

Jurisprudence
Revue critique

La Médiation

Entre renouvellement de l'offre de justice et droit

Nous proposons à nos lecteurs un numéro spécial consacré à la médiation. Il contient les actes du colloque *Revisiter les relations entre justice étatique et médiation, un enjeu de société*, qui a eu lieu à Paris les 6 et 7 juin 2010, avec le soutien de la Mission de Recherche Droit et Justice. Gilda Nicolau a assumé l'édition scientifique de l'ouvrage qui a bénéficié de l'aide de l'Université Paris I Panthéon – Sorbonne.

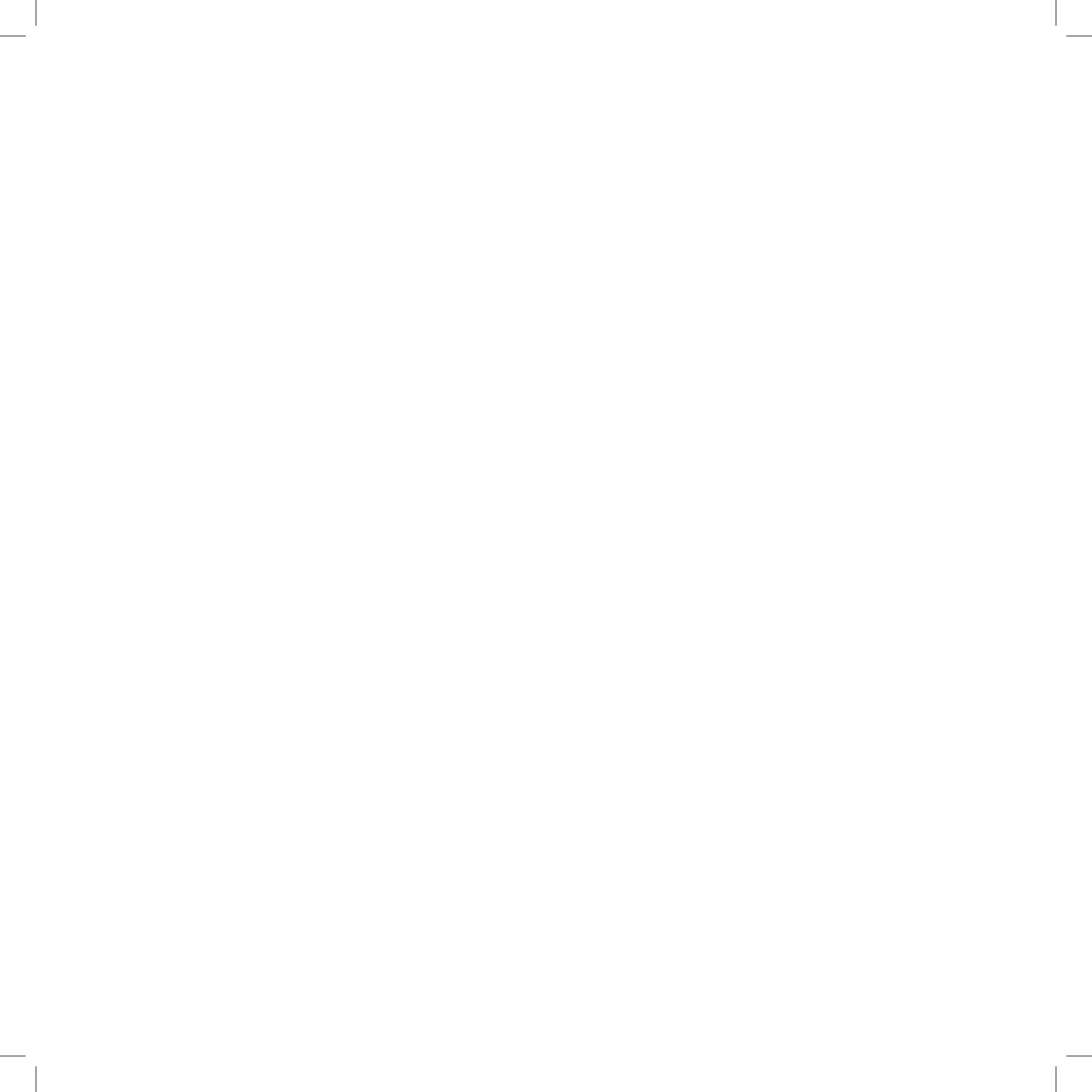
Les textes publiés ne limitent pas le propos à l'exploration d'un phénomène institutionnel. Tout le champ conceptuel de la médiation est traversé. De jeunes auteurs, des auteurs dont les travaux font déjà autorité, ainsi que des acteurs de la médiation se sont engagés dans l'écriture. Il se dévoile, au fil de leurs textes, la force critique de la médiation. On discerne une pratique de la justice qui questionne le jugement et la norme ; qui questionne aussi la constitution du savoir juridique. On entrevoit un état de droit qui diffère l'exercice du pouvoir coercitif. Voici, en somme, un travail qui « donne à penser ». Nous sommes heureux que les pages de *Jurisprudence – Revue critique* en soient l'intermédiaire.

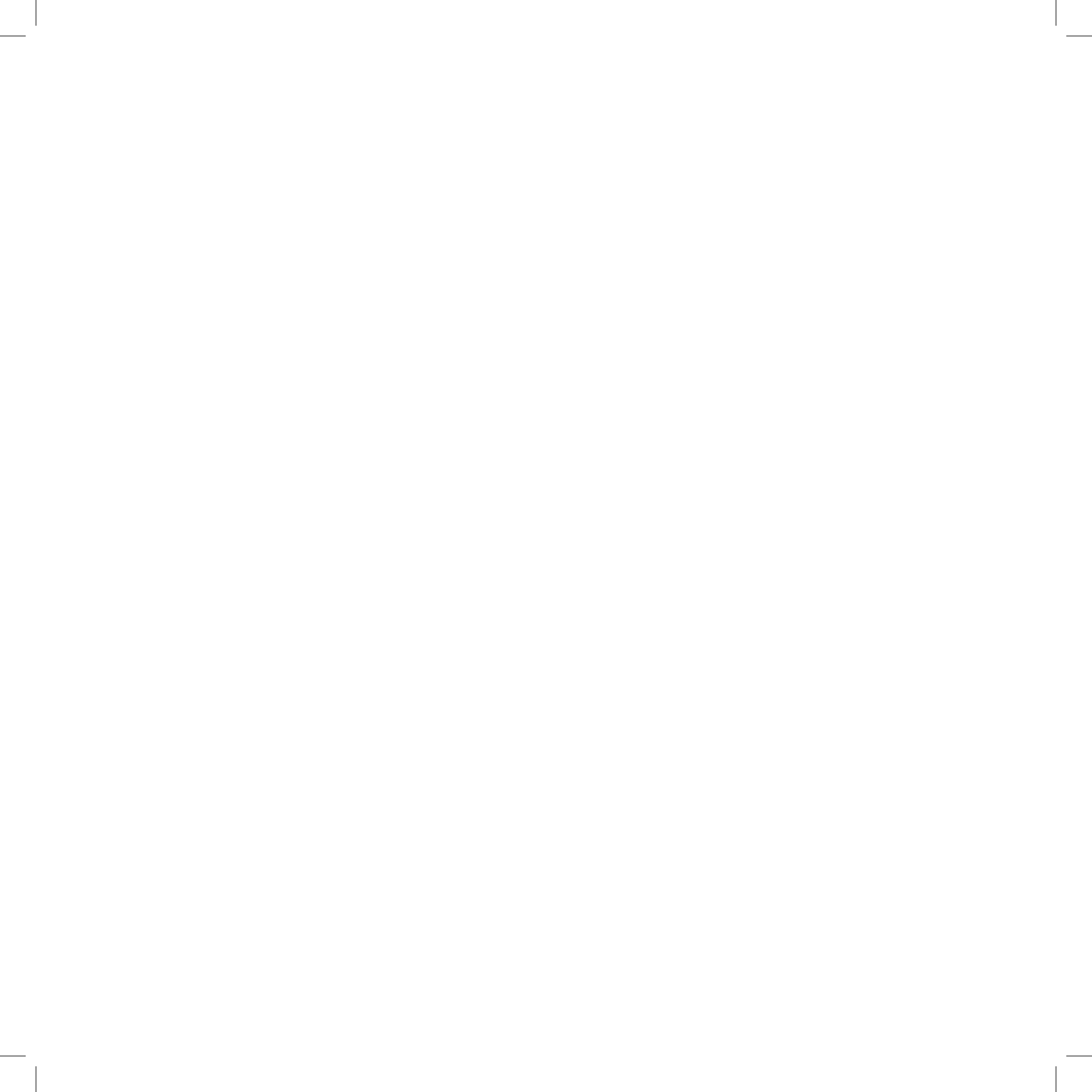
J - RC

SOMMAIRE

<i>Remerciements</i>	
Gilda Nicolau.....	7
<i>Avant propos</i>	
Camila Nicácio, Alix Toublanc et Gilda Nicolau, organisatrices.....	9
<i>Éditorial</i>	
Gilda Nicolau.....	11
MÉDIATION ET RENOUVELLEMENT DE LA PRISE EN CHARGE DES DIFFÉRENDS.....	25
<i>Quand les populations inventent le droit des pratiques en résonnance entre Nords et Suds</i>	
Marie COLLET	27
<i>Justice étatique et médiation</i>	
Béatrice BLOHORN-BRENNEUR.....	31
<i>Le Centre d'intégration de la citoyenneté (CIC): une expérience innovatrice d'accès à la justice et d'éducation aux droits de l'homme</i>	
Guilherme ASSIS DE ALMEIDA.....	35
<i>Avocat et médiation</i>	
Dominique ATTIAS.....	43
<i>Dire le droit: une partition à plusieurs voix</i>	
Carole YOUNES.....	47
<i>La double face de l'avocat médiateur et expert en droit. L'exemple de la négociation d'un contrat transculturel de cession de droits d'auteur</i>	
Alain MOREAU	53
LA COEXISTENCE ENTRE INSTITUTIONS CONCURRENTES: DÉFIS ET LIMITES	57
<i>Anthropologie, droit et médiation au Brésil: un champ dialogique en construction</i>	
Ana Lúcia PASTORE SCHRITZMEYER.....	59

<i>Le choix entre jugement et médiation dans la clinique du droit de l'université d'Ouro Preto</i> Maria Tereza FONSECA DIAS	73
<i>Nouvelles tendances dans les politiques publiques brésiliennes pour la formation de médiateurs judiciaires : une analyse du modèle fondé sur des compétences</i> André Gomma de AZEVEDO	93
<i>La médiation populaire en Chine : accès à la justice ou harmonie imposée ?</i> Hélène PIQUET	115
<i>La médiation à la croisée des chemins, des responsabilités à prendre</i> Michèle GUILLAUME-HOFNUNG	133
CONCEPTUALISER LA MÉDIATION : ENJEUX ET MÉTHODOLOGIES.....	141
<i>Les vies écartelées de la médiation</i> Jacques FAGET	143
<i>Les modèles de médiation : Modèles latins et anglo-saxons de médiation</i> Jean-Pierre BONAFÉ-SCHMITT	151
<i>La médiation face à la reconfiguration de l'enseignement et de la pratique du droit : défis et impasses à la socialisation juridique</i> Camila SILVA NICÁCIO	171
<i>Place de la juridicité dans la médiation</i> Étienne LE ROY	193
<i>Entre Médiation et Droit, les enjeux d'une bonne intelligence</i> Gilda NICOLAU	209





REMERCIEMENTS

L'hypothèse de départ de ce colloque est le fruit de la recherche de Camila Silva Nicácio qui a réalisé sa thèse de doctorat au sein du LAJP-UMR de droit comparé de Paris. Elle nous a permis également de connaître et d'accueillir une partie des chercheurs brésiliens. Nous avons participé aux réunions et débats du forum de la société civile sur la médiation, qui y est représenté. Camila Nicácio a initié et animé avec moi les séminaires doctoraux de l'année préparatoire au colloque qui est publié ici, en pleine période de rédaction finale de sa thèse. Elle a remplacé à la dernière minute la professeure Miracy Barbosa de Sousa Gustin, qui n'a pas pu se déplacer et produit dans cette publication un article original, qui préfigure les fonctions importantes qu'elle est allée assurer dans son État du Minas Gerais. Elle reste avant tout une praticienne avertie des aspects les plus inattendus de la médiation.

Je souhaite remercier chaleureusement Leandro Varison, pour sa médiation avec l'Université de Sao Paulo, et François Morvan pour leur lecture et commentaires sur les textes, ainsi que Paula Varjao et Joana Faria Salomé, doctorantes brésiliennes de Paris 1, et Thomas Burelli pour leur présence attentive.

Ils ont été nos médiateurs culturels, et nous ont permis de rencontrer et de mieux connaître, à la faveur de leurs traductions spontanées du Brésilien, les formidables personnalités brésiliennes qui se sont déplacées pour ce colloque.

Je voudrais exprimer toute ma gratitude à Alix Toublanc directrice adjointe du LAJP-UMR de droit comparé qui a apporté à l'organisation de ce colloque son professionnalisme avec beaucoup de générosité.

Merci à Sophie Guy et Stéphanie Darin de l'UMR de droit comparé, et à sa directrice, Hélène Ruiz-Fabri pour avoir ouvert ce colloque et offert l'hospitalité de l'école de droit de la Sorbonne à nos invités.

Merci particulièrement à Geneviève Chrétien-Vernicos, qui a assuré la coordination des différentes navettes et relectures des écrits.

Enfin le meilleur à nos invités qui se sont déplacés de très loin, et n'ont pas mesuré leur investissement pour que cette rencontre aboutisse et porte les fruits qui vous sont présentés.

Gilda Nicolau



AVANT PROPOS

Le colloque *Revisiter les relations entre justice étatique et médiation, un enjeu de société*, publié dans ce volume de *Jurisprudence - Revue critique* s'est déroulé à Paris les 6 et 7 juin 2010.

L'association entre le laboratoire d'anthropologie juridique de Paris 1¹ et la démarche intellectuelle de *Jurisprudence - Revue critique* est un projet de fond amorcé de longue date. Elle a commencé il y a quinze ans au sein du Laboratoire d'Analyse Critique du Juridique (LACRIJ) de l'université Paris 7 Denis-Diderot alors Jussieu, et s'est concrétisée il y a deux ans, dans la tenue à Paris 1 du colloque de *Jurisprudence - Revue critique, Le genre: une question de droit*.

L'objet du colloque puise lui-même ses énergies au sein de ces trois institutions et des amitiés et affinités scientifiques qui ont fait leur chemin parallèle. Dès 2000, Carole Younes et Étienne le Roy organisaient pour le LAJP le colloque international intitulé «médiation et diversité culturelle. Pour quelle société?»², publié par Kartala en 2002.

De nouveaux partenaires français et étrangers se sont joints aux chercheurs historiques, enrichissant le débat vers de nouvelles réflexions. Camila Silva Nicácio, médiatrice dans l'âme a créé des ponts entre l'Université fédérale du Minas Gerais (UFMG) et l'Université fédérale d'Ouro

Preto (UFOP) au Brésil. Elle est également à l'initiative des hypothèses de départ ci-après, qui grâce aux réflexions échangées avec les participants et le public, et l'actualité brûlante de la question de l'institutionnalisation de la médiation a sensiblement évolué. En raison d'incidents techniques, nous regrettons de ne pas être en mesure de publier ces débats. Le colloque a été préparé sous la forme d'un séminaire doctoral mensuel accueillant des invités et destiné aux chercheurs en anthropologie du droit et à l'ensemble des doctorants de l'école doctorale de droit comparé de Paris 1. Ce séminaire continue pour la troisième année.

Hypothèse

À la suite d'un développement fulgurant durant les trente dernières années, la médiation semble s'être définitivement installée en tant que méthode de règlement des conflits dans les domaines sociaux les plus divers (familial, d'entreprise, environnemental, scolaire, judiciaire, culturel et interculturel, des services publics, etc.). L'éclatement des pratiques et leur unité présupposée de référence éthique et déontologique font toujours débat. En revanche, les questions autour de la relation entre médiation juridictionnelle et non institutionnelle sont nouvelles. De leur contact résultent syncrétismes et replis. Nous faisons l'hypothèse que de cette relation un nouveau modèle, tant de justice que de médiation, paraît pouvoir émerger. Interroger ces rapports, dans leurs divers enjeux (collaboration, récupération, concurrence, confrontation, etc.) pourrait contribuer à dévoiler tant les différents visages d'une justice étatique prête à s'assouplir à partir de la médiation, que d'une médiation déjà en train de se transformer à partir de logiques fréquentes d'institutionnalisation. Les débats initiés par cette journée auraient pour vocation de permettre à des chercheurs et à des praticiens, en droit comparé, d'interroger

1 UMR 8103 de droit comparé de Paris.

2 Carole Younes fut recrutée comme ATER à Paris 7 alors qu'elle préparait sa thèse sous la direction d'Étienne le Roy directeur du LAJP. Gilda Nicolau dirigeait le département de droit et le LACRIJ (avec Régine Dhoquois). Les recherches sur la médiation et sur l'accès au droit au sens large ont débouché à l'époque sur la proposition d'une formation pluridisciplinaire sur la médiation qui n'a pas reçu l'aval de l'université. Un certain nombre de conférences filmées sont encore en ligne sur le site de la médiathèque de l'Université Paris Diderot. <http://www.univ-paris-diderot.fr/Mediathèque/spip.php>.

cette opposition classique entre institutionnel et non institutionnel, sans se limiter à une analyse ou une catégorisation binaire.

Pour en témoigner, il nous est apparu nécessaire de favoriser la rencontre d'acteurs issus tant de la recherche spécialisée dans ce domaine, que d'associations citoyennes faisant appel à un certain degré d'institutionnalisation, ou encore d'institutions judiciaires faisant preuve d'ouverture au dialogue et à l'accueil des citoyens (à l'instar des maisons de justice et du droit). Le forum de la société civile sur la médiation (FSMC)³ qui regroupe le plus grand nombre d'associations prenant la médiation pour objet et de fédérations de ces associations et le Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation symboliseraient les institutions de la rencontre entre société civile et institutions publiques.

Les textes qui nous ont été confiés depuis par les intervenants attestent de l'actualité de cette hypothèse un an après, et des enjeux de société qui ne font que se dessiner, faisant entrer la médiation de manière durable dans le champ de la recherche interdisciplinaire.

Camila Nicácio, Alix Toublanc et
Gilda Nicolau, organisatrices.

3 Le forum de la société civile (FSCM) sur la médiation est un groupement pour le moment informel qui réunit les représentants des grandes tendances des réseaux d'acteurs, ONGs et fédérations d'associations, se reconnaissant sous ce vocable en France. Le forum poursuit des enjeux de normalisation et de communication à destination des usagers participants et des responsables politiques, dans l'objectif d'instaurer un droit d'accès à la médiation, comparable aux actions qui sont déjà implantées en la matière pour l'accès au droit. Les objectifs du forum sont de favoriser le dialogue entre les différentes formes de médiation, développer une politique de communication, favoriser le dialogue entre pouvoirs publics et acteurs de terrain, travailler à partir des villes et intercommunalités.

ÉDITORIAL

GILDA NICOLAU

La prise en compte de la complexité des sociétés et donc de leurs systèmes juridiques se lit dans le développement des attentes et des offres de justice, à mesure des crises (politiques, sociales, financières, environnementales, idéologiques) qui se multiplient. Les expériences de négociation, de médiation et d'intermédiation observées et pratiquées depuis plus de trente ans au Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris¹ proposent des repères pour rénover les institutions du futur en associant production du droit et société.

L'engouement pour le terme médiation, son utilisation très générale ou au contraire plus spécifique, pour qualifier des pratiques inventées ou réinventées au sein de la société, se rapporte tant aux aspirations sociales qu'aux cultures juridiques, juridictionnelles, administratives et politiques de chaque pays.

Ainsi, le développement des instances, identifiées sous l'expression médiation des conflits depuis une quarantaine d'années, nous a permis de prendre un nouveau rendez-vous, pour refonder la nécessité de conceptualiser ces mouvements en faveur de la socialisation et des modes de justice restauratrice au quotidien (et à toutes les échelles), et faire un point sur leur développement dans

d'autres pays. Les réticences culturelles et institutionnelles au développement de pratiques qui relèvent d'un « esprit de la médiation », comme on parle de l'« esprit des lois », a porté ses fruits en terme de responsabilisation des praticiens, de sécurisation de leurs pratiques qui auraient pu apparaître comme relevant d'une privatisation dangereuse de la justice, et également en terme d'identification des besoins en formation des médiateurs. Des codes de bonnes pratiques étaient élaborés parallèlement à la production législative de reconnaissance, et de prise en charge financière de certaines d'entre elles. Pour autant, les résistances tenaient autant à la crainte de devoir renoncer aux acquis sociaux traduisibles en termes de droits, qu'à l'émergence d'un contre paradigme. La coexistence entre « les vies éclatées de la médiation »², atteste d'un conflit idéologique dont les effets sont dynamiques tant pour la société civile que pour le système institutionnel.

La médiation a fait son entrée sur la scène juridique française depuis les années 1970. Un état des lieux était dressé vingt ans plus tard à l'occasion de son officialisation³.

1 Désormais équipe interne de l'UMR de droit comparé de l'Université Paris 1 - Panthéon Sorbonne.

2 Jacques Faget, ce volume.

3 Par la loi du 8 février 1995 et son décret d'application du 22 juillet 1996. Outre un nombre considérable d'ouvrages et des colloques, un dossier de la revue *Droit et Société* n° 29/1995 lui était consacré.

Des travaux précurseurs⁴ ont permis de faire un bilan des pratiques tant institutionnelles qu'extra-institutionnelles, d'en systématiser les constantes et de dresser modèles et hypothèses sur cette entrée dans les questions de « droit et société » contemporaines. La médiation officie dans un entre-deux relationnel où individus ou groupes n'ont plus que violence et intérêts pour liens, si bien que le concept est habituellement associé tant au conflit, qu'au lien social. Certains travaux utiliseront le terme pour relier les cultures juridiques, quoiqu'il s'agisse davantage d'ouvrir des frontières entre les disciplines qui traitent des normes.

Explosion des pratiques

Une littérature abondante s'est depuis développée émanant du « monde » de la médiation, plus ou moins caractérisée par une conception idéaliste ou spiritualiste, ou bien hédoniste (le développement personnel a le vent en poupe) et consumériste (le culte de l'image des entreprises - des institutions vient également s'abreuver aux potentialités d'un nouveau management public.). Un idéal de droits de l'homme à universaliser par des processus de communication mis en scène semble les porter.

À cet égard en France, un versant spécifique de la médiation officiant dans la prévention et la régulation des conflits de personnes a connu une évolution remarquable. D'abord associé au traitement de petites causes, à faible enjeu économique, ce qui amenait à la confondre avec la conciliation, puis instrumentalisée pour déléster les institutions⁵, la question du pluralisme juridique n'y était pas posée. Des efforts de conceptualisation interdisciplinaires, associant également psychologues et théologiens se sont multipliés, permettant de dessiner les contours de sphères

de production juridique occultées⁶. Mais l'accompagnement au changement affichait des différences marquées entre des interventions superficielles et illusoire et d'autres proprement révolutionnaires, tant du côté de la justice institutionnelle, que des médiations non reconnues.

C'est la médiation familiale, qui fut la première portée sur la scène judiciaire française. La rupture du mariage parvenait à se résoudre dans la contractualisation, mais sans restauration des liens pour l'avenir. Fixés dans un discours, démunis des moyens de le dépasser, les couples désunis en conflit s'enferment dans un cycle vicieux qui consiste à préférer une relation violente et entretenue dans les tourments, à la mort de la relation. Les institutions judiciaires sont non seulement peu outillées pour aborder ces questions, mais limitées par le droit qui consacre les libertés publiques et privées. Ce n'est donc que volontairement et librement qu'une médiation peut être mise en place, ou trouver un espace-temps judiciaire pour s'y adosser. Non seulement le droit de l'Union Européenne s'opposerait-il à un préalable obligé en médiation (au nom du droit d'accès à la justice et du droit à un procès équitable) mais le processus de médiation lui-même en serait vicié⁷.

Plus récemment en France, vint le temps de l'innovation prétorienne, puis de la disposition législative entérinant la double-convocation, où sans les y obliger, il y aura lieu d'inciter les couples défaits à aller recevoir une information sur la médiation.

La diversité des actes d'institution par la société civile et de la reconnaissance publique d'une partie d'entre eux comme instances de service d'intérêt général, nous a conduits à revisiter les relations entre justice étatique et médiation dans différents pays et diverses situations. La diplomatie internationale qui en est partie par la nécessité même d'éviter les conflits armés entre États, a fait l'objet

4 On se reportera notamment à la production considérable de Jean-Pierre Bonafé Schmitt, Jacques Faget et Michèle Guillaume-Hofnung, et Étienne le Roy, pour ne citer que les auteurs de cet ouvrage.

5 Idée encore tenace. Cf ce Volume, Béatrice BLOHORN-BRENNEUR, Justice étatique et médiation.

6 Ana Lucia PASTORE SCHRITZMEYER, Anthropologie, droit et médiation au Brésil : un champ dialogique en construction. Ce volume.

7 Gilda NICOLAU, entre médiation et droit, les intérêts d'une bonne intelligence. Michèle GUILLAUME HOFNUNG, La médiation à la croisée des chemins, des responsabilités à prendre. Ce volume.

du discours d'ouverture de la Directrice de l'École de droit de la Sorbonne, Hélène Ruiz-Fabri, professeure de droit international public. L'expression diplomatie est toutefois encore réservée aux médiateurs qui interviennent comme diplomates *ès qualités*. Au moment du colloque publié dans ce volume, le débat sur la transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale⁸ donnait, si besoin était, actualité à cette rencontre. La directive devait être transposée au plus tard le 21 mai 2011. Un avant-projet de décret, soumis à consultation publique sur internet de manière assez subreptice, rencontrait les opinions, suggestions et critiques d'un nombre inattendu de représentants d'associations et de fédérations d'associations de médiateurs. Les critiques portaient sur la directive elle-même, et sur les propositions au sujet de sa transposition, en adressant des mises en garde, fondées sur les effets des textes précédents. En particulier, on passait sans crier gare, de l'autorégulation et de la reconnaissance des codes de déontologie, à un contrôle étatique portant atteinte à l'indépendance du médiateur, et donc à la confiance possible des médiateurs.

On parlera d'ailleurs de *médiés*, de *médieus* ou de *médiants*, afin de caractériser leur prise en charge du conflit, ceci pouvant servir de repère ou de vecteur de la place qui leur est laissée dans le dispositif de médiation. Les pratiques de médiation opèrent entre deux pôles qui vont de l'institution du pouvoir décisionnel (du juge et de l'arbitre) à l'absence totale de pouvoir (théorique) du médiateur, symbole quasi-totémique de la conscience et de la capacité de décentrage du sujet autonome. Mais la diversité dans cet entre-deux avait pour corollaire la polysémie endémique du terme.

Brouillages terminologiques

Les médiateurs insistaient particulièrement sur la nécessaire clarification des termes employés⁹ et pour le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME), la nécessité de distinguer entre conflit et litige. Il est devenu constant dans les écrits sur la médiation, de regretter la dilution du terme dans des pratiques les plus disparates. L'utilisation du terme partant des pratiques, quitte à lui ajouter un adjectif qualificatif précisant son domaine, conduirait à qualifier de médiation toute entremise d'un tiers dans une relation publique ou privée posant problème. C'est-à-dire un tiers œuvrant à faire combler le vide de la séparation ou à ouvrir le mur de l'incommunication. Le juge, dans sa fonction de séparation mesurée et d'orientation des conduites selon les valeurs communes, vient opposer à la violence des parties, la violence légitime parfois guère plus feutrée de la loi qui peut tomber comme une guillotine. La médiation, en posant un principe de non-pouvoir du médiateur, induit celui des médiateurs, et les confronte à l'observation de l'escalade de la violence¹⁰. Elle interroge également l'universalisme décrété des textes de moins en moins généraux mais jamais assez nombreux, alliant requis et prescrit dans une recherche de sens ensemble.

En ce sens, la médiation n'est pas forcément en attente de nouvelles scènes de justice, mais d'une transformation générale des institutions, qui réponde de manière plus directe au projet démocratique. En dépit de la volonté d'universalisme de la loi à l'échelle mondiale comme à la plus micro-nationale, les laissés pour compte du droit positif, comme la critique des manières autoritaires de l'imposer, se multiplient. Et ce, dans un contexte d'affai-

8 Transposés depuis par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 et le décret d'application n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends.

9 Entre conciliation, négociation et médiation notamment, puisque l'arbitrage et la juridiction étaient bien identifiés ; mais aussi eu égard au raisonnement formel et abstrait au sens de faisant abstraction du cas réel (litige), et l'examen concret et approfondi de manière interdisciplinaire de toutes les dimensions du conflit, en vue d'une sortie durable de ce dernier.

10 Qui commence par la communication violente.

blissement des États dans la crise économique qui masque provisoirement les crises culturelles.

Qu'il y ait un sens large et un sens étroit d'un terme ne pose pas de problème en soi et le succès même du terme justifie que l'on s'y attarde. En outre, la complexité des conflits et les compétences requises pour les aborder diffèrent selon que l'on est en présence d'un conflit collectif de grande envergure associant des enjeux politiques, économiques, juridiques, eux-mêmes complexes, et des conflits interindividuels ne relevant que d'un problème de communication. Entre ces deux extrêmes, la pensée juridique relative à la catégorie des communs, mérite d'être enrichie de celles d'autres disciplines. Les conflits de personnes, liées par une appartenance communautaire ou familiale, amicale ou professionnelle, appellent également à la reconnaissance de la complexité. On pourrait même se demander si la confiance instaurée par le droit positif en sécurisant les relations contractuelles n'est que superficielle. Si l'on regarde le droit des sûretés et le droit des assurances, tout comme le besoin de médiateurs de tous ordres, c'est même la défiance qui se serait installée; comme s'il n'était plus possible, dans nos sociétés, que les personnes respectent leurs engagements, ou parlent directement avec leur voisin au motif qu'il a une autre origine. À côté de ces secours triviaux¹¹, portés auparavant par les relations de proximité ou lorsqu'elles étaient défaillantes par les services sociaux, une vision plus exigeante prend corps, tendant non seulement à réparer les liens mais l'aptitude à les nouer et à les entretenir de manière autonome. Prendre le risque de s'engager dans une relation, de partager des activités, des objectifs, des valeurs, et d'assumer de ne pas les partager sans conflit, relève alors tout autant du politique et du juridique. Ainsi, poser un principe de liberté et un principe de non-usage du pouvoir, relèvent bien, comme le soulignait le doyen Carbonnier de la plénitude du droit. La liberté d'association

érigée en principe général du droit reconnu par les lois de la République a pour corollaire la responsabilité et la solidarité. Or, ce sont bien ces obligations des médiateurs qui sont questionnées en médiation.

À l'heure où nous entamons le colloque, il ne fut pas possible à un médiateur institutionnel de répondre à notre invitation, compte tenu de l'imminence, dans un climat de tension, de la fusion des institutions d'*ombudsman*. Le médiateur de la République, le défenseur des enfants, la commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS), la Halde (haute autorité de lutte contre les discriminations) ont été regroupés sous une même institution : le défenseur des droits¹². Le contrôleur général des lieux de privation de liberté, n'en a finalement pas fait partie. Ce que l'on a qualifié de « super médiateur » devait porter les attentes et les plaintes des citoyens face au pouvoir des institutions de l'État. Un an après, on parle moins de médiateur à leur égard, peut-être pour pouvoir faire la promotion de ses pouvoirs indirects mais réels (en atteste le nombre de dossiers traités en un an, et les mesures qu'ils ont générées et affichées).

Selon Michèle Guillaume-Hofnung¹³, également pionnière des recherches sur la médiation, le terme s'est certainement plus développé que la médiation elle-même. L'inflation terminologique, perceptible depuis les années 80, lui a valu la réputation d'un concept flou. Désormais, les praticiens ressentent aussi les inconvénients concrets de la négligence d'une conceptualisation. Sa contribution scientifique l'a amenée à effectuer des recherches comparatives faisant apparaître des différences éclairantes entre les pays étudiés. Selon ses travaux, l'accord se fait pour reconnaître

11 Qui portaient un précurseur à désespérer en termes très critiques de ses concitoyens, signe d'une conception élevée de leurs potentialités. Jean-François SIX, *Les médiateurs*, Le cavalier bleu, Coll. Idées reçues, 2003.

12 Par la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.

13 Elle dirige le diplôme d'université « La médiation » et le master « Diplomatie et négociations stratégiques » de l'Université Paris Sud. La promotion 2010-2011 de ce master a reçu commande du conseil de l'Europe d'élaborer une définition européenne de la médiation. Cette définition a été remise à son président et au président du comité des droits de l'homme le 17 mai 2011. Michèle Guillaume-Hofnung est également directrice de l'Institut de Médiation Guillaume-Hofnung (IMGH).

qu'il n'y a pas de médiation sans la réunion des trois critères suivants : (i) il faut un tiers sans pouvoir, neutre¹⁴, indépendant ; (ii) il faut lui assigner une mission qui ne se confonde pas avec d'autres demandes ; enfin, (iii) il faut qu'il suive le processus original de médiation. La question de l'impartialité n'est pas abordée dans cette définition ; et elle existe peu dans la pratique où l'égalité des médiateurs n'existe pratiquement jamais. Le plus souvent, les textes ou les accords qui les instituent leur assignent une mission qualifiée de médiation, sans pour autant clarifier le cadre normatif des fonctions des médiateurs. Ces derniers se voient alors dotés d'une mission de conciliation, de sécurité ou d'assistance, ou bien ils dépendent de procédures allégées ne permettant pas le déploiement de la communication. Les freins institutionnels peuvent aussi provenir de soubresauts législatifs pour le moins paradoxaux.

Soubresauts institutionnels

L'actualité offrait aussi un mouvement institutionnel surprenant même si attendu¹⁵. Mayotte est devenue un département français et la départementalisation emporte avec elle un mouvement de « modernisation » ou plus exactement d'occidentalisation législative. Jusqu'au premier janvier 2008¹⁶, l'organisation de Mayotte était soumise au

principe de spécialité législative¹⁷. Auparavant, en vertu d'une délibération du 3 juin 1964, les Mahorais de statut particulier pouvaient soumettre leurs différends aux cadis¹⁸ et en appel aux grands-cadis présidés par un « Quâdi L Quôdat », tout comme, depuis 2003, à la juridiction de droit commun. Deux décisions judiciaires pouvaient donc être prises en même temps et officiellement sur un même litige. L'ordonnance de 2010 supprime l'intervention de la justice cadiale dont le fonctionnement en outre, ne répondait pas aux exigences de la convention européenne des droits de l'homme. Elle lui substitue une compétence de plein droit de la juridiction de droit commun pour connaître des conflits entre personnes relevant du statut personnel local. Conformément au pacte pour la départementalisation, le rôle des Cadis et des Grands-Cadis sera désormais recentré sur des fonctions de médiation sociale, sans qu'une formation particulière ne soit envisagée. Que dire de cette manière dont l'État vient « recycler » ces fonctionnaires qui officiaient pour la cohabitation culturelle en les faisant passer de juges à médiateurs ? Le risque de développer des médiations autoritaires (critique adressée aux jugements cadiaux eux-mêmes), ne contribuera-t-il pas au brouillage conceptuel et terminologique, déjà problématique en métropole ? Comment les juges métropolitains envisageront-ils l'efficacité de leurs décisions à l'égard des justiciables non francophones et encore moins acculturés à la justice d'État ? Qu'en ira-t-il des nombreux justiciables en situation irrégulière et peu prompts à saisir les instances officielles ? À moins que la médiation ne s'avère plus adaptée au besoin de justice de l'ensemble de la population maho-

14 Le critère de la neutralité est encore discuté et n'est pas repris dans la définition adoptée par le Forum de la société civile sur la médiation. Trop copié sur le rôle du juge, il se confondrait avec l'impartialité, l'indépendance et la non-autorité (à décider, comme à induire par son autorité ou son expertise). L'engagement (citoyen) du médiateur en serait freiné. Il semble toutefois difficile de négliger le rôle de conseil et d'orientation vers un expert le cas échéant, sauf à réduire son rôle à une écoute bienveillante.

15 Depuis l'accord sur l'avenir de Mayotte signé à Paris le 27 janvier 2000. JORF 8 février 2000.

16 Art LO 6113-1 du code du code général des collectivités territoriales issu de la loi organique n° 27-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer. Ordonnance n° 2020-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître et loi n° 20101487 du 7 décembre 2010 relative au département de Mayotte.

17 En vertu de ce principe, l'applicabilité des textes législatifs dans ces collectivités était subordonnée à l'adoption d'une disposition expresse d'extension. Au contraire, le principe d'assimilation législative s'applique aux départements français. Désormais, l'article 30 de la loi du 7 décembre 2010, habilite le gouvernement dans les conditions de l'article 38 de la Constitution à modifier le code de l'organisation judiciaire aux fins de rapprocher les règles applicables à Mayotte de celles applicables en Métropole.

18 Les textes réfèrent au terme Quâdis, grand-Quâdi et Quâdis L Quôdat. Je reprends dans le texte l'orthographe simplifiée cadis.

raise! Les territoires d'outre-mer français constituent un laboratoire expérimental de nos institutions!

La pluralité des regards sur le droit à l'intérieur des États convie à un partage des savoirs entre sciences sociales et sciences juridiques.

Partage des savoirs

Des personnalités particulièrement marquantes de la recherche sur l'institution et l'institutionnalisation de la médiation en Europe, aux États-Unis et dans les pays de Common Law, dans les pays africains, en Chine, au Brésil, sont venues échanger avec des praticiens aguerris, parmi lesquels le Brésil est particulièrement représenté¹⁹. Hélène Piquet de l'UQUAM²⁰, nous sensibilise au problème de l'institutionnalisation de la médiation en Chine. Elle est familière du laboratoire et du master de droit comparé spécialité anthropologie du droit à Paris 1²¹. Étienne Le Roy apporte son regard d'africaniste, mais avant tout de théoricien de l'anthropologie du droit développé durant de nombreuses années passées à la direction du LAJP. Il a offert à nombre d'étudiants des grilles de lecture des ordonnancements juridiques en concours. L'hypothèse du pluralisme juridique et l'étude des rapports d'internormativité invitent les médiations de tous ordres au sein de ces mêlées normatives, où la place des médiateurs n'est pas confortable.

Dans la médiation, c'est le sens des obligations qui est négocié et celui de la qualité du lien de droit également²², par une activité de langage qui est aussi une activité de recherche juridique. La superficialité d'une démarche qui

ne serait qu'attachée aux émotions des médiateurs, à l'écart de leurs droits économiques et culturels rend indigente la question de la formation interdisciplinaire des médiateurs. Si le rôle de la médiation est bien aussi une question de droit, elle pose paradoxalement celle de la place exponentielle que prend une forme de droit et de son mode de production, dans la régulation des sociétés multiculturelles et plus démocratiques.

La comparaison de contextes culturels divers n'est pas facile. Ainsi, la médiation n'a, selon l'époque et le lieu, certainement ni le même visage, ni les mêmes attentes comme fondements. La permanence tant de nouvelles pratiques de médiation que des résistances à cette offre, invite à dépasser un effet de mode ou de lobby.

Critiquant la confusion des pratiques, Ana Lucia Pastore Schritzmeyer²³, après avoir mis en évidence certains tenants et aboutissants historiques de la médiation culturelle, en particulier dans le contexte du développement du domaine de l'anthropologie du droit au Brésil, présente deux cas emblématiques de tentatives de médiation culturelle dans le pays, dont le caractère, qu'il soit autoritaire, ou fortuit, néglige les exigences d'un tel processus. D'autres exemples permettent aussi d'entamer une réflexion sur les limites et les potentialités des relations entre anthropologie et Pouvoir Judiciaire afin d'accueillir et de mettre en place les pratiques de médiation, conciliation et négociation.

Peu à peu, le monde de la médiation s'est organisé, à l'intérieur et hors des institutions étatiques, à partir des expériences menées au sein et par la société civile, et a travaillé règles et principes de base, et cherché des accords de définition. On apprenait cependant à comprendre et à contenir ce qui se passait, au lieu de le décréter à l'avance. Les freins venaient après. Entre accords sur le sens et rédactions, les écarts restaient importants²⁴. Le forum de la société civile

19 De l'Université de Brasília (André Gomma de Azevedo), de l'Université de São Paulo (Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer et Guilherme Assis de Almeida), et des Universités fédérales de Minas Gerais (Camila Nicácio), et d'Ouro Preto (Maria Tereza Fonseca Dias).

20 Université de Québec à Montréal, où Hélène Piquet est titulaire de la Chaire « Droit chinois et mondialisation ».

21 Où elle est venue enseigner en tant que professeure invitée deux années consécutives.

22 Emmanuel JEULAND, *La fable du ricochet, Approche juridique des liens de parole*, Mare et martin, coll. paradigme relationnel, 2009.

23 Fondatrice du NADIR, Laboratoire d'anthropologie du droit de l'Université de São Paulo, qui réunit juristes et anthropologues, représentés également par Guilherme Assis de Almeida.

24 Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, *op. cit.* Ce volume.

sur la médiation (FSCM)²⁵, atteste que la médiation émane essentiellement de la société civile. Les acteurs du forum considèrent qu'elle porte un projet de société et qu'il y a lieu d'y sensibiliser les élus, dès lors qu'ils sont en charge de la mise en œuvre des politiques publiques. Ce forum se veut un lieu de dialogue entre toutes les formes de médiation et de réflexion en vue de promouvoir l'identité et l'unité de la médiation et de favoriser son essor.

Pour diffuser cette vision, d'autres groupements, tels que l'Association Nationale des Médiateurs qui en est membre, ou le Groupement européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME), s'emploient à réfuter les mauvaises idées reçues, ainsi que les tentatives d'instrumentaliser et « ancillariser » le mouvement en marche. Ils œuvrent à faire mieux comprendre l'intérêt de la médiation pour ne pas la réduire à un mode de désengorgement des tribunaux. Béatrice Blohorn Brenneur²⁶ atteste que cette contradiction ne cesse d'exister, et tente d'agir depuis des années, depuis l'intérieur de l'institution de la magistrature. Dans le même temps, la formation continue des magistrats à la médiation se développe dans les grandes villes, et c'est à l'initiative de magistrats eux-mêmes, ici comme ailleurs, que les résistances culturelles sont affaiblies.

Comparaisons

Hélène Piquet apporte un éclairage sur les rapports des justiciables chinois contemporains au droit et aux institutions de la justice, lorsqu'ils y accèdent; mais aussi et surtout sur la manière dont on peut instrumentaliser les archétypes occidentalisés de la culture chinoise lettrée, pour imposer la médiation par la loi. Ainsi, le législateur chinois a promulgué, le 28 août 2010, la Loi de République Populaire de Chine sur la médiation populaire, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011. On pourra se demander quelles

raisons ont motivé le législateur chinois à édicter cette loi, et si la médiation imposée favorise l'accès à la justice des justiciables chinois. Le risque d'imposer la médiation, voire l'harmonie qu'elle est censée rechercher n'est pas absent en France et au Brésil²⁷.

La comparaison nous mène aux États-Unis et dans d'autres pays de Common Law ainsi qu'au Brésil, où l'on vérifie également à quel point la démarche de justice institutionnelle et ses logiques, surdétermine la manière dont la médiation s'y inscrit, serait-ce en faux. Est-ce bien un phénomène de mimétisme à l'égard des pays anglo-saxons, précurseurs en la matière, qui inspira en France les premières maisons de justice et du droit et avant elles, les boutiques du droit?

Le Brésil est à cet égard à la croisée des cultures européennes, nord-américaines, comme de sa propre multiculturalité et développe pour cela des expériences inédites. Guiherme Assis de Almeida présente et analyse les difficultés liées à la mise en œuvre d'un projet de médiation sociale au sein d'une institution du gouvernement de Sao Paulo, le Centre d'intégration de la citoyenneté (CIC – une version brésilienne de nos maisons de justice et du droit?). Ils ont pour objectif non seulement l'éducation aux droits humains dans les quartiers les plus défavorisés, mais aussi la gestion des procédures alternatives de régulation des conflits.

Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, également précurseur des formations en France et en Suisse, montre que justice étatique et médiation, par leur vis-à-vis, se construisent et s'influencent mutuellement et qu'il y a comme des modèles de droit, des modèles de médiation. Ceci l'amène à proposer qu'il existe aussi des modèles latins et des modèles anglo-saxons. Ainsi la médiation nord-américaine se serait-elle établie dans un pays régi par un modèle décentralisé et contractuel, tandis que le système français repose sur des instruments de régulation très centralisés, fonctionnant sur un mode hiérarchique et faisant appel à une conception du droit très réglementaire. L'auteur attribue l'inégal dévelop-

25 Représenté par Denis Moreau, Michel Marcus et en dernière date de Monique Sassier. Cf. avant-propos note 3.

26 Présidente de chambre à la cour d'appel de Lyon, fondatrice et vice-présidente du GEMME.

27 Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, *op. cit.*, ce volume.

pement de la médiation au fait que les Français ont le culte de la loi et les Américains le culte de la négociation.

André Gomma de Azevedo²⁸ participe en tant que magistrat et professeur de droit au développement de la politique brésilienne en faveur de la médiation au sein des tribunaux du pays, comme mesure première de régulation des conflits. Selon lui, alors que la médiation occupe actuellement 30% du contentieux brésilien, une sensibilisation des justiciables devrait permettre de faire de la justice classique une exception. Elle s'accompagne d'un effort considérable sur la qualité de l'offre de médiation, par le développement de la méthode et de formations initiales et continues, basées sur la recherche et l'analyse personnelle des expériences, la co-médiation, et leurs examens critiques réflexifs.

Transmission et formation

Créée en 1989, l'association juristes solidarités a durant plus de 20 ans, relevé le défi de mettre en relation culture de la médiation et capacitation des citoyens, en vue d'un meilleur accès au droit et à la justice²⁹. Elle a identifié, recensé et valorisé la production de droits initiés par les populations, favorisé les échanges d'expériences entre les acteurs, et soutenu leurs projets collectifs. Elle a sensibilisé et formé en France et en Europe différents publics au rôle que le droit peut effectivement jouer dans l'exercice de la citoyenneté, en constituant un outil de transformation sociale.

L'enseignement et la formation tiennent également une place essentielle dans les travaux brésiliens, peut-être de manière plus radicale du fait de la taille, de la configuration

institutionnelle, et de la diversité culturelle du pays. En un temps bien plus court comparé à l'expérience européenne ou américaine, des projets de très grande envergure ont vu le jour. Maria Tereza Fonseca Dias décrit et analyse l'expérience de la clinique du centre de médiation et citoyenneté de la faculté de droit de l'Université Fédérale d'Ouro Preto (UFOP). Elle montre que la médiation est l'un des mécanismes de règlement des différends le mieux adapté pour encourager la pratique citoyenne du droit par les individus et les groupes, renforçant leur autonomie comme leur participation à des problèmes collectifs. L'esprit de la médiation contribue selon l'auteure de manière indéniable à la formation de juristes plus engagés dans l'accompagnement au changement social. C'est également à l'université et toujours par les programmes d'*extensão*³⁰, que Camila Nicácio qui représente aussi le pôle de Citoyenneté initié par Miracy Barbosa de Sousa Gustin³¹, présente des programmes plus interactifs et créatifs d'enseignement et de recherche, reliés avec leur réalisation au sein de la société civile. La socialisation comme la prévention et la médiation des conflits y jouent un rôle fondamental en développant un concept élargi et consubstantiel de justice et de citoyenneté. Son propos, tout en se concentrant sur la socialisation juridique dès l'école, entend aussi responsabiliser l'université, et sensibiliser les étudiants des facultés de droit devant l'impossibilité de sécuriser les relations économiques sans poser les questions de justice sociale, dont elles dépendent également.

Pour autant, la médiation porte en elle une conception du droit plus participative qui ne s'énonce pas seulement dans les lois (qui ne sont que des énoncés normatifs), mais dans les normes qui résultent du dialogue entre les

28 Université de Brasília, magistrat et membre du comité directeur du mouvement pour la conciliation et coordinateur du groupe de travail RAD (résolution appropriée des différends). Nouvelles tendances dans les politiques brésiliennes pour la formation des médiateurs judiciaires: une analyse du modèle fondé sur des compétences. Ce volume.

29 Marie COLLET, Quand les populations inventent le droit: des pratiques en résonance entre Nord et Suds. Ce volume. Le numéro 2010 des cahiers d'anthropologie du droit, Pratiques citoyennes de droit, relate une expérience comparée menée par le LAJP et l'association juristes solidarités.

30 Maria Tereza FONSECA DIAS, Le choix entre jugement et médiation dans la clinique du droit de l'université d'Ouro Preto, ce volume.

31 Que nous avons eu le privilège de publier dans le numéro 2010 des cahiers d'anthropologie du droit. Les besoins humains et la refonte de l'action universitaire: l'expérience de recherche-action du programme Polos de Cidadania (pôle de citoyenneté), *Cahiers d'anthropologie du droit* 2010. *Pratiques citoyennes de droit*, Camila Nicácio, Leandro Varison, Gilda Nicolau (trad), pp. 279-306.

acteurs, ce qui suppose de reconsidérer les rapports de forces comme distribution publique des pouvoirs. Camila Nicácio conclut que « l'approche, surtout basée sur la résolution des conflits, quoique prédominante, demeure restrictive et ne rend pas compte d'autres possibilités d'action également ouvertes par la médiation. L'une de ces voies consisterait à utiliser la médiation comme un outil de socialisation juridique, œuvrant non seulement à transformer les formes de règlement des conflits, mais aussi à reconfigurer la relation des individus et des groupes avec le droit lui-même »³².

Dialogue interculturel

Le colloque « Médiation et diversité culturelle - pour quelle société? », organisé par le LAJP à l'école nationale de la magistrature³³, consacrait il y a dix ans, une place importante à la médiation « sociale », et au dialogue interculturel.

La recherche et la formation à l'intermédiation culturelle³⁴ fut mise en place par Étienne Le Roy au Laboratoire d'Anthropologie Juridique, où il créa une formation notamment en direction des juridictions des mineurs et des justiciables africains, particulièrement touchés par les procédures d'exclusion scolaire et de placement de leurs enfants.

Le travail des « intermédiaires culturels »³⁵ ne consistait pas tant à restaurer un lien avec l'État ou la culture, qui pouvait bien exister et même être très fort, mais à expliciter au juge les conflits de valeurs et de droits vécus

par le justiciable devant les fonctionnements et dysfonctionnements institutionnels, et expliquer aux justiciables les contraintes juridiques du juge et des services sociaux. Il s'agit alors d'accès au droit officiel au sens intellectuel et moral du terme, mais aussi d'accès du juge à leur représentation des droits en concours, en vue d'un dialogue possible entre le justiciable et les institutions de l'État (bien souvent l'école, la police ou les services sociaux eux-mêmes).

Le souci de travailler le lien à partir de la culture des personnes et de ce fait de prendre des décisions de justice qui fassent sens à leurs yeux, repose sur l'obligation légale d'obtenir l'adhésion de la famille aux mesures envisagées, lui-même fondé sur l'enjeu de mettre fin au danger³⁶. L'adhésion aux mesures prises par les juges des enfants ne se contente pas de justice paternaliste. Il y a là aussi place pour des temps de médiation, au cœur du pluralisme juridique et culturel.

Les « intermédiaires » étaient formés à la communication des valeurs de populations immigrées éloignées de notre vision de la justice et des cultures des juges des enfants, valeurs qui demeuraient inaccessibles à ces derniers. Ils permettaient également à ces justiciables un accès au droit de l'État. Ce dernier réglait le problème de l'accès au droit par l'aide juridictionnelle et la possible représentation par un avocat, mais rien ne garantissait que ce dernier ait une compétence en intermédiation culturelle.

Dominique Attias³⁷, qui fut de ces expériences dès leur commencement, témoigne comme avocate de cette pratique encore marginale en France. Au Brésil, des anthropologues sont souvent appelés dans les juridictions en présence d'autochtones notamment.

Rôle des avocats

L'avocat est formé pour représenter les justiciables en justice, devant un « adversaire », et compte tenu du pouvoir des agents de l'État. Il est auprès d'eux le pédagogue du

32 La médiation face à la reconfiguration de l'enseignement et de la pratique du droit. Défis et impasses à la socialisation juridique. Ce volume.

33 Colloque à l'école nationale de la magistrature publié dans *Médiation et diversité culturelle. Pour quelle société?*, Carole Younes, Étienne le Roy (dir), Karthala 2002, pp. 51-65.

34 Un projet fédérateur de formation à la médiation, dont l'intermédiation culturelle était partie, entre le LAJP et notamment le LACRIJ (Laboratoire d'analyse critique du juridique) mais aussi le laboratoire de sciences de la communication, et le laboratoire d'ethnologie, de l'Université Paris 7 ne vit pas le jour. Les incompréhensions et oppositions institutionnelles furent trop fortes.

35 Qui ne devaient être confondus ni avec les médiateurs des musées, ni avec les médiateurs des conflits.

36 Critère et cadre de la saisine du juge des enfants.

37 Avocat et médiation, ce volume.

rôle de l'État dans la distribution de la solidarité, du monopole de la violence légitime, mais aussi celui des limites de l'action en justice.

Sur sa place en tant que médiateur, entre des clients, les avis sont partagés. Son expertise juridique ne risque-t-elle pas d'interférer et de déboucher sur une possible focalisation sur les causes du conflit? La posture de la médiation lui est-elle familière?

Dans une médiation, c'est le travail sur le lien réel ou symbolique (fondé en droit) qui est l'activité même du médiateur, à l'écart de la rhétorique juridictionnelle. Ce temps relationnel au cœur même des mots résulte de ce « parlêtre »³⁸ qui se déploie par, mais dans un au-delà, du langage; il n'est possible que dans le face à face, qui est aussi corps à corps, voix à voix. C'est l'intimité qui autorise la déconstruction des postures figées, fait advenir par le discours, des représentations à la conscience de leurs locuteurs, en vue d'assumer leur responsabilité sans perdre la face. Ce processus n'est jamais acquis. Là réside le versant privé des pratiques de médiation, qui ne peut rester fermée aux multiples tiers absents concernés par le conflit et auxquels il faudra en rendre compte, pas d'avantage à l'espace public où elles sont insérées.

La logique de droits, qu'elle vise à dépasser en s'y appuyant, enferme dans le duel et la compétition pas toujours assumée et aboutit au mieux au compromis. L'avocat se livre à une construction rhétorique, qui, même si elle repose sur une recherche mutuelle, se crispe dans un discours efficace en vue d'emporter une solution de la part des parties (négociation) ou une décision du juge. Il fait éventuellement de la conciliation, ou de l'accompagnement (procédure participative) pour que la loi fasse médiation symbolique, mais plus rarement un travail sur le lien vivant, par l'écoute et la communication non violentes.

Les avocats peuvent accompagner leurs clients en médiation, et les soutenir dans cette épreuve, mais ainsi que nous le faisait remarquer une médiatrice, dans ce cas, ils sont derrière eux, conseillers et appuis. À ce titre, ils sont

parties-liées dans la médiation, pas médiateurs. Il semble donc que l'avocat ayant cette double compétence ne puisse figurer aux deux titres dans un même litige. Un découpage des temps est en ce cas indispensable, voire une obligation éthique et déontologique de ne pas intervenir aux deux titres dans un même dossier. Ce qui est désormais traduit dans les textes comme procédure participative³⁹, qui peut aboutir à une dé-juridictionnalisation totale ou partielle du litige (si ce dernier n'est que partiellement réglé par l'avocat), opère une distinction plus claire entre la médiation, où la répartition des biens sert la restauration du lien, et la négociation contractuelle, où l'expression de la relation personnelle est réduite et facultative. Carole Younes, qui a posé la question de l'émergence du droit et du sujet dans le processus de médiation⁴⁰, apporte ici une contribution plus littéraire à la désubstantialisation du droit (et de l'État), en nous menant au cœur de la réalité, où il se meut et se concrétise. Libératrice de nos tendances à figer le réel dans des catégories, elle nous convie à un cheminement plus nuancé et fluide à partir de son expérience personnelle d'avocate et de médiatrice. Il s'agit bien de traiter d'une question qu'elle avait déjà posée il y a dix ans⁴¹ sur la place du droit, et de quel(s) droit(s) dans la médiation, mais désormais sous la forme de l'élaboration de la décision point par point, étape par étape, impliquant chaque acteur, dont le justiciable. L'auteure témoigne ce faisant du développement d'une justice officielle plus participative, faite d'interprétations progressives qui aboutissent, dans un va-et-vient entre « destinataires »-acteurs et émetteurs de la norme, à des résolutions temporaires et coexistantes de ce qui doit être à un moment donné la part de chacun.

L'expérience relatée par Alain Moreau, tout en se situant plutôt du côté de la médiation culturelle entre des indiennes peu au fait de notre droit formel, mais « qui

38 Expression empruntée à Jacques Lacan.

39 Prévues par le décret du 20 janvier 2012.

40 Carole YOUNES, Médiation et émergence du sujet, *Médiation et action publique. La dynamique du fluide*, Jacques Faget (dir), Presses universitaires de Bordeaux, 2005, pp. 49-61.

41 Médiation et diversité culturelle. Pour quelle société? *Op. cit.*, pp. 51-65.

savent bien ce qu'elles veulent» et deux autres parties à une relation clairement contractuelle, atteste que derrière la négociation et l'intermédiation orchestrées par l'avocat, se dessine un projet négocié et assumé par les acteurs de cultures juridiques très éloignées. Un savoir traditionnel inédit, sauf pour les anthropologues, va circuler du fond d'un village du Brésil, vers les murs entiers d'une cité Allemande. Bien au-delà du prix de la réalisation et des droits d'auteur (qui ont été juridiquement protégés), la demande des artistes fut de voyager pour contempler le résultat de leur travail et s'en exprimer devant la presse. C'est bien à un dialogue interculturel que nous avons affaire.

Un projet de société

Devant le résultat mitigé des pratiques de médiation comparé à leurs potentialités et à l'engouement suscité par les expériences pilotes, il est permis de se demander si la mission n'est pas impossible. C'est la capacité des gens à nouer et à entretenir les liens sociaux, notamment en respectant leurs engagements et liens de droit, qui est en crise. Les déclarations d'intention n'y font pas grand-chose, pas plus probablement que l'injonction d'un devoir de médiation qui s'adresserait à chacun. Devant la ruine de la socialité dans certains lieux, la reconnaissance des pluralités de visions du droit et de la justice s'avère importante pour que les investissements sociaux et institutionnels sérieux portent leurs fruits.

Camila Nicácio a traversé aux *Polos de Cidadania*, les défis culturels et politiques que les pratiques de médiation sont amenées à rencontrer dans le futur. Convaincue de l'importance de s'y préparer, elle est depuis un an secrétaire de l'État du Minas Gerais aux mesures socio-éducatives, où sa préoccupation pour la socialisation des jeunes l'a conduite.

Entre discours et pratique, l'avènement de la médiation n'est aucunement sans conséquence dans le façonnement des relations entre citoyens, justice et droit, dans un contexte d'abandon progressif du référentiel étatique (institutionnel/autoritaire) dans la régulation sociale en

général et dans le traitement des conflits en particulier. Au contraire, dans ce façonnement, la médiation agirait sur deux axes distincts: d'un côté, elle imposerait celui d'une relation rapprochée avec la justice étatique, selon une logique de métissage aux contours encore imprécis et, en le faisant de ce fait, elle rappellerait au droit étatique quelques-unes de ses notions élémentaires, d'après une autre logique, que je qualifierai d'actualisation; de l'autre, elle contribuerait, de par ses caractéristiques spécifiques (l'entretien/le soin des liens; la non-verticalité; l'étendue de l'espace rhétorique et l'ouverture à l'internormativité), à l'émergence de nouveaux droits, confirmant ainsi, par détour, l'avènement d'une justice elle aussi émergente, dont la pluralité de sources, d'arènes de production, de procédures et de droits est le signe distinctif.⁴²

À ces divers égards, le concept de médiation que l'on distingue d'une pratique de médiation ponctuelle et indexée au domaine où elle est requise, vient interroger notre notion d'intérêt général et de service public, la manière dont le lien social concret y est pris en compte, et la part qu'y prennent les acteurs-citoyens. Les conflits intercommunautaires, que nos constructions juridiques répugnent à considérer, les contrats relationnels qui se heurtent au droit de la concurrence, les groupements de populations marginalisées (minorités et peuples autochtones par exemple) interrogent l'ensemble de nos constructions juridiques.

Les signes diacritiques de la médiation et du jugement attestent de ce qu'au lieu de remède miracles, en poudre de perlimpinpin, se profile une conception de la justice qui ne suppose ni démission de l'État social, ni renoncement à ce que les citoyens reprennent leur part dans la construction du civisme, de la convivialité et de l'association, pour assumer l'adversité comme facteur de renouvellement. Si l'État a pour mission la protection des gens, et pour honneur de garantir des droits fondamentaux au dernier des hommes, tout le droit ne saurait se réduire à un droit de l'ennemi.

⁴² Camila NICÁCIO, *Médiation et émergence du droit: pour un paradigme de la complexité juridique*. Thèse de doctorat de l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, Gilda Nicolau (dir), introduction, p. 10.

Justice de paix, la procédure de médiation exclut le pouvoir du médiateur qui ne prendra ni responsabilité ni décision à la place des participants à la médiation. Mais pour mériter la place de tiers, qui ne soit pas un simple témoin, sa légitimité doit être assurée à la hauteur du mouvement émancipateur qu'il porte. En ce sens, le processus repose sur un projet de capacitation juridique des citoyens et de démocratisation, par une place plus ouverte à ce qui nous détermine et à ce qui dépend de nous. Créer des espaces de libération de la parole indexée à une éthique de la reconnaissance semble encore réservé à une petite minorité d'élus (pas nécessairement les moins riches). On peut le déplorer, pas abdiquer devant la quête du sens. Mais la manipulation de la parole dans l'espace public ne permet plus à une confiance suffisante de se déployer sans accompagnement.

Or ce processus à long terme – qui requiert l'engagement des personnes qui n'auraient jamais dû devenir des médiateurs si elles avaient su ou pu communiquer – est aux antipodes des services offerts aujourd'hui par la justice de nos juridictions judiciaires comme administratives, plus tournés vers la gestion du système, que vers la société où il opère. L'audience judiciaire, dans sa dimension cathartique, ne suffit pas toujours à transformer une souffrance en événement dramatique, inscrit et arrêté symboliquement. Le déclin du religieux porte aussi sur nos rites judiciaires. Si l'audience de Cour d'assises, ou l'audience de cabinet du juge des enfants, par leurs enjeux en matière de justice à la personne, articulent plus que d'autres les bienfaits de la parole publique, leur logique rédemptrice a quelque chose de suranné. En outre, le temps judiciaire est plus que jamais soumis aux assauts de la rentabilité économique, qui écorche le temps des expériences, et que la symbolique du procès ne parvient plus à contenir.

Ce droit des processus, qui en appelle aussi aux « petites technologies juridiques » de la vie quotidienne, et à la compétence des gens et de leurs communautés en matière de justice, s'attache davantage à la valeur de lien qu'à la valeur d'usage ou d'échange.

De même, décréter les droits de l'homme ne suffit pas à assurer la mission de l'État en matière de lutte contre les exclusions et discriminations, et appelle à leur réalisation concrète; pas davantage lorsque les conflits de normes ont une dimension interculturelle, où la solution imposée n'est qu'une nouvelle expression de la domination d'une culture.

Cette grille de lecture critique est exprimée en termes plus énergiques, parce qu'elle se place du côté de l'injustice sociale la plus révoltante, par le sociologue portugais Boaventura de Sousa Santos. Il dénonce, au premier chef des responsables, une pensée orthopédique, que l'on pourrait plus juridiquement qualifier de tutélaire, fabriquant des incapables majeurs promus par cette « raison indolente »⁴³. Ainsi, pour l'auteur, qui oppose raison métonymique⁴⁴ et raison cosmopolite, la première « est obsédée par l'idée de totalité sous la forme de l'ordre. Il n'existe, en dehors de la totalité rien qui mérite d'être intelligible, la raison métonymique s'affirmant comme une raison exhaustive, exclusive et complète ». D'où une grande déperdition de savoirs et d'expériences.

La raison cosmopolite prône une rationalité qui révèle la disponibilité d'expériences sociales considérées comme inexistantes, ou bâtardes, et permet, ainsi que le font notamment les cosmogonies africaines, d'identifier les complémentarités et complicités là où l'on serait conditionné à voir rivalités, contradictions et antinomies.

Il prône une sociologie des absences, rappelant que la monoculture est une posture délibérée, qui produit ses formes sociales d'inexistence, et les disqualifie, lorsqu'elles tentent d'émerger. La dichotomie droit / médiation, répond encore à cette tendance.

43 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, «A filosofia à venda, a douta ignorância e a aposta de Pascal», *Revista crítica de ciências sociais*, n° 80, mars 2008, pp. 11-43. «Por uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências», *Revista crítica de ciências sociais*, n° 63, oct. 2002, p. 242-243.

44 La raison métonymique est caractérisée notamment par la dichotomie qui combine la symétrie avec la hiérarchie.

Une autre difficulté vient s'ajouter à cette rhétorique « épistémicide »⁴⁵, qui est celle de la comparabilité empirique du droit des pratiques ou droit endogène car immergé dans le social, avec l'ordonnancement formel que les juristes nomment droit de manière exclusive⁴⁶.

La justice réparatrice subit cette occultation aussi sûrement que la médiation. Le législateur européen y apporte quelques correctifs⁴⁷.

D'autres grammaires associant le droit et la socialité de l'ombre, au cœur des institutions, comme en dehors, dont cet ouvrage tente de dresser un portrait.

