

PROCÉDURE CIVILE

Le juge tranche, le médiateur dénoue ^{125a5}

L'essentiel

Si le juge et le médiateur ont bien pour fonction de connaître des litiges, l'essence même de leurs attributions respectives se distingue toutefois. En effet, alors que l'un « tranche », l'autre « dénoue ».



Étude par
Hélène GEBHARDT
Médiatrice, magistrate
honoraire

Ces quelques lignes ont pour objet de distinguer les positionnements différents du juge et du médiateur à partir, d'une part, de mon expérience de juge pendant plus d'un quart de siècle et, d'autre part, de mon expérience de médiateur avec ; à mon actif, environ 70 médiations, activité à laquelle je me consacre à présent, après une formation approfondie tant en matière généraliste que familiale. Si juge et médiateur peuvent être, sur certains points, proches, en fait ce sont des postures bien distinctes. Il ne s'agit pas de faire une comparaison en valorisant l'un au détriment de l'autre, mais de mettre en évidence les dissemblances.

Trancher, c'est d'abord « couper net », par exemple une corde, avant de signifier « mettre fin brutalement à quelque chose » puis « terminer par une décision » (trancher un différend) ; dans son sens intrinsèque, c'est décider de manière catégorique sans hésiter.

Dénouer, c'est « défaire un nœud », « délier », on dénoue des lacets, des cheveux qui deviennent alors détachés et libres ; dénouer la langue à quelqu'un, c'est le faire parler, enfin c'est « démêler, éclaircir, résoudre » une difficulté ⁽¹⁾.

Pour montrer à quel point ces deux fonctions se ressemblent peu, j'ai choisi d'aborder quelques éléments parmi d'autres sans prétendre à l'exhaustivité : le champ d'application de chaque fonction, l'attitude des personnes face au juge et face au médiateur, les qualités requises pour exercer ces missions...

LE LITIGE, LE CONFLIT

Le conflit, notion beaucoup plus vaste que celle de litige, est au centre des préoccupations du juge et du médiateur. Le juge « baigne » dans le conflit, si l'on peut dire, c'est son lot quotidien d'être confronté à des points de vue opposés ; le médiateur, lui, se « nourrit » du conflit au sens propre et au sens figuré, puisque les personnes font appel à lui pour sortir d'une impasse résultant d'un antagonisme, d'une impossibilité de s'entendre.

Le juge est tenu par les limites du litige, c'est-à-dire de la contestation portée devant un tribunal tandis que le médiateur s'intéresse au conflit dans sa globalité. Le juge dit le droit en appliquant une règle générale à un cas

particulier et connaît des conflits qui lui sont soumis sans forcément les résoudre en profondeur puisqu'il rend une décision mettant fin à un litige juridique précis qui n'est souvent que la face émergée d'un iceberg. La réponse du juge ne peut être, de toute manière, que juridique et ne donne pas nécessairement « satisfaction » ou « gain de cause » à l'un ou à l'autre. Parfois la solution retenue par le juge mécontente toutes les parties.

Le médiateur, lui, a pour objectif de parvenir à une issue satisfaisante pour tous, la solution éventuellement trouvée, par les parties elles-mêmes, devant être mutuellement bénéfique pour purger le conflit de manière durable. Un sacré challenge ! L'action du médiateur vise à la reprise d'un dialogue et d'une réelle communication ; elle s'inscrit dans un cadre légal et dans le respect de l'ordre public sans forcément faire référence au juridique. Comme le rappelle Béatrice Brenneuer, « un être humain ne peut être réduit à une équation juridique ».

“ Parfois la solution retenue par le juge mécontente toutes les parties ”

L'ADVERSAIRE, L'AUTRE

Béatrice Gorchs a résumé ainsi les deux situations : « la médiation crée l'altérité, le procès fait l'adversité » ⁽²⁾. Autant devant un tribunal, c'est le régime de la preuve qui prévaut, autant en médiation, c'est la communication et la reconnaissance réciproque qui sont primordiales. Dans le premier cas, le plaideur vient pour convaincre qu'il a raison ; dans le second cas, la personne vient pour comprendre la position de l'autre et converser pour trouver une issue favorable pour chacun.

