

Le point de vue de la juriste

Actes du colloque « Au confluent du droit et de la Psychologie : la médiation »

3 mars 2017 Faculté Jean Monnet Sceaux

Revue psychologie et droit n° 3- 2019

<http://psycho-droit.com>

Communication de **Michèle GUILLAUME-HOFNUNG**,

Directrice de l'Institut de Médiation Guillaume-Hofnung *Professeure émérite
des facultés de droit Créatrice du Diplôme de Médiation de l'Université de Paris 2*

In « Au confluent du droit et de la psychologie : la médiation »

Je ne peux reprocher aux organisateurs du colloque d'avoir pensé qu'en ma qualité de professeur de droit, j'avais vocation naturelle à présenter le point de vue de la juriste. Certes, je suis professeure de droit, certes j'ai voulu l'être, ce n'est pas le genre de titre qui s'obtient sans acharnement. Certes, aussi, j'ai voulu l'être car les maitres que j'ai eu la chance d'avoir lorsque j'étais étudiante m'ont communiqué l'amour de cette discipline, de sa rigueur. Le Droit tel qu'il était enseigné dans les facultés de droit prenait sa dimension sociale, historique, philosophique, l'importance donnée à la figure du juge, gardien des libertés, inculquait son respect. Les propos qui vont suivre ne sont donc pas des propos de juriste honteuse de l'être : avant de présenter le point de vue de la juriste sur la médiation je tiens à faire une mise au

point préalable. Ma qualité de professeure de droit ne me confère aucune légitimité en matière de médiation. Depuis que le droit s'est saisi de la médiation il n'a eu de cesse de la méconnaître, de la dénaturer, de l'étouffer dans des carcans inadaptés, qui n'apportent même pas de garanties aux médiés.

La seule légitimité que je me reconnaisse à parler de médiation est ma qualité de pionnière et de femme de terrain, compagne de route des médiatrices sociales inter-culturel, les « Femmes-relais » en particulier la très emblématique association « *Femmes inter-associations/ Inter- Services Migrants* » *FIA-ISM* .

Ce qui navre la juriste c'est que dans la dernière décennie du 20^{ème} siècle le droit s'est intéressé à la médiation pour de mauvaises raisons et avec de mauvaises méthodes, entravant son développement authentique et son efficacité réelle.

1. LES MAUVAISES RAISONS DE L'INTERET DU DROIT POUR LA MEDIATION ET SES

CONSEQUENCES : Les premiers rapports émanant de la Chancellerie ou des services judiciaires s'inscrivent dans une volonté de se servir de la médiation pour sic « désengorger les tribunaux ». Ce noble objectif a eu le double inconvénient de ne pas percevoir les trois autres fonctions de la médiation. La deuxième mauvaise raison

de l'intérêt du droit pour la médiation est l'adhésion naïve et désordonnée à un modèle étranger mal compris et donc mal transposé. La troisième mauvaise raison est la surestimation par l'Etat de sa possibilité à apporter des garanties en matière de médiation, sa croyance que l'affichage d'un nouveau mot, vaut réforme.. La quatrième mauvaise raison est la croyance qu'il fallait aller aussi loin dans le détail pour respecter les directives de l'Union Européenne

1.1 LES MAUVAISES RAISONS 1.1.1- Première

mauvaise raison : Pour en faire une alternative à la Justice en dépréciant la Justice et en dénaturant la médiation. De prendre, selon une formule que j'ai voulu provocatrice mais qui n'est rien par rapport à la violence infligée à la médiation, la médiation pour un produit « Destop ou Cilit bang ». Sans adopter le style lyrique des protestations de J. DU BELLAY « Je suis né pour la Muse on me fait ménager » sonnet 6 *Les Regrets*, je déplore l'édulcoration de la grande aventure sociale de la médiation. L'assimilation de la médiation à un produit destiné à désengorger les tuyaux contentieux encombrés fut la pire raison de l'intérêt du droit pour ce qu'il croyait comprendre de la médiation. Il faut imaginer la consternation des pionniers des années 80 qui avaient à l'esprit l'ample projet sociétal de faire des brèches dans les murs d'incompréhension et d'établir des passerelles d'intercompréhension.

- De se faire sur la base d'un procès fait au droit et à la justice. L'idéologie de la « Justice douce » que la médiation était supposée être, dessinait en filigrane une justice officielle, lente, violente. La médiation allait remplacer un droit imposé par un droit négocié. C'est oublier que la Justice figure au cœur des garanties de l'Etat de droit. C'est oublié que le droit négocié, en fonction des rapports de force historiquement installés c'était le droit de l'Ancien Régime. C'est oublier la fonction curative du droit soulignée par Pierre Legendre, bien éloignée de l'idéologie qui a conduit à la loi du 4 janvier 1993 instituant la « médiation » pénale. C'est oublier que l'article 6 par sa formule rousseauiste « La loi est la même pour tous qu'elle protège ou qu'elle punisse » voulait nous protéger du droit négocié par les privilégiés.