La démarche de cet ouvrage va partir des pratiques et donc des savoirs locaux dans le renouvellement de la prise en charge des différends (I). Devant la coexistence d'institutions concurrentes et des défis à relever à l'avenir (II), l'analyse comparée nous conduira à tenter de conceptualiser la médiation en revisitant le concept de droit (III).

Le souci partagé d'une amélioration de la qualité de la justice et de celle du droit, pris au sens le plus large du terme, ne saurait pâtir de leur rivalité, mais au contraire résulter de choix de voies de droit de plus en plus éclairées et maîtrisées par tous.

Si le cosmos est entraîné par une loi de complexité croissante, l'évolution juridique doit participer à cette loi. Au superman du troisième millénaire ce n'est pas le non droit qu'il faut promettre, mais à l'opposé un super-droit,

embrassant des relations de plus en plus nombreuses dans les plis d'une technologie de plus en plus riche, complexification supportée sans effort parce qu'une capacité cérébrale accrue, une éducation à l'infini feront de chaque sujet de droit un juriste spontané.⁴⁸

La libération de la parole publique vaut bien une polyphonie!

⁴⁵ Expression de l'auteur précité.

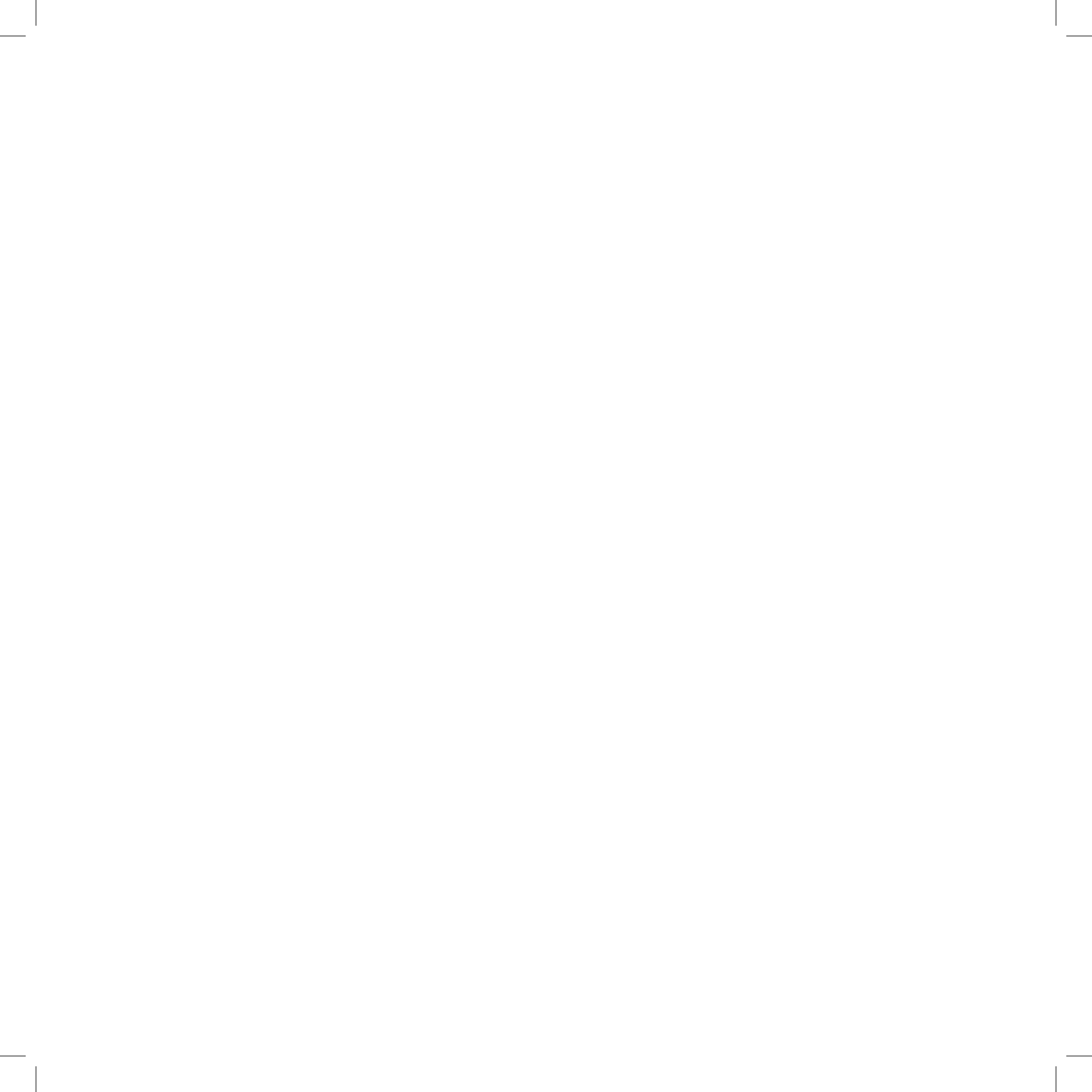
⁴⁶ La métonymie ici à l'œuvre, et qui peut trouver des descriptions dans la théorie générale ou les théories de l'interprétation, consiste à faire comme si les textes de lois contenaient en soi des normes juridiques. Il y aurait comme un contenant, le texte, et un contenu, le droit, pensé en creux. Ceci permet notamment de faire l'économie d'une théorie du pouvoir de produire du droit, que l'on souhaiterait plus dialogique.

⁴⁷ Une directive sera adoptée par le Parlement européen et le conseil dans les prochains jours. Directive du Parlement européen et du Conseil établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0327+0+DOC+XML+V0//FR>
Voir également http://ec.europa.eu/justice/criminal/victims/index_fr.htm, consulté le 11 octobre 2012.

⁴⁸ J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e édition, 2001, p. 46. ROCHER G., Les phénomènes d'internormativité faits et obstacles, *Le droit soluble, contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Jean-Guy Belley (dir), LGDJ n° 16, 1996, p. 27.



**MÉDIATION ET RENOUVELLEMENT
DE LA PRISE EN CHARGE DES DIFFÉRENDS**



QUAND LES POPULATIONS INVENTENT LE DROIT : DES PRATIQUES EN RÉSONNANCE ENTRE NORDS ET SUDS

MARIE COLLET*

Dans nos sociétés occidentales, la médiation connaît un engouement depuis les vingt dernières années car elle répond à un besoin de rétablir le dialogue, de renforcer la vitalité et la stabilité des relations sociales, équilibre que les lois seules ne suffisent à garantir. Elle traduit également la volonté d'offrir aux individus la possibilité de gagner en autonomie, en ce qu'elle leur permet de participer activement à la résolution de leurs problèmes. Pour autant, les pratiques de règlement alternatif des conflits sont-elles propres aux sociétés modernes, marquées par un contexte de crise auquel le système judiciaire ne saurait répondre ?

Partout dans le monde, dans les *Nords* comme dans les *Suds*¹, des initiatives témoignent de la capacité des personnes à s'approprier leurs conflits pour trouver des solutions qui leur semblent répondre de manière plus juste à leurs problèmes qu'une décision venue de l'extérieur. En produisant elles-mêmes un accord comprenant des droits et

obligations qu'elles s'engagent à respecter, elles deviennent ainsi actrices, voire productrices de droit. C'est autour de telles initiatives que s'articule le travail de l'association *Juristes-Solidarités*, dont l'ambition est d'appuyer, à travers un réseau international, les expériences développées par les personnes et les groupes qui investissent le droit, le ramènent à leur quotidien et apprennent à s'en servir pour l'utiliser comme un outil d'action.

À travers un travail de capitalisation, d'information et d'échanges d'expériences, l'association est tout particulièrement en relation avec des pratiques communautaires de résolution des conflits. Tribunaux populaires, para-juridisme, médiation de quartier, scolaire, familiale..., autant de démarches qui sont librement choisies par les parties, basées sur le dialogue et le compromis plutôt que sur l'application stricte d'une loi. Parmi ces expériences, des pratiques parfois ancestrales développées en Afrique et en Asie viennent résonner avec les initiatives menées en France sur le terrain de la médiation.

Ainsi, en Inde, un ancien système populaire de règlement des conflits, le *Lak Adalat*² ou *Open Court*, « tri-

* Juristes-Solidarités.

1 Dans le domaine du développement et de la coopération, le monde est souvent perçu comme divisé en deux blocs, les pays en développement dits du "Sud", et les pays développés ou industrialisés dits du "Nord". Ici, le pluriel est utilisé pour mettre l'accent sur la diversité des contextes qui caractérisent, en réalité, l'ensemble de ces pays.

2 JURISTES-SOLIDARITÉS, 1996, « Pas de silence dans ce tribunal », fiche n°19, in *Pratiques du droit, productions de droit* :

bunal ouvert», a été remis en vigueur après l'indépendance, en 1949, par un compagnon de Gandhi. Venu s'installer dans la région de Rangpur, il trouve des populations exploitées par des usuriers, des ethnies ravagées par l'alcool et la violence. Il met alors en place un tribunal communautaire afin que les personnes puissent résoudre leurs conflits sans violence.

Dans ce tribunal qui siège sur la place du village deux à trois fois par mois, toutes les personnes présentes participent au déroulement de la procédure en faisant part de leur approbation, leurs objections, avis ou suggestions. Les personnes en conflit, assises l'une à côté de l'autre, s'expriment devant l'ensemble des villageois puis désignent deux personnes dans l'assemblée pour les aider à chercher un compromis. Lorsque l'accord est trouvé, il est entériné par le tribunal, lu à l'assemblée et diffusé *via* des haut-parleurs installés sur la place. L'ensemble des habitants a ainsi la charge de contrôler son application. Le *Lak Adalat* traite de différents cas : conflits fonciers, accusations de corruption ou de sorcellerie, problèmes matrimoniaux...

Dans une région rurale où les programmes étatiques prévus pour assurer la fonction judiciaire ou une assistance juridique pour les plus pauvres fonctionnent avec difficultés, le *Lak Adalat* a résolu, depuis sa création, plus de quarante mille cas. Au regard de ce succès, l'État a essayé de s'inspirer de cette pratique et d'instaurer des procédures alternatives de règlement des conflits au sein des tribunaux, surchargés de travail. Ce sont souvent d'anciens magistrats à la retraite qui assurent le rôle de médiateur. On retrouve cependant difficilement l'esprit du *Lak Adalat*, un tribunal par le peuple pour le peuple, où chacun devient acteur dans la recherche de solutions permettant aux membres de la communauté de continuer à vivre ensemble.

Par ailleurs, en Afrique, nombreux sont les problèmes réglés au moyen de la palabre, autour du sage du village. Cette culture du consensus se retrouve chez les Maminanga, l'un des groupes constituant l'ethnie Kongo

dans l'ex Zaïre, qui privilégient la recherche de compromis en cas de conflit³. Ce sont d'abord les proches des personnes en désaccord qui tentent d'amener ces derniers à trouver un compromis, en incitant l'auteur à l'origine du problème à réparer sa faute. Si ces tentatives spontanées de résolution du problème échouent, la communauté réagit de façon plus organisée, à travers le *Kinzonzi*. Cette logique dite «de l'aiguille» vient retisser les liens déchirés par le désaccord, grâce à l'échange et la négociation. Elle repose sur l'intervention de tiers, qui peuvent être des personnes identifiées comme de véritables médiateurs, les *nzonzi*, ou des membres de la communauté reconnus pour leur qualité de négociation et de compréhension. Il arrive cependant que l'un des protagonistes du conflit rejette les solutions proposées. Intervient alors la logique «du couteau», le *Kibaku*. L'individu en cause devient étranger à la communauté et doit se présenter devant le tribunal de la Collectivité qui fixera des sanctions au regard de l'infraction commise, selon des règles prédéfinies, avec une marge de manœuvre très limitée. Ainsi, là où la logique de l'aiguille réunit les membres d'une communauté par l'échange et la médiation, la logique du couteau les sépare.

Plus récemment, dans les années 90, dans plusieurs pays africains apparaissent les formations de para-juristes, dispensées par des associations visant à favoriser le développement local et à participer à la construction d'un État de droit. Artisans, instituteurs, paysans... ces non professionnels du droit, caractérisés par leur qualité d'écoute et leur probité, reçoivent une formation alliant méthodes pédagogiques et notions juridiques. Écoutés et respectés par les membres de leur communauté, ils rendent des services gratuitement à ces derniers, à travers un travail de sensibilisation, d'informations au(x) droit(s), mais également d'aide à la résolution des conflits. Dans une société où les lois, calquées sur le système juridique français, peuvent être en décalage avec les usages locaux, l'intervention d'une personne issue du même milieu que les acteurs du conflit est

initiatives populaires, tome II, Paris, Éditions Charles Leopold Meyer, p. 55.

3 JURISTES-SOLIDARITÉS, *Ibid.*, p. 35.

essentielle pour aboutir à des solutions qui prennent en compte les coutumes des populations.

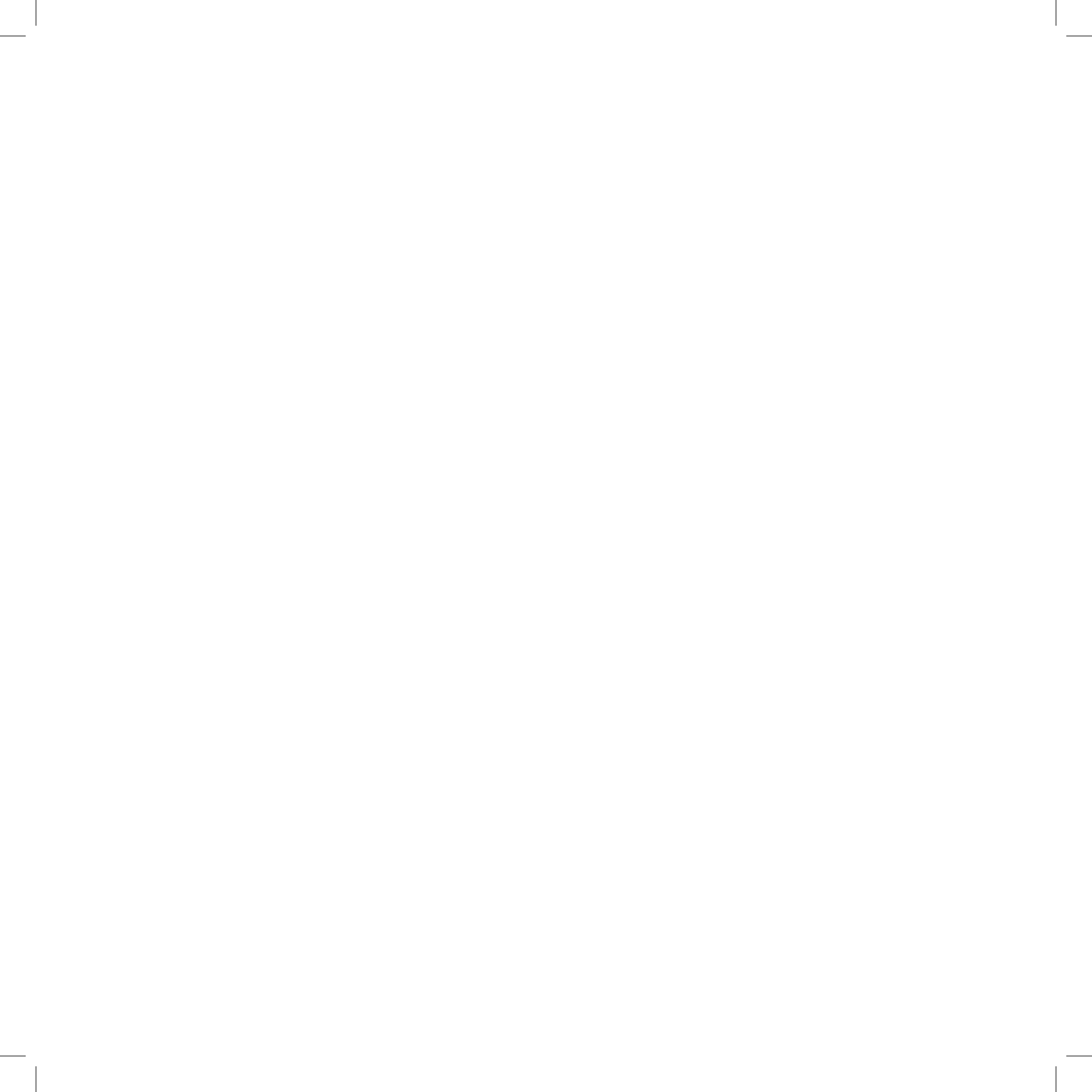
Au Mali, l'intervention d'un para-juriste de l'association *Deme So*, « la maison de l'aide », a permis de régler un conflit foncier qui s'était exacerbé entre deux villages voisins⁴. Les habitants du village de Gueleba ne disposant pas de terrains cultivables, le village de Nanguila leur avait prêté une partie de ses terres. Mais suite à l'expansion des deux villages, l'espace devenant insuffisant, Nanguila voulut récupérer les terres prêtées. Un conflit éclata et fut porté devant la justice qui accorda la propriété des terres au village de Gueleba. Cependant, cette décision ne prenant pas en compte la coutume selon laquelle un bien prêté doit être restitué, elle ne fut pas acceptée et le conflit s'amplifia. Tous les champs cultivés furent dévastés, les liens de parenté et de bon voisinage rompus. Cela se traduisit par l'annulation des mariages et l'interdiction de salutations et des présentations de condoléances en cas de décès.

La situation a pu être résolue grâce à l'intervention d'un para-juriste qui entretenait des liens avec les deux villages. Avec l'appui des leaders d'opinion, une assemblée générale villageoise fut organisée afin d'élaborer collectivement un protocole de paix. Les deux villages l'acceptèrent et la respectèrent. Dans ce cas, la démarche du para-juriste a pu régler ce qu'une décision de justice n'était pas parvenue à faire, en offrant aux communautés la possibilité de participer à l'élaboration d'une solution respectant leurs coutumes.

Que ce soit en Inde, en Afrique centrale ou au Mali, ces pratiques communautaires permettent aux populations de se saisir de la résolution de leurs problèmes, et, ainsi, de devenir les actrices du développement auxquels elles aspirent. Bien qu'elles s'ancrent dans des cultures qui privilégient le recours au consensus en cas de conflit, elles doivent faire face à un certain nombre de défis. Ainsi,

confrontées au manque de reconnaissance sociale du para-juriste, à des moyens techniques et financiers souvent insuffisants, certaines associations de services juridiques populaires souhaitent formaliser l'action para-juridique, harmoniser les différentes formations, voire professionnaliser leur fonction, dans l'espoir de renforcer leur légitimité auprès des autorités politiques, administratives et juridiques. Toutefois, se diriger vers une institutionnalisation du para-juridisme renforcera-t-il l'efficacité des actions menées ? La perte du principe du bénévolat ne pourrait-elle pas nuire à l'exercice d'une action citoyenne ? Autant de questionnements qui viennent résonner à maints égards avec ceux qui existent, en France, dans le champ de la médiation.

⁴ KOREISSI Ibrahim, 2002, « Les organisations de la société civile et le règlement des conflits », fiche n°45, in *Pratiques du droit, productions de droit : initiatives populaires*, tome IV, Paris, Éditions Charles Leopold Meyer, p. 139.



JUSTICE ÉTATIQUE ET MÉDIATION

BÉATRICE BLOHORN-BRENNEUR*

Nous venons d'une époque où la plupart des conflits trouvaient leur solution en famille, à l'école ou à l'église. Or, la crise d'autorité morale de ces institutions a entraîné l'explosion du contentieux dans la plupart des pays européens. Serions-nous donc devenus incapables de régler nos conflits sans recourir au juge ?

On assiste aujourd'hui à une évolution de l'acte de juger. Selon Paul Ricœur, *la finalité courte de l'acte de juger est de trancher le conflit, la finalité longue est de contribuer à la paix sociale*. La médiation est un outil supplémentaire donné aux juges pour leur permettre de remplir leur mission : trancher le litige et contribuer à la paix sociale.

I. Les limites de la décision judiciaire

A. Le rétablissement de la paix sociale

Lors d'un procès, le sacro-saint dossier tient la première place. La vie s'y réduit à un monceau de papiers qui ne la reflètent que très imparfaitement. Le plus habile

plaideur, parce qu'il a senti le premier venir le procès et qu'il s'est constitué des preuves, a beau jeu de « monter » le meilleur dossier. Chacun défend sa cause en supprimant ce qui le gêne et en faisant dire aux pièces ce qu'il veut. Dans cette comédie où chacun donne sa version, tout sonne faux. Comment la paix pourrait-elle jaillir de cette justice aux antipodes de la vérité ?

La partie qui s'estime « perdante » ne se reconnaît pas dans une décision qu'elle estime inique. Quant au « vainqueur », on peut se demander si une somme d'argent est toujours suffisante pour lui rendre l'estime de lui-même. N'est-ce pas plutôt la reconnaissance des faits fautifs par l'intéressé qui peut rendre sa dignité à la victime ?

« Vous n'avez rien compris à mon affaire » m'a écrit une personne qui avait pourtant gagné son procès ! C'est dire à quel point la réponse juridique donnée à son affaire ne la satisfaisait pas. La Justice n'a pas su apporter une réponse à la véritable question qui lui était soumise. Elle n'a pas contribué à restaurer la paix et le dialogue.

C'est ce qui a fait dire à Pierre Draï, Premier président de la Cour de cassation : *la justice sans la paix, est-ce encore la justice ?*

* Président de chambre honoraire, médiatrice auprès du Conseil de l'Europe. Béatrice Blohorn-Brenneur est l'auteure des ouvrages suivants : *Stress et souffrance au travail - un juge témoigne*, Éditions l'Harmattan, 2010, et *Du désamour au divorce - jugement, conciliation, médiation*, Éditions l'Harmattan, 2013.

B. La justice consacre la rupture définitive des liens entre les parties

Lorsque le juge est saisi de faits pénalement répréhensibles, il doit sanctionner leur auteur pour faire cesser le trouble porté à l'ordre public. Le juge sanctionne et protège. Il trace les limites de ce qui est admissible, empêche de nuire, dissuade l'auteur de recommencer. C'est la mission de la justice, symbolisée par l'épée. La sanction marque l'interdit.

Mais, dans son rôle « sanctionnateur », le juge ne privilégie pas la reprise de la relation avec l'autre. Or, il est parfois indispensable que les parties reprennent un dialogue harmonieux pour la poursuite de leurs relations. C'est le cas dans les relations d'affaires commerciales, lorsque les parents éduquent leurs enfants, lorsque le contrat de travail est toujours en cours, ou, plus généralement, lorsque les parties sont amenées à se revoir.

Dans les affaires civiles où personne n'a violé la loi ou une règle d'ordre public, la demande en justice est, en réalité, bien souvent, l'expression d'une souffrance psychologique, qui, une fois traduite dans les termes froids et impersonnels du droit, disparaît complètement de la procédure, alors qu'elle est de plus en plus présente et oppressante chez la personne.

Le procès naît rarement en termes juridiques. Il trouve son origine dans des intérêts économiques divergents, des conflits de valeurs, des malentendus, des non-dits.

Un être humain ne peut pas être traduit en équation juridique. Lorsque le juge a rendu sa décision en droit, il a laissé intacte toute la partie invisible de l'iceberg, qui est aussi la plus considérable et qui est le siège des émotions. La réponse juridique ne résout que la petite partie émergée de l'iceberg, alors que le conflit humain demeure non traité, dans les zones intimes de l'être, prêt à réapparaître à la moindre occasion, pour donner naissance, entre les mêmes parties, à un nouveau litige sur un fondement juridique différent. C'est le « cercle vicieux » qui se reproduira en « boucle » tant que l'on ne se sera pas attaqué à l'origine des troubles.

J'ai été saisie de la vingt-huitième affaire d'une série qui opposait les mêmes parties depuis 13 ans. Les décisions de justice concernant les vingt-sept affaires précédentes avaient tranché les différents litiges juridiques, mais n'avaient pas permis aux parties de mettre un terme à leur conflit personnel.

Lorsque la justice tranche le litige, sans rechercher l'origine du conflit, elle n'apporte pas toujours une réponse adaptée.

C. La décision judiciaire fige le litige

L'interdépendance des liens sociaux bouleverse les rapports entre deux individus. Chaque personne en conflit réagit aux comportements de son « adversaire » et, au bout de quelque temps, l'imbroglie est tel que le conflit devient d'une complexité insoluble.

Si, dans la vie, tout est mouvement, la décision judiciaire qui fige le litige ne peut pas toujours être une réponse satisfaisante. En s'attachant à la lettre de la décision, on tend vers l'immobilisme. Pour résoudre un litige juridique, le juge doit réduire les complexités et simplifier le conflit. Il doit le faire entrer dans un cadre juridique. L'esprit de classification ne permet pas aux forces interactives d'évoluer.

Le côté statique du jugement s'éloigne de l'aspect évolutif du conflit humain. Le litige dont est saisi le juge est la traduction juridique d'un cliché photographique d'une situation figée à l'instant « T ».

Dans ce système binaire qui fait un gagnant et un perdant, les parties vont rivaliser pour aboutir à la mort judiciaire de l'adversaire.

La décision judiciaire est tournée vers le passé et ne permet pas à la vie de repartir.

D. Les difficultés d'exécution des décisions de justice

Si la partie qui succombe n'adhère pas à la décision, elle sera réticente à l'exécuter. À quoi sert-il de rendre des décisions qui ne sont pas exécutées, ou qui le sont difficilement parce qu'elles ne sont pas acceptées ?

En matière prud'homale, les statistiques montrent que 62% des décisions de première instance font l'objet d'un appel, ce qui revient à dire que plusieurs années après la survenance du litige, l'institution judiciaire n'y a pas donné une solution définitive. Régler les conflits en permettant aux parties de trouver elles-mêmes des accords auxquels elles adhèrent contribuerait à l'avènement d'une Justice plus efficace et plus rapide.

II. La médiation, un instrument de pacification du conflit

A. Historique

La médiation a été présentée par les pouvoirs publics comme une mesure destinée à désengorger les tribunaux : grave erreur ! Le résultat a été de soulever une levée de boucliers de la part des juges qui y ont vu l'avènement d'une justice au rabais. Il est plus exact de dire que la médiation est une mesure de pacification des conflits qui a pour finalité une Justice de qualité plus souple et plus moderne.

Lorsque la loi de 1995 et son décret d'application de 1996 (devenu l'article 131-1 et suivant du code de procédure civile) sur la médiation furent promulgués, cette mesure apparut comme un correctif à l'inadaptation du procès dans certains types de conflits chargés d'émotion, une mesure de pacification du litige et de reconstruction de l'individu.

La médiation occidentale moderne est apparue en France, au Canada, et aux États-Unis il y a une quarantaine d'années. De l'autre côté de l'Atlantique elle a été présentée comme une « alternative » au système judiciaire. Pour l'avoir pratiquée, je ne pense pas qu'en France on puisse reprendre cette définition. Je pense plutôt que la médiation est une « nouvelle approche » de la mésentente des êtres et de la résolution de leurs conflits, « un mode approprié de règlement des conflits. »

Des magistrats ont, dès le début des années 70, favorisé l'instauration de la médiation après avoir constaté que certaines décisions juridiquement fondées ne donnaient pas

pleinement satisfaction et rendaient illusoire tout espoir de renouer des liens.

Les premières médiations ont été ordonnées sur le fondement de l'article 21 du nouveau code de procédure civile, selon lequel « il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». La loi du 8 février 1995, organisant la médiation, l'a détachée de la conciliation et pour en faire un mode de résolution des conflits spécifique.

Pour Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation, la médiation correspond à « une conception moderne de la Justice, une Justice qui facilite la négociation, qui prend en compte l'exécution, qui ménage les relations futures entre les parties, qui préserve le tissu social ».

La Directive européenne du 21 mai 2008 sur la médiation donne cette définition :

On entend par médiation un processus structuré... dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre.

Selon l'article 131-1 du code de procédure civile, depuis la loi française sur la médiation judiciaire de 1995 :

le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose.

B. La médiation, un outil de modernisation de la justice

La médiation est désormais intégrée dans le processus judiciaire : ce sont les juges qui la proposent, qui l'ordonnent, qui en fixent les modalités, qui homologuent ou non l'accord des parties et enfin qui jugent les affaires qui n'aboutissent pas à un accord.

La médiation est un outil complémentaire donné aux juges pour résoudre les litiges de la manière la plus satisfaisante possible. C'est parfois le mode le mieux approprié au règlement de certains litiges.

La prise en compte des émotions par une justice qui ne manie plus seulement le glaive mais qui permet à chacun de mieux satisfaire ses besoins fondamentaux et ses intérêts est en train de voir le jour.

C. La médiation, un outil de pacification du conflit

Aujourd'hui, on assiste à l'émergence de différentes manières d'accompagner le conflit dans son évolution pour lui donner un dénouement favorable. Le négatif peut être transformé positivement grâce à l'introduction des sciences humaines dans l'institution judiciaire. Elles permettent de retourner aux sources du conflit pour ne pas traiter seulement ses résultats et de suivre le conflit dans son évolution.

La médiation permet à chacun de se replacer au moment de l'événement déclencheur du conflit, de supprimer les jugements apportés au comportement de l'autre, les mots excessifs qui ont émaillé les relations des parties, les suppositions faites, les interprétations données, de voir le côté positif des choses. Chacun se met à la place de l'autre.

Dans cette optique, chacun règle le conflit avec l'autre, expose son point de vue personnel, écoute celui de l'autre. Le procès avait confisqué la parole aux parties, la médiation la leur rend. La personne détruite par un conflit peut progressivement se reconstituer, retrouver l'estime de soi et reprendre goût à la vie. « L'adversaire » d'hier devient le « partenaire » d'aujourd'hui, avec qui l'on va chercher à résoudre un problème commun.

C'est en abandonnant le point de savoir qui a tort et qui a raison, qui est le bourreau et qui est la victime, pour se tourner vers la satisfaction de leurs besoins fondamentaux et de leurs intérêts, que les personnes trouvent d'autres réponses pour régler leur contentieux.

La médiation métamorphose le procès en lui donnant Vie. La photo devient film. Les deux parties vont confronter les deux versions de leur histoire commune pour écrire ensemble le scénario final. Le dynamisme de la médiation transforme le côté statique du jugement.

La médiation implique tous les aspects du conflit pris dans sa globalité. Elle réunit aussi tous les acteurs

du conflit qui vont décider eux-mêmes de leur avenir. La médiation permet de restaurer les liens.

Les statistiques montrent qu'en matière civile et commerciale environ 80 % des affaires traitées en médiations aboutissent à des accords exécutés sans difficulté. L'adhésion des parties à la solution du litige permet d'accéder à une Justice plus efficace et plus rapide.

Loin d'augmenter les frais de justice ou de faire perdre du temps, la médiation permet au contraire de faire des économies de temps et d'argent lorsque l'on constate que les accords qui sont obtenus le sont en trois mois et qu'ils sont exécutés volontairement.

Je peux témoigner que, dans de nombreux cas, la médiation a permis la pacification du conflit et que le seul regret manifesté par les parties, à l'issue de cette mesure, est qu'elle ne leur ait pas été proposée plus tôt.

LE CENTRE D'INTÉGRATION DE LA CITOYENNETÉ (CIC) : UNE EXPÉRIENCE INNOVATRICE D'ACCÈS À LA JUSTICE ET D'ÉDUCATION AUX DROITS DE L'HOMME

GUILHERME ASSIS DE ALMEIDA*

Le but de cet article est de présenter le Centre d'intégration de la citoyenneté (CIC) comme une expérience novatrice d'accès à la justice et d'éducation aux droits de l'homme. Le CIC est une institution du Gouvernement de l'État de São Paulo liée au Secrétariat à la Justice et de la défense de la citoyenneté (SJDC-SP). Le premier centre a été inauguré en 1996 dans la banlieue de la ville de São Paulo. En 2012, le programme CIC compte plus de cinq centres dans la commune de São Paulo, trois dans l'agglomération de São Paulo et un en province, ce qui fait un total de dix centres en activité. Au cours du deuxième semestre de 2012 deux nouveaux centres du CIC seront inaugurés : l'un en province et l'autre dans la banlieue de la ville de São Paulo.

L'idée du CIC surgit en 1994, lorsque le Secrétariat à la Justice de l'État de São Paulo de l'époque fut alors reformulée, ayant reçu la nouvelle désignation de Secrétariat à la Justice et à la défense de la citoyenneté (SJDC). Le projet principal du SJDC fut celui de coordonner le débat et l'éla-

boration du Programme de droits de l'homme de l'État de São Paulo (PEDH)¹. Après dix-huit mois de discussions et de débats, le programme fut lancé en 1998. Dans la structure du PEDH plusieurs programmes furent établis, parmi lesquels le CIC.

Un jalon dans l'histoire du CIC est la promulgation dans l'État de São Paulo, en août 2001, du Décret 46 000, qui a créé et organisé la Coordination d'intégration de la citoyenneté et institué le CIC comme un programme d'État. Dans la dernière planification stratégique quadriennale 2007-2010 du programme, quatre objectifs stratégiques ont été définis : 1) Promouvoir l'accès à la justice ; 2) Assurer des services publics de qualité ; 3) Articuler et consolider des réseaux et des actions communautaires, avec la qualifica-

* Guilherme Assis de Almeida est professeur au Département de Philosophie et de Théorie générale du droit à la Faculté de Droit de l'Université de São Paulo (USP) et chercheur senior au Centre d'anthropologie du droit (NADIR) de l'USP.

¹ Le Programme de droits de l'homme de l'État de São Paulo, établi par un décret du gouverneur s, le 15 septembre 1997, est le résultat de tout un effort institutionnel de mise en œuvre des droits de l'homme, qui commence au niveau international. La Déclaration et le Programme d'action de Vienne (1993), dans son article 71 recommande la création de plans d'action nationaux pour améliorer la promotion et la protection des droits de l'homme. Le Brésil est le troisième pays de la communauté internationale après l'Australie et les Philippines à créer le sien, en 1996.

tion de l'intervention des Conseils locaux d'intégration de la citoyenneté (CLIC)² et la consolidation de la participation des réseaux locaux à des actions qui visent le développement local ; et 4) Promouvoir et diffuser l'Éducation à la citoyenneté et aux droits de l'homme. Depuis le commencement du CIC, l'instauration de la médiation de cohésion sociale se présente comme un défi et en même temps, comme une des principales stratégies de promotion d'accès à la justice. Le récit de l'implémentation de la médiation au CIC est un des objectifs majeurs de cet article.

Le programme CIC développe ses actions sous la coordination du Secrétariat de la Justice et de la défense de la citoyenneté en partenariat avec plusieurs organismes publics et organisations de la société civile. Quelques données fournies par la Coordination d'intégration de la citoyenneté démontrent l'importance du programme CIC pour la population. Parmi ces données nous soulignerons : 1 338 973 (un million trois cent trente-huit mille neuf cent soixante-treize) accueils réalisés par les dix centres du CIC en 2010, dont 650 187 (six cent cinquante mille cent quatre-vingt-sept) correspondent à des services publics tels que la délivrance d'actes de mariage et de décès, la délivrance de livrets de travail, de cartes d'identité, le 'comptoir d'emploi' et la salle de lecture. En ce qui concerne les services d'accès à la justice, 99 968 accueils ont été réalisés en 2010, dont 10 797 (dix mille sept cent quatre-vingt-dix-sept) réalisés par l'Organisme public de défense de l'État de São Paulo méritent d'être mis en relief.

I. Accès à la justice et accès au droit dans le cadre du programme CIC

Les institutions liées à l'accès à la justice présentes dans le programme CIC réalisent le travail décrit ci-après. L'Organisme public de défense est présent dans les dix

centres du programme CIC et promeut l'accueil individuel et l'orientation juridique, en plus de participer à des événements itinérants. La Fondation PROCON, présente dans tous les centres, réalise des accueils individuels pour l'acheminement des dossiers et l'orientation juridique concernant les relations de consommation, en participant à des événements itinérants.

Les actions des événements itinérants, selon la conceptualisation de justice de proximité établie en France peuvent être classées dans le cadre de l'accès au droit, au lieu de l'accès à la justice *stricto sensu*³. Dans le cadre de l'éducation aux droits de l'homme, plusieurs événements ont lieu : cours, séminaires et conférences d'information. Différents thèmes y sont abordés, parmi lesquels nous mettons en évidence les suivants : le cours sur les statuts de l'enfant et de l'adolescent et des conférences sur la Loi « Maria da Penha » (la violence contre les femmes), le trafic de personnes, le harcèlement à l'école, les relations de consommation, la sexualité et la citoyenneté. Parmi les partenariats signés par le programme CIC pour la réalisation de cours et de projets, nous soulignons : le cours d'initiation politique avec l'Institut de l'assemblée législative l'État de São Paulo.

Une information importante sur la demande d'accès au droit a trait à un projet du Centre d'études sur la violence de l'USP (Université de São Paulo). Il s'agit du site internet www.guiadedireitos.org, qui reçoit un nombre de visites mensuelles de 50 mille personnes. Le site internet contient des informations sur les domaines suivants : santé, éducation, travail et revenu, sécurité et justice, culture et loisir, programmes sociaux, documents, droits politiques et droits du consommateur. Il est important de souligner que la plupart des usagers des CICs a la possibilité de bénéficier de ce projet, étant donné que le site internet contient des informations sur les équipements et les services offerts dans le cadre des trois niveaux de gouvernement : municipal, de l'État de São Paulo et fédéral.

2 L'objectif du CLIC est d'établir un canal de communication entre les usagers des CICs, la Coordination d'intégration de la citoyenneté et d'autres organismes publics qui participent au programme CIC.

3 Compris dans les présentes comme l'accès au Pouvoir judiciaire seulement.

A. Médiation de cohésion sociale dans le programme CIC

Le rôle du médiateur, plus que le règlement d'un conflit, est de rendre possible aux participants de faire usage de la parole, de façon à permettre (par son travail d'écoute attentionnée et d'intervention souple) la diminution de la distance entre les personnes. C'est la raison d'être du nom « médiation de cohésion sociale », qui vise à réparer le lien social distendu. La définition exposée ci-dessous est l'un des documents finaux du séminaire de Créteil, ayant eu lieu en France, en septembre 2000, et qui a eu pour but la discussion de questions liées à la ville. L'une des questions discutées a été la médiation de cohésion sociale, qui a été définie comme (Morineau, 2010:25): « Processus de création et de réparation du lien social et de règlement des conflits de la vie quotidienne, dans lequel un tiers impartial et indépendant tente, à travers l'organisation d'échanges entre les personnes ou les institutions, de les aider à améliorer une relation ou de régler un conflit qui les oppose ».

La médiation de cohésion sociale lance le défi de penser le conflit non seulement d'une façon simplement technique, mais d'avoir un autre regard, un regard qui rend possible de voir les deux personnes en conflit avec leurs mots et certitudes et d'essayer de trouver, d'une certaine façon, un espace commun. Dans ce cas, le seul espace commun est l'espace du dialogue. Ainsi, lorsque d'autres dimensions du conflit sont reconnues, il peut être vu comme une « opportunité de croissance morale » (Macdonald et Savoie, 2006: 289). En le regardant de cette manière, la personne participant au conflit a la possibilité de se transformer en quelqu'un qui contribue d'une façon active et non violente au règlement du conflit; un sujet par le droit: « Elle pose le sujet comme le principal artisan de la vie sociale: c'est à partir de lui que se construit la réalité dans laquelle il vit, ainsi que les situations auxquelles il est confronté: on pourrait dire que le droit comme la réalité ne se donne pas à nous comme *logos*, mais s'offre à nous comme *mythos*, comme cet horizon dans lequel nous situons notre propre idée du monde » (Morineau, 2010:62).

Regarder le conflit comme une opportunité de l'émergence de subjectivité est rendre possible l'apparition de nouvelles possibilités de règlement des conflits, non à partir d'une décision imposée par un tiers neutre, mais par la découverte d'une décision commune qui satisfait toutes les personnes impliquées dans le conflit, en leur offrant un sens partagé d'existence.

À notre avis, la définition de médiation de cohésion sociale est la plus appropriée au travail réalisé au sein des CICs. Nous exposerons ci-dessous, d'une façon synthétique, l'expérience de la médiation de cohésion sociale dans le programme CIC.

La première expérience de médiation de cohésion sociale dans les centres du programme CIC a eu lieu en 2004. Un séminaire de formation a été réalisé pour une centaine de personnes (comptant sur la présence de dizaines de juges de proximité). Après la réalisation du séminaire, environ vingt personnes ont commencé à travailler dans cinq centres du programme CIC.

En 2007, un accord a été signé par 13 entités de l'État de São Paulo et de la société civile, et au cours de cette même année un séminaire de formation a été réalisé pour cent personnes, d'une durée de 30 heures de théorie et de 12 heures de pratique. Après la formation, vingt personnes ont commencé à travailler en tant que médiateurs auprès de plusieurs centres du CIC.

De mars à juillet 2005, dix tables de discussion concernant le règlement alternatif de conflits et l'accès à la justice ont eu lieu auprès des centres du CIC. Les tables les plus significatives ont été les suivantes, par l'ordre chronologique: 1) CIC: Témoignage d'une expérience professionnelle avec la coordinatrice du CIC; 2) CIC: Historique d'un projet de réforme de la justice et situation actuelle, avec Jacqueline Sinhoreto, professeur de Sociologie de l'Université fédérale de São Carlos (UFSCAR); 3) Règlement alternatif de conflits, culture de paix et droits de l'homme, avec Antonio Freitas Junior (professeur de la Faculté de Droit de l'USP); 4) Citoyenneté de genre – accès à la justice des femmes victimes de violence, avec Wania Pasinato Izumino

(chercheuse du Centre d'études de genre de l'UNICAMP, PAGU); 5) Règlement alternatif des conflits sous la perspective de l'Organisme public de défense de l'État de São Paulo, avec Carolina Bega (défenseur public). Le 29 avril 2010, une réunion informelle a été organisée avec des dizaines de médiateurs communautaires qui travaillaient auprès des centres du programme CIC. À leur issue, le constat était évident et consensuel pour tous les membres des tables de discussion, ainsi que pour les médiateurs communautaires présents à la réunion du 29 avril: pour le succès d'un projet de médiation de cohésion sociale dans le cadre du programme CIC, il est essentiel qu'il y ait une formation initiale et continue, en plus d'une supervision constante du travail des médiateurs.

En 2011, un cours de formation en médiation de cohésion sociale a été réalisé pour cent personnes. Le programme a eu une durée de 72 heures de cours théoriques et de 30 heures de stage présentiel dans cinq centres du programme CIC. Le cours a été coordonné par un groupe de seize professeurs accrédités par le SJDC. Selon la Coordination d'intégration de la citoyenneté, 44 médiateurs travaillent en tant que volontaires dans dix centres du CIC depuis janvier 2012. La dernière information que le SJDC nous a fournie est qu'un groupe de dix professionnels commencera un travail de supervision des médiateurs pendant cette année de 2012.

Pour avoir une idée de la demande de la médiation de cohésion sociale auprès des centres du CIC, nous présentons les données fournies par la Coordination d'intégration de la citoyenneté concernant la période de janvier-octobre 2010. Pendant cette période, 3.311 accueils ont été réalisés auprès de neuf centres du CIC. Les centres ayant fait le plus grand nombre d'accueils ont été le CIC Est, avec 1.505 accueils réalisés par deux médiateurs trois jours par semaine, CIC Sud, avec 929 accueils faits par deux médiateurs trois jours par semaine, et CIC Feitico da Vila,

avec trois médiateurs travaillant tous les quinze jours⁴. La plupart des accueils concernait: la famille, le commerce, le voisinage, la location d'immeubles et la copropriété. Les conflits de famille et de voisinage, pour la plupart, découlent de relations interpersonnelles, de même que la plupart du temps les conflits provenant de la copropriété.

B. Mandat du CIC et des institutions de justice de proximité en France: une brève analyse comparative

Les actions du programme CIC envisagent les trois aspects principaux des institutions de justice de proximité en France, à savoir: a) proximité territoriale: offre d'un lieu accessible et proche; b) proximité humaine: fondée sur une procédure judiciaire inspirée de la médiation, ayant dans l'écoute et dans l'accueil du citoyen l'un de ses principaux fondements; et c) proximité temporelle: règlement du conflit d'une façon rapide (Wyekens, 2001:24). Dans le mandat de la Maison de justice et du droit, sont explicitement mentionnées l'information et la consultation juridique, en plus de la médiation pénale. Dans la mission institutionnelle du CIC, par contre, ce qui est explicite c'est la promotion de «l'exercice de la citoyenneté à travers la participation populaire et la garantie de modes alternatifs d'accès à la justice».

De cette façon, le CIC réalise des activités d'accès au droit et travaille également avec la médiation, en dehors de la médiation pénale, bien que cela ne soit pas explicite dans son mandat institutionnel. Toutefois, la Maison de justice et du droit (MJD) ne prévoit pas dans son mandat la réalisation d'activités de promotion de la citoyenneté. Cette différence entre les deux institutions illustre le différentiel du CIC vis-à-vis de la MJD. Nous observons que la complémentarité entre l'éducation aux droits de l'homme et le règlement alternatif de conflits doit être un objectif à poursuivre et constitue une singularité du CIC vis-à-vis de la MJD.

⁴ Il est important d'éclaircir que dans tous les centres du CIC, les médiateurs accueillent individuellement les citoyens intéressés par la médiation des conflits.

Il est important de souligner que la MJD et le CIC sont apparus dans la moitié des années 90 et ceci d'une façon similaire, vu qu'aucune d'elles n'a été le résultat d'un large travail de recherche et de réflexion, mais de demandes populaires de parcelles de la population sans assistance de la part du droit formel de l'État. La différence c'est que la MJD est une partie intégrante d'un projet plus large d'établissement d'une « politique judiciaire de quartier » et d'un effort de création de normes législatives et d'autres instruments pour la simplification du droit et pour la mise en œuvre de l'accès au droit. Dans le cas du CIC, les choses se sont passées différemment, ce qui montre que, bien qu'elle soit sans aucun doute une idée digne des plus grands éloges, elle n'a pas reçu de l'État l'attention qu'elle aurait mérité, afin de doter ce programme novateur des normes et des instruments qui favorisent le plein exercice de son mandat institutionnel.

C. Réflexions à partir d'une expérience professionnelle

D'août 2008 à décembre 2010, j'ai travaillé en tant qu'assistant auprès du Secrétariat de la Justice et de la défense de la citoyenneté de l'État de São Paulo. Pendant cette période, j'ai intégré l'équipe de coordination du CIC. En décembre 2008, j'ai été admis au concours de professeur de la Faculté de Droit de l'USP, dans le Département de Philosophie et de Théorie générale du Droit.

Durant l'exercice de ma fonction en tant qu'assistant auprès du SJDC, j'ai eu l'occasion d'observer les obstacles et les enjeux journaliers qui se présentaient au programme. J'ai vécu le CIC dans mon double rôle de fonctionnaire, occupant un poste de confiance et de professeur de la Faculté de Droit de l'USP. C'est ainsi que, à partir de cette circonstance, je présente mes réflexions. Il ne s'agit donc pas d'un regard critique et impartial, au contraire, c'est la vision de quelqu'un qui croit au programme et à ses potentialités, sans méconnaître les difficultés concrètes qui se présentent dans sa gestion journalière.

Pour entamer mes réflexions, je prends comme point de départ une affirmation de Haddad, Sinhoretto et Pie-

trocola (2003:137-138) concernant les possibilités pour l'exercice de pratiques transformatrices que le CIC offre: «Le CIC est un espace de possibilité de l'exercice de pratiques du droit et de l'autorité publique transformatrices. Devant le scénario de crise et de contestation de la gestion conventionnelle de la justice, alimenté par l'épidémie de la violence, par des manifestations osées du narcotraffic, par le mécontentement généralisé en ce qui concerne les réponses de l'État, le CIC est mis en valeur en raison de sa configuration en tant qu'espace d'expérimentation de nouvelles possibilités d'exercice du droit, de la démocratie, de la sécurité.»

Dans le travail d'élaboration de cet article, en jouant seulement le rôle de professeur et de chercheur, je me suis rendu compte du besoin d'éclaircir quelques questions théoriques liées à la caractéristique institutionnelle du CIC, afin que celui-ci puisse se consolider en tant qu'espace de possibilité de pratiques transformatrices». C'est bien ce que nous ferons ci-après.

1. CIC: Réforme du Judiciaire ou une nouvelle sphère de la justice?

Il est important de connaître clairement l'objectif principal d'une expérience novatrice donnée. S'agit-il de la réforme du judiciaire en tant qu'objectif principal et la création de nouvelles sphères de la justice comme une action accessoire? De la Réforme du judiciaire par la création de nouvelles sphères de la justice? Ou bien la création de nouvelles sphères de la justice l'objectif principal et la réforme du judiciaire sa conséquence indirecte? Cet éclaircissement est nécessaire afin de savoir quelle est l'articulation institutionnelle la plus appropriée et quel genre de professionnel est le mieux préparé pour réaliser chaque mission différente. Si cela ne se fait pas, nous pouvons avoir des problèmes dans la mise en œuvre d'une expérience de Réforme du judiciaire ou de constitution d'une nouvelle sphère de la justice. Cela est perceptible dans quelques cas avec le CIC. Sinhoretto (2006:53) le commente: «La fonction originelle du CIC serait: celle d'améliorer tout le système de justice, avec ses contenus transformateurs. Cependant, au lieu de

coloniser les institutions avec son discours réformateur, le CIC a été colonisé par les pratiques traditionnelles du système de justice et du service public.»

Sous cet aspect, l'intervention de l'Organisme public de défense de l'État de São Paulo, créé en 2006 et qui depuis 2008 est présent dans tous les centres du CIC est remarquable. L'organisme public de défense a prévu expressément dans ses attributions de «promouvoir la diffusion et la conscientisation des droits de l'homme, de la citoyenneté et de l'ordonnancement juridique». De cette façon, ledit Organisme considère le CIC comme un lieu stratégique pour son action. Le rôle que l'Organisme de défense joue auprès du CIC illustre le besoin d'y avoir un professionnel approprié, avec un esprit juridique ouvert et large pour exercer le travail dans cette nouvelle sphère de la justice, qu'est le CIC.

Tous les centres du CIC, à São Paulo, dans l'agglomération de São Paulo et à Campinas sont situés dans des zones de haute vulnérabilité sociale (selon la définition de la Coordination d'intégration de la citoyenneté). Dans ces quartiers de la banlieue de São Paulo et leurs alentours, la notion de loi et d'ordre sont fluides, volatiles. Ainsi, la définition de ce qui est correct, le «juste commun», ce qui tout d'abord semble être une activité banale, devient une tâche complexe. Vera da Silva Telles (2010:177) fait un commentaire à ce sujet: «Dans les frontières poreuses entre le légal et l'illégal, le formel et l'informel, transitent les figures contemporaines du travailleur urbain, faisant continuellement appel aux opportunités légales et illégales qui coexistent et se superposent dans le marché de travail».

Ce contexte, qui est global, jette également ses racines dans la banlieue de São Paulo (la troisième plus grande mégapole du monde, dépassée seulement par Mexico et Tokyo). L'une des conséquences pour la cohabitation quotidienne de citoyens et citoyennes est le fait que la difficulté de définir précisément ce qui est de droit produit des conflits interpersonnels entre des groupes très différents, dans un embrouillement difficile de percevoir à partir d'un regard superficiel et qui souvent finit en vio-

lence. Ci-après nous donnons un exemple illustratif de Vera da Silva Telles (2010:242).

Il est né et a grandi dans le quartier X. Il a déménagé après son mariage. Cependant, la famille restait dans les environs; les parents et la sœur, qui à cette époque-là était mariée avec un sujet douteux, sur lequel nous n'avons pas réussi à en savoir beaucoup plus, sauf qu'il venait de sortir de prison, qu'il était impliqué avec un gang du quartier et qu'il était un peu violent. L'histoire nous a été racontée ainsi: après une dispute en famille, la sœur voulait se séparer, mais le jeune homme a commencé à tous les menacer, en disant qu'il reviendrait pour tuer l'épouse, le père, la mère, les frères de celle-ci et tous ceux qui se mettraient devant lui; il a été le fait déclencheur d'une guerre de gangs qui s'est prolongée pendant plus de cinq mois.

L'absence presque complète d'institutions de médiation institutionnelle pour la constitution du sujet de droit (Ricœur, 2008: 26-31) dans les banlieues de São Paulo peut être vue comme une partie intégrante d'une «action politique officielle» qui n'a pas pour priorité la formation du citoyen, mais, au contraire, la répression, selon l'évaluation arbitraire de l'État, de ceux qui sont répertoriés comme non-sujets de droit.

Devant ce cadre, le CIC doit être vu comme une présence non violente de l'État dans les banlieues de São Paulo, en opposition à l'intervention de la police, qui se montre violente dans les situations plus différentes et décide selon son bon vouloir qui est et ou qui n'est pas sujet de droit. Selon cette perspective, le CIC offre une autre solution radicalement différente, celle de l'accès au droit. C'est précisément grâce à cette présence différenciée que le CIC possède la possibilité concrète de la construction d'une politique de promotion des droits de l'homme et de la constitution du sujet de droit, qui, en renforçant et en élargissant l'État de Droit dans le domaine local, sera capable d'offrir à la population des zones de haute vulnérabilité sociale de la ville de São Paulo l'exercice de nouvelles formes d'émancipation.

Cependant, afin que le CIC joue ce rôle lié à de nouvelles formes d'émancipation et d'élargissement de

l'État de Droit, il est essentiel que le travail de la médiation institutionnelle pour la constitution du sujet de droit soit consolidé. Pour cela, il est nécessaire de redéfinir son mandat institutionnel.

2. CIC: une institution pour l'accès à la justice, pour l'éducation aux droits de l'homme et pour la constitution du sujet de droit.

Lorsque nous disons que le CIC est une sphère de la justice et de l'éducation aux droits de l'homme ayant pour principal but la constitution du sujet de droit, nous voulons mettre en relief son aspect proprement innovateur. Il ne s'agit pas d'une sphère traditionnelle de la justice dont le seul but est celui de régler des conflits. Dans le cas du CIC, le règlement des conflits par la médiation de cohésion sociale doit être considéré également comme une activité d'éducation aux droits de l'homme, étant donné qu'elle contribue à la constitution du sujet de droit.

La constitution du sujet de droit est l'un des objectifs centraux de l'éducation aux droits de l'homme. Ainsi, tous les efforts doivent être faits pour la découverte d'activités qui contribuent à l'objectif central du programme, à savoir: l'épanouissement du sujet de droit. Pour donner un exemple concret, des activités sont développées à l'heure actuelle au sein du CIC, telles que des cours et des séminaires sur la Loi « Maria da Penha » et également le Projet Pour Lire, qui vise à initier le jeune à l'univers de la littérature. Ces deux activités, quoiqu'elles soient différentes dans leur teneur, finissent par converger vers le même objectif.

Lorsque le CIC définira l'objectif principal de son mandat institutionnel, ainsi que les moyens à utiliser pour la réalisation de ce but, il délimitera le travail de la Coordination d'intégration de la citoyenneté, ce qui favorisera la coordination du programme dans un ensemble, puisqu'il définira le cœur de son travail.

Une fois la constitution du sujet de droit définie comme objectif central du CIC, il faut bien avoir à l'esprit qu'il ne s'agit pas d'un programme traditionnel d'accès à la justice, mais, de la même manière que les projets de responsabilisation légale du pauvre (www.pnud.org) et de

microjustice (www.microjusticeinitiative.org), il doit être un programme centré sur la personne. Cela revient à dire que l'observation impartiale et égalitaire des usagers du CIC, avec leurs qualités, faiblesses, carences et fragilités, doit être une mission quotidienne dans tous les centres du programme, étant donné que cette observation attentive permettra de créer un projet centré sur la personne. Il faut que cela soit clair: que l'observation de chaque centre CIC sera différente, vu la spécificité locale de chaque unité, mais en même temps les différents centres pourront découvrir des constantes et des invariants valables pour tous. Cette forme de travail permettra l'établissement de projets et d'activités plus proches des besoins concrets des personnes et donc, plus efficaces.

Le CIC a toutes les possibilités d'avoir un espace institutionnel dans lequel il est possible d'accueillir le citoyen individuellement ou par petits groupes, favorisant la perception de la singularité de chacun, ce qui lui offre la possibilité de découvrir l'activité la plus appropriée pour son développement en tant que sujet de droit. Un travail comme celui-ci requiert une équipe multidisciplinaire capable d'évaluer les complexes et délicates nuances et les étapes du processus de formation de chaque personne dans sa singularité.

Il faut absolument souligner que le travail de constitution du sujet de droit ne peut avoir lieu que dans des cadres non violents dans lesquels les personnes réussissent à établir un dialogue ouvert et libre de toute forme d'imposition de volontés. Vu que ce travail de formation est exercé d'une façon embryonnaire, nous devons envisager des stratégies possibles pour la formation de nouveaux professionnels avec une perspective interdisciplinaire.

Le CIC a été créé dans le cadre institutionnel de la Constitution fédérale de 1988, de la Conférence mondiale de droits de l'homme (Vienne, 1993), du plan de droits de l'homme national et de celui de l'État de São Paulo et de la transformation du Secrétariat à la Justice en Secrétariat à la Justice et à la défense de la citoyenneté. Tous ces faits historiques dotent l'institution d'un potentiel de transformation

sociale importante. Mais, afin que l'institution puisse réaliser cette mission au plus haut degré de sa potentialité, il faut chercher le professionnel approprié.

Dans ce sens, il faut offrir une formation convenable aussi bien pour les professionnels qui travaillent déjà dans les CICs que pour ceux qui éventuellement manifesteraient un intérêt à travailler pour cette institution. De plus, une telle formation (dans ses aspects théorique et pratique) doit être centrée sur l'action du CIC. Autrement dit, le CIC doit faire l'objet d'étude principale et être également l'espace pour le vécu de la théorie transmise dans les enseignements. Cette formation préalable est importante, étant donné que ce qui sera exigé du professionnel du CIC sera une attitude non traditionnelle et innovatrice et qu'il n'a probablement pas apprise lors de sa formation et de son expérience professionnelle précédente.

Une fois ce projet de formation et de recyclage professionnel mis en œuvre, le CIC aura toutes les conditions pour se transformer en un centre d'excellence pour des recherches dans le domaine de l'éducation aux droits de l'homme, avec des abordages interdisciplinaires pour la constitution du sujet de droit et pour le règlement alternatif de conflits.

BIBLIOGRAPHIE

- HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo ; SINHORETO, Jacqueline e PIETROCOLLA, Luci Gati 2003 *Justiça e Segurança na Periferia de São Paulo* Os Centros de Integração da Cidadania, São Paulo, IBCCRIM.
- MACDONALD, Roderick et SAVOIE, Pierre-Olivier 2006 *Une phénoménologie des modes alternatifs de résolutions de conflits : résultat, processus et symbolisme* in EBESHARD, Christoph et CHRETIEN-VERNICOS, Geneviève *La Quête Anthropologique du droit autour de la démarche d'Étienne le Roy* Paris, Karthala, 291-307.
- MORINEAU, Jacqueline 2010 *L'esprit de la médiation* Toulouse, Eres, collection Trajets.
- RICOEUR, Paul 2008 *Quem é o Sujeito de Direito?*, in RICOEUR, Paul *O justo I* São Paulo WMF Martins Fontes 20-31.
- SILVA TELLES, Vera da 2010 *A Cidade nas Fronteiras do Legal e do Illegal* Belo Horizonte Argumentum Editora.
- SINHORETO, Jacqueline 2006 *Ir aonde o povo está: etnografia de uma reforma da justiça*. Thèse de doctorat en Sociologie à la Faculté de philosophie, de lettres et de sciences humaines de l'Université de São Paulo (USP), São Paulo.
- WIEKENS, Anne 2001 *La Justice de proximité en France : politique judiciaire de la ville et interrogations sur la fonction de la justice*. In WIEKENS, Anne et FAGET, Jacques (dir.) *La Justice de Proximité en Europe* Pratiques et enjeux Toulouse Érès.

AVOCAT ET MÉDIATION

M^E DOMINIQUE ATTIAS*

L'avocat d'enfants n'est déjà pas un avocat comme les autres, il doit pour pouvoir remplir sa mission, avoir accès à divers mondes hors le monde du Droit.

L'avocat formé à la médiation et surtout à la médiation transculturelle, rajoute une corde à son arc et permet à l'enfant et à sa famille, de se saisir de toutes les opportunités, et d'avoir accès à une justice qui a du sens.

Les avocats d'enfants existent depuis environ 1990, ces avocats font partie de groupements d'avocats d'enfants qui dépendent, pour la plupart, des Barreaux.

Ces avocats ont l'obligation de suivre une formation initiale et continue dans les domaines de l'enfance.

Ces groupements ont évolué de manière importante entre leur création et aujourd'hui.

Les avocats d'enfants interviennent aussi bien au pénal lorsque l'enfant est auteur ou victime d'une infraction, qu'en assistance éducative dans le cadre de l'enfance en danger, et aux côtés de l'enfant devant le Juge aux affaires familiales.

La présence de l'Avocat aux côtés d'un enfant est, soit obligatoire, en matière pénale où la présence de l'avocat est inscrite dans l'ordonnance du 2 février 1945 : « le mineur poursuivi doit être assisté d'un avocat » (art.4.1) ; soit facultative comme en assistance éducative, c'est-à-dire lorsque

l'enfant est en danger où il est pourtant partie à la procédure, ou devant le juge aux affaires familiales, où l'avocat se contente uniquement de l'assister, ou encore lorsque l'enfant est victime d'une infraction.

Qui dit « enfant » dit tout être humain de 0 à 18 ans, comme le rappellent la convention internationale des droits de l'enfant et le code civil.

Le jeune a toujours le libre choix de son avocat soit pour se faire représenter soit pour se faire assister suivant ce que la loi permet ou ordonne, sa seule limite : sa capacité de discernement.

La loi du 5 mars 2007 relative à la protection de l'enfance, fait obligation au juge d'entendre le jeune capable de discernement – c'est-à-dire en général à partir de 7 ans – à partir du moment où celui-ci en fait la demande.

Cette obligation pour le juge d'entendre l'enfant a accru la présence de l'avocat dans toutes les procédures où l'enfant est concerné.

L'avocat ne peut se contenter de n'être formé qu'au Droit.

Il doit avoir suivi des formations en psychologie, en traumatologie de l'enfant et si possible également en médiation.

En effet, dans l'intérêt de son client, sous couvert du secret professionnel absolu auquel il est soumis et de

* Avocate.

son indépendance, l'avocat peut devenir – tout en restant le porte-parole de son client –, celui par lequel toutes les médiations se feront.

Il lui appartient de prendre contact avec les travailleurs sociaux, les pédopsychiatres, les psychologues, le juge des enfants.

Entendre la parole de chacun, entendre les malentendus et pouvoir les dénouer sans mettre en danger l'interlocuteur qui lui a révélé d'éventuels dysfonctionnements; ne jamais mettre en difficulté la famille quel que soit le dysfonctionnement de cette dernière, voilà comment doit fonctionner un avocat d'enfants.

Attirée par une formation destinée aux professionnels de la psychologie et du Droit désirant acquérir les connaissances nécessaires à la compréhension des familles migrantes, j'ai eu la chance d'intégrer le Diplôme d'Études Supérieures Universitaires de Pratiques cliniques avec les familles migrantes, formation organisée par l'Université de PARIS VIII - SAINT-DENIS et le Centre Georges DEVEREUX.

Dans ce cadre, j'ai participé aux consultations organisées au Centre Georges Devereux.

Le dispositif de ces consultations prévoit qu'y participent, la famille proche ou élargie, les enfants, ainsi que des psychologues, médecins psychiatres, médiateurs culturels parlant la langue d'origine des familles, etc.

L'avocat formé dans le cadre des consultations d'ethnopsychiatrie ou d'ethnoclinique est confronté aux interrogations suivantes:

- à partir de quelle pensée vais-je parvenir à déclencher des liens et du sens dans le fonctionnement de mon client pour lui permettre d'accéder au monde judiciaire?

Au filtre de l'ethnopsychiatrie, l'avocat n'est plus celui qui fait partie du seul monde judiciaire, mais celui qui « traduit » à partir de deux expertises, la sienne, celle de son client et de sa famille.

L'avocat, dans son Cabinet, lorsqu'il reçoit le mineur et sa famille avant l'audience, fait également un travail de l'ordre de la médiation.

« *Maître, il a mis la honte sur notre famille* ». Combien de pères ou mères m'ont dit cela devant leurs enfants?

Ces derniers, pour la plupart nés en France, regardent leurs parents sans entendre ce qu'il y a derrière ces mots. Ils pensent: « *Encore un nouveau délire! Toujours la même litanie...* ».

Évoquer avec les parents, certes bien plus superficiellement que je ne le voudrais, la vie au pays avant d'arriver en France, s'intéresser avec respect à ces mondes autres, réfléchir avec les parents devant l'enfant sur les rapprochements possibles entre le monde d'ici et celui qui est perdu pour les parents et inconnu pour les enfants, réfléchir avec eux sur les raisons de ces dysfonctionnements, ouvrir des questionnements différents afin de ne pas enfermer les enfants et leurs parents dans un monde duel, sans richesse ou interrogation, où tout est joué d'avance. « *Tu es responsable, donc coupable* ».

Se servir de l'expérience des parents comme condition de la socialisation de leurs enfants, voilà ce que m'ont appris la démarche ethnoclinique et le travail avec les médiateurs transculturels.

Dans la justice des mineurs, de longue date le Juge a été considéré comme le défenseur naturel de l'intérêt de l'enfant, d'où la difficulté pour l'avocat d'enfants, de se positionner.

Celui-ci doit certes vérifier la procédure et se poser comme porte-parole de l'enfant mais, formé au transculturel et à l'ethnoclinique, il doit participer de manière active à l'installation d'un dispositif producteur de modifications.

