectuée par un assistant de médiation	cfr. TIG
c. procédures	- la médiation au sens strict est effectuée par l'assistant de médiation - quand un accord est dégagé, celui-ci est entériné dans un procès-verbal rédigé en présence des parties par le procureur du Roi	- l'assistant de médiation détermine avec l'individu le traitement médical ou la thérapie adéquat - l'accord de suivi et le délai (qui ne peut dépasser 6 mois) est entériné en présence uniquement de l'auteur dans un P-V par le procureur du Roi	- après que l'enquête sociale ait déterminé si le TIG est opportun , le procureur du Roi entérine l'accord de l'auteur de l'infraction, qui est seul présent , et l'invite à exécuter le TIG qui ne peut dépasser 120 heures dans un délai de un mois au moins et <u>de six mois au plus</u>	- cfr. TIG (sauf qu'il n'y a qu'une obligation de délai et non d'heures à respecter)

d. Assistance d'un avocat	- l'auteur peut se faire assister par un avocat - la victime peut se faire assister ou représenter par un avocat	- l'auteur peut se faire assister par un avocat - la victime n'est pas associée lorsque cette mesure est proposée	- l'auteur peut se faire assister par un avocat - la victime n'est pas associée lorsque cette mesure est proposée	- l'auteur peut se faire assister par un avocat - la victime n'est pas associée lorsque cette mesure est proposée
e. Suivi et exécution de la mesure	l'assistant de médiation contrôle la bonne exécution de l'accord intervenu entre les parties	l'auteur doit fournir périodiquement la preuve qu'il se rend effectivement chez le médecin ou le thérapeute	la mise à exécution concrète et le contrôle du TIG est confié à la Commission de probation	le contrôle du suivi de la formation est effectué par l'assistant de médiation
EFFETS DE LA PROCEDURE				
a. vis-à-vis de l'auteur	lorsque l'auteur a respecté la ou les conditions, le procureur du Roi éteindra définitivement l'action publique pesant à sa charge suite aux faits qui ont motivé la décision de l'envoyer vers la nouvelle procédure.			
b. vis-à-vis de la victime	<p><i>- pour la victime qui a été associée à la procédure :</i> si celle-ci réclame des indemnités supplémentaires, elle pourra intenter une action auprès des juridictions civiles. Dans ce cas, la faute civile de l'auteur sera présumée irréfragablement</p> <p><i>- pour la victime ou les tiers subrogés dans les droits de celle-ci qui n'ont pas été associés à la procédure :</i> ils pourront toujours introduire une action civile. Dans ce cas également, la faute civile de l'auteur sera présumée irréfragablement</p>			

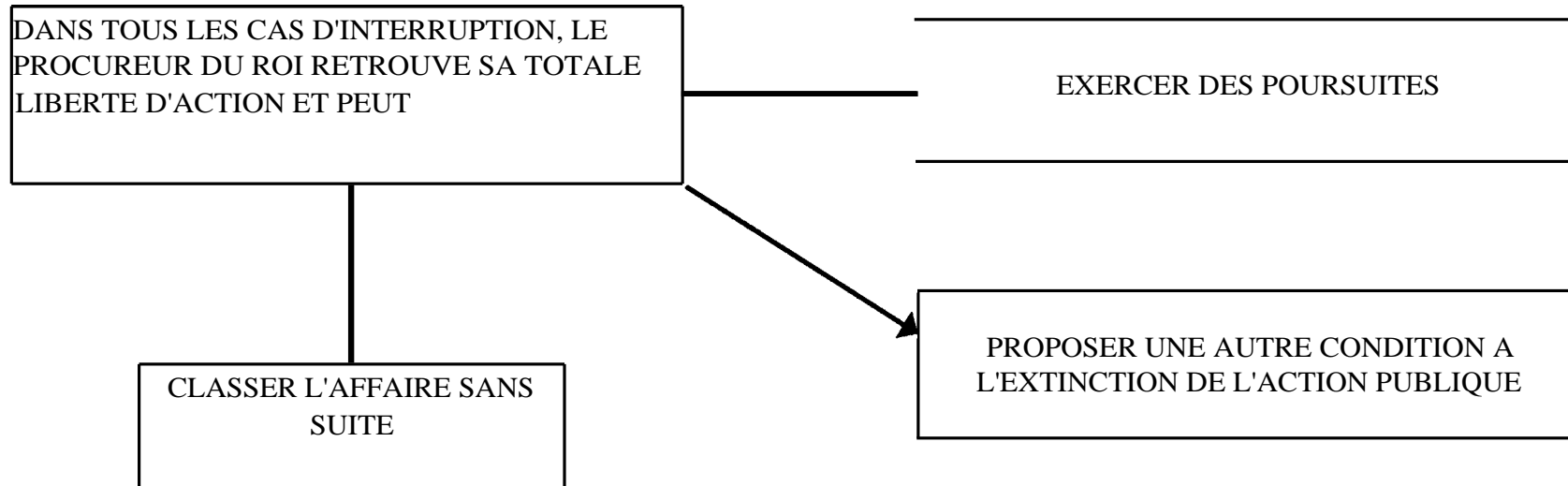
ANNEXE 2.

APERCU SCHEMATIQUE DE LA PROCEDURE SUIVIE POUR L'APPLICATION D'UNE MEDIATION
ENTRE L'AUTEUR D'UNE INFRACTION ET LA VICTIME

PROCEDURE SU V E POUR UNE MÉDIATION PENALE DE TYPE MIXTE



SUITES DONNEES AUX DOSSIERS EN CAS D'INTERRUPTION DE LA PROCEDURE ET APERCU
QUANTITATIF



SUR 2527 DOSSIERS DE
MEDIATION STRICTE CLOTURES
DURANT L'ANNEE 1995, 1379 (54%)
FURENT INTERROMPUS

POUR CES 1379 DOSSIERS INTERROMPUS

- 81 (5,9%) LE FURENT AU MOMENT DE LA SAISINE
- **363 (26,3%) LE FURENT DANS LA PHASE DE CONVOCATION**
- **475 (34,4%) LE FURENT DANS LA PHASE DE PROPOSITION**
- 336 (24,4%) LE FURENT DANS LA PHASE DE NEGOCIATION
- 104 (7,5%) LE FURENT DANS LA PHASE D'AUDIENCE
- 20 (1,5%) DONNÉES INCONNUES

PHASE DE MEDIATION ENTRE L'AUTEUR ET LA VICTIME PAR L'ENTREMISE D'UN
MEDIATEUR TIERS AUX PARTIES

A. LE OU LES ENTRETIENS DE MEDIATION SONT CONDUITS SUIVANT LA STRUCTURE SUIVANTE:

I. INTRODUCTION

INFORMATION SUR LES DROITS ET OBLIGATIONS QU'ENGENDRE
L'ACCEPTION DU PROCESSUS

CREATION D'UNE ATMOSPHERE CONCILIATRICE

VERBALISATION

2. RECITS

DEDRAMATISATION

COMPREHENSION RECIPROQUE

3. RESOLUTION DU
PROBLEME

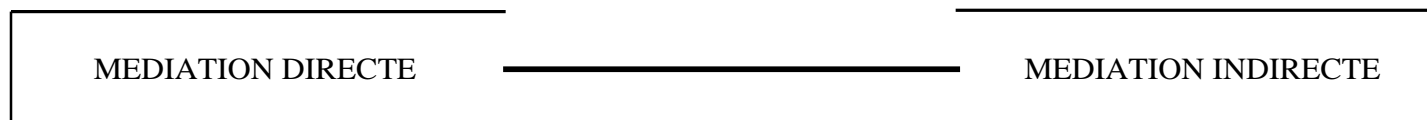
DEGAGER LES PISTES DE SOLUTION ET INCITER LE DEBAT

DEGAGER L'ACCORD ET S'ASSURER DE L'ACCEPTATION RECIPROQUE
DE CELUI-CI (FORMULATION-REFORMULATION)

4. ACCORD

REDACTION DE L'ACCORD

B. DEUX TECHNIQUES



C. APERCU QUANTITATIF

SUR 2527 DOSSIERS DE
MEDIATION STRICTE CLOTURES
DURANT L'ANNEE 1995, 1148 (46%)
ONT ABOUTI A UN ACCORD

NATURE DES ACCORDS

- INDEMNISATION
- REPARATION EN NATURE
- REGLES DE CONVIVIALITE
- DETERMINATION DE PAIEMENT DE
PENSION ALIMENTAIRE ET/OU DE
PRESENTATION D'ENFANT
- EXCUSES ECRITES OU ORALES

**ACCORD/RELATION ENTRE LES
PARTIES**

- PAS DE RELATION : 51%
- FAMILIALE : 42%
- VOISINAGE : 39%
- AMICALE : 46,4%
- AUTRES : 44%

PAGE D

SUITE DE LA PROCEDURE

"AUDIENCE DE MEDIATION"

RENCONTRE DANS LE BUREAU DU PROCUREUR DU ROI POUR
ENTERINER DANS UN PROCES-VERBAL L'ACCORD INTERVENU
ENTRE LES PARTIES

CETTE RENCONTRE SE FAIT EN PRESENCE

- DE L'AUTEUR EVENTUELLEMENT ASSISTE DE SON AVOCAT
- DE LA VICTIME EVENTUELLEMENT ASSISTEE OU
REPRESENTEE DE SON AVOCAT
- DU MEDIATEUR
- DU PROCUREUR DU ROI ASSISTE D'UN SECRETAIRE

SUIVI DE LA BONNE EXECUTION DE
L'ACCORD

EFFECTUE PAR LE MEDIATEUR A
L'INTERVENTION DES PARTIES

L'ACCORD EST
RESPECTE DANS
92% DES CAS

EXTINCTION DE L'ACTION PUBLIQUE

Claude L. BESSARD

*Président de Chambre Honoraire au Tribunal de Commerce de Paris
Expert près la Cour d'Appel de Paris - Arbitre*

LA MEDIATION COMMERCIALE par Claude L. BESSARD

Mesdames, Messieurs,

Le sujet qui m'a été attribué, dans le cadre de cette journée de conférence : "La Médiation Commerciale", a de prime abord constitué pour moi un sujet de réflexion.

En osant un jeu de mots, je dirais même un sujet de méditation, puisqu'il suffit d'ajouter un "T" à médiation, pour produire le mot "méditation". Je vous invite donc à une méditation sur ce concept de "médiation commerciale".

Au premier abord, la formule "Médiation Commerciale" m'a donc surpris.

Depuis quelques années qu'avec d'autres, et parmi d'autres, je m'intéresse à ce renouveau de la médiation, venu des Etats Unis et, plus généralement, du monde anglo-saxon ; depuis quelques années que nous sommes donc un certain nombre à rechercher comment européeniser ces techniques de médiation pour les rendre attractives dans nos pays de droit civil ; depuis tout ce temps, j'ai vu divers adjectifs accolés au mot médiation, mais assez rarement l'adjectif "commercial".

On parle certes depuis longtemps de "médiation pénale" et de "médiation familiale". On parle aussi de "médiation judiciaire" et de "médiation consensuelle". On a forgé des expressions telles que "médiation pré-constituée", "médiation d'amont" ou "médiation d'aval", pour essayer de rendre compte de certains aspects du phénomène. On pourrait multiplier les exemples, mais assez bizarrement, du moins est-ce mon impression, on parle peu de "médiation commerciale".

Je m'en suis donc demandé la raison. Je dois néanmoins reconnaître que, hormis le programme de la présente conférence, j'ai depuis, rencontré deux ou trois fois, ailleurs, l'expression "médiation commerciale". La dernière fois, c'était il y a quelques jours et, c'était aussi dans le programme d'une autre conférence sur la médiation que je venais de recevoir.

Existe-t-il une spécificité de la "médiation commerciale" ?

Pourquoi n'avoir que si peu rencontré cette expression "médiation commerciale", dans les divers cercles se préoccupant de médiation que je fréquente ?

Est-ce que l'adjectif "commercial" aurait une connotation péjorative et puisse faire

penser au commerce de la médiation ?

La question est provocante, mais il est vrai que, la médiation devenant un sujet à la mode, on commence à voir qu'à côté des institutions sérieuses qui, comme ici, informent sur la médiation et font réfléchir à l'intérêt de ses apports, quelques marchands de formation en tous genres cherchent à exploiter ce filon. Il est vrai également que là où la médiation est plus développée, notamment aux USA, on en vient à se préoccuper de l'éthique des médiateurs.

Je crois qu'en réponse à mon interrogation, l'explication la plus simple est sans doute la bonne : si l'on parle peu de "médiation commerciale", c'est surtout parce que la connaissance de l'expérience et des pratiques américaines en matière de médiation s'est presque exclusivement diffusée par l'intermédiaire des milieux de l'arbitrage commercial international.

Dans un tel environnement, il va de soi que l'on s'intéresse avant tout, voire exclusivement, à la solution de différends et litiges de nature commerciale. De telle sorte que l'adjectif "commercial" devient superflu, ou du second ordre par rapport à la novation que représente la médiation en matière de résolution des différends et litiges. Autrement dit, on y fait de la "médiation commerciale", comme Monsieur Jourdain faisait de la prose.

Ainsi, par exemple, j'ai sous la main le "Guide de la Médiation et de l'Arbitrage du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris". Ce centre a été créé à l'initiative de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, en liaison avec, entre autres, le Tribunal de Commerce de Paris et le Comité National Français de la Chambre de Commerce Internationale. On ne peut trouver de meilleures références en matière de commercialité. On chercherait en vain dans ce guide la formule "médiation commerciale" ; tout juste parle-t-on de conflits commerciaux auxquels la médiation est susceptible de s'appliquer.

Un second exemple, tout aussi important, me vient à l'esprit : celui du Groupe de Travail ADR (Alternative Dispute Resolution) créé au sein du Comité National Français de la Chambre de Commerce Internationale. Participant à ses travaux depuis l'origine, j'observe qu'on y a pas, non plus, senti la nécessité d'accoler l'adjectif commercial au mot médiation.

Alors que cependant, on a ressenti le besoin de forger les expressions comme "médiation pré-constituée", "médiation d'amont" ou "médiation d'aval" ; alors même qu'on a hésité et débattu pour choisir entre "médiation amiable" et "médiation consensuelle", pour désigner celle qui n'est pas judiciaire.

Comme le montre l'articulation du programme de cette journée, il existe toutefois divers domaines d'utilisation des techniques de médiation, et donc un besoin de les distinguer les uns des autres. Le sujet de la "médiation commerciale" fait donc pendant à ces autres volets de notre programme que sont la "médiation pénale" et la "médiation familiale".

Je connais peu, sinon de façon très générale, la "médiation pénale" et la "médiation familiale" et, cette journée m'aura, sans doute, donné l'occasion de mieux les connaître. Mon ambition n'est donc pas de présenter la "médiation commerciale" par rapport à ces autres domaines d'exercice des techniques de médiation. Je laisse cela à qui voudrait faire une synthèse en fin de journée.

Puisque "médiation commerciale" il y a, on doit s'interroger sur ce que peut être sa spécificité.

La première évidence, en forme de La Palissade, serait de dire que la "médiation commerciale" s'applique aux différends de nature commerciale.