1.1.2 - Deuxième mauvaise raison: Pour se mettre naïvement au diapason de la « modernité ». La volonté de s'aligner sur les pratiques venues d'Outre

Atlantique, en particulier des pratiques judiciaires canadiennes a reposé sur de nombreux contresens et conduit à des impasses méthodologiques . Oubliant que la conciliation cheminait depuis longtemps déjà aux côtés de la Justice, que le code civil mettait déjà un solide arsenal

d'alternatives les propagateurs empressés du modernisme durent bien trouver un autre mot, ce fut médiation. Cette volonté d'importer une découverte supposée en avance sur les techniques continentales de règlement alternatif des conflits du vieux continent constitue une raison lourde de conséquences. Elle condamnait la conciliation à subir une injuste dévalorisation, alors que pourtant ce qui revenait des USA ou du Canada n'était pas autre chose que de la négociation ou de la conciliation, (voire de la conciliation déléguée, s'agissant du Québec) mais présentées sous un autre nom. Elle condamnait la médiation à devenir le nom d'emprunt de la conciliation. Les juristes ne furent pas les seuls importateurs, mais ils en furent pour certains des récepteurs actifs. Les premières expériences de ce qui prit le nom de médiation judiciaire familiale, ou de médiation pénale font partie de ce qu'on a appelé la médiation prétorienne.

1.1.3.-Troisième mauvaise raison : Parce que l'Etat confond contrôle et garantie. La médiation a, on le sait surgi de la société civile, s'est étendue à toutes les sphères et les secteurs de l'activité humaine. Elle l'a fait sous le régime naturel des activités de la société civile celui des libertés et du contrat. Sous la seule et nécessaire réserve de respecter le droit commun, et les règles d'ordre public, la médiation a pu se déployer comme toute activité licite. Lorsque les politiques judiciaires se sont saisies de la médiation, elles se sont, par une attitude réflexe, estimées

investies de la capacité à l'encadrer. Les textes se sont multipliés, rédigés à la hâte des raisons aiguillonnées par cette volonté séculaire de l'Etat, d'intervenir pour apporter ce qu'il croit être une garantie. Sans démarche-qualité cette mauvaise raison a nourri une démarche de contrôle mais non de garantie.

1.1.14-Quatrième mauvaise raison : Pour s'aligner sur l'UE quand l'UE n'en demandait pas tant. Il ne s'agit pas de nier que la France doit transposer les directives.

○ Il s'agit de constater, comme l'a d'ailleurs fait le Conseil d'Etat, que les exigences de la directive 2008/52 du 21 mai 2008 étaient déjà satisfaites. La France a fait du zèle.

○ Il s'agit de constater qu'à partir du moment où l'Union Européenne termine ses « définitions » de la médiation par la formule « quelle que soit la dénomination qu'on lui donne » laissait à la France la possibilité de développer les dispositifs existant de conciliation et d'en créer d'autres.

L'Union européenne a été le prétexte à la libération du désir du mot médiation

1.2.LES MAUVAISES CONSEQUENCES : LES FAILLES JURIDIQUES DU DROIT DE LA MEDIATION

Tout s'enchaîne très logiquement sur la base des raisons identifiées dans la première partie. Des chevauchements

de légitimité concurrentes la société civile ne pouvait que sortir vaincue et l'esprit de la médiation avec elle. On ne peut que se réjouir de la réactivation de l'esprit de **conciliation** que les textes ancrent dans tous les secteurs du contentieux qu'il soit judiciaire, administratif ou commercial, mais on ne peut que déplorer que les textes lui imposent le nom d'emprunt de médiation comme si la conciliation avait démerité.

1.2 .1 Généralités Le droit fabrique des textes inadaptés Tous les textes conçus à travers le prisme des modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) ou des modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) font penser à l'allégorie de la Caverne à laquelle recourt Platon (*La République*, Livre 7). Les rédacteurs des textes semblables aux prisonniers de la caverne ne percevraient de la réalité de la médiation que l'ombre de ce qui se projette sur les parois des Palais de Justice ou des amphithéâtres des facultés de droit Cet enfermement explique que les MARC comme les MARL pourtant présentés comme alternatifs, ce qui comporte une promesse de différence, utilisent mot pour mot la terminologie du procès (*parties, recevabilité, épuisement des autres voies de recours*). La similitude terminologique révèle la difficulté pour les auteurs de textes à penser la médiation en dehors de la cosmogonie mentale du procès.