Lorsque la justice est rendue dans le Cabinet du Juge pour Enfants, un rapport triangulaire et déséquilibré s'établit:

- le Juge qui dit la loi, langage de l'État,
- le mineur et ses parents soumis à la contrainte d'être présents et « jugés »,

- l'avocat, bien qu'auxiliaire de Justice, entre le Juge et la société civile (la famille).

Dans le cadre de toute justice, le rapport triangulaire, avocat/juge/« client » (l'autre) doit être impérativement maintenu pour que la décision qui a pour finalité de créer un lien social ait un sens.

Au filtre de ce dispositif, le Juge se veut « thérapeute principal ».

L'avocat se trouve à une double place, celle du médiateur et du « *co-thérapeute* ».

Comme le médiateur et/ou le co-thérapeute, il doit devenir la force du Juge, tout en conservant sa place.

Ce n'est qu'à ces conditions que la décision prise sera opérante. Dans la négative, se produiront délits à répétition, fugues... et incompréhension de la famille.

La justice des mineurs superpose le traitement juridique du litige et le traitement social du problème dans la même enceinte.

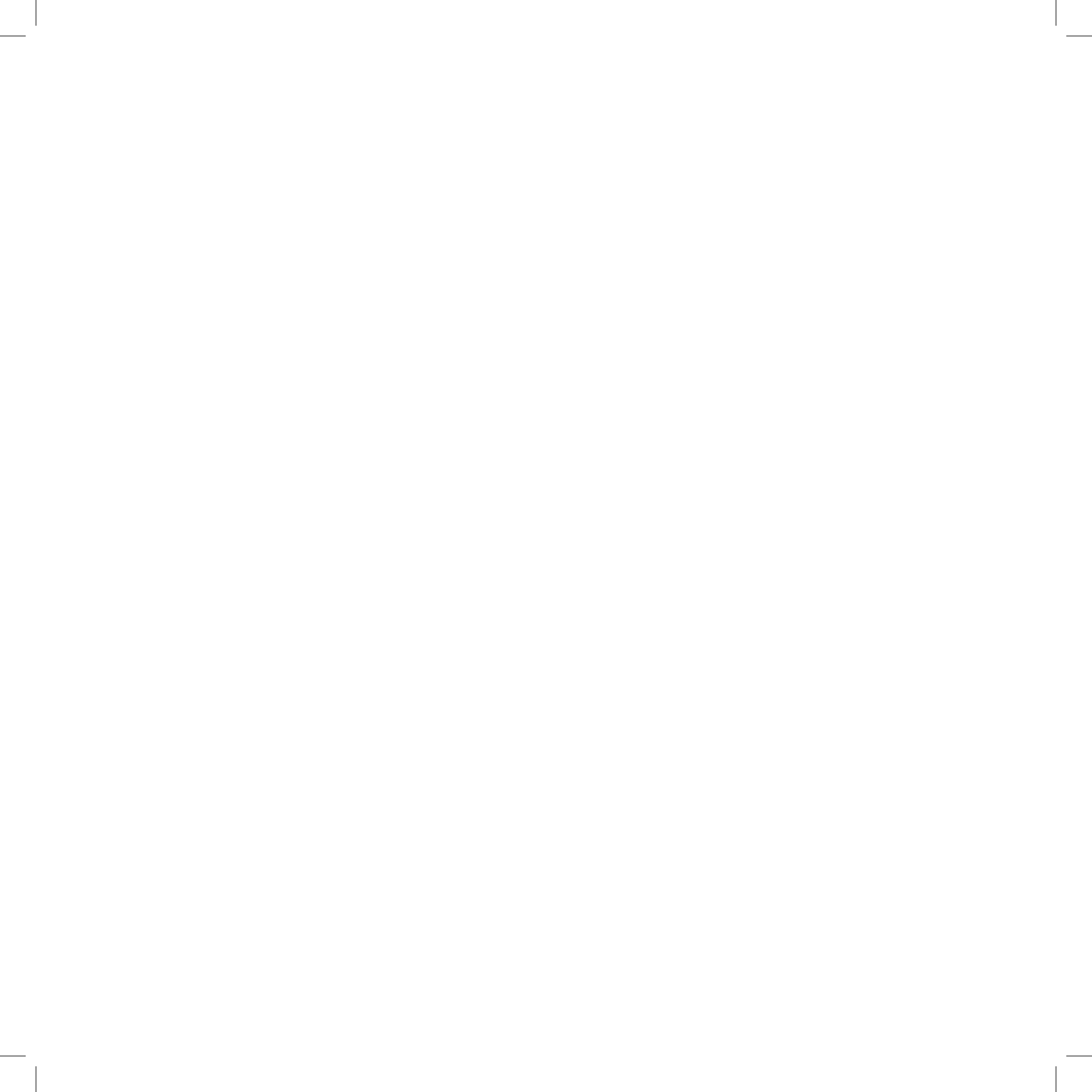
Là où le rituel s'affaiblit, le droit des gens est en péril.

Le rituel judiciaire représente une protection plus importante pour les familles que le monde « apostolique » du travail social.

Tant les familles que les jeunes sont de plus en plus sur la sellette, avant d'être aidés, ils sont jugés, plus seulement par la justice mais également par la société toute entière.

Seule la présence de professionnels spécialement formés notamment à la résolution amiable des conflits, permettra à ces jeunes et leurs familles, de transcender les problèmes qu'ils affrontent au quotidien.

Voilà un nouveau défi posé aux avocats d'enfants : ne pas camper sur ses positions de « *juriste* » mais s'ouvrir au monde de l'autre et lui tendre la main.



DIRE LE DROIT : UNE PARTITION À PLUSIEURS VOIX

CAROLE YOUNES*

L'émergence de la médiation en France a modifié les pratiques de résolution des conflits de façon profonde non pas, on le sait, quantitativement mais plutôt quant aux nouvelles façons de percevoir et de résoudre les conflits, amenant à une réflexion sur la relation sociale.

Au-delà de la mise en place et de l'analyse de ces nouvelles pratiques, la médiation a permis de poser un regard différent sur le droit, laissant ainsi le champ ouvert aux anthropologues, sociologues et philosophes du droit pour décrire les processus de juridicisation propres à la médiation mais aussi pour réexaminer les pratiques judiciaires et les liens qui peuvent exister entre les différents ordonnancements juridiques, négociés et imposés, acceptés, selon la typologie du droit tripode du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris.

C'était le sens du débat qui a été ouvert il y a 10 ans, et qui cherche à retracer en filigrane les liens qui unissent l'émergence de la médiation et les mutations dans nos conceptions du droit et partant dans nos modèles sociaux. La médiation a contribué à éclairer la face négociée du droit et constitue de ce point de vue un paradigme qui dépasse son incarnation dans un processus de règlement des conflits, pour toucher la question de la normativité y compris dans le cadre de la justice institutionnelle.

C'est dans la perspective de percevoir la polyphonie là où la tentation est prégnante d'entendre un droit à l'unisson que je souhaite évoquer mes expériences d'actrice du droit en particulier à partir de ma pratique d'avocate et de ce que j'ai pu percevoir et expérimenter de la pratique de juge.

Cette posture consiste à explorer dans le processus judiciaire comment les citoyens sont acteurs du droit et pas seulement comment le droit agit sur eux.

L'historien Michelet nous éclaire.

Voilà ce qu'il écrit dans « Renaissance » :

Louis XI qui ne voulait de tyrannie que la sienne, avait passionnément désiré qu'on levât partout ce vieux voile d'ignorance derrière lequel s'abritait l'arbitraire infini des rois de provinces et de cantons. Avec quelle facilité, sous la coutume non écrite, confiée à la mémoire peu sûre, corruptible, des praticiens, toutes les volontés des seigneurs laïques, ecclésiastiques, devaient valoir comme lois ! Lois changeantes au gré du caprice, de l'intérêt, du besoin du jour !

Qui aurait réclamé? Quel est le pauvre vieil homme qui devant ces fils de Robert-le-diable, eut osé dire en face : « Et pourtant, autre est la Coutume ».

En 1497, Rochefort ordonna, au nom du Roi, la publication des coutumes. Pour publier il fallait écrire, formuler, rédiger. Voici comme se fit la chose en chaque siège : « Nos

* Docteur en droit, avocat au barreau de Paris.

commissaires ayant assemblé nos officiers (du lieu) et les gens des trois états, praticiens et autres des bailliages et juridictions, publieront».

Ces autres nous dit Michelet **c'est la nation**. Il poursuit :

Je veux dire qu'en ce débat où les seigneurs ecclésiastiques et laïques pouvaient imposer aux commissaires du roi une rédaction féodale, on consultait les praticiens et comme ceux-ci presque partout étaient clients des seigneurs, **on appelait à témoigner des notables, des vieillards, des hommes enfin, la foule**. Les commissaires étaient libres, dans un cas controversé, de faire une sorte d'enquête par tourbe, **c'est-à-dire d'appeler le peuple à témoigner du vrai droit du pays**.

Les temps ont changé et pourtant cette remarque ne manque pas de pertinence aujourd'hui.

Elle pourrait être rattachée au processus de socialisation juridique et à l'intériorisation de la norme collective qui fait sens. Elle pourrait aussi pointer le dialogue constant entre normes juridiques et normes sociales.

Dans cette perspective, mon propos est de parler de ce qui peut se passer dans le cheminement qui va du client, à l'avocat puis au juge, et de décrire ce qui peut être perçu comme co-construction du droit, comme succession d'interprétation et de traduction qui évoquent des espaces de médiation ou d'intermédiation à l'intérieur du droit.

Qu'entend-on ici par espaces de médiation ?

Ce serait la prise en compte de la perspective des destinataires qui sont aussi émetteurs, qu'il soit avocat, juge ou partie, et le jeu permanent entre eux et l'émetteur officiel, le législateur.

On pense à un récit émaillé d'épisodes successifs de la vie du droit, à l'image du vivre ensemble, tout ce qui nous relie, tout ce qui nous sépare.

L'hypothèse serait la suivante :

L'expression de cet espace de médiation se déploie d'abord à **l'intérieur même de la pratique professionnelle de l'avocat**, avec un effet d'interprétations ou de récits successifs de ce que sont **les attentes légitimes par rapport à une relation sociale, son déroulement, comment elle se noue ou se dénoue ...**

C'est dans cet espace de co-construction du droit que s'exprime la quête de légitimité :

- légitimité pour celui, le justiciable mais aussi l'avocat ou le juge, qui reconnaît une règle ou une attente comme telle, et ainsi la fait exister ;
- légitimité de celui, le juge, qui lorsqu'il dit la règle doit se référer à une autorité supérieure, celle du peuple, au nom de laquelle les jugements sont rendus mais aussi au nom duquel la loi est édictée.

Tout comme à l'époque décrite par Michelet où l'on interrogeait le peuple pour connaître la coutume, la connaissance du droit qu'a le peuple et ses attentes contribuent à forger le droit, ses contours et ses évolutions.

Le droit donc à l'intersection de plusieurs projections, d'interprétations successives et changeantes, évolutives.

C'est la description d'un processus plus qu'un état illustré par la belle expression québécoise de « droit vivant » à la suite des travaux de Roderick Macdonald¹.

Au début de la chaîne, le justiciable, celui qui vient chercher une réponse judiciaire, pour résoudre un conflit, pour établir une situation, pour affirmer un droit, pour faire cesser un trouble, pour réparer un tort...

L'idée reçue est que le justiciable, le client, l'usager, le citoyen, ne sait pas, ne connaît pas le langage, ni la grammaire du droit, la justice comme institution est loin de lui, il est dépossédé de son conflit.

Il ne participe pas au processus de résolution qui fait appel à des procédures et des normes qui lui échappent, compte tenu de la complexité du droit, de la multiplication des textes légaux et réglementaires...

Pourtant et en dépit de ces représentations, le client fait l'expérience du droit dans sa vie quotidienne : il a sa perception de ce qui est injuste, de ce qui devrait être, de ce qui dans une situation donnée, de blocage, devrait se

¹ MACDONALD R., 1992, *Accessibilité pour qui? Selon quelle conception de la justice*, 33, Les cahiers de droit, 457. MACDONALD R. « Normativité, pluralisme et sociétés démocratiques avancées, l'hypothèse du pluralisme pour penser le droit », *Médiation et diversité culturelle*, C. Younes et E. Leroy (dir.), Paris, Karthala, 2000, pp. 21-38.

produire ou à l'inverse de ce qu'il n'est pas tolérable... de ce qui ne devrait pas être accepté.

Que ce soit dans ses rapports avec les institutions ou avec des particuliers, il agit et interagit selon certaines normes de comportement avec les autres, il a des attentes vis-à-vis des institutions et connaît les attentes de celles-ci à son égard.

Le client vient chercher auprès du professionnel *une mise en forme*

- de ce qu'il perçoit comme justiciable, justifié, juste ;
- de ce qu'il pressent comme susceptible de faire une place à sa juste revendication.

À ce stade indifférencié, c'est lui qui dit ce qu'il considère comme étant son bon droit, non pas à partir d'une appréciation purement subjective mais par rapport à la norme telle qu'il la pressent, la comprend, la porte, celle qui va correspondre à l'idée qu'il se fait de ce qui doit être, de la relation sociale, du rôle et de la place de chacun.

C'est bien lui, le destinataire supposé de la norme, qui anticipe sur ce que cette norme est, sur ce qu'elle est ou ce qu'elle devrait être... Ses attentes dans une situation donnée sont façonnées par sa propre perception de ce qui doit ou devrait être...

Le client vient non seulement avec un problème, un conflit, mais aussi avec le cadre et le sens dans lequel selon lui ce problème devra être appréhendé et éventuellement résolu.

Certes, il n'est pas un sachant et ne peut articuler précisément sa demande en des termes qui pourront ultérieurement être traduits, ou pas d'ailleurs, par son avocat ou par le juge selon les catégories et la rationalité du raisonnement juridique.

D'ailleurs, l'avocat et le juge, qui sont eux aussi des citoyens, et qui sont eux aussi mères, salariées, locataires, consommatrices... entendent d'abord ce récit comme telles, investies de ces rôles sociaux, guidées elles aussi par un sentiment de justice ou par ce qu'elles considèrent dans une relation donnée comme une attente légitime.

Évidemment ces attentes n'évoluent pas en vase clos et ne sont pas déconnectées de la norme édictée, celle que l'on qualifie de droit étatique. On le constate d'ailleurs car les attentes varient d'un pays à un autre; on n'a pas les mêmes attentes lorsque l'on est locataire ou patient en France et aux États Unis!

Ces attentes normatives sont donc la résultante du va-et-vient entre la loi, la coutume et les usages au sens large, les mœurs, les *habitus*, et la sensibilité de chacun...

D'ailleurs, la demande du justiciable fait généralement suite à une démarche voire une stratégie plus globale où il a pu mobiliser d'autres moyens de faire valoir ses attentes, de les faire entrer en résonance avec la situation dans laquelle il se trouve: discussions, attitudes, décisions, reproches, courriers, recours à des tiers, modalités de résolution pour régler son problème sur la base de l'idée qu'il se fait de ce qui doit revenir à chacun.

Bref, il arrive un moment où il sent que l'ordre normatif étatique peut ce qu'il n'est pas parvenu à faire ou à obtenir hors de ce cadre contraignant.

Le client vient donc non seulement avec une demande, un problème, un conflit, mais aussi avec les normes qui lui semblent répondre à cette situation: il pressent qu'il peut y avoir traduction possible, de son langage vers celui du droit.

On peut émettre l'hypothèse, parfois constatée, que plus la socialisation juridique d'une personne est importante, plus finalement elle va être susceptible de trouver une correspondance entre ses attentes, et les chances de trouver une traduction dans les catégories du droit étatique: demande recevable et bien fondée.

C'est donc plus à un passage de relais qu'à une dépossession à laquelle on assiste. Le client va d'ailleurs continuer à utiliser les catégories qu'il connaît pour qualifier la situation, il ne modifie pas son langage mais sait et c'est de la sans doute que résulte la confiance, que son avocat va fidèlement traduire, quitte à utiliser des artifices juridiques, ce qu'il considère comme ses droits ou ses obligations.

L'avocat interprète

L'avocat qui accueille cette demande à ce stade cherche une résonance avec son propre sens de ce qui est juste, il cherche à savoir, intuitivement, si les normes de conduite et de comportement, les *habitus*, les attentes normatives de son client sont conformes à ce que l'avocat lui-même considère comme justifié, s'il y a adéquation entre les mondes normatifs dans lequel il évolue et dans la conception de la justice propre à la relation sociale envisagée.

Puis dans un second temps, l'écoute de l'avocat se fait plus sélective, elle se resserre, non plus sur ce qui est juste, sur ce qui devrait être, mais sur ce qu'il est possible de faire dans le cadre du droit: je comprends votre situation, vos attentes mais...

Le syllogisme juridique et l'articulation entre normes et faits est une reconstitution après coup de la complexité de l'enchevêtrement, de l'imbrication entre ce qui est et ce qui doit ou devrait être.

L'avocat un interprète-traducteur plus qu'un expert:

L'avocat est un expert dit-on: celui qui va dire ce que dit le droit, ce qu'il ne dit pas, ce qui est possible, ce qui existe mais ne peut être prouvé, ce qui pourrait marcher...

L'avocat va mettre en forme et mettre des formes; en tenant les deux fils: celui de la traduction d'un côté et celui de l'interprétation de l'autre. Il est à l'évidence un passeur.

C'est à lui que revient la difficile tâche de dire que la traduction n'est pas possible, car selon son interprétation des règles de droit positif, les attentes légitimes de son client ne sont pas en adéquation ou pas totalement ou ne peuvent être mises en adéquation avec le droit positif qui constitue le cadre contraignant dans lequel la décision judiciaire sera rendue. Il pose les limites sans pouvoir donner de garantie.

Cet expert souffre en effet d'un déficit: il émet des hypothèses, il saura dire quand les chances de succès sont inexistantes, plus difficile de garantir une reconnaissance judiciaire de la thèse qu'il a avalisée et pour laquelle il a argumenté.

Incertitude des fondements, le sol du droit se dérobe une fois de plus... il n'advient en tant qu'interprétation autorisée et revêtue de la force publique qu'après l'épreuve du feu croisé judiciaire.

C'est moins l'incomplétude de la règle qui se réalise pleinement au moment de sa percée herméneutique que l'interprétation qui va départager entre les attentes réciproques. Une interprétation qui laisse parfois une grande latitude au juge du fait de l'imprécision de la règle ou de son absence. Faire parler la règle, et lui chercher un sens sans lequel elle tombera à côté de la situation.

Le juge

Autre ouverture dialogique: celle entre le juge et l'avocat, celle entre le porte-parole de l'une des parties, son porte-voix, l'autre, celle du représentant de l'État qui juge au nom du peuple, et qui a pour terrain ces règles de droit, qui sont édifiées parfois dans un bric-à-brac mais qui constituent pour lui la vérité, celle en tout cas qu'il va ériger en tant que telle, et qu'il va assumer puisque sa responsabilité réside dans cette vérité qui repose sur l'arbitrage subtil entre les droits et les obligations respectives.

Dans quel sens le juge se prononcera-t-il alors qu'aucune règle précise ne vient donner de réponse?

C'est certainement l'interprétation téléologique qui intervient, où le juge est guidé par son interprétation du sens de ce qu'a voulu le législateur à condition que ce sens soit compatible avec sa propre conception du juste.

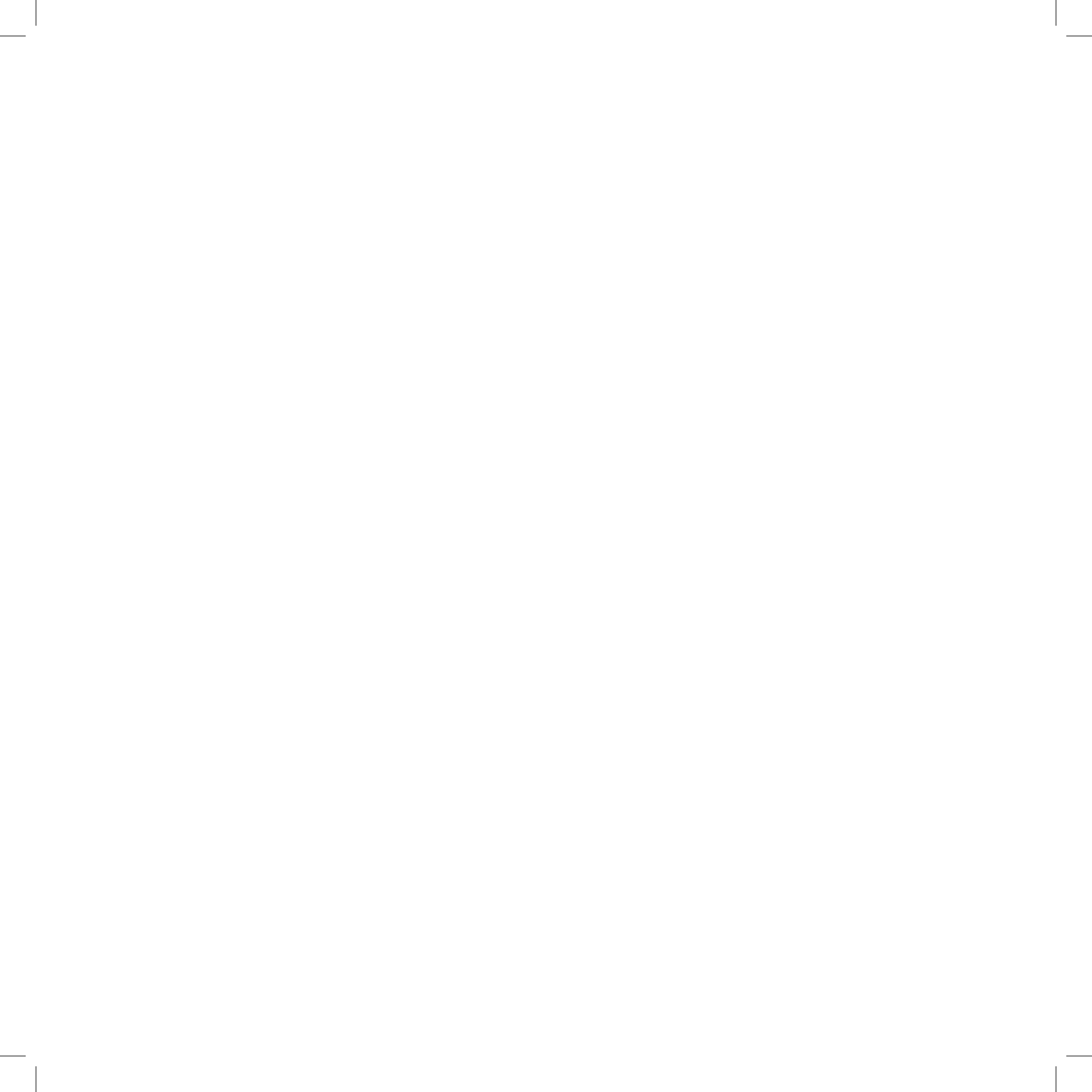
Le processus judiciaire aboutit, dans un va-et-vient entre destinataires et émetteurs de la norme, à des résolutions temporaires et circonstanciées de ce que doit être à un moment donné, la part de chacun.

L'observation du processus judiciaire est riche d'enseignement sur la manière dont se construit le droit et sur ses nombreux contributeurs.

Du justiciable au juge, il existe une relation d'interdépendance, un continuum, où chacun a un rôle et contribue à forger un droit vivant.

Ni le processus judiciaire ni la règle de droit édictée ne me semblent échapper à cette ouverture dialogique qui constitue ce qui caractérise la norme dans nos sociétés démocratiques. Cependant, si le vivre ensemble propre à nos sociétés se joue selon une partition à plusieurs voix, chacun a sa place et celle, singulière, qu'occupe le juge ne devrait pas nous conduire à occulter cette dimension profondément collective de l'œuvre de justice.

Il s'agit aussi d'une invitation à revisiter le postulat, qui sous-tend parfois le désir de voir se développer la médiation comme résolution des conflits, à savoir que c'est uniquement en se tenant à distance du processus judiciaire que l'on pourra permettre aux citoyens d'être des acteurs accomplis du droit.



LA DOUBLE FACE DE L'AVOCAT MÉDIATEUR ET EXPERT EN DROIT L'EXEMPLE DE LA NÉGOCIATION D'UN CONTRAT TRANSCULTUREL DE CESSION DE DROITS D'AUTEUR

ALAIN MOREAU*

Introduction

Contrairement à des idées bien installées, non seulement la médiation n'est pas réductible à un mode de résolution des conflits ainsi que la désigne l'acronyme MARC, mais elle ouvre un large spectre d'activités qui favorisent et permettent l'émergence d'un droit négocié collectivement, même en contexte transculturel ainsi qu'il sera démontré par l'exemple choisi.

Dans cet exemple qui concerne un accord par correspondance ayant transité entre le Brésil et l'Allemagne jusqu'à trouver une solution satisfaisante tant sur le fond que sur le plan de la sécurisation juridique – garantie à chaque étape sous forme de contrat à distance ou de contrat entre absents – c'est la médiation qui a permis qu'une telle entreprise soit possible et ce sans qu'il n'y ait jamais conflit.

En outre et contrairement à une idée reçue, la présence de l'avocat qui assure sa contribution à la maîtrise des enjeux juridiques et sa transmission aux participants à la

médiation afin qu'ils prennent part entière à l'accord, n'est non seulement pas un obstacle à leur autonomie, mais la condition de la réalisation pleinement technique et finale de l'entreprise.

Nous démontrerons qu'en dépit des cultures en présence, celle des autochtones brésiliennes, celle des architectes, celle prêtée aux destinataires allemands comme celle du droit étatique, la médiation a permis de transcender les visions du monde en présence afin que chacun puisse trouver dans l'accord ce qui lui importait le plus. Il s'agit d'une manière de revenir à l'échange des volontés sans présumer ni de leur autonomie ni de leur différence de forces, mais en organisant le dialogue aux fins de trouver la solution la plus adéquate.

Dans ce cas, la médiation est le mode d'émergence du droit, qui ne va ensuite que s'insérer dans les termes techniques exigés par les articles du Code par le moyen de l'expert, termes eux-mêmes compréhensibles dans les deux pays et dans la culture des indiennes.

* Avocat, entre autres, des communautés indiennes de la réserve Kadiwéu.

I. La médiation, préalable à la possibilité d'un accord interculturel

Un conflit n'aura jamais lieu dans cette affaire. Les aspects de la médiation mobilisés sont :

1- Une médiation créatrice de liens entre personnes qui ne se connaissent pas, en vue de faire circuler des biens qui ne sont pas exclusivement économiques.

En ce sens, la médiation entre dans la logique du don, même si cette logique n'est pas exclusive d'intérêts économiques, lesquels, nous le verrons, sont aux yeux des indiennes, mineurs.

2- La médiation institue une scène de dialogue interculturel, où divers acteurs, dont l'avocat joueront le rôle de tiers.

En effet, la culture des *Kadiwéu*¹, qui est très simple et très directe, n'est pas la même que celle des architectes de São Paulo, qui ont affaire avec le Code civil du Brésil, et ces deux cultures sont encore bien différentes de la culture allemande.

3- La médiation joue enfin un rôle de prévention des conflits en amenant les parties à envisager toutes sortes de possibles et à les consigner par écrit.

Ce qui prouve le spectre large de la médiation, et le fait que les participants y prennent une place entière.

II. L'avocat, traducteur des accords pensés et passés en médiation

Il s'agit d'un contrat par correspondance qui a été construit à chaque étape dans un va-et-vient entre l'Allemagne et le Brésil.

En 1997, après la réunification de l'Allemagne et le transfert de la capitale à Berlin, cette ville avait décidé de restaurer une partie d'un quartier ouvrier à l'est de Berlin, dénommé Hellersdorf, bâti de façon assez rudimen-

taire, sous le régime socialiste. La WoGeHe² fut chargée de cette restauration, concernant au départ un ensemble d'immeubles avec 10 000 appartements. D'abord furent consultés les résidents qui choisirent une rénovation dans le style Sud-américain. La WoGeHe fit un appel d'offres à une cinquantaine de bureaux d'architecture. Trois furent finalistes, un bureau de Buenos Aires, un autre de Belo Horizonte, et le troisième de São Paulo.

Ce dernier gagna parce que, entre autres, il avait proposé de décorer certains couloirs d'accès avec des carrelages dessinés par des indiennes Kadiwéu, du centre-ouest du Brésil, dont il ne connaissait les dessins que par certains livres.

Si ces dessins étaient copiés, les architectes devraient s'entendre avec les auteurs et avec les éditeurs, pour les droits d'auteur de ces livres. C'est pourquoi, il leur fut proposé d'organiser un concours avec les indiennes pour obtenir de nouveaux dessins.

La WoGeHe proposa aux artistes Kadiwéu un prix de 20 000 D Marks, environ 10 000 euros, pour les 6 meilleurs dessins.

C'était le premier moment du contrat par correspondance.

La médiation commença au village principal des Kadiwéu. Les indiennes artistes, dont la spécialité traditionnelle est la céramique, se réunirent en assemblée générale de leur association, et un professeur Kadiwéu du village fut le rédacteur du procès-verbal écrit directement dans le livre des assemblées de l'association.

La première réaction des indiennes fut déjà surprenante. Elles décidèrent que le prix proposé serait distribué entre toutes les artistes qui voudraient participer au concours.

En effet, elles considérèrent que le prix de 20 000 D Marks était symbolique, et elles exigèrent de plus de la

1 Population autochtone du Brésil dont le territoire se situe sur la rive gauche du fleuve Paraguay.

2 La WoGeHe signifie Wohnungs Gesellschaft Hellersdorf. En Français, société de construction d'habitations de Hellersdorf qui a rénové une partie du quartier selon le choix des habitants en style brésilien.

WoGeHe, au risque de perdre l'offre des 20 000 D Marks, que la WoGeHe invite les 6 gagnantes à faire un voyage d'échange culturel à Berlin.

L'extrait de ce procès-verbal, envoyé aux architectes à São Paulo, constituait le deuxième moment du contrat.

Le bureau d'architecture transmet le procès-verbal à la WoGeHe, qui finalement accepta cette exigence supplémentaire, ce qui constitua le troisième et dernier moment du contrat, qui était ainsi conclu.

Les architectes préparèrent alors 300 feuilles de papier spécial de la taille des carrelages, 3 pour chacune des candidates, plus une série de stylos feutre en 5 couleurs pour chacune.

Elles devaient donc préparer chacune 3 dessins en 48 heures. À la fin il y eut 272 dessins faits par 92 indiennes.

Ces dessins furent envoyés à São Paulo, où les architectes choisirent les six qui, à leur tour, furent envoyés à Berlin.

Finalement les carrelages furent fabriqués à 50 000 exemplaires. La réfection du *Gelbes Viertel*, du quartier jaune, à Hellersdorf dura un peu plus d'un an.

Les six indiennes accompagnées à ce moment-là de trois nourrissons firent le voyage, virent le quartier rénové et donnèrent leurs impressions sur le travail achevé, par le moyen d'interprètes, à trois chaînes de télévision et à deux journaux. Quelques façades furent mêmes décorées avec leurs carrelages, formant un mouvement de haut en bas en fonction de la répétition des formes abstraites.

III. Les droits d'auteur

En ce qui concerne les droits d'auteur, il s'agissait d'un effort juridique d'une autre nature et d'une autre ampleur. D'une part les 92 artistes, avant de faire leurs dessins, s'étaient mises d'accord pour transférer tous les droits à leur association, l'ACIRK, et cela pour éviter que les dessins non gagnants ne soient vendus à bas prix.

D'autre part, la loi brésilienne, pour protéger les droits d'auteur, exige qu'un exemplaire de chaque dessin soit déposé auprès de l'*École nationale des beaux-arts* à Rio

de Janeiro, fondée par Nicolas de Taunay, de la mission Française, vers 1820.

Cependant cette école avait toujours refusé le dépôt d'ouvrages d'Indiens du Brésil. On prétendait qu'il ne s'agissait pas d'œuvres d'individus mais de membres d'une culture déterminée. Or le Brésil ne reconnaît pas les droits d'auteur collectifs.

Il s'agirait plus précisément, pour l'*École des beaux-arts*, d'artisanat et non pas d'œuvres d'art. De plus, il aurait fallu, pour la demande de dépôt, d'une autorisation de la FUNAI, la *Fondation nationale pour les Indiens*, qui n'avait pas été demandée parce que celle-ci avait déclaré qu'elle voulait un pourcentage sur le profit de la vente des dessins.

Les avocats de l'ACIRK durent faire plusieurs voyages à Rio, la direction de l'*École nationale des beaux-arts* finit par accepter qu'il s'agissait d'œuvres d'art puisque les dessins étaient tous originaux, différents et abstraits. Et les conseillers juridiques de l'école tranchèrent la question de l'autorisation de la FUNAI en déclarant que si les indiennes étaient organisées au point d'avoir participé à la création de leur association, l'ACIRK, et lui avaient transféré d'avance les droits d'auteur, elles étaient dispensées d'autorisation.

Chacun des 272 dessins fut déposé et reçut un certificat contenant une miniature du dessin, daté et numéroté, et dûment signé.

Conclusion

Les Indiennes, artistes, maîtrisent totalement, au moment de leur assemblée générale, ce qu'elles veulent, et accordent leur préférence à l'échange interculturel.

L'avocat leur rappelle le besoin de faire figurer toutes leurs exigences sur le procès-verbal, rien ne pourra être ajouté après.

Voilà le montage technique de ce contrat par correspondance et sa sécurisation étape par étape.

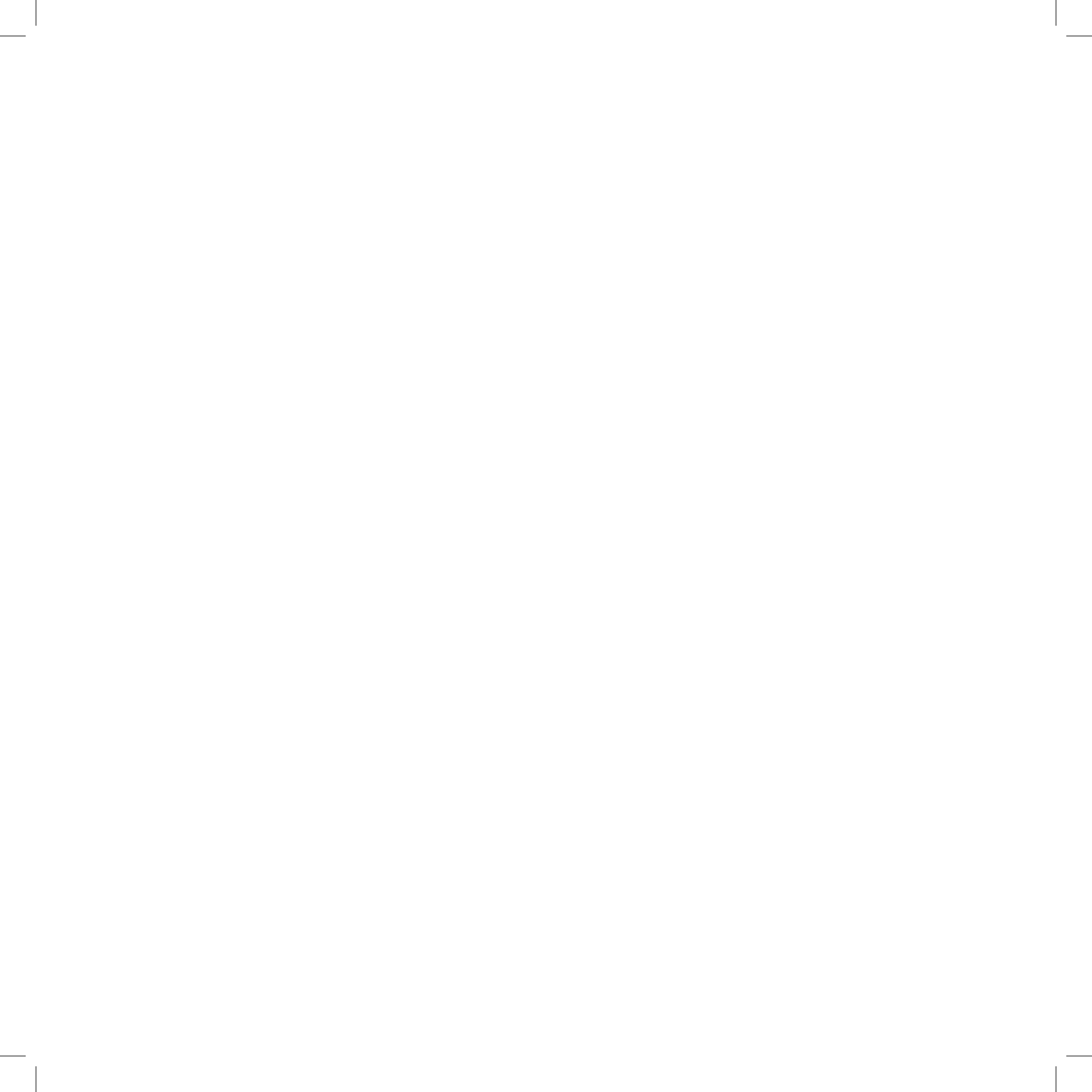
Ce contrat obéissait rigoureusement aux exigences du Code civil Brésilien concernant le contrat par échange de lettres, qui depuis 2002 est devenu le contrat entre

absents, et à celles de la loi allemande concernant le contrat par correspondance.

Le fond de l'accord comme la forme permettant sa sécurisation préviennent toutes sortes de conflit, ce qui n'empêche pas que la médiation, bien qu'invisible et souvent informelle, a été prépondérante dans l'émergence de l'issue de ce contrat.

De même on peut dire que le contrat prévient le conflit.

LA COEXISTENCE ENTRE INSTITUTIONS CONCURRENTES : DÉFIS ET LIMITES



ANTHROPOLOGIE, DROIT ET MÉDIATION AU BRÉSIL : UN CHAMP DIALOGIQUE EN CONSTRUCTION

ANA LÚCIA PASTORE SCHRITZMEYER*

« Si nous souhaitons être capables de juger avec largesse, (...), nous devons être capables de voir largement. (Geertz, 2001 : 85) »

1. Remarques sur la diversité et la médiation culturelle

Les thèmes de la diversité et de la médiation inter et intraculturelles, sont devenus toujours plus centraux pour l'anthropologie, particulièrement au cours de ces dernières décennies, car, en se penchant sur les thèmes de l'hétérogénéité entre et à l'intérieur des groupes, l'anthropologie a dû, inévitablement, prendre la mesure de ces contacts qui se prétendent non destructifs mais dépendent d'articulations constantes entre les acteurs sociaux, y compris avec les anthropologues eux-mêmes lorsqu'ils sont sur le terrain.

* Professeur au Département d'Anthropologie de l'Université de São Paulo, Brésil, où elle coordonne le NADIR – Centre d'Anthropologie du Droit. Chercheur senior du Centre d'Études de la Violence de l'Université de São Paulo (NEV-USP).

L'un des thèmes les plus brûlants de l'anthropologie et de la politique contemporaine est précisément celui des défis qu'impliquent la reconnaissance et l'évaluation partagée des différences, responsables à la fois de rapprochements et d'éloignements entre groupes, car il semble faire consensus que si nous étions prêts à relever de tels défis, nous pourrions espérer rendre ces différences commensurables et négociables.

Bien que lors de son avènement, sur les scènes métropolitaines européennes et nord-américaines, l'anthropologie se soit positionnée comme l'un des savoirs les plus aptes à expliquer la diversité culturelle, s'organisant à partir de stades évolutifs dont l'apogée représentait les valeurs hégémoniques de ce même scénario, d'autres modèles de la variété humaine ont rapidement vu le jour à l'intérieur du courant anthropologique.

D'autres se sont fondés sur des hypothèses universelles et transcendantales (structures, archétypes, grammaires souterraines) alors que d'autres encore se sont basés sur des particularités, idiosyncrasies et incommensurabilités (Geertz, 2001 : 68), mais tous se sont accordés à considérer que les comparaisons entre cultures constituaient un exercice ardu et périlleux.

Actuellement, en plein “processus de battage” des identités, où les “frontières sociales et culturelles coïncident chaque fois moins” (*idem*: 70-71), le défi semble d’échapper, théoriquement et politiquement, tant à un ethnocentrisme exacerbé (ou narcissisme moral), qu’à un relativisme radical (ou entropie morale), garantissant, ainsi, ce que Lévi-Strauss a appelé l’*optimum de diversité* (Lévi-Strauss, 1973 : 332).

Les “collages” identitaires postmodernes, selon Geertz, qui minimisent apparemment les asymétries morales entre “nous” et les “autres”, et nous font croire que nous sommes tous très cosmopolites, sont en réalité loin de célébrer les différences ou même les indifférences face à «l’étranger». D’ailleurs, pour Geertz, aussi bien les célébrations, comme celles contenues dans les discours de l’UNESCO, que les indifférences apathiques, ou bien encore le culte des héros provinciaux et la diabolisation des ennemis étrangers (qu’il considère dominante dans le monde d’aujourd’hui) dénotent d’une incapacité à élargir l’imagination et les sentiments, la contribution que l’anthropologie peut donner à l’ensemble des réflexions sur la diversité résidant exactement en une tentative d’inverser cette incapacité.

En accord, donc, avec Geertz, je considère que l’ethnographie est - ou peut être - facilitatrice de médiations culturelles. » Il ne s’agit pas pour nous de nous aimer les uns les autres ou mourir (...). Le travail de l’ethnographie, ou tout au moins l’un d’entre eux, est de proposer, comme l’art et l’histoire, des récits et des trames pour rediriger notre attention. (...) Si nous souhaitons être capables de juger avec largesse, (...), nous devons être capables de voir largement. «(Geertz, 2001 :81, 82 et 85).

Ceci implique de dire que, bien que les sentiments, les pensées et les jugements soient socialement construits, basés sur des expériences de vie spécifiques, la portée des catégories de la pensée, exprimées au travers du langage, ne doit pas se borner au vécu immédiat, puisque nous pouvons imaginer la vie par-delà de ce que nos sens perçoivent immédiatement. Les ethnographies, tout comme d’autres

formes narrativo-imaginatives, peuvent aider à élargir les espaces intellectuels, affectifs et moraux, nous proposant d’autres combinatoires sémantiques qui ne sont pas obscurcies par des lacunes ni par des asymétries entre « nos combinatoires » et celles « des autres ». Mettre en évidence des différences et asymétries ne revient pas à être en accord avec elles ou à les détruire, mais à les prendre en compte pour penser mieux.

Voici le scénario ample et à peine ébauché dans lequel je pense qu’il est possible de situer les débats anthropologiques actuels lorsque l’on fait référence au thème de la diversité et des médiations culturelles. Il convient sans doute de développer d’innombrables détails, mais puisque le champ spécifique de ce texte est d’aborder les relations entre justice étatique et processus de médiation, je m’attacherai à un point de vue spécifique (le Brésil) afin d’évaluer d’autres aspects qui me paraissent pertinents.

2. Droit, anthropologie et autres logiques en tension dans le domaine académico-politique brésilien

Parmi les pièces enregistrées les plus anciennes concernant les contacts culturels au Brésil figurent les documents produits par ceux qui furent connus comme auteurs d’une littérature pré-ethnographique. Il s’agit de récits de voyageurs (lettres, journaux, comptes-rendus) élaborés entre les XVI^e et XIX^e siècles, par des missionnaires, commerçants, explorateurs, militaires, scientifiques et administrateurs coloniaux.

Bien que ces documents semblent, au premier abord, distants des actuels collages identitaires postmodernes déjà évoqués, car chez eux la voix narrative montre clairement les frontières entre « nous » et « eux », nous avons, dans l’ensemble de ces textes, plusieurs narrateurs se disputant des interprétations concernant divers groupes indigènes à partir de positions de pouvoir liées à plusieurs instances hégémoniques du Brésil colonie, empire et république. Les registres de tels contacts indiquent-ils des situations de médiation culturelle? Y a-t-il eu formation de « codes par-

tagés» entre les indigènes et les agents avec lesquels ils ont été en contact ?

Un recueil d'articles d'anthropologues, lancé il y a quelques années au Brésil, aborde exactement ces questions. Les auteurs, se basant sur des sources documentaires produites par des missionnaires jésuites qui se rendirent dans ce pays au XVI^e siècle, amènent au cœur du débat

(...) la façon dont le missionnaire communique avec la différence des natifs – comment celui-ci imagine qui est le natif, ce qu'il pense et comment il incorpore certains modes interprétés comme natifs; en essayant de décrire en parallèle comment le natif s'approprie en partie certaines de ces représentations de soi et du missionnaire (Montero, 2006: 25).

L'un des débats suscité par ce recueil est de savoir s'il existait, de fait, une volonté commune de communication et d'échange d'expériences, ce qui aurait permis des apprentissages réciproques de codes dissonants, ou si la prétention universaliste des missionnaires chrétiens était unilatérale et sans rencontrer d'équivalent dans les logiques indigènes, ces dernières se distinguant des catégories « moins portées à la généralisation » (Montero, 2006: 26, 55 e 56). Selon un des auteurs de ce recueil, ce qui semble avoir eu lieu est « (...) une rencontre entre deux logiques bien distinctes : l'une inclusiviste et universaliste, l'autre, différentielle et oppositionnelle », ce qui nous amène à nous questionner sur le fait qu'il y ait eu ou non « (...) une production de codes partagés du point de vue des deux parties intéressées ou seulement de celui des missionnaires » (Dullo, 2006: 793). Après tout, y a-t-il eu médiation ou imposition culturelle ?

Dans le cas des contacts analysés au travers de ce recueil, on doit également se demander si les sources documentaires, produites par les missionnaires, permettent aujourd'hui à l'anthropologue qui les étudie, d'y capter des perceptions indigènes ou seulement celles que les missionnaires eux-mêmes avaient des indigènes. Question qui, cela dit en passant, n'est pas sans rappeler celle que les anthropologues se posent, ces dernières décennies, à propos des textes ethnographiques eux-mêmes: sont-ils, aussi dialoguistes qu'ils le prétendent, ou davantage le fruit d'une

logique scientifico-anthropologique inclusiviste et universaliste plutôt qu'aptés à atteindre et communiquer d'autres logiques différentielles et oppositionnelles ?

Enfin, et ce qui nous intéresse le plus dans ce débat, est l'idée que parler de médiation culturelle implique de revendiquer, pour toutes les parties intéressées, une capacité de symbolisation et de compréhension de l'*Autre* à partir de *Soi* et vice-versa. Toutefois, afin d'évaluer jusqu'à quel point ces capacités produisent des interactions effectives et des échanges et non de simples impositions unilatérales, il faut s'immerger, à profondeur égale, dans les différents univers symboliques, car, sinon, il est impossible d'évaluer les divers modes de « négociation de la réalité » ni les valeurs qui sont attribuées à la négociation par les divers protagonistes. De ce point de vue, les sources choisies ne sont pas sans pertinence, car elles sélectionnent des voix, des perspectives et des logiques, aussi bien dans les récits des missionnaires que dans les ethnographies d'aujourd'hui, ou encore, principalement, dans des situations qui impliquent la production de rites et de documents judiciaires.

Avant de poursuivre cette réflexion, voici quelques considérations sur l'organisation, passée et présente, du domaine de production de ces rites et documents judiciaires au Brésil, surtout à la lumière de leurs relations avec l'anthropologie, en présupposant qu'aussi bien celle-ci que le droit soient constitués de codes et de catégories de pensées qui empiètent sur d'autres domaines, d'autres codes et catégories, dans des querelles interprétatives à l'intérieur du champ académo-scientifique.

Quel genre de rencontres y a-t-il eu entre l'anthropologie et le droit au Brésil? Est-ce que de nos jours, une *anthropologie du droit* joue aussi bien un rôle de médiation dans l'univers académique (entre savoirs anthropologiques et juridiques) qu'en ce qui concerne les conflits sociaux sur lesquels l'anthropologie et le droit se penchent ?

Présentons brièvement la mise en place des Facultés de Droit au Brésil au XIX^e siècle. D'après plusieurs chercheurs, l'histoire de ses facultés peut être divisée en deux

phases : à partir de l'indépendance (1822²) et à partir des changements déclenchés en 1930.

Il n'y a pratiquement aucun désaccord sur le fait que, lors de la première phase, l'objectif des facultés était de former une élite intellectuelle, administrative et politique pour ce pays récemment émancipé de sa condition de colonie. S'il y a eu médiations dans ce scénario (et elles ont dû être nombreuses, à l'intérieur des élites), elles ont essentiellement eu lieu entre médecins et juristes, d'une part, et entre secteurs liés à l'esclavagisme et à la monarchie, de l'autre. S'appuyant sur un mélange basé sur trois modèles théoriques – le libéralisme, le darwinisme social et l'évolutionnisme, issus respectivement de la philosophie politique, de la sociologie et de l'anthropologie européennes de l'époque, les intellectuels essayaient d'expliquer comment le Brésil pourrait être une république viable, bien que racialement mixte (Schwarcz, 1993 : cap. 5).

Dans le Brésil du début du XX^e siècle, le positivisme a envahi les facultés de droit, devenant synonyme de connaissance et de voie souhaitable pour la bonne marche des politiques publiques, même celles d'assainissement et d'hygiène, d'où ont surgi les premières thèses sur la pauvreté et la folie dans les facultés de droit et de médecine. Il n'existait aucun espace, dans les domaines médicaux et juridiques, pour envisager des différences, sauf pour les penser en termes de retards devant être contenus, transfigurés ou même extirpés. D'innombrables expressions culturelles, comme les complexes systèmes de parenté indigènes, africains et ruraux, le riche panthéon des religions d'origine afro, ainsi que les formes alternatives de faire de la politique sans pouvoir centralisé étaient à peine perçues, et, quand elles l'étaient, c'était pour être taxées d'arriérées car elles devaient être surmontées. (Schritzmeier, 2004, cap. 2³). Il convient cependant de rappeler que ce même évo-

lutionnisme hégémoniste a également osé affirmer *l'unité psychique* de tous les groupes humains, surmontant par exemple, des questions liées à l'animalité des aborigènes et des noirs qui, au XIX^e siècle encore, selon certains penseurs, se trouvaient à la frontière de *l'humanité* (Carneiro da Cunha, 1986).

L'anthropologie évolutionniste, donc, si elle s'accordait d'un côté avec des politiques idéalement égalitaires, bien que hiérarchisantes dans leurs pratiques, laissait au droit la problématique de faire face à une *humanité* composée de groupes très divers.

Comment appliquer des droits universels à des humains si différents? En imposant aux «attardés» des normes qui les conduiraient au «progrès»? En respectant leur stade «d'évolution» et en attendant leur «élévation»? En intervenant ou en protégeant? En formulant des lois universelles et en les appliquant sévèrement aux «moins adaptés à la socialisation»? Ou bien encore en interprétant comme circonstances atténuantes les «limitations culturelles des plus attardés»?

Les formules pouvaient changer et le doute exister, mais il n'y avait aucun espace permettant des médiations culturelles entre les représentants de l'État et ceux qui n'entraient pas dans le nouvel ordre. Les médiations avaient lieu au sein des élites elles-mêmes ou informellement dans les rues ou les espaces familiaux où se rencontraient et que partageaient des brésiliens de langues, de couleurs et de logiques très distinctes.

Après 1930, bien que certains changements importants aient marqué une nouvelle évolution des facultés de

entre 1900 et 1990. N'importe quelle pratique de soin ésotérique entrant en concurrence avec la médecine officielle et les dogmes de la religion catholique, même si elle n'entraînait aucun dommage réel pour la santé de quiconque, était caractérisée de «crime contre la santé publique» et de «retard culturel». Toute dissonance en relation à ce qui était considéré comme «évolué» était objet de persécution et, pour définir l'évolution, on sollicitait l'aide théorique de l'anthropologie évolutionniste et du positivisme.

2 Immédiatement après la proclamation de l'indépendance, il a été débattu à l'Assemblée Constituante et Législative, de la fondation d'universités et de cours juridiques. Le 11 août 1827, furent créées les facultés de Droit de São Paulo et d'Olinda.

3 Dans mon mémoire de Master II, j'ai analysé la manière dont les magistrats jugeaient des accusés de charlatanisme et de curandérisme

Droit au Brésil, notamment avec la création de l'OAB⁴, les réformes qui prirent tournure furent marquées par la continuité d'une posture théorique évolutionniste. Aussi bien dans les contenus du cursus que dans la politique étudiante, les principales voies de « sortie » imaginées par un Brésil « encore métissé et en retard » étaient des réformes uniformisantes, modélisantes et de contrôle de la part d'un État libéral conservateur (Adorno, 1988). Ce fut le début d'un rendez-vous académico-politique raté entre anthropologie et droit, qui allait durer des décennies et que l'on retrouve, aujourd'hui encore, dans les cursus de la plupart des cours de licence en droit du pays, ainsi que dans les pratiques des professionnels du domaine.

Dans les années 1930, les références théorico-anthropologiques de la fin du XIX^e siècle étaient encore en vogue dans les facultés de droit et les tribunaux, alors qu'elles étaient déjà franchement dépassées dans les milieux académiques européens et nord-américains, au sein desquels prédominaient des modèles explicatifs culturalistes, relativistes et dialogiques contraires à la posture juridicomonologiste de recherche de « vérités » et de classifications universelles. L'anthropologie des pays d'Europe centrale rompait avec les hiérarchisations classificatrices, alors que le droit brésilien cherchait encore à les améliorer.

En sautant abruptement à la fin des années 1980, ce qui implique de laisser de côté les régimes autoritaires connus par le Brésil et les forts impacts qu'ils représentèrent pour ses lois et ses institutions, le processus de re-démocratisation politique brésilien a ouvert un espace à un débat public multi niveau, qui a trouvé dans les sciences sociales en général, et l'anthropologie en particulier, ainsi que parmi des groupes bien spécifiques de professionnels du droit, un terrain fertile au développement de réflexions sur la diversité, les particularités et l'importance de se libérer des déter-

minismes face aux différences ethniques, de genres, d'âges et d'origines socio-économiques.

Durant les vingt dernières années du XX^e siècle, nous avons assisté à une explosion – tant quantitative que qualitative – des recherches centrées non seulement sur les « minorités » comme elles sont appelées, mais également sur les élites, et parmi celles-ci, celles qui produisent le droit étatique. À partir des années 1990, parmi les principaux programmes des 3^e cycles en anthropologie, on compte des lignes de recherche en anthropologie du droit, ceci se produisant également dans les programmes de troisième cycle et dans des centres d'études multidisciplinaires dans lesquels beaucoup de recherches se situent à l'interface entre sciences sociales, droit et État⁵.

À travers le « prisme des sciences sociales » l'analyse de la formation et des pratiques des professionnels du droit s'est banalisée et certains de ces professionnels à leur tour ont utilisé ce « prisme » pour évaluer les institutions juridiques dans lesquelles ils pratiquaient. Ceci constitue, sans aucun doute, l'un des points de rencontre entre l'anthropologie et le droit au Brésil au tournant du XX^e avec le XXI^e siècle. Rencontre néanmoins très différente de celle du siècle antérieur, puisqu'en plus d'avoir, très récemment, un mouvement caractérisé par l'anthropologie considérant le droit comme objet d'étude, nous observons, graduellement, des professionnels du droit qui recherchent l'anthropologie non plus seulement comme un domaine simplement auxiliaire, mais comme un interlocuteur privilégié (Schritzmeyer, 2010).

Ces dernières années, il est de plus en plus fréquent de voir certains membres de la magistrature brésilienne utiliser des modèles de recherches anthropologiques⁶, comme bases théoriques à leurs décisions judiciaires, et, en ce qui

4 L'Ordre des Avocats du Brésil a été créé après la Révolution de 1930, par le décret n° 19.408 du 18/11/1930, et garantissait à cette institution le monopole de la représentation et de la régulation de l'exercice du droit dans le pays.

5 C'est le cas, par exemple, du Centre d'Études de la Violence de l'Université de São Paulo (NEV-USP), fondé à la fin de 1980.

6 Certains magistrats de l'État du Rio Grande do Sul, comme Roberto Lorea, titulaire d'une maîtrise et d'un doctorat en anthropologie sociale, ont réalisé de véritables rencontres entre l'anthropologie et le droit dans leurs jugements; la même chose pouvant être dite de Roger Rapp Rios, autre juge gaúcho qui a beaucoup collaboré avec les

concerne la démarcation des terres indigènes et des vestiges des quilombos, les anthropologues sont devenus des acteurs-clé, particulièrement lorsqu'il s'agit d'élaborer des rapports d'expertises.

Enfin, l'anthropologie que le droit brésilien a découvert en ce XXI^e siècle ne permet plus de se bercer d'illusions positivistes, car il s'agit d'une anthropologie symbolique, herméneutique, fortement imprégnée par la sémiotique et la linguistique, encline à penser que les discours sont producteurs d'effets véritables et que pouvoir et politique infiltrent les mailles les plus fines de tous les tissus sociaux. C'est une anthropologie dont les facettes se rapprochent de la philosophie de Foucault et de Deleuze, aussi bien que de la psychanalyse. Une anthropologie produisant, en outre, des lignées postmodernes qui atteignent les limites de certains questionnements sur les possibilités de la méthode scientifique, ses principes et son objectivité, la systématisation des données et les imbrications entre sujet et objet du savoir. Les textes anthropologiques eux-mêmes se voient considérés comme des formes narratives, imprégnées des influences du contexte vécu par leurs auteurs et des forces politico-académiques en recherche de légitimité (Geertz, 2002), donc, fruits d'incessantes « médiations sur le terrain ».

C'est dans ce contexte que se sont multipliés les débats sur la médiation culturelle, la médiation judiciaire, extrajudiciaire et les contributions des anthropologues, également au sein d'institutions gouvernementales, face aux demandes issues des groupes ethniques les plus divers, religieux, de genre et d'âges pour la reconnaissance de ce qu'ils considèrent comme des « droits ».

Passons donc à l'analyse de quelques cas illustrant les facettes de ce contexte.

3. Deux cas emblématiques de tentatives de médiation culturelle

Lors d'une discussion sur l'« Anthropologie, le Droit et la Violence Sexuelle », à l'invitation des « *Catholiques pour le Droit de Décider* »⁷, j'ai entendu les questionnements de chefs communautaires travaillant avec des groupes indigènes qui s'interrogeaient sur la manière dont ils devaient agir face aux coutumes des natifs en matière de contrôle de natalité, qui, à leurs yeux mettaient la santé des femmes en danger. Ces interrogations me renvoyèrent immédiatement au cas des indiens Tapirapé et des *Petites Sœurs de Jésus*, analysé par l'anthropologue Roberto Cardoso de Oliveira :

(...) avec quels critères (d'objectivité), pourrait-il [l'anthropologue] agir – en tant que citoyen et technicien – dans la rencontre entre deux cultures différentes, surtout quand les sociétés porteuses de ces cultures gardent entre elles des relations profondément asymétriques, caractérisées par la domination de l'une sur l'autre. Et ce qui est moralement grave est que lui, en tant qu'anthropologue, est citoyen de la société dominante. (...) Par exemple, l'infanticide pratiqué par les Tapirapé jusqu'à son éradication dans les années 50 par les *Petites Sœurs de Jésus* est-il acceptable? Les Tapirapé possédaient tout un argumentaire pour ne pas laisser survivre le quatrième enfant, (...) De leur côté, les missionnaires (...) ne pouvaient pas accepter passivement une coutume qui détruisait une vie. (...) Deux morales, deux éthiques? Oui, toutes deux parfaitement rationnelles (...) Comment se comporter dans la pratique dans une situation de ce type? (...) La solution aux incompatibilités culturelles, notamment d'ordre moral, nées de rencontres interethniques, serait-elle dans le dialogue? (Cardoso de Oliveira, 1996: 8-9)

Voici la question centrale qui me semble être directement liée au thème de la médiation culturelle: comment dialoguer en situations de fortes asymétries?

anthropologues dans des recherches dans le domaine du genre et de la sexualité (Loréa, 2006 et Rios, 2006).

7 1^{er} Séminaire National Violence Sexuelle dans l'Église Catholique, São Paulo/SP, 11/09/2004. Ce groupe de femmes, bien que catholiques, s'oppose à diverses déterminations de l'Église Catholique Apostolique Romaine, comme l'interdiction de l'avortement et de l'utilisation des contraceptifs.

Dans le cas de l'infanticide parmi les Tapirapé, les *Petites Sœurs* ont mis en avant, dans le contact avec les indigènes, une argumentation démographique et non pas religieuse pour justifier la nécessité d'avoir plus de trois enfants, puisque leur population était très réduite. Il semble que cette argumentation ait porté ses fruits et pris en compte tant les intérêts du groupe indigène que ceux du groupe religieux. La question qui persiste est celle de savoir s'il y a eu là une pratique de médiation culturelle, c'est ce que Roberto Cardoso nomme une *fusion d'horizons*. Certains considèrent que Roberto Cardoso ne relate ce cas qu'à partir de la logique des *Petites Sœurs* et de la sienne propre, sans fournir d'éléments de compréhension à partir de la logique Tapirapé, du comment et du pourquoi les indigènes adhèrent à la cessation des infanticides. Une telle critique présente ce type de récit davantage comme une *Sociologie du Brésil Indigène*⁸ que comme une anthropologie des Tapirapé. Il s'agit d'une critique du même ordre que celle faite au début de ce texte concernant le fait de savoir si les documents produits par les missionnaires chrétiens permettent, aujourd'hui, de conclure à l'existence d'une « (...) production de codes partagés du point de vue des deux parties, ou seulement de celui des missionnaires » (Dullo, 2006 : 793).

Dans certains textes des années 1990, Roberto Cardoso de Oliveira aborde, d'une autre manière, le même thème, se posant la question de savoir si une *éthique valable à l'échelle planétaire* est possible, et s'interrogeant également sur la moralité en tant qu'objet susceptible d'une investigation anthropologique. « (...) comment juger les actes d'un individu appartenant à une autre société, et qui a été guidé dans son action par des valeurs propres à sa culture ? Il est évident qu'il n'incombe pas à l'anthropologue de juger – ceci est la fonction des juges et des moralistes, mais aussi de l'homme commun qui, immergé dans son quotidien, est toujours amené à juger tout et n'importe quel acte (le sien ou celui d'autrui) comme moyen d'orienter son propre comportement. Mais l'anthropologue (...), dans l'exercice

de son *métier*, aura toujours pour objectif la recherche du sens du fait moral, sa compréhension (...). Je considère, de ce fait, important de revenir sur la question de la moralité, (...), susceptible d'être objet d'une investigation anthropologique » Cardoso de Oliveira, 1994 : 111).

Travaillant spécifiquement à la frontière entre philosophie et anthropologie, s'appuyant sur la tradition herméneutique critique de Karl-Otto Appel et les idées de Jürgen Habermas, Roberto Cardoso traite de thèmes comme le relativisme et l'ethnocentrisme, faisant usage de concepts tels que « l'éthique discursive » et la « communauté de communication et d'argumentation », car il estime qu'elles enrichissent de façon importante les réflexions sur l'existence possible d'une *anthropologie des droits humains* ou de ce que nous pouvons peut-être appeler une *anthropologie de la médiation culturelle*.

Lorsqu'il évoque plus spécifiquement les relations entre les concepts de culture, de moralité et de légalité, Roberto Cardoso considère qu'elles renvoient à des dimensions sociétales distinctes, bien que « en accord avec Simmel, (...) il existe un *continuum* entre le pôle de la moralité et le pôle de la légalité, la coutume se situant entre chacun » Cardoso de Oliveira, 1994 : 114). De là provenant selon lui, l'inévitable tension entre des valeurs nationales hégémoniques et d'autres, spécifiques et non hégémoniques.

Justement, s'agissant du cas de l'infanticide parmi les Tapirapé et des agissements des *Petites Sœurs de Jésus* pour endiguer cette pratique, Roberto Cardoso propose une réflexion sur la possibilité d'établir des *relations interethniques* dialogiques au sein d'États officiellement uni-ethniques. L'idée étant que les horizons moraux sont anthropologiquement mesurables, dès lors que l'on ne radicalise pas un relativisme culturel qui rendrait impossible n'importe quel dialogue visant l'obtention d'accords.

Répondant à ses propres questionnements, Roberto Cardoso conclut que les jugements de valeur, lorsqu'ils sont des normes sujettes à l'argumentation rationnelle, peuvent être négociés au sein des communautés, entraînant des relations dialogiques. Ainsi, lorsqu'il existe des horizons

8 Titre d'un autre livre de Roberto CARDOSO de OLIVEIRA, *Rio de Janeiro*, Ed, Tempo Brasileiro, 1972.

qui s'affrontent, il considère qu'il est possible de parvenir à des accords ou à une *fusion des horizons*, bien que dans de multiples cas de relations interethniques cet objectif soit visé, sans succès.

Afin d'illustrer un exemple de situation désastreuse, il narre le cas d'un fonctionnaire de l'ancien *Service de Protection à l'Indien* (SPI) ayant aidé un indigène Tükuna (du haut Fleuve Solimões) à se marier avec sa filleule, car, bien que pour les Tükuna ils appartiennent à une même moitié exogamique, impliquant une union incestueuse et interdite, pour le fonctionnaire le couple n'avait aucune relation de parenté. Comme le rapporte Roberto Cardoso, les deux conceptions de parenté, celle des Tükuna et celle du fonctionnaire, engendrées par des champs sémantiques différents, se sont heurtées. La conséquence de ceci ayant été un « mariage par la fuite », rendant impossible le retour du couple incestueux au sein de la communauté où dans un autre lieu habité par les Tükuna. Ils vivent aujourd'hui [ou vivaient à l'époque] comme des *lumpens* à proximité [de la ville] de Benjamin Constant (Cardoso de Oliveira, 1994 : 116-117). L'auteur conclut que ce cas « reflète l'absence d'une quelconque communauté de communication en tant que préalable à l'exercice du dialogue » (*idem* : 117).

Avons-nous, aujourd'hui, dans le domaine du Pouvoir Judiciaire brésilien, quelque chose que nous puissions appeler une « communauté de communication » susceptible d'offrir des conditions de dialogue entre les logiques distinctes en jeu, les tribunaux se caractérisent-ils comme un espace viable pour l'exercice de médiations culturelles ?