Plus sérieusement, venant du pays voisin, d'outre-Jura, où coexistent un Code Civil et un Code de Commerce, soit un droit civil et un droit commercial ; où coexistent également des juridictions commerciales, les Tribunaux de Commerce, et des juridictions civiles, les Tribunaux de Grande Instance, il est naturel de rechercher, si les mêmes causes qui ont eu pour effet de créer une spécificité du traitement judiciaire des litiges de nature commerciale, peuvent également avoir pour effet de créer une spécificité de la "médiation commerciale".

On pourrait penser à faire le même raisonnement dans le domaine arbitral. Toutefois, j'observe qu'en français, du moins en France, la formule "arbitrage commercial", n'est guère plus usitée que celle de "médiation commerciale".

C'est, sans doute, pour les mêmes raisons : on pense plus facilement à l'arbitrage de litiges de nature commerciale qui est le plus fréquent. De même, l'arbitrage sur clause compromissoire, qu'il soit institutionnel ou ad hoc, est également le cas le plus fréquent. Or, en droit interne français, il n'est possible qu'en matière commerciale, à raison des dispositions combinées des articles 2061 du Code Civil et 631 du Code de Commerce.

De telle sorte que là aussi, comme l'on pense essentiellement à des litiges de nature commerciale, le qualificatif "commercial" est sous-entendu, sans qu'il soit nécessaire de l'accoler au mot "arbitrage".

A contrario, dans des pays ne connaissant pas les mêmes limitations à l'arbitrage sur clause compromissoire, par exemple les USA, on parle volontiers de "commercial arbitration", par opposition à "labor arbitration", ou "insurance arbitration", ou "environment arbitration", ou "intellectual property arbitration" ... etc. Ainsi, l'American Arbitration Association a-t-elle des règlements d'arbitrage spéciaux pour chacun de ces domaines et pour nombre d'autres.

Par contre, toujours en langue française, si l'on parle peu d'arbitrage commercial, tout court, on emploie volontiers l'expression "arbitrage commercial International".

C'est, peut-être, sous l'influence de ce que la Chambre de Commerce Internationale, institution la plus anciennement connue en matière d'arbitrage "commercial International" a son siège en France. La Chambre de Commerce Internationale a ainsi marqué de son double sceau "commercial" et "international" un mode de règlement des litiges précieux dans les rapports commerciaux internationaux. (par opposition, l'American Arbitration Association a eu des "Commercial Rules" bien avant d'avoir des "International Rules").

En conséquence, pour rechercher s'il existe une spécificité de la médiation commerciale, je crois que la piste la plus féconde est, sans doute, celle qui s'inspire du précédent de la spécificité du traitement judiciaire des litiges commerciaux en France.

La réponse n'est pas dans l'existence d'un droit commercial distinct du droit civil, puisque comme on l'a déjà dit, ou comme on aura l'occasion de le redire encore, la règle de droit n'est qu'un élément parmi d'autres à prendre en compte dans une solution de médiation. En outre, soit dit en passant, les Tribunaux de Commerce, lorsqu'ils ont à juger des litiges nés de situations contractuelles font beaucoup plus usage des règles du droit des obligations du Code Civil, que du Code de Commerce. De même en matière de responsabilité. De même en matière de procédure, le Nouveau Code de Procédure Civile étant applicable dans toutes les juridictions de l'ordre judiciaire français.

Je crois que c'est beaucoup plus en s'intéressant à l'origine historique de la juridiction commerciale française, aux raisons qui l'ont fait naître et à son esprit, que l'on peut tenter un parallèle explicatif avec la médiation, et avec la médiation commerciale.

La juridiction commerciale française est née, ou plus exactement, a été généralisée, il y a plus de quatre siècles. Le besoin auquel elle devait répondre est toujours actuel : la nécessité de pouvoir résoudre vite et bien les inévitables accrocs de la relation commerciale.

A l'époque, on estimait déjà que le recours au Juge de droit commun, celui des cours royales, était trop compliqué, trop cher et trop lent, pour répondre aux besoins du commerce qui, pour ne pas briser l'élan d'une succession d'échanges économiques, exige au contraire la rapidité, la simplicité et et la modicité de coût de toute solution de ses différends. Outre que ces objectifs supposent pour être atteints le recours à des Juges comprenant les problèmes commerciaux.

Je suis assez frappé de constater que le mouvement de développement des ADR et de la médiation aux Etats Unis, qui n'a au plus que deux décennies, offre de grandes similitudes avec ce qui s'est produit en France plus de quatre siècles auparavant. Les hommes d'affaires, les commerçants américains, reprochent à leurs cours et à leurs lawyers, ce que les marchands français du seizième siècle reprochaient déjà à leurs cours royales et à la noblesse de robe.

Le Tribunal de Commerce de Paris (à l'époque on parlait des Juges Consuls) fut créé par un Edit du roi Charles IX, préparé par le Chancelier Michel de l'Hospital, en novembre 1563. Son préambule, sorte d'exposé des motifs, pourrait, aujourd'hui encore, sortir de la bouche de tous ceux qui prônent les ADR et la médiation

Le Roi y déclare agir **"sur la requête et remontrance à nous faite à notre Conseil de la part des marchands de notre bonne ville de Paris, pour le bien public et abbréviation de tous procès et différends entre marchands, qui doivent négocier sans être astreints aux subtilités de la loi..."**

Un telle déclaration de principe ne peut-elle servir également de pavillon à la " médiation commerciale" ?

(Et de même, certains objectifs secondaires, tel celui de l'article 4 de cet Edit qui, pour éviter toute tentation de revenir aux délais, complication et coût de la Justice de droit commun, prescrit aux parties de comparaître en personne "pour être ouïes par leur bouche", sans ministère d'avocat ou de procureur).

Je ne développerai pas davantage ce rappel historique, pour m'en tenir à l'esprit qui s'en dégage.

Si spécificité de la "médiation commerciale" il y a, cette spécificité, au-delà de techniques qui peuvent être communes à d'autres types de médiation, n'est-elle pas dans l'esprit d'une institution apte à prendre en compte ces besoins constants du commerce : rapidité, simplicité, coût réduit, mais néanmoins efficacité maximale ? Le moyen d'atteindre ces objectifs résidant, tout autant, dans la mise en oeuvre d'une procédure ou de procédés appropriés, que dans la confiance placée dans des pairs.

En fait, par ce détour et cette comparaison historiques, je suis presque revenu à cette La Palissade du départ : la "médiation commerciale" se définit par le différend de nature commerciale qui est son objet et par ses protagonistes, les commerçants.

Bien entendu, quand on parle de commerçants, comme autrefois on parlait de marchands, il faut, aujourd'hui, entendre ce terme dans un sens large qui est celui de l'anglais "business men" ou "business people", c'est à dire, en fait, presque tous les acteurs de la vie économique, commerçants individuels et sociétés.

J'espère cependant qu'au delà de cette définition, j'aurai réussi à faire passer un esprit que l'on doit garder en mémoire quand l'objet du différend ou du litige intéresse le commerce : cet esprit de rapidité, de simplicité et d'efficacité.

Il est, en effet, très facile de le perdre de vue, comme le montre l'exemple de l'arbitrage. Conçu à l'origine, et même fondamentalement, comme un mode de résolution des litiges commerciaux plus simple et plus rapide que le recours aux tribunaux, l'arbitrage connaît actuellement une judiciarisation, voire une hyper-judiciarisation, que tous les praticiens déplorent, en même temps que, dans une plus ou moins grande mesure, ils y contribuent.

Cela dit, peut-on aller plus loin dans la recherche d'une spécificité de la médiation commerciale ?

Tout d'abord, il est sans doute utile de dire que les notions de "médiation commerciale" et de "médiation consensuelle" (ou "médiation amiable"), par opposition à celle de "médiation judiciaire", ne se recouvrent pas. La médiation judiciaire, comme la médiation consensuelle, peut avoir pour objet un litige d'ordre commercial.

La différence entre les deux réside dans la façon dont la médiation est initiée : par la seule volonté des parties, dans un cas ; à l'initiative du Juge, avec ou sans l'accord des parties, dans l'autre.

La médiation judiciaire ne peut donc porter que sur un litige, et constitue une "médiation d'aval", soit une médiation venant en aval d'une procédure de type juridictionnel (procès ou arbitrage) déjà engagée.

A l'inverse, la médiation consensuelle peut porter sur un différend (avant tout procès) et constitue une "médiation d'amont", puisque tentée en amont de toute procédure juridictionnelle considérée seulement comme une solution de recours en cas d'insuccès de la médiation.

Dans mon exposé, j'aurai plutôt tendance à me placer dans l'esprit d'une médiation commerciale consensuelle, car c'est, je crois, le cas de figure dans lequel on peut le mieux dégager quelques lignes de force d'une spécificité commerciale. Cependant, on

pourra, sur la fin, ou au cours du débat, dire deux mots de la médiation judiciaire, à laquelle dans le contexte de la procédure civile française, un récent décret du 22 juillet 1996 pris en application d'une loi du 9 février 1995, va pouvoir ouvrir la voie.

Si l'on se tourne maintenant vers le domaine des techniques de médiation, je ne crois pas qu'on y trouvera ce qui ferait la spécificité de la médiation commerciale, hormis une plus grande ouverture à la négociation sur laquelle je reviendrai plus tard.

Je pense, par contre, fécond de rechercher ce que la spécificité commerciale précédemment définie implique, en matière de potentialités de développement de la médiation dans l'environnement des entreprises commerciales, ainsi que de difficultés rencontrées en chemin. Il est également intéressant de rechercher ce que cette même spécificité commerciale implique au regard de certaines caractéristique de la médiation, en général.

La médiation commerciale face au scepticisme à l'égard de la médiation.

La médiation est LE sujet à la mode, a-t-on déjà dit. Si mode il y a, elle fut lancée et, elle est entretenue par le prosélytisme, un peu "boy scout", de nos homologues anglo-saxons. De là à penser que cette mode retombera comme feu de paille, il n'y a qu'un pas et, c'est un premier élément de scepticisme à l'égard de la médiation.

S'interrogeant à ce sujet dans un colloque qu'il présidait, Monsieur le Professeur Lalive citait ce mot du Général de Gaulle : "Il ne faut pas confondre le vent de l'Histoire avec les courants d'air de la mode".

Le scepticisme est aussi, et essentiellement, fait de doute quant au caractère réaliste des objectifs de la médiation. Doute assez souvent doublé d'une certaine dérision, comme l'illustre cette formule d'un grand arbitre suédois : "Mediation is the stuff dreams are made of" (la médiation est la matière dont sont faits les rêves).

Dans le même registre, j'ai entendu un avocat français, qui pourtant est plutôt favorable à la médiation et s'y intéresse, qualifier la position des avocats à l'égard de la médiation, comme faite de "bienveillance plus ou moins sceptique".

Pourquoi ce scepticisme à l'égard de la médiation ?

Pour essayer de répondre à la question, j'observe tout d'abord que ce scepticisme est surtout le fait de professionnels du Droit. C'est le premier cercle, et encore bien souvent le seul, qui ait reçu une première sensibilisation à la médiation.

Ces professionnels du Droit sont, tout naturellement, beaucoup plus marqués, certains diraient "déformés", par les modes de résolution des litiges qu'ils connaissent et pratiquent, c'est à dire ceux de type juridictionnel ; avant tout : le procès judiciaire, et quelquefois : l'arbitrage. Certes, tout un chacun sait aussi et, a eu l'expérience, qu'un procès ou un arbitrage peut se terminer par la conciliation des parties.

On conçoit bien que celui qui est entraîné au combat judiciaire, qui a pour métier de prendre position pour soutenir les intérêts d'une partie contre l'autre et qui, le plus souvent, ne prend connaissance d'une situation que quand elle est détériorée et, pour une bonne partie, à travers la procédure contradictoire, ait quelque difficulté et doive faire un effort pour quitter ses habitudes de pensée et entrer dans la psychologie de la

médiation.

J'ai observé dans les groupes de travail auxquels je participe que ce type de professionnels, de bons, et même de très bons professionnels, le fait en se rattachant à l'expérience de la conciliation en cours de procédure, ce qui le conduit à privilégier, dans son approche, la "médiation d'aval". Celle qui, pour reprendre l'expression de l'un d'eux, et non des moindres, se situerait à un stade utile, celui où "les principaux problèmes sont décantés".

Partant de la même idée, les professionnels allemands du Droit ont une tendance très nette à conclure à l'inutilité de la médiation, à raison de l'expérience qu'ils ont de ce que le Juge allemand n'hésite, ni à pousser les parties à se concilier, ni à faire des propositions en ce sens, ce qu'un Juge français peut plus difficilement faire.

J'ai l'ambition de montrer, dans un instant, que la spécificité de la médiation commerciale devrait plutôt conduire vers une médiation d'amont et, avec des acteurs qui sont plus tournés vers la négociation et la recherche de solutions mutuellement satisfaisantes, que vers l'affrontement et le combat singulier.

Auparavant, je veux mettre en relief cet autre élément de scepticisme qui vient de ce que la médiation apparaît comme une technique importée des USA et, comme un mode de résolution des différends et litiges dont le succès ne reposerait que sur des défauts de l'institution judiciaire américaine : procédure compliquée, génératrice de délais et de coûts élevés.

Comme en Europe, dans nos pays de droit civil, même s'il est de bon ton d'adresser ces mêmes reproches à la Justice de nos pays, on ne connaît pas les mêmes errements, la conclusion est vite tirée que l'intérêt pour la médiation en serait * fort amoindri.

A cet égard, ayant fait allusion précédemment au prosélytisme de nos amis anglo-saxons en faveur de la médiation, je dirais volontiers que s'il fut utile au départ pour nous rendre attentifs au phénomène et nous l'expliquer, il est aussi à double tranchant. J'observe, en effet, que leurs conférenciers ont du mal à sortir des schémas de pensée inspirés des procédures des pays de Common Law et, qu'ils insistent toujours beaucoup trop sur des arguments qui, en Europe, n'en sont pas, ou qui ne sont que des considérations secondaires.

Tous ceux qui, comme ici et aujourd'hui, aspirent au développement de la médiation en Europe doivent s'efforcer de l'eupéaniser, pour lui trouver sa place dans nos modes de gestion des relations commerciales et des différends qui en découlent.

Pour conclure sur la médiation face au scepticisme, je discerne deux lignes d'action

celle dont je viens de parler : débarrasser la médiation de ses atours américains et l'habiller à l'eupéenne ;

parallèlement et, c'est sans doute plus difficile, élargir et différencier les milieux auxquels porter le message de la médiation, car il en est qui, par nature, seront moins sceptiques.

Le pari que je fais est que, si l'on arrive à parler de la médiation commerciale aux commerçants, ceux là seront aptes à en comprendre l'intérêt et à être moins

sceptiques. Toutefois, il est matériellement plus difficile de porter le message à la multitude, plutôt qu'à quelques élus.

La médiation commerciale et la négociation commerciale.

Dans toutes les formations à la médiation, on dresse le parallèle avec la négociation, ou plus exactement on enseigne que la connaissance des techniques de négociation participe de celle des techniques de médiation.

Il y a parenté entre médiation et négociation, au point que souvent, on décrit la médiation comme une négociation assistée.