Les termes employés reflètent la façon différente d'aborder les problèmes. Ce sont des belligérants qui s'adressent à un juge, ils se livrent à une guerre et espèrent l'emporter sur leur adversaire, leur « contradicteur ». Le procès avive parfois les griefs. La médiation ne peut, elle, débiter que si les participants déposent les armes et acceptent que la position de chacun soit, de son point de vue, légitime. Tous les acteurs sont alors convaincus qu'une solution négociée a plus d'avantages qu'une solution imposée et qu'il vaut mieux « débattre au lieu de se battre », coopérer plutôt que s'affronter, être partenaires plutôt qu'adversaires.

LA NEUTRALITÉ, L'IMPARTIALITÉ

La neutralité, c'est-à-dire l'état de celui qui est dépourvu de croyances et qui se veut objectif, n'est-elle pas un

(1) Ces données sont extraites du dictionnaire *Le Petit Robert*.

(2) B. Gorchs, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige » : RID civ. 2003, p. 423.

leur ? Nous sommes tous façonnés par nos expériences et nos valeurs. Il est extrêmement difficile de faire abstraction de ce que nous sommes ; en revanche, la neutralité, entendue comme le fait de s'interdire de manifester une préférence ou d'être conscient de ses sympathies ou antipathies, se rapproche de l'impartialité.

Être juge, c'est apporter une réponse judiciaire à un litige, ce n'est pas, contrairement à une idée répandue, juger au sens moral du terme, dire le bien ou le mal. « Juger, c'est s'arracher à un jugement spontané pour se faire tiers à soi-même »⁽³⁾. Être médiateur, c'est être fondamentalement dans le non-jugement par rapport à la vision du monde de chacun. C'est autre chose que l'impartialité, ou plutôt selon l'expression de Jacques Salzer la multi-partialité⁽⁴⁾ c'est-à-dire « être pour ou avec tous » et non pas « ni pour l'un, ni pour l'autre ». C'est être capable d'écouter l'autre en étant « extérieur à soi-même » et à ses préjugés. Sur ce point, la posture du juge et celle du médiateur se rejoignent, tous deux étant tiers, introduisant ainsi un élément dans une relation souvent binaire.

“ Être médiateur, c'est être fondamentalement dans le non-jugement ”

LA DISTANCE, L'EMPATHIE

Le juge doit en principe conserver une certaine distance avec les parties, notamment lors d'audiences publiques ; même dans son cabinet, il ne peut s'autoriser une familiarité, qui ne pourrait être réciproque, même s'il peut parfois s'exprimer avec simplicité et proximité pour être mieux compris ou accepté. Indépendamment de sa personne, il représente une institution. Le médiateur, lui, est autour de la table, s'il y en a une, en tout cas à la même hauteur que les autres dans un rapport égalitaire ; il n'est pas « celui qui sait » et qui va apporter la solution. Il est simplement un facilitateur qui aide les personnes à trouver elles-mêmes ce qui leur convient.

Même s'il peut être plus proche qu'un juge, le médiateur, tout comme le juge, doit être capable de distanciation, c'est-à-dire de prendre du recul par rapport à ce qui est dit et s'observer soi-même de manière à ne pas s'impliquer personnellement sans pour autant être désincarné ou indifférent à ce qui se passe. Le juge peut se montrer compréhensif et avoir de la compassion mais il doit rester à sa place.

Par l'écoute active et la reformulation, le médiateur manifeste son empathie, concept développé par Carl Rogers⁽⁵⁾ et beaucoup utilisé en médiation car cette attitude, qui s'apprend, permet à une personne de se sentir comprise, ce qui contribue à la levée de malentendus. Être empathique, c'est accéder au point de vue de l'autre et à sa

vision du monde tout en restant soi-même c'est-à-dire sans adhérer à sa position. Comme le travail en médiation s'appuie sur les émotions, la compréhension des ressentis d'autrui est un outil efficace.

LE POUVOIR, L'AUTORITÉ

Le juge a pour mission de trancher, de décider. Il ne peut se dérober sous peine de se rendre coupable de déni de justice⁽⁶⁾. Il dispose, de par sa fonction, d'un pouvoir de contrainte (par exemple incarcérer ou expulser une personne, saisir des biens) ou d'injonction (comme interdire une activité, faire subir un examen médical, exiger la production de pièces). C'est sa fonction qui lui confère ce pouvoir d'imposer ses décisions au besoin par la force... même si certaines décisions ne sont pas exécutées. Cependant, un juge ne peut imposer une médiation aux parties car il est nécessaire que chacun adhère à la mesure puisqu'il en est un acteur.