4. Recherches récentes sur la médiation, la conciliation et la négociation dans le Judiciaire brésilien

Il existe bon nombre de recherches récentes, au Brésil, se penchant sur l'analyse des formes de résolutions consensuelles de conflits, qu'elles soient judiciaires ou extrajudiciaires.

Il convient de souligner, bien que très schématiquement, que l'arbitrage, la conciliation et la négociation, en sus

de la médiation, sont considérés comme étant des *méthodes alternatives* de résolution des conflits et que, parmi eux, il existe dans les pratiques judiciaires et extrajudiciaires brésiliennes des zones de non-différentiation, bien qu'il y ait des tentatives pour les distinguer.

C'est seulement à partir des années quatre-vingt-dix que l'on voit apparaître dans le pays des entités chargées de la pratique et de la systématisation de la théorie de la médiation, le premier Projet de Loi (n° 4.827) parlant de la médiation de conflits, et disposant dans son article 3°, que la médiation *pourrait être judiciaire*, datant de 1998. Néanmoins, ce que serait un institut de « médiation judiciaire » étant trop vaguement évoqué, il est nécessaire, selon certains, de réglementer le thème de manière correcte.

L'arbitrage, réglementé par la Loi 9.307 de 1996, est considéré comme la méthode à travers laquelle les parties soumettent la résolution de leurs litiges à un tiers, choisi par elles-mêmes, qui décide en accord avec la loi. Cette décision doit être acceptée par les parties, puisqu'un compte-rendu arbitral a force de titre exécutif judiciaire. Certains considèrent que l'arbitrage est le plus adéquat dans les conflits nécessitant des connaissances techniques très spécifiques pour leur résolution.

Alors que pour la conciliation, on considère la recherche d'un accord comme point central, la controverse prenant fin au travers de concessions mutuelles entre les parties. Le conciliateur peut suggérer des solutions, il peut opiner, à l'inverse du médiateur dont l'objectif, en principe, est de faciliter le dialogue pour que les parties elles-mêmes aboutissent à une solution. En l'absence d'accord pendant la conciliation, on considère qu'elle a échoué, alors que l'on considère qu'une médiation est un succès même lorsqu'elle n'aboutit pas à un accord, il suffit que le médiateur ait facilité la communication entre les parties et éveillé la capacité réciproque de compréhension.

La négociation est définie comme une forme de résolution d'un litige où les parties elles-mêmes trouvent une issue sans la participation d'un tiers, donc sans négociateur externe, les parties étant les seuls acteurs de la négo-

ciation. Certains suggèrent que la médiation est, donc, une espèce de *négociation assistée*.

Face à l'étendue de la gamme des conflits intersubjectifs et intergroupaux, la médiation, surtout judiciaire, est considérée comme étant la plus adéquate dans le cadre des conflits au sein desquels les parties ne souhaitent pas totalement suspendre les relations, puisqu'elles sont continues, comme c'est le cas des familles, des relations d'entreprises, travaillistes et de voisinage. L'idée est que la médiation, puisqu'elle est une méthode consensuelle de résolution de conflits, tendant vers la facilitation du dialogue entre les parties pour qu'elles gèrent mieux leurs problèmes et réussissent, par elles-mêmes, à atteindre une solution, sa fonction est justement de permettre de rétablir et d'améliorer des relations en crise. D'ailleurs, le présupposé est que le conflit et la crise peuvent être positifs, si toutefois se créent des circonstances critiques permettant de penser et d'administrer les différents ; il revient au médiateur de faciliter les résolutions de façon non autoritaires du point de vue des parties.

Dans le domaine de la médiation judiciaire, l'un des livres les plus récents, outre le fait qu'il relate les étapes de l'implantation du Secteur de Médiation dans les Chambres aux Affaires Familiales de Santo Amaro du point de vue des médiatrices responsables, ajoute des chapitres rédigés par un juge de ce Secteur et par des employés d'autres secteurs du Tribunal, dans lesquels sont consignées des expériences de travail et expliquée la nécessité d'une systématique de discussions intra et entre les secteurs. Il semble donc que les pratiques de médiations de conflits destinées aux usagers du Tribunal finissent par entraîner des médiations entre les professionnels du Judiciaire eux-mêmes (Catão; Cronemberger & Cappanari, 2012).

Une de mes élèves de Master II et chercheuse du NADIR, a effectué sa recherche de terrain, entre mars et décembre 2008, dans ce même Tribunal. Elle a également fait des entretiens ethnographiques avec des femmes demandant des pensions alimentaires aux pères de leurs enfants (Perrone, 2010). Les 35 femmes interviewées ont

clairement indiqué la multiplicité des raisons regroupées sous ce qui était apparemment cet unique conflit et qui les amenaient à entamer ce genre d'action ; elles ont également évoqué l'éventail des rôles sociaux qu'elles jouaient en tant que mères, femmes et ex-conjointes. Aussi bien les conflits que les rôles étaient perçus par elles comme simplifiés et codifiés durant les audiences de *conciliation* et l'ethnographie de ces audiences a permis de noter que l'espace judiciaire de résolution consensuelle se limitait à la discussion de la valeur monétaire de la pension alimentaire. Si, d'un côté, ceci contribue à la célérité de la procédure, d'un autre, cela accentue également une certaine reproduction de l'inégalité de genre, puisque l'exercice de la paternité se trouve réduit à l'obligation de payer une partie de l'entretien matériel de l'enfant, alors que la maternité, elle aussi rattachée à cet entretien dans la quasi majorité des cas, est tenue comme centrale pour les soutiens moral et affectif des enfants. Comme la demande de pension alimentaire est généralement faite après la dissolution d'une union conjugale (formalisée ou pas), le conflit que cela entraîne généralement, englobe plusieurs questions, comme la division des biens, la violence domestique, la garde et le droit de visite des enfants, questions qui sont vues par les femmes comme aussi, sinon plus importantes, que la détermination d'une valeur monétaire de pension alimentaire, car, pour elles, cet ensemble englobe la dimension affective de la paternité, de la conjugalité et de la reconnaissance des *insultes morales* (Cardoso de Oliveira, 2011). Ces dimensions morales et affectives ne sont pas abordées lors des audiences de conciliation bien qu'elles puissent être objets d'autres actions judiciaires. Les différents conflits, donc, ressentis comme multiples par les femmes, bien qu'articulés en un tout cohérent qui les angoisse, sont fragmentés par le Judiciaire. Malgré cela, l'analyse approfondie de deux entretiens a montré que l'accès à la justice a été ressenti de façon positive par ces femmes, car le contact avec le Judiciaire a finalement re-signifié certains de leurs rôles, faisant en sorte qu'elles se reconnaissent plus emphatiquement comme sujets de droit. En ce qui concerne les conciliateurs,

il s'agissait d'employés d'études de notaires et des avocats bénévoles qui étaient confondus par les femmes avec des juges, confusion qui plaisait beaucoup à certains d'entre eux. Leur posture et leur langage différaient peu de ceux utilisés par les magistrats et la rapidité des audiences ne permettait pas d'échanges de points de vue significatifs.

À la même époque que se déroulait cette étude, une autre anthropologue, préparant un doctorat à l'Université de Campinas (Unicamp), cherchait à comprendre comment s'opérait la dynamique des rendez-vous de médiation extrajudiciaire et ce que cette dynamique produisait de « justice » (Beraldo de Oliveira, 2010). Son travail de terrain s'orientait vers deux projets de « Comptoir des Droits du Secrétariat Spécial des Droits de l'Homme de la Présidence de la République » (le *Centre de Médiation* d'Olinda/Pernambouc et le *Comptoir de Droits* de l'ONG *Viva Rio*) et la recherche se basait sur une ethnographie de la dynamique des rendez-vous de médiation à Olinda, dans l'analyse des documents produits par les institutions et au travers d'entrevues avec les médiateurs, les personnes reçues par eux, les agents communautaires et les administrateurs des projets⁹. Cette enquête réutilisait en outre les données collectées lors de la recherche du Master sur la conciliation à la « Cour Pénale Spéciale » de Campinas (Beraldo de Oliveira, 2006)¹⁰. Son travail a montré que les idéaux de médiation (en tant que dynamique de communication non antagonique ; le rétablissement de liens communautaires ; la présupposition d'une convivialité basée sur l'égalité et la démocratie dans laquelle on partage des notions de « juste » et « d'injuste » ; la rapidité et la débueraucratization de la Justice ; et l'effort d'amplification

de l'accès à la justice) apparaissent mêlés lors des entretiens de médiation. Ces entretiens, parfois, finissent par orienter la production de différenciations et hiérarchies économiques, de genre et de génération dans les relations entre les individus concernés par la médiation (médiateurs, agents communautaires et public) ainsi que dans la relation au sein de la « justice du dialogue » elle-même. Les pratiques de médiation étudiées finissent par produire, selon l'auteur, non pas des sujets de droit à la citoyenneté, mais des « femmes sujets de pension alimentaire ».

Uniquement afin de donner un exemple de la complexité du thème dans le domaine criminel, une autre de mes étudiantes, également chercheuse du NADIR (Fullin, 2011), a noté que « les Cours Pénales Spéciales » voient le jour au Brésil avec la double tâche de réduire la complexité dans le traitement des conflits de « peu de gravité », sans pour autant omettre de les punir, même « légèrement ». Caractérisés par des procédures d'intervention d'horizontalisation, plus flexibles et permettant, en théorie, un échange d'intérêts entre la justice pénale et les parties en conflits, afin de d'apporter une réponse moins coercitive et plus réparatrice aux intéressés, cette manière de « faire justice » est appelée « justice négociative ». À partir de l'ethnographie réalisée dans les « Cours pénales Spéciales » de São Bernardo do Campo, la chercheuse a tenté de comprendre les raisons de punir mobilisés dans ces situations de « négociation ». Elle a été constaté qu'elles sont influencées par des processus d'affirmation d'identités professionnelles du côté de la justice, surtout chez les procureurs, dont le rôle dans ces cours leur confère l'hégémonie de la peine à infliger à l'auteur de l'infraction ou détriment d'un éventuel espace de médiation du conflit. L'abordage ethnographique des audiences a également permis de vérifier la prédominance de sanctions de type monétaire et le timide recours au travail d'intérêt public comme mode de punition. Ainsi, nous concluons que le système de sanctions mobilisé par la « justice négociative », une justice en principe « consensuelle », conserve, même que de manière « légère » la traditionnelle sémantique de la souffrance.

9 L'enquête a également repris les données de la recherche de master de l'auteur, qui se penchait sur la conciliation dans une Cour d'Assise Spéciale de la ville de Campinas/SP (Beraldo de Oliveira, 2006).

10 Ce sont des commissariats dotés de fonctions judiciaires prévus à l'origine par la loi 9. 099 du 26 septembre 1995, furent créés pour la conciliation, l'instruction, le jugement et l'exécution des infractions considérées comme mineures (dont la peine maximale n'excédait pas deux ans).

5. Un domaine dialogique en construction

À la lumière des définitions de médiation, conciliation, arbitrage et négociation présentées, ainsi que dans les recherches récentes brièvement évoquées, peut-être pouvons-nous affirmer que dans les deux cas présentés par Roberto Cardoso de Oliveira il n'y a pas eu, à proprement parler, de médiation. *Les Petites Sœurs* semblent s'être prévaluées de la pratique de la négociation et avoir remporté un succès, alors que le fonctionnaire du SPI a échoué en tentant d'arbitrer en faveur du couple Tükuna incestueux.

La brève histoire des enseignements de droit au Brésil et les rencontres de l'anthropologie avec le domaine juridique, quand à elles, peuvent être perçues comme un espoir prudent, puisque malgré le fait que ces deux dernières décennies de redémocratisation du pays aient vu des avancées dans la création de conditions non autoritaires de résolution de conflits, il n'en demeure pas moins, soit dans la formation des professionnels du droit, soit à l'intérieur des institutions judiciaires et sociales, beaucoup d'éléments autoritaires qui nous portent à croire que les possibilités d'accords intersubjectifs et intergroupaux sont encore fragiles contre la force coercitive et punitive de l'État.

Lorsque l'État entre en scène, les travaux récents d'ethnographie de tentatives de résolutions consensuelles des conflits dans les sphères du judiciaire, attestent que dans ce milieu prévalent des conditions principalement inhibitrices du dialogue entre parties et instigatrices de leur antagonisme, car lorsqu'un conflit est amené devant les tribunaux, généralement des formules contradictoires l'étoffent, des positions antagonistes sont exacerbées et les instructions sur ce que l'on doit dire et comment le dire rendent plus rigides et plus impénétrables d'éventuelles volontés de conciliation (Vezzulla, 2004).

Comme je l'ai suggéré dans le titre de ce texte, je crois qu'il existe un champ dialogique en construction lorsqu'il s'agit de discuter de médiation culturelle, d'anthropologie, de droit et de justice étatique dans un pays tellement pluriel et avec autant d'inégalités que le Brésil. Mais cette construction commence à peine. Des expé-

riences pilotes exemplaires, telles que celle du *Centre de Médiation et Citoyenneté* de la Faculté de Droit de l'Université Fédérale d'Ouro Preto (UFOP) ou du *Programme Pôles de Citoyenneté* de la Faculté du Droit de l'Université Fédérale de Minas Gerais, présentent le plus grand intérêt pour l'institution d'un champ spécifique de médiation institutionnelle au Brésil.

Si nous suivons le conseil contenu dans le livre *Médiation, Culture et Politique* (Velho et Kuschnir, 2001) et arrêtons de penser seulement aux extrêmes irréconciliables de la culture brésilienne pour nous concentrer sur les agents sociaux qui transitent entre ces deux pôles, « se livrant à de la contrebande d'idées, de styles de vie, de pratiques/sociales et d'objets » (les *go-betweens* [entremetteurs], comme les appellent les auteurs), peut-être pouvons-nous considérer que les activités de médiations existantes au Brésil sont significatives et intenses, particulièrement dans les sphères extrajudiciaires.

Les individus, surtout en milieu urbain (parmi lesquels j'inclurais certains acteurs des pouvoirs étatiques), sont potentiellement exposés à des expériences très différenciées, dans la mesure où ils se déplacent et ont des contacts avec des univers sociologiques contrastés et distincts, des styles de vie et des modes de perception de la réalité pluriels. Certains d'entre eux, donc, plus que d'autres, ne font pas que transiter mais « jouent un rôle de médiateurs entre différents mondes, styles de vie et expériences » (*idem*: 20). L'étude de biographie et de trajectoires individuelles a été le recours utilisé par Velho et Kuschnir pour présenter ces « traducteurs culturels » et médiateurs qui essaient d'établir des ponts de communication entre des univers distincts dans les domaines de la musique, de la littérature, de la politique, des relations entre patrons et employés, entre professionnels de la santé et patients etc. Je veux croire qu'il existe également des *go-betweens* dans la sphère de la justice étatique, de l'espace et les conditions pour qu'ils se multiplient, afin de faire grandir les « justices du dialogue ».

Ainsi, que ce soit dans la sphère étatique, ou dans d'autres sphères de la vie quotidienne, nous faisons l'expé-

rience, au Brésil, avec des réussites et des échecs, de nouvelles formes démocratiques de résolution des conflits. Souhaitons qu'elles perdurent et qu'elles gagnent de l'ampleur, affaiblissant d'une manière générale les conceptions et les manières autoritaires de s'attaquer aux conflits et, d'une façon plus spécifique, en diminuant le monopole des professionnels du droit contradictoire. Ce mouvement, très probablement, impliquera le renforcement des espaces de médiation et d'autres formes de justice consensuelle et contribuera à solidifier le travail des anthropologues qui font d'eux-mêmes et de leurs ethnographies des agents de médiation culturelle.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- ADORNO, S. *Os aprendizes do poder. O bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1988.
- BERALDO DE OLIVEIRA, M. *Crime Invisível: A mudança de significados da violência de gênero nos Juizado Especial Criminal*. Dissertação de Mestrado em Antropologia Social. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas: Unicamp: 2006.
- . *Justiças do diálogo. Uma análise da mediação extra-judicial*. Tese de doutorado em Antropologia Social. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas: Unicamp: 2010.
- CARNEIRO DA CUNHA, M. «Pensar os índios: apontamentos sobre José Bonifácio» In *Antropologia do Brasil: mito, história e etnicidade*. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 165-173.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, L. R. *Direito Legal e Insulto Moral: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA*. Rio de Janeiro: Garamond, 2011.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, R. «Antropologia e moralidade» In *RBCS – Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 24, fev./1994, p. 110-121.
- . «Etnicidade, eticidade e globalização» In *RBCS – Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 32, out./1996p. 6-17.
- CATÃO, A. L.; CRONEMBERGER, L. F. & CAPPANARI, S. *Mediação no Judiciário. Desafios e reflexões sobre uma experiência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- DULLO, E. «Resenha» de MONTERO, P. (org). *Deus na Aldeia: missionários, índios e mediação cultural*. São Paulo: Globo, 2006 In *Revista de Antropologia*. São Paulo, USP, 2006, v. 49, nº 2, p. 789-795.

- FULLIN, C. S. *Quando o negócio é punir: uma análise etnográfica dos Juizados Especiais Criminais e suas sanções*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. FFLCH-USP, 2012.
- GEERTZ, C. «Os usos da diversidade» In *Nova luz sobre a antropologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p.68-85.
- , *Obras e vidas. O antropólogo como autor*. Rio de Janeiro: Edit. UFRJ, 2002.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. «Raça e História», in *Antropologia Estrutural Dois*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1973, p.328 a 366.
- LORÊA, R. A. «Acesso ao aborto e legalidades laicas» In *Horizontes Antropológicos*. UFRGS, ano 12, n. 26, 2006, p.185-201.
- MONTERO, P. (org.). *Deus na Aldeia: missionários, índios e mediação cultural*. São Paulo: Globo, 2006.
- PERRONE, T. *Quais valores? Disputas morais e monetárias em ações de alimentos: uma etnografia em Varas de Família*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Universidade de São Paulo, 2010.
- RIOS, R. R. «Para um direito democrático da sexualidade» In *Horizontes Antropológicos*. UFRGS, ano 12, n. 26, 2006, p.71-100.
- SCHRITZMEYER, A. L. P. *Sortilégio de Saberes. Curandeiros e Juizes nos Tribunais Brasileiros (1900-1990)*. São Paulo: IBCCrim, 2004.
- , «O ensino da antropologia jurídica e a pesquisa em direitos humanos» In Nalini, José Renato e Carlini, Angélica Lucía (coord.). *Direitos Humanos e Formação Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.137-153.
- SCHWARCZ, Lilia – *O Espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- VELHO, G. e KUSCHNIR, K. (orgs.). *Mediação, Cultura e Política*. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2001.
- VEZZULLA, J. C. *A mediação de conflitos com adolescentes autores de atos infracionais*. Dissertação de Mestrado, Pós-Graduação em Serviço Social da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.



LE CHOIX ENTRE JUGEMENT ET MÉDIATION DANS LA CLINIQUE DU DROIT DE L'UNIVERSITÉ D'OURO PRETO¹

MARIA TEREZA FONSECA DIAS*

Introduction

Le principal objectif de cet exposé est de présenter l'expérience de la mise en place, et des activités du *Centre de Médiation et Citoyenneté* dans le Département de droit de l'Université fédérale d'Ouro Preto. Tel que présenté dans le titre de cette intervention, il sera ainsi surtout question de discuter du choix entre l'action en justice et la médiation, offertes aux personnes qui viennent présenter leur cas à la Clinique du droit de l'Université².

* Professeur Adjoint au Département de droit publique de l'Université Fédérale de Minas Gerais (UFMG) et de la Fondation de Minas à la Culture (FUMEC, doctorat et master 2). Chercheuse au CNPq (Conseil National de Développement Scientifique et Technologique). Ancienne coordinatrice du Centre de Médiation et Citoyenneté de l'UFOP (2008-2011).

1 Certaines parties de ce document ont été présentées lors du Colloque International organisé par le Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris «Revisiter les relations entre justice étatique et médiation: un enjeu de société», le 7 juin 2011, avec un financement de la Fondation pour le soutien de la recherche de Minas Gerais, au Brésil (FAPEMIG – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais).

2 La Clinique du Droit se compose du «Service d'Assistance Judiciaire» et du «Centre de Médiation et Citoyenneté».

La législation brésilienne (Articles 7 et suivants de la Résolution 09/2004 de la Chambre d'Éducation Supérieure) rend obligatoire, dans les cursus juridiques sur l'axe de la formation pratique, un stage surveillé, devant être fait dans l'Université même, soit au sein de sa Clinique du droit soit en prestation de services d'assistance judiciaire. L'Université, a institué dans le même sens, en 1998, un Service d'assistance judiciaire en vue de répondre aux conflits qui lui étaient soumis par la population à faibles revenus de la commune et des villes voisines, moyennant la proposition d'actions auprès du pouvoir judiciaire. La pratique de la médiation de la Clinique du droit a été créée seulement en 2008 et, aujourd'hui, il y a deux options de «soins» pour cette population: la proposition d'actions auprès du pouvoir judiciaire ou la médiation.

Notre travail s'occupera aussi des perplexités, des doutes et de l'évolution que le thème de la médiation provoque dans le milieu académique et social, surtout dans les pays en développement comme le Brésil.

Après la présentation du contexte local de mise en place du Centre de Médiation et Citoyenneté, notre exposé sera fait à travers le développement des thèmes suivants: les raisons de la mise en place de l'activité de médiation

de conflits à la Clinique du Droit; l'interprétation de la médiation adoptée par l'équipe de chercheurs et médiateurs; nous décrivons aussi le fonctionnement du Centre de Médiation auprès de la Clinique, ainsi que les défis rencontrés dans la pratique de la médiation.

A. Le contexte local de mise en place du Centre de Médiation et Citoyenneté de l'Université

Ouro Preto est une ville historique, située à l'intérieur de la région centrale de l'État de Minas Gerais, dans la Région Sud-est du Brésil. Sa population aujourd'hui est de 70 227 habitants (Recensement Démographique IBGE, 2010³). Cette ville a été déclarée Patrimoine culturel de l'humanité par l'UNESCO, en 1980.

La société locale vit, en général, du tourisme, recevant des visiteurs du monde entier dans ses hôtels, auberges, restaurants, cafés, magasins de souvenirs et de joailleries. Ouro Preto peut être considérée, non seulement comme une ville historique, mais aussi une ville universitaire. L'Université fédérale d'Ouro Preto a environ 12 741 étudiants (8 918 dans des cours conventionnels en présence des étudiants, et 3 823 dans des cours à distance) et reçoit chaque année 2 652 étudiants qui viennent habiter la commune et qui stimulent le commerce de la ville⁴.

Dès le début d'Ouro Preto (fin du XVII^e siècle), on a observé une tension entre les Brésiliens venus exploiter ses richesses (or, argent et pierres précieuses) et les Portugais, arrivés pour dominer les colons et exploiter tout ce que l'endroit pouvait offrir avant de le rentrer ensuite dans leur pays d'origine, sans avoir aucun lien avec ces terres.

On trouve plusieurs conflits entre les habitants de la ville (population « native ») et les étudiants (les « étrangers ») qui reflètent cette tradition. Les premiers, en général, se protègent des étudiants de façon hostile, puisque ces der-

niers y habitent pendant 4 ou 5 ans, sans se mêler des problèmes de la Ville.

À Ouro Preto, en 1789, eut lieu l'*Inconfidência Mineira*, un des plus importants mouvements sociaux de l'histoire du Brésil, qui représente la première tentative d'indépendance du pays. Ce mouvement a signifié aussi la lutte du peuple brésilien pour la liberté contre le joug du gouvernement portugais pendant la période coloniale.

On remarquera que le contexte local est propice à la discussion sur la médiation, car le « conflit » est, lui aussi, une caractéristique historique de la ville.

B. La mise en place du « Centre de Médiation et Citoyenneté » et son intégration à la Clinique du droit⁵

Le Centre de Médiation et Citoyenneté a été mis en activité auprès de la Clinique du Droit à la fin 2008, après l'approbation de la proposition de travail au sein du *Projet pacifier (Projeto Pacificar)*.

Le *Projet Pacifier*, une des actions du *Programme national de sécurité publique et citoyenneté* (PRONASCI) du ministère de la Justice/Secrétariat à la Réforme du Judiciaire, avait en vue, parmi d'autres intentions :

[...] diffuser des pratiques de résolution non violente des conflits, ayant en vue la paix sociale, comme alternative à la juridicité et à la position juridictionnelle, et aussi, à partir du besoin de la promotion d'une nouvelle culture, dans les Facultés de droit, qui puisse contribuer à la formation citoyenne des étudiants, orientée par les droits humains, une culture juridique tournée vers les aspirations de la communauté dans une perspective d'émancipation sociale et différente de la culture juridique diffusée

3 Brésil, Institut Brésilien de Géographie et Statistique (IBGE) – Villes. Disponible à <<http://www.ibge.gov.br/cidadesat/topwindow.htm?1>> Accès le 17 mars 2011.

4 Université Fédérale D'Ouro Preto, Pro-rectorat de Graduation. Disponible sur <www.ufop.br>

5 Toute l'expérience de la mise en place du Centre de Médiation et Citoyenneté de l'Université Fédérale de Ouro Preto (UFOP) et les instruments de recherche diagnostique développés se trouvent résumés dans l'ouvrage Dias, Maria Tereza Fonseca. (org), 2010, *Mediação, cidadania e emancipação social: a experiência da implantação do Centro de Mediação e Cidadania da UFOP e outros ensaios*. [Médiation, citoyenneté et émancipation sociale: l'expérience de la mise en place du Centre de Médiation et Citoyenneté de l'UFOP et d'autres essais]. Belo Horizonte, Forum, 235 p.

aujourd'hui, qui donne peu d'attention – ou même aucune – aux demandes sociales et collectives.⁶

L'une des principales justifications du développement de l'activité de médiation et citoyenneté est due au fait que les exigences du ministère de l'Éducation, qui apparaissent dans l'Arrêté CES n° 09/2004 sur les activités de la Clinique du Droit dans les cursus juridiques n'ont pas encore réussi à dépasser le modèle d'assistance qui circonscrit encore cet axe de formation des professionnels du droit.

En conséquence, l'Université a ressenti le besoin de créer de nouveaux mécanismes d'intégration des étudiants et professeurs du cours à la société civile. Dans ce sens, il faut promouvoir, dans la formation des juristes, bacheliers en Droit, des modèles plus consistants et durables pour la défense de la citoyenneté et des droits de l'homme, au-delà du simple exercice de la Clinique du droit dans le cadre du système judiciaire, phénomène connu comme judiciarisation⁷ et qui donne au pouvoir judiciaire, d'après l'expression d'Ingeborg Maus⁸, le rôle de « surmoi de la société ».

Le but du Centre de Médiation et Citoyenneté était d'élargir l'accès de la population à l'exercice de ses droits et d'offrir aux étudiants et professeurs du cursus juridique un modèle de formation pratique renouvelée, par l'intermédiaire d'instruments novateurs de composition des conflits,

tels que la médiation, le développement de la capacité des *leaders* communautaires⁹ et les assessorats juridiques universitaires populaires¹⁰.

On a voulu, par le développement et la mise en place du *Projet Pacifier* du *Centre de Médiation et Citoyenneté* à la Clinique du droit :

- instaurer des discussions et des réflexions pour comprendre une nouvelle culture émergente, qui se relie à la manière dont les individus et la société peuvent résoudre leurs conflits et leurs problèmes ;
- amplifier l'accès de la population exclue d'Ouro Preto à l'exercice de ses droits, spécialement par l'intermédiaire de la société civile organisée ;
- offrir au public des conditions adéquates et des mécanismes de résolution de conflits qui ne s'arrêtent pas au système du barreau ;
- développer des modèles de défense de la citoyenneté et des droits de l'homme plus consistants et continus ;
- stimuler les activités de recherche et d'extension¹¹ dans le Département de droit de l'Université ;

6 BRASIL. Ministério da Justiça. Reforma do Judiciário – Projeto Pacifier– Pronasci. Appui à la Pratique de la Médiation dans les facultés de Droit. Disponible à <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJDA9EC28ITEMID6E99517B14514451AB562CBFB12F702PTBRNN.htm> Accès le 11 janvier 2010.

7 Nous comprenons par judiciarisation « [...] l'extension du rôle de la Justice comme institution dans le traitement de 'problèmes de société', dont quelques-uns impliquent le domaine politique, pour lesquels la Justice n'était pas sollicitée dans le passé, ou sur lesquels elle n'envisageait pas intervenir. », (Jacques COMMAILLE, *apud*, Camila NICÁCIO, « Direito e mediação de conflitos: entre a metamorfose da regulação social e administração plural da justiça? » [Droit et médiation de conflits: entre la métamorphose de la régulation sociale et l'administration plurielle de la justice?] *Revista Meritum*, Belo Horizonte; (sous presse).

8 Ingeborg MAUS, « O judiciário como superego da sociedade ». [Le judiciaire comme surmoi de la société] Tradução Luiz Moreira. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

9 Cet accès à la capacité communautaire, dans la ligne de pensée de Boaventura Santos, se développe au Brésil, surtout pour « [...] rendre les membres des endroits les plus pauvres capables de donner une orientation juridique et offrir une résolution pour des problèmes qui ne pourraient pas l'être dûment au judiciaire soit pour ne pas entrer dans le cadre des exigences formelles/probatoires du jugement, soit parce que dans la justice officielle, ils n'obtiendraient pas une réponse prompte. » (Boaventura de Souza SANTOS, *Para uma revolução democrática da Justiça [Pour une révolution démocratique de la justice]*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 52).

10 Il s'agit d'une clinique juridique développée par des étudiants en droit, qui est capable, aujourd'hui, de passer de la clinique juridique individuelle, à l'américaine, totalement dépolitisée, à une forme d'assistance et d'essorat juridique focalisant les conflits structurels et d'intervention plus solidaire et politisée [...] les assessorats juridiques populaires mettent en relief l'action de défense de droits collectifs en association avec des mouvements sociaux et des organisations populaires. (SANTOS, *op. cit.*, p. 50-51).

11 L'activité d'extension universitaire sera entendue comme ci-après dans la suite ce texte.

- transformer les activités d'extension en partie intégrante des activités de recherche et d'enseignement, en essayant de constituer un espace d'échange et de pratique sociale en ce qui concerne la recherche, l'extension et la médiation des conflits ;
- renforcer l'engagement dans une culture sociale et d'État d'émancipation et de démocratie ;
- dépasser le modèle strictement individualiste et d'assistance de la clinique juridique, en essayant de proportionner le contenu nécessaire à une vraie formation en droit, en consonance avec les objectifs de l'extension universitaire ;
- adjoindre les instruments novateurs de traitement des conflits, tels que la médiation à la Clinique du droit en vue du travail de capacitation, de formation et de recherche développé par le Centre des droits de l'homme de l'Université, auprès des étudiants et des entités civiles organisées de la commune d'Ouro Preto ;
- promouvoir la capacitation en médiation des *leaders* communautaires dans la commune ;
- offrir aux étudiants et aux professeurs du cursus juridique un modèle de clinique juridique renouvelée.

C. Pourquoi la médiation ?

L'introduction de l'activité de médiation à la Clinique du Droit est due à un ensemble de raisons qui peuvent être ainsi résumées : 1) institutionnelles ; 2) académiques et d'enquête ; 3) pédagogiques et 4) sociales.

L'activité d'extension universitaire est un processus éducatif, culturel et scientifique qui favorise le lien entre l'enseignement et la recherche, de façon indissociable, et permet que la relation entre l'université et la société se transforme.

Le Centre de Médiation et Citoyenneté de l'UFOP suppose que l'éducation à la citoyenneté et à la démocratie exige l'utilisation de stratégies d'enseignement / recherche / extension par lesquels les étudiants et les enseignants participent à l'organisation quotidienne et la lutte des personnes et des communautés en vue de surmonter leurs problèmes et de construire une vie juste et bonne.

Du point de vue institutionnel, le début de l'activité de médiation, comme nous l'avons dit précédemment, est une conséquence de l'exécution du *Projet pacifier*, un accord entre l'Université et le Ministère de la Justice. Mais il faut noter, dès maintenant, que la médiation n'a pas pour but que la « pacification sociale ». Elle a été conçue, dès le début des activités du Centre, comme un mécanisme de développement de la citoyenneté, un instrument d'*empowerment* du citoyen ainsi qu'un outil pour la construction de l'autonomie des sujets. Du point de vue institutionnel aussi, la quête de nouvelles activités de recherche et d'extension universitaires doit s'intégrer au programme de « Restructuration et expansion des universités fédérales » (REUNI) qui vient d'être mis en place. Ainsi, nous ne pouvons pas chercher, uniquement et seulement, l'augmentation du nombre d'étudiants ayant accès à l'enseignement supérieur, surtout au sein du cursus juridique, mais aussi d'autres formes d'intégration entre le milieu universitaire et la société, pour l'amélioration de la qualité de l'enseignement.

Le contexte social après la Constitution de la République de 1988 et le processus ininterrompu de construction de la démocratie au Brésil a permis de générer – ou, pourquoi ne pas le dire, faire émerger – de nouvelles demandes sociales, lesquelles problématisent l'accès existant aux moyens institutionnels de résolution des conflits et de demandes juridiques – ce qui a des conséquences sur la forme de penser « l'assistance judiciaire » au sein des formations juridiques¹².

Le processus démocratique, à nature dialogique et aux procédés établis, ne se satisfait pas de la limitation de rites et de *locus* d'accès au droit et à la justice, ceux-ci doivent impliquer la quête incessante d'amplification de l'émancipation sociale.

12 Sur le thème Cf. la contribution de Miracy Barbosa de Sousa GUSTIN, (Re) Pensando a inserção da universidade na sociedade brasileira atual [En (Re) pensant l'insertion de l'université dans la société brésilienne actuelle] in José Geraldo de SOUSA [et al.] (organisateurs.) *Educando para direitos humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na universidade* [En éduquant pour les droits de l'homme : sujets pédagogiques pour la citoyenneté à l'université]. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 55-69.

Dans la perspective académique et d'investigation, dans les sociétés hypercomplexes, il a fallu penser de façon critique les signifiés et les mécanismes d'exercice de la citoyenneté et de l'inclusion sociale à l'époque contemporaine. Il faut aussi discuter et reconstruire les théories de défense des droits et ainsi que de résolution des problèmes et conflits collectifs, au-delà des demandes purement individuelles. Voici un des défis de la médiation : elle dépasse ce type de dilemme et se mêle de questions plus percutantes et de portée sociale chaque fois plus étendue.

La construction de modèles de défense des droits de l'homme et de la citoyenneté élargissant l'accès à la justice, ces modèles nécessitent d'être mieux conçus et mieux appréhendés afin de faire progresser l'autonomisation du citoyen. Un projet de cette portée a aussi besoin de développer des méthodologies nouvelles de recherche scientifique dans le domaine du droit, secteur de la connaissance encore pauvre en investigations empiriques comprenant la réalité sociale environnante¹³.

Des raisons de nature pédagogique justifient également la mise en place de l'activité de médiation dans le cursus juridique¹⁴. L'une d'entre elles est le besoin même de revoir les potentialités de la pratique juridique, en y agrégeant des activités de la Clinique juridique et d'autres expériences d'extension lesquelles, dans le cas en question, sont développées par le Centre des droits de l'homme de l'université. Nous avons aussi voulu offrir d'autres contenus nécessaires à la formation des nouveaux profils des profes-

sionnels du droit, qui ne peuvent pas se restreindre aux activités d'enseignement.

La recherche et l'extension, conjointement avec le développement du projet, servent aussi à requalifier le rapport entre théorie et pratique au sein des enseignements de droit, et à renouveler les pratiques et activités de la Clinique du droit.

Le Centre de Médiation et Citoyenneté est, en outre, responsable de la diffusion de la connaissance produite, ainsi que de la dissémination d'instruments novateurs de composition avec les conflits et de résolution des problèmes.

Dans le milieu académique, les activités développées sont destinées à la capacitation d'acteurs pour la recherche et l'extension universitaire.

Malgré toutes ces potentialités, l'un des buts du *Projet pacifier* ne peut être que celui de reconnaître et de chercher des moyens de résolution des demandes de la société civile que les institutions publiques compétentes, ne parviennent pas à satisfaire.

La recherche diagnostique faite tout au long des activités de mise en place du Centre de Médiation et Citoyenneté a révélé une situation qui ravage une grande partie des communautés moyennes ou grandes partout dans le pays : celle de la violence urbaine et de l'absence de sécurité publique. À Ouro Preto, nous avons remarqué l'abus de drogues comme étant un des principaux problèmes des communautés enquêtées. Nous devons également penser dans quelle mesure des mécanismes comme la médiation, peuvent servir à la « pacification sociale » dans des communautés ayant ce type de problème. La réponse à une question d'une telle envergure ne pourra être faite qu'à l'avenir, par l'observation des résultats et par l'évaluation des activités du *Centre de Médiation et Citoyenneté*.

Le manque d'accès aux services publics essentiels est aussi une autre question qui, du point de vue social, doit passer par la mobilisation communautaire et par l'exercice de la citoyenneté. Dans le contexte d'Ouro Preto, nous avons aussi observé la démobilitation sociale et d'énormes

13 Dans ce sens, Miracy Barbosa de Sousa GUSTIN, Maria Tereza Fonseca DIAS, « (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática » [*En (Re) pensant la recherche juridique: théorie et pratique*]. 3^e. édition. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. Gilda NICOLAU, Enseigner et penser le droit avec des « non juristes » et avec des juristes qui doutent. *Jurisprudence - revue critique* 2010, Université de Savoie-Lextenso, p. 163-180.

14 Miracy Barbosa de Sousa GUSTIN, Paula Gabriela Mendes LIMA, « *Pedagogia da emancipação: desafios e perspectivas para o ensino das ciências sociais aplicadas no Século XXI* ». [*Pédagogie de l'émancipation: défis et perspectives pour l'enseignement des sciences sociales appliquées au XX^e siècle*] Belo Horizonte: Fórum, 2010.

difficultés d'organisation de la société civile. C'est donc la raison pour laquelle les propositions originelles de la recherche et des activités d'extension ont cherché, dans les questions collectives, leur point de départ.

I. Médiation : la « multidimensionalité » en opposition au « découpage »

A. Interprétations au sujet de la médiation

Le modèle juridictionnel traditionnel au Brésil présente des problèmes dans le sens où il restreint la résolution du conflit à l'application simplement pratique des normes juridiques par l'interprète, à qui revient, conjointement avec le législateur, toute la responsabilité de la résolution du litige. Ainsi, les aspirations sociales ne sont pas vraiment exaucées, puisque le processus ordinaire ne permet aucune forme d'autonomie aux personnes intéressées.

À partir de cette difficulté nous trouvons une issue dans l'extra-judiciarisation de la résolution des conflits ou demandes sociales. Cette méthode resterait à côté du modèle judiciaire traditionnel brésilien, de façon à être une option pour les citoyens en conflit, sur une question de droits ou pour la résolution de questions sociales, qui offre la possibilité de traiter ces sujets de manière interdisciplinaire, en comptant sur l'appui d'autres domaines de la connaissance, tels que la sociologie, la psychologie ou l'Assistance (ou le service) social(e) parmi d'autres – au-delà du droit et de la juridiciarisation des problèmes.

La médiation ne se constitue pas comme forme alternative de résolution des conflits, comme nous allons le discuter plus tard. Du point de vue historique, on sait que la médiation avait déjà été employée dans des communautés telles que les tribus indiennes, par des chamans, conseillers, vieillards, comme une manière de résolution des problèmes et des controverses les plus variés possibles¹⁵.

15 Camila Silva NICÁCIO, *Mediação para a autonomia: alteridades em diálogo*. [Médiation pour l'autonomie. Altérités en dialogue]. In: Maria Tereza Fonseca DIAS (org). *Mediação, cidadania e emancipação social: a experiência da implantação do Centro de Mediação e Cidadania*

En outre, si nous présumons le pluralisme et le métissage dans la société brésilienne, les moyens dialogiques (comme la médiation) doivent être les premiers à être employés pour la résolution des conflits, la pacification et l'intégration sociale. Cela veut dire que, avant l'adjudication litigieuse, au moins un essai d'intercompréhension entre les intéressés est possible, d'une manière ample, c'est-à-dire, qui ne se borne pas aux questions de droit positif. Par la médiation, nous pouvons penser à un droit qui dépasse les barrières bureaucratiques et unidimensionnelles, à travers un droit créé et légitimé par les participants- mêmes au procédé, en transcendant le domaine de l'État et d'après des principes moraux et sociaux. Nous pouvons penser à la création par émergence de solutions *sui generis* à partir du droit positif en conformité avec le contexte de chaque réalité sociale.

La médiation est un chemin extrajudiciaire qui met en valeur la « multidimensionnalité » du conflit ou des demandes sociales et qui privilégie, spécialement, l'analyse du conflit ayant des caractéristiques en termes de valeur ou à portée émotive très fortes.

Il est important de percevoir que « [...] la médiation n'est pas un sous-produit de la justice, moins encore une justice de seconde classe. Elle n'est pas un service public, mais un service universel : la formule associative préserve ce caractère universel ».¹⁶

La médiation, dans le panorama actuel, se concentre sur l'action de restaurer le dialogue entre les litigants et, à travers l'organisation du langage, faite par un tiers qu'ils acceptent, rendre possible la discussion et la compréhension du conflit, sans que sa résolution soit indispensable par une conciliation.

Le modèle d'adjudication du pouvoir judiciaire n'arrive pas à répondre à quelques-unes des attentes d'une

da UFOP e outros ensaios. [Médiation, citoyenneté et émancipation sociale: l'expérience de la mise en place du Centre de Médiation et Citoyenneté de l'UFOP et d'autres essais]. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

16 Jean-François Stix, « Dinâmica da mediação » [Dynamique de la médiation], pp. 191-193 et 210-211.

société en constante mutation, puisqu'il se limite à l'appréciation légale et bureaucratique des cas¹⁷ et, comme il a été dit, il y a des questions qui dépassent cette perspective. En outre, on peut souligner l'immense distance entre les normes juridiquement valables, en conséquence du processus législatif, et l'application concrète de ces normes à certaines réalités sociales.

Pour Christopher Moore, la médiation est :

[...] un prolongement ou perfectionnement du processus de négociation qui comprend l'interférence d'un tiers acceptable, qui a un pouvoir limité ou non autoritaire de prendre des décisions. Ce tiers aide les parties principales à trouver un accord mutuellement acceptable sur les questions en dispute. De façon semblable à la négociation, la médiation permet que les personnes intéressées au conflit prennent des décisions. La médiation est un processus volontaire où les participants doivent être disposés à accepter l'aide de l'intervenant, si sa fonction est de les aider à travailler leurs différences – ou bien à les résoudre.¹⁸

D'après l'interprétation de Camila Nicácio et Renata Oliveira, nous pouvons définir la médiation comme « [...] un procédé volontaire, où un tiers, étranger au conflit – et, dans ce sens, appelé neutre – fomenté ou facilite la négociation entre les parties elles-mêmes¹⁹ ». Dans ce sens, les participants à cette procédure arriveront au résultat qui leur convient le mieux, induisant cette possibilité pour tous.

En comparant cette conception du problème à d'autres, à partir de l'expérience locale d'Ouro Preto, nous

pouvons cerner les éléments du concept de la médiation qui seront exposés ensuite :

La médiation constitue une **forme de procédure pacifique** (1) pour **répondre à des demandes sociales** (2) par l'intermédiaire de la **participation volontaire des citoyens ainsi que du dialogue** (3), où il existe un **tiers** (4) – sans pouvoir coercitif, n'étant pourtant pas neutre, mais lié aux valeurs de la citoyenneté – ce qui **rend plus aisée la communication entre les participants** (5).

1. Procédure de la médiation

La procédure de la médiation doit se distinguer par l'informalité, l'absence de confrontation, la coopération/intercompréhension et la confidentialité. Dans une ambiance informelle, les citoyens pourront exposer leurs intérêts et leurs problèmes de la même façon dont ils ont à le faire au jour le jour. Le rapport entre les sujets dans une médiation ne doit pas être celui de la confrontation, mais de la coopération, en vue de la conservation des liens sociaux, afin que tous puissent comprendre les situations des uns et des autres. Il s'agit, ainsi, d'une procédure d'auto-composition qui a une dimension dialogique, au lieu d'une suite de procédures purement antagonistes. Quant à la confidentialité et la volonté, les décisions tout au long de la procédure sont prises par les intéressés à l'affaire et le médiateur ne fait que les aider, pour faciliter l'entente et administrer les rapports des participants, en gardant secrètes les informations révélées au cours de la procédure²⁰. En outre, toute la procédure doit se caractériser par l'oralité.

2. La réponse à des demandes sociales

La médiation est un mécanisme inspiré par le souci de la garantie effective des droits. Même s'il n'y a pas d'accord à la fin de la procédure, dès le début, l'exercice de la capacité communicative des participants doit être encouragée et soutenue, afin de rendre possible la consolidation

17 José Eduardo Elias ROMÃO, « *Justiça procedimental a prática da mediação na teoria discursiva do Direito de Jurgen Habermas* » [*Justice des procédures la pratique de la médiation dans la théorie discursive du Droit de Jurgen Habermas*]. Brasília: Maggiore, 2005.

18 Christopher W. O MOORE, « *Processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos* ». Trad. Magda França Lopes, Porto Alegre: ARTMED, 1988, p. 22-23.

19 Camila Silva NICÁCIO, Renata Camilo de OLIVEIRA, « *Mediação como exercício de autonomia entre promessa e efetividade* ». [La médiation comme exercice d'autonomie entre promesse et effectivité]. In: Flávio Henrique Unes PEREIRA, Maria Tereza Fonseca DIAS (Org.), *Cidadania e inclusão social*, estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 111.

20 José Eduardo Elias ROMÃO, « *Justiça procedimental: a prática da mediação na teoria discursiva do Direito* » [*Justice des procédures: la pratique de la médiation dans la théorie discursive du Droit*] de Jurgen Habermas, Brasília: Maggiore, 2005.

de la démocratie et l'accès à la justice pour ceux qui se trouvent en situation d'exclusion.

La médiation, alliée à l'exercice de la citoyenneté, donne des fruits comme l'intégration sociale et le rétablissement du dialogue entre les acteurs; la mise en valeur du citoyen et des aspects les plus spécifiques qui l'environnent, puisque c'est la personne elle-même qui prend les décisions (autonomie et rôle principal du citoyen); la pacification des conflits et la préservation des liens sociaux, ayant en vue la possibilité de satisfaction mutuelle et la démocratisation de l'accès à la justice. C'est bien sous cette perspective que Luis Alberto Warat affirme que: « Sous les aspects de l'autonomie, de la citoyenneté, de la démocratie et des Droits de l'homme, la médiation peut être vue comme leur meilleure forme de réalisation »²¹.

Le but de la médiation est de constituer ou racheter l'autonomie des sujets pour qu'ils réalisent l'entente et rapprochent leurs aspirations, en bâtissant des normes de façon créatrice et légitimée par eux-mêmes (citoyen-acteur). Un tel procédé rend possible l'effectivité/concrétisation de droits fondamentaux, en plus de l'inclusion sociale.

La médiation est un moyen efficace pour répondre à des questions-problématiques dans des contextes d'exclusion sociale, de manque d'accès à la justice et d'autres situations qui ne touchent pas que le droit, mais des aspects sociologiques, psychologiques et économiques. Elle comprend une grande possibilité de gains réciproques, puisque la résolution des problèmes par son intermédiaire focalise l'intégration des intérêts – faite de façon collaborative – avec expansion des moyens et des alternatives pour apporter une résolution aux cas, en préservant ou en rendant plus étroits les rapports sociaux²².

3. Participation volontaire et le dialogue

Vu la complexité sociale et le pluralisme, il faut que les citoyens soient reconnus dans leurs contextes historico-culturels, c'est-à-dire d'après leurs spécificités et leurs besoins. Atteindre un ordre social plus juste dépasse le domaine de la rationalité légale et bureaucratique; il faut une plus grande flexibilité, communication, négociation, compréhension mutuelle et coopération dans la société²³.

La médiation est une technique non-antagonique et dialogique, donc, les participants qui l'utilisent peuvent se mettre d'accord pour des gains réciproques, sans qu'il y ait nécessairement un gagnant et un perdant. Pour cela, il est absolument nécessaire de chercher les vrais intérêts des participants, leurs réelles possibilités, en aidant à la compréhension réciproque.

4. Un tiers sans pouvoir de sanction

Le médiateur est le tiers qui doit être accepté par les participants à la procédure. Il ne peut pas être complètement neutre, puisqu'il doit être engagé dans l'exercice de la pratique citoyenne, la réalisation de la justice et l'effectivité de droits fondamentaux. Mais il doit être impartial, c'est-à-dire, qu'il ne doit pas avoir de tendance ou de préférence en faveur de l'un ou de l'autre participant à la médiation, conservant une égale et nécessaire distance pour ne nuire à personne.

Luis Alberto Warat explique que « [...] le médiateur exerce la fonction d'aider les parties à reconstruire symboliquement la relation conflictuelle »²⁴. Ainsi, la question en conflit doit être redimensionnée pour comprendre le plus grand nombre de possibilités et d'alternatives de résolution du problème. Sous cet aspect, la médiation est un champ fertile afin que les accords signés soient créatifs et adéquats à la situation telle qu'elle pose problème de chaque partie.

21 Luis Alberto WARAT (Org.), *Em nome do acordo: a mediação no Direito*. [Au nom de l'accord: la médiation en Droit]. Buenos Aires: Almed, 1998. p. 5-59.

22 André GOMMA AZEVEDO (org.), *Manual de mediação judicial* [Manuel de médiation judiciaire]. Brasília/DF: Ministério de Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2009.

23 Camila Silva NICÁCIO, «Mediação para a autonomia: alteridades em diálogo...», *op. cit.*

24 Luis Alberto WARAT, *Surfando na pororoca: o ofício de mediador*. [En faisant du surf dans la pororoca: le métier de médiateur]. Florianópolis: Fundação Boêmios, 2004.

Le médiateur doit, alors, éclairer les intéressés afin qu'ils cherchent indépendamment une solution qu'il n'ira pas imposer de façon paternaliste, mais il encouragera la résolution au moyen du dialogue, afin que la citoyenneté des individus soit effective. Le médiateur, selon J.-F. Six :

[...] dérange, comme tout vrai critique, c'est-à-dire, comme quelqu'un qui ne détruit pas, mais fait réfléchir, fait que les gens pensent pour eux-mêmes.

[...] Meneur, même s'il se tient coi, le médiateur doit être conscient de ce qui appelle et provoque : un changement réel. Changement de relations entre deux personnes qui se sont figées en une opposition inféconde, ou entre deux groupes, soit parce qu'ils s'ignorent, soit parce que chacun veut s'imposer radicalement à l'autre²⁵.

5. Faciliter la communication entre les parties

Par la médiation, il est possible d'augmenter le potentiel communicatif entre les sujets pour arriver à une résolution de leur problème de façon plus négociée et moins coercitive. Sous cet aspect, l'important est la satisfaction réelle des intéressés par les réponses aux questions posées et non pas une décision verticale, autoritaire, comme il arrive généralement dans les tribunaux brésiliens. Les décisions prises par les intéressés eux-mêmes signifient l'exercice de leur autonomie, puisque le citoyen a la chance de prendre une part active, en décidant sur ses propres intérêts²⁶. Dans ce cas, il y a restauration de l'autonomie et du dialogue en vue de la réparation ou de la création des liens sociaux, spécialement lorsque la médiation est faite dans des secteurs vulnérables et d'exclusion sociale. La médiation se constitue, dans ce contexte, comme un procédé pédagogique, puisque tous peuvent apprendre à propos de l'autre ainsi qu'à travailler les problématiques quotidiennes à travers le dialogue.

25 Jean-François Six, *Dinâmica da mediação [Dynamique de la médiation]*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 220.

26 José Eudardo Elias ROMÃO, *Justiça procedimental: a prática da mediação na teoria discursiva do Direito de Jürgen Habermas [Justice des procédures: la pratique de la médiation dans la théorie discursive du Droit de Jürgen Habermas]*. Brasília: Maggiore, 2005.

Enfin, la médiation est exercée par la communication dans le but d'une entente mutuelle, par l'approche des souhaits ou l'intégration des intérêts. La rationalité des fondements et des prises de décision fait que les accords sont effectivement valables²⁷, par la compréhension mutuelle et la coopération entre les intéressés.

B. Médiation et manifestation du droit

Les idées sur la signification du terme « droit » sont généralement rapprochées de l'ensemble des normes imposées à la société dans le but de la régler. L'étymologie de ce mot renvoie à ce qui est droit ou correct et elle est souvent associée à des commandements ou à des ordres qui doivent être respectés sous peine de sanctions. Pourtant, le droit ne doit pas se restreindre à ce qui est imposé aux individus par les institutions publiques, puisque dans la quête de la pacification sociale, selon le principe de justice, nous devons visualiser le droit au-delà du procès et de la juridiction.

Le droit constitue un phénomène social et se manifeste face aux besoins et demandes des individus. Ainsi, il perd sa raison d'être lorsqu'il est réduit aux lois imposées par l'État en une réalité où les gens sont des figurants inconscients d'une procédure formelle ayant sa fin en elle-même.

On doit voir le droit comme un moyen pour que les citoyens puissent participer et s'insérer dans la société. Le droit doit être l'instrument capable de pourvoir aux besoins des citoyens et pour qu'ils puissent résoudre leurs problèmes de façon consciente.

Dans ce contexte, parallèlement aux formes traditionnelles de manifestation du droit, nous avons développé d'autres façons de résoudre des problèmes et répondre aux demandes sociales. C'est le cas de la médiation, un moyen extrajudiciaire d'expression juridique qui se propose

27 Jürgen HABERMAS, *Para a reconstrução do materialismo histórico [Pour la reconstruction du matérialisme historique]*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1983.

d'élargir l'accès à la justice par l'intermédiaire du rachat de l'autonomie des individus.

C. *Médiation et manifestation de l'humain*

Au cours d'une médiation, nous tâchons de retrouver et de comprendre les intérêts réels des individus et des groupes sociaux. Qu'y a-t-il derrière une demande de divorce? Pourquoi des frères se disputent-ils pendant un procès d'inventaire? L'ex-épouse veut-elle vraiment une pension alimentaire pour son fils, ou bien veut-elle quelque chose de plus de son ex-mari? La personne qui a cherché l'aide de l'assistance judiciaire aimerait-elle intenter une action ou bien veut-elle simplement être écoutée? Les amendes environnementales imposées aux citoyens par la municipalité, sont-elles recouvrées correctement et sont-elles justes? Quelle réponse le secteur public peut-il donner aux problèmes d'urbanisation d'un quartier déterminé, dont les représentants ne sont pas reçus pour une réunion d'éclaircissements par les organes et les entités gouvernementales?

Il faut essayer de comprendre les causes pour trouver une résolution aux conflits. Nous ne pouvons pas orienter quelqu'un – ou un groupe – sans chercher à connaître la situation réelle. Dans ce sens, la recherche de compréhension de l'autre est caractéristique des procédures de médiation, ayant en vue que, quand nous n'arrivons pas à comprendre/s'occuper des aspirations des gens, la décision prise sera inefficace.

Au cours d'un procès judiciaire, il arrive souvent que les sentences des juges ignorent un individu et ses désirs. De là peuvent découler l'insatisfaction, la méfiance ou l'incompréhension de cet individu à l'égard du pouvoir judiciaire, ainsi qu'une difficulté de sa part à collaborer et à participer au procès. Notamment, par exemple, lorsqu'il s'agit de recours successifs au judiciaire de gens qui essaient – souvent vainement – de voir réformer des décisions déjà rendues ou produire des solutions adéquates à leur cas, situation qui, peut-être, n'est pas nécessairement possible par la voie judiciaire.

La connaissance des aspects sociologiques, philosophiques, psychologiques constitue, alors, un outil indispensable pour la réalisation d'une médiation, laquelle se caractérise comme une forme multidisciplinaire de résolution des problèmes.

Le médiateur doit exercer plusieurs rôles et pour ce faire, il est important d'avoir une interdisciplinarité dans les procédures. Il doit être préparé à écouter et comprendre les souhaits de chaque individu ou groupe, sans manifester de jugements de valeur à propos des discours qui lui sont présentés. Il est important d'avoir en vue la relativisation de l'idée de justice et de respecter ce que les deux parties considèrent être juste dans une médiation, puisque celle-ci est une forme compréhensive et démocratique de résoudre des problèmes. Dans ce contexte, le médiateur doit s'orienter de façon éthique, puisque l'application formelle de procédures préétablies ne sera pas suffisante face à une nouvelle situation, où les techniques/théories employées jusqu'alors ne seront pas adéquates²⁸.

Pour J.-F. Six, rendre l'autonomie à l'individu pour qu'il puisse résoudre son conflit constitue une tâche difficile, étant donné que, bien des fois, la personne se sent frustrée en voyant que c'est elle qui doit conduire sa vie²⁹.

Ainsi, la médiation est un procédé d'expression de l'humain, elle prend en compte des aspects émotionnels et relationnels, à partir du moment où elle se mêle des dilemmes intimes qui angoissent les gens et qu'elle doit promouvoir leur action selon les intérêts et besoins de chaque partie. La procédure en question se soucie de répondre aux souhaits des participants (raisonnement téléologique) et a en vue les acteurs, au détriment de n'importe quel formalisme. La restauration de l'autonomie des individus par une participation volontaire et consciente constitue un

28 Alberto Luiz Rodrigues TIMO, «Diálogos em Psicanálise e Direito» [Dialogues en Psychanalyse et Droit]. Palestra, Centro de Mediação e Cidadania da UFOP, 2010 (non publié).

29 Jean-François SIX, *Dinâmica da Mediação (Dynamique de la Médiation)*. Belo Horizonte : Del Rey, 2001.

aspect important pour la réalisation d'une médiation et, en général, pour l'intégration sociale.

D. Médiation et citoyenneté

Le médiateur/tiers impartial va donc collaborer à la résolution d'un problème, sans exercer aucune coercition sur les participants, lesquels doivent adhérer volontairement à la procédure. La résolution de la question apportée autour d'une table de médiation aura son origine chez les participants eux-mêmes, de façon telle que le médiateur servira d'appui le long des réflexions et des décisions prises. La médiation restaurera et facilitera le dialogue entre les intéressés qui y chercheront la compréhension réciproque.

La médiation cherche donc à ouvrir des voies de communication entre ses participants en rétablissant le dialogue et en rendant les intéressés plus proches les uns des autres, afin de résoudre pacifiquement et démocratiquement un problème. C'est par la participation et l'acceptation sociale, manifestée dans le dialogue/langage que le droit se constitue et acquiert sa légitimité par une médiation³⁰.

C'est bien le pouvoir de réflexion et de décision, donné à chaque personne ou groupe pour traiter des problèmes qui les harcèlent, qui renforce les accords signés. Les intéressés s'identifient avec ce qui a été résolu, puisque la décision prise exprime leurs droits réciproquement arrangés. L'accord est valable et reconnu comme légitime par les participants en tant qu'il est construit par eux-mêmes et qu'il y a entente et assentiment réciproque en ce qui concerne le problème. C'est ce qui rendra effectives les décisions obtenues par une médiation.

Les parties sont sujets actifs dans le procédé de construction des normes/décisions qu'elles doivent suivre. Ainsi, nous rendons possible, au moyen de la participation, le *social empowerment* (autonomisation sociale), compris

30 Cf. cette conception de médiation chez José Eduardo Elias ROMÃO, *Justiça procedimental*; a prática da mediação na teoria discursiva de Jürgen Habermas. [Justice des procédures: la pratique de la médiation dans la théorie discursive de Jürgen Habermas]. Brasília: Maggiori, 2005.

comme « [...] un processus de reconnaissance, de création et d'utilisation de ressources et d'instruments par les individus, les groupes et les communautés entre eux et dans leur environnement, qui se traduit par une augmentation de pouvoir – psychologique, socioculturel, politique et économique – qui permet à ces sujets d'avoir une plus grande efficacité dans l'exercice de leur citoyenneté. »³¹.

Pour Azevedo, dans la médiation, l'autonomisation sociale vise « [...] la quête, par la restauration du sens, de valeur et pouvoir de chaque partie, pour que celle-ci soit apte à mieux résoudre les conflits à venir »³² et à l'émancipation des individus, qui exercent « [...] leur capacité d'autonomie critique et d'interaction dialogique pour le jugement de la question. »³³

Des gens et des groupes qui autrefois étaient éloignés des services judiciaires arrivent, non seulement à avoir accès au droit, mais aussi à participer à sa construction. Dans cette perspective, nous parvenons à la médiation comme déclencheur de la citoyenneté et de l'inclusion sociale.

Le « droit à l'accès » est ce qui rend possible l'effectivité des autres droits, étant donné que l'idéalisation d'un droit n'est pas suffisante, mais qu'il faut qu'il soit demandé pour se concrétiser. D'après Mauro Cappelletti, cité par Carlos Vasconcelos :

Le droit d'accès effectif se voit progressivement reconnu comme ayant une importance capitale face aux nouveaux droits individuels et sociaux, en considérant que la titularité des droits n'a pas de sens, en l'absence de mécanismes pour sa revendication effective. L'accès à la justice

31 Carla PINTO, « Empowerment: uma prática de serviço social » [Empowerment: une pratique de service social]. Política social, Lisboa, ISCSP, 1998, pp. 247-264.

32 André GOMMA DE AZEVEDO [et al.] [organisateur]. Manual de mediação judicial. [Manuel de médiation judiciaire]. Ministério da Justiça, Brasil, 2009, p. 56.

33 Camila Silva NICÁCIO, Renata Camilo de OLIVEIRA, « Mediação como exercício de autonomia entre promessa e efetividade » [La médiation comme exercice d'autonomie entre promesse et effectivité]. In: Flávio Henrique Unes PEREIRA, Maria Tereza Fonseca DIAS (Org.), *Cidadania e inclusão social*, estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin, Belo Horizonte: Fórum, 2008. P. 118.

peut donc être vu comme la condition fondamentale – le droit de l’homme le plus essentiel – d’un système juridique moderne et égalitaire qui veuille garantir et non seulement proclamer le droit de tous. [...] L’accès à la justice n’est pas qu’un droit social fondamental, de plus en plus reconnu ; il est aussi nécessairement, le point central du droit procédural moderne. Son étude présuppose un élargissement et un approfondissement des objectifs et méthodes de la science juridique moderne.³⁴

La médiation dans sa composante juridique, donc, contribue à la promotion de la citoyenneté et à l’élargissement de l’accès à la justice selon une culture juridique tournée vers l’accueil aux demandes de la société. L’incitation à la pratique de la médiation oriente à nouveau aussi bien le droit que le pouvoir judiciaire même, dans le sens de la citoyenneté et de l’émancipation sociale, au détriment de l’assistanat qui, bien souvent, caractérise le développement des projets publics interactifs avec les communautés.

II. Le fonctionnement du Centre de Médiation et Citoyenneté

A. Étapes de la mise en place du Centre de Médiation et Citoyenneté

Les études et recherches réalisées pendant l’exécution du *Projet Pacifier*, avant la mise en place du Centre de Médiation et Citoyenneté sont décrites ci-après, en montrant les étapes diversifiées et caractéristiques du processus créatif du Centre :

1 - Processus d’habilitation, capacitation de tiers (étudiants et professeurs du cursus juridique) dans la procédure de médiation, par un spécialiste dans ce domaine, lequel agit dans le Programme de média-

tion de conflits, et visites techniques aux centres de médiation à Belo Horizonte.³⁵

- 2 - Lecture d’auteurs et chercheurs sur le thème, afin de connaître à fond les propositions de médiation actuelles, ainsi que leur processus de création et de connaissance des principaux piliers de cette méthode ;
- 3 - Construction d’un concept particulier ou propre de ce qu’est la médiation pour la réalité d’Ouro Preto, ayant en vue les possibilités locales, ainsi que les spécificités de la communauté. Cette étape a visé une appropriation de ce qui est déjà consolidé sur la médiation et son adéquation aux conditions locales, pour que les médiations à venir soient appropriées ;
- 4 - Questionnaires adressés aux dirigeants d’associations en général, à Ouro Preto, afin d’obtenir des renseignements et pouvoir vérifier les demandes et problèmes locaux ;
- 5 - Compilation et analyse des données recueillies à travers les questionnaires et élaboration d’un diagnostic sur les besoins et carences des habitants de la ville, spécialement dans le domaine juridique et pour l’accès à la justice ;
- 6 - Études sur ces thèmes principaux indiqués dans le diagnostic des entités sociales d’Ouro Preto pour répondre, de manière responsable et en connaissance de cause, aux problèmes de la population ;

³⁴ Carlos Eduardo de VASCONCELOS, *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. [Médiation de conflits et pratiques restauratrices]. São Paulo: Método, 2008, p. 43.

³⁵ Le Programme de Médiation des Conflits a son origine méthodologique dans un partenariat entre le Secrétariat d’État à la Défense Sociale à travers le Programme Pôles de Citoyenneté, projet d’extension développé par la Faculté de Droit de l’Université Fédérale de Minas Gerais. Au Programme Pôles, les Centres de Médiation et Citoyenneté, se constituent en utilisation de la méthodologie de la médiation de conflits comme proposition d’accès et garant des droits humains fondamentaux pour des groupes en situation d’exclusion sociale. (Cf. MINAS GERAIS, *Mediação e cidadania: programa mediação de conflitos* – ano 2010 [Médiation et citoyenneté: programme médiation des conflits – an 2010]. Sandra Mara de Araújo Rodrigues *et al.*, colaborador. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. p. 12.