Cela me conduit à dégager ce qui m'apparaît être une ligne de force de la spécificité de la médiation commerciale : s'adressant aux commerçants, pour résoudre les différends nés de leur commerce, elle concerne des acteurs qui ont l'habitude de négocier.

Le commerce n'est fait que de négociation : c'est une recherche constante de la conciliation d'intérêts contradictoires pour atteindre à un résultat mutuellement satisfaisant. Dans la forme du plus simple échange, le vendeur veut vendre au prix le plus élevé, l'acheteur veut acheter au prix le plus bas, et l'accord se fait sur le prix mutuellement acceptable parce que satisfaisant au mieux à l'ensemble des intérêts de chaque partie. La démarche n'est pas fondamentalement différente dans les contrats les plus élaborés.

Et la démarche n'est pas non plus fondamentalement différente dans la médiation, où il s'agit également d'aboutir à une solution qui prenne en compte les intérêts des parties et qui puisse mieux servir ces intérêts que le recours à une solution juridictionnelle.

On pourrait presque dire que, de la négociation commerciale, que tous les commerçants connaissent et pratiquent, à la médiation, il existe une continuité dans la démarche. A ceci près, toutefois, qu'entre les deux est survenu un accroc de la relation commerciale, un accroc de la relation contractuelle, en un mot : un différend.

Avec la survenance du différend, la négociation commerciale bute sur ses limites, chacun se figeant sur ses positions et la compréhension des intérêts réciproques, comme la volonté ou la capacité de trouver des solutions qui les concilient, fait soudain défaut.

C'est alors que la médiation commerciale peut prendre le relais de la négociation commerciale.

Une fois le différend né, on est à la croisée des chemins

ou bien on laisse les choses s'aigrir davantage et le différend se dégrader en litige que l'on confiera à des spécialistes du traitement juridictionnel ;

ou bien on recourt à une autre forme de négociation, une négociation assistée par un médiateur qui, étranger au différend, saura dépassionner le débat et, par son écoute, restaurer la compréhension entre les parties et, restaurer une recherche de solution mutuellement satisfaisante prenant en compte les intérêts réciproques.

De ces observations rapides, car le temps est limité, je crois pouvoir tirer la conclusion que les opérateurs commerciaux devraient être beaucoup plus réceptifs à la médiation commerciale, dès lors qu'on aura pu leur dire et qu'ils auront vu et compris, qu'avec d'autres moyens, celle-ci est en fait un prolongement de cette négociation commerciale qui leur est si familière.

On en observe des signes aux **U.S.A.** où l'on dit couramment que le développement de la médiation commerciale est maintenant "client driven", c'est à dire que le recours à la médiation est exigé par les clients qui en ont découvert les avantages.

Je crois donc que, pour développer la médiation commerciale dans nos pays d'Europe, il faut surtout la faire connaître aux commerçants, c'est à dire à tous ceux qui journalièrement négocient et, qui savent par expérience qu'il est des fois où la négociation bute sur des positions paraissant inconciliables.

Pour avoir été des leurs dans ma carrière professionnelle, je suis convaincu que ceux-là seront réceptifs au message leur disant que la médiation permet de repousser un peu plus loin, voire beaucoup plus loin, les limites de la recherche d'une solution amiable, commercialement satisfaisante.

Les difficultés sont cependant réelles. La première que j'ai déjà évoquée est la multitude des intéressés potentiels à qui porter l'information. Il faut pouvoir trouver des relais dans les chambres de commerce ou les syndicats professionnels, ou que de tels organismes se fassent, eux-mêmes, institutions de médiation ou promoteurs de la médiation.

C'est, par exemple, ce qu'a entrepris la Chambre de Commerce de Paris avec le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, que j'ai déjà cité. Cette chambre de commerce dispose de moyens importants : revues, organismes de formation, écoles, centres de conférences, etc., mais elle a aussi 220.000 ressortissants à qui faire passer le message. S'il y a déjà eu quelques médiations, les progrès sont lents.

Une autre difficulté susceptible d'être rencontrée résidera dans une autre forme de scepticisme à l'égard de la médiation : un négociateur commercial risque de ne pas accepter volontiers l'idée que le différend naît des limites de la négociation dont il est acteur et, que l'intervention d'un tiers, l'intervention du médiateur, moins au fait que lui de toutes les données du problème, pourrait suffire à débloquer la situation.

Pour parler un langage très commun, on risque de s'entendre dire : la négociation, nous savons faire ; nous n'avons besoin de personne pour nous aider à négocier.

Le remède sera, bien entendu, d'expliquer ce qu'est la médiation et ses ressorts qui font qu'elle fonctionne, sans que cela implique pour autant que ceux qui ont rencontré un différend sur leur route, ne savaient pas négocier.

La médiation commerciale et le contrôle de sa solution par les parties :

Une réponse au problème précédent est, bien entendu, de montrer et de faire comprendre qu'une grande caractéristique de la médiation commerciale est que chaque partie conserve, à tout moment, le contrôle du processus et de la solution qui en sortira.

La médiation commerciale, comme toute autre médiation, est en effet consensuelle de bout en bout, du début à la fin. A la différence de l'arbitrage qui ne l'est qu'à son origine.

Cette caractéristique essentielle de la médiation présente de l'intérêt pour tout opérationnel commercial, car la survenance d'un différend ou d'un litige ne le dessaisira pas.

Que se passe-t-il en effet, par exemple dans une entreprise déjà un peu structurée, quand survient le différend, puis le litige que l'on soumet au traitement judiciaire ou arbitral ?

Tout d'abord, l'opérationnel commercial le ressent comme un échec personnel. De fait, le problème litigieux va lui échapper, pour passer à un service fonctionnel interne, secrétariat général ou service juridique. Puis pour passer chez un conseil extérieur qui le soumettra au Juge ou à l'arbitre.

C'est tout juste si l'on demandera à celui qui était le responsable initial de transmettre ses dossiers, voire de fournir un témoignage. Il s'ensuit une démobilisation, voire la tentation d'éluder toute responsabilité ; l'information se dilue tout au long de la chaîne. C'est finalement un problème assez désincarné, et structuré essentiellement de façon à épouser un raisonnement juridique, que l'on soumet au juge ou à l'arbitre.

Une fois le problème litigieux enfourné dans le tuyau du traitement judiciaire ou arbitral, les opérationnels commerciaux, et même souvent le chef d'entreprise tout autant, en perdent le contrôle au profit de spécialistes, jusqu'à ce qu'une solution en ressorte ; solution qui sera ce qu'elle sera et qui ne sera pas nécessairement la plus satisfaisante.

Au contraire, dans la médiation commerciale, les chefs d'entreprise de chacune des parties, et/ou leurs opérationnels commerciaux de niveau approprié, conservent un contrôle constant d'un processus de règlement du différend. Ils y sont non seulement associés, mais ils en deviennent les acteurs, aux côtés du médiateur.

La médiation commerciale et ses acteurs.

Les chefs d'entreprise de chaque partie et/ou leurs collaborateurs de niveau approprié sont, en effet, les acteurs principaux de la médiation commerciale.

Ils ont la connaissance intime des faits qui ont conduit au différend. Ils ont aussi celle des intérêts de leur entreprise et sont les mieux à même d'apprécier si la solution proposée est compatible avec ces intérêts. Enfin, et surtout, ils ont le pouvoir de décision pour accepter une solution de médiation.

Quel que soit d'ailleurs le type de médiation, quels que soient les auteurs qui en traitent, on retrouve toujours cette exigence de la participation personnelle et directe des intéressés. Ceux-ci peuvent, bien entendu, se faire assister ou conseiller, mais non représenter. Ce qui entraîne une modification du rôle de l'avocat, que je ne fais qu'évoquer au passage, car il n'est pas de mon propos d'en traiter.

La participation personnelle au processus de médiation de ceux qui possèdent

l'information et le pouvoir de décision rejoint cette disposition de l'Edit de novembre 1563 sur la juridiction commerciale française, lequel exigeait que dans la procédure ainsi instituée, les marchands "soient ouïs par leur bouche".

Dans un cas, comme dans l'autre, on retrouve ce même souci, de la rapidité, de l'économie et de l'efficacité du règlement des différends et litiges, en concentrant l'attention sur ce qui fait commercialement problème.

Comme je le disais, en commençant, non seulement la médiation, mais plus généralement, ce que j'appellerai le "mouvement ADR", cette recherche de modes alternatifs de résolution des litiges, redécouvre une vérité qui est de tous les temps et de tous les domaines.

Comme en médecine, comme en matière de lutte contre l'incendie, comme en bien d'autres domaines, un problème pris à temps, avec les moyens appropriés, est toujours plus facile à régler, et sa solution laisse beaucoup moins de séquelles. On peut aussi faire de la prévention et réduire le risque de voir le problème survenir.

Pour synthétiser la philosophie générale des ADR, dont la médiation représente la technique de base, j'utilise volontiers l'image d'un panorama semi-circulaire

En parcourant ce panorama de la gauche vers la droite, on y inscrit la vie, dégradation et mort de la relation contractuelle, depuis l'idylle pré-contractuelle, tout à fait à gauche, jusqu'aux séquelles de la mort de la relation contractuelle, tout à fait à droite.

En parcourant, maintenant, ce même panorama de la droite vers la gauche, on peut y inscrire les différents modes de règlement des litiges : un premier secteur, tout à fait à droite, représentera le procès judiciaire, un autre, en suivant vers la gauche, représentera l'arbitrage.

Puis après, on peut tracer la frontière entre les modes juridictionnels et non-juridictionnels de résolution des litiges. Là commence le domaine des ADR qui peuvent être caractérisés, de façon générale, comme l'ensemble des modes de règlement non-juridictionnel des différends et litiges.

Toujours en parcourant notre panorama vers la gauche, vient alors le très large secteur de la médiation, qui pourrait être subdivisé entre différentes formes de médiation, mais là n'est pas mon propos.

Puis, en continuant toujours vers la gauche, on trouve des techniques d'ADR qui sont contemporaines, soit de l'exécution de la relation contractuelle, ce sont les D.R.B. (Dispute Review Boards), soit de la naissance de la relation contractuelle, c'est le Partnering ou Partenariat.

Ce que je veux montrer par cette image, c'est que la philosophie de toute la démarche ADR vise à faire remonter la solution du différend ou du litige au plus près de sa source, là où est l'information, là où sont les compétences, là où le désir de continuer à travailler ensemble est encore fortement ressenti.

La médiation commerciale a donc aussi cet effet de faire remonter le traitement du différend au plus près de sa source et de ses acteurs.

La médiation commerciale idéale serait pour moi celle qui se situerait le plus en amont possible. Celle qui à la manière des D.R.B., mais sans la même sophistication, s'inscrirait dans le cadre de la relation contractuelle pour aider à franchir les passes difficiles.

La médiation commerciale et la préservation des relations.

C'est un lieu commun, quand on présente la médiation, de dire qu'en permettant d'éviter l'affrontement judiciaire ou arbitral, elle en évite aussi les séquelles, et notamment, la détérioration, souvent irrémédiable, de la relation entre les parties. C'est un lieu commun de le dire, car c'est l'un des grands avantages de la médiation.

En matière commerciale cet avantage est particulièrement important. L'âme du commerce, c'est le crédit ; c'est à dire la confiance a priori dans le partenaire avec lequel on veut commercer.

Le commerçant privilégie la qualité des relations, car il sait d'instinct que, sans l'harmonie des relations, on ne pourra pas trouver les bases d'un échange qui, mutuellement satisfaisant, satisfera au mieux ses propres intérêts. Il la privilégie également dans la durée, car il sait que le succès de ses affaires se construit pas à pas.

En français, le mot "commerce" porte, en lui-même, cette idée de relations harmonieuses. Dans un sens dérivé de ce mot, ne dit-on pas d'une personne qu'elle est d'un commerce agréable ?

De même, tout bon commerçant cherche à développer le nombre de ses relations d'affaires, plutôt que le contraire. Il n'y a que de mauvais commerçants qui cherchent "faire des coups", sans se soucier de l'avenir, en se faisant des ennemis.

Dans une conférence de l'Association Suisse d'Arbitrage où l'on évoquait ce sujet, le président de cette association citait, à cet égard, un proverbe zurichois du Moyen-âge exprimant que, dans leur vie, les commerçants se rencontrent au moins deux fois.

C'est toutefois dans le cas des nombreux contrats commerciaux dont l'exécution s'inscrit dans la durée que la préservation de bonnes relations, et par conséquent, la préservation des chances de continuation de la collaboration entre les parties, est particulièrement précieuse.

Ainsi, pour ne citer que quelques exemples : en matière de contrats de fournitures à exécution successive, en matière de contrats d'agence, de concession et de distribution, au sens large, en matière d'accords de joint venture, en matière d'accords de licence, ... etc. Il s'agit en fait de tout type de contrat par lequel les parties ont décidé de faire intérêt commun pour une durée déterminée ou indéterminée.

La médiation commerciale et le médiateur commercial.

Quand on prône la médiation, il est difficile chercher à faire un portrait-robot du médiateur commercial idéal, sans s'exposer au risque de décrire ce que l'on voit dans son propre miroir.

Mais procédons par ordre et, revenons aux comparaisons du début.

Quand on parle d'arbitrage, l'un des avantages que l'on cite est celui de pouvoir choisir son Juge, et donc de pouvoir choisir un arbitre expérimenté. Cela sous-entend qu'il sera expérimenté non seulement en procédure arbitrale et en science juridique, mais aussi qu'il aura une expérience des litiges commerciaux et de leur solution.

Si l'on se réfère à l'autre exemple, celui de la juridiction commerciale française, issue de modes de règlement des litiges commerciaux déjà pratiqués dans les grandes foires du Moyen-âge, ce même souci que l'on rencontre, aujourd'hui en arbitrage commercial international, a conduit à ce que les marchands d'alors, ou les commerçants d'aujourd'hui, soient jugés par leur pairs, par ceux d'entre eux qu'ils auront élus pour remplir cette fonction.

Que doit-il en être en médiation commerciale ?

Idéalement, le médiateur peut être choisi par accord des parties et, nul doute qu'un tel consensus de départ ne soit un excellent signe pour la recherche d'une solution consensuelle. Ce cas de figure pourrait se rencontrer dans ce que je qualifiais, tout à l'heure, de médiation commerciale idéale, qui serait, en quelque sorte une médiation commerciale pré-constituée, en ce sens que les parties se seraient entendues sur la personne d'un médiateur, avant toute survenance d'un différend.

Dans la pratique, si la médiation est initiée après survenance du différend, et si, comme actuellement, la rareté des clauses de médiation dans nos contrats fait que, si et quand médiation il y a, c'est à l'initiative d'une partie qui, directement, ou plus facilement par le truchement d'un centre de médiation, arrive à convaincre l'autre, on peut douter que la conviction ainsi acquise aille jusqu'à accepter le médiateur proposé.

Comme le médiateur est unique, il en ira de sa désignation comme de celle de l'arbitre unique : elle sera le plus souvent le fait d'une institution, d'un centre ou d'une autorité.

Concernant le profil du médiateur commercial qu'une institution ou une autorité pourrait ainsi désigner, il m'apparaît que ce médiateur devra certainement avoir une expérience des problèmes se posant couramment dans la vie des affaires, et ce, à un niveau d'exigence supérieur à ce qu'il est pour l'arbitre commercial.