Cet état d'esprit explique l'indifférencié para-juridictionnel de la loi du 8 février 1995 sur la médiation judiciaire et de tous les textes qui s'y réfèrent. Il explique

aussi que ni les prises de conscience ni l'adoption de définitions pourtant élaborées à la demande des pouvoirs publics pour guider leurs actions n'enclenchent d'actions durablement cohérentes.

Le Rapport n° 3696 de la délégation pour l'Union européenne de l'Assemblée nationale, « La médiation, un nouvel espace de justice en Europe », présenté en février 2007 par le député Jacques Floch. Ce rapport reconnaît avec beaucoup d'honnêteté les incertitudes terminologiques de la loi. La prise de conscience dont témoigne ce rapport était d'autant plus porteuse d'espoir qu'il émanait de l'Assemblée nationale qui précisément avait tant contribué au flou terminologique. Avec le rapport Magendie il aurait pu constituer une occasion de moratoire textuel, mais le désir du mot

médiation à tout prix a prévalu sur la rigueur juridique. La quasi totalité des textes adoptés auraient dû utiliser le terme conciliation, alors qu'ils propagent celui de médiation.

1.2.2 Exemples de textes conçus à travers le prisme réducteur et confus de l'*alternative dispute resolution*. Elle aboutit, après une consultation très déformée par son enfermement dans les milieux du droit et du procès, à un certain nombre de dispositions d'ordre juridique qui pourraient valoir pour tous modes alternatifs de

résolution des conflits et non pas seulement pour la médiation. La présentation par la commission des Communautés européennes du Livre vert en avril 2002 a fort logiquement débouché sur la directive 2008/52/CE du Parlement et du Conseil relative à certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. Publiée le 21 mai 2008, elle a été transposée en France par l'ordonnance du 16 novembre 2011.

La directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 fait mesurer le risque que le rouleau compresseur européen fait courir à la médiation avec les meilleures intentions du monde. Cette directive installe au cœur même du dispositif européen une renonciation à définir et la médiation et les médiateurs, par les articles 3 a) et b), par la formule « quelle que soit l'appellation ».

Je me limiterai aux défaillances que sa transposition a encouragées en droit de la médiation en France :

L'ordonnance n° 2011-1540, du 16 novembre 2011, s'engouffre dans cette vacance conceptuelle en reprenant la formule confondante de vacuité : la médiation « s'entend de tout processus structuré, qu'elle qu'en soit la dénomination [c'est moi qui souligne] ». Ainsi, comme la directive européenne, l'ordonnance française repose sur une définition qui s'autodétruit par la formule « qu'elle qu'en soit la dénomination » qui est la négation même de l'idée de définition et du bien nommer.

La résolution du Parlement européen du 13 septembre

2011 sur la mise en œuvre de la directive relative à la médiation dans les États membres, ses effets sur la médiation et son adoption par les tribunaux (2011/2026(INI)), « reconnaît l'importance d'établir des normes communes pour l'accès à la profession de médiateur en vue de promouvoir une médiation de meilleure qualité et de garantir des normes élevées en matière de formation professionnelle et d'accréditation dans l'Union européenne ».

Encore faut-il que la démarche soit menée avec sérieux, ce qui pour l'instant n'est hélas pas le cas, puisqu'on l'a vu, l'Union ne dispose pas de définition de la médiation. L'espoir peut-il se tourner vers les juristes français ?

2. DEUXIEME PARTIE CE QUE LES JURISTES POURRAIENT ENCORE SAUVER

Les juristes pourraient se ressaisir et porter une démarche-qualité en matière de médiation. Les éléments constitutifs de ce qui devrait être le statut épistémologique de la médiation sont au nombre de deux :

- Une définition spécifique rendant compte de sa nature spécifique.
- Le régime juridique garant de sa spécificité. Avant de pouvoir faire cela les juristes devraient affronter le diagnostic d'une maladie qui mine le secteur de la médiation : la DTLA **2.1 Condition préalable :**

Affronter le diagnostic de DTLA Les juristes français doivent accepter de se livrer à un exercice d'ontoterminologie et d'orthoterminologie de la médiation. Il me faut d'abord expliquer ce que recouvre l'expression de mon invention « DTLA » à laquelle j'ai recours pour caractériser une maladie, hélas bien réelle, que j'ai diagnostiquée dans mon secteur professionnel, celui du droit : la Dégénérescence Terminologique Liée à l'Anomie. Le terme dégénérescence, qui indique la perte d'une qualité substantielle propre, se justifie hélas pour décrire la maladie qui frappe la terminologie juridique française. Sa rigueur en faisait la qualité substantielle. Si la France a continué à rayonner bien après la chute militaire et politique de l'Empire c'est par la qualité rédactionnelle des codes napoléoniens. Paris ne sera jamais place de droit si le droit français ne se guérit pas de cette maladie. **2.2 Soutenir une définition qui définisse** Sans définition fiable de la médiation, c'est toute la cohérence juridique des textes nationaux mais aussi européens qui s'effondre. En effet, il existait traditionnellement un lien **consubstantiel** entre la nature et le régime d'une notion ou d'un concept. À partir du moment où dans les textes, faute de vraie définition, il n'existe pas de différence de nature entre la médiation et la conciliation, leurs régimes se confondent. Mais alors, si c'est la même chose, pourquoi utiliser deux termes différents ! Ce n'est pas opérationnel et cela engendre

une stagnation de la médiation. Il faut d'abord bien nommer pour bien faire.