- 7 - Ouverture et début des activités du Centre de médiation, dans l'édifice où fonctionne le «Service d'assistance judiciaire», et divulgation des activités qui y sont développées, suivie d'explication de la procédure à la population;
- 8 - Étude des résultats du Centre en fonctionnement, pour vérifier son efficacité et son effectivité à offrir une possibilité de solution des conflits citoyens hors du modèle judiciaire et obtenir du succès dans cette tâche;
- 9 - Rapporter ce résultat avec les recherches préalables et arriver à une réponse pratique et vécue à propos de l'efficacité de «l'autonomie des méthodes» et de l'avantage de la «multidimensionnalité» des conflits au détriment du «découpage» du conflit.

Il s'agit d'un travail spécifique à Ouro Preto, mais qui peut servir d'aide théorique à d'autres expériences en des localités diverses.

B. L'accueil des cas

Le Centre de Médiation et Citoyenneté est intégré et fonctionne dans le même espace physique que le Service d'assistance judiciaire. Ce fait constitue une démonstration que la médiation va à côté du procès judiciaire et ne doit pas être vue comme une alternative à celui-ci, puisqu'elle est un moyen indépendant et non pas accessoire à la juridiction.

Pendant la mise en place du Centre de Médiation et Citoyenneté et la capacitation des médiateurs, nous avons vu apparaître des particularités, face auxquelles les agents engagés ont été obligés de penser à nouveau les approches et d'adapter l'accueil aux citoyens. Les demandes du Centre de Médiation et Citoyenneté peuvent être directes, indirectes ou par orientation.

La demande directe est celle où les gens cherchent la médiation pour résoudre un problème déterminé. En considérant que la médiation est une ressource récente au Centre de Médiation et Citoyenneté, elle est encore le moyen le moins commun d'accueil des cas. Selon la littérature sur le sujet, la médiation étant une forme plus récente de solution

des problèmes, elle jouit de moins de prestige sur diverses scènes: à Ouro Preto, dans des quartiers périphériques de Belo Horizonte, comme le *Jardim Felicidade*, entre autres³⁶.

Dans le but de changer cette réalité, nous développons un programme de divulgation des activités du Centre de Médiation et Citoyenneté et du rôle de la médiation pour la solution des problèmes individuels et de groupes organisés. Le retour dans des communautés visitées pendant la phase de recherche diagnostique des entités organisées de la commune a pour but de créer ou de renforcer des liens et intégrer les médiateurs aux mouvements sociaux organisés d'Ouro Preto. En outre, nous cherchons à promouvoir des capacitations communautaires et des réunions des associations d'habitants pour divulguer la médiation. Les problèmes surgis dans cette activité sont liés aux difficultés de mobilisation des communautés exclues et à l'idée même de médiation. Le concept de médiation est complexe et délicat à expliquer et les explications doivent être à la portée des gens et faites de façon à éveiller leur intérêt et leur confiance dans cette forme d'accueil de demandes et de résolution des problèmes, au contraire de celle qui est traditionnellement exercée.

La forme indirecte, à son tour, serait celle où la personne ne prédétermine pas quelle est la façon de résoudre le conflit – judiciaire ou extrajudiciaire.

Dans ce cas-là, le premier accueil est fait par un stagiaire du Service d'assistance judiciaire, accompagné d'un médiateur. Nous écoutons le rapport d'un cas et nous cherchons à le classer comme destiné à la pratique judiciaire ou

36 Camila Silva NICÁCIO, Renata Camilo de OLIVEIRA, «A mediação como exercício de autonomia: entre promessa e efetividade» [La médiation comme exercice d'autonomie: entre promesse et effectivité]. In: Flávio Henrique Unes PEREIRA, Maria Tereza Fonseca DIAS (org.). *Cidadania et inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 111-120; Camila NICÁCIO, «Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça?» [Droit et médiation de conflits: entre métamorphose de la régulation sociale et administration plurielle de la justice?] *Revista Meritum*, Belo Horizonte, sous presse.

comme susceptible de médiation, comme nous l'expliquons en détail plus loin.

Il peut y avoir, en plus, des orientations aussi bien du Service d'assistance judiciaire vers le Centre de médiation comme dans le sens inverse. Le Service d'assistance judiciaire oriente vers le Centre, des problèmes dont la solution n'a pas été trouvée par la voie judiciaire. Nous devons faire attention à éclairer, à propos de la médiation, les gens à qui l'on conseille de prendre cette voie, pour qu'ils l'acceptent et qu'elle puisse se développer, étant donné, comme nous avons déjà dit, que la procédure en question dépend étroitement de son caractère volontaire. Le Centre de Médiation et Citoyenneté, de son côté, oriente vers le Service d'assistance judiciaire, des problèmes dont la solution, n'étant pas trouvée de façon consensuelle, pourraient être résolus par la voie judiciaire.

Parallèlement à la juridictionnalisation d'une action, il peut y avoir une médiation avec les parties au procès. Nous devons dire que plusieurs cas accueillis par le Centre de Médiation et Citoyenneté étaient déjà en cours devant l'autorité Judiciaire d'Ouro Preto. Ceci confirme que l'idée d'alternative, selon laquelle la médiation est souvent vue, n'est pas valable et vient encore illustrer les essais de recherche, pour chaque situation, la manière adéquate à la solution d'un problème ou à l'orientation de quelqu'un.

C. Le développement de la médiation

Dans la médiation, il n'existe pas de procédure particulière et tout à fait consolidée qui doit être nécessairement respectée. Cela veut dire qu'il y a plusieurs types de procédures de médiation, lesquelles varient selon les influences, les expériences ou les études réalisées sur le thème.

La procédure peut comprendre trois phases distinctes : accueil et reconnaissance du problème (1), compréhension de la situation (2) et, enfin, entretiens visant à la résolution du problème (3)³⁷.

1. Accueil et reconnaissance du problème

Lors du premier entretien nous essayons de reconnaître dans le problème rapporté, s'il y a une possibilité de médiation ou si c'est un cas de résolution par adjudication.

Le médiateur, conjointement avec un stagiaire du Service d'assistance judiciaire demande à la personne d'exposer son cas, en lui montrant de l'intérêt, en identifiant si le cas peut avoir une solution par la voie de la médiation ou non. Il est nécessaire d'écouter le sujet attentivement et d'observer ses expressions et ses états d'âme, en lui demandant la permission pour prendre des notes. Dans l'hypothèse de l'adjudication, le cas est sous la responsabilité directe des gens du Service d'assistance judiciaire, mais selon la situation – et si la médiation n'arrive pas à bon terme – un acheminement postérieur au Service d'assistance judiciaire est possible, quand il n'y a pas, par exemple, de libre volonté de la part de l'un des participants.

Au cas où la personne accepterait le dialogue et la médiation, il est nécessaire de lui expliquer brièvement en quoi consiste la médiation, la définir, en lui présentant le Centre de Médiation et Citoyenneté, comment celle-ci a lieu et ses avantages par rapport à l'adjudication. S'il y a une possibilité de médiation, nous devons admettre que la question n'est pas seulement juridique, mais plutôt sociale, psychologique. Ensuite, nous informons la personne que la procédure est confidentielle et nous lui demandons, ainsi qu'aux autres fonctionnaires du Centre, (stagiaires et médiateurs) de signer une clause de confidentialité. Enfin, après l'écoute attentive du rapport du cas, nous demandons s'il y a une possibilité d'établir un dialogue avec l'autre ou les autres personnes impliquées. Si la réponse est positive, la médiation passe à la deuxième phase.

Pour illustrer la tentative des médiateurs d'identifier dans quels cas la médiation ou le procès judiciaire est convenable, nous avons fait ci-dessous la comparaison entre deux situations, en nous basant sur les expériences vécues par le Centre de Médiation et Citoyenneté.

³⁷ La procédure ici proposée a été développée à partir de José Eduardo Elias ROMÃO, *Justiça procedimental: a prática da mediação*

na teoria discursiva do Direito de Jürgen Habermas. Brasília: Maggiore, 2005.

Au cours d'un certain accueil, une femme a exprimé tout d'abord la prétention d'intenter une action afin que le père de son fils paye la pension alimentaire due à l'enfant. D'après cette femme, il lui payait ponctuellement la pension jusqu'au moment où il est tombé au chômage et a cessé d'accomplir son devoir. Après cette période, il a réussi à obtenir un emploi, mais depuis, il n'a pas repris le paiement de la pension alimentaire de l'enfant.

La femme n'avait pas parlé avec le père de l'enfant à ce sujet, et quand nous lui avons présenté la possibilité de la médiation, elle s'est montrée assez réceptive et a avoué qu'elle était un peu gênée de porter plainte contre le père de l'enfant, car elle craignait sa réaction ou qu'«il se mette en colère».

Une autre situation qui concerne le problème de paiement de la pension alimentaire, est illustrée par l'histoire d'une femme qui a été accueillie avec son enfant chez sa mère. Le père de l'enfant ne payait pas la pension alimentaire et c'était la grand-mère qui se chargeait d'en payer les dépenses. La grand-mère se plaignait de ne pas avoir assez d'argent et disait qu'elle avait besoin de l'aide du père, lequel avait perdu son emploi peu avant que l'accueil ait eu lieu. Cependant, même quand il avait un emploi, il ne payait pas la pension. Selon ce qui était rapporté, ce n'était pas par manque de dialogue, puisqu'elles téléphonaient souvent au père de l'enfant pour solliciter la pension et chaque fois il promettait de la verser à une heure déterminée. Néanmoins, quand elles allaient à la banque, il n'avait pas versé la somme, ce qu'elles interprétaient comme le fait que le père se moquait d'elles et n'aidait pas aux dépenses pour l'éducation de son fils. Nous pouvons vérifier que dans ce cas, il n'y avait pas d'obstruction des canaux de communication entre les gens en question, mais plutôt le manque d'intérêt du père à les aider financièrement dans l'entretien et l'éducation du mineur. Ainsi, nous avons conclu que la proposition d'une action judiciaire, visant à répondre aux intérêts de l'enfant, serait plus convenable.

2. Compréhension de la situation

La deuxième phase de la procédure de médiation est celle de la compréhension de la situation par les médiateurs et les professeurs/professionnels. Dans une réunion hebdomadaire, le médiateur responsable de l'accueil leur rapporte le cas et ensuite les médiateurs réunis prennent des notes pour que le cas soit conduit et résolu de la meilleure façon possible (il se peut que plus d'un médiateur accueille le cas conjointement avec un stagiaire du Service d'assistance judiciaire, car, en général, il y a deux médiateurs et un stagiaire). Ensuite, nous envoyons une lettre-invitation à l'autre partie impliquée ou nous la contactons par téléphone. La lettre doit contenir un bref éclaircissement de la médiation, ses avantages, comment fonctionne le Centre de Médiation et Citoyenneté et des expressions qui concernent l'invitation proprement dite, pour qu'elle comprenne qu'elle est invitée à participer à une médiation qui a trait à sa personne.

Si le contact se fait par téléphone, les éclaircissements sur la médiation et le fonctionnement du Centre doivent aussi être communiqués.

Si l'autre partie impliquée n'accepte pas l'invitation à la médiation, celle-ci est tout de suite considérée comme terminée, et ce fait doit être communiqué à la personne qui a contacté le Centre, à qui l'on conseillera de chercher un autre accueil auprès du Service d'assistance judiciaire, si elle y trouve intérêt. Dans ce cas, la médiation est terminée faute de volonté de l'autre partie.

Si l'autre personne l'accepte, nous fixons un rendez-vous avec elle pour pouvoir écouter son récit du cas. Le médiateur doit commencer l'entretien en parlant du récit de l'autre partie, mais sans entrer dans des détails, en permettant que l'autre prenne l'initiative de raconter sa version des faits. De même, l'écoute doit être attentive, en observant les interlignes qui existent dans la parole du participant. Après avoir pris des notes, le médiateur demande s'il est possible de fixer un rendez-vous avec l'autre partie pour que la question puisse être résolue.

S'il le faut, avant le rendez-vous avec les deux parties, nous leur demandons des documents en vue d'une analyse par les médiateurs et professionnels pour que tout soit fait conformément à l'ordonnancement juridique.

3. Entretiens visant à la résolution du problème

Dans la troisième phase, où ont lieu les rendez-vous avec les deux parties ensemble pour la solution du problème, nous devons souligner que ce sont les parties impliquées qui doivent prendre les décisions au sujet de leur cas. Le médiateur facilite la procédure et administre la situation pour qu'il n'y ait pas d'emploi de mots ou de gestes agressifs. Les deux médiateurs doivent mettre en relief que la médiation est une procédure caractérisée par l'autonomie des acteurs, l'informalité, l'absence d'hostilité, la coopération et la confidentialité. Nous devons souligner aussi qu'il y a une grande possibilité que les parties obtiennent des solutions satisfaisantes.

Les médiateurs doivent aider les participants à reconnaître les prétentions de l'un et de l'autre pour qu'il y ait coopération et compréhension mutuelle. Ils doivent également reconstruire les discours du conflit visant à la compréhension de leurs différends et à la recherche de l'entente. Le langage commun doit être connecté avec le droit pour que les gens puissent s'en approcher et le comprendre. Par l'intercompréhension, tous doivent identifier les questions, les intérêts et les sentiments. C'est dans cette phase que les propositions pour la solution du conflit doivent être appréciées.³⁸

S'il y a accord, celui-ci doit être rédigé, pouvant devenir un titre exécutoire extrajudiciaire. Dans cette situation, nous devons suivre le cas pendant un certain temps (par lettres ou téléphone), pour vérifier l'accomplissement de l'accord et la satisfaction des parties avec les résultats de la médiation.

Dans le cas d'un désaccord, la procédure se termine par une déclaration écrite par le médiateur et signée par les participants. Si les participants ont mieux compris la situation, l'un de l'autre, à travers le dialogue, s'ils ont compris leurs possibilités, les alternatives de solution du problème et la capacité d'exercice de l'autonomie, on peut déjà dire que la médiation a contribué à l'effectivité de la citoyenneté et à l'intégration sociale et qu'elle a réussi même s'il n'y a pas de consensus ou d'accord.

D. Défis du Centre de Médiation et Citoyenneté

En réfléchissant sur quelle forme de proposition l'installation d'un Centre de médiation pour servir à la communauté peut offrir à la crise du modèle judiciaire et à une procédure d'inclusion sociale, surgit le questionnement sur l'efficacité de la médiation, dans le sens de décentraliser la résolution des conflits vis-à-vis du modèle judiciaire, et notamment de rétablir la participation des citoyens dans la solution de leurs propres problèmes.

La structure physique du Centre de Médiation et Citoyenneté a été montée juste dans l'endroit où a lieu l'assistance juridique, ce qui offre un champ de résultats intéressants. Cette proximité du Service d'assistance judiciaire pourra apporter aussi quelques problèmes, puisque la population n'a pas encore connaissance des procédures de cette nouvelle méthode. Cette méconnaissance pourra aboutir à une méfiance vis-à-vis des médiateurs, qui ne sont pas avocats, comme l'attend le citoyen intéressé. Par contre, il se peut que cette proximité aboutisse à un aspect positif de la procédure, car le choix de la médiation par le citoyen moyen sera de nature volontaire, ce qui confirme l'autonomie des parties et la volonté du citoyen de voir son conflit analysé par les médiateurs et par eux-mêmes.

Nous encourageons une telle proposition visant à observer la viabilité et la demande effective du Centre de Médiation et Citoyenneté, comme une forme d'approche de la justice du citoyen moyen et ainsi d'adoucir le sentiment de discrédit vis-à-vis du pouvoir judiciaire et de la justice. C'est le sujet social lui-même qui doit résoudre ses ques-

38 José Eduardo Elias ROMÃO, *Justiça Procedimental: a prática da mediação na teoria discursiva do Direito de Jürgen Habermas*. Brasília: Maggiore, 2005.

tions, et qui parfois a besoin d'un intermédiaire, quelqu'un qui puisse organiser le dialogue, dans le but de susciter la compréhension et de faciliter l'arrivée d'un accord (réalisation d'entente et approche pacifique des désirs), ou tout simplement la compréhension du conflit.

Considérations finales

L'expérience du Centre de Médiation et Citoyenneté auprès du Service d'assistance judiciaire a constaté que la médiation, parmi les mécanismes de solution de litiges – tels que la négociation, l'adjudication, l'arbitrage et la conciliation – est le seul moyen capable d'encourager la pratique citoyenne d'individus, groupes, enseignants, étudiants du cursus juridique en aboutissant à quelque chose qui se traduise par la croissance de leur autonomie et la participation devant les difficultés auxquelles ils font face collectivement.

La médiation ne concerne pas seulement les conflits, elle n'est pas qu'une forme de solution purement et simplement judiciaire, mais un travail sur la compréhension et un rapprochement des désirs. D'où la nécessité de son interdisciplinarité, puisqu'elle ne traite pas strictement de questions juridiques, mais aussi de questions sociales et collectives.

Le diagnostic sur les configurations sociales à Ouro Preto a montré la nécessité de renforcer les mouvements collectifs de la ville, étant donné que la plupart des gens ne possède pas d'accès aux institutions existantes qui contribuent à la solution de conflits individuels et collectifs et à l'exercice de la citoyenneté des groupes sociaux. Quant à la formation des professionnels dans le domaine juridique et aux relations du Service d'assistance judiciaire avec les organismes collectifs, nous avons observé que les modèles actuels de la Clinique juridique, déjà mis en place et en fonctionnement dans les cursus juridiques, ne sont pas encore capables de construire des modèles de défense des droits humains et de la citoyenneté, qui puissent faire croître l'accès à la justice, et n'offrent pas non plus les contenus nécessaires à la formation des nouveaux profils des professionnels du Droit.

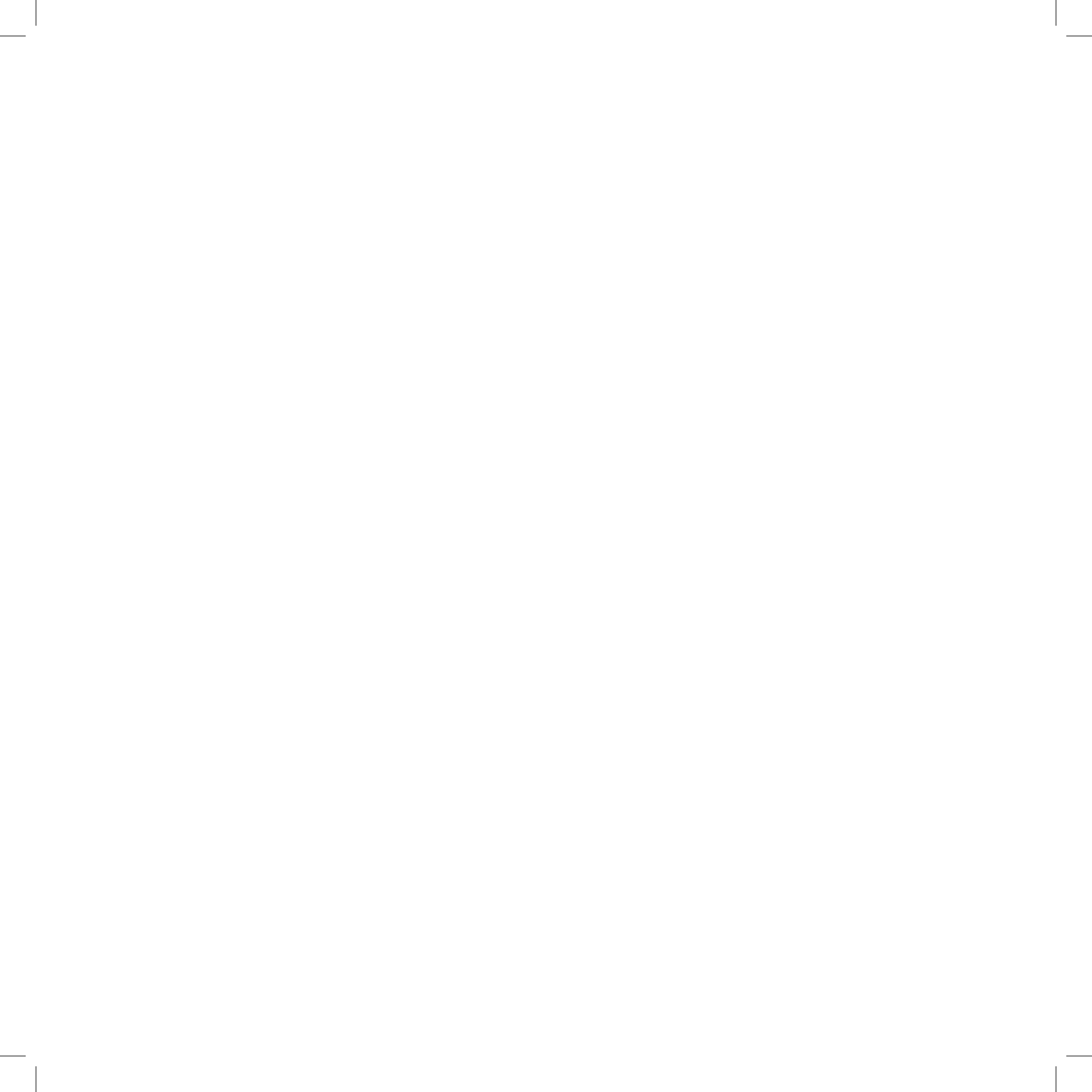
Considérant l'approfondissement théorique obtenu et le diagnostic préliminaire réalisé, la recherche déve-

loppée dans le *Projet pacifier* propose la mise en place de la pratique de la médiation dans la Clinique du droit de l'Université. Ceci considérant qu'elle peut contribuer à la désobstruction des sphères judiciaires et déplacer l'accès au droit vers des publics qui n'ont pas encore été atteints par l'accueil juridique et par la recherche de l'entente – ce que la pratique juridique traditionnelle, par le biais de la juridictionnalisation n'arrive pas à atteindre.

BIBLIOGRAPHIE

- AZEVEDO, André Gomma (org.). *Manual de Mediação Judicial*. (Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD), 2009.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). IBGE – Cidades. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/cidadesat/topwindow.htm?1>> Acesso em: 17 mar. 2011.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Reforma do Judiciário-Projeto Pacificar-Pronasci. Fomento à Prática da Mediação nas Faculdades de Direito. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJDA9EC2A8ITEMID6E99517B14514451AB562CBFBB12F702PTBRNN.htm>. Acesso em 11 jan. 2010.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca. (org.) *Mediação, cidadania e emancipação social: a experiência da implantação do Centro de Mediação e Cidadania da UFOP e outros ensaios*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 235p.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. (Re) Pensando a inserção da universidade na sociedade brasileira atual. In: SOUSA JR., José Geraldo de. [et al.] (organizadores). *Educando para direitos humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na universidade*. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 55 – 69.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LIMA, Paula Gabriela Mendes. *Pedagogia da emancipação: desafios e perspectivas para o ensino das ciências sociais aplicadas no Século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Tradução Luiz Moreira. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- MOORE, Christopher W. *O processo de mediação*. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- NICÁCIO, Camila Silva. Mediação para a autonomia: alteridades em diálogo. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca. (org.) *Mediação, cidadania e emancipação social: a experiência da implantação do Centro de Mediação e Cidadania da UFOP e outros ensaios*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- NICÁCIO, Camila Silva; OLIVEIRA, Renata Camilo de. A mediação como exercício de autonomia: entre promessa e efetividade. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Org.) *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 111-120.
- NICÁCIO, Camila. Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça? *Revista Meritum*, Belo Horizonte; No prelo.
- NICOLAU, Gilda. Enseigner et penser le droit avec des «non juristes» et avec des juristes qui doutent. *Jurisprudence - revue critique 2010*, Université de Savoie-Lextenso, p. 163-180.
- ROMÃO, José Eduardo Elias. *Justiça Procedimental: a prática da mediação na teoria discursiva do Direito de Jurgen Habermas / Brasília: Maggiore, 2005*.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 52.
- SIX, Jean François. Les temps des médiateurs (O tempo dos mediadores), Paris, Le Seuil, 1990; ch. 4 «O que é um mediador?», p. 195-226.
- TIMO, Alberto Luiz Rodrigues. «Diálogos em Psicanálise e Direito». Palestra, Centro de Mediação e Cidadania da UFOP, 2010. (não publicada).

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO. Pró-Reitoria de Graduação. Disponível em : <www.ufop.br>
VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.
WARAT, Luis Alberto. *Surfando na Pororoca*. O Ofício do Mediador, Florianópolis: Fundação Boêmios, 2004.



NOUVELLES TENDANCES DANS LES POLITIQUES PUBLIQUES BRÉSILIENNES POUR LA FORMATION DE MÉDIATEURS JUDICIAIRES : UNE ANALYSE DU MODÈLE FONDÉ SUR DES COMPÉTENCES

ANDRÉ GOMMA DE AZEVEDO*

Introduction

Au Brésil¹, l'usage de méthodes appropriées de résolution des conflits s'est accru progressivement dans les trente dernières années. Ce fut le cas notamment dans les six dernières années, lors de la mise en œuvre du Mouvement pour la conciliation au Conseil national de justice, et des initiatives du Secrétariat pour la réforme judiciaire au

ministère de la Justice, où il y a eu une importante évolution dans le domaine de la médiation et de la conciliation dans le cadre du pouvoir judiciaire. Avec cette expansion, plusieurs questionnements relatifs à l'efficacité institutionnelle des programmes de formation de médiateurs judiciaires ont été soulevés. Au Brésil, initialement quelques tribunaux ont offert des formations qui, au terme des cours, ne formaient pas de médiateurs actifs², mais sensibilisaient à l'importance de la médiation dans l'actualité. À un moindre degré, il existe encore aujourd'hui des cours qui ne forment pas de *médiateurs efficaces*. Cela parce qu'au terme d'un entraînement en techniques de médiation, on

* Juge de première instance au tribunal de l'État de Bahia (Brésil). Maître en Droit de l'Université de Columbia, New York EU. Membre du Comité de Gestion du Mouvement pour la Conciliation au Conseil National de Justice - Brésil. Professeur chercheur associé de la Faculté de Droit à l'Université de Brasília (FD/UnB). Instructeur de techniques de médiation/conciliation à l'École Nationale de Formation de Magistrats (ENFAM) et au Mouvement pour la Conciliation du Conseil National de Justice (CNJ). Il a été médiateur à l'Institut de Médiation et Résolution de Conflits (IMCR) et à la Cour des Petites Créances de Harlem, les deux à New York – EU.

1 Cf. André GOMMA DE AZEVEDO, *Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados*, André GOMMA DE AZEVEDO (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação* Vol. 3, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.

2 Naturellement, ces difficultés – et les solutions en découlant – ont été aussi trouvées dans d'autres pays. À ce propos voir Joseph B. STULBERG e B. Ruth MONTGOMERY, *Requisitos de Planejamento para Programas de Formação de Mediadores* in André GOMMA DE AZEVEDO, (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação* Vol. 2, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2002. Cet article fut originellement publié sous le titre *Design Requirements for Mediator Development Programs* dans Hofstra Law Review 15(3):499-533, in Hofstra Law Review Vol. 17:499, 1987.

souhaite que le médiateur soit effectivement capable d'aider les parties à mieux communiquer entre elles, à percevoir le conflit de manière plus efficace, à mieux négocier, à mieux gérer quelques émotions, tout cela parmi d'autres actions de facilitation et de rapprochement des parties.

En raison du fait que les candidats étaient sélectionnés, et les médiateurs judiciaires certifiés, par leur organisme de gestion respectif, on trouvait au Brésil un vaste panel de modèles pédagogiques dédiés à la formation des médiateurs. Cela était en partie dû aussi au fait que les programmes variaient beaucoup quant aux perspectives concernant les attributions du médiateur judiciaire. Initialement, quelques tribunaux acceptaient la possibilité que les médiateurs suggèrent des solutions – agissant ainsi comme des médiateurs-évaluateurs³ – et qu'ils travaillent même sans aucun entraînement formel préalable en médiation ou sans comprendre ce qui est attendu d'un médiateur.

À l'heure actuelle, les politiques publiques⁴ établissent, dans leurs grandes lignes, que les principales attributions du médiateur consistent à développer un champ de communication, en fonction duquel les parties prenantes peuvent arriver à un accord et, par conséquent, résoudre des conflits de façon convenable. Il est ainsi établi que le but de la démarche de médiation est de faciliter le processus décisionnel au moyen duquel des parties en conflit trouvent un compromis.

En acceptant la médiation, les parties en litige s'engagent à participer à un processus dans lequel le but consiste à développer des engagements concrets pour agir d'une cer-

taine façon, visant à la résolution d'un litige⁵. Les parties articulent les questions de fond du conflit et cherchent à le résoudre par l'intermédiaire de négociations facilitées par un tiers – le médiateur – dans lesquelles, elles doivent, d'un commun accord, adopter des solutions proposées ou élaborées. Éventuellement, si aucune proposition n'est considérée comme acceptable, les termes de la négociation sont identifiés et les négociations prennent fin.

Dans ce sens, un des principaux points de cette nouvelle démarche consiste, généralement, à attribuer au médiateur la fonction de faciliter des communications. Dans cette perspective, il devient un catalyseur de négociations et même un « recontextualisateur » de la situation factuelle de conflit qui permet aux parties prenantes d'apercevoir le litige et communiquer autrement, et éventuellement, de mieux négocier. C'est ainsi, que l'on définit de façon générale, le but générique de l'entraînement en médiation.

Soulignons que, indépendamment de l'approche utilisée par le médiateur – qu'elle soit narrative⁶, circulaire-narrative⁷, transformatrice⁸, transformatrice-réflexive, dialogique⁹, ou autre – on espère du médiateur qu'il soit capable de faciliter une communication entre les parties prenantes de façon à ce qu'elles puissent mieux se comprendre grâce à l'interaction ou au travail du médiateur lui-même.

3 Cf. Leonard RISKIN, *Compreendendo as Orientações, Estratégias e Técnicas do Mediador: Um Mapa para os Desorientados* in André GOMMA DE AZEVEDO (Org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação* Vol. 1, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1999. Cet article fut publié dans *Harvard Negotiation Law Review* Vol. 1:7, 1996 sous le titre *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Guide for the Perplexed*.

4 La Résolution n 125 du 29 novembre 2010 du Conseil National de Justice, concernant la politique judiciaire nationale de traitement adéquat des conflits dans le cadre du Pouvoir Judiciaire, prévoit certains paramètres initiaux de contenu programmatique pour des formations en médiation.

5 Joseph STULBERG, *Design Requirements for Mediator Development Programs*, *Hofstra Law Review* 15(3):503; cf. BARUCH BUSH, *Mediation and Adjudication, Dispute Resolution and Ideology: an imaginary Conversation* *Revista Contemporary Legal Issues* n. 3, 1-6, 1990, p. 12.

6 Cf. John WINSLADE, et Gerald MONK, *Narrative mediation: a new approach to conflict resolution*, San Francisco: Jossey-Bass, 2000.

7 Cf. Sara COBB, *Empowerment and mediation: A narrative perspective*, *Negotiation Journal* volume 9, n. 3, p. 245-259.

8 Cf. Joseph FOLGER et Robert BARUCH BUSH, *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1994.

9 Les médiations transformatrices-réflexives et dialogiques sont des approches de ce processus de médiation/conciliation basées sur des pratiques empiriques non enregistrées dans des ouvrages doctrinaires qui les définissent spécifiquement.

I. Dimensions d'un programme de formation de médiateurs

La question de la manière dont un individu est préparé pour devenir un médiateur a déjà reçu beaucoup d'attention dans la doctrine spécialisée¹⁰. Lors de la conception d'un programme de formation, le premier mouvement consiste à identifier les besoins d'entraînement et, par conséquent, les objectifs. Pour autant une connaissance des composantes théoriques, habiletés, attitudes et résultats organisationnels souhaitables est nécessaire.¹¹

Le processus de développement des compétences en médiation, suivant l'orientation prévalente de la doctrine¹², consiste en cinq volets corrélés : A) sélection ; B) apprentissage théorique ; C) observation de la pratique de la médiation ; D) stage supervisé et E) évaluation de la satisfaction des usagers au terme du stage supervisé.

10 V. Stephanie A. HENNING, *A Framework for Developing Mediator Certification Programs*. 4 Harvard Negotiation Law Review. 189, 1999 ; Robert A. BARUCH BUSH, *One Size Does Not Fit All: A Pluralistic Approach to Mediator Performance Testing and Quality Assurance*. Ohio State Journal on Dispute Resolution. N. 19 ; Joseph B. STULBERG et Lela P. LOVE, *Conducting the Mediator Skill-Building Training Program*, Michigan Supreme Court: State Court Administrative Office, 1997 ; Gregg B WALKER, *Training Mediators: Teaching About Ethical Concerns and Obligations*, *Mediation Quarterly* Vol. 9 n. 33, 1988 ; Linda FISHER, *Managing Programmes, Quality Control and Training*, in Jane MUGFORD (ed.), *Alternative Dispute Resolution*, Canberra: Australian Institute of Criminology, p.285 ; Christopher W MOORE, *Training Mediators For Family Dispute Resolution*, 2 *Mediation Quarterly* N 79 1983 ; Sarah Childs GREBE, *Family Mediation Training Programs: Establishing Standards*, Nova Iorque: Wiley, 19 *Mediation Quarterly* 13, 1988 ; Suzanne J. SCHMITZ, *What Should We Teach in ADR Courses? Concepts and Skills for Lawyers Representing Clients in Mediation*, Harvard Negotiation Law Review n. 6, 189, Avril 2001, et Joseph B. STULBERG et B. Ruth MONTGOMERY, *Requisitos de Planejamento para Programas de Formação de Mediadores* in André GOMMA DE AZEVEDO (Org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol. 2*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2002.

11 Joseph B. STULBERG *et al.*, *op. cit.* p. 509.

12 Voir note 11 ci-dessus.

A. Sélection

Une partie substantiellement importante de la démarche de formation des médiateurs judiciaires consiste dans la sélection des candidats au programme de formation. Les auteurs¹³ recommandent des entretiens avec les intéressés de façon à vérifier leur connaissance de la médiation et le degré réel d'adhésion au programme de médiation. Souvent, plusieurs intéressés – qu'ils soient des fonctionnaires du pouvoir judiciaire ou des bénévoles externes – participent à la formation sans bien comprendre quelles sont les tâches attendues d'un médiateur, ou bien, seulement pour comprendre ce que c'est la médiation. Dans ces cas, on a vu, au Brésil comme aussi ailleurs, des réponses plutôt négatives dans les phases suivantes de la formation. Nous recommandons donc, que lors de ces entretiens soit vérifiée la prédisposition du candidat à s'engager dans un programme à moyen ou long terme, aussi bien qu'une nécessaire implication, puisque l'on espère qu'un nouveau médiateur, outre les cours théoriques, poursuive l'approfondissement de ses connaissances par l'intermédiaire de lectures complémentaires. Une autre pratique qui a montré des résultats assez positifs, dans les programmes dans lesquels participent des bénévoles externes, consiste à sélectionner des participants qui sont professionnellement bien établis pour offrir quelques heures de leur temps par semaine, ou même par mois, afin de valoriser le travail bénévole (très qualifié) auprès du programme de médiation judiciaire. À titre d'exemple, dans des programmes comme ceux des tribunaux de justice des États de Bahia et de Rio de Janeiro, il y a des professeurs docteurs¹⁴ qui ont suivi des séances de perfectionnement et qui souvent, interviennent en tant que médiateur seulement quatre heures par semaine voire moins. L'importance de ce travail bénévole de haute qualification est significative, car il encourage d'autres bénévoles hautement qualifiés.

13 Joseph B. STULBERG *et al.*, *op. cit.* p. 510.

14 Premier grade de professeurs à l'université.

B. Formations théoriques en médiation

Le volet théorique de la formation en médiation, conduit normalement de manière assez pragmatique, est un point essentiel dans certains programmes de formation en médiation judiciaire au Brésil. On rencontre très souvent des formations qui survalorisent la partie théorique au point d'allouer 100, 160 ou même 360 heures pour de la théorie dans le cours de médiation¹⁵. Malheureusement, de nombreux instructeurs au Brésil ont tardé à voir « qu'il n'y a rien de plus pratique que de la bonne théorie¹⁶ ». Pour plusieurs d'entre eux, l'importance d'un bon entraînement théorique, une connaissance qui peut être immédiatement vérifiée par le participant lui-même, n'a pas été perçue quant à son utilité dans la pratique de médiation. Cela parce que des enseignements d'une extrême abstraction théorique, ne forment pas, d'habitude, de médiateurs efficaces. À titre d'exemple, une certaine formation qui offre exhaustivement (p. ex. en 20 heures de cours) une histoire du modèle narratif circulaire, ou du modèle transformateur, ou encore du modèle dialogique, sera difficilement capable d'offrir le meilleur outillage pratique aux participants en présentant de façon exhaustive des composantes historiques ou même des composantes de distinction entre différents modèles de médiation. Un des principaux éléments d'une formation de médiateurs centrée sur l'analyse de compétences est celui de transmettre le savoir théorique qui peut faciliter le développement d'une capacité de l'apprenant même et qui, associé à une attitude adéquate ultérieure – c'est-à-dire une volonté de bien remplir son rôle de médiateur et de s'améliorer progressivement – offrira une compétence efficace en médiation/conciliation.

15 À un moindre degré, cela s'est passé aussi en d'autres pays. Sur ce thème, voir John M. HAYNES, Gretchen L. HAYNES et Larry Sun FONG, *Mediation: Positive Conflict Management*, NY: SUNY Press, 2004, p. xi dans lequel est indiqué que « l'excès de théorie sans base d'expériences pratiques peut être contraignant et peut forcer inutilement un médiateur à agir sans pondérer d'autres possibilités de l'exercice de la médiation » (traduction libre).

16 John M. HAYNES *et alii*, *op. cit.* p. xv.

Le modèle de formation fondé sur la compétence et, plus particulièrement, sa comparaison avec des formations fondées sur le temps, sera débattu plus loin. Comme cela est bien décrit dans la doctrine¹⁷, une grande partie des formations en médiation porte sur des points tels que la description des politiques publiques en résolution de conflits convenables au Brésil, l'examen des principes généraux de résolution de conflits, la présentation des valeurs concernant le processus de médiation, les avantages et désavantages de la médiation en tant que processus de résolution de conflits, la présentation d'éventuels règlements ou procédures d'acheminement des cas vers la médiation, les composantes éthiques des programmes de médiation et, surtout, les compétences pratiques en médiation (techniques de médiation).

C. Observation de cas réels

Une partie essentielle de la formation du nouveau médiateur consiste à observer des médiateurs plus expérimentés – de préférence ceux qui détiennent une technique bien maîtrisée – afin d'encourager le nouveau médiateur à comprendre des composantes théoriques et comment cette théorie est appliquée à la pratique¹⁸. L'observation d'un médiateur expérimenté, en général, doit produire chez le nouveau médiateur l'impression qu'il lui faudra des années pour arriver à un degré de perfectionnement de ces techniques de médiation/conciliation. Malheureusement, dans quelques tribunaux brésiliens, parce que plusieurs médiations sont menées par des facilitateurs ayant une capacité technique pauvre, ce qui se passe avec les observations est tout à fait le contraire: au terme d'un volet théorique, le nouveau médiateur observe un médiateur plus expérimenté, mais qui n'a pas encore une technique perfectionnée, et croit être totalement capable d'assumer la fonction de médiateur, une fois qu'il n'a identifié aucune technique plus

17 Joseph B. STULBERG, *op. cit.* p. 512.

18 LENSKY *et alii*, *After how much training can you call yourself a mediator*, podcast enregistré le 25 février 2010, <http://itunes.apple.com/podcast/cafe-mediate/id346857436>.

recherchée chez le médiateur expérimenté. De ce fait, dans des programmes où il n'y a pas grand nombre de médiateurs expérimentés, ou dans lesquels les médiateurs ayant plus d'expérience utilisent des techniques de médiation / conciliation rudimentaires, on recommande la formation de groupes d'autosupervision.

Les groupes d'autosupervision sont formés par des équipes de six à huit participants qui doivent assister aux médiations de tous ceux qui intègrent le groupe et qui débattent les techniques mentionnées ou utilisées par les co-médiateurs. Ce travail se déroule en co-médiation parce que les nouveaux médiateurs doivent travailler selon ce procédé de deux médiateurs agissant simultanément de façon à partager l'apprentissage et pour observer comment la technique peut être appliquée à chaque cas concret¹⁹. Cette orientation a été établie comme politique publique nationale explicitement prévue dans le *Manual de Mediação Judicial*²⁰ (Guide de médiation judiciaire), publié par le Secrétariat pour la réforme judiciaire au sein du ministère de la Justice. Le groupe d'autosupervision peut accompagner ses propres supervisions en les comparant avec les recommandations du Guide de médiation judiciaire. L'expérience brésilienne a montré dans des tribunaux que l'autosupervision est plus efficace que la supervision menée par des fonctionnaires ou médiateurs qui ne maîtrisent pas encore la technique de médiation/conciliation.

Pour rendre plus facile le passage de la théorie à la pratique, on recommande que, dans la formation de médiateurs judiciaires, soit adopté un modèle selon lequel l'observateur de ces médiations accompagne les observations en

suyant un formulaire d'observation du médiateur. Dans ce formulaire sont énumérées les actions, procédures, pratiques et compétences que l'observateur doit vérifier chez le médiateur expérimenté qu'il accompagne. On recommande que l'apprenti prenne rendez-vous avec le médiateur expérimenté à la fin de son observation pour, éventuellement, lever des doutes ou identifier des questions concernant la partie théorique même. On a aussi vérifié comme bonne pratique le débat avec le superviseur du médiateur en formation sur les médiations observées ou, encore, les doutes suscités lors de l'observation des médiations.

Une pratique qui est en train d'être progressivement abandonnée consiste à demander à l'apprenti d'observer le plus grand nombre de cas possible et d'informer lorsqu'il se trouve préparé pour agir en tant que co-médiateur. Cette approche n'exige pas du médiateur en formation le débat autour de la transposition de la partie théorique à la capacité pratique observée chez le médiateur expérimenté et permet la conclusion dangereuse selon laquelle la médiation peut être développée de façon intuitive ou improvisée – sans que la théorie soit efficacement incorporée dans les pratiques de l'apprenti.

D. Comédiation et stage supervisé

Dans la plupart des programmes de formation de médiateurs à l'étranger²¹ on s'aperçoit que, au terme des observations de cas, les nouveaux médiateurs passent à la co-médiation de cas de moindre complexité avec des médiateurs expérimentés. On recommande, comme partie du stage supervisé, qu'à partir de l'analyse par le nouveau médiateur des cas qu'il a observés, le superviseur examine, s'il a raisonnablement bien cerné les attributions du médiateur, ainsi que la manière de se comporter de façon à être capable de participer à une co-médiation à côté d'un médiateur plus expérimenté. Dans une telle situation, la responsabilité de la conduite de la médiation repose sur l'apprenti lui-même. Le mentor, ou le superviseur, inter-

19 V. Joseph STULBERG, *op. cit.* p. 518. Sur le thème cf. Lela P. LOVE *et al*, *Practice Guidelines for co-mediation: making certain that two heads are better than one*, *Mediation Quarterly* Vol. 13 n 3, 1996; Martin A. KRANITZ, *Co-Mediation: Pros and Cons, in Divorce and family mediation: the Family Therapy Collections*, 71, 78 (James C. Hansen & Sarah Child Grebe), Ed. Aspen, 1985.

20 Le *Manual de Mediação Judicial* (Guide de Médiation Judiciaire) est un outil de stabilisation de cette politique publique de formation technique en médiation. Cet ouvrage en accès sur Internet à la page du Ministère de la Justice et du Conseil National de Justice.

21 Voir note 12 ci-dessus.

vient seulement s'il croit que cela est essentiel pour maintenir la médiation en progrès constructif. Il s'agit d'un système de sécurité dans l'apprentissage du médiateur²². Ainsi, l'apprenti reste confortable avec la dynamique de la médiation et, surtout, avec sa gestion des interactions entre les parties prenantes. Par conséquent, l'anxiété et le doute, qui normalement s'emparent du nouveau médiateur, se réduisent substantiellement après ces premières séances en co-médiation avec le superviseur.

Naturellement, plusieurs programmes au Brésil ne possèdent pas de superviseurs expérimentés et les co-médiations sont alors menées par deux médiateurs, ou co-médiateurs, ayant le même niveau insuffisant de capacité technique et qui devront s'entraider dans le développement de leurs capacités. Dans ce modèle, les deux co-médiateurs sont, dans leurs groupes d'auto-supervision, observés par quatre autres apprentis qui accompagnent leurs médiations en suivant deux formulaires différents : un formulaire de l'observateur et deux autres avec le formulaire du superviseur. Au terme des médiations, le groupe d'auto-supervision se réunit, discute les cas et prend note d'éventuelles questions à présenter à l'instructeur, ou superviseur, lors d'une rencontre future. Dans les cours de formation d'instructeurs du Conseil national de justice, on recommande aux instructeurs des rencontres avec ces groupes d'auto-supervision, par vidéo-conférence une fois par mois, afin de permettre la clarification d'éventuelles questions concernant les techniques de médiation mises en pratique.

Une autre pratique recommandée dans la phase de stage supervisé consiste dans l'observation du nouveau médiateur par le superviseur même. À travers cette procédure, après un certain nombre de cas, l'apprenti peut intervenir en tant que co-médiateur, aux côtés d'un autre médiateur ayant le même niveau d'expérience, tout en étant observé par son superviseur. Dans ce cas de figure, la possibilité que l'apprenti ne se comporte pas correctement est assez réduite en fonction de son expérience déjà consolidée lors du stage supervisé. La responsabilité du mentor consiste

principalement à finaliser sa fonction de supervision dans la mesure où il accompagne la conduite d'un nouveau cas par l'apprenti médiateur du début à la fin.

E. Évaluation de la satisfaction de l'utilisateur

La dernière composante de la formation du médiateur consiste dans l'évaluation de la satisfaction de l'utilisateur. Dans cette phase de formation, le médiateur en processus de certification est évalué afin de mesurer sa perception des compétences espérées d'un nouveau médiateur. En adoptant un programme de gestion de qualité, les médiateurs et leurs équipes ont l'occasion de mieux comprendre leur comportement et le degré de satisfaction des usagers. Pour autant, outre le formulaire d'observation du médiateur conduit par un superviseur ou par l'équipe d'auto-supervision, il est recommandable de réaliser une analyse, par échantillonnage, du degré de satisfaction de l'utilisateur concernant les services offerts. Depuis 2009, le Conseil national de justice encourage²³ les tribunaux brésiliens à évaluer conciliateurs et médiateurs selon l'échelle de Likert à cinq modalités (excellent, bon, régulier, insuffisant et mauvais), pour les critères suivants : i) Temps de durée de la conciliation ; ii) Impartialité dans la conciliation ; iii) Cordialité, attention et politesse du conciliateur ; iv) Adéquation du service au pouvoir judiciaire ; v) Évaluation du résultat obtenu.

Naturellement, les cinq composantes de la formation énumérées ci-dessus ont été conçues pour être travaillées lors d'entraînements dédiés au développement de compétences – pas dans des entraînements fondés sur le temps. Comme il sera analysé par la suite, les formations fondées sur des compétences se penchent sur l'attente relative aux tâches qui devront être accomplies (par le médiateur) – et non seulement sur un savoir théorique abstrait. Ce chan-

22 Joseph STULBERG, *op. cit.* p. 519.

23 Comitê Gestor do Movimento pela Conciliação, *Qualidade em Conciliação : Orientações a Conciliadores*, présentations powerpoint faites au 06.11.09 disponibles sur <http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/qualidade-em-concilio-orientaes-a-conciliadores.zip> . Consulté le 20.12.2011.

gement de perspective modifie l'essence des formations et, naturellement, le résultat de l'apprentissage.

II. Formations fondées sur le temps et formations fondées sur des compétences

Le modèle de formation fondé sur le temps est utilisé dans plusieurs domaines de savoir comme proposition pédagogique selon laquelle, pendant une période déterminée, une série de modèles théoriques est présentée aux participants, ou apprentis, et des évaluations sont périodiquement appliquées pour assurer que les participants ont compris les concepts et principes exposés²⁴. Les résultats de ces évaluations sont souvent comparés afin de vérifier la compréhension adéquate du modèle théorique proposé. Lors d'éventuelles formations concernant la connaissance de normes positivées, ce modèle se révèle suffisant, par exemple, pour vérifier l'adéquation d'un candidat à un certain concours public.

Toutefois, les approches fondées sur le temps ont présenté des résultats insatisfaisants pour la formation de médiateurs dans les dernières années et sont considérées comme inefficaces lorsque le but consiste à entraîner des individus à développer des habiletés et des tâches spécifiques. À titre d'exemple, la certification de pilotes d'avion se fait non seulement avec une connaissance théorique, mais principalement avec le développement de compétences pratiques dans le pilotage d'aéronefs qui requièrent nécessairement du savoir théorique, mais substantiellement, l'application de cette connaissance technique aux activités quotidiennes. On aperçoit clairement que la simple participation à un entraînement théorique ne suffit pas à la formation d'un pilote aéronautique. De même, le médiateur a besoin d'une connaissance théorique spécifique et de l'application de cette connaissance à des cas concrets. Aussi, le système pédagogique fondé uniquement sur le temps ne s'avère

pas approprié pour la formation de médiateurs. Dans les cours de formation d'instructeurs en médiation au Conseil national de justice, on recommande l'adoption d'entraînements fondés sur des compétences.

Une compétence consiste dans un ensemble de connaissances, habiletés et attitudes qui, lorsqu'intégrées et utilisées de façon stratégique, permettent de réaliser ce que l'on espère d'elles dans la conduite d'une démarche²⁵. À ce propos, il est établi que la compétence en médiation consiste à réunir connaissance de la technique de médiation/conciliation – savoir – avec habileté – savoir-faire. Autrement dit, le savoir-faire – et l'attitude – soit le vouloir faire. Des formations de médiateurs dans lesquelles on discute longuement des modèles de médiation (*p. ex.* narrative circulaire, dialogique, transformatrice, etc.) – ou même de la distinction entre conciliation et médiation de manière exhaustive ou encore des formations ayant une durée plus longue qu'il n'est requis pour transmettre l'ensemble théorique qui devra être appliquée lors du stage supervisé – se révèlent inefficaces.

Dans la formation fondée sur des compétences, à l'inverse de la formation fondée sur le temps, l'unité de progrès est la maîtrise des connaissances spécifiques et, notamment, des habiletés requises. Le principal c'est le participant et sa capacité concrète. Donc, deux termes mis en évidence dans les cours fondés sur des compétences sont : i) habiletés – ensemble de tâches développées à un niveau spécifique de maîtrise lorsque requises et ; ii) compétence – une habileté développée selon des modèles spécifiques découlant de connaissance technique et de posture ou propos adéquats²⁶.

Dans ce cadre, un médiateur compétent peut se définir comme celui qui est capable de développer l'habileté d'application d'une théorie de médiation/conciliation avec une posture et des attitudes convenables. Cinq

24 Cf. John BURKE, *Competency Based Education And Training*, Ed. Routledge, 1989 et Stephen B. KING, Marsha KING et William J. ROTHWELL, Kindle edition, Ed. Amazon, 2000.

25 Benedito MILIONI, *Dicionário de termos de recursos humanos*, São Paulo : ED. Central de Negócios, 2003.

26 John FOYSTER, *Getting to Grips with Competency-Based Training and Assessment*. TAFE National Centre for Research and Development : Leabrook, Australia. 1990.

éléments sont essentiels dans un système d'entraînement fondé sur des compétences²⁷ : 1) Les compétences doivent être acquises à la suite d'une identification soignée de l'objectif de la formation ; 2) Les critères utilisés dans la vérification des tâches et des conditions dans lesquelles les habiletés seront développées doivent être explicites et publics ; 3) Le programme d'instruction doit promouvoir le développement individuel et l'évaluation de chacune des compétences spécifiées ; 4) L'évaluation des compétences doit prendre en compte les attitudes requises, comme exiger une performance spécifique de ces compétences en guise de principale source d'attestation des connaissances ; 5) Le progrès des participants au cours du programme d'instruction peut se mesurer par des outils de vérification de compétences. Le Guide de médiation judiciaire définit comme compétences en médiation/conciliation celles prévues dans des doctrines spécifiques de médiation avec quelques petites adaptations²⁸.

III. Compétences en médiation/conciliation

Comme il a été décrit ci-dessus, le développement progressif des compétences en médiation/conciliation peut être analysé par le biais des attentes concernant le comportement et le travail du médiateur à chaque phase de sa formation. On peut espérer, même de médiateurs débutants, certains comportements (p. ex. voir le conflit comme un phénomène potentiellement positif). La séquence de développement présentée dans les tableaux ci-dessous est basée sur des indications de la doctrine concernant la médiation²⁹

et sur l'analyse de programmes de formation de médiateurs au Brésil et ailleurs. Ces tableaux n'aspirent pas à l'exhaustivité en présentant une liste d'habiletés ainsi que les conduites ou comportements concernant chacune de ces d'entre elles.

Comme on l'a dit, une grande partie des programmes de formation de médiateurs présentant des résultats positifs ont comme caractère prévalent la planification de la formation et le développement d'habiletés de médiation/conciliation. L'expérience brésilienne³⁰ montre que, normalement, un cours de formation de médiateurs doit être conçu pour transmettre aux participants les capacités basiques indiquées dans les tableaux ci-dessous. Progressivement, à travers des supervisions et évaluations d'usagers, le médiateur développera ses capacités dans la mesure où il envisage effectivement cette amélioration continue. À titre d'exemple, dans un cours de médiation, les habiletés en négociation transmises, sont le minimum nécessaire pour qu'un médiateur puisse exercer son métier. Dans le cadre de l'habileté en négociation, il est espéré que l'apprenti cherche, à travers la lecture, à améliorer ses compétences spécifiques dans ce domaine. Il en découle que la formation d'un médiateur exige, souvent, plusieurs années. Les habiletés ont été grossièrement divisées en basiques, intermédiaires et avancées seulement pour qu'un médiateur ayant récemment terminé sa formation basique puisse encadrer son développement à mesure qu'il exerce sa fonction dans un milieu supervisé et surtout en cherchant à appliquer la technique de médiation/conciliation aux cas traités par lui.

27 Nestor NORTON, *Competency-Based Education and Training: A Humanistic and Realistic Approach to Technical and Vocational Instruction* in Louise HARRINGTON, David KALLAMAS, *Achieving Professional Excellence – Proceedings of the National Conference on Performance Based Approach to Training*, Columbus: National Center for Research in Vocational Training, 1985.

28 Richard J. BODINE et Donna K. CRAWFORD, *The Handbook of Conflict Resolution Education: A Guide to Building Quality Programs in School*, New York: Ed. Jossey-Bass, 1997.

29 Cf. Fred SCHRUMPF, Richard BODINE et Donna K CRAWFORD, *Peer mediation: conflict resolution in schools: program guide*. ED.

Research Press, 1997 ; Brandon, Mieke, *Competency based training for family and child mediators*, ADR Bulletin: Vol. 4: N. 3, 2001 ; David A. CRUICKSHANK, *Training mediators: moving towards competency based training*, Karl MACKIE, *A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action*, Ed. Routledge, 1991.

30 v. André GOMMA DE AZEVEDO, *Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados*. André GOMMA DE AZEVEDO, (Org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Vol. 3, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003, p. 137.

Il est important de souligner aussi que le progrès d'un nouveau médiateur est également lié, à ses caractéristiques personnelles (et familiales) qui font que chacun vit le conflit et sa résolution de façon différente. Ainsi, les tableaux présentés ci-dessous doivent être uniquement utilisés seulement comme de simples repères d'apprentissage.

En bref, un programme de formation de compétences en médiation/conciliation comprenant la pratique de la médiation doit nécessairement être conçu pour répondre aux besoins spécifiques des participants (futurs médiateurs). Les tableaux ci-dessous ont pour but principal de signaler la forme la plus fréquente suivant laquelle les médiateurs se développent et deviennent, en conséquence de l'entraînement et de la supervision, de plus en plus efficaces dans leurs pratiques de médiation/conciliation.

A. Compétences cognitives concernant le conflit

Les compétences cognitives concernant le conflit sont celles qui ont rapport à la manière de prendre conscience du conflit proprement dit, à la façon dont il se forme (sa spirale³¹) et ses caractéristiques intrinsèques. L'absence de ces compétences consiste à voir le conflit comme un phénomène naturel à toute relation et à l'analyser afin de mieux profiter de son potentiel de croissance. En tant que repère d'apprentissage, on peut dire que ces habiletés se développent de la façon suivante :

Développement basique	Développement intermédiaire	Développement avancé
On comprend que le conflit est naturel, incontournable et peut être une force positive de croissance.	On reconnaît que les origines du conflit et les processus de solution des problèmes sont applicables à tout type de conflit: inter-personnel, intergroupe et international.	On soutient et encourage les autres à avoir une variété de bons rapports avec les collègues, parties, avocats et juges.
On voit que dans des relations continues le conflit peut être mieux résolu par la coopération.	On comprend qu'un conflit peut s'améliorer ou empirer selon la réponse choisie et utilisée (et que l'on encourage d'autres à utiliser) et des stratégies pour la résolution de conflits.	On analyse le conflit présenté par les parties dans le cadre d'un rapport présent et utilise une stratégie de résolution de problème appropriée.
On est conscient que nos réponses à des conflits donnés peuvent être améliorées pour atteindre de façon efficace nos intérêts réels.	Dans des conflits partagés, on suggère des réponses efficaces et choisit en vue de l'efficacité des résultats, des réponses dures ou délicates.	On reconnaît des schémas dans nos réponses au conflit et planifie des améliorations systémiques pour permettre à l'usager une croissance positive et des changements de ces schémas.
On participe aux essais d'encouragement de la coopération et l'on comprend que des habiletés en résolutions de conflit sont des habiletés pour la vie.	On réussit à transmettre aux parties l'idée que les habiletés de résolution de conflits sont des habiletés pour la vie.	On réussit à identifier des comportements de pacification et de 'dépacification' et à encourager d'autres, avec tact, à choisir des actions pacificatrices.

31 V. Morton DEUSTCH, *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*. New Haven (CT) Yale University Press, 1977; Remo F. ENTELMAN, *Teoria de Conflictos: Hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Ed. Gedisa, 2002 et NORTH, BRODY et HOLSTI, *Some empirical data on the conflict spiral*, Peace Research Society Papers I, 1964. Osgood, 1962, 1966; Richardson, 1967.

B. Compétences perceptives

Les compétences perceptives sont celles qui concernent la façon selon laquelle on comprend ou perçoit le contexte factuel conflictuel auquel on est exposé. Ces compétences consistent, essentiellement, à comprendre qu'un même fait peut être perçu de plusieurs façons différentes. À partir de cette diversité de perspectives des parties ou du médiateur lui-même, on essaye de choisir celle qui permettra le plus facilement d'atteindre les intérêts réels.

À titre d'exemple, lors d'une séance de médiation communautaire, un médiateur entend une mère dire à son fils : « c'est un idiot, car il pourrait devenir ce qu'il souhaite, mais il insiste à traîner en compagnie de Ricardo, qui est un mauvais élément ». Dans ce contexte, le médiateur pourrait percevoir ce discours de plusieurs façons. Par exemple, comme juge (en sortant de la fonction de médiateur), il pourrait percevoir la femme comme une mère horrible, incapable de communiquer ou d'éduquer son fils. Comme père (encore une fois, en sortant du rôle de médiateur), il pourrait percevoir la difficulté de la mère à éviter que son fils fasse de mauvais choix. Comme médiateur (en essayant d'identifier des questions, des intérêts et des sentiments), il pourrait percevoir le discours comme la manifestation d'une mère qui aime son enfant, cherche son bien-être et souhaite profiter le mieux possible de l'occasion de médiation pour trouver des solutions efficaces à des questions qui concernent son fils et elle-même. Il faut noter que, lorsqu'il passera au sommaire, le médiateur choisira cette perspective (ou une autre similaire) comme moyen d'offrir à la médiation un acheminement plus efficace. En tant que repère d'apprentissage, on peut dire que ces habiletés se développent de la manière suivante :

Développement basique	Développement intermédiaire	Développement avancé
On accepte le fait de ne pas être toujours correct(e). On identifie et vérifie nos propres idées préconçues au sujet de la situation.	On accepte le fait de ne pas être toujours correct(e). On identifie et vérifie nos propres idées préconçues au sujet de la situation.	On analyse de manière critique ses propres perceptions et l'on est capable d'écouter les discours en essayant d'identifier les intérêts réels, sans juger les parties.
On accepte le fait que les autres puissent percevoir différemment les faits et les actions. On comprend comment d'autres peuvent percevoir des contextes, des faits et des actions.	On identifie avec précision et empathie comment des contextes, des faits et des actions sont perçus par d'autres.	On réussit à encourager les parties à entreprendre des changements perceptifs quant aux contextes, faits et actions. On réussit à éviter la montée en puissance du conflit entre les parties.
On analyse un conflit depuis la perspective des intérêts réels non satisfaits. On évite des discussions sous l'optique de la culpabilité en menant le discours vers des solutions.	On identifie les obstacles pour la perception des parties et avocats quant au contexte conflictuel.	On développe des stratégies pour encourager des changements de perception des parties et avocats, en reliant ces perceptions à des contextes plus favorables à la résolution de disputes.
On distingue des comportements pacificateurs et pugnaces dans les actions, celles des autres et celles des médiations.	On réussit à encourager le changement d'actions pugnaces en pacificatrices. On conduit des médiations avec sérénité.	On réussit à encourager les parties à voir la paix comme condition souhaitée et à la comprendre comme résultat d'actions concrètes (et non seulement des intentions).
On réussit à encourager les parties à voir la paix comme condition souhaitée et à la comprendre comme résultat d'actions concrètes (non seulement des intentions).	On combat le préjugé de manière efficace à la fois notre propre préjugé et celui des autres dans le milieu de travail.	On distingue entre préjugé et mépris et comprend des réponses différentes au conflit de négociation positionnelle et fondée sur des intérêts.

C. Compétences émotionnelles

Les compétences émotionnelles sont celles qui concernent la manière dont on traite ou métabolise l'ensemble des stimuli émotionnels auxquels on est exposé. Ces compétences consistent notamment à établir que tous les êtres humains ont des sentiments et que chacun doit se responsabiliser par ses propres émotions – les autres ne font que présenter le stimulus.

À titre d'exemple, une mère, avec une certaine habileté émotionnelle, en écoutant son enfant de quatre ans lui dire « je te hais », parce qu'elle ne permet pas qu'il continue à regarder la télévision à 21 h 30, ne doit pas être émotionnellement perturbée. Cela parce que la mère est responsable de ses propres sentiments et doit entendre le « je te hais » de son enfant comme « j'ai sommeil ». Comme quoi, un médiateur avec des habiletés émotionnelles bien développées ne se fâcherait pas en écoutant un avocat lui dire « vous ne savez pas conduire une médiation ». Cela parce qu'il ne traiterait pas, ou ne métaboliserait pas, ce stimulus comme une insulte, mais comme une demande de clarification quant à son approche, voire quant au fonctionnement de la médiation. En tant que référentiel d'apprentissage, on peut dire que ces habiletés se développent de la manière suivante :

Développement basique	Développement intermédiaire	Développement avancé
On sait que nos sentiments de rage, de frustration et de peur sont naturels et on comprend nos propres émotions.	On assume la responsabilité de nos émotions, n'attribuant pas à un tiers la cause (mais seulement le stimulus) de nos émotions.	On reste calme et concentré sur la solution des questions, même en face d'une forte manifestation émotionnelle d'autrui, soit partie ou avocat.
On contrôle la rage dans la plupart des conflits dans lesquels on s'engage.	On comprend que les autres ont des réponses émotionnelles différentes des nôtres.	On accepte et valide les émotions et perceptions des autres et l'on encourage des réponses émotionnelles plus compatibles avec les intérêts réels des parties prenantes.
On exprime des émotions de manière adéquate.	On connaît des stratégies efficaces pour « baisser la tension » et les utilise aux bons moments.	
On écoute et reconnaît les sentiments des autres.	On exprime son désaccord sans être désagréable.	On exprime son désaccord en transformant le débat en une expérience positive ou agréable.
On ne réagit pas en élevant la voix en réaction à l'explosion émotionnelle des autres.	On est capable de reconnaître et de valider des sentiments.	On utilise des approches d'encouragement au développement d'habiletés émotionnelles.

D. Compétences communicationnelles

Les compétences communicationnelles sont celles qui concernent la manière dont on transmet l'ensemble des messages envisagés. Ces compétences consistent notamment à établir que chacun doit se responsabiliser sur le mode dont ses messages sont compris (*p. ex.* on doit « savoir demander ») et par la façon de comprendre les messages de ceux avec qui il communique (*p. ex.* on doit « savoir écouter » ce qui est demandé par l'autre).

La forme de communication utilisée dans la médiation a une influence directe sur le résultat du processus de médiation/conciliation.

La communication conciliatoire consiste dans deux approches utilisées avec un succès éprouvé. La communication conciliatoire (ou communication dépolarisatrice) est une démarche communicative où les informations sont transmises et reçues de manière à encourager l'entente réciproque et la satisfaction des intérêts réels des communicants. La prémice centrale de la communication conciliatoire consiste à écouter des demandes implicites dans les discours pour amener la communication à pourvoir à ces intérêts ou besoins. À titre d'exemple, en écoutant d'une partie « s'il ne me rend pas la perceuse, je vais porter plainte à la police pour appropriation indue », un médiateur peut interpréter ce discours comme une demande faite de manière rudimentaire – la partie, en fait, serait en train de dire « j'aimerais être respecté, reprendre un bon rapport avec mon voisin et être reconnu par mes gestes de cordialité. Pour autant, j'aimerais ravoir ma perceuse avec une note de gratitude pour l'emprunt ». Un aspect fondamental de la communication conciliatoire consiste à écouter des 'insultes' ou 'menaces' comme des 'demandes faites sans habileté communicationnelle'.