En effet, l'arbitre commercial doit essentiellement décider en droit d'un problème qui lui est posé en termes juridiques, dans le cadre d'une procédure bien déterminée. L'expérience de la chose commerciale lui est surtout utile pour l'analyse et la compréhension des faits sur lesquels repose le litige.

Le médiateur commercial doit, par contre, descendre dans l'arène où il sera en prise directe avec des hommes ou femmes d'entreprise, avec des opérationnels commerciaux, pour avec eux analyser leurs problèmes, les faire communiquer, identifier les intérêts à prendre en compte, aider à dégager une solution, voire en suggérer une. En fait, le médiateur commercial doit pouvoir entrer dans la relation commerciale entre les parties et s'en imprégner.

Il m'apparaît que, pour être crédible et entraîner l'adhésion des parties, le médiateur commercial doit pouvoir parler le même langage et, surtout, il ne doit pas être perçu

comme quelqu'un qui découvrirait tout du commerce.

Il ne s'agit pas de rechercher l'hyper-spécialisation dans un commerce ou un domaine déterminé ; elle n'est pas nécessaire, elle pourrait même être nuisible, si le médiateur donnait l'impression aux parties de vouloir leur apprendre leur métier.

Il s'agit plutôt d'avoir l'expérience des relations commerciales ou des rapports entre les hommes au sein d'une entreprise commerciale, pour sentir et comprendre le non-dit.

Au delà de cette sensibilisation commerciale, une formation aux techniques de médiation, ou à tout le moins une expérience de la négociation commerciale doublée de facultés d'écoute, est nécessaire, ou du moins très souhaitable.

Je ne pense pas, en effet, que le commerçant ou l'homme d'affaires lambda, c'est à dire brut de fonderie, puisse directement, et sans préparation, faire un bon médiateur commercial.

Si c'est un bon négociateur, il est certain que ses facultés d'écoute ne seront pas la hauteur de sa propension à s'affirmer. Ou pour employer un mot plus savant, qu'il n'aura pas une tendance naturelle à manifester de l'empathie.

De même, les gens d'entreprise ont une tendance naturelle à vouloir aller vite, à brûler les étapes et à sauter à la conclusion. On l'observe, par exemple, avec tout nouveau juge arrivant au Tribunal de Commerce ; il faut lui apprendre que, même si cela peut apparaître fastidieux, un jugement est une suite et un enchaînement de syllogismes dont chacun a son importance.

Pour conclure vite sur ce problème du profil du médiateur, je pense qu'il faudra en passer par un système de listes que des institutions pourraient établir, que celles-ci administrent, ou non, des médiations.

D'autant plus que, si la médiation se développe et devient un succès, on risque de voir fleurir beaucoup de vocations, et des vocations d'autant plus nombreuses qu'en l'absence de technicité du droit, comme en arbitrage, et l'expérience en matière de médiation étant encore limitée dans nos pays, personne ne doutera d'avoir les capacités requises pour être médiateur.

Or j'ai déjà cité le cas des USA, où des problèmes d'éthique du médiateur sont apparus et où certains états ont légiféré à ce sujet. De même, par le récent décret du 22 juillet 1996, relatif à la médiation judiciaire, le législateur français a fixé cinq conditions auxquelles le médiateur judiciaire doit satisfaire, pour garantir son honorabilité, ses qualifications et son indépendance.

(Il est intéressant de noter, au passage, que le législateur français est plus exigeant en ce qui concerne le médiateur, qu'en ce qui concerne l'arbitre).

En Europe, plusieurs institutions ont dressé des listes de médiateurs, à partir de personnalités sélectionnées.

Je ne souhaite pas en faire un catalogue, car j'en oublierais sûrement. Je ne citerai que deux de ces institutions, que je connais un peu plus que les autres, pour être sur leur liste.

D'abord, tout près de nous, ici à Genève, le Centre d'Arbitrage et de Médiation de l'OMPI, spécialisé sur les différends et litiges intéressant la propriété intellectuelle, mais il s'agit là aussi de problèmes commerciaux, au sens large, et donc de médiation commerciale. Il faut noter que le Centre de l'OMPI organise régulièrement des stages de formation à la médiation.

L'autre exemple est celui du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris qui a aussi dressé une liste de médiateurs et, qui va également développer une politique de formation.

Je ne connais pas, dans le détail, quelle est la liste de médiateurs de ce centre, mais concernant le profil de ces médiateurs, je sais qu'il a été choisi d'y faire figurer un certain nombre d'anciens juges du Tribunal de Commerce de Paris et que, les premiers cas de médiation qui ont été traités, l'ont été par des médiateurs ayant ce profil.

C'est sans doute pour le type d'expérience que ce profil implique, mais c'est peut-être aussi pour l'entraînement au bénévolat des juges du commerce, car le CMAP qui est une émanation de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, a choisi de mettre la médiation à la portée des petites entreprises qui forment les gros bataillons des adhérents de ladite chambre de commerce, et par voie de conséquence, les honoraires alloués aux médiateurs sont très modestes.

Je sais également que certaines associations ou compagnies d'Experts judiciaires sont en train de concevoir leurs propres listes de médiateurs, tout en n'ayant aucune ambition d'administrer des médiations. C'est surtout, je pense, pour se positionner dans le domaine de la médiation judiciaire qui peut présenter une certaine parenté avec l'expertise judiciaire. C'est aussi, parce que le législateur français a prévu que le Juge pouvait confier la médiation à une personne physique ou à une association.

Conclusion

Arrive le moment de devoir conclure cette recherche d'une spécificité de la médiation commerciale.

Si je m'interrogeais, au départ, je conclus maintenant à l'existence de cette spécificité.

J'en ai examiné diverses facettes au cours de mon exposé, sans d'ailleurs prétendre à l'exhaustivité, mais avec l'ambition de faire ressortir quelques caractéristiques ou lignes de force de la médiation commerciale.

Je voudrais terminer en mettant en relief celle de s'adresser aux commerçants, au sens large, pour les différends nés de leur commerce, doublée de celle de pouvoir ainsi s'adresser à un public, j'oserais dire à une "clientèle", qui sera favorablement disposé(e), dès lors qu'on aura pu lui expliquer que la médiation commerciale est cohérente avec sa pratique commerciale des affaires.

Dès lors que cette "clientèle" aura compris que la médiation commerciale prolonge et substitue la simple négociation commerciale, avec des acteurs qui restent les mêmes, qui conservent leur pouvoir de décision et, qui pourront surmonter d'inévitables

différents, sans pour autant entrer en guerre avec leurs partenaires et, sans compromettre l'avenir.

Pour rester dans le domaine de la langue du commerce : si nous voulons développer la médiation commerciale dans nos pays de droit civil, il faut maintenant "vendre" la médiation commerciale à ses utilisateurs potentiels, soit à tous les commerçants, à toutes les entreprises commerciales, non seulement de France et de Navarre, comme l'on dit chez nous, mais aussi, de Suisse et d'ailleurs.

C'est un problème de marketing classique : "le produit" (la médiation commerciale) existe, des "arguments de vente" peuvent être dégagés, comme j'ai tenté de la faire au cours de cet exposé. Une difficulté non négligeable réside en ce que la "clientèle" est infinie et qu'il faudra donc sélectionner des "cibles", en fonction de critères à déterminer.

Comme nous le faisons ici, il faut faire connaître la médiation et, multiplier de tels efforts pour la faire connaître au plus grand nombre de décideurs potentiels.

En tentant une dernière variation sur le mot médiation, qui sera aussi le mot de la fin, il nous faudrait l'aide de tous les médias possibles pour médiatiser **la médiation**.

Claude L. BESSARD

LA MÉDIATION FAMILIALE

Jean-Charles Kempf, Président de l'association genevoise pour la médiation familiale.

Quelques réflexions ont jalonné ma carrière de juge, notamment en matière de droit de famille, appelé écouter (c'est fondamental), à concilier, à trancher :

- Souvent nos contemporains se sont engagés dans le mariage sans réflexion suffisante ; ils réfléchissent davantage à leur séparation : la crainte du lendemain, l'éducation des enfants, le maintien de leur affection, les hantent.

- Ils ont échoué dans leur union ; évitons qu'ils échouent dans leur séparation.

- Les solutions imposées sont rarement acceptées, souvent nos jugements sont mal compris et plus mal appliqués (que l'on pense à tant d'exemples tragiques concernant le droit de visite).

Ce risques de l'acharnement procédural. Je pense à cette dame complètement anéantie par une qui m'a beaucoup frappé, ce sont

- Les longue procédure et qui finalement capitule. A cette connaissance qui a plaidé durant cinq ans quant au droit de visite : l'enfant ne veut plus voir son père - mais qu'elle image lui a-t-on donné pour obtenir une réduction de 50 francs par mois de sa contribution. A ceux qui se disputent avec ce père ? A ceux qui n'ont pas fait le deuil de leur union.

- Les risques aussi de séparation ou divorces mal ou trop vite faits. On en a tellement assez de la vie conjugale que l'on est prêt à tous les sacrifices : l'époux pour payer au delà de ses forces, l'épouse d'accepter n'importe quelles conditions pour en finir. Surtout s'il y a des enfants les séquelles à long terme peuvent être terribles. Et il est plus difficile encore de modifier un jugement de divorce.

Alors, lorsque j'ai entendu parler de médiation familiale, je me suis instinctivement intéressé.

Il est vrai que dans nos vieilles démocraties, il est difficile d'introduire des pratiques nouvelles, telle la médiation, mais n'incriminons pas d'abord les juristes et législateurs alors que les mentalités n'ont pas encore évolué.

* * *

Nous recevons toutefois, précisément du législateur, un encouragement précieux.

Dans son avant-projet de révision du code civil suisse, il prévoit (ad art. 151) que « Les cantons veillent à ce que les époux puissent s'adresser à des personnes qualifiées en matière de médiation, qui les aident à s'entendre sur leur divorce et ses effets. »

Ce qui me réjouit plus encore est de constater que dans son message du 15 novembre 1995 le Conseil fédéral se livre à une analyse attentive des travaux menés notamment en Allemagne, en France et en Suisse, même à Genève avec Laura Cardia-Vonèche. Il vaut la peine de le citer

« Comme les époux doivent élaborer eux-mêmes une solution, leur autonomie est renforcée. Les solutions qu'ils ont élaborées ensemble ont plus de chance d'être appliquées à long terme que les décisions prises par le juge. Il est aussi plus probable que les problèmes survenant

ultérieurement puissent être résolus par les parents eux-mêmes dans l'intérêt de leurs enfants. L'aptitude des parents à dialoguer aide les enfants à surmonter les difficultés liées au divorce."

Ce message est également remarquable lorsqu'il souligne la nécessité d'une formation interdisciplinaire, la base volontaire, la garantie de la confidentialité qui exclut le témoignage en justice du médiateur, lequel veille au rétablissement de la capacité de dialoguer et de collaborer. Il n'est pas question d'indépendance et de neutralité tant cela va de soi. Une petite note fédéraliste n'a pas été omise puisque les cantons jouissent (comme en matière d'offices de consultation conjugale) d'une grande liberté pour l'organisation de la médiation¹. Il ne semble pas que la commission du Conseil des Etats ait voulu se montrer plus directive à cet égard.

* * *

La reconnaissance légale de la médiation s'inscrit dans un cadre plus large, dans une optique fondamentalement différente du divorce et de la séparation.

Au divorce sanction succède le divorce faillite.

Renchon, lors du colloque de Lausanne² a indiqué que de telles réformes n'ont pas encore traduit « une modification fondamentale du regard posé par la loi sur le mariage et le divorce » et d'évoquer « le fatalisme qui consiste à s'incliner devant l'échec ». L'échec, comme la faillite, renvoie à l'idée de la faute, de l'anormalité, de la culpabilité.

Praticien, je me montrerai moins pessimiste. Pour avoir trop souffert de la recherche souvent obstinée en procédure de la faute, je considère qu'il est beaucoup plus constructif de se limiter à un constat, lequel aura au moins le mérite de favoriser une certaine déculpation. L'essentiel est d'éviter tout jugement de valeur négatif sur une séparation.

Dans cette optique nouvelle, le recours à la médiation paraît favorisé.

Il ne m'appartient pas (fort heureusement) de rechercher une définition de la médiation - l'accent étant mis sur le mode alternatif de résolution des conflits - et de la médiation familiale en particulier qui favorise une rupture sans la honte de perdre ou le triomphe de gagner.

Voilà ce que j'ai pu écrire à fin août.

Comme il est dangereux de prévoir une intervention par trop d'avance.

Il semble que le Conseil des Etats - l'une des deux chambres de notre parlement fédéral - n'ait pas voulu du projet d'article 151 CC pour trois motifs

- Ne pas imposer aux cantons des charges financières nouvelles. Observons que les Offices de consultation conjugales n'ont pas grevé lourdement les budgets publics et que la médiation se

¹ Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse du 15 novembre 1995, p. 155.

² La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits. Lausanne, 14 et 15 novembre 1991. Publications de l'Institut suisse de droit comparé, no 19, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1992, p. 288.

pratique largement sous le couvert d'associations privées qui pour être subventionnées n'ont pas ruiné ces mêmes budgets.

- La crainte que la médiation soit utilisée par la partie la plus forte au préjudice de la plus faible (habituellement la femme). Je m'expliquerai tout à l'heure à cet égard. Mais c'est douter de la participation impartiale du médiateur qui, face à une réalité concrète, et à la nécessité de forger un avenir sur des bases équitables, favorisant l'épanouissement de tous les membres de la famille, ne peut accepter que les parties souscrivent à n'importe quelle solution.

- La médiation n'aurait rien à faire dans le code civil. Le législateur, dans un excès de pureté, veut-il exclure toute intervention tierce, toute ingérence par rapport à sa propre justice, à ses tribunaux. Avec raison pourtant il encourage la consultation conjugale.

Il me semble qu'il aurait bien tort de se priver de la médiation qui permet d'éviter que des querelles interminables se développent devant cette justice, que l'on peut dire traditionnellement engorgée, puis que les jugements de celle-ci doivent s'exécuter à grand renfort de services sociaux ou de contentieux divers.

Ce que je voudrais surtout affirmer ici c'est la chance de pouvoir éviter, dans nombre de cas, la souffrance des personnes vivant au coeur de conflits mal résolus.

La médiation est résolument tournée vers l'avenir. Cet avenir qu'il convient de construire autrement.

Même s'il ne devait s'agir que de liquider quelques biens matériels, il s'agirait de l'organisation future de l'existence.

Plus encore si le sort d'enfants est en jeu. Les parents ont échoué dans leur union, mariage ou union libre - l'expérience enseigne que les problèmes familiaux liés à ce second type de relations ne sont pas les plus aisés à résoudre - ils demeurent tous deux les parents d'un ou plusieurs enfants.

On insiste aujourd'hui avec force raison sur la nécessité pour l'enfant de s'appuyer sur ses deux parents. Je n'entrerai pas dans la question de l'autorité parentale conjointe ou de la garde alternée, sauf pour dire qu'elles ne sont concevables que dans l'hypothèse d'une identité de conceptions quant aux options essentielles concernant l'éducation des enfants.