Si l'approfondissement des concepts est l'essence de la démarche scientifique, le droit est une science ; une science qui hiérarchise ses outils puisqu'elle place les concepts au dessus des notions, les concepts assurant la cohérence des notions et de tout le jeu de définitions qui structure la réflexion juridique.

La terminologie juridique repose sur la fiabilité de ses définitions. Définir c'est identifier grâce à des caractéristiques si spécifiques qu'elles permettent de reconnaître. Les juristes les appellent des critères. Le droit est une activité de l'esprit rigoureuse, utilisant des outils hiérarchisés. Hegel le remarquait déjà Il produit des savoirs rigoureux, des créations susceptibles d'application. Il contribue aussi à l'élaboration de l'Universel, comme les Droits de l'Homme.

La France et les pays de droit continental sont en train de perdre le marché du droit par sous-estimation de la plus-value de sa rigueur terminologique. La bataille se joue et risque de se perdre sur le terrain de la médiation. C'est tout le droit continental qui va passer sous influence anglo- saxonne par le biais de la désinvolture terminologique européenne qu'on appelle à tort le pragmatisme. La France a failli en laissant s'installer la nébuleuse anglo-saxonne des MARC ou des MARL. Elle affaiblit sa diplomatie d'influence ; avec cette « médiation

» informe, elle va laisser entrer un cheval de Troie dans les pays d'Afrique francophone. Une fois que la conception anglophone de la « médiation » y aura pris sa place, c'est tout le système judiciaire qui suivra.

Il n'est pas opérationnel de légiférer ou de réglementer sans définition. En effet, à « pondre » des textes dépourvus de fiabilité terminologique on se condamne, et ceci par définition, à *ne pas savoir ce qu'on fait*.

2.3. Respecter son régime juridique spécifique

La médiation, étant un concept autonome, a besoin d'un régime juridique qui lui soit propre. Le contrat de médiation remplit bien ce rôle. La médiation est par définition conventionnelle puisqu'il faut l'accord de tous les partenaires, les médiés et le médiateur, pour la commencer. La médiation dite judiciaire est en réalité une médiation conventionnelle sur aiguillage judiciaire puisqu'elle requiert l'accord des médiés et du médiateur. Rendre la médiation obligatoire reviendrait à la tuer. En France nous n'en sommes pas là heureusement, mais le terme *médiation judiciaire*, en induisant la croyance qu'elle dérogerait à l'unité fondamentale de la médiation d'essence conventionnelle, a altéré un élément important de son statut épistémologique : son régime juridique.

Les textes nationaux et ceux de l'Union européenne renoncent à définir mais ne renoncent pas à imposer des règles qui n'ont qu'une apparence de rigueur. Après des considérations sur le régime juridique de la médiation en

général, une attention particulière sera prêtée à la question complémentaire de la déontologie du médiateur.

Avant comme après 1995, la médiation judiciaire peine à trouver un régime juridique respectueux de la nature de la médiation.

Conclusion

Un statut épistémologique fiable est indispensable au développement de la médiation. Il pourrait servir de référence aux travaux de l'*Observatoire général* de la médiation dont l'urgence s'impose en France comme en Europe.

La médiation ne peut progresser sans qu'il existe enfin un lieu mettant à la disposition du Parlement et des pouvoirs publics des données qualitatives et quantitatives fiables, avant de légiférer ou de réglementer d'une manière qui risquerait de scléroser l'intelligence sociale et relationnelle qui porte et que porte la médiation. Il en va de même à l'échelon européen. En 2000, dans ma présentation aux gouvernements de l'Union européenne du pré-projet de Recommandation sur la médiation sociale en Europe, je suggérais la création d'un Observatoire européen de la médiation.

En attendant seul un moratoire terminologique et une exfiltration de la médiation des secteurs qui la réduisent à une alternative contentieuse peuvent sauver la médiation.

Rien ne serait plus létal que la poursuite d'un encadrement institutionnel inadapté et encore aujourd'hui prématuré tel que la création d'une autorité administrative indépendante ou un ordre professionnel ou d'un service public.

Voilà ce que « la » juriste veut dire, voilà ce que « la » juriste **doit** dire