Le médiateur, lui, n'a aucun pouvoir ni de coercition, ni de décision ; ce n'est pas lui qui va trouver la solution comme le fait l'arbitre ou même la suggérer comme souvent le conciliateur. Il doit cependant avoir une autorité naturelle personnelle et être doué d'une forte capacité d'analyse des enjeux pour maintenir la confiance nécessaire. C'est sa compétence qui lui confère une légitimité. Le médiateur est tout sauf passif : c'est lui qui est garant du cadre et qui mène le dialogue en se focalisant sur la qualité relationnelle des acteurs plutôt que sur le contenu des propos échangés.

LA PROCÉDURE, LE PROCESSUS

Devant un tribunal, les règles sont fixées par ce que l'on appelle la procédure, c'est-à-dire la manière de conduire un procès. Des codes spécifiques énoncent ce qui est autorisé et ce qui ne l'est pas dans les différentes phases (la mise en état, la représentation par avocat, les conclusions, la tenue de l'audience, les délais, la façon dont les débats ont lieu, le prononcé de la décision, etc.). Tout est réglementé précisément. Ainsi, au cours d'un procès, les textes régissant la médiation judiciaire, non pas dans son organisation mais en ce qui concerne son interférence avec le procès (désignation du médiateur, rôle du juge, délai, etc.), sont codifiés en France aux articles 131-1 et suivants du Code de procédure civile.

En médiation, on parle de « processus », terme plus souple qui, selon le dictionnaire, signifie « suite ordonnée d'opérations aboutissant à un résultat ». Ce « processus structuré », terme utilisé par la directive européenne n° 2008/52/CE du 21 mai 2008 dans la définition mentionnée à l'article 3 a), et repris par l'article 1530 du Code de procédure civile, comprend différentes étapes, dont le nombre varie selon les auteurs, pour aboutir à une issue la plus satisfaisante possible pour tous. Il s'agit d'une discipline à part entière avec des techniques, une méthode, des outils et un code de déontologie.

LA PUBLICITÉ, LA CONFIDENTIALITÉ

Pour assurer la transparence de la justice qui est une exigence démocratique, la publicité est un principe

(3) A. Garapon, « Bien juger, essai sur le rituel judiciaire », éd. Odile Jacob, 1997, p. 304, 310 et s.

(4) A. Pekar Lempereur, J. Salzer, A. Colson, « Méthode de médiation », Dunod, 2008, p. 68.

(5) C. R. Rogers, psychologue américain (1902-1987), qui a notamment écrit entre 1951 et 1961 *Le développement de la personne*, Dunod, 1968 et réédité régulièrement depuis.

(6) C. civ., art. 4 : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

fondamental consacré par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme dont la mise en œuvre peut être aménagée pour les débats se déroulant alors en « chambre du conseil » ou « à huis clos »⁽⁷⁾ en certaines matières ou par exemple pour préserver la dignité d'une personne. Le prononcé des décisions est, lui, en principe toujours public.

L'une des forces de la médiation, c'est la confidentialité des échanges qui permet de divulguer des éléments et de « parler vrai » en toute confiance que ce qui est dit ne sera pas utilisé. La discrétion protège aussi la réputation. C'est à l'opposé du principe dit du contradictoire (le médiateur n'y est pas soumis contrairement à l'expert) où devant le tribunal, tout argument doit être communiqué en temps utile pour pouvoir être contré. Tant entre le médiateur et chacune des personnes qu'entre tous les acteurs de la médiation et l'extérieur, le secret est la règle⁽⁸⁾, étant précisé qu'à la fin d'une séance les protagonistes peuvent définir les informations pouvant être dévoilées. Toutefois, même s'il est tenu au secret professionnel, le médiateur a – comme tout citoyen – l'obligation de dénoncer certains crimes et délits⁽⁹⁾, obligation reprise par la directive européenne n° 2008/52/CE⁽¹⁰⁾.