Qu'il s'agisse, selon les critères dégagés par Jean-François Six³, de médiation créatrice, rénovatrice, préventive ou curative, le but demeure de permettre à des êtres humains de forger, dans un dialogue constructif et autonome, leur devenir et celui de leur famille.

Mais qui es-tu médiateur ? Puisque l'on insiste beaucoup pour dire - et on le rappellera tout à l'heure - que tu n'es ni un juge, ni un conciliateur, ni avocat, ni conseiller conjugal, ni assistant social.

Es-tu donc un serviteur inutile ou l'accoucheur d'une famille réorganisée⁴ ou d'une nouvelle définition des devoirs qui demeurent des parents vis à vis de leurs enfants' ⁹

³ Le temps des médiateurs. Paris, Seuil, 1990 p. 71.

⁴ Schwaar, Colloque de Lausanne, op. cit. p. 312.

Tu facilites, dans un espace de négociation, un lieu d'écoute, d'échange et de communication ⁶, l'interaction des personnes. Si tu as la charge de définir ou d'isoler les questions litigieuses, il est bien précis que le contenu des décisions appartient au couple qui doit parvenir à une entente mutuellement acceptable' .

Evoquant l'opportunité de recourir à la médiation avec quelques collègues chargés de maints dossiers de droit de famille, je recevais cet avis : le recours à la médiation n'est-il pas tardif lorsque face à une procédure qui s'enlise il est proposé d'y recourir en ouvrant comme une parenthèse dans cette procédure ? Le stade de l'essai de conciliation ne serait-il pas plus favorable ?

S'il n'est jamais trop tard pour recourir à la médiation, il faut dire que le moment optimum se situe avant le pas décisif que constitue le recours à la justice et même déjà à un homme de loi. Des expériences étrangères ont démontré l'utilité d'une telle pratique'. On a trop souvent tendance à faire appel à des médiateurs quand tout va mal, il importe d'intervenir en amont du conflit⁹ .

Sans doute la médiation n'est-elle pas encore assez connue et entrée dans les moeurs chez nous pour que l'on y recourt avant tout contentieux. Dommage.

* * *

Et pourtant le terme de médiateur est sur toutes les bouches. Paradoxalement, c'est à la fois une chance et un péril pour la médiation.

Préparant cette intervention, Je recevais une invitation à une table ronde étant précisé que Monsieur X en serait le médiateur. Connaissant bien la personne je pouvais m'imaginer qu'elle avait sur le sujet du débat un avis infiniment respectable mais bien marqué, ce qui ne correspondait guère la définition de neutralité et d'indépendance du médiateur.

Michèle Guillaume-Hofnung a remarqué que « la prolifération des pratiques hétérogène se réclamant de la médiation témoigne plus d'un besoin vital de médiation que de sa vitalité » ¹⁰ Et cet auteur d'insister - comme nous ne le ferons jamais assez - sur le besoin de formation

⁵ Mähler & Mähler, "Mediation in der Praxis", in Mediation : die andere Scheidung, Klett-Cotta, Stuttgart, 1995, p. 130.

⁶ Biletta, Colloque de Lausanne, op. cit., p. 218.

Baru, Colloque de Lausanne, op. cit., p. 203.

⁸ Filion, Colloque de Lausanne, op. cit., p. 24.

⁹ Varin, Cahier No 57, p. 19.

¹⁰ Guillaume-Hofnung, La médiation. Paris, PUF, 1995 (Que sais-je ? no 2930) p. 111 et 125.

Il faut souligner ici l'immense effort accompli à cet égard pour assurer la formation de base et la formation permanente des médiateurs familiaux. Le médiateur a un savoir faire spécifique. Et notre auteur de conclure que « L'attribution de la qualité de médiateur doit se faire soigneusement pour éviter la prolifération des gourous incontrôlables. »¹¹

Un président de Tribunal me faisait remarquer que, pour recourir à la médiation, il convient que l'usager lui-même ait un certain sens de la négociation ; peut-être entendait-il implicitement un certain niveau intellectuel.

Un de ses collègues me rappelait que pour recourir à la médiation il faut beaucoup de bonne volonté et que, s'il a eu trahison, c'est bien difficile.

Le Conseil fédéral lui-même, dans son message, se fait l'écho de la crainte émise par certains milieux féminins que la médiation demeure un « instrument de pouvoir pour les hommes »¹². Plus largement, il apparaît dans tout rapport humain des inégalités entre partenaires. Le médiateur doit s'assurer que la solution mise au point par les parties soit vraiment librement consentie.

L'évolution de nos institutions est marquée par l'autonomie de plus en plus grande des personnes, par leur égalité. La médiation s'inscrit dans ce courant. Il a été relevé récemment que l'autonomie est la base de la médiation"

- Dans la mesure où nous saurons mettre à la disposition de nos contemporains des médiateurs formés, expérimentés, compétents, profondément respectueux de l'autonomie et de la volonté des personnes,

- Dans la mesure où nous aurons pris l'habitude de faire appel à ces médiateurs - le plus tôt possible bien sûr mais en maintes circonstances et je n'oublierai surtout pas les graves question liées à la modification d'un jugement de divorce ou de séparation,

- Dans la mesure où le dialogue aura été maintenu ou rétabli, dans la perspective de forger l'avenir,

La médiation accomplira réellement sa mission et s'imposera.

¹¹ op. cit.

¹² Message du 15 novembre 1995, p. 156.

¹³ Mähler & Mahler, op. cit., p. 129.

Le rôle du Juge dans la Médiation

Peter Balscheit-von-Sauberzweig

Mesdames et Messieurs,

Le rôle du Juge dans la médiation - un tel intitulé laisse supposer que ce rôle serait déjà clairement établi, selon des critères objectifs et incontestables. Or en vérité, nous n'avons pas affaire à une seule et unique perception du rôle du Juge dans la médiation, consensuelle, mais bien à une multitude de visions contradictoires de ce rôle. En l'occurrence, ces dernières sont largement tributaires de la conception qu'a le Juge de l'homme ainsi que de son éthique professionnelle personnelle. Je ne peux donc que parler de moi-même, de mes expériences et de mes conceptions. A mes yeux, il ne m'appartient pas de justifier la médiation et de la défendre face aux critiques largement connues dont elle est l'objet. Je souhaite simplement rendre compte de la manière dont j'apprends la médiation en tant que Juge. D'autres collègues peuvent avoir une pratique et une sensibilité différentes de la mienne. Je respecte les opinions de chacun et de chacune d'entre eux, dans la mesure où elles reposent sur des convictions personnelles.

Ainsi, j'ai déjà mentionné le premier point important, qui détermine largement l'attitude que l'on peut avoir face à la médiation: l'acceptation de différents points de vue. Le Juge qui se détermine davantage en fonction de catégories de pensée normatives, celui qui se sent plus à l'aise dans des schémas de pensée du type « juste » et « faux », conçoit sa mission davantage dans la reproduction et le développement du droit que dans le règlement de conflits¹. Le Juge qui voit l'essentiel dans le typique plutôt que dans l'unique n'a pas besoin de la médiation, qui s'adresse aux problèmes concrets de personnes individuelles. Ce Juge qui forme des structures se comprend comme un instrument de pouvoir et pas comme un fondateur de paix, pour lui la paix est davantage assurée par le maintien de l'ordre juridique que par la recherche de solutions concrètes aux conflits entre les personnes impliquées. Son optique relève alors avant tout du souci de l'Etat et de l'autorité. Cette vision des choses procède en règle générale aussi d'une certaine vision du droit, que je qualifierais de technico-mécaniste. Le droit dans cette conception - constitue un

¹ Cf Hans Erich Troje, Helmut Meyer, Familiendynamik und Familiengerichtsbarkeit, in: Familiendynamik, interdisziplinäre Zeitschrift für systemorientierte Praxis und Forschung, éditée par Helm Stierlin et Josef Duss-von Werdt, Clett-Cotta Stuttgart, 9e année, Heft 4/October 1984, p 304 et ss. (p. 318).

édifice normatif logique qui peut être appliqué sans engagement personnel du Juge. Le rôle du Juge se limite alors à exécuter la volonté du législateur et sa méthode de travail garantit la réalisation du droit dans le cas concret, parce qu'elle repose sur les lois de la logique et sur certaines règles de procédure. Dans cette optique, juger constitue une sorte de science exacte, analogue aux mathématiques, une technique et rien d'autre.

Cette conception du droit est concomitante d'une certaine vision du conflit. Le Juge traditionnel - au moins en droit privé - se considère comme un liquidateur de conflits: les tribunaux sont là pour y mettre un terme. La question de la manière dont les justiciables ressentent la décision du Juge est alors tout à fait secondaire, il en va avant tout de la liquidation du conflit en tant que tel. L'objectif visé n'est pas la paix entre les personnes humaines en conflit, mais le rétablissement de l'ordre et, dans le meilleur des cas, de la tranquillité. Cet ordre est obtenu à travers une procédure contradictoire, qui tend à déboucher sur une victoire pour une des parties et sur une défaite pour l'autre. La tâche des tribunaux consiste ainsi à trancher le noeud gordien. Dans cette optique, le conflit est quelque chose de mauvais en soi, qu'il convient absolument de liquider, sans prendre en compte les répercussions de cette liquidation pour les personnes directement concernées. L'inexorabilité avec laquelle les codes de procédure conduisent un litige à l'achèvement autoritaire témoigne de cette perception tout à fait négative du conflit.

Il est évident que dans un tel contexte - où les juges se définissent comme les garants d'un système qui veille sur l'ordre établi -, la médiation ne peut pas se développer. Pour que la médiation puisse se faire les juges doivent être prêts à prendre leurs distances avec les systèmes, dogmes, théories, maximes, hypothèses, fictions et autres axiomes qui dominent nos procès, pour orienter davantage leur travail en fonction des besoins individuels concrets des parties en conflit. C'est seulement lorsque les juges se libèrent de leur neutralité indifférente et distante et que leur engagement personnel face à la détresse des justiciables est perceptible que la médiation peut se frayer un chemin. Cela ne veut pas dire que nous devons, nous les juges, abandonner toutes nos convictions, il suffit que nous prenions davantage en compte l'évolution du droit de la famille au cours de ce siècle. Un bref regard sur le nouveau droit matrimonial et un rapide coup d'oeil sur le nouveau droit de l'enfant (en vigueur depuis 1976) ainsi que sur le projet de révision du droit du divorce du Conseil fédéral permettent d'illustrer ce que j'entends.

Le nouveau droit du mariage a intégré et transformé en droit positif une tendance qui caractérise de plus en plus notre société depuis la fin des années soixante: le passage d'une société autoritaire à une société autonome, respectivement l'évolution de l'unité vers le pluralisme ². Jusque dans les années soixante, notre organisation de l'Etat était dominée par des structures pyramidales. L'obéissance, la discipline, le devoir, le respect, l'universalité et la stabilité des valeurs constituaient les principales caractéristiques de cette époque. 1968 marqua le début d'une nouvelle ère: celle de la société organisée de manière horizontale. La jeunesse et les femmes furent à l'origine de ce mouvement qui se poursuit encore aujourd'hui. Egalité des droits et autonomie sont les caractéristiques de notre époque. Auparavant, nous connaissions plus de sécurité, mais moins de liberté. Aujourd'hui, c'est l'inverse. Nous avons appris à définir nous-mêmes le bien et le mal et nous ne subissons plus les mêmes contraintes que nos parents de tout régenter, nous sommes devenus plus tolérants et nous revendiquons pour tous, indépendamment du sexe, les mêmes possibilités d'individuation. L'autorité subsiste, mais elle se traduit moins par des prétentions de puissance que par des critères qualitatifs. L'autorité est aujourd'hui davantage une qualité de son adressé que de son sujet: « Je t'accepte parce que tu es meilleur que moi, parce que je peux apprendre à travers toi, parce que je réalise que j'ai besoin de toi - et non pas parce que tu as du pouvoir sur moi ». Le nouveau droit du mariage a fait sienne cette évolution. C'est surtout en renonçant à définir dans la loi le rôle des conjoints qu'il a posé des jalons en faveur d'une meilleure protection de leur autonomie. C'est à la famille qu'il appartient d'établir les règles qu'elle entend se donner, et plus à l'Etat de les imposer.

Le nouveau droit de l'enfant va tout à fait dans le même sens, en accordant une signification primordiale au bien de l'enfant³ et en supprimant la voix prépondérante du père lors de divergences entre les parents⁴. Il en va de même en ce qui concerne le projet de nouveau droit du divorce - du moins tel qu'il se présente à l'heure actuelle - dont de nombreuses dispositions sont de nature à renforcer l'autonomie des conjoints (introduction du divorce par consentement mutuel,

² Josef Duss-von Werdt, *Modernes Ehe- und Familienrecht in postmodernen Sitten*, in: *Familie und Recht*, Festgabe Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg i.Ue. 1995, p. 161 ss. (p. 168).

³ CCS Art. 274, 274a, 301, 307 ss.

⁴ Art. 274 ainlinea 2 CCS.

reconnaissance légale de l'autorité parentale conjointe, garantie d'un droit mutuel à des contacts équitables pour les parents et les enfants, etc. ...).

La juridiction actuelle en matière de droit de la famille s'inscrit dans ce contexte, surtout dans le domaine du droit du divorce. Ce qu'il y a de paradoxal dans la juridiction actuelle, c'est que le droit du divorce, qui ne constitue en principe que le prolongement du droit du mariage, est en contradiction matérielle avec les nouvelles dispositions du droit de l'enfant et du droit du mariage, ce texte de loi relevant encore complètement de la conception traditionnelle et étatiste du mariage telle qu'elle prévalait au 19^e siècle. La juridiction s'est toutefois efforcée d'adopter le droit du divorce aux réalités d'aujourd'hui (exemples: la reconnaissance de fait du divorce par consentement mutuel, le renoncement à une calculation des pensions alimentaires sur des bases purement schématiques en faveur de méthodes qui reposent sur des données concrètes, la prise en compte croissante du souhait des parents dans l'attribution de l'autorité parentale - partiellement y compris l'autorité parentale conjointe - ou en matière de conventions financières' etc...). La juridiction a donné des signaux clairs au législateur chargé de la révision du droit du divorce, qui vont également dans le sens d'une prise en compte accrue de l'autonomie des personnes impliquées dans le divorce.

Toutes ces considérations m'obligent en tant que Juge. A mes yeux, rendre la justice aujourd'hui - au moins dans le domaine du droit de la famille - ne peut donc plus signifier mettre fin à des conflits de manière correcte d'un point de vue formel (c'est-à-dire dans le respect de la procédure) dans le cadre d'une intervention extérieure. De nos jours, rendre la justice doit signifier la prise en compte des besoins des justiciables et le respect de leur droit à l'autodétermination. Le droit de la famille est devenu avant tout une affaire privée, qui ne peut accepter l'intervention de l'Etat que de manière subsidiaire. Comme Juge, je suis donc appelé à faire un usage mesuré de ma compétence décisionnelle. Je dois oeuvrer de telle sorte que les personnes qui font appel à la justice ne remettent pas précipitamment leur destin dans les mains d'avocats et de juges et se soumettent à une volonté extérieure, je dois au contraire faire en sorte qu'ils soient en mesure - avec mon aide d'exploiter au maximum leurs propres ressources dans la recherche de solutions. Et c'est seulement lorsque ces ressources-là sont épuisées que la décision du tribunal devient une

⁵ Cf. par ex. ATF 99 II 362.

nécessité incontournable et ainsi légitime. Je pense que cette conception des choses pourrait constituer le point d'ancrage d'une interaction bénéfique entre justice et médiation. Le Juge qui peut accepter que les mutations de la société ont également modifié sa tâche et que cette transformation implique un respect accru du droit à l'autodétermination des personnes individuelles par l'Etat, ce Juge-là saluera la médiation comme un instrument bienvenu pour soutenir l'autonomie des parties.