La communication conciliatoire préconise l'abandon, dès que possible, de formes plus rudimentaires de communication afin de chercher des résultats satisfaisant mieux les intérêts des parties en négociation. On peut dire que la médiation consiste aussi dans la communication catalysée par un tiers (le médiateur) qui détient des habi-

letés communicationnelles bien développées, transformant le conflit en occasion pour comprendre et satisfaire ses propres besoins et ceux des autres. À cet égard, le langage est le principal outil des médiateurs, puisque c'est à travers une communication efficace qu'il devient possible de comprendre les intérêts explicites et implicites et d'arriver à transformer la perception du conflit comme un phénomène négatif en un facteur positif dans la vie des parties à la médiation.

Ainsi lorsqu'aucune négociation ou communication n'arrive à récolter les gains potentiels apportés par le conflit, l'implication du médiateur se fait nécessaire pour atteindre ce but. À titre didactique, on qualifie la communication qui réussit à rapprocher les gens et à encourager l'entente réciproque de communication conciliatoire, empathique ou transformatrice. Par contre, à l'inverse de ce qui se passe avec la communication conciliatoire – qui requiert le développement de ces habiletés communicationnelles – on est habitué à une communication polarisatrice (aussi appelée communication violente) – celle qui en général éloigne les personnes ou affaiblit le lien social existant entre elles. Pour mieux cerner les deux manières de communiquer, quelques différences d'approche sont présentées ci-dessous.

En tant que référentiel pédagogique – soit comme une façon d'accompagner l'apprentissage, on peut dire que les habiletés communicationnelles se développent de la manière suivante :

Dans la communication conciliatoire	Dans la communication polarisatrice
<p>On vise les solutions, avec l'observation des faits. Un discours conciliatoire encourage, normalement, des rapports de coopération ou dépolarisés. À titre d'exemple, lorsqu'un médiateur expérimenté perçoit la difficulté de l'avocat à comprendre la meilleure façon d'agir dans une certaine phase de la médiation et dit: «<i>M. Oswaldo, merci de votre participation. Je vois que vous, comme avocat diligent, voulez résoudre ces questions le plus rapidement possible. J'aimerais bien écouter et débattre vos propositions d'entente, je crois que nous pourrons le faire en 5 ou 10 minutes. Toutefois, j'aimerais d'abord écouter les parties pour m'assurer que les points qu'elles veulent apporter à la médiation sont exposés, ensuite, nous reprendrons votre point, d'accord?</i>». Il encourage des comportements coopératifs et aide, poliment, l'avocat dans son travail.</p>	<p>On vise la culpabilité avec un niveau de jugement implicite ou explicite de la conduite d'autrui. Un discours accusatoire encourage, normalement, des rapports antagoniques ou polarisés. À titre d'exemple, lorsqu'un médiateur avec peu d'expérience s'énerve en voyant peu de coopération de la part de l'avocat et dit: «<i>M. Oswaldo, il est très difficile de travailler avec vous</i>» – il aura difficilement plus d'actions coopératives de la part de cet avocat. Le jugement et la comparaison, qui est aussi une forme de jugement, polarisent et engendrent de la résistance – cela mène rarement aux transformations souhaitées.</p>
<p>Des demandes sont présentées en tant qu'expressions efficaces au moyen desquelles se transmettent les sentiments et les besoins sont comblés. La demande dans la communication conciliatoire est une manifestation de l'intérêt ou du besoin d'une personne qu'elle entend voir comblée et, aussi, un moyen à travers lequel est signalée l'intention de répondre à l'intérêt de celui avec qui l'on dialogue. D'habitude, une demande posée de façon adéquate présente aussi quelque type de gain pour tous ceux impliqués. Comme exemple, un intéressé pourrait dire: «<i>J'aimerais que vous me rendiez la perceuse. Je veux bien avoir un excellent rapport avec vous et je sais que vous m'avez aussi fait signe de vouloir un bon rapport avec moi. J'ai besoin de la perceuse que je vous ai prêtée il y a deux mois et je pense que la meilleure façon de continuer à avoir un bon rapport avec vous c'est simplement de vous demander de me la rendre directement et en exprimant mon principal intérêt: de continuer à être un bon voisin pour vous et de garder votre amitié</i>».</p>	<p>Des demandes sont présentées comme des exigences ou des insultes. L'exigence est ce qui se réclame comme nécessaire à la satisfaction de besoins ou d'aspirations sans pourtant que l'on exprime clairement le désir de négocier. Normalement, avec l'exigence on signale que le refus implique des préjudices pour celui qui a refusé. Une autre forme inefficace de présenter une demande est l'insulte. Souvent, des usagers du programme de médiation y arrivent parce qu'ils n'ont pas su exprimer efficacement leurs demandes. Comme exemple, lorsqu'une partie indique à son voisin: «<i>Roberto, si j'avais su que vous étiez ce type d'escroc je ne vous aurais jamais prêté ma perceuse</i>», au fond, elle peut être en train de dire à l'autre «<i>je suis très ennuyé, je sens que vous m'avez manqué de respect en tardant à me rendre ma perceuse. J'aimerais que la perceuse me soit rendue et que le retard soit expliqué pour que l'on puisse reprendre un bon rapport comme des voisins</i>».</p>
<p>Les discours ont un caractère plutôt prospectif. La posture collaborative dans la communication conciliatoire se caractérise par la responsabilisation de l'individu par rapport aux objets envisagés et par la façon comme ces objets sont communiqués à d'autres personnes. On cherche à assumer la responsabilité du résultat final de la négociation en conduisant le discours vers la satisfaction des intérêts réels des parties.</p>	<p>Les discours ont un caractère plutôt rétrospectif. La posture accusatoire dans la communication polarisatrice est, en réalité, un transfert de la responsabilité des objectifs envisagés à d'autres personnes. Dans cette forme de communication, souvent on attribue la responsabilité de la non-satisfaction d'un intérêt propre à autrui.</p>
<p>Les discours sont dirigés vers la satisfaction des intérêts réels et la validation de sentiments est une prémisses pour l'entente et l'empathie.</p>	<p>Les discours sont dirigés vers les intérêts apparents et, normalement, soit on ne considère pas l'autre, soit on dévalorise les sentiments.</p>

Développement basique	Développement intermédiaire	Développement avancé
On écoute sans interrompre, pendant que l'autre décrit un incident ou définit un problème.	On résume les faits et les sentiments depuis le point de vue d'une autre personne pour réduire la colère et mieux percer le conflit.	On résume avec précision empathique et efficacité les positions et les intérêts des autres en situation de conflit.
On évite de présenter notre opinion prématurément et on reste ouvert à la persuasion.	On formule des questions spécifiques permettant de récolter plus d'information.	On reconnaît la validité des émotions et des perspectives des autres.
On formule des questions « Comment vous êtes-vous senti ? » et « Qu'est-ce qui s'est passé ensuite ? ».	On utilise un langage approprié à la résolution de problèmes (<i>p. ex.</i> « et » au lieu de « mais », « nous » au lieu de « je » et « vous »).	On reformule des affirmations des autres en enlevant des messages enflammés ou biaisés afin de cerner les sens voilés.
On répond à des questions sur un conflit – on n'évite pas de parler ouvertement des conflits.	On parle à la première personne du singulier, au lieu d'utiliser la deuxième ou la troisième, lorsqu'on exprime un point de vue.	On teste la compréhension, on écoute pour comprendre et l'on s'exprime afin d'être compris.
On emploie un vocabulaire de résolution de conflit (<i>p. ex.</i> intérêt réel, négociation intégrative, MAANA, point de vue, etc.).	On fait signe de conscience de communication non verbale aussi bien de notre part que de la part des autres, notamment dans ce qui concerne les sentiments.	On reconstruit une affirmation en utilisant un langage moins enflammé et sans biais. On utilise des questions visant le dévoilement des intérêts réels encore cachés.

E - Compétences en pensée créative

Les compétences en pensée créative sont définies³² comme celles qui concernent la manière dont on développe des solutions à des problèmes concrets ou hypothétiques. Ces compétences en pensée créative consistent essentiellement à encourager la quête de solutions à travers des chemins innovants, originaux ou alternatifs.

En tant que repère d'apprentissage, on peut dire que les habiletés en pensée créative se développent de la manière suivante :

Développement basique	Développement intermédiaire	Développement avancé
On décrit ce que l'on veut et pourquoi.	On distingue entre des positions et des intérêts (ou intérêts apparents et intérêts réels).	On comprend que les intérêts réels (et non des positions ou intérêts apparents), définissent le problème en situation de conflit.
On engendre des idées afin de résoudre des problèmes ou questions.	On identifie des intérêts au-delà de notre propre position dans toutes situations.	On privilégie des intérêts et développe des stratégies visant l'entente, p.ex. se concentrant d'abord sur les sujets plus faciles.
On améliore une idée simple.	On comprend et commence à employer des outils analytiques pour diagnostiquer des problèmes.	
On identifie des intérêts mutuels et compatibles et crée des options comportementales afin de satisfaire ces intérêts.	On change des perspectives afin d'engendrer de nouvelles options.	On manie bien le flux d'idées (remuement), en séparant le développement de solution du choix ou décision quant à la meilleure option.

32 V. André GOMMA DE AZEVEDO (org.), *Manual de Mediação Judicial*, Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2a Edição, 2010.

F - Compétences en négociation

Les compétences en négociation sont définies comme celles qui concernent la façon d'utiliser des outils de persuasion ou de négociation. Ces habiletés consistent essentiellement à comprendre la théorie de la négociation et à réussir à l'appliquer au quotidien.

En tant que repère d'apprentissage, on peut dire que les habiletés en négociation se développent de la manière suivante :

Développement basique	Développement intermédiaire	Développement avancé
On est capable de participer à une négociation avec un bas niveau d'anxiété et en employant des techniques.	On mène des négociations par principe (aussi appelée négociation fondée sur des intérêts) avec aisance.	On réussit à négocier avec les parties sans habiletés significatives de négociation ou de communication.
On comprend que presque toute interaction est une négociation.	On encourage les parties et les avocats à négocier de façon plus technique.	On apprend le processus de négociation aux parties et aux avocats.

G - Habiletés en pensée critique

Les habiletés en pensée critique sont définies comme celles qui concernent la façon dont on choisit une ou plusieurs solutions à des problèmes concrets ou hypothétiques parmi celles que l'on trouve. Ces habiletés consistent essentiellement à encourager le choix conscient face aux diverses solutions possibles.

En tant que repère d'apprentissage, on peut dire que les habiletés en pensée critique se développent de la manière suivante :

Développement basique	Développement intermédiaire	Développement avancé
On évalue les risques et les conséquences de la confrontation antagonique dans un conflit.	On utilise des processus de solution de problèmes lorsqu'on préside des audiences dans lesquelles les parties sont en confrontation antagonique.	On présente des options procédurales afin que les parties évitent des confrontations antagoniques contre-productives.
On identifie la meilleure alternative dans une situation de conflit antagonique.	On encourage les parties à penser à la meilleure alternative parmi celles qui résultent de la négociation.	On encourage les parties à penser aux conséquences à long et court terme des options proposées.
On encourage les parties à chercher, dès que possible, la justice mutuelle dans la résolution d'une dispute, au lieu d'essayer d'arracher une victoire imposée.		On analyse les moyens pour améliorer encore plus les meilleures alternatives parmi celles qui résultent de la négociation.
On présente un plan réaliste et faisable pour résoudre un conflit.	On identifie des normes et des critères de justice – tel que les règles ou normes lors de l'évaluation d'intérêts et solutions.	On analyse la disposition et l'habileté des parties à respecter un plan d'action en toutes circonstances.
On perçoit que les parties peuvent avoir un sens de la justice différent de celui du médiateur.	On ne reconnaît l'efficacité de l'engagement qu'aux solutions qui sont justes, réalistes et gérables.	On identifie des facteurs incontrôlables qui peuvent avoir un impact sur les capacités des parties à respecter l'accord.

Naturellement, d'autres compétences – comme celle d'élaborer un document d'entente ou même d'organiser le milieu pour l'adapter à la médiation – sont nécessaires pour un développement adéquat de la pratique de médiation. Les habiletés décrites ci-dessus ont été présentées de façon plus détaillée simplement parce qu'elles sont les compétences les plus importantes pour le métier du médiateur. Comme il a

déjà été dit, il ne s'agissait pas de couvrir toutes les habiletés impliquées dans la médiation.

Conclusions

La vérification ou évaluation de la performance d'êtres humains en accomplissant la tâche délicate de rapprocher les gens – l'essence du processus de médiation – s'avère extrêmement complexe. Le désir que de nouveaux médiateurs soient capables de montrer de la compétence suppose aussi que le médiateur ait des habiletés à traiter des dilemmes éthiques complexes, des contextes émotionnels substantiellement évolués et autres domaines du savoir, comme la psychologie, ou encore la mathématique appliquée, lors des cas d'algorithmes de résolution de conflits avancés³³ – qu'un médiateur débutant peut ne pas encore avoir. Cependant, l'expérience brésilienne a montré qu'à travers l'encouragement à l'amélioration continue (p. ex. supervision continue, formulaires d'évaluation de l'utilisateur et formation de groupes d'autosupervision) il est possible de former, à moyen terme, des médiateurs/conciliateurs détenant des techniques avancées en médiation.

On constate tout naturellement que l'actuel modèle fondé sur des compétences peut encore évoluer davantage. On considère à présent que l'appréciation de la médiation doit considérer ce processus comme un service visant à satisfaire l'utilisateur. C'est pourquoi, une des principales caractéristiques des médiateurs judiciaires évalués positivement au Brésil consiste essentiellement à se sentir concerné par les parties impliquées. Ce dévouement, à son tour, demande aussi de l'évaluation et de la supervision constante, de l'observation et de l'entraînement.

Outre l'encouragement à l'amélioration continue, les évaluations des compétences des médiateurs contribuent à l'éradication d'une des croyances les plus contre-productives dans ce domaine : qu'il suffit de la volonté pour être un bon médiateur. L'expérience brésilienne fut positive dans

le sens où les évaluations des médiateurs ont rendu plus facile la compréhension de ceux qui avaient des formations rudimentaires et de la nécessité de l'approfondissement de leur formation. Le danger de permettre que des médiateurs incompetents offrent des services parce qu'ils rejettent les théories ou techniques qu'ils ne savent pas appliquer s'est révélé alarmant à tel point que l'on recommande un modèle de vérification périodique des résultats et la sensibilisation quant au besoin de formation. Ainsi, lentement, on dépasse la période de conciliation et médiation menées de façon improvisée.

Le modèle selon lequel on présumait que la simple exposition de l'apprenti médiateur à un cours technique suffirait pour lui transmettre les connaissances nécessaires afin qu'il puisse exercer une médiation se révèle également substantiellement dépassé. En réalité, on a constaté en Amérique latine l'existence de plusieurs instructeurs qui souscrivaient au besoin de formations substantiellement longues, dissociées de stages supervisés, ou dans lesquelles les stages supervisés n'étaient pas un élément clef. Ces formations étaient donc des formations fondées sur le temps. Heureusement, ce courant est visiblement de plus en plus désuet.

Aujourd'hui, l'expérience brésilienne montre que l'apprentissage de la médiation ne se fait ni avec la partie théorique des formations, ni avec l'observation ou la co-médiation, mais avec les débats ayant lieu à la suite des co-médiations, en présence de superviseurs ou avec des groupes d'auto-supervision, lors desquels la technique appliquée à chaque cas concret est débattue, comme la façon de perfectionner chacune des techniques décrites ci-dessus. Les lents changements auxquels le système public de résolution des conflits est soumis montrent que la médiation fait déjà partie du pouvoir judiciaire et qu'elle est en train d'aider cette fonction de l'État à trouver son identité principale : rapprocher les gens.

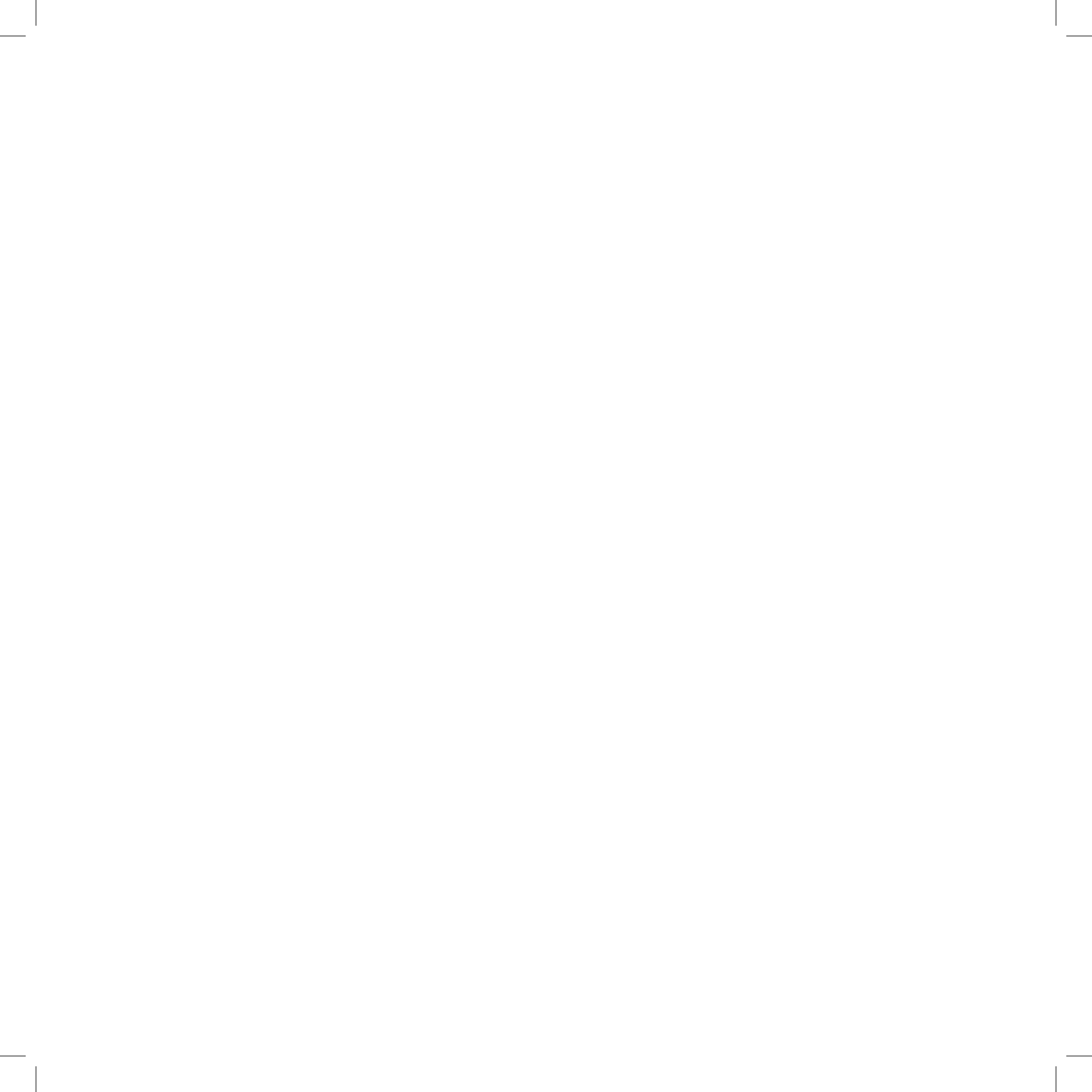
33 Cf. Steven BRAMS e Alan TAYLOR, *Fair Division: From Cake-cutting to Dispute Resolution*, Londres: Cambridge University Press, 1996, et RIBEIRO, Rochelle Pastana, *A utilização de algoritmos para uma negociação mais justa e sem ressentimentos – uma análise da obra de Brams e Taylor*, in André GOMMA DE AZEVEDO (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol.2, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

BIBLIOGRAPHIE

- ARROW, Kenneth *et al.* *Barriers to Conflict Resolution*. New York: Ed. W. W. Norton & Company, 1995.
- ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. *A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa*. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2.
- AUERBACH, Jerold S. *Justice without Law?* New York: Ed. Oxford University Press, 1983.
- AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002.
- . *O processo de negociação: Uma breve apresentação de inovações epistemológicas em um meio autocompositivo*. Revista dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território, n. 11, jul./ déc. 2001. p. 13-24.
- . *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2.
- . *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3.
- . *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2007. v. 4.
- AZEVEDO, Gustavo Tranco. Confidencialidade na mediação. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2.
- BABU, Annie *et al.* *Guide de la médiation familiale: Étape par étape*. Paris: Ed. Érès, 2006.
- BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais – A nova mediação para-processual*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- BARBADO, Michelle T. Um novo perfil para a advocacia: o exercício profissional do advogado no processo de mediação. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2.
- BARUCH BUSH, Robert *et al.* *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*. San Francisco: Ed. Jossey Bass, 1994.
- BARUCH BUSH, Robert A. *One Size Does Not Fit All: A Pluralistic Approach to Mediator Performance Testing and Quality Assurance*. Ohio State Journal on Dispute Resolution. n. 19.
- BIRKE, Richard; FOX, Craig R. *Psychological Principles in Negotiating Civil Settlements*. Harvard Negotiation Law Review, 1999. v. 4:1.
- BRADENBURGER, Adam; NALEBUFF, Barry. *Co-opetition*. New York: Ed. Currency Doubleday, 1996.
- BRAMS, Steven; TAYLOR, Alan. *Fair Division: From Cake-cutting to Dispute Resolution*. Londres: Cambridge University Press, 1996.
- BRAZIL, Wayne D. For Judges: Suggestions About What to Say About ADR at Case Management Conferences – and How to Respond to Concerns or Objections Raised by Counsel. In: 16 Ohio State Journal on Dispute Resolution, n. 16, 2000.
- BUNKER, Barbara B. *et al.* *Conflict, Cooperation & Justice: Essays Inspired by the Work of Morton Deutsch*. San Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1995.
- CALCATERRA, Rubén A. *Mediación Estratégica*. Barcelona: Ed. Gedisa, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, São Paulo: Ed. Bookseller, 2001. v. 1.
- . *Instituições do Processo Civil*. São Paulo: Ed. Classic Book, 2000. v. 1.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. 2 ed. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Ed. Forense, 1993.

- CARVER, Todd B.; VONDRA, Albert A. *Alternative Dispute Resolution: Why it doesn't work and why it does*. Harvard Business Review, mai - juin, 1994.
- COOLEY, John. *The Mediator's Handbook*. Notre Dame (IL): Ed. Nita, 2000.
- COSTA, Alexandre A. Métodos de composição de conflitos: mediação, conciliação, arbitragem e adjudicação. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3.
- DEUTSCH, Morton. *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*. New Haven (CT): Yale University Press, 1973.
- DEUTSCH, Morton *et al.* *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice*. San Francisco. Ed. Jossey Bass, 2000.
- ELLIOTT, E. Donald. *Managerial Judging and the Evolution of Procedure, University of Chicago Law Review*. n. 53, 1986.
- ENTELMAN, Remo F. *Teoria de Conflictos: Hacia un Nuevo paradigma*. Barcelona. Ed. Gedisa, 2002.
- FISS, Owen. *Against Settlement*. Yale Law Journal, n. 93, 1984.
- FISHER, Roger; URY, William. *Como chegar ao Sim: A negociação de acordos sem concessões*. Ed. Imago, 2005.
- FOLBERG, Jay *et al.* *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques and Applications*. New York: Ed. Guilford Press, 2004.
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, ADRs, Mediação e Conciliação*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.
- GOLANN, Dwight. *Mediating Legal Disputes*. (NY): Ed. Little, Brown and Company, 1996.
- GOLDBERG, Stephen; SANDER, Frank *et al.* *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*. 2. ed. New York (NY): Ed. Aspen Law & Business, 1992.
- GOMES AMARAL, Márcia Terezinha, *O direito de acesso a justiça e a mediação*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.
- HENNING, Stephanie A. *A Framework for Developing Mediator Certification Programs*. 4 Harvard Negotiation Law Review. 189, 1999.
- HENSLER, Deborah R. *Does ADR Really Save Money? The Jury's Still Out*. The National Law Journal, 1994.
- *Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement is Reshaping our Legal System*. Penn State Law Review, v. 108, n. 1, 2003.
- KAKALIK, James S. *et al.* *An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation under the Civil Justice Reform Act*. Santa Monica (CA): RAND Corp, 1996.
- LAMBERT, Danielle. *Médiation familiale: Étape par étape*. Québec: Ed. CCH Itée, 2002.
- LITTLEJOHN, Stephen W.; SCHNITMAN, Dora F. *Novos paradigmas em mediação*. Porto Alegre: Ed. Artmed, 1999.
- MAYER, Bernard. *The Dynamics of Conflict Resolution: A Practitioner's Guide*. San Francisco: Ed. Jossey-Bass, 2000.
- *Beyond Neutrality: Confronting the Crisis in Conflict Resolution*. San Francisco: Ed. Jossey-Bass, 2004.
- MENKEL-MEADOW, Carrie. *Toward Another View of Negotiation: The Structure of Legal Problem Solving*. 31 UCLA L. Rev. 754; 1984.
- MENKEL-MEADOW, Carrie *et al.* *Dispute Resolution: Beyond the Adversarial Model*. Washington (D.C.): Ed. Aspen Publishers, 2005.
- MOFFITT, Michael *et al.* *The Handbook of Dispute Resolution*. San Francisco: Ed. Jossey Bass, 2005.
- MNOOKIN, Robert *et al.* *Beyond Winning: Negotiating to Create Value in Deals and Disputes*. Cambridge (MA): Ed. Harvard University Press, 2000.
- MOORE, Christopher. *O processo de mediação*. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998.

- NOLAN-HALEY, Jacqueline M. *Mediation And The Search For Justice Through Law*. 74 Washington University Law Quarterly. 47, 1996.
- PLAPINGER, Elizabeth S. *Court ADR: Elements of Program Design*. New York: Center of Public Resources, 1992.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- RESNIK, Judith. Managerial Judges. In: *Harvard Law Review*, n. 96, 1986.
- . *Many Doors? Closing Doors? Alternative Resolution and Adjudication*. The Ohio State Journal on Dispute Resolution, v. 10, n. 2.
- RISKIN, Leonard. *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*. In: *Harvard Negotiation Law Review*, v. 1:7, 1996.
- RISSE, G.B. Semmelweis, Ignaz Philipp. *Dictionary of Scientific Biography* (C.C. Gilespie, ed.). New York: Charles Scribner's Sons, 1980.
- ROLPH, Elizabeth S.; MOLLER, Erik. *Evaluating Agency Alternative Resolution Programs: A User's Guide to Data Collection and Use*, Santa Monica (CA): Rand Corp. 1995.
- ROSENBERG, Marshal. *Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais*. Rio de Janeiro: Agora Editora, 2006.
- SANDER, Frank E. A. *Varieties of Dispute Processing*. In: *The Pound Conference*, 70 Federal Rules Decisions 111, 1976.
- RHODE, Deborah L. *In the Interest of Justice: Reforming the Legal Profession*. New York: Oxford University Press, 2000.
- SAMPAIO, Lia C.; BRAGA NETO, Adolfo. *O que é a mediação de conflitos?* Coleção Primeiros Passos n. 325. São Paulo: Ed. Brasiliense, 2007.
- SCHMITZ, Suzanne J. *What Should we Teach in ADR Courses – Concepts and Skills for Lawyers Representing Clients in Mediation*. Harvard Negotiation Law Review, 189, 2001.
- SIX, Jean-François. *A dinâmica da mediação*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001.
- SLAIKEU, Karl. *No Final das Contas: um guia prático para a mediação de disputas*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2003.
- STIPANOWICH, Thomas J. *The Multi-Door Contract and Other Possibilities*. In: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. n. 13, 1998.
- URY, William. *Supere o Não: Negociando com pessoas difíceis*. São Paulo: Ed. Best Seller, 2005.
- . *The Power of a Positive No: How to say no and still get to yes*. São Paulo: Ed. Bantam, 2007.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Ed. Método, 2007.
- YARN, Douglas E. *Dictionary of Conflict Resolution*. San Francisco, CA: Ed. Jossey-Bass Inc., 1999.
- ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Ciudad de México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991.



LA MÉDIATION POPULAIRE EN CHINE : ACCÈS À LA JUSTICE OU HARMONIE IMPOSÉE ?

HÉLÈNE PIQUET*

Depuis le 1^{er} janvier 2011, la *Loi sur la médiation de la République Populaire de Chine* est en vigueur¹. Elle constitue la première loi, depuis la prise du pouvoir par le Parti communiste chinois (PCC) en 1949, à encadrer la médiation populaire ou extrajudiciaire². Elle porte sur les matières civiles et vise essentiellement le monde rural. Or, cette nouvelle loi est promulguée après 33 ans de réformes juridiques (lancées en 1978) dont la direction générale a été, jusqu'à récemment du moins, de professionnaliser l'appareil judiciaire et d'orienter les justiciables vers les tri-

bunaux étatiques afin de résoudre leurs conflits³. Or, ce virage vers la médiation vise aussi l'appareil judiciaire et les juges sont à présent tenus d'y recourir en priorité⁴. Un trait commun unit les discours officiels entourant la valorisation de la médiation : son association avec l'harmonie⁵. Cette dernière constituerait la valeur suprême des justiciables chinois, au nom de laquelle ils préféreraient, de tout temps et sans distinction, user de la médiation plutôt que des tribunaux judiciaires afin de résoudre leurs conflits. En effet, la médiation permettrait de préserver l'harmonie entre les personnes vivant le conflit, contrairement au recours intenté devant le tribunal étatique. Cette association entre la médiation et l'harmonie est suspecte à plus d'un titre, notamment pour le cas chinois. Ultimement, comme l'a

* Hélène Piquet, sinologue, Membre du Barreau du Québec, Titulaire de la Chaire de recherche du Canada Droit chinois et mondialisation, UQAM, Département des sciences juridiques, Professeure de droit.

1 Assemblée Populaire Nationale de République Populaire de Chine, *Loi de la République Populaire de Chine sur la médiation*, adoptée le 28 août 2010 et en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011. Disponible sur le site www.lawinfochina.com, site contenant des lois chinoises en traduction. Ce site requiert un abonnement individuel ou institutionnel pour les lois édictées ces 3 dernières années.

2 Pour les fins de cette étude, les deux expressions sont utilisées de manière interchangeable. Cette loi ne vise aucunement la médiation en contexte judiciaire.

3 Mary E. GALLAGHER, «Mobilizing the Law in China: «Informed Disenchantment» and the Development of Legal Consciousness» (2006) 40 : 4 *Law and Society Review* 783-816, p. 794.

4 Xianchu ZHANG, «Civil Justice Reform with political agendas» in Guanghua YU, (eds.) *The Development of the Chinese Legal System, Change and Challenges*, Londres, New York, Routledge, 253-271 p. 257.

5 JI SHU HAO, *Chongfen Jiejue yu Hexie Shehui* [Résolution des conflits et la société harmonieuse], coll. «Accès à la Justice», Xiamen, Presses de l'Université Xiamen, 2010, p. 194; Chao Wu SONG, *Tiaojie lifa yanjiu [Recherches sur la médiation]*, Beijing, Zhengfa Daxue Chubanshe, 2008, pp. 78-79.

démontré Laura Nader⁶ parmi celles qui se trouvent, la rhétorique de l'harmonie associée à la médiation peut servir des fins très éloignées de l'accès à la justice. Qu'en est-il dans le contexte chinois? Telle est la question traitée dans cette étude.

Nous faisons nôtre la position de Nadja Alexander⁷ sur la médiation extrajudiciaire. Elle voit dans celle-ci un processus universel, présent sur tous les continents depuis des millénaires. Or, la pratique de ce processus varie grandement d'un continent à l'autre. Elle est influencée entre autres par les structures politiques et juridiques, les attitudes face au conflit et autres facteurs. Cette diversité prête à caution lorsqu'il s'agit d'aborder la circulation de la médiation dans une perspective de transfert de droit. Notre propos se fonde sur cette mise en garde, dans la mesure où nous n'abordons pas le cas chinois en fonction de l'hypothèse d'un transfert de droit. Les réformes juridiques chinoises sont initiées par le Parti Communiste chinois et les autorités judiciaires. Les justiciables sont exclus de ce processus. Le renouveau de la médiation extrajudiciaire en Chine s'inscrit dans un contexte politique et social précis, qui colore fortement la manière dont elle est pratiquée et en détermine les finalités. Le terme médiation est polysémique. Nous lui attribuons comme caractéristiques essentielles: le caractère libre et volontaire de celle-ci eu égard aux parties, le fait que le médiateur soit un tiers œuvrant à rapprocher les acteurs et enfin, que les acteurs du conflit élaborent eux-mêmes la solution à leur conflit⁸. Au cours de ce processus, le médiateur va:

privilégier les faits plutôt que les normes, l'examen des pratiques des parties plutôt que l'explication qu'elles en

donnent, les jugements de réalité plutôt que les jugements de causalité. En aucun cas, il ne s'agit, comme un magistrat, de juger, mais de produire explications des conditions d'apparition du conflit, explications susceptibles d'ouvrir à sa « remise à plat », donc à la découverte par les parties d'un consensus sur une solution partageable par elles.⁹

I. Le sort contrasté de la médiation extrajudiciaire en Chine depuis 1949

Ce que le nouveau régime appelle la « médiation populaire » a d'abord eu la faveur du PCC durant la période maoïste. À partir de 1978, les justiciables chinois s'en détournent alors que le système judiciaire étatique fait l'objet d'investissements importants. Il s'agit en effet de le reconstruire après la destruction de la période maoïste, mais aussi pour répondre aux besoins de l'insertion économique de la Chine dans le monde. Enfin, depuis à peine 3 ans, la médiation extrajudiciaire bénéficie d'un retour de faveur de la part des autorités judiciaires. Quels facteurs rendent compte de ces changements?

A. Perspectives historiques sur la médiation extrajudiciaire

Lorsque le Parti communiste chinois prend le pouvoir en 1949, il décide d'abroger tout le droit de la période impériale (-221 av. J.-C. à 1911) de même que celui de la période républicaine (1911 à 1949). Les juristes chinois ne peuvent s'inspirer, pour le nouvel ordre à construire, que du seul droit dit « soviétique ». Dans le contexte de guerre froide de l'époque et compte tenu des choix politiques de la Chine, seul l'URSS jouit de la légitimité idéologique qui justifie d'y faire de substantiels emprunts. Dès 1952, le Parti communiste chinois lance une campagne appelée de « réforme du droit » qui consiste d'abord en une attaque en règle contre les tribunaux judiciaires et les professions

6 Laura NADER, « The ADR Explosion-The Implications of Rhetoric in Legal Reforms », (1988) 8 *Windsor Yearbook of Access to Justice* 269-291.

7 Nadja ALEXANDER, « Global Trends in Mediation: Riding the Third Wave » in Nadja Alexander (dir.), *Global Trends in Mediation*, 2^e édition, Global Trends in Mediation, Alphen aan den Rin, Kluwer Law International, 2006, 136 p., pp. 2-3.

8 Jacqueline NOLAN-HALEY, « Mediation Exceptionality », (2009) 78 *Fordham University Law Review* pp. 101-118, p. 101.

9 Étienne LE ROY, « La médiation mode d'emploi », (1995) 29 *Droit et société*, pp. 39-55, [p. 46].

juridiques¹⁰. La loyauté idéologique des juges est mise en doute, ils sont perçus comme trop imprégnés des valeurs « réactionnaires » et « féodales » de l'ère républicaine¹¹, ce qui, aux yeux du PCC, justifie des réformes juridiques importantes. En dépit de ces attaques, un système judiciaire formel se met en place en 1954, avec un ministère de la Justice, une Cour populaire suprême et un réseau de tribunaux judiciaires opérant sous son contrôle, un organe législatif soit l'Assemblée populaire nationale et la première Constitution est promulguée. À partir de ce moment, si le nouveau système judiciaire comporte des juges, ces derniers deviennent de simples fonctionnaires de l'État. Le PCC refuse la théorie et la pratique de la séparation des pouvoirs et il en découle que le concept d'indépendance du pouvoir judiciaire ne se transpose tout simplement pas dans le contexte chinois depuis 1949.

Un élément fondamental distingue l'essor de la médiation extrajudiciaire en Chine depuis 1949 du parcours de la médiation en Amérique du Nord et en Europe. Dans le contexte chinois, la médiation est promue par le PCC et les autorités judiciaires. Il s'agit d'une initiative du sommet vers la base (*top-down*), comme tout le processus des réformes juridiques. En revanche, c'est tout le contraire en Amérique du Nord et en Europe. Dans les deux cas, le mouvement en faveur de la médiation extrajudiciaire est issu « d'initiatives militantes et non institutionnelles, reposant sur un idéal contestataire, voire de contre-culture. Il s'agissait d'une charge novatrice contre les institutions »¹².

La médiation, judiciaire et extrajudiciaire, devient le mode privilégié de résolution des conflits dans la Chine

maoïste¹³. À cette fin, en 1954, le régime instaure des comités de médiation populaire qui sont subordonnés aux gouvernements locaux de même qu'aux cours populaires locales. Ces derniers opèrent en ville sous l'échelon du comité de quartier, alors qu'à la campagne ils sont établis par les communes et opèrent à l'échelon des cantons et des villages¹⁴.

Stanley Lubman voit dans les comités populaires de médiation un instrument de contrôle social, opérant en mode complémentaire par rapport à d'autres moyens de contrôle exercés par l'État et l'appareil du PCC¹⁵. Il a recensé plusieurs fonctions assignées aux comités populaires de médiation. Ce rôle particulier s'explique par la vision que le PCC entretient des conflits. Ces derniers sont une source d'interférence avec le but primordial de la construction socialiste et doivent en conséquent être éradiqués. Un autre rôle, propre au contexte de l'époque, est assigné aux comités populaires de médiation soit celui d'appliquer l'idéologie du PCC, de faire la propagande de ses valeurs et de son programme et enfin, de mobiliser le soutien populaire à ceux-ci. Les médiateurs de l'époque ne possédaient pas de compétences juridiques et leur niveau d'éducation était généralement très faible. Il s'agissait souvent d'activistes politiques ou de femmes sans emploi¹⁶. Le processus de médiation opérait sans balises, les médiateurs avaient entre autres la liberté d'intervenir directement auprès de parties en conflit sans que celles-ci n'aient sollicité de médiation. Ceci est contraire aux dispositions du règlement de 1954 sur la médiation populaire¹⁷ mais la pratique

10 Stanley B. LUBMAN, *Bird in a Cage. Legal Reform in China After Mao*, Stanford, Stanford University Press, 1999, [p.48].

11 *Ibid.*

12 Conférence de Jacques Faget, le 6 juin 2011, dans le cadre du Colloque « Revisiter les relations entre justice étatique et médiation » organisé par le Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, les 6 et 7 juin 2011, publié dans cet ouvrage.

13 AARON HALEGUA, « Reforming People's Mediation System in Urban China » (2005) *35 Hong Kong Law Journal* 715-750, p.716 (WL).

14 HENANSHENG FAXUE HUI (Conférence de théorie du droit de la province du Henan), *Tiaojie zhidu lilun yu shijian [Théorie et pratique du système de médiation]*, Zhengzhou, Zhengzhou Daxue Chubanshe, 2010, [18].

15 LUBMAN, *op. cit.*, p.59. Les informations qui suivent sont fondées sur le texte de Lubman, sauf indication contraire.

16 LUBMAN, *op. cit.*, p. 51.

17 HENANSHENG FAXUE HUI, *supra*, note p. 18.

de passer outre le consentement des parties a néanmoins eu cours durant la période maoïste.

Neil Diamant a également effectué des recherches sur la médiation, couvrant la période maoïste et celle des réformes (depuis 1978)¹⁸. Outre des entrevues avec divers acteurs de la médiation à l'époque, dont des justiciables, il a eu accès à des archives. Il a ainsi étudié des cas de médiation en monde rural et en monde urbain. Diamant a recueilli au cours de son enquête plusieurs informations sur les personnes agissant à titre de médiateurs et les perceptions qu'en ont eu et ont encore les justiciables chinois. Ici interviennent des facteurs politiques. Le PCC a enclenché une véritable révolution sociale qui s'est traduite, entre autres, dans le monde rural, par l'élimination et le départ des anciennes élites. L'élimination dont il est question repose sur un recours délibéré à la violence physique. Les exécutions sont monnaie courante¹⁹. Les personnes ayant été promues cadres du Parti étaient souvent très peu éduquées, détenant, au mieux, un diplôme d'études secondaires. Or, ces mêmes cadres siégeaient souvent dans les comités de médiation et étaient appelés à agir comme médiateurs. Or, ces villageois étaient jeunes (entre 20 et 25 ans), de sexe masculin, connus pour leurs comportements machistes²⁰. Ces jeunes cadres ne possédaient aucune expérience à titre de « médiateurs ». Diamant a constaté qu'en outre, les médiateurs avaient tendance à référer les acteurs du conflit directement aux tribunaux. À la lumière de ces faits, Diamant affirme que les comités villageois de médiation étaient souvent peu fonctionnels²¹. En outre, un autre facteur a contribué à détourner les justiciables ruraux des

nouveaux médiateurs. Ces derniers possédaient une trop grande connaissance des acteurs du conflit et cette connaissance, loin de nourrir la confiance des justiciables, a généré au contraire une crainte de partialité de la part des médiateurs. Un schéma assez constant ressort des enquêtes de Diamant, soit que les femmes ont le plus souvent catégoriquement refusé de faire affaire avec les médiateurs, par crainte de leurs préjugés politiques, machistes et autres, pour aller saisir directement les tribunaux. Ici, c'est toute la logique de proximité du monde rural qui est en cause. Loin de rapprocher les justiciables, elle les divise.

Lubman a traité des points de continuité et de rupture entre la médiation extrajudiciaire de l'ère impériale et celle de la période maoïste. Un élément distinctif de cette dernière réside dans le rejet du compromis comme fondement de la résolution du conflit, ce dernier étant résolu en fonction des politiques du Parti auxquelles l'ensemble de la population est tenu d'adhérer entièrement. Lubman signale aussi qu'en Chine impériale et républicaine, la médiation extrajudiciaire était pratiquée à l'échelle privée, nullement intégrée dans les rouages étatiques de la justice. Aussi, si la médiation extrajudiciaire fait véritablement partie de la tradition juridique chinoise depuis l'ère impériale, sa pratique a grandement varié dans le temps et surtout à partir de 1949, où le processus est dénaturé par les considérations politiques. La caractéristique de la médiation judiciaire et extrajudiciaire dans la Chine maoïste réside dans son caractère éminemment politique, qui a rejailli sur tout son processus et sur l'issue de ce dernier.

La période de la Révolution culturelle (1966-1976) est très peu traitée par les juristes chinois. Les membres de la conférence de théorie du droit du Henan consacrent une ligne à cette période et au sort de la médiation durant cette période. Ils désignent la Révolution culturelle par l'expression « les dix ans de chaos interne » et affirment que la médiation populaire est devenue un instrument de la lutte des classes et qu'à toutes fins pratiques, le travail des médiateurs a cessé²². La Révolution culturelle fut un

18 Neil J. DIAMANT, « Conflict and Conflict Resolution in China: Beyond Mediation-Centered Approaches », 2000, *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 44: 4, pp. 523-546, [p. 524].

19 Le très beau film *Vivre*, du réalisateur Zhang Yimou, comporte une scène tout à fait fidèle au climat de l'époque, soit l'exécution du nouveau propriétaire de la maison familiale, une magnifique demeure, gagnée au jeu dans une ultime partie. L'action se situe alors au tout début de la période maoïste.

20 DIAMANT, *op. cit.*, p. 532.

21 DIAMANT, *op. cit.*, p. 533.

22 HENANSHENG FAXUE HUI, *op. cit.*, p. 18.

mouvement politique axé sur la persécution de dizaines de millions de personnes, qualifiées d'«ennemies du régime» ou de «contre-révolutionnaires». De sinistres parodies de procès ont eu lieu, aux termes desquels les accusés étaient exécutés sommairement, ou envoyés en camp de rééducation où les conditions étaient si dures que c'était une condamnation à mort avec sursis. Chen Yan, en revenant sur cette époque, affirme: «La Révolution culturelle est bien la page la plus noire de l'histoire totalitaire de la Chine communiste»²³. Les victimes de cette campagne politique demeurent hantées par ce qu'elles ont alors subi²⁴. La violence de certaines factions de Gardes Rouges à l'endroit de leurs victimes confine aux atrocités. Aisni, Jacques Andrieu fait état de cannibalisme politique, où les Gardes Rouges mangeaient les organes des personnes qu'ils avaient torturés, puis, tués²⁵. À titre de bilan de cette période, Chen Yan parle de «millions de morts, de centaines de victimes physiques ou morales, des millions de familles détruites, plusieurs générations sacrifiées...»²⁶. Enfin, la Révolution culturelle s'est aussi traduite par une attaque contre la culture traditionnelle chinoise, et le patrimoine culturel de la Chine a subi alors des destructions dont il peine aujourd'hui à se remettre. Lorsque le PCC lance en 1978 la politique dite de «réforme et d'ouverture,» la règle de droit est partiellement réhabilitée par rapport au statut qui fut le sien durant la période maoïste²⁷. L'ouverture économique de la Chine stimule le développement d'une législation adaptée à l'économie de marché, de même que la réorganisation du système judiciaire. Dans ce contexte, le PCC effectue un revirement marqué en faveur de l'usage, par les

justiciables chinois, du système judiciaire étatique comme forum de règlement des conflits. L'objectif de la professionnalisation de la magistrature devient prioritaire²⁸ et, durant toute la décennie 1990 jusqu'au début de la décennie 2000, le système judiciaire étatique bénéficie d'investissements importants afin de se «moderniser». Toute cette période est marquée par le déclin de la médiation extrajudiciaire, documenté par plusieurs auteurs. Deux ordres de facteurs sont en cause. D'une part, ceux tenant à la médiation extrajudiciaire elle-même et d'autre part, l'évolution du rapport au droit des justiciables chinois pendant cette période.

Tout d'abord, le professeur Song Chao Wu signale que la médiation extrajudiciaire n'apparaît plus alors comme un moyen approprié de résoudre les conflits dans une société régie par l'État de droit²⁹. Les contraintes d'espace nous empêchent de traiter longuement cette question. Les juristes chinois ont adhéré à l'idéal de l'État de droit comme principe directeur des réformes. Tous sont conscients des divers registres de mise en œuvre de cet idéal dans le contexte chinois. La référence à l'État de droit a été intégrée dans la Constitution chinoise en 1999³⁰.

Fan Yu et Li Hao, deux ardents promoteurs de la médiation extrajudiciaire, avancent une explication. La «foi» des milieux juridiques dans l'État de droit les empêcherait d'apprécier les mérites de celle-ci³¹. En effet, les milieux juridiques auraient effectué une équation simple entre État de droit, procès et justice d'une part, et médiation et absence de justice de l'autre. La médiation serait associée par ses détracteurs au gouvernement par l'homme,

23 Yan CHEN, *L'éveil de la Chine*, Paris, L'Aube, 2002, p. 268.

24 Yan CHEN, *op. cit.* p. 268.

25 Jacques ANDRIEU, «Les gardes rouges: des rebelles sous influence», *Cultures & Conflits* [En ligne], 18 | été 1995, mis en ligne le 15 mars 2006, consulté le 1^{er} octobre 2012. URL: <http://conflits.revues.org/457>. Voir la page 19 pour les détails sur le cannibalisme.

26 Yan CHEN, *op. cit.* p. 267.

27 Chenguang WANG, «From the Rule of Man to the Rule of Law», in CAI Dingjian† et Chenguang WANG (eds.) *China's Journey Toward Rule of Law*, Leide, Boston, Brill, 2010, 1-50, p. 5.

28 Xianchu ZHANG, *op. cit.*, p. 254.

29 Chao Wu SONG, *op. cit.*, p. 102.

30 Chen JIANFU, «The Transformation of Chinese Law: From Formal to Substantial», (2007) 37 *Hong Kong Law Journal*, p. 689-740. Les juristes chinois ont appris à s'appuyer sur les mots d'ordre ou slogans du régime afin de justifier des modifications importantes au droit étatique et ce fut le cas pour la référence à l'État de droit, tel que l'explique Chen Jianfu.

31 Yu FAN et Hao LI, *Chongfen Jiejue-Lilun, Zhidu yu Zhineng* [La résolution des conflits: théories, système et capacité], Beijing, Qinghua Daxue Chubanshe, 2010, aux pp. III-IV.

à l'opposé du gouvernement par la loi et de l'État de droit³². Song Wu Chao avance cependant plusieurs autres raisons de poids qui ont contribué au déclin de la médiation populaire. Au premier chef, il souligne la faible « qualité » des médiateurs³³. Il ressort des résultats de son enquête que seuls 14 % des personnes agissant à titre de médiateurs populaires étaient titulaires, en 2008, d'un diplôme d'études secondaire ou plus élevé. C'est dire que 86 % des médiateurs populaires n'avaient pas terminé une formation de niveau secondaire. Song établit un lien entre le faible niveau d'éducation des médiateurs populaires et le financement très insuffisant des gouvernements locaux, dont relèvent les salaires des membres des comités de médiation populaires. Il a constaté lors de son enquête que les médiateurs populaires touchaient une compensation mensuelle allant de 20 à 60 yuans, c'est-à-dire de 6 à 12 euros par mois. Cependant, le tiers des médiateurs populaires ne recevaient aucune compensation financière. Song signale un autre facteur, soit celui de l'absence de règles devant guider le processus de médiation. Ce dernier était selon lui trop flexible, dénué de balises concernant des points essentiels tels : le caractère public ou confidentiel de la médiation, la possibilité, pour les médiateurs, de convier des tiers au processus de médiation. Sur ce point, il n'est fait aucune référence à la nécessité de consulter les justiciables parties à cette triste parodie de la médiation aux forts relents inquisiteurs processus. De même, Song souligne que les médiateurs populaires n'ont aucun moyen à leur disposition afin de protéger les intérêts de la partie la plus vulnérable, ce qui peut, à terme, favoriser la partie la plus puissante. Song relève d'autres problèmes. Ainsi, le principe du caractère

volontaire de la médiation a été bafoué par des comités de médiation populaire qui ont très fortement incité les justiciables en conflit à entamer le processus de médiation³⁴. De plus, alors que les cours populaires devraient soutenir et guider le travail des comités de médiation populaire, en réalité, très peu d'entre elles développent des relations avec ces derniers³⁵. Le professeur Xu Xin souligne pour sa part la complexité croissante des causes des conflits dans une société chinoise en mutation depuis 1978³⁶. Or, les médiateurs n'avaient pas la formation nécessaire pour s'adapter à ces changements multiples et traiter les nouvelles causes de conflits. Par ailleurs, le plus souvent, les médiateurs habitaient le même quartier que les parties au processus ce qui a ouvert la porte à des atteintes à l'intégrité de leur travail en raison de l'influence des relations (*guanxi*)³⁷. Les méthodes de travail des médiateurs ont souvent reposé selon Xu Xin sur l'imposition d'une logique d'harmonie aux parties sans tenir compte du tout, des faits ni des lois et règlements applicables. Ils ont régulièrement mal distingué ce qui était illégal de ce qui était légal. Tous ces facteurs ont selon lui contribué à entamer sérieusement la crédibilité de la médiation extrajudiciaire car les résultats du processus satisfaisaient de moins en moins les justiciables.

À ces facteurs tenant à la médiation extrajudiciaire elle-même s'ajoutent ceux tenant aux justiciables chinois. En effet, parallèlement, dès 1985, le PCC a également initié plusieurs campagnes nationales d'éducation juridique (*pufa yundong*) allant même jusqu'à inviter les justiciables chinois à user du droit comme d'une arme³⁸. Ces campagnes font la promotion du système judiciaire étatique comme forum de règlement des conflits. Une loi, en particulier, a fait l'objet de ces campagnes, la *Loi de la République Populaire*

32 Yu FAN et Hao LI, *op. cit.*, pp. III-IV. Il s'agit d'un vieux débat chez les juristes chinois, qui renvoie aux débats entre les confucianistes, associés au gouvernement par l'homme et les légistes, associés au gouvernement par la loi. Sur ce point voir les travaux d'Anne Cheng et de Léon Vandermeersch. Plus récemment, voir Chenguang WANG, « From the Rule of Man to the Rule of Law », *op. cit.*

33 SONG, *op. cit.*, p. 109. Les Chinois emploient en effet le terme « qualité », que nous appliquons en Occident aux objets, pour parler des personnes. Ces dernières sont de bonne ou mauvaise « qualité ».

34 SONG, *op. cit.*, p. 117.

35 SONG, *op. cit.*, p. 111.

36 Xin Xu, « Wanshan Renmin Tiaojie Zhidu yu Goujian Hexie Shehui » [Améliorer la médiation populaire et construire la société harmonieuse], para. 5 en ligne : Civillaw.com.cn <<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=50172>, 13 septembre 2009.

37 Xin Xu, *op. cit.*, para 6.

38 Mary GALLAGHER, *op. cit.*, pp. 793-794.

de Chine sur le contentieux administratif³⁹. Cette loi permet, sous certaines conditions, aux justiciables chinois de poursuivre l'administration. Ceci marque une révolution, selon Jianfu Chen, dans un pays qui a été habitué pendant près de 2 millénaires à vénérer les fonctionnaires⁴⁰. Le taux de succès des poursuites intentées en vertu de cette loi n'est peut-être pas très élevé, mais cela n'a pas dissuadé les justiciables de tenter de faire valoir leurs droits dans plusieurs autres domaines. Le contentieux en droit du travail a connu une augmentation importante depuis l'entrée en vigueur de la *Loi de la République Populaire de Chine sur le travail*⁴¹ (communément appelée : le Code du travail), de même que les poursuites en droit de l'environnement⁴². Bin fait état de diverses données relativement aux recours judiciaires intentés par les justiciables chinois depuis 1978. Les causes en matière civile représentent depuis la fin du XX^e siècle plus de 60 % du contentieux, avec un déclin important des causes en matière pénale⁴³. Des données récentes confirment que les recours aux tribunaux, tous domaines confondus, sont à la hausse. Ainsi, le nombre de cas a augmenté de 25 % entre 2005 et 2009, créant chez les juges chinois le sentiment d'être la proie d'un déferlement incessant de dossiers à traiter⁴⁴. En matière civile, l'augmentation

est spectaculaire car leur nombre est passé de 300 787 en 1978 à 5 412 591 en 2008 (*China Economic Review* 2010).

Les justiciables chinois se sont donc enhardis, progressivement. Plusieurs auteurs font état du fait qu'ils ont développé, tant dans le monde rural que dans le monde urbain, le sentiment très net d'être titulaires de droits à faire valoir⁴⁵. En outre, Minzner fait état, pour la décennie 1990, d'un taux de satisfaction élevé des justiciables chinois urbains envers les tribunaux étatiques, tant pour le respect des procédures que sur le fond de la décision rendue⁴⁶. Eu égard à la situation dans les campagnes, le portrait est plus complexe. Plusieurs chercheurs chinois font état d'une diminution importante du taux d'utilisation du système judiciaire étatique en monde rural. Toutefois, les raisons avancées reposent, pour Zhu Suli, sur des considérations d'ordre culturel. Ainsi, il existerait une disjonction importante entre le sens du juste des justiciables du monde rural et la norme de droit étatique appliquée par le juge⁴⁷. Fu Hualing et Ying Xing, qui ont également effectué des recherches de terrain, mettent de l'avant des problèmes d'accès à la justice. Fu signale entre autres que les divers coûts des procédures judiciaires dépassent de beaucoup les moyens des justiciables du monde rural⁴⁸. Pour sa part, Ying Xing note la pénurie de ressources juridiques dans le monde rural. Par ailleurs, les résultats de sa recherche remettent en question l'explication de Zhu Suli. En effet, Ying Xing a démontré

39 Assemblée Populaire Nationale de République Populaire de Chine, *Loi sur le contentieux administratif de République Populaire de Chine*, adoptée le 4 avril 1989, en vigueur depuis 1990. La traduction française de cette loi est disponible dans l'ouvrage suivant : Meng SHENG, *Le contrôle des actes administratifs en droit chinois et sa réforme*, Paris, L.G.D.J., 1991, dans l'Annexe.

40 Jianfu CHEN, *Chinese Law: Context and Transformation*, Leide, Boston, Martinus Nijhoff, 2008, p. 259.

41 Aiqing ZHENG, *Libertés et droits fondamentaux des travailleurs en Chine*, Paris, L'Harmattan, 2007, pp. 368-373.

42 L'université Zhengfa de Beijing a mis sur pied, à la Faculté de droit, une clinique d'aide juridique pour les victimes de problèmes environnementaux.

43 Liang BIN, *The Changing Chinese Legal System, 1978-Present. Centralization of Power and Rationalization of the Legal System*, London, Routledge, 2008, p. 46.

44 China Daily, « Courts hit by a rising number of lawsuits », 14 juillet 2010, p. 5. Page consultée le même jour sur le site du journal : [http://www.chinadaily.com.cn/usa/2010-07/14/content_11020426.](http://www.chinadaily.com.cn/usa/2010-07/14/content_11020426.htm)

htm. En 2005, les cours ont traité 8,37 millions de cas et en 2009, elles en ont traité 10,54 millions. Le nombre de juges reste stable.

45 Fu HUALING, « Cong xiangtu shehui falü zhidu kan falü yu fazhan : chongfen de jie jue yu jingji fazhan » [Regards sur le droit et le développement à partir de la société rurale] in Liang Zhiping, (ed.), *Guojia, shichang, shehui : dangdai zhongguo de falü yu fazhan*, [L'État, le marché, la société : le développement du droit de la Chine contemporaine] Beijing, Presses de l'Université de Science Politique et Droit, 2005, p. 141-163, p. 160.

46 Karl F. MINZNER, « China's Turn Against the Law » (2011) 9 *American Journal of Comparative Law*, p. 935-984, p. 969.

47 Suli ZHU, « Guanyu nengdong sifa yu da tiaojie », (2010) 1 : 153 *Zhongguo Faxue*, p. 5-16. Voir les pages 6-7 où il se livre à un véritable réquisitoire contre les réformes juridiques chinoises.

48 Hualing FU, *op. cit.*, pp. 156-160.

que les avocats aux pieds nus dans le monde rural servent de véritables intermédiaires entre la norme de droit étatique et les justiciables. Ces derniers, pour peu que leur en soient fournis les moyens, recherchent la justice étatique⁴⁹. À la lumière de ces constats, il est permis d'affirmer que si les justiciables ruraux nourrissent de l'insatisfaction à l'endroit du système judiciaire étatique, il faut se garder d'une analyse essentialiste fondée uniquement sur des supposées caractéristiques culturelles.

Cela étant, la valorisation, par le régime, des recours devant les tribunaux judiciaires, prend fin au début de la décennie 2000. La médiation extrajudiciaire regagne la faveur des autorités judiciaires comme mode de résolution des conflits. Ce revirement se situe dans le contexte d'un mot d'ordre clé du PCC, soit l'édification de la société harmonieuse. Cette nouvelle rhétorique associe désormais la médiation à l'harmonie. En outre, le procès fait l'objet d'une campagne négative de propagande de la part des autorités judiciaires, car associé à l'Occident⁵⁰. Cette prise de position est assortie d'un nationalisme anti occidental certain car il récuse la pertinence des modèles juridiques occidentaux, associés au conflit et au procès. C'est dans ce contexte que voit le jour un nouveau régime juridique destiné à encadrer la médiation extrajudiciaire.

B. Le renouveau de la médiation extrajudiciaire

La *Loi de la République Populaire de Chine sur la médiation populaire* (ci après *Loi sur la médiation*) a été promulguée le 28 août 2010 et est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011.

Le PCC est obnubilé par la crainte des conflits sociaux et le risque qu'ils dégénèrent en mouvements de contestations de plus grande ampleur. Aussi n'est-il pas étonnant de trouver la mention, à l'article premier de cette loi, qu'elle a pour objectifs de résoudre les conflits en temps utile et de maintenir l'harmonie sociale et la stabilité. D'ailleurs, la crainte que les conflits en viennent à revêtir une grande ampleur ressort clairement de l'article 21 où la détermination de les régler en temps utile est à nouveau énoncée en relation avec la nécessité de prévenir qu'ils s'intensifient. Cette possibilité d'aggravation du conflit est par ailleurs clairement prévue à l'article 25 aux termes duquel les médiateurs populaires sont tenus de prendre des précautions supplémentaires dans de tels cas et signaler aux organes locaux de sécurité publique, le risque d'escalade et la transformation de la nature du cas en matière pénale. La médiation populaire instaurée par la loi est définie comme « le processus par lequel les commissions populaires de médiation vont persuader les parties à un conflit de conclure un accord de médiation fondé sur les principes d'égalité des parties dans la négociation et sur leur consentement libre⁵¹. Les commissions populaires de médiation (CPM), principal acteur institutionnel dans le processus de médiation, sont, dans le cadre de leur travail, assujetties, dans l'ordre : au respect des principes d'égalité des parties et de leur libre consentement, au respect des lois, règlements et politiques de l'État, de même qu'au respect des droits des parties. Cette dernière exigence implique que les commissions de médiation doivent s'abstenir de tenter d'empêcher les parties de faire valoir leurs droits par des recours en arbitrage, des recours administratifs ou des recours judiciaires⁵².

49 Ying XING, « *Yingfa ru Xiang* », « *Jiejin Zhengyi* » - *Dui Zhongguo XiangCun Chijiao Lushi de ge an Yanjiu* » [Dissemination of Law at Village Level] and « Access to Justice » - A Case Study of « Barefoot Lawyers » in China] (2007) 25:1 *Zhengfa Luntan*, p. 79-94.

50 Benjamin L. LIEBMAN, « A Return to Populist Legality? Historical Legacies and Legal Reform » in Sebastian Hellman et Elizabeth Perry, (eds.) *Mao's Invisible Hand. The Political Foundations of Adaptive Governance in China*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2011, p. 165-200, pp. 180-181.

51 Assemblée Populaire Nationale de République Populaire de Chine, *Loi de République Populaire de Chine sur la médiation*, adoptée le 28 août 2010 et en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011.

52 Afin d'alléger l'appareil de notes, le régime de la Loi sur la médiation est présenté ici en limitant au strict minimum les références précises aux articles.

Le nouveau régime prévoit le caractère gratuit de la médiation pour les parties. Aux termes de l'article 4, les commissions populaires de médiation se voient en effet interdire de facturer le moindre coût pour leur travail de médiation. Le financement de la médiation populaire incombe aux gouvernements locaux au niveau du district et aux échelons supérieurs. Plus précisément, les fonds nécessaires doivent être fournis par les comités de villageois, les comités de quartier, les entreprises et les institutions publiques⁵³.

Les parties peuvent choisir les médiateurs qui traiteront leur dossier ou encore, accepter le choix des médiateurs qui leur sera proposé par la commission populaire de médiation. Cette dernière est définie comme étant une « organisation de masse » formée légalement afin de régler les conflits survenant entre les masses populaires. La loi distingue deux intensités d'obligations eu égard à la création des commissions de médiation : elle est obligatoire pour les comités de villageois et les comités de quartier, mais laissée à la discrétion des entreprises et autres institutions publiques. Les commissions comprennent entre 3 et 9 membres, dont le mandat dure trois ans, renouvelable une fois. Les membres des commissions, soit les médiateurs populaires, sont élus. Dans le cas des commissions de médiation en monde rural, les médiateurs populaires sont élus soit par l'assemblée des villageois, ou par l'assemblée des représentants du village, ou bien par l'assemblée des résidents (du village). Les entreprises ou autres institutions ont la faculté de créer ou non des commissions populaires de médiation. Si elles le font, les membres de ces commissions sont élus, selon le cas, par l'assemblée des employés (en l'absence de syndicat), par les représentants des employés ou par le syndicat. Une fois constituées, les commissions de médiation doivent élaborer leurs règles pour leur travail de médiation. Elles sont tenues également d'être à l'écoute des opinions du peuple et d'accepter la supervision de leur travail de médiation par le peuple. Par ailleurs, les tribunaux populaires de base ont aussi un droit de regard sur le travail des commissions de

médiation puisqu'ils sont, aux termes de l'article 5, chargés de guider leur travail.

La loi comprend quelques indications relatives au bagage attendu des médiateurs populaires. L'article 14 énonce qu'ils doivent être des citoyens adultes, impartiaux, décents, dévoués au travail de médiation populaire, posséder un certain niveau d'éducation et une certaine compréhension des politiques (de l'État) de même que des connaissances en droit. Les bureaux de la justice à l'échelon du district dispenseront une formation aux médiateurs sur une base régulière. Le médiateur est assujéti à diverses obligations qui sont formulées suivant une gradation dans les sanctions pour violation de celles-ci. Ainsi, sont prohibés les actes consistant à faire preuve de favoritisme envers une partie⁵⁴, insulter une partie, exiger de l'argent, des biens ou autre bénéfice illicite et enfin, divulguer des éléments tenant à la vie privée des parties ou leurs secrets commerciaux. Le régime de sanction va de la réprimande, en passant par la critique et l'éducation du médiateur, à la perte de son statut de médiateur. Toutefois, nous faisons face à un silence de la loi eu égard à la relation entre les actes prohibés et les sanctions.