LA DÉSIGNATION, LE CHOIX

« On ne choisit pas son juge... Mais on choisit son médiateur ! » selon l'expression du bâtonnier Dominique de La Garanderie⁽¹¹⁾, fondatrice de l'Association des médiateurs européens, médiateurs du barreau de Paris (AME). Une ordonnance dite de roulement définit au sein de chaque tribunal l'organisation des services et les conditions d'attribution des affaires à tel ou tel juge. Le droit au juge naturel signifie que les parties ne doivent pas pouvoir choisir leur juge alors que les personnes qui décident de tenter une médiation ont la liberté de choisir leur médiateur.

Cette affirmation est valable aussi dans l'autre sens : le juge ne choisit pas les cas qui lui sont soumis ; le médiateur, lui, est totalement libre d'accepter ou de refuser la mission qu'on veut lui confier. Cela change tout car une relation autre, basée sur la confiance réciproque, s'instaure.

LE TEMPS

Le temps doit être évoqué car ce facteur n'a pas la même signification selon que l'on est juge ou médiateur. Les tribunaux sont critiqués pour leur lenteur alors que des décisions, par exemple en référé, peuvent intervenir très rapidement. Une procédure classique demande du temps,

surtout s'il y a appel ou même recours en cassation. Le juge, du moins au civil, rédige seul sa décision après des débats relativement courts qui ne laissent quasiment pas de place au discours des parties en général représentées par leur avocat.

Une médiation demande peu de séances dont la durée, certes, peut parfois paraître longue, notamment aux avocats car il faut un minimum de temps pour arriver au cœur de ce qui fait réellement problème. La différence réside dans l'espace laissé aux personnes elles-mêmes pour traiter du sujet qui les préoccupe. La médiation est un processus à la fois lent (pour ma part, j'ai toujours une tortue⁽¹²⁾ pour bien faire comprendre qu'il ne faut pas vouloir aller trop vite) et rapide car limité dans le temps (trois mois renouvelable une fois pour la médiation judiciaire). Il arrive, certes rarement, qu'un accord soit trouvé en une séance.

“ *Il ne s'agit pas d'opposer juge et médiateur mais de laisser à chacun la place qui lui revient* ”

Au terme de cet aperçu, il convient de relever que les qualificatifs appliqués aux juges [sévère, compréhensif, laxiste...] ou aux médiateurs (accompagnateurs, accoucheurs, aviseurs...) sont évidemment différents et variés. Si le juge peut apparaître dur quand il tranche, le médiateur qui tente de dénouer les fils de l'écheveau doit « démêler mais ne pas se mêler »⁽¹³⁾.

Béatrice Gorchs, dans son article précédemment cité, ajoute : « le procès n'exclut pas la médiation : la médiation dans un procès peut permettre l'altérité dans l'adversité ». Il appartient au juge d'apprendre à détecter les affaires qui relèvent davantage d'une médiation que d'un jugement ; c'est pour lui un rôle nouveau, celui de savoir envoyer en médiation les affaires pour lesquelles une telle mesure apparaît plus appropriée qu'une décision judiciaire.

Il ne s'agit donc pas d'opposer juge et médiateur mais de laisser à chacun la place qui lui revient. La médiation peut parfois éviter d'aller devant le juge, comme ce dernier, une fois saisi, peut aussi parfois suggérer une telle mesure. La médiation n'est pas la panacée et tout dossier ne relève pas de la médiation. La médiation est un autre mode de résolution – et également de prévention – des conflits, un mode non pas alternatif mais complémentaire. Le médiateur ne remplace pas le juge, chacun œuvrant à sa façon pour la paix sociale.

(7) « Chambre du conseil » au civil, cf. CPC., art. 433 et « huis clos » au pénal, cf. CPP, art. 306.

(8) CPC, art. 131-14 : « Les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance ».

(9) M.-F. Cornieti : « Le médiateur familial entre l'obligation de se taire et le devoir de révéler » : Bulletin du Barreau de Paris avr.-sept. 2007, n° 39, p. 6 et s.

(10) Dir. n° 2008/52/CE, art. 7-1 b) : « Pour assurer la protection des intérêts primordiaux des enfants ou empêcher toute atteinte à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne ».

(11) M. Bourry d'Antin, G. Pluyette et S. Bensimon, *Art et techniques de la médiation*, Litec, 2004, p. 76.

(12) J.-E. Grévy, *Gérer les ingérables*, ESF, 2009, p. 13 : la tortue est symbole de patience et de sagesse.

(13) A. Stimec, *La médiation en entreprise*, Dunod, 2007, 2^e éd., p. 23.