Je me suis demandé comment il serait possible d'institutionnaliser le devoir pour le Juge de respecter l'autonomie des parties, de s'assurer d'une manière ou d'une autre qu'il prenne véritablement cette tâche en compte, Ma proposition, que j'ai publiée d'ailleurs il y a deux ans déjà, serait de prévoir une disposition légale dans le nouveau droit du divorce, dont la teneur pourrait être à peu près la suivante:

« Le Juge doit faire en sorte qu'aucune partie ne soit privée de la possibilité de défendre ses intérêts réels et justifiés. A cet effet, il pose les questions adéquates avant de ^{trancher-6.} »

Ce texte s'appuie sur une disposition du code de procédure civile du canton de Bâle-Campagne, qui prévoit que le tribunal est tenu « de faire en sorte qu'aucune des parties ne perde ses droits par oubli, ignorance de la loi ou partialité. Il - le tribunal - pose les questions adéquates à cet effet ⁷. »

Je suis conscient que les effets d'une telle norme seraient limités, mais elle constituerait au moins un mandat clair du législateur à la justice en vue d'une application subsidiaire de son pouvoir. Cela impliquerait que les tribunaux seraient tenus à une méthode « médiative » de travail. Certes, le Juge ne deviendrait pas lui-même médiateur, dans le sens où ce dernier ne peut pas, par définition, disposer d'une compétence décisionnelle, mais comme celui-ci, il s'efforcerait d'oeuvrer en faveur d'une solution autonome du conflit. C'est d'ailleurs ce qui se pratique dans de nombreux tribunaux déjà, sur une base volontaire et sans mandat légal, sans que la mission que la loi confère au Juge ne soit pas respectée ou soit violée.

⁶ Peter Balscheit, Von der Streiterledigung zur Konfliktverarbeitung. Ein Plädoyer für mehr Autonomie im Scheidungsverfahren, in: Aktuelle Juristische Prax AJP/PJA 7/94, p. 872 et ss. (p. 874).

⁷ § 97 alinéa 2 CCP BL.

Il serait bien entendu souhaitable de pouvoir prendre le chemin inverse et fournir aux juges d'abord les compétences psychologiques et méthodiques nécessaires pour travailler efficacement de manière « médiative ». La Suisse ne manque en effet plus des infrastructures nécessaires[§] - c'est-à-dire de possibilités de formation - mais c'est davantage la motivation de nombreux juges qui fait défaut. Et comme nous ne disposons dans notre pays ni d'une formation de Juge institutionnalisée, ni d'offre de formation axée sur la pratique dans nos universités, la motivation des juges ne peut être garantie qu'à travers une modification de leur mandat légal. L'introduction de tribunaux de famille spécialisés, comme le prévoit le projet du nouveau droit du divorce, constitue un pas dans cette direction.

De quelle manière peut-on encore oeuvrer en faveur d'une plus grande autonomie des parties? Le plus simple, c'est sans aucun doute de recommander le recours à la médiation, comme cela se fait déjà pour le conseil conjugal. Il est de notoriété publique que la médiation familiale ne se conçoit pas comme une concurrence, mais un complément aux autres interventions médiatrices, qui sont avant tout offertes par des avocates et des avocats. Il devrait être évident que les tribunaux, qui ne sont pas en mesure - pour toutes sortes de raisons, mais le plus souvent pour des raisons de temps - de conduire de longues tractations en vue d'aboutir à des conventions adressent les couples concernés non seulement aux avocats, mais les informent des offres de médiation déjà sur le marché. La médiation est en effet tout à fait adaptée et en mesure de décharger les tribunaux.

La médiation au sens large se réalise également lorsque les tribunaux adoptent les formes du procès aux personnes jugées, dans les limites imposées par le droit. Il s'agit ici pour des tiers et pour de nombreux juges peut-être de bagatelles, mais pour les personnes concernées, ce sont des progrès appréciables d'un point de vue psychologique. Pensez, par exemple, à la dénomination des conjoints devant le tribunal: est-il vraiment nécessaire de les qualifier de « demandeur/demanderesse » et de « défendeur/défenderesse », respectivement de « parties »? Ne

[§] A l'heure actuelle, il existe en Suisse trois lieux de formation reconnus par la commission d'accréditation européenne (Association pour la Promotion de la Médiation Familiale, APMF): pour la Suisse alémanique, l'institut fir Ehe und Familie (IEF) à Zurich, en collaboration avec le Zentrum für Agogik (ZAK), de Bâle, et pour la Suisse romande le Centre d'Etudes et de Formation Continue (CEFOC), à Genève, en collaboration avec l'Institut de Perfectionnement (INPER) de Lausanne, ainsi que l'Institut de Formation Systémique (IFS) à Fribourg.

suffirait-il pas de se contenter de les appeler Madame et Monsieur X? Doit-il forcément s'agir d'une procédure de Racine contre Racine; ne pourrait-on pas parler d'une procédure de Racine et Racine? (de toute manière, le fait d'utiliser « et » au lieu de « contre » ne les empêchera pas de litiger l'un contre l'autre ...). La séance principale lors d'une procédure de divorce doit-elle absolument se dérouler dans la salle du tribunal? N'y aurait-il pas peut-être un lieu plus adéquat pour le couple qui souhaite divorcer à l'amiable? Ou, pour quelles raisons empêchons-nous encore deux personnes adultes de choisir eux-mêmes le for de leur divorce (toujours supposant que le Juge impliqué accepte le mandat)? Dans ces cas d'unanimité c'est de la pure tradition, un axiome et rien d'autre que le for en matière de divorce soit obligatoire. La tradition n'a pas de valeur en elle-même, elle doit se justifier toujours à nouveau, sous peine de se transformer très rapidement en doctrine entêtée.

Une autre possibilité, pour les tribunaux, de soutenir la médiation consiste à intégrer son coût dans les frais de procédure, au moins dans les cas où la médiation a été recommandée par un Juge⁹. La médiation familiale ne constitue en fait rien d'autre qu'une nouvelle forme d'expertise pour les tribunaux", une aide à la décision du Juge par le recours à des experts extérieurs. De ce fait, je ne vois pas d'objection à comptabiliser les frais de médiation avec les frais de justice ordinaires. Je l'ai d'ailleurs déjà fait dans quelques cas. L'avantage que présente cette solution est de permettre aux personnes démunies d'avoir également recours à des prestations de médiation par le truchement de l'assistance judiciaire. Toutefois, l'intégration des frais de médiation dans les frais de procédure avant même que les tarifs des tribunaux la mentionnent explicitement est une affaire de pure interprétation et dépend largement de la position du Juge face à la médiation.

Une autre tâche utile et attractive pour le Juge pourrait consister à jouer le médiateur entre les avocats et les médiateurs! C'est un secret de polichinelle que les représentants du corps des avocats - pas tous, mais beaucoup - ont leurs difficultés avec la médiation familiale et que ce fait n'est souvent pas étranger à des soucis d'ordre existentiel. La justice, elle, peut s'engager dans la médiation de manière plus sereine, parce que cette dernière n'entre pas en concurrence avec elle et

⁹ A propos de la problématique de la médiation à l'ombre des tribunaux, voir Benoit Bastard et Laura Cardia-Vonèche, *Die unaufhaltsame Verbreitung der Familien-Mediation*, in: *Familien-Dynamik*, 17e année, Heft 4/Oktobre 1992, p. 319 et ss. (p. 330).

¹⁰ Benoit Bastard/Laura Cardia-Vonèche, *op. cit.*, p. 333

qu'elle peut donc recourir indifféremment aux prestations de ces deux corps de métier. Est-ce qu'il ne s'impose pas, dans ces circonstances, que la justice use de sa fonction médiatrice en la matière? Les avocats devront, quoi qu'il arrive, apprendre à cohabiter avec la médiation, et ceci même si elle ne devait pas être intégrée dans le nouveau droit du divorce. Elle continuera d'exister - au moins sur une base privée - et de se développer. Ces deux corporations feraient bien de développer une relation d'acceptation et de respect mutuels. Et si ce rapprochement se réalisait sous l'égide des juges, nous aurions affaire à un triple dialogue interdisciplinaire, dans le sens où les médiateurs et les juges doivent aussi trouver un modus vivendi entre eux. Il n'est pas nécessaire de s'interroger davantage sur les formes que cette médiation pourrait prendre. Tout est possible, de l'échange mutuel de points de vue dans une atmosphère décontractée, jusqu'à une médiation au sens strict du terme. L'important, c'est que ce rapprochement ait lieu !

Je ne peux pas conclure sans dire un mot à propos de l'autorité parentale conjointe. A mon avis, la médiation et l'autorité parentale conjointe vont de pair, elles sont toutes deux l'expression du droit à l'autodétermination. C'est pourquoi j'ai beaucoup de réticences face au modèle que propose le Conseil fédéral dans son projet de nouveau droit du divorce à ce sujet, qui impose aux conjoints divorcés de s'occuper des enfants de manière comparable s'ils souhaitent continuer d'assumer l'autorité parentale conjointement après un divorce. C'est le modèle de l'autorité parentale partagée qui est dans les têtes des politiciens, et pas celui de l'autorité parentale conjointe. Or, l'exigence d'un plan de garde des enfants constitue un retour à des conceptions d'ordre tutélaire. Il est en effet incompréhensible que des parents en train de divorcer doivent accepter le diktat de l'Etat à propos de l'autorité parentale conjointe. Car avant la séparation, chaque famille est libre de définir la manière dont elle entend exercer l'autorité parentale conjointe. La responsabilité parentale envers les enfants est en effet conçue, même par la loi d'ailleurs, comme une responsabilité commune, sans que personne ne puisse s'arroger le droit d'édicter des prescriptions aux parents sur la manière dont elle doit s'exercer. Je suis d'avis que le principe de la garde après le divorce ne doit pas différer de celui qui a prévalu durant la période qui précède la séparation des époux. C'est pourquoi il faut renoncer à un plan de garde. Celui-ci n'a de toute manière aucune valeur: s'il correspond aux rôles assumés par chacun des parents, il est inutile; s'il ne correspond pas à une réalité vécue, il n'a pas plus de valeur que le papier sur lequel il est inscrit. La preuve par l'acte est beaucoup plus importante qu'un plan de garde, c'est-à-dire la preuve de la

manière dont les parents ont assumé leur responsabilité parentale conjointe durant la période qui va de la séparation au divorce. C'est sur la base de ces modalités vécues que l'on peut convenir de la manière dont l'autorité parentale pourrait être exercée à l'avenir, et pas à l'aide d'un plan de garde. C'est la raison pour laquelle, depuis quelque temps, je n'exige plus des parents qu'une demande conjointe ainsi que la preuve par l'acte sur une période de neuf mois au minimum.

La médiation - et j'approche de ma conclusion - implique d'une manière assez différente les enfants dans le processus de divorce par rapport à la procédure judiciaire traditionnelle. Les juges qui disposent d'une formation en médiation sont mieux à même de travailler avec les enfants que les autres. Les exceptions ne font que confirmer la règle. Dans la procédure judiciaire les enfants sont normalement traités comme quantité négligeable, comme des objets soumis au pouvoir des parents et du Juge; la médiation, à l'inverse, les considère comme des personnes à part entière, comme des sujets de droit et les implique - dans toute la mesure du possible - dans la procédure de conciliation.

J'en arrive à la dernière de mes considérations, à savoir l'apport de la médiation pour la justice. Personne ne demande aux tribunaux qu'il soutiennent des initiatives qui nuiraient à leur efficacité et compliqueraient leur travail. Mais avec la médiation, c'est tout le contraire! Elle revalorise les tribunaux et les décharge simultanément.

La revalorisation porte avant tout sur le domaine de l'approbation des conventions de divorce, qui est devenue aujourd'hui en maints endroits un exercice imposé stérile, parce que les conventions se ressemblent à s'y méprendre sur bien des points et parce qu'elles ne constituent plus un défi intellectuel pour le Juge. La médiation amène un vent frais bienvenu dans ce paysage et les juges se trouvent confrontés à de nouvelles formulations, souvent non conventionnelles et parfois peut-être aussi juridiquement problématiques, ce qui rend ce travail de contrôle plus intéressant. J'estime que le Juge ne peut que s'en réjouir.

Pour ce qui est de la décharge des tribunaux, elle ne se situe probablement pas tellement en termes de gain de temps. Il est en effet vraisemblable que le temps économisé dans l'élaboration des conventions sera - en tout cas partiellement - compensé par davantage de temps à consacrer à

l'approbation juridique des conventions. La décharge essentielle se trouve ailleurs, sur le plan de la responsabilité morale du Juge. Nous, les juges en matière de divorce, intervenons de manière très directe et avec des conséquences majeures sur la vie d'autrui. De ce fait, nous assumons une responsabilité juridique et morale sur laquelle nous n'avons en principe pas à rendre de comptes. Nous rendons la justice et laissons ensuite les personnes jugées entrer dans une nouvelle phase de leur vie, sans nous préoccuper davantage de la suite des événements. Or, ces personnes doivent vivre avec la manière dont nous avons rendu la justice, que cela leur plaise ou non. Toutefois, si notre jugement peut se baser sur leurs propres conceptions et leurs propres règles, dans le sens où nous souscrivons à des conventions que les personnes ont élaborées elles-mêmes, alors nous nous déchargeons d'une lourde responsabilité morale. Juridiquement, nous continuons d'assumer la responsabilité de notre jugement, mais cela, nous l'avons toujours assumé et nous continuerons à le faire à l'avenir. La problématique se trouve davantage sur un plan moral et la médiation nous enlève là une lourde charge des épaules. Là aussi, le Juge ne peut que s'en réjouir.

Mesdames, Messieurs, au début de mon exposé, j'ai insisté sur l'importance de l'éthique professionnelle du Juge, de sa conception du droit ainsi que de sa vision du conflit. J'aimerais y revenir dans ma conclusion, mais en inversant les priorités. Comme toute chose dans la vie, la médiation s'apprend, mais elle nécessite pour le moins une certaine prédisposition. La médiation est avant tout une attitude personnelle qui repose sur l'empathie, l'intégration et le respect de l'autre, plutôt que sur sa mise à l'écart. Celui qui ne voit dans la médiation qu'un instrument de plus pour mettre fin à des conflits a tort. La médiation conçoit les conflits comme consubstantiels à la vie humaine. Elle ne souhaite pas y mettre fin à n'importe quel prix, mais s'efforce de permettre aux personnes qui vivent des situations conflictuelles de les traiter de manière constructive. Cet objectif ne serait-il pas également un défi attrayant pour la justice?