Le déroulement de la médiation comporte plusieurs volets. Le premier a trait à la décision de soumettre le cas à la commission populaire de médiation. Aux termes de l'article 17, les parties disposent d'un droit de saisine direct, mais la commission de médiation peut aussi proposer, sur une base volontaire, de traiter le cas. Le même article précise que la médiation ne peut avoir lieu si une partie a expressément refusé de résoudre le conflit par la médiation. Les tribunaux populaires de base et les organes locaux de sécurité publique peuvent aussi faire savoir aux parties qu'elles peuvent saisir la commission de médiation. Selon la nature du conflit, les parties, ou la commission de médiation, désigneront un ou plusieurs médiateurs pour traiter le cas. Une fois la médiation commencée, le médiateur populaire dispose d'un éventail de moyens afin de mener à bien son

53 Art. 12.

54 Le terme chinois désigne le favoritisme et non pas la partialité, qui elle, peut jouer en faveur ou contre une partie.

travail. L'usage de ces moyens est sujet à l'approbation préalable des parties. S'il l'estime nécessaire, le médiateur peut inviter des membres de la famille, des voisins, des collègues de travail, des personnes possédant des connaissances spécialisées et des personnes membres des organisations sociales pertinentes à participer au processus. Des balises sont énoncées au paragraphe deux de l'article 20 concernant les personnes appelées à participer au processus : elles doivent être impartiales, décentes, dévouées au travail de médiation et leur participation doit être approuvée par la population locale⁵⁵. Eu égard aux normes applicables, les médiateurs, dans le cadre du processus, ont l'obligation de s'en tenir aux principes, d'effectuer des raisonnements juridiques et de rendre justice aux parties⁵⁶. Des précisions s'imposent ici. Tout d'abord, les principes dont il est question ne se limitent pas aux principes juridiques. En effet, ni dans la version originale en chinois ni dans la traduction officielle en anglais, il n'est ajouté le mot « juridique » après le mot « principe ». Que faut-il entendre alors ? Il faut aussi signaler que la traduction officielle en anglais ne reprend pas complètement l'article 21. En effet, un élément important du répertoire normatif des médiateurs n'apparaît pas dans la traduction anglaise soit la référence aux *gongde* traduit par l'éthique de la société en vigueur à un moment précis dans le temps. Or, cette omission n'est pas sans lien avec la question des principes. À la lumière du régime qui a prévalu avant la réforme de 2010, où les médiateurs ont recouru aux *qingli*⁵⁷, comme faisant partie du *gongde*⁵⁸, il est loisible de supposer que les médiateurs

pourront mobiliser un autre répertoire normatif que les lois et règlements. Cependant, dans les discours officiels sur la nouvelle loi, l'accent est mis sur le fait que la médiation est fondée d'abord sur les lois et règlements. Les propos du juge Tiancheng You appuient notre interprétation. Tian Cheng You, spécialiste du monde rural chinois anciennement professeur, maintenant juge, affirme clairement que la médiation doit d'abord être fondée sur les règles de droit étatiques (*yifa tiaojie*), mais de manière non exclusive. Les médiateurs doivent aussi tenir compte des relations entre les parties, de leurs sentiments respectifs et travailler à une issue du conflit qui reçoive l'assentiment de la société. Tout cela est inclus dans la notion de « *gongde* ». L'omission, dans la traduction officielle anglaise, de la référence aux *gongde* procède-t-elle d'un simple oubli ou est-elle délibérée ? À l'heure actuelle, il est impossible de trancher. Par ailleurs, fonder la médiation en partie sur le droit étatique ne va-t-il pas à l'encontre des avantages distinctifs de la médiation extrajudiciaire par rapport à l'usage des tribunaux étatiques ? Le législateur chinois a peut-être voulu remédier à l'image négative de la médiation extrajudiciaire, associée à une justice inférieure, mais si tel est le cas, les moyens pris pour ce faire ne font pas l'unanimité. Zhu Suli estime qu'intégrer la norme de droit étatique dans le processus de médiation extrajudiciaire constitue un non-sens et en mine la nature même⁵⁹. D'un autre côté, favoriser l'usage du droit vivant comme paradigme local devant fonder les réformes juridiques en cours est sujet à caution. Certes, la représentation du droit vivant des campagnes comme « arriéré par nature » constitue un obstacle épistémologique à transcender pour les chercheurs du droit chinois⁶⁰. Par ailleurs, sur quels critères peut-on déterminer qu'une norme de droit vivant constitue une « bonne » coutume ?

Un aperçu des divers volets du travail attendu des médiateurs populaires ressort de l'article 22. Outre l'obli-

55 Les exigences énoncées à ce paragraphe recourent en partie celles imposées aux médiateurs, avec la différence qu'ici, l'approbation de la population locale est requise pour que la personne participe à la médiation.

56 Art 21. La loi ne précise pas de quels principes il s'agit.

57 *Qingli* : désigne les sentiments et la raison. (Traduction littéraire). En pratique, raison veut dire le sens du juste, ce dernier étant interprété de manière très contextuelle, en fonction des circonstances du cas.

58 Guang'an LIU et Cunpeng LI, « Minjian tiaojie yu quanli baohu » [La médiation populaire et la protection des droits] dans YONG XIA, dir, *Zou xiang quanli de shidai [En marche vers l'âge des droits]*, 2^e éd,

Beijing, Presses de l'Université de Science Politique et Droit, 1999, 251-290, pp.259-260.

59 Suli ZHU, « Guanyu nengdong sifa yu da tiaojie », *op. cit.*, p. 12.

60 Les travaux de Tiancheng YOU vont en ce sens.

gation d'entendre les dépositions des parties, ils doivent expliquer les lois, règlements et politiques pertinents. Ils doivent user de patience afin de persuader les parties, proposer des solutions sur la base des principes d'égalité des parties dans la négociation et de compréhension mutuelle. Enfin, les médiateurs doivent aider les parties à parvenir à un accord de médiation sur la base du libre consentement. La loi prévoit que l'exercice du métier de médiateur puisse devenir parfois périlleux. En effet, l'article 16 énonce qu'un médiateur blessé ou devenu handicapé dans l'exercice de ses fonctions a droit de recevoir une aide médicale et une allocation de la part du gouvernement local.

De leur côté, les parties ont des droits et des obligations. Au chapitre des droits, elles peuvent choisir les médiateurs qui traiteront leur cas ou accepter ceux qui leur sont proposés. Elles peuvent accepter ou refuser de se soumettre à la médiation et, si elles ont consenti au processus, demander à tout moment qu'il y soit mis fin. La médiation peut, selon leur choix, se dérouler en privé ou en public. Finalement, les parties peuvent exprimer librement leur volonté et parvenir à un accord sur la base du consentement libre⁶¹. Cela étant, les parties sont tenues d'exposer sans mentir les faits qui donnent lieu au conflit, de respecter l'ordre sur les lieux de la médiation ainsi que de témoigner du respect aux médiateurs. Elles doivent aussi respecter l'exercice des droits de chacune d'elles⁶².

Le processus de médiation se solde de deux manières : ou l'échec de celui-ci, ou sa réussite. Dans le premier cas, les médiateurs mettent fin à la médiation et avisent les parties des autres moyens à leur disposition afin de faire valoir leurs droits soit l'arbitrage, les recours administratifs ou les recours judiciaires. Dans le cas où les parties parviennent à un accord, ce dernier peut être écrit ou oral. Dans ce dernier cas, le contenu de l'accord est cependant consigné par les médiateurs. Le travail de transcription de l'accord est plus important si ce dernier revêt une forme écrite. Alors, l'accord consigné contient les informations relatives aux

parties, les faits majeurs du conflit, la source précise du conflit, de même que la responsabilité de chacune d'elles, le contenu de l'accord de même que ses modalités d'exécution. L'accord prend effet du jour où il porte la signature des dûment saisis par les parties dans les 30 jours de la date d'entrée en vigueur de l'accord, peuvent en confirmer l'effectivité. Cela a pour effet de donner le droit à une partie, si l'autre ne s'exécute pas, de saisir le tribunal afin de lui demander de l'aide dans l'exécution de l'accord. Les commissions populaires de médiation sont appelées, quoique de manière assez vague, à favoriser la mise en œuvre de l'accord intervenu entre les parties, sous la forme d'un certain pouvoir de « supervision ». Que survienne un différend entre les parties relativement à l'exécution de l'accord de médiation, elles peuvent alors saisir un tribunal judiciaire.

II. Un accès à la justice compromis

L'accès à la justice des justiciables chinois fait problème dans le contexte des développements récents présentés dans cette étude. Deux séries de facteurs suscitent des inquiétudes pour l'avenir. Les premiers tiennent au nouveau régime de médiation extrajudiciaire lui-même, les seconds à l'usage de la rhétorique de l'harmonie et à son influence sur le système judiciaire.

A. Les fragilités du nouveau régime de médiation extrajudiciaire

Le processus établi par la *Loi sur la médiation* comporte plusieurs points problématiques. Au premier chef, les organes de sécurité publique peuvent être impliqués dans des cas jugés graves. Outre l'absence de critères pour définir de tels cas, surtout, cette implication possible des organes de sécurité est susceptible de pervertir le processus. La préoccupation première des organes de sécurité publique résidant dans le maintien de la stabilité sociale, il est loisible de supposer qu'elles interviendront mues par une logique de *suppression* du conflit sans chercher à travailler à sa véritable résolution.

61 Art 23.

62 Art 24.

Compte tenu des échelons administratifs et territoriaux énumérés dans la *Loi sur la médiation* le nouveau régime de médiation extrajudiciaire semble destiné d'abord au monde rural plutôt qu'au monde urbain. Or, la Chine a amorcé, depuis le milieu de la décennie 1990, un processus de décentralisation qui se traduit par le transfert, aux divers échelons administratifs sous le gouvernement central, de plusieurs chefs de dépenses. Ce nouveau contexte défavorise grandement les échelons administratifs du monde rural, soit les districts et les villages⁶³. Le financement du nouveau régime de médiation extrajudiciaire incombe aux gouvernements locaux. Or, Fu Hualing soulignait déjà en 2005 les difficultés, pour les districts et les villages, de financer un système judiciaire de base impliquant de défrayer les coûts de fonctionnement du tribunal et le salaire du personnel juridique et celui des juges⁶⁴. Le nouveau régime mis en place paraît *a priori* un peu moins lourd en personnel qu'un tribunal populaire de base mais la question du financement reste entière. De plus, le processus de médiation est gratuit pour les parties, ce qui constitue un développement positif pour leur accès à la justice. Toutefois, la rémunération des médiateurs est aussi dévolue aux gouvernements locaux. Les médiateurs sont inquiets de ce fait car en pratique, leur rémunération est hautement incertaine. Tout dépend des moyens et priorités des autorités locales concernées. Or, Diamant souligne que l'irruption, avec les réformes, de la logique de marché dans l'économie chinoise a porté un dur coup à la médiation en monde rural.

En effet, l'irruption d'une logique de marché dans l'économie chinoise a contribué à détourner les médiateurs de leur fonction. Ils ont jugé la rémunération insuffisante et beaucoup ont tout simplement cessé d'agir comme médiateurs dans les comités de quartier ou de médiation, tant en monde rural qu'en monde urbain⁶⁵. Le monde rural est

encore plus affecté par cette tendance que le monde urbain, en particulier au niveau des cantons et villages. Si des comités de médiation existent bel et bien sur papier, en réalité, ils ne fonctionnent pas ou très peu⁶⁶. Telle était la situation qui prévalait avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur la médiation*. Or, le nouveau régime qu'elle instaure ne réglant pas la question de la rémunération pour les médiateurs, les chances que les comités de médiation fonctionnent véritablement demeurent minces. De même, les nouvelles exigences établies par la loi eu égard aux compétences des médiateurs risquent aussi de demeurer lettre morte. Comment, en effet, attirer, puis retenir, des personnes compétentes alors que la rémunération fait problème?

Les justiciables du monde rural sont ainsi exposés à une situation de double pénurie de ressources juridiques. Déjà, Ying Xing souligne le peu de ressources juridiques dans le monde rural eu égard au système judiciaire étatique. Or, loin de régler le problème de l'accès à la justice avec le nouveau régime de médiation, ce dernier vient ponctionner des finances locales réduites. Enfin, les médiateurs auront du mal à obtenir une rémunération suffisante. Il risque d'en résulter que les justiciables du monde rural, pour certaines régions, n'aient ni accès aux tribunaux étatiques, ni à la médiation populaire. Comment, dans ce cas, les conflits du monde rural se régleront-ils? Au bénéfice de qui, au détriment de qui?

B. La rhétorique de l'harmonie, outil d'oppression

Le renouveau de la médiation extrajudiciaire pourrait sembler un développement positif dans une perspective d'accès à la justice. En effet, vu d'Occident, la médiation extrajudiciaire présente d'importants avantages, rappelés par Minzner, notamment la réduction des coûts et un processus plus rapide que celui du procès⁶⁷. Toutefois, Minzner souligne qu'il faut porter attention à la manière dont la médiation, tant judiciaire qu'extrajudiciaire, est pratiquée en Chine. Cette mise en garde étant notée, il convient

63 Tao Chiu LAM, « The county system and county governance » dans Jae Ho Chung et Tao Chiu Lam, (dir.) *China's Local Administration*, Routledge, New York, 2010, 149-173 pp. 166-167.

64 Hualing Fu, *op. cit.*, p. 162.

65 DIAMANT, *op. cit.*, p. 541.

66 DIAMANT, *op. cit.*, p. 543.

67 MINZNER, *op. cit.*, p. 972.

de relever un problème de fond, soit celui de l'association entre la médiation et l'harmonie dans le contexte chinois. D'une part, cette association repose sur une représentation du rapport au droit des justiciables chinois en disjonction, au moins partielle, avec la réalité. D'autre part, cette rhétorique de l'harmonie chinoise présente de troublantes similarités avec celle qui a vu le jour aux États-Unis dans la décennie 1980, et qui a été vigoureusement dénoncée par Laura Nader. Enfin, ce contexte reste marqué par une réaction antioccidentale de la part des autorités judiciaires, qui présentent la médiation, judiciaire et extrajudiciaire, comme paradigme local par excellence devant désormais fonder les réformes juridiques chinoises. Ces arguments sont traités successivement ici.

Aux termes du discours des autorités judiciaires chinoises, de même que de plusieurs chercheurs chinois, les justiciables chinois auraient pour caractéristique culturelle intrinsèque une aversion pour le procès et une préférence pour la résolution hors cours des conflits⁶⁸. Il ne s'agit pas de nier ici que la médiation extrajudiciaire ait pu occuper une place importante dans le système judiciaire de la Chine impériale. Cependant, des travaux faisant autorité ont substantiellement nuancé cette représentation des justiciables chinois. Neil Diamant met en lumière les failles méthodologiques des chercheurs qui véhiculent cette représentation dans leurs travaux. Entre autres, elle ne tient pas compte des facteurs de genre, de classe ni des variations régionales⁶⁹. Présenter les Chinois (1,3 milliard de personnes) comme mus par une préférence envers une seule méthode de résolution des conflits verse dans l'essentialisme et ne correspond

pas à la réalité. David Buxbaum, puis, Philip C.C. Huang par la suite, ont démontré que, en Chine impériale,⁷⁰ loin de se limiter à la médiation extrajudiciaire comme mode de résolution des conflits, les justiciables chinois usaient abondamment du système judiciaire étatique. Ce constat se vérifie autant pour les justiciables du monde rural que pour ceux du monde urbain. À la lumière de ces travaux, la rhétorique actuelle des autorités judiciaires sur l'harmonie déforme assez grossièrement la réalité historique. Il ne s'agit pas d'une erreur ou d'un oubli, car ce discours repose sur des objectifs politiques bien précis.

En effet, et ceci nous mène au second argument, l'usage de la médiation extrajudiciaire tel que promu par les autorités judiciaires repose sur une logique où elle est censée contribuer au maintien de la stabilité sociale. Ce dernier objectif est prioritaire pour le PCC si l'on en juge par les données recueillies par Hatian Lu. En effet, selon ses recherches, la part du budget consacré aux activités « *weiwen* » (protéger la stabilité) est presque aussi élevée que celle consacrée à la défense nationale⁷¹. Tout l'appareil judiciaire est assujéti à l'obligation de maintenir la stabilité sociale, perçue comme menacée par le PCC⁷². Dans cette perspective, la médiation est asservie à des objectifs politiques de contrôle social puisqu'elle est censée favoriser l'harmonie sociale. Or, la compréhension de cette dernière par les autorités judiciaires et le PCC passe non pas par la résolution du conflit, mais bien par sa dissolution pure et simple. De tout temps, en Chine, la médiation extraju-

68 GOH Bee Chen, *Law Without Lawyers, Justice Without Courts. On Traditional Chinese Mediation*, Aldershot (RU), Royaume-Uni, 2002 aux pp. 8-9. [Goh, « Law Without Lawyers »]. Wenshan JIA, « Chinese Mediation and Its Cultural Foundation », in Ming-Chen GUO et Ringo MA, dir, *Chinese Conflict Management and Resolution*, Westport (Connecticut), Ablex Publishing, 2002, 289-295 à la p. 292; Shu hao JI, (eds.) *Chongfen Jiejue yu Hexie Shehui* [Résolution des conflits et la société harmonieuse], coll. « Accès à la Justice », Xiamen, Presses de l'Université Xiamen, 2010, p. 101.

69 DIAMANT, *op. cit.*, p. 524.

70 David BUXBAUM, « Some Aspects of Civil Procedure and Practice at the Trial Level in Tanshui and Hsinchu from 1789 to 1895 » (1971) 30:2 *The Journal of Asian Studies* 255-279, aux pp. 270-271; Philip C. C. HUANG, *Chinese Civil Justice, Past and Present*, London, New York, Rowman & Littlefield Publishers, 2010. Voir plus particulièrement aux pp. 152-154 où il démonte les représentations confucéennes du rapport au droit des justiciables chinois.

71 Haitian LU, « State Channelling of Social Grievances: Theory and Evidence in China », (2011) 41 *Hong Kong Law Journal* 547-571, p. 549.

72 Xianchu ZHANG, « Civil Justice Reform with political agendas » in Guanghua YU, (eds.) *The Development of the Chinese Legal System, Change and Challenges*, Londres, New York, Routledge, p. 253-271.

diciaire a revêtu une dimension collective dans la mesure où la pacification des parties a eu pour objectif celui, plus large, de la pacification de la société⁷³. En Chine, la médiation devient non pas un instrument d'émancipation des justiciables mais d'assujettissement de ceux-ci et de tout le système judiciaire à l'impératif de la stabilité sociale dicté par le mot d'ordre de la société harmonieuse. Dans ce contexte, la médiation sert des fins de contrôle social. Ce trait n'est cependant pas propre à la Chine. La vision de la médiation comme instrument d'oppression a été exposée par d'autres auteurs dans le contexte américain dont Owen Fiss⁷⁴ et Laura Nader⁷⁵.

Enfin, une logique identitaire antioccidentale forte opère dans l'appréciation de la médiation. Elle est présentée comme une ressource endogène valable par rapport au procès, taxé d'importation occidentale génératrice de conflits. Ces règles et institutions « importées » ne seraient pas compatibles avec les besoins des justiciables chinois, ces derniers préférant des modes non contentieux de règlement des conflits⁷⁶. L'actuel président de la Cour populaire suprême fait un large écho à cette rhétorique. Ainsi, dans l'énoncé du plan quinquennal de réformes des cours 2009-2013, il insiste à plusieurs reprises sur la notion de caractéristiques nationales, ces dernières devant servir de fondement premier aux réformes de la justice⁷⁷. Dans un autre discours en 2008, il a exprimé son sentiment que l'Occi-

dent cherche à déstabiliser la Chine par l'entremise, entre autres, de l'exportation de modèles juridiques⁷⁸. En outre, l'appel à l'harmonie s'ancre dans le renouveau du confucianisme promu par le PCC. Or, Peerenboom souligne qu'en Chine, historiquement, la politique a été conçue comme l'art d'atteindre l'harmonie sociétale. C'est ici qu'intervient, dans le confucianisme, l'harmonie comme concept normatif. L'harmonie implique d'unifier les intérêts divers de la société en un tout cohérent. C'est le rôle des dirigeants chinois depuis l'ère impériale jusqu'au PCC aujourd'hui⁷⁹. Il découle de cette marche vers l'harmonie une tendance à l'uniformité et au conformisme.

Cette étude du cas chinois appelle quelques perspectives comparatives. De manière certaine, les pratiques associées à la médiation extrajudiciaire en Chine dérogent à plusieurs des caractéristiques essentielles attribuées à celle-ci au début de cette étude. Deux choix sont alors possibles : le premier, affirmer que les pratiques chinoises ne correspondent pas aux caractéristiques attendues de la médiation extrajudiciaire, il ne s'agit pas médiation. Ce choix reproduirait la logique de disqualification des droits non-occidentaux dénoncée par Masaji Chiba et, pour cette raison, ne nous semble pas opportun⁸⁰. Le second choix consiste à admettre les pratiques chinoises comme faisant partie du vaste répertoire de la médiation. Ce choix inclusif ne nous

73 Bee Chen GOH, *op. cit.*, pp. 10-11.

74 Owen FISS, «Against Settlement», (1984) *Yale Law Journal* 1073-1090, à la p. 1075.

75 Laura NADER, «Controlling Processes in the Practice of Law: Hierarchy and Pacification in the Movement to Re-Reform Dispute Ideology» (1993) 9 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 1-25 aux pp. 11-13.

76 Zengji WU, «Guomin Xinli dui Zhongguo Fazhi Xiandaihua Daolu de Yinxiang ji qi Xiandai Jiazhi» [L'influence de la mentalité nationale sur la modernisation et les valeurs contemporaines du système judiciaire chinois] (2007) 2 *Zhengfa Luntan* 31-38 à la p. 34.

77 Cour Populaire Suprême, Notice on Distribution of the Third Five-Year Reform Outline for the People's Court (from 2009 to 2013) (2009) 5 *Gazette of the Supreme's People's Court of the People's Republic of China* 16-23, au para 1.

78 Shengjun WANG, «Zai quanguo gaoji fayuan yuanzhang huiyishang de jianghua» [Discours à la Conférence Nationale des présidents des cours supérieures], http://news.xinhuanet.com/legal/2008-12/22/content_10541356.htm, dernier accès le 22 octobre 2011.

79 Randall PEERENBOOM, «Confucian Harmony and Freedom of Thought: the Right to Think Versus Right Thinking» dans Wm. Theodore de Bary et Tu Weiming, dir. *Confucianism and Human Rights*, New York, Columbia University Press, 1998, à la p. 238-260, à la p. 244.

80 Masaji CHIBA, «Droit non-occidental», in Wanda Capeller et Takanori Kitamura, dir., *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales. Autour de Masaji Chiba*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 37-44, p. 39.

empêche pas d'aborder la médiation en Chine de manière critique, tant s'en faut. Il permet aussi de comparer les pratiques, démarche impossible si on singularise, par l'exclusion, le cas chinois.

Les trajectoires de la médiation extrajudiciaire différent grandement entre l'Amérique du Nord, l'Europe et la Chine. Il existe désormais un marché de la médiation en Amérique du Nord et en Europe. On a vu apparaître les médiateurs, aux profils et pratiques très diversifiés, opérant à titre privé. Rien de tel en Chine, où les seuls médiateurs pouvant agir à ce titre sont ceux des comités de médiation populaire. Dès ses débuts, la médiation extrajudiciaire a été institutionnalisée et contrôlée par l'État en Chine. Or, tant en Amérique du Nord qu'en Europe, la tendance vers l'institutionnalisation de la médiation extrajudiciaire est récente. Ainsi, en France notamment, l'institutionnalisation de la médiation provient d'une dynamique amorcée à la fois par les médiateurs et par les institutions⁸¹. Les motivations des uns et des autres, présentées par Jacques Faget le 6 juin 2011, sont nombreuses et reposent sur de multiples considérations. Cependant, il existe une certaine similarité dans les discours, en Amérique du Nord, en France et en Chine. La première réside dans le lien entre l'essor de la médiation extrajudiciaire et de « nouvelles conflictualités dans la société »⁸² qu'il faut traiter. Ainsi, rappelons les propos de l'ancien juge en chef des États-Unis, Warren Burger, qui a qualifié les Américains de peuple le plus porté au conflit sur la planète⁸³. Il perçoit cela comme un mal sociétal dont le remède réside dans le recours à la médiation extrajudiciaire plutôt que dans le procès. Dans le contexte américain, l'essor de la médiation extrajudiciaire, dans l'esprit de ses promoteurs du moins, est associé à une crise sociale aux multiples dimensions. Cette analyse se transpose partiellement dans le contexte chinois, où le souci premier du régime

actuel réside dans le maintien de la stabilité sociale, objectif auquel est assujéti tout le système judiciaire. L'ennemi de la stabilité sociale est le conflit. La médiation extrajudiciaire, tombée dans une relative désuétude pendant la décennie 1990, revient avec force, brandie comme paradigme local approprié pour la Chine face aux modèles juridiques occidentaux. Le second point de rapprochement, opérant aussi entre la Chine et les États-Unis, réside dans l'association entre la médiation et l'harmonie⁸⁴. Dans les deux cas, le recours à l'harmonie repose sur l'invocation d'une période passée de l'histoire du pays, de même que sur une logique de reconstruction de la tradition nationale. Il s'agit d'une « idéologie de la pacification sociale »⁸⁵. Cependant, le cas chinois se distingue par la virulence des propos antioccidentaux tenus par les autorités judiciaires depuis l'entrée en fonction de l'actuel président de la Cour populaire suprême en 2008. Les représentations essentialistes, tant de la tradition juridique chinoise que celle de l'Occident, fondent cette rhétorique des paradigmes locaux. L'Occident, avec le procès, devient associé au conflit et la Chine, terreau de la médiation, devient associée à l'harmonie. Or, si la volonté du législateur d'imposer la médiation extrajudiciaire ne fait aucun doute, plusieurs facteurs fragilisent la réception de celle-ci dans le contexte actuel. Ils ont été évoqués plus haut. Rappelons simplement que le nouveau régime de médiation extrajudiciaire laisse non résolue la question de son financement et qu'à lui seul, cet élément laisse planer de sérieux doutes sur la mise en œuvre effective des comités de médiation.

Mais surtout, cette revalorisation de la médiation pêche par disjonction potentielle avec les attentes des justiciables chinois. Ces derniers ont en effet été habitués, depuis la décennie 1990, à saisir les tribunaux judiciaires comme forum de règlement des conflits et ils ont délaissé la médiation extrajudiciaire. La préoccupation obsession-

81 Jacques FAGET, *op. cit.*

82 Expression empruntée à Jean-Pierre Bonafé-Schmitt lors du colloque des 6 et 7 juin.

83 Laura NADER, « The ADR Explosion. », *op. cit.*, pp.276-277, extraits des discours de Warren Burger cités par Laura Nader.

84 Laura NADER, « The ADR Explosion. », *op. cit.*, pp.278-280, extraits des discours de Warren Burger cités par Laura Nader.

85 Étienne LE ROY, « La médiation mode d'emploi », (1995) 29 *Droit et société*, pp.39-55 à la p. 46.

nelle du régime de l'harmonie dénature le processus de la médiation qui risque fort de n'avoir plus rien de volontaire, en dépit des dispositions juridiques à l'effet contraire. Dans l'état actuel des choses, ce nouveau régime de la médiation est susceptible de « déboucher sur un ordonnancement imposé »⁸⁶ et pas du tout négocié. Les autorités judiciaires auront fort à faire si elles veulent convaincre les justiciables chinois d'user de cette médiation élaborée sur le mode du nouvel ancien.

BIBLIOGRAPHIE

- BIN, Liang, 2008, *The Changing Chinese Legal System, 1978-Present. Centralization of Power and Rationalization of the Legal System*, London, Routledge.
- BUXBAUM, David, 1971, « Some Aspects of Civil Procedure and Practice at the Trial Level in Tanshui and Hsinchu from 1789 to 1895 » *The Journal of Asian Studies* 30 : 2, pp. 255-279.
- CHEN, Jianfu, 2007, « The Transformation of Chinese Law: From Formal to Substantial », *Hong Kong Law Journal* 37, pp. 689-740.
- CHEN, Jianfu, 2008, *Chinese Law: Context and Transformation*, Leide, Boston, Martinus Nijhoff.
- CHIBA, Masaji, 1998, « Droit non-occidental », in Wanda Capeller et Takanori Kitamura, dir., *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales. Autour de Masaji Chiba*, Bruxelles, Bruylant, pp. 37-44.
- China Daily, 2010, « Courts hit by a rising number of lawsuits », 14 juillet 2010, p. 5. Page consultée le même jour sur le site du journal : http://www.chinadaily.com.cn/usa/2010-07/14/content_11020426.htm.
- Cour Populaire Suprême, 2009, Notice on Distribution of the Third Five-Year Reform Outline for the People's Court (from 2009 to 2013) *Gazette of the Supreme's People's Court of the People's Republic of China* 5, 16-23, para. 1.
- DIAMANT, Neil J., 2000, « Conflict and Conflict Resolution in China: Beyond Mediation-Centered Approaches », *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 44 : 4, pp. 523-546.
- FAN, Yu et LI, Hao, 2010, *Chongfen Jiejue- Lilun, Zhidu yu Zhineng* [La résolution des conflits : théories, système et capacité], Beijing, Qinghua Daxue Chubanshe (Presses de l'Université Qinghua), 2010.
- FISS, Owen, 1984, « Against Settlement », *Yale Law Journal*, pp. 1073-1090.

86 Expression empruntée à Étienne Le Roy, employée dans ses textes mais aussi lors du colloque des 6 et 7 juin 2011.

- FU, Hualing, 2005, « Cong xiangtu shehui falü zhidu kan falü yu fazhan: chongfen de jie jue yu jingji fazhan » [Regards sur le droit et le développement à partir de la société rurale] in LIANG Zhiping, (ed.), *Guojia, shichang, shehui: dangdai zhongguode falü yu fazhan*, [L'État, le marché, la société: le développement du droit de la Chine contemporaine] Beijing, Presses de l'Université de Science Politique et Droit, pp. 141-163.
- GALLAGHER, Mary, 2006, « Mobilizing the Law in China: Informed Disenchantment and the Development of Legal consciousness », *Law and Society Review* 40: 4, 783-816.
- HALEGUA, Aaron, 2005, « Reforming People's Mediation System in Urban China », *Hong Kong Law Journal* 35, pp. 715-750.
- HENANSHENG FAXUE HUI, 2010 (Conférence de théorie du droit de la province du Henan), *Tiaojie zhidu lilun yu shijian [Théorie et pratique du système de médiation]*, Zhengzhou, Zhengzhou Daxue Chubanshe (Presses de l'Université de Zhengzhou).
- GOH, Bee Chen, 2002, *Law Without Lawyers, Justice Without Courts. On Traditional Chinese Mediation*, Aldershot (RU), Royaume-Uni.
- HUANG, Philip C. C., 2010, *Chinese Civil Justice, Past and Present*, London, New York, Rowman & Littlefield Publishers.
- JI, Shu Hao, (eds.), 2010, *Chongfen Jiejue yu Hexie Shehui [Résolution des conflits et la société harmonieuse]*, coll. « Accès à la Justice », Xiamen, Presses de l'Université Xiamen.
- JIA, Wenshan, 2002, « Chinese Mediation and Its Cultural Foundation », in GUO Ming-Chen et Ringo MA, dir, *Chinese Conflict Management and Resolution*, Westport (Connecticut), Ablex Publishing, pp. 289-295.
- LE ROY, Étienne, 1995, « La médiation mode d'emploi », *Droit et société* 29, pp. 39-55.
- LIEBMAN, Benjamin L., 2011, « A Return to Populist Legality? Historical Legacies and Legal Reform » in Sebastian Hellman et Elizabeth Perry, (eds.) *Mao's Invisible Hand. The Political Foundations of Adaptive Governance in China*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, pp. 165-200.
- LIU, Guang'an, et LI, Cunpeng, 1999, « Minjian tiaojie yu quanli baohu » [La médiation populaire et la protection des droits] dans XIA Yong, dir, *Zou xiang quanli de shidai [En marche vers l'âge des droits]*, 2^e éd, Beijing, Presses de l'Université de Science Politique et Droit, pp. 251- 290.
- LU, Haitian, 2011, « State Channelling of Social Grievances: Theory and Evidence in China », *Hong Kong Law Journal* 41, 547-571.
- LUBMAN, Stanley B., 1999, *Bird in a Cage. Legal Reform in China After Mao*, Stanford, Stanford University Press.
- MINZNER, Karl F., 2011, « China's Turn Against the Law », *American Journal of Comparative Law* 9, pp. 935-984.
- NADER, Laura, 1998, « The ADR Explosion-The Implications of Rhetoric in Legal Reforms », *Windsor Yearbook of Access to Justice* 8, pp. 269-291.
- NADER, Laura, 1993, « Controlling Processes in the Practice of Law: Hierarchy and Pacification in the Movement to Re-Reform Dispute Ideology », *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 9, pp. 1-25
- NOLAN-HALEY, Jacqueline, 2009, « Mediation Exceptionality », *Fordham University Law Review* 78, pp. 101-118, p. 101.
- PEERENBOOM, Randall, 1998, « Confucian Harmony and Freedom of Thought: the Right to Think Versus Right Thinking » dans Wm. Theodore de Bary et Tu Weiming, dir, *Confucianism and Human Rights*, New York, Columbia University Press, pp. 238-260.
- SONG, Chao Wu, 2008, *Tiaojie lifa yanjiu [Recherches sur la médiation]*, Beijing, Zhengfa Daxue Chubanshe (Presses de l'Université de Science Politique et droit).
- TAO, Chiu Lam, 2010, « The county system and county governance » dans Jae Ho Chung et Tao Chiu Lam,

- (dir.) *China's Local Administration*, Routledge, New York, pp. 149-173.
- XU, Xin, 2009, «Wanshan Renmin Tiaojie Zhidu yu Goujian Hexie Shehui» [Améliorer la médiation populaire et construire la société harmonieuse], para. 5 en ligne: Civillaw.com.cn <<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=50172>, 13 septembre 2009.
- WANG, Chenguang, 2010, «From the Rule of Man to the Rule of Law», in CAI Dingjian† et WANG Chenguang (eds.) *China's Journey Toward Rule of Law*, Leide, Boston, Brill, pp. 1-50.
- WANG, Shengjun, 2008, «Zai quanguo gaoji fayuan yuanzhang huiyishang de jianghua» [Discours à la Conférence Nationale des présidents des cours supérieures], http://news.xinhuanet.com/legal/2008-12/22/content_10541356.htm, dernier accès le 22 octobre 2011.
- WU, Zengji, 2007, «Guomin Xinli dui Zhongguo Fazhi Xiandaihua Daolu de Yinxiang ji qi Xiandai Jiazhi» [L'influence de la mentalité nationale sur la modernisation et les valeurs contemporaines du système judiciaire chinois] *Zhengfa Luntan* 2, pp. 31-38.
- YING, Xing, 2007, «*Yingfa ru Xiang*», «*Jiejin Zhengyi*»- *Dui Zhongguo XiangCun Chijiao Lushi de ge an Yanjiu* [Dissemination of Law at Village Level] and «Access to Justice»- A Case Study of «Barefoot Lawyers» in China] *Zhengfa Luntan* 25: 1, pp. 79-94.
- ZHANG, Xianchu, 2011, «Civil Justice Reform with political agendas» in Guanghua YU, (eds.) *The Development of the Chinese Legal System, Change and Challenges*, Londres, New York, Routledge, p. 253-271.
- ZHENG, Aiqing, 2007, *Libertés et droits fondamentaux des travailleurs en Chine*, Paris, L'Harmattan.
- ZHU, Suli, 2010, «Guanyu nengdong sifa yu da tiaojie» [Au sujet de l'activisme judiciaire et de la médiation], *Zhongguo Faxue* 1: 153, pp. 5-16.

LA MÉDIATION À LA CROISÉE DES CHEMINS, DES RESPONSABILITÉS À PRENDRE

MICHÈLE GUILLAUME-HOFNUNG*

Par ce colloque, l'Université joue son rôle sociétal de porter scientifiquement et librement des débats d'intérêt majeur pour la société. L'intitulé du colloque met la barre très haut puisqu'il associe rien moins que la justice étatique, clef de voûte de l'équilibre des pouvoirs préconisé par Montesquieu, à la médiation, qui constitue la grande aventure sociale en cours. Il contient aussi la consigne implicite de réfléchir à un nouveau départ pour améliorer, « revisiter » un rapport qui ne donne pas satisfaction.

Ses organisatrices m'ont invitée à y prendre mes responsabilités en ma double qualité de témoin de l'émergence de la médiation contemporaine et d'universitaire-praticienne.

Je vais le faire sans détour mais sans intention de choquer, même si en raison des dangers que court la médiation, un choc salutaire devrait inviter à une prise de responsabilité individuelle et collective. Je prends ce risque, on me le demande.

La médiation à la croisée des chemins : l'histoire ne repasse pas les plats

Les occasions manquées

Les occasions manquées l'ont été tant au détriment de la médiation que du droit. La France a rayonné lorsqu'elle a respecté son génie juridique, au premier rang duquel figurait la rigueur de sa terminologie 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. On les appelle des critères.

En matière de médiation, **le droit** a manqué à sa fonction. C'est bien ce qui se constate lorsque, sur la base du strict *droit positif*, des juristes incontestables affirment *avec raison* qu'il n'y a pas de différence de nature entre la médiation et la conciliation. Ce qui est terrible pour le droit c'est que puisqu'en effet ces juristes ont raison, les termes juridiques ne veulent rien dire, la médiation = la conciliation. Alors pourquoi introduire le mot médiation ? Le Sénat avait sur cette base, supprimé le mot médiation du projet de loi qui allait aboutir à la loi du 8 février 1995 instituant la médiation judiciaire, au juste motif que rien ne le distin-

* Professeure de droit, Médiatrice et formatrice.

guait de la conciliation pas même le régime si ce n'est que la conciliation est gratuite. Quel critère glorieux. L'Assemblée dans son désir du mot médiation a eu le dernier mot mais un mot qui ne veut rien dire. Le droit y perd ainsi un de ses éléments structurant : la cohérence entre la nature d'une notion et son régime juridique. L'incapacité de dire le droit faute de mot juste altère la puissance normative du droit et donc son essence.

À plusieurs reprises **la médiation** s'est trouvée à la croisée des chemins et a pris, *bien malgré elle*, soit les mauvais chemins, soit s'est engagée sur des pistes si floues qu'elles ne pouvaient arriver nulle part. Le primat trompeur de l'urgence pratique a conduit à confondre le mépris du primat de l'urgence théorique avec le réalisme, et à confondre précipitation avec efficacité. Combien de fois celles et ceux qui faisaient antichambre à la Chancellerie pour empêcher l'introduction du terme « médiation » pénale dans ce qui allait devenir la regrettable loi du 4 janvier 1993 sur la « médiation » pénale se sont entendu dire « peu importe le mot, ce qui compte c'est de faire » ? Le même dogme de l'illusion de pragmatisme a continué à prévaloir dans la mécanique législative, comme dans la mécanique réglementaire. En voici 2 exemples :

- Il fut impossible de résister au projet malencontreux d'introduire la médiation, par la plus mauvaise porte qui soit, dans la future loi du 4 mars 2002 sur le droit des malades. Impossible de faire comprendre qu'il fallait préférer le terme conciliation pour désigner ce que les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation pouvaient déléguer. Peut-on déléguer une mission de médiation qu'on n'a pas ?
- En 2011, à Bercy le même *désir du mot* médiation l'emporta pour qualifier ce qui n'est qu'un dispositif de traitement de masse des réclamations dans le domaine de la consommation. Probablement utile mais totalement éloigné de la médiation tant par le manque d'indépendance et d'extériorité des chargés de réclamations, que par le mode de traitement de celles-ci.

Les rendez-vous manqués de l'Europe sont aussi à mentionner :

La France a failli en laissant s'installer un édredon terminologique autour de la nébuleuse anglo-saxonne des modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) ou des modes alternatifs de règlement des litiges (MARL). La directive 2008/52/CE de l'Union Européenne du 21 mai 2008 et à sa suite l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, qui la transpose renoncent à définir mais pas à imposer des règles qui n'ont de ce fait qu'une apparente rigueur.

Ainsi que je l'ai signalé dans ma contribution, mentionnée page 78 de l'étude du Conseil d'État du 29 juillet 2010, la directive s'inscrit dès le départ dans une renonciation à définir. Sa formule de l'article 3,a) à propos du processus de médiation « *quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé* » sape la démarche normative qu'elle entreprend. Par conséquent, rien dans la directive ne distingue sérieusement le régime juridique de la médiation de la conciliation, voire de l'arbitrage ou du jugement.

La directive ne fait que refléter la faiblesse majeure qui mine le Livre vert publié le 19 avril 2002, piloté par des Chancelleries, sous l'emprise mentale du bloc des Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (MARC) transposant maladroitement l'Alternative Dispute Resolution (ADR) anglo-saxonne. Dans cet ensemble dominé par la négociation, l'arbitrage, la conciliation, la transaction, la médiation s'est trouvée assimilée à la conciliation. Prise dans la nébuleuse des MARC, elle s'est vue appliquer leur logique, leur terminologie marquée par les termes du procès, alors qu'ils s'en proclament alternatifs, et surtout un régime proche de celui de la conciliation.

C'est d'autant plus dommage que, lors d'un séminaire de l'Union Européenne à Créteil, la France avait élaboré un projet de définition de la médiation. Les représentants des États membres l'avaient adoptée le 22 septembre 2000. On ne peut tirer argument que ce séminaire ne concernait que la médiation sociale pour 2 raisons :

Parce que j'avais clairement demandé aux experts tout au long de l'élaboration de cette définition de la concevoir dans l'unité fondamentale de la médiation et pour cela de la penser en enlevant mentalement l'adjectif « social », à chaque étape, pour le remplacer par les adjectifs correspondant à tous les secteurs imaginables pour l'exercice de la médiation. Je peux en témoigner (voir page 13, pages 69 et s, page 128 des actes du Séminaire de Créteil, éd. DIV 2001) (site internet : www.ville.gouv.fr).

Parce qu'en France, elle a été transposée presque à l'identique à la médiation familiale. (Les fiches du Conseil national consultatif de la médiation familiale. www.unaf.fr).

Le constat

Les difficultés *sur le terrain* ont démontré que l'incitation à la rigueur terminologique ne relevait pas du sectarisme universitaire mais bien du réalisme le plus redoutable qui soit, celui qui repose, sur *la vérité des mots*. Pour deux raisons, je me limiterai à l'exemple de la médiation judiciaire. Tout d'abord parce qu'elle correspond au cœur même du colloque et aussi parce que je peux m'abriter derrière deux rapports qui font autorité. Je les mentionne par ordre chronologique.

Tout d'abord, 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. La page 15 relève, je cite, le titre du § « les incertitudes de la loi ». Je cite le contenu : « La loi de 1995 utilise à la fois les mots de « conciliation » et de « médiation » sans en donner une définition claire ou bien, au moins un critère de distinction. Il n'existe pas de différence nette de nature entre les deux démarches. Dans l'intérêt des destinataires de la loi, il convient de définir clairement les notions concernées : médiation, conciliation et arbitrage. »

En second lieu, le rapport « Célérité et qualité de la justice, la médiation une autre voie » issu du groupe de travail sur la médiation, installé par le Premier président de la cour d'appel de Paris le 11 février 2008, sous

la coordination du Conseiller VERT et de la Conseillère RAVANEL. C'est le constat du faible développement de la médiation judiciaire plus de 10 ans après la loi de 1995 qui a conduit le Président MAGENDIE à s'interroger sur les raisons du bilan « très mitigé » de la médiation judiciaire.

Voici la présentation que le Conseiller VERT fait de ce rapport (Gazette du Palais, édition professionnelle, doctrine des 25-27.4.2010 pages 7 et s. et les Annonces de la Seine 13 avril 2011) : « L'une des raisons de l'échec de la médiation judiciaire est d'avoir été présentée aux magistrats comme un moyen de désengorger les juridictions » ; puis plus loin, adoptant la préconisation de « Bien nommer pour bien faire », « ... L'une des raisons du succès mitigé de la médiation judiciaire, alors que la France a été l'un des premiers pays à se doter en 1995 d'une loi l'organisant, est son manque de lisibilité résultant de la confusion entretenue entre les notions de conciliation, médiation, arbitrage, négociation, transaction et de l'utilisation anarchique du terme de médiateur par des personnes qui se prévalent de cette qualité sans en remplir les conditions requises. ».

Le mal nommé a eu des répercussions sur les **rapports entre la justice étatique et la médiation**.

La médiation s'est trouvée appauvrie dans ses fonctions. Même si aujourd'hui on a dépassé le slogan qui, dans les années 90, la présentait comme un mode de désengorgement de la Justice (ce que j'appelle la médiation « Destop » du nom de ce produit miracle qui débouche les plomberies engorgées), trop de juristes et de leurs partenaires continuent à ne la concevoir que dans sa fonction d'alternative à la solution juridictionnelle. Ils ne peuvent concevoir qu'elle occupe des fonctions sérieuses en dehors du règlement des conflits ; comme les prisonniers de la Caverne de Platon qui ne verraient que l'ombre d'une médiation projetée sur les parois des maisons de la justice et du droit sans imaginer qu'elle existe et respire en dehors de la sphère juridique, qu'elle y est née. Leur méfiance à l'égard des médiateurs sociaux engendre des occasions manquées de dialogue et d'enrichissement. L'influence des acteurs judiciaires sur le législateur engendre des textes sectoriels, la médiation y

perd son esprit d'ouverture au profit d'un repli identitaire professionnel.

La médiation lorsqu'elle s'est identifiée à un mode alternatif de règlement des litiges a eu tendance à asseoir sa légitimité en instruisant un procès à la Justice. Le slogan des années 90, présentant la médiation comme une « Justice douce » contenait, en soi, beaucoup de reproches implicites à la Justice. On peut comprendre que dans ce climat de rivalité sous-jacente, nombre de magistrats n'aient pas eu envie d'envoyer en médiation.

Les conditions du respect mutuel qui permettra de revisiter les rapports entre la justice étatique et la médiation sont à rechercher et à trouver ensemble.

Les responsabilités à prendre

Je pense que les participants à ce colloque partagent la volonté de développer la médiation parce qu'ils en partagent les valeurs. Il me semble que le respect des valeurs de la médiation constitue l'enjeu social du colloque.

L'enjeu social du colloque

La feuille de route se trouve dans la recherche appelée de ses vœux et lancée par Ricœur dans son dernier essai « Parcours de la reconnaissance », même si Ricœur n'y fait pas allusion à la médiation. Je retire de sa lecture la conviction que la médiation serait une pensée de l'agir, qu'elle contribuerait à combler l'absence d'une théorie de la reconnaissance. Le discours de Ricœur lors de la Journée de la philosophie à l'UNESCO (21 novembre 2002) permet de mesurer le potentiel de conflictualité qu'entraîne l'absence de reconnaissance mutuelle.

L'éthique de la communication et ses corollaires l'éthique de la discussion et l'éthique de la délibération offrent à la médiation un fondement plus intéressant que le seul conflit. Il peut y avoir médiation sans conflit, par la nécessité impérieuse de dialogue, par humanité, pour faire société tout simplement. La médiation se réfère donc aussi à Habermas qui fait une large place à "l'éthique de la dis-

cussion" et refuse de l'opposer à l'autorité, car la discussion n'affaiblit pas l'autorité, elle peut même la rendre efficace.

Des milliers de médiations se déroulent discrètement dans cet esprit de médiation qui en fait une nouvelle liberté publique. Si nous voulons la préserver il faut prendre nos responsabilités à la fois individuellement et collectivement.

Pour cela, il faut aborder avec lucidité et courage des questions fondamentales qui complètent le rappel des valeurs de la médiation :

- parlons-nous de la même chose? et à commencer parlons-nous tous de médiation? En avons-nous une définition suffisamment générale pour que tous les médiateurs s'y retrouvent et suffisamment précise pour correspondre à l'autonomie et à la spécificité de la médiation par rapport à la conciliation ou l'arbitrage. Avons-nous *tous eu cette exigence fondamentale de définition?*
- parlons-nous avec tous les médiateurs dans un esprit d'égalité? Certains médiateurs ne se sentiraient-ils pas plus légitimes que d'autres? Leur sentiment de légitimité reposerait-elle sur une formation *à la médiation* plus longue, plus solide, et vraiment spécifique, ou sur leur statut professionnel antérieur de juriste ou d'expert partenaire habituel du judiciaire?
- sommes-nous suffisamment conscients du rôle éminent de la Justice dans une démocratie? Sommes-nous suffisamment conscients de ce que nous perdons à développer la médiation dans des domaines comme ceux où seule la Justice peut garantir le respect des règles d'ordre public? Le noyau dur du droit du travail, le domaine des violences familiales par exemple. La médiation prendrait un risque redoutable à se prétendre une alternative.
- sommes-nous prêts à surmonter nos rivalités? Car elles existent, parfois individuelles, parfois corporatistes? La médiation est devenue un enjeu de marché, surtout la formation à la médiation.

- qu'est ce que la conciliation aurait de si dissuasif pour vouloir à tout prix la remplacer par le *mot* médiation, quitte à le vider de sens? Les conciliateurs ont-ils démerité? L'idéal de conciliation manque-t-il de noblesse? Ne vaut-il pas mieux développer la conciliation que de soumettre la médiation à un régime juridique si semblable à celui de la conciliation qu'on finit par croire qu'elle n'est qu'une variété de conciliation ou un moyen d'y parvenir? Puisque le droit positif a déjà rendu la conciliation obligatoire dans certains domaines pourquoi ne pas étendre le champ de l'obligation préalable de conciliation plutôt que d'envisager de rendre la médiation obligatoire au mépris de son essence? La gratuité de la conciliation est-elle un obstacle à son attractivité? Si oui peut on la rendre payante? Est-il plus grave de rendre la conciliation payante ou de rendre la médiation obligatoire?

Prendre nos responsabilités

C'est sur toutes ces questions qu'il nous faut prendre nos responsabilités, afin de pouvoir :

- **Renouer avec la générosité et la liberté d'origine :** Il faut renouer avec le projet civique d'origine qui voulait faire « brèche » dans ce qui sépare et qui voulait construire des passerelles pour tisser le lien social (ainsi que l'expose Jean-François Six dès 1986, dans le cahier spécial n°40-42 « Brèche » la revue de Droit de l'Homme et Solidarité (DHS). La médiation a surgi de la société civile comme une liberté publique qu'elle s'est donnée à elle-même. Elle doit autant, aux associations de « femmes relais » sur le terrain dès 1988, qu'aux juristes. Le témoignage de Madame Adolé Ankhra, directrice de l'emblématique association de médiatrices sociales interculturelles, Femme Inter association et Inter-service migrant (FIA/ISM), devant la Commission Magendie comporte de riches enseignements sur la précocité des exigences terminologiques et déontologiques, en parti-

culier de formation, de ces pionnières. Elles méritent le respect.

- **Ne pas couler la médiation dans le béton de la procédure.** C'est pourtant bien ce qui se passe dans la littérature juridique et judiciaire. Les thèmes de questions traitées autour de la médiation « judiciaire » pourraient tout aussi bien concerner la conciliation, quand ce n'est pas l'arbitrage. La littérature juridique utilise des mots reproduisant le champ lexical du judiciaire pour aborder le rôle des « parties », les questions de « procédure de médiation » dont la « recevabilité » ou la « consignation », ou celle des « délais de prescription », la possibilité de « l'homologation ». Que de contresens autour du principe du « contradictoire » impensable en matière de médiation qui au contraire requiert la confidentialité. Leur bibliographie ne s'aventure pas jusqu'aux ouvrages généralistes sur la médiation. Le monde judiciaire et juridique doit faire sa révolution copernicienne, il doit se tourner vers les autres secteurs de la médiation y compris la médiation sociale, et les médiateurs sociaux lorsque ces derniers justifient d'un diplôme de qualité. Ainsi par exemple le Diplôme « la médiation » du Centre de Formation Permanente de l'Université de Paris 2 reçoit tous les ans au sein d'une promotion limitée à 25 personnes sélectionnées comportant des juristes, des médecins, des énarques, et tous les ans depuis sa création en 2001, au moins 4 adultes relais. Le recteur Guinchard, alors directeur du Centre de Formation Permanente en a soutenu la formation dans cet esprit d'ouverture.

- **Renouer avec son unité fondamentale qui permet son ouverture :** ouverture d'esprit et ouverture de champs. Comment peut-on segmenter la médiation en secteurs réservés aux experts du secteur alors que la seule « expertise » qui vaille quel que soit le secteur, c'est celle de médiateur? Pourquoi créer des distinctions sans valeur juridique en ajoutant des adjectifs

tels que sociale, familiale, commerciale, internationale? La médiation «judiciaire» est-elle autre chose qu'une médiation *conventionnelle à aiguillage judiciaire*? En effet puisque fort heureusement la médiation n'est pas obligatoire elle repose sur un accord de volonté, c'est-à-dire une convention. Elle est donc comme toutes les autres d'essence conventionnelle. En quoi dérogerait-elle aux principes fondamentaux? Et si on trouvait, ce dont je doute, une justification jusqu'à quel *degré* le pourrait-elle sans changer de *nature* et devenir de la conciliation?

- La définition de la médiation familiale n'est-elle pas transposée de la définition de la médiation sociale? Ce n'est pas le fruit du hasard puisqu'on l'a vu, la définition de la médiation sociale avait été pensée *sans adjectif* afin de convenir à tout autre secteur, en laissant la place pour des compléments tenant compte de la spécificité du secteur. La spécificité ne pouvant conduire à déroger aux critères fondamentaux communs. Il conviendrait de parler de médiation «dans le secteur de»: la justice, l'entreprise, la famille, de la cohésion sociale...

Éviter les normes prématurées et inadaptées

- Il faut un grand sens des responsabilités pour résister à la tentation réflexe de demande de normes. L'exercice de la liberté demande du courage et de la lucidité. Nous en avons collectivement et individuellement. Dans l'exposé des motifs du projet d'arrêté dont il va être question, figurait celui d'éviter des normes prématurées et inadaptées. Ce projet fut élaboré en 2007, et il pourrait aussi figurer au chapitre des occasions manquées. Au moment de la publication de son rapport précité, Jacques Floch, réunit autour de lui un groupe de travail, très ouvert dans sa composition, pour envisager l'avenir de la médiation. La nécessité de créer un observatoire, que j'avais mentionné lors de mon audition du

13 décembre 2006, devant la commission qu'il présidait, fut retenue. Le groupe rédigea alors un projet de création d'un groupe de travail permanent sur la médiation. Il s'agissait d'un observatoire, dont la mission essentielle serait d'observer et de fournir aux décideurs publics les données quantitatives et qualitatives indispensables au bon développement de la médiation. Parce que le groupe jugea «nécessaire et urgent d'inviter les acteurs de la médiation à confronter les définitions, critères et valeurs sur lesquels ils fondent leur activité,» le groupe se dota de la définition «la plus largement acceptée, proposée par Michèle Guillaume-Hofnung, Professeure des facultés de droit, dans «la médiation» (PUF que-sais-je?):

- *«processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel un tiers – impartial, sans pouvoir décisionnel ou consultatif, avec la seule autorité que lui reconnaissent les médiateurs – favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause.»*

L'audience que nous accorda le Garde des Sceaux peu avant l'élection présidentielle de 2007 n'aboutit pas. Il convient de préciser que le choix de s'adresser au ministre de la Justice fit l'objet d'un accord au sein du groupe. En nous adressant à lui, c'est au titre des «libertés publiques» figurant dans l'intitulé du ministère que nous nous référions et non pas au service public de la Justice. En effet l'intitulé entier du ministère de la justice est ministère de la justice et des libertés publiques. Pour éviter que la signature de l'arrêté par le Garde des Sceaux limite le domaine de l'Observatoire à la médiation judiciaire nous avons rappelé dans l'exposé des motifs, que la médiation était une liberté publique surgie de la société civile.

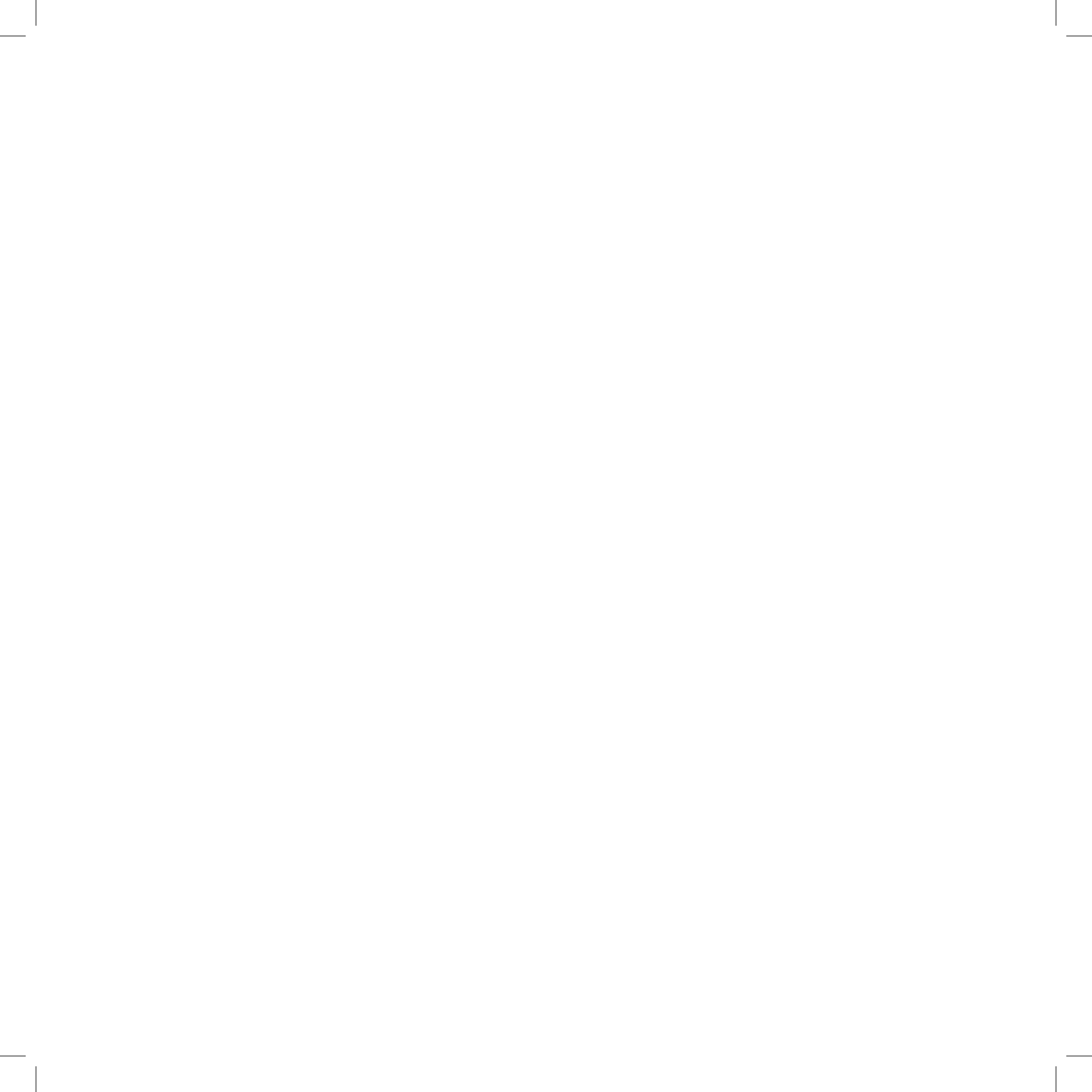
Après cette occasion manquée nous avons été capables de nous réunir, même si cela n'a pas été un long fleuve tranquille pour élaborer le Code national de déontologie du médiateur. Un syndicat, l'Union Profession-

nelle Indépendante des médiateurs, et neuf associations de médiateurs au long d'un travail de plusieurs mois se sont mis d'accord autour de principes garants du processus de médiation et de principes garants de la qualité *de* médiateur. Ce code n'est pas parfait, en particulier dans son style que la précipitation explique, mais il existe. Il repose sur le rappel des valeurs de la médiation et rien que par cela, il constitue un précieux effet cliquet comme disent les commentateurs des décisions du Conseil constitutionnel, il nous prémunit de la médiation obligatoire.

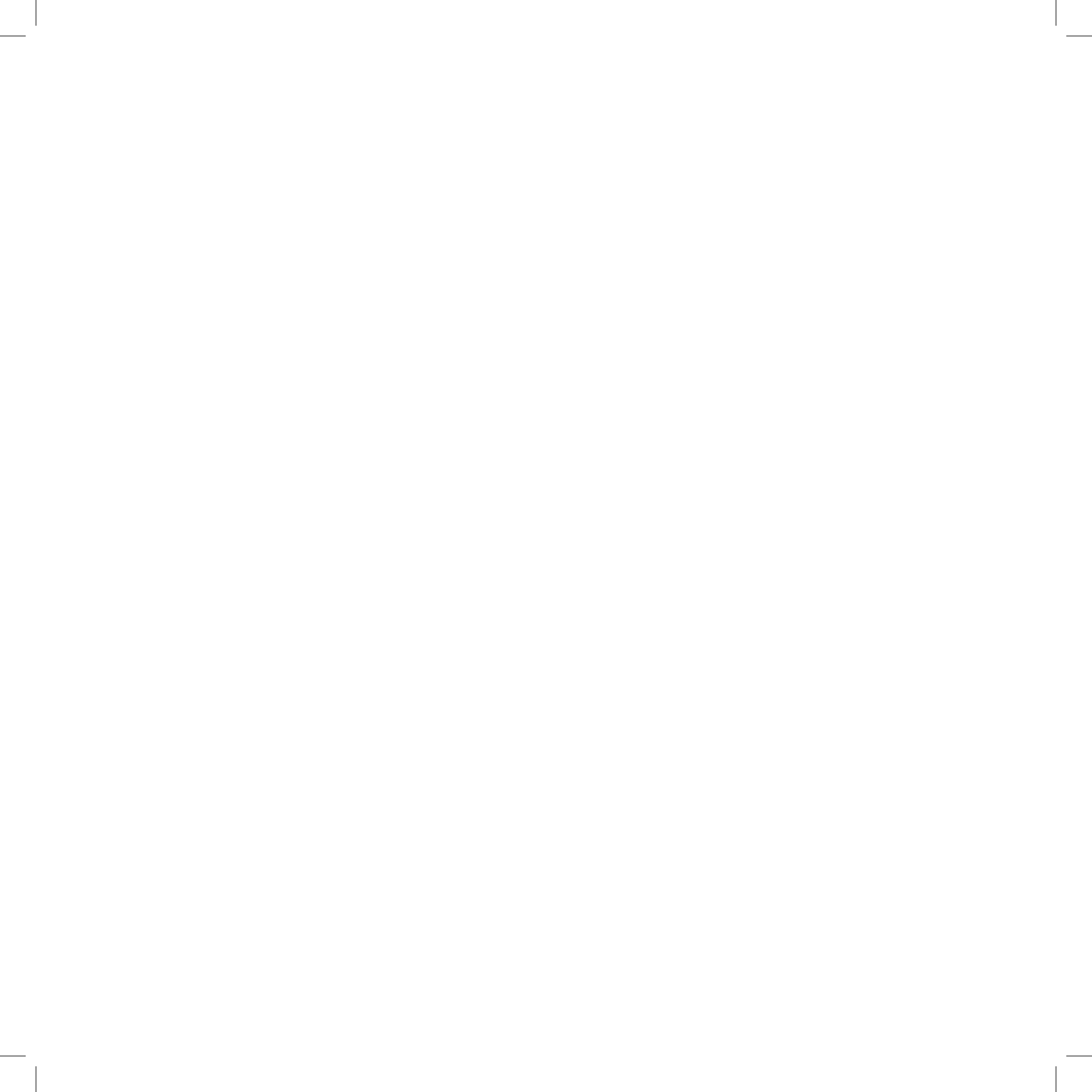
Pour que de telles expériences se renouvellent, il faudra trouver une gouvernance plus paisible, plus transparente. Elle reste à trouver entre nous.

La médiation le mérite, la société en a besoin, cela devrait suffire à nous rassembler.

Je remercie les organisatrices d'organiser la réflexion dans le cadre irremplaçable de l'Université. En bonnes connaisseuses de la médiation, de la Justice et de la société, elles ont su choisir le thème et le moment.



CONCEPTUALISER LA MÉDIATION : ENJEUX ET MÉTHODOLOGIES



LES VIES ÉCARTELÉES DE LA MÉDIATION

JACQUES FAGET*

Dans les années 90, beaucoup pensaient, derrière Jean François Six, que l'institutionnalisation de la médiation conduirait nécessairement à une abâtardisation de ses principes éthiques et verserait dans une instrumentalisation préjudiciable à son image et à son efficacité sociale¹. Il fallait donc promouvoir des pratiques non institutionnelles et refuser de pactiser avec les institutions. La question s'avérait cruciale lorsque je publiais dans la revue *Droit et société*² un article intitulé *la double vie de la médiation*. En effet la médiation pénale avait été consacrée par un texte de 1993 et la médiation civile par une loi de 1995. Mais j'y montrais que contrairement aux apparences ces médiations institutionnalisées menaient une vie institutionnelle relativement flexible bien que comprise dans une logique de sous-traitance exprimant la difficulté des juristes à concevoir des lieux de règlements des conflits dont ils seraient exclus. Parallèlement des médiations communautaires peu institutionnalisées, bien que soutenues par la politique de la ville et certaines communes, s'avéraient moins «libres»

qu'espéré. Portant les germes d'une contestation de l'ordre étatique elles étaient loin d'être anarchiques et participaient d'une juridicisation des rapports sociaux en s'appuyant sur les figures totémiques du contrat et de la responsabilité.

Dans un travail postérieur³, je faisais le constat de l'institutionnalisation de toutes les pratiques de médiation à partir des critères suivants: recherche de financements publics et privés, formulation d'une orthodoxie, de «fondamentaux» de l'activité, professionnalisation progressive par affaïssement du nombre des bénévoles, création d'organisations nationales fédérant des initiatives dispersées, construction de processus de formation, modes de sélection de plus en plus exigeants et, enfin, combat pour une reconnaissance législative. Les pratiques s'étaient entretemps multipliées et avaient essaimé dans tous les secteurs d'activité: administrations, institutions sociales, politiques, commerciales, médiatiques. Toutefois je prenais soin de distinguer deux types d'institutionnalisation, une institutionnalisation subie, lorsque les institutions suscitent elles-mêmes en leur sein la création de dispositifs de médiation et une institutionnalisation choisie, lorsque ce sont les acteurs sociaux eux-mêmes qui en créent les conditions. On peut

* Directeur de recherche au CNRS (Centre Emile Durkheim, Sciencespo Bordeaux).