Je vous remercie de votre attention.

10.10.96/P.Balscheit-von Sauberzweig

L'AVOCAT ET LA MEDIATION

par François Blum,

avocat au Barreau de Genève

	<u>Page</u>
Introduction	2
A. L'avocat face à la médiation	3
B. Le rôle de l'avocat médiateur	8
C. Le rôle de l'avocat conseil dans la médiation	9
Conclusion	14

INTRODUCTION

La médiation est en pleine expansion dans les pays anglo-saxons et en particulier aux Etats-Unis et elle est depuis fort longtemps le mode de résolution des conflits le plus utilisé en Extrême Orient. En Europe, toutefois, y compris dans notre pays, la médiation n'a pas encore fait l'objet d'une reconnaissance réelle. L'intérêt du colloque d'aujourd'hui est naturellement de sensibiliser de plus en plus de personnes à cette méthode alternative de résolution des conflits, de manière à ce que le scepticisme qui prévaut encore cède la place à une prise de conscience toujours plus grande dans tous les milieux concernés des avantages réels qu'offre la médiation, comme d'ailleurs d'autres méthodes alternatives de résolution des conflits (ci-après ADR).

Dans notre société hyper réglementée, productrice de droits et d'obligations de toutes sortes à tous les niveaux et dans tous les domaines, le premier réflexe en cas de conflit est de consulter un avocat. Dès lors, le développement de la médiation comme méthode alternative de résolution des conflits passe par son acceptation de la part des avocats.

A - L'AVOCAT FACE A LA MEDIATION

Pour l'avocat traditionnel, la prise de conscience et l'acceptation qu'il est possible de recourir à des modes non judiciaires pour la solution de différends ne sont pas encore entrées dans les mœurs. Penser qu'il existe de tels modes et faire un choix conscient parmi ceux-ci n'est pas encore devenu une habitude - pour ne pas parler de réflexe - dans la pratique journalière du Barreau.

Pour une part, l'indifférence du Barreau à l'égard de ADR peut être simplement attribuée à un manque de familiarité de sa part avec toutes les possibilités de ces procédures non judiciaires et de la forme qu'elles peuvent prendre.

En fait, beaucoup d'avocats qui ne recourent pas à la médiation, s'ils étaient mieux informés ou tout simplement s'ils étaient bien informés sur ce qu'est la médiation, seraient enclins à y recourir. Comme dans d'autres professions, les avocats ont tendance à recommander une manière de faire qu'ils maîtrisent, tout en présumant que cela est dans l'intérêt de leurs clients. Même si l'avocat reconnaît que dans telle circonstance, le recours à la médiation s'impose, il sera soumis à des forces adverses qui consciemment ou inconsciemment le retiendront d'y recourir. Par exemple, si le médiateur n'est pas un juriste, l'avocat pensera que le conflit ne peut être traité que par un juriste et qu'un médiateur non juriste ne sera pas en mesure de favoriser une solution qui puisse respecter les droits des parties. Cette attitude traduit en fait la méconnaissance de l'avocat dans ce qu'est la médiation puisque celle-ci tend à trouver et à favoriser des solutions qui vont au-delà des normes juridiques et qui ne sont pas corsetées par celles-ci.

Il y a aussi un autre point plus fondamental; les ADR ont aussi pour effet de transférer un plus grand pouvoir et contrôle sur le traitement d'une dispute des avocats vers les parties elles-mêmes, ou vers les autres professionnels engagés dans les ADR, tels que les experts ou les médiateurs engagés pour contribuer à la solution du conflit.

La crainte existe aussi chez les avocats qu'en recommandant à leurs clients de recourir à la médiation, ils contribueront à détruire chez leurs clients le sentiment et l'image qu'ils sont les "champions" de leur cause.

L'autre des raisons qu'aussi peu d'avocats-juristes comprennent ce qu'est la médiation ou ressentent le désir d'en savoir davantage sur le mode alternatif de résolution des conflits est qu'ils n'ont reçu aucune formation durant leurs études à ce sujet. La situation a changé assez radicalement aux Etats-Unis mais on est encore loin du compte dans notre pays.

Former et informer de plus en plus de juristes sur la médiation est la condition nécessaire pour en faire un usage utile. Je ne parle pas seulement d'information et de formation sur ce qu'est la médiation, je pense aussi à développer les compétences, le savoir-faire propre à la médiation.

Mais par dessus tout, l'ouverture des juristes à la médiation et leur capacité à agir dans le cadre d'une médiation seront liées à leur disponibilité à changer leur approche traditionnelle face aux litiges et à abandonner l'idée qu'il faut recourir à une stratégie de confrontation.

Quelles sont les raisons de ces freins à l'engagement des avocats dans la médiation

L'approche philosophique dominante chez la plupart des avocats diffère radicalement de celle qui doit guider un médiateur. Cette approche est largement dominée par deux présomptions:

d'une part que les parties à un différend sont des adversaires, à savoir si l'un gagne, l'autre perd, et
deuxièmement que le conflit doit être décidé en application de la part d'un tiers - un juge ou un arbitre - d'une règle de droit bien définie.

Ces présomptions sont en fait à l'opposé de celles qui dominent l'approche de la médiation, à savoir:

premièrement que toutes les parties à un conflit peuvent trouver leur intérêt au travers d'une solution créative à laquelle toutes les deux adhèrent, et

deuxièmement, que les circonstances du conflit sont uniques et dès lors que sa solution ne résultera pas de l'application d'une règle de droit générale, sous réserve que les deux parties le veuillent.

Les deux présomptions qui sont à l'origine de l'approche typique de l'avocat auxquelles s'ajoutent les exigences du système contradictoire et l'attente de ses clients ont pour effet d'exclure la médiation du répertoire mental de la plupart des avocats.

La prédominance de la règle de droit détermine aussi la vision des choses de l'avocat. La formation juridique le pousse à mettre les gens et les choses dans des catégories qui correspondent à des normes juridiques, à penser en

termes de droits et d'obligations, fondés sur des règles, à mettre l'accent davantage sur des faits, sur des actes, plutôt que sur les personnes.

Loin de moi de prétendre que l'approche philosophique standard que j'ai décrite est le lot de tous les avocats. Beaucoup considéreront et à juste titre que j'en ai fait en quelque sorte une caricature. Je prétends toutefois que la plupart des avocats correspondent au modèle que j'ai évoqué.

Il y a naturellement d'autres raisons qui expliquent la prédominance de ce modèle, notamment qu'il répond à ce qu'attend la plupart des clients de leurs avocats.

Ce serait ainsi une erreur de blâmer exclusivement les avocats pour leur propension à porter les litiges devant les tribunaux ou devant un arbitre. Les clients ne sont pas innocents et souvent l'avocat et son client sont à l'unisson pour penser que le combat frontal dans l'arène judiciaire est le moyen normal, socialement accepté et psychologiquement satisfaisant de résoudre des conflits; trop souvent, ils renoncent à toute responsabilité dans la conduite de leurs dossiers et simplement donnent pour instruction à leur avocat de faire tout ce qui est possible pour faire prévaloir leur point de vue.

Enfin, comme déjà évoqué, le fait que les études de droit soient pénétrées par cette vision des choses n'est pas étranger à l'existence de ce modèle d'avocat. Les cours dans les facultés de droit sont influencés par l'idée du juriste pratiquant dans un système contradictoire, fondé sur des règles de droit bien définies. L'essentiel de ce qui remplit les cours de droit est fondé sur le modèle de l'avocat impliqué dans un environnement de problèmes conflictuels qui peuvent être résolus par l'application d'une règle de droit de la part d'un tiers.

Freins économiques

Mis à part l'approche philosophique standard de l'avocat, l'autre obstacle le plus significatif est que beaucoup d'avocats, même s'ils pensent recourir à la médiation, y voient une menace économique. Toute une série de différends soumis à la médiation risque d'échapper aux services des avocats.

Les avocats, dont les honoraires sont en partie modérés en fonction des dommages alloués à leurs clients ou des montants recouverts par leurs clients craindront la médiation car celle-ci ne réduira pas toujours la solution du problème au paiement d'un montant, mais voudra également prendre en considération des aspects immatériels, par exemple la reconnaissance d'un droit, la poursuite d'une relation commerciale. De même, comme le

processus de médiation, de manière quasi certaine, sera beaucoup moins long qu'une procédure ordinaire ou devant un tribunal arbitral, les honoraires de l'avocat qui sont calculés en fonction du temps consacré à un dossier seront naturellement moins élevés dans le cadre d'une médiation que dans le cadre d'une procédure ordinaire. Dès lors, l'avocat qui soumet un dossier à la médiation recevra moins d'honoraires que s'il avait porté ce même cas devant les tribunaux. C'est à mon avis un raisonnement à courte vue car son client lui saura gré d'être parvenu à un résultat le satisfaisant en un temps record et à moindres frais; et craindre, comme le font certains avocats, d'être perçus par leurs clients comme de mauvais défenseurs de leur cause et de ne plus être leur champion comme dans un combat du moyen-âge est méconnaître l'exigence de plus en plus criante aujourd'hui de nos clients de recevoir les meilleures prestations possibles au meilleur prix. C'est bien à cela que tend la médiation.

Les incitations à l'engagement de l'avocat vers la Médiation

Comme on vient de le voir, de plus en plus de consommateurs du droit vont s'intéresser à la médiation parce que ce mode de résolution des conflits est rapide et moins onéreux que les méthodes ordinaires.

A mesure que les frustrations liées aux procédures ordinaires se développent chez le consommateur-client, celui-ci attendra de plus en plus de son avocat qu'il prenne en compte d'autres options pour résoudre ces différends, telles que la médiation.

Dès lors, les avocats, afin de ne pas être pris de vitesse, vont devoir répondre à cette demande et donc s'intéresser à la médiation. Les parties qui souhaiteront recourir à la médiation auront besoin de l'assistance d'un juriste pendant et après la médiation. Souvent c'est vers son avocat que se dirigera en premier lieu le client qui est intéressé à la médiation et l'avocat aura tout intérêt à savoir de quoi est faite la médiation pour être en mesure de conseiller intelligemment son client. Dès lors, plus les gens vont s'intéresser à la médiation, plus les avocats qui sont capables d'agir soit en tant que médiateur, soit en tant qu'avocat conseil dans le cadre d'une médiation, vont en retirer un intérêt matériel.

On en arrive alors à la question

Qu'est-il exigé de l'avocat pour s'ouvrir à la médiation et s'y sentir à l'aise ?

La médiation exige donc de l'avocat comme de son client une approche radicalement différente.

Cela requiert d'analyser avec le client non seulement ses besoins présents mais aussi ses intérêts futurs et son ouverture à accepter une solution en dehors d'une confrontation avec sa contrepartie. Cela implique aussi d'éviter toute analyse partisane et plutôt que de s'achopper sur les événements du passé, essayer de déterminer les positions des parties telles qu'elles se présentent aujourd'hui et leurs attentes pour le futur. Le but du médiateur, mais aussi de l'avocat qui est ouvert à cette technique est d'aider les parties à s'éloigner du réflexe tendant à examiner les problèmes pour savoir qui a raison et qui a tort, et de passer à l'attitude consistant à se demander comment peut-on le mieux traiter cette situation de conflit dans les circonstances actuelles.

Alors que l'avocat spécialisé dans le contentieux ordinaire devant les tribunaux voudra mettre l'accent sur les points forts et les points faibles de la position de chaque partie en regard des événements qui ont donné lieu au conflit, celui spécialisé dans l'ADR mettra l'accent sur les interlocuteurs présents, sur les problèmes, de manière à ne pas nécessairement chercher à justifier ou défendre une conduite passée, mais plutôt en cherchant à façonner les bases d'une conduite future prenant en considération les événements du passé. Il est vrai que cet effort, cette approche requiert souvent d'obtenir également des réponses aux mêmes questions qui seraient pertinentes dans le cadre d'un contentieux devant les tribunaux. Ce qui est différent est l'objectif pour lequel ces questions sont soulevées afin d'arriver à la solution la meilleure.

Cela ne signifie pas que les débats contradictoires soient absents des procédures ADR, loin de là. Mais ce qui est prioritaire c'est la prise de conscience, la reconnaissance que ADR implique une volonté - tout en prenant en considération les positions adverses - de travailler ensemble pour parvenir à une solution appropriée. Si les avocats et leurs clients acceptent un ADR dans l'espoir et la détermination de parvenir à un résultat, ils y parviendront. Si au contraire des avantages tactiques sont recherchés en recourant à ces procédures, celles-ci échoueront. De leur côté, les spécialistes de l'ADR ne devront pas imposer de méthode alternative si, en raison des objectifs de leurs clients, seule une procédure judiciaire ordinaire peut les satisfaire.

Comme j'ai essayé de le montrer, la médiation exige une attitude essentiellement différente face aux conflits et à la résolution du conflit que ceux qui sont inhérents à toutes les procédures ordinaires.

Passons maintenant au rôle de l'avocat dans le processus même de la médiation:

B - LE ROLE DE L'AVOCAT/MEDIATEUR

Il n'est pas différent de celui du médiateur en général.

Si l'avocat joue le rôle d'un médiateur dans un conflit, cela n'entraîne pas de problème spécifique, sinon qu'il doit clairement jouer son rôle de médiateur et oublier qu'il est un avocat, voire dans certains cas, un juriste. Il doit ni penser ni agir comme un avocat. En tant que médiateur, il ne doit naturellement pas donner de conseils juridiques.

Pourtant, parce qu'il est un juriste, l'avocat-médiateur peut aider les parties - lorsque cela est approprié - à se libérer, à prendre une distance des normes juridiques pour leur permettre de parvenir à une solution qui soit appropriée pour chacune d'entre elles. L'avocat-médiateur peut davantage que le médiateur non juriste identifier toute une série de questions juridiques qui doivent absolument être couvertes dans l'accord final et ainsi pousser les parties à se déterminer sur chacune d'entre elles; enfin, il peut traduire les résultats dans le texte d'un accord final qui, en raison de la capacité de l'avocat/médiateur à identifier les problèmes et à rédiger des documents, sera moins sujet à la critique des juristes tiers qui seront amenés à s'y pencher par la suite que ne le serait un document rédigé par un non juriste.

En résumé, dans la mesure où l'avocat est capable de se distancer de son propre environnement d'avocat, rien ne s'oppose à ce qu'il devienne un très bon médiateur.

C - LE ROLE DE L'AVOCAT CONSEIL DANS LA MEDIATION

Les conseils juridiques qui participent à une médiation commerciale auront le rôle que leurs clients veulent bien leur accorder, ou le rôle souhaité par leurs clients. Il doit être très présent à l'esprit pour tous les participants à une médiation que celle-ci est une réunion informelle entre des parties hors d'un contexte juridique. Dans la plupart des modèles de médiation les conseils juridiques ne sont pas présents en tant qu'avocats pour plaider la cause de leurs clients, ni pour se comporter comme dans le système contradictoire, dans un prétoire, en débattant avec la partie adverse. Le conseil juridique participant à une médiation et qui ne comprend pas ou n'accepte pas cette règle du jeu, nuira au succès de celle-ci.

Dès lors, le rôle des conseils juridiques consiste essentiellement à:

1. Conseiller son client sur les différents modes alternatifs de résolution des clients.
2. Fournir des conseils préalablement à la médiation et pour préparer celle-ci.
3. Conseiller et assister ses clients dans le courant de la médiation, en y participant lui-même l'esprit ouvert.
4. Préparer les termes de la convention de règlement destinée à être signée par les parties à la fin du processus de médiation et protéger les intérêts de son client dans le cadre de cet accord.

1. Devoir d'informer les clients sur ADR

Les avocats aujourd'hui devraient se poser la question de l'opportunité de recourir à la médiation chaque fois que leur client est confronté à un conflit et donc informer leurs clients des différents modes alternatifs de résolution d'un conflit. Le conseil doit être prodigué dès que cela semble approprié, à savoir dès qu'il est envisagé qu'un conflit puisse surgir, et ensuite si la procédure ordinaire a néanmoins été choisie, à chaque étape de celle-ci où le recours à ADR peut constituer une option raisonnable.

Mais en amont déjà, l'avocat doit avoir en premier lieu le réflexe d'informer son client lors de la rédaction d'un contrat, en prévoyant une clause de résolution des conflits comportant la médiation en préalable à un arbitrage ou à toute autre forme de résolution ordinaire des litiges.

Un élément essentiel en conseillant le client sur l'opportunité de recourir à l'ADR est de prendre en considération le coût respectif de l'ADR en regard d'une procédure ordinaire ou devant un tribunal arbitral. L'avocat doit détailler à son client les frais et honoraires liés à une procédure ordinaire et ceux résultant d'un conflit soumis à la médiation, sans perdre de vue que toute l'activité de l'avocat et de son client pour préparer et pour conduire une procédure ADR n'est pas gaspillée, n'est pas perdue, même si la médiation ne réussit pas pleinement ou échoue, car l'analyse des faits, des preuves et de tous les intérêts en cause sera utile dans le cadre de la procédure ordinaire ou de l'arbitrage qui suivra.

Lorsque cela est pertinent, l'avocat devra aussi expliquer à son client que recourir à la médiation peut présenter l'avantage de ne pas ruiner ou saboter complètement la relation qui peut subsister avec l'autre partie, ou qui doit subsister dans le cas où plusieurs contrats lient les deux parties en question et que l'un seul de ces contrats fait l'objet d'un conflit. Dans ce cas-là, les parties peuvent avoir un intérêt évident à ne pas saccager complètement leurs relations afin de préserver ce qui peut l'être. Dans le cadre d'une procédure ordinaire avec tout ce qu'elle peut comporter d'agressivité ou de tactique visant à miner l'adversaire, il est douteux qu'une bonne relation puisse subsister entre les parties en fin de procédure.

Une fois le recours à la médiation choisi, quel est le rôle de l'avocat ?

2. Le conseil avant la Médiation et la préparation de celle-ci

Les avocats devraient attentivement préparer leurs clients à la médiation, comme ils le font avant leur audition devant un tribunal. Il est essentiel que les parties comprennent la nature du processus, comment il va être conduit, ce qui est attendu d'eux, etc. Cette préparation ne doit pas toutefois être telle qu'elle enlèverait toute spontanéité au processus de médiation. En effet, une médiation ne peut pas être planifiée, écrite d'avance comme un scénario. Au contraire les chances de succès de la médiation dépendent beaucoup

de la spontanéité et de l'attitude d'ouverture entre les parties et leurs avocats.

Avant la médiation, l'avocat doit donner à son client toutes les informations sur les aspects juridiques du dossier, ce qui ne signifie pas que ces aspects-là seront forcément traités dans le cadre de la médiation. Mais le client doit être conscient des problèmes en jeu et des aspects stratégiques de son dossier.

Bien entendu, le client doit aussi être informé clairement de ce qui est protégé par l'application des principes de confidentialité dans le cadre d'une médiation et de ce qui ne l'est pas. S'il y a des domaines dont l'avocat pense qu'ils ne doivent pas être divulgués, il doit le dire à son client. Toutefois, il faudrait éviter de trop décider à l'avance ce qui pourra être divulgué ou non. Il est dans l'essence et dans l'esprit de la médiation d'y participer de bonne foi et en ayant confiance dans la bonne foi de l'autre partie et son ouverture d'esprit.

L'avocat doit aussi discuter avec son client de toutes les options et solutions possibles avant que la médiation ne débute, tout en relevant que des options et des ouvertures peuvent surgir, auxquelles l'avocat et son client n'avaient pas pensé.

Enfin, l'avocat doit expliquer tout le processus de la médiation à son client, le rôle du médiateur, le fait que l'avocat ne contrôlera pas le déroulement de la procédure, le devoir de ne pas interrompre l'autre partie et son avocat et les autres règles de procédure qui pourront être acceptées d'entrée de cause.

3. Représentation du client dans la médiation

Le rôle joué par un avocat, conseil de son client dans une médiation, dépend naturellement du type de conflit, de la personnalité de son client et du style adopté par le médiateur. Voici quelques exemples des différents types de participation de l'avocat, tels qu'ils sont pratiqués aux USA, pays précurseur de la médiation, comme déjà dit, donc bénéficiant d'une pratique et expérience abondantes:

a) **L'avocat ne participe pas.**

Le modèle classique de médiation envisageait que les parties n'étaient pas assistées par leurs avocats. Cette approche avait surtout la préférence des médiateurs dans le cadre de problèmes de droit matrimonial qui souvent considéraient les avocats comme des empêcheurs de résoudre les conflits en dehors du prétoire. Aujourd'hui cette attitude a passablement changé, essentiellement parce que les avocats sont devenus plus sensibles au processus de médiation et à ses avantages.

b) **L'avocat conseil silencieux.**

Il y a aussi des types de médiation où l'avocat assiste au processus aux côtés de son client mais ne prend pas un rôle actif. Dans ces circonstances, l'avocat devrait être en meilleure posture pour juger quand et comment conseiller son client durant le processus sans risque de saboter la créativité de celui-ci. Normalement, les avocats devraient résister à la tentation de s'impliquer trop dans le processus et intervenir seulement si cela est absolument nécessaire dans l'intérêt de leur client.

c) **L'avocat en qualité de coparticipant**

L'avocat peut aussi directement assister son client durant la médiation en tant que coparticipant dans la discussion. Dans ce cas-là, lui et son client participent à toutes les phases de la négociation où ils peuvent décider entre eux de s'attribuer respectivement des rôles particuliers.

d) **L'avocat en tant que partie dominante ou seul participant à la Médiation**

Enfin, il y a des modèles de médiation où l'avocat est le seul participant. Nécessairement dans ces cas-là, la médiation se focalise surtout sur les questions juridiques et l'application des règles de droit aux faits de la cause.

4. Représentation du client après la Médiation

En principe, le rôle de l'avocat n'est pas terminé avec la fin de la médiation. Si aucun règlement n'intervient, le conflit continue et l'avocat devra décider s'il le porte devant les tribunaux ordinaires ou envisage d'autres modes de résolution du conflit. Il faut souligner que l'échec de la médiation ne signifie pas pour autant que celle-ci ait été une perte de temps ou d'énergie. Très souvent, la médiation pourra contenir les bases d'un règlement futur ou d'un règlement partiel au cas où durant la médiation il est apparu des points d'accord sur certaines questions.

Si la médiation se termine par un règlement, le rôle de l'avocat sera de s'assurer que celui-ci est bien exécuté. Dans cette phase d'exécution du règlement, il est très rare que le médiateur lui-même joue un rôle et il appartient donc à l'avocat ou aux avocats des parties de s'assurer que le règlement est respecté par celles-ci.

CONCLUSION

Le taux de succès de la médiation aux Etats-Unis est impressionnant et encourageant. Il n'y a pas de raison pour qu'en Europe nous ne commençons à changer nos réflexes en prenant conscience des avantages de la médiation et en recourant à cette technique ou à d'autres formes d'ADR de manière courante.

L'avenir de la médiation dépend évidemment de l'attitude et de la volonté de la profession juridique. En effet, la plupart des personnes considèrent encore et à juste titre que d'avoir recours aux avocats est le meilleur moyen de parvenir à protéger et à affirmer leurs droits et leurs intérêts. Dès lors, celles impliquées dans des disputes qui d'ordinaire sont soumises aux tribunaux continueront de consulter dans un premier temps un avocat, même si elles sont intéressées par une méthode non contentieuse de résoudre leurs litiges.

Mais si notre société veut recourir à la médiation le mieux possible, tout en se protégeant contre les dangers inhérents au fait qu'elle se situe en dehors des normes juridiques usuelles, les avocats devront au préalable prendre la peine de comprendre ce qu'est la médiation, à quoi elle peut servir, et dans quel cas elle est utile: c'est alors que l'avocat pourra en recommander l'usage à ses clients.

BIBLIOGRAPHIE CHOISIE EN MATIERE DE MEDIATION

Cette bibliographie est un choix d'ouvrages, de documents, d'articles et de revues concernant la médiation pénale, familiale et commerciale qui ont été publiés depuis le Colloque "*La médiation, un mode alternatif de résolution des conflits ?*" qui s'est tenu à Dorigny en novembre 1991 et dont la publication est mentionnée ci-dessous.

a. Médiation en général

1. Ouvrages

Bevan A. H., *Alternative Dispute Resolution : a Lawyers Guide to Médiation and other Forms of Dispute Resolution, XIII*, London, Sweet & Maxwell, 1992.

Bonafé-Schmitt J.-P., *La médiation, une justice douce*, Paris, Syros, 1992.

Duriez P., *Les Médiations en France : vers un état des lieux*, tome 1 - Les écrits - 1980-1994. C.L.C.J., Bordeaux.

Freeman M., *Alternative Dispute Resolution*, Aldershot, Hong Kong, Dartmouth, 1995.

Guillaume-Hoffnung M., *La médiation*, Paris, Presses universitaires de France (Que Sais-je? no 2930), 1995.

Hunyadi M., *La vertu du conflit : pour une morale de la médiation*, Paris, Les Ed. du Cerf, 1995.

Non-violence Actualité, *La médiation*, Montargis, 1993.

Publications de l'Institut suisse de droit comparé, no 19, *La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits?*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1992.

Six J.- F., *Dynamique de la médiation*, Paris, Desclée de Brouwer, 1995.

2. Articles

« Dossier Médiation » in : *Droit et Société*, no 29, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995, pp. 7-77.

Bonafé-Schmitt J.-P., « La médiation : un nouveau mode de régulation sociale » in : *PI doyer*, no 2, Bâle, 1996, pp 53-57.

Leroy E., « La médiation mode d'emploi » in : *Droit et Société*, no 29, Paris, 1995, pp. 39-55.

3. Revues

BNA's Alternative Dispute Resolution Report, Washington, Bureau of National Affairs (devient : World Arbitration and Mediation Report).

The Alternative Newsletter, a Resource Newsletter on Dispute Resolution, Newark, Editor James B. Boskey.

Médiation, La Lettre de la Médiation et des Boutiques de Droit, 45, rue Smith, F - 69002 Lyon.

b. Médiation pénale

1. Ouvrages

Faget J., *Justice et travail social : le rhizome pénal*, Toulouse, Editions Erès, 1992.

Gwynn Davis ; with Heinz Messmer, Mark S. Umbreit and Robert B. Coates Making amends, *Médiation and Reparation in Criminal Justice*, London, New York, Routledge, 1992.

Piers A., *La médiation pénale*, travail en vue de l'obtention de la licence en criminologie, Université de Liège, année académique 1993-1994.

Varona G., *Restorative Justice : New Social Rites Within The Penal System?* Onati International Institute for The Sociology of Law, Spain, 1996.

Wyvekens A., *L'insertion locale de la justice pénale : aux origines de la justice de proximité*, Paris, L'Harmattan, 1997.

2. Articles

Demagnet G., « La médiation pénale » in : *Revue de droit pénal et de criminologie*, no 11, Bruxelles, 1995, pp. 887-923.

Faget J., « La médiation pénale : une dialectique de l'ordre et du désordre » in : *Déviance et Société*, Vol. XVII, no 3, Genève, 1993, pp. 221-233.

Faget J., « La double vie de la médiation » in : *Droit et Société*, no 29, Paris, 1995, pp. 25-38.

Hanozin C., Piers A., Van Boven B., Vanempten N., Vanneste C., « La loi du 10 février 1994 organisant une procédure de médiation pénale en Belgique. Evaluation de sa mise en application. » in : *Revue de droit pénal et de criminologie*, no 6, Bruxelles, 1977, pp. 589-635.

Houchon G., « Chronique de criminologie. Le rapport d'évaluation sur la médiation pénale. Commentaire criminologique. » in : *Revue de droit pénal et de criminologie*, no 6, Bruxelles, 1977, pp. 636-650

Lazerges C., « Typologie des procédures de médiation pénale » in : Mélanges offerts à André Colomer, Paris, Litec, 1993, pp. 217-234.

Tulkens F., van de Kerchove M., « La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée? » in : Revue de droit pénal et de criminologie, no 5, Bruxelles, 1996, pp. 445-494.

Wyvekens A., « Le traitement de la délinquance urbaine dans les maisons de justice » in Justices (revue générale de droit processuel), no 2, Paris, 1995, pp. 93-103.

Wyvekens A., « Analyse de l'activité des maisons de justice et du droit du tribunal de Grande Instance de Lyon », Equipe de recherche sur la politique criminelle, Université de Montpellier I, sept. 1995.

c. Médiation familiale

1. Ouvrages

Dahan J., *La médiation familiale*, Paris, Ed. Morisset, 1996.

Duss von Werdt J., Ed., *Médiation : die andere Scheidung : ein interdisziplinärer Überblick*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1995.

Gloor P., *Médiation : ein Vermittlungsverfahren für familiäre Konflikte*, Zurich, Pro Juventute, 1993.

Irving H., *Family Médiation : Contemporary Issues*, London, Sage Publ., 1995.

2. Articles

Bastard B., Cardia-Vonèche L., « Une pratique en pleine réflexion » in: L'école des parents, Paris, 1993, no 12, pp. 24-27.

Bastard B., Cardia-Vonèche L., « La médiation familiale : un meilleur divorce, mais à quel prix? » in : F : questions au féminin, Berne, 1992, Jg. 15, no 1, pp. 22-26.

Bastard B., Cardia-Vonèche L., « Family Mediation in France » in : International Journal of Law and Family, Oxford, 1993, vol. 7, pp. 271-281.

Brâm V., « Mediation in Scheidungssachen, Chance oder Utopie » in: Familie und Recht Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg : Universitätsverlag, 1995, pp. 47-60.

Hermenjat, R., « La médiation familiale » in : Coopération, Bâle, 1996, no 12, p. 31.

Stettler M., « Le droit de visite et d'hébergement en tant qu'objet de médiation » in: Autorité, responsabilité parentale et protection de l'enfant, Lyon, Chronique sociale, 1992, pp. 100-108.

c. Médiation commerciale

1. Ouvrages

Murray J. S., Rau A. S., Sherman E. F., *Processes of Dispute Resolution : The Role of Lawyers*, New York, The Foundation Press, 1996.

Luminoso Angelo, *La mediazione*, VIII, coll. Trattato di diritto civile e commerciale, vol. 31, t. 3, Milano, A. Giuffrè, 1993.