1 Jean-François SIX, *Dynamique de la médiation*, Paris, Desclée de Brouwer, 1995.

2 Jacques FAGET, «La double vie de la médiation», *Droit et société*, n°29, 1995, p. 25-38.

3 Jacques FAGET, «L'institutionnalisation de la médiation», in Mylène Jaccoud (Dir.) *Justice réparatrice et médiation pénale*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 227-242.

naturellement penser que le premier type s'inscrit dans un climat d'allégeance des médiateurs aux logiques institutionnelles sauf pour eux à déployer une énergie considérable s'appuyant sur une forte identité professionnelle soutenue par l'adhésion à une organisation collective capable de créer un rapport de forces. Le second type d'institutionnalisation laisse aux acteurs un certain contrôle sur ses modalités. Étant la résultante d'une volonté délibérée de leur part on peut les supposer capables de maîtriser plus aisément les risques d'instrumentalisation qui les guette.

La scène de médiation n'a cessé depuis d'accueillir de nouveaux acteurs. Le souci de concevoir, dans une société de plus en plus complexe, des modes de gouvernance plus adaptables, plus souples, plus fluides que ceux que nous proposaient les institutions traditionnelles explique cette *success story*. Une telle profusion n'en facilite naturellement pas l'analyse. Je me suis amusé, pour objectiver cette diversification et en même temps la fragmentation du champ des pratiques, à identifier les divers organismes français de médiateurs. La liste qui suit n'est probablement pas exhaustive mais elle suffit à rendre compte de la difficulté à construire une identité collective. J'ai utilisé à ce propos la métaphore de l'armée mexicaine pour illustrer la pluralité des mondes de la médiation. J'ai donc recensé au moins 10 organisations à vocation nationale dont certaines, conscientes des faiblesses d'un éparpillement des pratiques, proclament leur intention de les fédérer mais sous leur propre bannière, leur propre leadership :

- AME (association des médiateurs européens)
- ANM (association nationale des médiateurs)
- APMF (association pour la médiation familiale)
- CNPM (chambre nationale des praticiens de la médiation)
- FENAMEF (fédération nationale des centres de médiation familiale)
- GEMME (groupe européens des magistrats pour la médiation)
- Maisons de la médiation (avocats)

- RMA (réseau des médiateurs associés)
- RME (réseau des médiateurs en entreprise)
- UPIIM (union professionnelle indépendante des médiateurs)

Cette dispersion cache une myriade de pratiques distinctes qui ne se disent pas comme telles. De fait, l'analyse attentive des divers codes de déontologie nationaux voire européens révèle une grande proximité des principes fondamentaux relatifs à la posture du tiers médiateur, (impartialité, neutralité, indépendance, absence de pouvoir de décision) et des caractéristiques du processus (consensuel, confidentiel, respectueux des droits). Mais les propos des médiateurs expriment parfois de grandes divergences quant à la fonction politique et sociale de la médiation, aux valeurs dont elle est porteuse, aux objectifs qu'elle poursuit. Le discours public n'offre pas cette vision en relief que la recherche révèle. Nous sommes en réalité confrontés à un processus de dépolitisation de la médiation, d'occultation idéologique de sa nature dont nous verrons qu'elle est extrêmement ambivalente. Ainsi la question de savoir si la médiation a une fonction institutionnelle homéostatique ou mutagène, autrement dit si elle assure la reproduction de logiques institutionnelles préexistantes sous des visages plus avenants ou les transforme en profondeur n'est que rarement problématisée. Mon dernier ouvrage ne fournit pas de réponse tranchée à cette interrogation. Il décrit un champ de pratiques traversé par des tensions différentielles⁴ qui invalide l'idée d'un modèle éthiquement pur de médiation et souligne les accommodements plus ou moins raisonnables qui en traversent la mise en œuvre.

Du fait de la confrontation de rationalités diverses et de l'interaction d'acteurs multiples dont les objectifs sont souvent peu clairs, les pratiques de médiations sont ballottées entre des vents contraires, tiraillées par des forces antagonistes, attirées vers des pôles d'aimantation, plus ou moins puissants, selon les types de médiations et

⁴ Jacques FAGET, *Médiations. Les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse, Erès, 2010.

les contextes culturels, idéologiques et institutionnels dans lesquels elles se pratiquent. Je propose d'organiser ces jeux de forces autour de deux axes. Le premier que je qualifierai d'axe du système, parce qu'il pose la question des enjeux structurels, distribue les pratiques de médiation sur un continuum qui va des forces de l'institution aux forces de l'inspiration. Le second que je nommerai axe de l'acteur, parce qu'il problématise la mise en acte des pratiques par les médiateurs, les répartit sur un continuum qui va de l'émancipation des individus jusqu'à leur normalisation.

J'ai choisi de tester ce modèle d'analyse à partir d'un certain nombre de pratiques qui rentrent dans le répertoire de ce que l'on peut raisonnablement entendre par médiation. J'ai choisi d'exclure une perspective nominaliste, pour laquelle serait médiation une pratique simplement nommée ainsi, pour adopter une approche à la fois plus restrictive, incluant les pratiques les plus théoriquement fidèles à l'orthodoxie normative dominante (la médiation familiale en est le parangon), mais cependant souple quand elle sélectionne des initiatives (comme la médiation interculturelle par exemple) s'écartant de l'orthodoxie mais dont les objectifs de reconstruction du lien social conduisent à les inclure dans la réflexion. Ainsi je m'appuierai sur un éventail très varié comprenant, en sus des deux médiations précitées, les médiations civiles, pénales, commerciales, sociales, communautaires, environnementales, politiques, d'entreprise, scolaires, sanitaires, qui chacune font l'objet d'un chapitre de mon ouvrage⁵.

Il est nécessaire de préciser que les tensions dialectiques décrites ci-après sont sans espoir de repos, évoluent sans cesse en fonction du poids des logiques institutionnelles, professionnelles, économiques ou de l'activisme de certains mouvements corporatistes ou sociaux. Pour un même secteur d'activité elles s'expriment différemment selon les périodes ou selon les pays car les caractéristiques culturelles de leur mise en œuvre sont déterminantes. Du coup, ce schéma n'est qu'une grille de lecture, une matrice pour mesurer les écartèlements entre raisons pratiques et

espérances mutagènes dont les activités de médiation sont la proie.

Axe du système : forces de l'inspiration versus forces de l'institution

1. Les forces de l'inspiration

Il est nécessaire de rappeler que la médiation n'a pas été conçue par quelques questionnaires du social mais qu'elle fût portée sur les fonts baptismaux par des mouvements protestants, Mennonites et Quakers, inspirés par la recherche d'un monde meilleur, des militants de la non-violence voulant propager un message de tolérance et de compréhension et des juristes critiques « de gauche » dévoilant la nature idéologique des processus de domination que constituent le droit et le système judiciaire⁶. Cette dénonciation révèle que la médiation est initialement pensée comme une contre-culture face à des pouvoirs institutionnels coercitifs et violents dont les modalités d'action sont déshumanisées. Le rappel de ces origines montre que l'essor des pratiques de médiation n'est pas seulement un choix contraint pour mettre de l'huile dans des rouages institutionnels rouillés. Elle comporte aussi un projet de transformation politique qui s'exprime de plusieurs manières mais dont la plus évidente est la promotion d'une démocratie participative.

Les forces de l'inspiration recherchent plus d'aménité, de non-violence, d'harmonie entre les êtres humains et s'efforcent d'inventer de nouvelles façons de faire société. Ce sont des formes expressives de contre-pouvoir face à la puissance des rationalités bureaucratiques. Une façon de mettre de la coopération dans des univers compétitifs, de l'humain dans des mécanismes impersonnels, de la démocratie délibérative dans des schémas abstraits de démocratie représentative, de la réflexivité dans les mimétismes institutionnels. Elles représentent le vecteur d'une démocratie expérimentale incarnant la nécessité de relier des récits disjoints, des univers fragmentés, des appartenances morcelées.

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*

L'éthique de la médiation affirme les principes d'une participation directe et d'une responsabilisation de chacun dans la résolution de ses propres conflits. Ils s'expriment pleinement dans les médiations communautaires, sociales ou citoyennes mobilisant des médiateurs bénévoles pour réguler, en dehors des institutions, les conflits de la vie quotidienne qui détériorent le vivre ensemble. Certes les conditions concrètes d'une culture de participation restent à créer mais « l'individu démocratique tolère mal les limites et les contraintes que lui imposent les institutions... l'*homo democraticus* tend à penser qu'il ne peut être représenté que par lui-même⁷. Du coup, même si les structures politiques traditionnelles restent des rouages importants de la gouvernance, une nouvelle forme d'espace public prend progressivement forme dans laquelle les principes de délégation et de subordination hiérarchique cèdent le pas à des engagements plus directs.

On peut en observer de nombreux signes d'apparition. Ainsi l'élaboration d'une « action publique négociée⁸ » pour relever les défis posés par les questions relatives à la protection de l'environnement et au développement des sciences et des techniques. Des médiations collectives de plus en plus fréquentes sont en effet mises en œuvre sous des vocables divers (conférences de consensus, forums hybrides⁹, noyaux de participation populaire...) pour des conflits liés à des problèmes environnementaux, (tracé d'une autoroute, d'une rocade, implantation d'un site de traitement des déchets, d'un parc d'éoliennes, tracé de zones de protection de milieux naturels...), d'aménagement

(emplacement d'un centre éducatif renforcé pour les jeunes délinquants, d'un équipement de loisirs...) ou d'usage des espaces publics. On voit là émerger de nouveaux modes de construction des décisions politiques. À des décisions autoritaires d'élus, rationalisées par le savoir des experts, se substituent parfois des processus plus activement démocratiques dans lesquels tous les acteurs concernés sont consultés sur les projets en cours.

2. Les forces de l'institution

L'institutionnalisation des médiations peut avoir l'objectif louable d'en assurer la viabilité ou de favoriser le développement organisé et rationnel de « bonnes pratiques » sur l'ensemble d'un espace national. Mais elle peut aussi procéder d'autres motivations. L'idéologie du nouveau management public impose en effet, de façon toujours plus prégnante, la nécessité de réduire le poids de l'intervention publique et de transformer les méthodes de gestion en les calquant sur celles du secteur privé. Les forces de l'institution sont « intéressées » par les potentialités régulatrices de la médiation. Ses fonctions néguentropiques sont appréciées pour mieux gérer les flux qui asphyxient des institutions publiques ou privées à bout de souffle. La médiation serait moins chère, plus rapide, plus efficace et, à ces divers titres, apte à apporter une brise de légitimité à des instances en quête de reconnaissance. Dans les pays où la culture est bureaucratique et centralisée, la médiation est davantage un mode de légitimation qu'un mode de construction de la décision publique.

Loin de changer les logiques internes d'un système, elle serait une manière d'habiller d'un voile démocratique des mécanismes de pouvoir restés verticaux. Elle relèverait alors d'une sorte de *soft power*¹⁰ assurant par la dépolitisation et la dérégulation les basses œuvres du néo-libéralisme et du cynisme institutionnel. On doit se rappeler que l'essor des pratiques de médiation est concomitant de l'affaiblissement des États et de l'apparition dans le vocable politique

7 Dominique SCHNAPPER, *La démocratie providentielle. Essai sur l'égalité contemporaine*, Paris, Gallimard, 2002.

8 Sophie ALLAIN, « La médiation environnementale comme système politique de régulation. Application au gouvernement de l'eau », in J. Faget, *Médiation et action publique. La dynamique du fluide*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2005.

9 Forums car il s'agit d'espaces ouverts de débat, hybrides parce que les problèmes soulevés sont variés, éthiques, économiques, techniques... Voir Michel CALLON, Pierre LASCOUMES, Yannick BARTHE, *Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique*, Paris, Seuil, 2001.

10 J. NYE, *Bound to lead: the changing nature of American power*, New York, Basic books, 1990.

du terme de «gouvernance» pour désigner des modes de gouvernement moins verticaux et autoritaires, plus contractualisés et consensuels, que par le passé. On l'observe au niveau international dans la régulation des conflits politiques où les États délèguent leurs prérogatives à une sorte de «diplomatie parallèle», exercée par des acteurs non étatiques aux statuts divers, (fondations, autorités morales et religieuses, institutions universitaires). Ces initiatives qui représentent le complément fonctionnel masqué d'une diplomatie officielle souvent improductive¹¹ peuvent être analysées comme une stratégie de dépolitisation du travail de pacification¹².

Ainsi encore l'organisation de médiations environnementales dont on a parlé plus avant n'est souvent qu'un faux-semblant. Dans l'échelle graduée des niveaux de participation sociale qui va de l'information à la codécision en passant par la consultation et la concertation, ces instances se situent le plus souvent à un niveau intermédiaire, car elles dépendent de projets et de propositions préconstruits, et il est rare qu'elles soient investies d'un réel pouvoir de décision qui les constitueraient en authentiques médiations¹³.

La médiation pénale, initiée dans une philosophie humaniste hostile à la binarité réductrice du système répressif, connu rapidement un développement significatif mais pour des raisons qui furent davantage rattachées à des impératifs de gestion des flux qu'à des désirs de rupture. Les stratégies développées par les parquets pour infléchir l'éthique de la médiation et asservir les médiateurs aux logiques judiciaires sont la marque de son instrumentalisation plus que l'amorce d'un changement de paradigme pénal glissant du modèle punitif traditionnel à un modèle restauratif¹⁴.

11 J. FAGET, «Les métamorphoses du travail de paix», *Revue Française de Science Politique*, vol 58, n°2, 2008, p.309-333.

12 S. LEFRANC, «Le mouvement pour la justice restauratrice. 'An idea whose time has come'», *Droit et société*, 63/64, 2006, p. 393-409.

13 J. FAGET, (2010) *op. cit.*

14 J. FAGET, *La médiation. Essai de politique pénale*, Toulouse, Erès, 1997.

La médiation a également été mobilisée pour faire face à la crise du travail sur autrui, en particulier dans les établissements scolaires¹⁵, mais aussi dans celui de la santé et des hôpitaux. Elle est aussi mise en œuvre sous sa forme interculturelle par les collectivités locales pour faciliter l'intégration des publics d'origine étrangère, ou encore développée pour sécuriser des espaces désertés par les agents traditionnels du contrôle social. Dans ces différents champs d'application, le recours à des dispositifs de médiation semble davantage relever d'une externalisation de la stratégie de changement, en cantonnant l'intervention sur les lisières institutionnelles, que d'une remise en question de la structure hiérarchique et des principes d'organisation du travail.

Axe de l'acteur : Émancipation versus normalisation

1. Les forces de l'émancipation

La médiation est porteuse de valeurs humanistes consacrant une représentation idéale de l'homme considéré comme sujet libre et conscient. Il représente la valeur suprême et doit être protégé contre toutes les formes d'assujettissement politique, religieux ou économique. Les principes éthiques et déontologiques de la médiation glorifient la capacité des individus à exercer des choix, à porter une parole qui leur soit propre. Ce postulat de la compétence des personnes est au cœur d'un processus qui considère, de façon délibérément optimiste, que tout être humain peut à tout moment progresser et changer, améliorer ses capacités d'écoute, de communication et de compréhension. Cette compétence est tantôt conçue de manière individuelle, tantôt de manière collective. Les anglophones font souvent référence au terme d'*empowerment* pour qualifier le processus qui permet de reprendre le pouvoir sur sa propre vie, de développer ses aptitudes à progresser, à s'organiser, à défendre ses droits, à s'émanciper d'une situation d'aliénation.

15 F. DUBET, *Le déclin de l'institution*, Paris, Seuil, 2002.

Le fait de considérer l'individu comme porteur de sa propre parole s'intègre dans le projet individualiste post-moderne. Le glissement d'un imaginaire juridique adossé sur des valeurs collectives à un imaginaire démocratique qui donne à chacun la possibilité d'être producteur de droit en est une des meilleures illustrations. L'éthique de la médiation propose en effet que les conflits ne soient pas réglés par rapport à une norme transcendante (prêt à porter juridique) mais par un accord conclu entre leurs protagonistes (sur mesure juridique). Considérer que chacun est en mesure de devenir son propre législateur représente naturellement une subjectivisation de la norme et constitue une entorse au modèle Jupiterien d'une loi toute-puissante fondée sur la Raison¹⁶.

Cette éthique de liberté se renforce d'une éthique d'égalité quand la médiation cultive la croyance que les individus, indépendamment de leurs caractéristiques sociales, culturelles et psychologiques, peuvent communiquer entre eux à la condition qu'on leur garantisse une possibilité formelle de le faire. La conception de relations horizontales, ou chacun sera considéré comme l'égal de l'autre, relève d'une vision républicaine universaliste dont on peut redouter qu'elle n'occulte l'existence de rapports politiques de domination entre classes ou ethnies.

L'expression de ces forces d'émancipation est grandement facilitée par l'adoption de modèles de pratique non directifs, orientés vers la communication. À l'inverse elle paraît entravée par le choix de modèles directifs focalisés sur la recherche d'une solution¹⁷. De ce point de vue le modèle transformatif qui laisse aux personnes le soin d'organiser le processus et de choisir le rythme de travail qui leur convient, exprime le mieux l'aimantation vers ce pôle d'attraction. Ses partisans définissent la médiation comme un espace relationnel et communicationnel. Ils adoptent une posture peu directive, laissent s'exprimer les émotions, favorisent l'échange et la compréhension réciproque.

L'objectif est de transformer les conflits, en changeant la façon dont les acteurs les perçoivent et de les amener à plus de tolérance, de compréhension mais aussi plus d'estime de soi. La recherche d'une relation aussi horizontale que possible (nature et disposition des lieux, temps de parole, modes d'expression adéquats...) entre les protagonistes, vise à échapper aux formats institutionnels de la communication. Le dispositif d'action le plus souvent préconisé sert à renforcer le caractère symétrique et contractuel de l'échange, à édifier un espace relationnel spécifique.

2. Les forces de la normalisation

Beaucoup considèrent les médiations comme une simple technique de résolution des conflits et de facilitation des relations contractuelles. Dans cette perspective, l'individu est conçu comme un être rationnel capable de choisir librement les buts qu'il poursuit et de définir les meilleurs moyens disponibles pour les atteindre. L'État ou la société ne prennent plus en charge la régulation des conflits mais la délèguent à des individus, considérés comme « également capables », qui en acceptent le principe. Le refus, de leur part, de cette opportunité revient à perdre les privilèges accordés à ceux qui optent pour la responsabilisation et à rentrer dans un régime traditionnel d'obéissance. C'est un processus d'autant plus subtil de normalisation des comportements que ses participants y consentent.

On retrouve, avec la plus grande clarté, ce processus à chaque stade de l'action pénale, depuis l'action du parquet, dans le cadre de la médiation ou de la procédure du classement sans suite conditionnel, jusqu'à l'octroi d'une peine de travail. La mainmise déjà évoquée des parquets sur la médiation pénale (les médiateurs sont qualifiés de « médiateurs du Procureur de la République »), la prégnance de pratiques inféodées à l'idéologie répressive (elles s'appuient sur le dossier pénal, parlent d'auteurs et de victimes...) illustrent cette tension vers la normalisation. Le contrôle social s'exerce autrement, recueillant le consentement des justiciables quand ils n'avaient auparavant pas droit au chapitre, mais s'exerce pleinement. Nous sommes

16 F. OST, « Jupiter, Hercule ou Hermès, trois modèles du juge » dans P. Bouretz (dir.) *La force du droit*, Paris, Esprit, 1991, p. 241-272.

17 J. FAGET, (2010) *op. cit.*

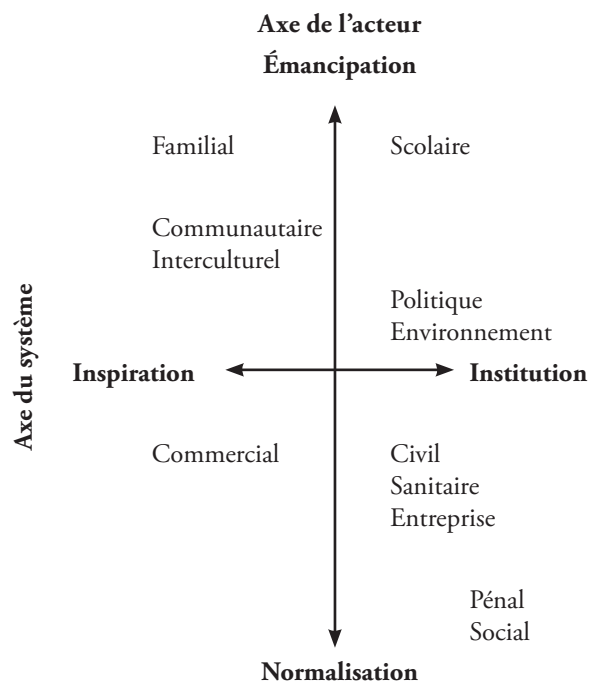
en présence d'un nouveau mode de domination des justiciables. Il confère à la sanction un surplus de légitimité du fait de son acceptation par l'auteur de l'infraction, et représente un mode d'autant plus efficace de régulation que les individus respectent davantage les accords à la définition desquels ils ont été impliqués¹⁸. Le contrôle social procède désormais par l'octroi, à ceux qui en expriment le souhait et en ont les capacités, de dispositifs d'allégeance, et réserve les mécanismes d'imposition, de coercition, aux justiciables qui n'en saisissent pas l'opportunité ou qui ne respectent pas leurs engagements, leur « contrat judiciaire ». Une prime est donc donnée à celui qui possède « l'art de bien se contraindre »¹⁹, qui s'obéit à lui-même et non à une contrainte extérieure.

On retrouve ces mêmes mécanismes de domination, quoique sous d'autres visages, dans d'autres champs de pratique comme les médiations civiles, commerciales ou d'entreprise. La recherche d'un ordre négocié en lieu et place d'un ordre juridique considéré comme peu performant s'y manifeste également. Le succès croissant des modes amiables (plus qu'alternatifs) de résolution des conflits, représente l'expression d'une contractualisation de la société²⁰ qui répond aux exigences, que la rationalité juridique n'est plus en mesure d'assurer, d'une normalisation de la vie collective.

Cette dimension normalisatrice de la médiation est sans doute beaucoup plus présente dans les modèles fermés, qui travaillent essentiellement sur le litige et les positions que dans les modèles ouverts qui se focalisent sur la face cachée des conflits et la communication. Toutes les recherches montrent que les praticiens de formation juri-

dique ont un penchant pour des postures plus directives, des processus plus structurants focalisés sur les éléments juridiquement, économiquement ou stratégiquement pertinents. Ce modèle n'a pas pour objectif de transformer les individus, leur rapport au monde, mais seulement de trouver une issue mutuellement satisfaisante à leur opposition. Certes les acteurs y jouent un rôle privilégié que les usages institutionnels leur dérobent, ont une part essentielle dans la recherche des solutions, mais le médiateur reste le maître du jeu.

Les tensions différentielles des pratiques de médiation



La localisation de ces différents champs d'activité est naturellement un peu grossière. Elle ne rend pas compte des dynamiques qui les traversent mais propose seulement un diagnostic global sur les dominances qui les affectent. Si la dimension normalisatrice de la médiation sociale est peu discutable, affirmer que les médiations civiles, sanitaires et d'entreprise penchent plutôt du côté de l'institution ne

18 J.F. CAUCHIE et G. CHANTRAINE, « De l'usage du risque dans le gouvernement du crime. Nouveau prudentialisme et nouvelle pénologie », *Champ pénal/ Penal Field*, 2005, vol. 2, <http://champpenal.revues.org/document80.html>.

19 J.-G. BELLEY, « Une philosophie de l'aspiration juridique : l'art de bien se contraindre », *Archives de philosophie du droit*, 2000, tome 44, p. 329.

20 A. SUPLOT, « La contractualisation de la société » in Y. Michaud (Dir), *Qu'est ce que l'humain ?*, Paris, Odile Jacob, 2000.

doit pas conduire à occulter le fait qu'elles aménagent des espaces de parole inédits. La médiation pénale est probablement celle qui laisse le moins de place à la responsabilisation des acteurs et qui accorde le plus d'influence aux pesanteurs institutionnelles mais il existe un modèle alternatif, soutenu par l'essor international du mouvement de la *restorative justice*, qui peut en transformer la nature. Le fort degré d'émancipation des individus proposé par la médiation familiale varie selon qu'elle est conventionnelle ou se déroule dans le cadre judiciaire, le modèle plus ou moins juridique ou thérapeutique appliqué par les médiateurs. Malgré ses fortes potentialités éducative et émancipatrice la médiation scolaire est plutôt conçue dans l'intérêt de l'institution que dans celui des élèves sauf dans les cas où elle constitue le vecteur d'une *whole school approach* irriguant l'ensemble du fonctionnement institutionnel. Les médiations communautaires et interculturelles ont aussi une philosophie émancipatrice qu'elles ne peuvent porter que si elles échappent à des logiques d'affichage politique ou de contrôle social. Les médiations politiques et environnementales tendent à relever d'un *soft power* sauf si elles sont organisées « par le bas » en impliquant véritablement la société civile et se révèlent alors transformatrices. Si la motivation principale de la médiation commerciale est d'échapper aux régulations étatiques elle apparaît cependant inclassable sur l'axe du système tant les forces de l'inspiration paraissent lui manquer.

Le but de cette figure n'est pas de discréditer certaines médiations par rapport à d'autres mais de souligner qu'elles n'ont pas une nature similaire et ne sont pas de la même façon exposées aux tensions présentées ici. Il existe certes un terrain commun de principes déontologiques et techniques réunissant les différentes activités de médiation. Une même nécessité les rapproche, de prévenir le chaos social, de réguler de nouveaux univers communicationnels, d'élaborer de nouvelles formes de contrôle social faites de contingence, d'horizontalité, de périphérie, de nomadisme, de chemins qui se font en marchant. Mais ce qui les oppose est profond. Elles résistent à une appréhension globale et à

la construction d'un ensemble professionnel cohérent. Car les tensions éthiques qui les affectent, les tiraillements dont elles sont l'objet entre pôles de l'inspiration, de l'institution, de l'émancipation et de la normalisation, dessinent l'existence de mondes bien éloignés les uns des autres. Entre les adeptes de réponses institutionnelles et sociales non violentes, les marchands de la dérégulation normative, ceux qui recherchent l'*empowerment* des populations ou qui raisonnent en termes d'efficacité institutionnelle, émergent peu de points communs. Cependant, quelle que soit la puissance des mobilisations éthiques qui les animent ou des érosions institutionnelles qui les affectent, tous les ateliers de médiation diffusent dans la société les ferments d'une démocratie réflexive où le contrôle social, rejetant le primat antérieur des réponses institutionnelles, repose sur la construction de nouvelles figures d'interdépendances.

LES MODÈLES DE MÉDIATION : MODÈLES LATINS ET ANGLO-SAXONS DE MÉDIATION

JEAN-PIERRE BONAFÉ-SCHMITT*

Depuis une quarantaine d'années, on assiste des deux côtés de l'Atlantique, à un développement des alternatives à la justice et plus particulièrement de la médiation, comme mode de gestion des conflits et ceci dans tous les domaines de la vie sociale : la famille, le quartier, le travail, l'école... À partir de ce constat, on peut se poser la question de savoir si le renouveau de la médiation ne traduirait pas l'émergence d'un nouveau mode de régulation sociale car dans notre contexte de mondialisation des échanges, la médiation est trop souvent réduite à une simple technique de gestion des conflits, que l'on pourrait transférer d'un pays à l'autre sans se soucier de l'existence de réalités socioculturelles différentes.

C'est à partir de cette analyse en termes de système de régulation sociale que nous avons construit notre hypothèse sur l'existence d'un ou plusieurs modèle(s) latin(s) et anglo-saxon(s) de médiation en insistant plus particulièrement sur la notion d'historicité des systèmes de régulation sociale. Nous pensons que l'on ne peut pas analyser la place et le rôle joué par les alternatives à la justice et plus particulièrement de la médiation, sans se référer au modèle de

régulation sociale développé par chaque pays. Cette analyse en terme de système de régulation sociale nous a conduit à nous poser la question de savoir si la réalité de la médiation est la même ou non en France et aux États-Unis et par voie de conséquence s'il existe un modèle ou des modèles de médiation. La réponse à cette question est problématique car il est difficile de modéliser la réalité sociale et il est tout aussi difficile de procéder à des analyses comparées de systèmes sociaux en raison de leur diversité, de leur complexité : il s'agit de « comparer l'incomparable ».¹

Sur un plan théorique et méthodologique, l'analyse comparée des systèmes sociaux a toujours suscité des controverses entre les partisans des approches universalistes et des approches culturalistes. Le phénomène de la mondialisation n'a fait qu'accentuer cette polémique avec la thèse de la « convergence des sociétés » en raison de la mondialisation des échanges, soutenue par les « universalistes » ou au contraire la thèse de la spécificité et de la recherche identitaire pour les « culturalistes »².

1 M. MAURICE, A. SORGE, F. SELLIER, H. NOHARA, E. VERDIER, *L'analyse sociétale revisitée*, LEST, document séminaire LEST 98/8, 1998.

2 *Ibid.*

* Groupe d'Étude Médiation, Centre Max Weber-CNRS/ Université Lyon II.

Pour sortir de cette opposition binaire, nous avons repris, dans nos premiers travaux, l'hypothèse de l'existence d'un « effet sociétal », défendu par l'équipe du LEST d'Aix-en-Provence³. Nous partageons cette idée, que l'analyse du phénomène de la médiation dans chaque pays ne peut se faire qu'à la lumière de la cohérence sociale et de la continuité historique de chaque société. C'est pour cette raison que parler de modèle latin et de modèle anglo-saxon de médiation peut être réducteur car il y a non pas un, mais des modèles latins et anglo-saxons de médiation. La prise en compte de cet « effet sociétal » impliquait de prendre en considération, pour l'analyse de la place et du rôle joué par la médiation dans chaque pays, le modèle de régulation sociale propre à chaque pays. C'est ce constat, qui nous a amené à nous interroger sur l'existence, non pas d'un « modèle latin » mais plutôt des « modèles latins » qui s'opposeraient à des « modèles anglo-saxons » de médiation⁴. Nous préférons employer le pluriel car la médiation est un phénomène pluriel et qu'au sein de ce que l'on appelle le monde « latin », il existe des différences notables entre la France, l'Italie, l'Espagne, le Portugal... comme on ne peut pas mettre sur le même plan dans le monde anglo-saxon, les États-Unis, le Canada, la Grande-Bretagne, l'Australie... Je suis de plus en plus persuadé que les formes et le développement de la médiation dans les différents pays sont directement influencés par les systèmes de régulation sociale.

1. Des convergences : le temps des hétérodoxies

Le développement de la médiation se fait dans un contexte paradoxal car ce mode de régulation des conflits repose d'une part, sur une promotion de l'oralité dans les échanges entre les médiés, dans une société caractérisée par l'hégémonie de l'écrit. D'autre part, la médiation vise à la recherche d'une forme d'équité dans la recherche de solu-

tions, dans une société de plus en plus juridicisée et judiciarisée. Enfin, elle a contribué à remettre en cause une certaine forme d'intervention et de professionnalisation dans un monde dominé par les experts.

A. Un contexte commun de crise des mécanismes de régulation sociale

Le renouveau de la médiation, des deux côtés de l'Atlantique, s'est réalisé dans un contexte commun de crise des mécanismes traditionnels de régulation sociale. La crise de l'institution judiciaire a été le plus souvent mise en avant comme une des causes du développement des alternatives à la justice en invoquant aussi bien les délais excessifs des procédures, l'encombrement des rôles des juridictions, le coût de la justice, la complexité des procédures⁵... S'il est incontestable que la médiation a été à l'origine présentée comme une alternative à la justice, son développement dans tous les domaines de la vie sociale (travail, famille, scolaire, santé...) démontre qu'elle ne peut être réduite à une simple technique de gestion des conflits mais qu'elle représente un nouveau modèle de régulation sociale.

Le développement de la médiation dans tous les champs de la vie sociale est aussi un révélateur de la crise profonde des structures traditionnelles de régulation des conflits, car nos sociétés ont connu de profondes mutations économiques, sociales, politiques, culturelles au cours de ces dernières décennies. Ces mutations ont eu un certain nombre de conséquences sur les formes de sociabilité, mais on ne peut ignorer le rôle joué par l'État dans le processus de dépossession de ces solidarités primaires au profit d'une sociabilité étatique à travers la politique de l'État Providence⁶. Ce constat est surtout vrai pour la France, car l'infiltration de l'État dans tous les pores de la vie sociale a contribué à remettre en cause ces structures intermédiaires entre l'État et la société civile, et ceci explique que pour bon nombre de litiges qui étaient autrefois réglés au sein

3 M. MAURICE, F. SELIER, SILVESTRE J.-J., *Politique d'Éducation et organisation industrielle en France et en Allemagne*, Paris, PUF, 1982.

4 Il s'agit encore qu'une hypothèse que nous cherchons à vérifier dans le cadre de nos recherches menées au sein du Groupe d'Étude de la Médiation du Centre Max Weber/CNRS-Université Lyon II.

5 J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation : une justice douce*, Syros-alternatives, 1992, Paris.

6 F. EWALD, *L'État providence*, Grasset, 1986.

de la famille, du quartier, les seuls interlocuteurs soient la police, la justice⁷. Aux États-Unis, où la prégnance du *welfare state* est moins forte qu'en France en raison de notre centralisme, la situation n'est guère meilleure comme en témoigne la désagrégation de la société américaine dans certains quartiers, les phénomènes de violence, le délitement du lien social.

Ces phénomènes de désagrégation des sociabilités traditionnelles sont aussi la conséquence du processus d'individuation de nos sociétés modernes où la prégnance du groupe, qu'il soit familial, professionnel, de voisinage... n'a plus d'effet sur l'intériorisation des normes par les individus. L'effondrement des grandes idéologies politiques ou des croyances religieuses a contribué aussi à la remise en cause de ces formes anciennes de socialisation mais aussi de contrôle social, accentuant ainsi la fragmentation de nos sociétés. Enfin, des deux côtés de l'Atlantique, les phénomènes migratoires ont amplifié les problèmes de recomposition du lien social et de régulation des conflits.

C'est dans les quartiers défavorisés des grandes métropoles françaises et américaines que l'on mesure le mieux l'échec des politiques traditionnelles de régulation des conflits poursuivies par les états, avec la prolifération de structures spécialisées, allant des assistantes sociales de secteur, aux éducateurs, en passant par les animateurs de centres sociaux, sans oublier la police, et la justice⁸. Cette superposition d'institutions, qui agissent le plus souvent sur le même quartier sans aucune coordination, n'a pas empêché les explosions sociales comme on a pu le constater au cours de ces dernières années comme à Los Angeles ou aux Minguettes à Vénissieux. On comprend dès lors, que ce n'est pas en augmentant le nombre de travailleurs sociaux, de magistrats, de policiers que l'on résoudra cet état de désorganisation sociale.

Cette infiltration de l'État, dans tous les domaines de la vie sociale, s'est accompagnée aussi d'une juridicisation croissante des relations sociales avec son corollaire la

judiciarisation des modes de règlement des conflits. C'est surtout aux États-Unis que ces phénomènes de juridicisation ou judiciarisation se sont le plus développés comme en témoigne la croissance des actions judiciaires devant l'ensemble des juridictions. Cette judiciarisation des relations sociales touche l'ensemble des champs de la vie sociale, y compris des domaines jusqu'ici préservés comme celui de la santé avec la mise en cause de la responsabilité des médecins et des hôpitaux. Il en est de même dans le domaine scolaire, avec la croissance des recours contre les décisions des conseils de classe (contestation du redoublement, de l'orientation scolaire...), des notes données par le corps professoral...

Il est vrai que ces phénomènes de juridicisation ou judiciarisation des relations sociales ont été aussi favorisés par une série de facteurs comme le recours au *class action* ou encore le développement des assurances de protection juridique qui constitue un véritable marché en croissance constante.

En France, ces phénomènes de juridicisation ou judiciarisation sont souvent présentés comme les effets pervers d'une « américanisation » de notre société, mais c'est négliger que ces phénomènes ne sont que la conséquence d'une fragmentation, d'une individuation de nos sociétés et sans oublier une forme de marchandisation des relations sociales. Sur cette question, J. Habermas, a souligné que nos sociétés modernes étaient caractérisées par une inflation de textes juridiques, et plus particulièrement par une extension du droit avec la juridicisation de réalités sociales qui étaient jusque-là régulées de manière informelle⁹. Ce phénomène de juridicisation s'est aussi accru avec la tendance à la marchandisation des relations sociales, c'est-à-dire l'envahissement de la logique de marché dans des relations qui relevaient autrefois de la solidarité, de l'entraide mutuelle. Cette intrusion de la logique marchande dans le domaine social explique en partie la juridicisation croissante de nos sociétés à travers le développement de la société

7 J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *La Médiation : une justice douce*, op. cit.
8 *Ibid.*

9 J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, tome II. Pour une critique de la raison fonctionnaliste, Fayard, Paris, 1981, p. 393.

assurancielle¹⁰. Ce phénomène de monétarisation des relations sociales a été dénoncé par J. Habermas qui considère que l'État social par son interventionnisme a étendu « un réseau de rapports clientélares sur les sphères de la vie privée » et que l'accentuation de ce processus a pour conséquence d'accroître « les effets pathologiques indirects de l'extension du droit qui signifie simultanément bureaucratisation et monétarisation des domaines centraux de la vie vécue »¹¹. Le dilemme de cette extension du droit sous l'effet de l'intervention de l'État est qu'elle suscite « la désintégration des contextes vécus, qui sont détachés, par une intervention sociale de nature juridique, des mécanismes d'intercompréhension coordonnant l'action et reconvertis sur des médiums comme l'argent et le pouvoir »¹².

C'est dans ce contexte paradoxal de juridicisation, de judiciarisation, de marchandisation des relations sociales, de crise des mécanismes traditionnels de régulation des conflits dans les sociétés des deux côtes de l'Atlantique, qu'ont émergé ces nouveaux processus de régulation des conflits. Ces derniers ont été souvent présentés comme une privatisation de la justice, une atteinte au statut protecteur du droit, comme s'inscrivant dans un courant libéral faisant plus confiance au marché qu'à l'État pour la régulation des conflits. Nous pensons que ces critiques ne sont pas justifiées et qu'il convient de dépasser le faux problème entre plus ou moins d'État, car on peut comprendre que ce n'est pas seulement en augmentant le nombre de juridictions ou les effectifs judiciaires, que l'on résoudra le problème. Ce n'est pas non plus en laissant faire le marché, c'est-à-dire la privatisation des modes de règlement des conflits que l'on trouvera une solution adéquate. Nous pensons qu'une des issues à la crise de nos sociétés passe à la fois par moins d'État et moins de marché c'est-à-dire par la création de nouveaux modes de régulation, des structures

hybrides/intermédiaires faisant appel à moins d'État et moins de marché.

B. Apparition d'une nouvelle conflictualité

Sans prétendre que les conflits ont changé de nature, on assiste à l'émergence au cours de ces dernières années de nouvelles formes de conflictualité liées aux mutations profondes de nos sociétés et à la mondialisation des échanges. C'est le cas dans le domaine de l'entreprise avec le développement d'une conflictualité liée aux relations de travail (harcèlement moral, sexuel...), aux conditions de travail (troubles musculo-squelettiques, stress...) sans oublier les conséquences de la mondialisation avec les conflits liés aux délocalisations (licenciements « boursiers », occupations d'usine...). Mais aussi dans le domaine de la famille avec une conflictualité qui est liée au développement de nouvelles formes de famille (familles recomposées, familles homoparentales...) ou encore les conflits relatifs aux enlèvements d'enfant dans le cas de mariage entre binationaux. Une conflictualité s'est aussi cristallisée de ce que l'on dénomme les « conflits liés au genre » que ce soit de la part des femmes (violences conjugales, harcèlement sexuel, partage des tâches ménagères, reconnaissance de l'égalité professionnelle, de la parité en politique...), des homosexuels (violences homophobes, reconnaissance du mariage gay...). Sur ce type de conflictualité lié au genre, il est à souligner que les pays anglo-saxons ont apporté une plus grande attention à celui-ci que les pays latins. Cette différence peut s'expliquer comme nous l'avons déjà indiqué par la plus grande attention apportée par les pays anglo-saxons à la question de la diversité sociale et culturelle.

On retrouve un phénomène similaire dans le domaine religieux, où le développement de pratiques religieuses, comme dans le cas de la religion musulmane, a suscité une plus grande conflictualité, dans les pays latins qu'anglo-saxons. On peut citer l'emblématique conflit lié au port du voile dans les espaces publics en France qui remettrait en cause la division traditionnelle entre espace public et privé en matière de manifestation de son identité religieuse.

10 F. EWALD, *L'État providence, op. cit.*...

11 J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, tome II, *op. cit.*, p. 400.

12 *Ibid.*, p. 401.

Sur un autre plan, la revendication du droit de bénéficier de produits répondant aux prescriptions religieuses dans les cantines scolaires ou dans d'autres établissements a suscité de nombreux conflits. Il en est de même du respect de l'égalité entre les religions en ce qui concerne la présence de représentants religieux dans un certain nombre de structures publiques comme l'armée, les prisons...

Dans le monde de la santé, on assiste à un développement d'une nouvelle conflictualité liée à la perte de confiance entre professionnels de la santé et patients et qui se traduit par une judiciarisation des conflits avec des recours en responsabilité contre les personnels médicaux. Cette dégradation des relations s'accompagne d'un développement des phénomènes de violence, notamment, dans les services d'urgence des hôpitaux avec une croissance du nombre des agressions à l'égard des personnels d'urgence.

Il en est de même dans le domaine scolaire où l'on constate une montée des phénomènes de violence surtout dans les collèges, que ce soit entre élèves, entre élèves et adultes ou parents d'élève et enseignants. Le contenu des programmes, comme les méthodes pédagogiques, suscitent de nouveaux conflits, comme dernièrement, la polémique sur les bienfaits de la colonisation française, la question du genre, l'éducation sexuelle...

L'environnement constitue un nouveau champ de conflictualité avec les nouvelles politiques relatives au développement durable, mais aussi avec les conséquences du réchauffement climatique, que ce soit au niveau macro avec les conflits liés à la gestion de l'eau, des ressources naturelles, de la faune et la flore, des politiques d'infrastructures de transport (autoroute, réseau ferré, aéroport)... Mais aussi au niveau micro avec les recours contre la création de décharges, de sites classés, des plans d'urbanisme... Ce type de conflictualité se développe de plus en plus aussi bien en France qu'aux États-Unis comme le rappelle l'actualité récente à propos des conflits liés à l'exploitation du gaz de schiste.

Enfin, la multiplication des phénomènes d'émeutes urbaines au cours de ces deux dernières décennies aussi bien

sur le continent européen que nord-américain, illustre, à la fois les difficultés des États à gérer ces nouvelles formes de conflictualité mais surtout la crise des modèles d'intégration sociale qu'ils soient universalistes ou différentialistes. Ce constat a été bien analysé par J. Habermas qui considère 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 »¹³. 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 »¹⁴. Ils posent de nouveaux problèmes liés à la qualité de la vie, l'égalité de droits, la réalisation individuelle de soi, l'identité sociale¹⁵... Ces types de conflit traduisent aussi bien des formes de résistance aux tentatives de *colonisation du monde vécu*, pour reprendre l'expression d'Habermas, que les conséquences d'une vie plus collective, plus complexe, (litiges de voisinage, familiaux, intercommunautaires, de consommation, d'environnement). Leur régulation nécessite que l'on fasse 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 »¹⁶.

C. Un développement des médiations

Au-delà des différences terminologiques et chronologiques, nous avons pu constater dans nos recherches des similitudes entre la France et les États-Unis, dans l'histoire

13 J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, op. cit., p. 390.

14 *Ibid.*, p. 432.

15 *Ibid.*, p. 432.

16 J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation : une justice douce*, op. cit.

de l'autonomisation de la médiation au sein des alternatives de la justice et celle-ci s'est faite en plusieurs étapes.

La première remonte au début des années soixante-dix et contrairement à des idées reçues nous soutenons que l'idée de médiation n'a pas été importée des États-Unis mais que les prémisses de son développement existaient aussi en France. L'analyse de la littérature de l'époque, montre qu'en France mais aussi aux États-Unis, on parlait plus « justice informelle » (*informal justice*) que de médiation pour qualifier ces alternatives à la justice qui avaient pris la forme de conciliateurs en France et de *Neighborhood Justice Centers* aux États Unis¹⁷. Nous sommes persuadés que, si les conciliateurs avaient été créés aujourd'hui, on les aurait dénommés « médiateur ». À l'époque, la création de ces « alternatives » par les États avait fait l'objet d'un certain nombre de critiques aussi bien des praticiens que des chercheurs des deux côtés de l'atlantique qui les dénonçaient comme des formes de « justice de 2^e classe » ou de « justice des pauvres »¹⁸.

Au milieu des années 80, nous entrons dans la deuxième étape de l'autonomisation de la médiation avec l'apparition de premières expériences de médiation dans les quartiers, dans le domaine familial et pénal. Au cours de ces années, il existait un certain consensus sur la notion de médiation qui était définie comme une forme non juridictionnelle de règlement des litiges au même titre que la conciliation et l'arbitrage. À l'époque, la médiation était surtout définie comme une alternative à la justice et elle ne s'était pas encore autonomisée de l'institution judiciaire, mais au fil des années, la médiation s'est développée dans

tous les champs de la vie sociale avec la médiation scolaire, la médiation interculturelle, la médiation d'entreprise... À partir de ce développement, on a assisté progressivement à un glissement sémantique, et particulièrement aux États-Unis où l'on parle plus maintenant d'*Alternative Dispute Resolution* (ADR) ou modes alternatifs de résolution des conflits (MARC) que d'alternatives à la justice¹⁹. Mais au sein de ces MARC, la médiation a pris une place de plus en plus dominante, au point qu'en France le terme de médiation a été utilisé d'une manière extensive pour désigner l'ensemble de ces modes alternatifs de résolution des conflits, alors qu'aux États-Unis, la médiation ne représentait qu'une forme de l'ADR. Ce manque de rigueur en France a provoqué une confusion conceptuelle comme l'illustre la création des Maisons de Justice et du Droit, où à l'origine l'action des magistrats du Parquet fut qualifiée de médiation. Il faudra attendre la publication d'une circulaire pour clarifier la situation car celle-ci précisa que les missions de médiation ne relevaient pas de la compétence des magistrats, ni d'autres professionnels du droit, mais des médiateurs dont le statut fut précisé par ce même texte²⁰.

L'autonomisation de la médiation s'est précisée au cours d'une troisième étape, par son institutionnalisation à partir du milieu des années quatre-vingt-dix avec la création d'organisations de médiateurs, le développement de formations, la publication d'un certain nombre de textes encadrant cette nouvelle fonction. Il est incontestable que la création de grandes organisations comme l'INAVEM (Institut National d'Aide aux Victimes et de Médiation) pour la médiation pénale, de l'APMF (Association Pour la Médiation Familiale) et de la FENAMEF (Fédération Nationale de la Médiation Familiale) en matière de

17 J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, « La part et le rôle joués par les modes formels et informels de règlement des litiges dans le développement d'un pluralisme juridique (Étude comparative France-USA) », *Droit et Société*, n°6/1987.

18 R-L ABEL, « Conservative conflict and the reproduction of capitalism: the role of informal Justice », *International Journal of the Sociology of Law*, Volume 9, Issue, 1981, pp. 245-26; C. HARRINGTON, *Shadow Justice. The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court* Greenwood Press, 1985; D. M. TRUBEK, « Les périodes critiques dans l'histoire récente de la théorie de l'accès à la justice: le sujet de droit à la quête de son autonomie », *Annales de Vaucresson*, n°29/2.

19 S. GOLBERG, E. GREEN, F. SANDER, *Dispute Resolution*, Little Brown and Company, Boston, 1985; BARRET J-T., J. BARRET, *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Social and Cultural movement*, Jossey-Bass, 2004, 336p.

20 J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, (réédition et mise à jour), collections Classics, LGDJ Lextenso-Édition, 2010, 199 p.; J. FAGET, *La médiation-Essai de politique pénale*, Erès-trajets, 1997, 210p.

médiation familiale, a favorisé cette institutionnalisation de la médiation. On peut citer d'autres structures ayant une vocation nationale comme France-Médiation dans le domaine de la médiation sociale ou le Réseau des Médiateurs en Entreprise (RME).

Il en fut de même aux États-Unis avec la création d'organisations au niveau fédéral comme l'*Academy of Family Mediators* (AFM), une des organisations les plus structurées dans le domaine de la médiation et œuvrant dans le domaine de la famille. C'est dans le domaine pénal que l'on retrouve une autre grande organisation avec la *Victim-Offender Mediation Association* (VOMA) qui connaîtra au fil des années une aura internationale à travers le concept de *Restorative Justice*. Dans le domaine de la médiation communautaire, la *National Association for Community Mediation* (NACFM) a joué un rôle leader dans le regroupement des structures de médiation communautaire. Enfin dans le domaine scolaire, une mention doit être faite à la *National Association For Mediation in Education* (NAME).

À l'origine, d'une manière similaire dans les deux pays, chaque organisation pour structurer son secteur d'intervention s'est efforcée de définir la médiation en fonction de sa spécialisation, ce qui n'a pas contribué à donner une vision commune de cette nouvelle fonction de médiation. Mais au fil des années, les pratiques et les représentations de la médiation de la part de certaines organisations de médiateurs, ont évolué vers une certaine convergence de points de vue pour tenter de définir une identité commune des médiateurs face aux autres professionnels de la gestion des conflits comme les magistrats, les avocats, les thérapeutes... Cette identité professionnelle s'est surtout construite à travers les programmes de formation ou les textes encadrant cette fonction de médiation. Aux États-Unis, le regroupement des organisations de médiateurs s'est fait progressivement avec la création en 2001 d'une structure nationale : l'*Association of Conflict Resolution* (ACR). Cette organisation est née de la fusion de l'AFM (*Academy of Family Mediators*), de CREnet (*Conflict Resolution in Education Network*), de NIDR (*National Institut for Dispute Resolu-*

tion) et de SPDIR (*Society of Professionals in Dispute Resolution*). Pourtant, ce regroupement n'a pas été réalisé totalement²¹ puisque deux grandes associations le VOMA et la NAFCM sont restées en dehors de ce processus de fusion.

En France, on a assisté à un développement similaire avec une tentative de structuration de la médiation au début de ce mouvement avec la création du Centre National de la Médiation (CNM), mais celle-ci n'a pas été couronnée de succès, et son audience est restée marginale dans le monde de la médiation. Il en est de même pour d'autres tentatives quelques années plus tard comme celle du Réseau des Médiateurs Associés (RMA) ou de l'Association Nationale des Médiateurs (ANM), de la Fédération Nationale des Centres de Médiation qui se sont soldées aussi par des échecs car ces organisations n'ont pas réussi à fédérer en leur sein les plus grandes organisations comme la FENAMEF, l'APMF ou l'INAVEM²².

L'institutionnalisation de la médiation des deux côtés de l'Atlantique s'est faite aussi à travers les programmes de formation soit par l'allongement de la durée des programmes de formation soit par l'évolution des contenus. Tout d'abord, en ce qui concerne la durée, c'est surtout à l'initiative des organisations de médiateurs familiaux, aussi bien en France qu'aux États-Unis, que la durée des formations s'est élevée de 30 heures à l'origine à plus de 100 heures aux États-Unis et à 30 jours en Europe avec la création du Forum Européen de la Médiation et d'un diplôme d'État de médiation familiale en France²³. Si au départ, les formations étaient organisées par des organismes privés dans leur domaine de spécialisation, très rapidement, à l'initiative de structures universitaires des formations généralistes à la médiation, elles se sont développées des deux côtés de l'atlantique sous la forme de diplômes universitaires²⁴.

21 Sur cette question cf. le site : <http://www.acrnet.org>.

22 J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, « Global trends in mediation training and accreditation. The case of France », *ADR Bulletin*, Bond University DRC, Vol. 11, n°3, 2009.

23 M. SASSIER, « La médiation familiale », Dunod, 2001, 160 p.

24 Il existe un certain nombre de diplômes universitaires qui ont pris la dénomination le plus souvent de master *in conflict resolution aux*

Cette institutionnalisation de la médiation s'est concrétisée aussi sous la forme d'élaboration de codes de déontologie visant à structurer non seulement la fonction de médiateur mais aussi le déroulement du processus de médiation. Les premiers codes ou standards de médiation furent publiés à l'initiative des organisations de médiateurs, principalement des organisations de médiateurs familiaux comme l'AFM aux États Unis ou l'APMF en France. Ce n'est que dans un second temps que les États surtout en France se sont efforcés de réglementer ce nouveau mode de gestion des conflits avec les lois de 1993 sur la médiation pénale et de 1995 en matière civile. Il en fut de même aux États-Unis que ce soit au niveau des États ou au niveau fédéral avec l'*Administrative Dispute Resolution Act* (ADRA) de 1996.

Depuis la fin des années quatre-vingt, on peut se poser la question de savoir si l'on n'est pas entré dans une quatrième étape dans le développement de la médiation, qui consacrerait une forme d'hégémonie paradoxale de la médiation en matière de régulation sociale et pas simplement des conflits. Pourquoi une hégémonie paradoxale? La médiation s'est institutionnalisée et paradoxalement on assiste à une certaine « stagnation » et à un certain « désenchantement » dans la mesure où l'on ne constate pas une croissance significative du nombre des médiations et qu'un problème de financement des mesures de médiation demeure. Cette hégémonie paradoxale s'explique, en grande partie, par le succès de la médiation, car ce concept est en train de se diluer dans un certain nombre d'activités qui ne relèvent plus de la gestion des conflits, mais de la communication, de l'éducation, de la sécurisation ce qui accroît la confusion conceptuelle. Depuis quelques années, la médiation a fait irruption et s'est développée dans de nouvelles fonctions qui relèvent de la communication comme les adultes-relais, les médiateurs interculturels... qui ont pour objet de faciliter les relations entre les familles d'origine étrangères et les institutions comme les organismes de santé (hôpitaux...), sociaux, (caisses d'allocations

familiales...)²⁵. Ce phénomène n'est pas propre à la France en effet, on assiste aussi aux États-Unis à une dilution du concept de médiation car un certain nombre de personnes travaillant dans le *consensus building*, la *collaboration*, la *collaborative law*, le *peacemaking*... revendiquent cette activité de médiation²⁶.

Le développement de ces nouvelles fonctions conduit à nous poser la question de savoir si le concept de médiation ne devrait être utilisé que pour qualifier des activités liées à la gestion des conflits selon une logique rationnelle légale pour reprendre une catégorie wébérienne ou être étendu à d'autres activités selon une logique de rationalité communicationnelle selon la définition donnée par J. Habermas. Cette conception plus extensive de la médiation nous amènerait à réfléchir sur la médiation non comme une simple technique de gestion des conflits, mais comme un nouveau mode de régulation sociale.

2. Des divergences : l'existence d'un effet sociétal

L'existence de ces convergences ne doit pas nous faire oublier que la médiation se développe dans des contextes historiques, sociaux et culturels particuliers ce qui implique que l'analyse de ce phénomène doit se faire en prenant en compte le modèle global de régulation sociale propre à chaque pays. Notre hypothèse sur l'existence d'un « effet sociétal » a nourri notre réflexion sur la déclinaison d'un « modèle anglo-saxon » et d'un « modèle latin » de médiation que nous allons maintenant développer que ce soit sur le plan sémantique ou encore à partir de la réalité des modèles de régulation sociale spécifique à chaque pays.

États-Unis et master en médiation en France.

25 C. DELCROIX *et alii*, « Rôles et perspectives des femmes-relais en France » ADRI, synthèse de la recherche nationale, 1995; J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, J. DAHAN, J. SALZER, M. SOUQUET, J.-P. VOUCHE, *Les médiations, la médiation*, Erès-trajets, 1999, 302p.; J. FAGET, *Les ateliers silencieux de la démocratie*, Erès, 2010.

26 P. ADLER, *The End of Mediation*, <http://www.mediate.com/>

A. Les différences conceptuelles

L'histoire des « alternatives à la justice » et plus particulièrement de la médiation, reste encore à faire des deux côtés de l'Atlantique, car son écriture nous permettrait de mieux comprendre les différences et les évolutions conceptuelles auxquelles nous avons assisté aux cours de ces dernières années. En effet, l'analyse comparée des concepts utilisés selon les pays démontre que leur formulation et évolution ne sont pas neutres et reflètent l'existence de modèles différents de médiation. Ces différences, comme nous le verrons plus loin, sont directement induites par les systèmes de régulation sociale propres, à chaque pays.

Tout d'abord, sur un plan conceptuel, il convient de souligner que les Nord-américains ont fait preuve d'une plus grande rigueur que les Français en utilisant le terme d'*Alternative Dispute Resolution (ADR)* pour regrouper un certain nombre de modes de gestion des conflits comme la médiation, la conciliation, l'arbitrage, mais aussi le *Mini-Trial*, le *Moderated Settlement Conference*, le *Summary Jury Trial*, la *Court Annexed Arbitration*... En France, les concepts de MARL ou de MARC n'ont pas connu le même succès et on a eu tendance à regrouper sous l'appellation générique de médiation des modes de gestion des conflits comme la conciliation, la négociation, la concertation, la facilitation...

Ensuite, il conviendrait aussi de s'interroger sur les différences terminologiques utilisées pour dénommer les instances de médiation entre les deux pays qui reflètent, au-delà de la simple sémantique, des différences de modèle. C'est le cas en matière administrative ou organisationnelle, où les auteurs anglo-saxons ont fait preuve d'une plus grande rigueur en dénommant *Ombudsman*, les institutions que nous avons dénommé médiateur, que ce soit le Médiateur de la République, le Médiateur du Cinéma... dans le secteur public, et médiateurs des assurances, de la banque... dans le secteur privé. Si l'on se réfère à leur mode de fonctionnement, ces institutions se rapprochent le plus

souvent d'une forme de médiation-arbitrage que de véritablement de médiation²⁷.

Ensuite dans le champ pénal, le concept de *Victim-Offender Mediation*, utilisés dans les pays anglo-saxons et celui de « médiation pénale » utilisés en France et dans les pays francophones illustrent bien les différentes logiques qui animent les projets de médiation. Pourtant le terme « pénal » existe en anglais et les Anglo-Saxons auraient pu parler de *penal mediation* mais le choix de *victim-offender mediation* s'inscrit bien dans la tradition socio-culturelle des pays anglo-saxons et plus particulièrement des États-Unis. Dans ce pays, il existe une forte tradition d'intervention des communautés dans la gestion de la vie quotidienne, ce qui explique que les premiers projets de médiation aient été développés par des organisations appartenant à la société civile²⁸. En France, le développement de la médiation pénale s'est surtout fait à l'initiative d'acteurs judiciaires ou para-judiciaires en raison de la place importante jouée par l'État dans les relations sociales²⁹.

C'est surtout dans le domaine social que l'on mesure le mieux la spécificité de la situation française puisqu'à la différence des États-Unis, on se refuse à utiliser la notion de *community mediation* pour qualifier les modes de gestion des conflits entre les communautés. Nous préférons parler de « médiation de quartier », de « médiation sociale », ou encore de « médiation interculturelle » pour désigner la résolution des conflits entre les communautés. Dans la situation actuelle, la France a du mal à reconnaître l'existence de communautés sur son territoire national et elle préfère utiliser une terminologie plus neutre comme la médiation sociale ou interculturelle³⁰.

27 J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation : une justice douce*, op. cit.

28 M. UMBREIT, R. COATES, « Victim-Offender Mediation »: an analysis of programs in four states of the US, op. cit.

29 J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation en France et aux États-Unis*, op. cit.

30 J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, « La médiation sociale et pénale » in J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, J. DAHAN, J. SALZER, M. SOUQUET, J.-P. VOUCHE, *Les médiations, la médiation*, op. cit.

B. Des systèmes différents de tradition socio-juridique

Au-delà de ces remarques de nature sémantique, il est nécessaire de s'interroger sur ces différentes terminologies car elles traduisent, comme nous l'avons constaté dans nos recherches antérieures, des modèles de régulation sociale différents³¹. On ne peut, en effet, appréhender la place et le rôle joué par les différentes formes de médiation sans prendre en compte l'« effet sociétal » c'est-à-dire les spécificités, les caractères propres au modèle de régulation sociale propre à chaque pays.

La prise en compte de la dimension socio-politique constitue la première variable à prendre en considération car l'analyse du phénomène de médiation ne peut être réduite, comme nous l'avons déjà souligné, à une simple technique de gestion des conflits, elle représente surtout, une nouvelle forme d'action, un nouveau modèle de régulation sociale impliquant une recomposition des rapports entre l'État et la société civile³². Pour analyser ce renouveau de la médiation, nous voudrions insister sur la notion d'historicité des systèmes d'action et sur la nécessité de replacer l'action des acteurs dans un cadre structurel car nous pensons que l'on ne peut pas analyser la place et le rôle joué par la médiation sans se référer au modèle de régulation sociale développé par chaque pays. En effet, il existe des différences notables entre les pays ayant des systèmes de tradition socio-juridique différents: d'un côté les pays de « roman law », comme la France, marqués par une tradition de droit écrit et de l'autre ceux de « common law », comme les États-Unis. Le système français repose sur des instruments de régulation centralisés, fonctionnant sur un modèle hiérarchique, faisant appel à une conception du droit très réglementaire, alors que le système américain serait plus décentralisé et contractuel³³. D'une manière schématique, on serait tenté de dire que les Français ont le culte de la loi, alors que les Américains auraient celui de la négociation ce qui explique

en grande partie le plus grand développement de la médiation dans ce pays par rapport à la France. Un dernier avatar de ces différences culturelles, sur le plan judiciaire, a été le refus par le Conseil constitutionnel pendant un temps d'entériner la « transaction pénale » alors que cette procédure joue un grand rôle aux États-Unis, à travers le *plea-bargaining*³⁴. Sur un plan procédural, nous pourrions ajouter que le système pénal français est encore très marqué par sa nature inquisitoriale alors qu'aux États-Unis, la procédure est de nature accusatoire, ce qui n'est pas sans conséquence sur les déroulements des processus de médiation.

Nous pourrions aussi ajouter les différences dans la conception de l'État et de ses rapports avec la société civile, avec une forte propension à lui faire jouer un rôle « providentiel » dans les pays latins, alors que celui-ci est moins marqué dans les pays anglo-saxons, notamment aux États-Unis. Sur cette question de la gouvernance, des recherches ont montré que les logiques mises en œuvre diffèrent avec la prédominance d'une « logique de l'honneur » pour les pays latins et d'une logique plus « pragmatique » dans les pays anglo-saxons³⁵.

Sur un plan plus culturel, nous ne pouvons pas non plus ignorer l'impact de la religion catholique dans la construction des relations sociales et des représentations dans les pays latins et de la religion réformée dans les pays anglo-saxons. Ces représentations ont fortement influencé le développement de la médiation, comme nous le verrons plus loin avec une implication forte des mouvements religieux comme les Mennonites en médiation pénale ou des Quakers dans la médiation communautaire ou scolaire³⁶. En France, les mouvements catholiques se sont peu impliqués dans la médiation si ce n'est quelques individualités ou un syndicat, très minoritaire, la Confédération Française des Travailleurs Chrétiens pour tenter de développer

31 J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, op. cit.

32 *Ibid.*

33 M. CROZIER, *Le mal américain*, Fayard, 1980.

34 S. GOLBERG, E. GREEN, F. SANDER, *Dispute Resolution*, op. cit.

35 P. D'IRIBARNE, *La logique de l'honneur*, gestion des entreprises et traditions nationales, Le Seuil, Paris, 1989, 279 pages.

36 J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *La Médiation scolaire* par les élèves, ESF, 2000, 211 p.

la médiation dans les relations de travail. On peut aussi mentionner les universités catholiques qui ont surtout développé des formations à la médiation familiale ou civile mais pas en matière pénale.

Les deux pays se différencient aussi par des modèles différents d'intégration sociale qui n'ont pas été sans influence sur les formes de médiation³⁷. Il est de coutume d'opposer les modèles français et américain d'intégration sociale, à travers ce que l'on appelle le modèle « universaliste » ou « républicain » et le modèle « différentialiste » ou « communautaire »³⁸. Dans notre pays, l'intégration se ferait sur une base individuelle, à travers la notion de citoyenneté, alors qu'aux États-Unis, elle se produirait sur une base plus collective, celle de la communauté. Ces différences de modèle expliquent, comme nous l'avons déjà souligné, que l'on parle plus de « *community mediation* » aux États-Unis, alors qu'en France on évoque plus la « médiation de quartier ou sociale ». Cette intégration sur la base de la communauté aux États-Unis explique que dans les projets de médiation communautaire les médiateurs, selon les zones d'habitations, sont essentiellement issus des communautés ethniques noires, hispaniques, asiatiques ou encore amérindiennes. En revanche, en France si on commence à percevoir l'existence de médiation de type communautaire, avec la mise en place de « médiateurs interculturels », les projets de médiation de quartier regroupent le plus souvent, des habitants issus des différentes communautés.

3. Des illustrations des modèles de médiation

Pour illustrer les différences entre les modèles latins et anglo-saxons de médiation et montrer en quoi ces modèles sont influencés par le système global de régulation sociale,

37 A. CRAWFORD, « Victim-offender mediation and appeals to community in comparative cultural context: France and England and Wales » *op. cit.*

38 D. SCHNAPPER, *La France de l'intégration. Sociologie de la nation en 1990*, NRF-Gallimard, Paris, 1991 ; E. TODD, *Le destin des immigrés ; Assimilation et ségrégation dans les démocraties occidentales*, Seuil, Paris, 1994.

nous avons choisi deux champs particuliers : la médiation dans les relations de travail et la médiation pénale. Nous avons retenu les relations de travail car c'est dans ce champ que les modes non juridictionnels du travail, à savoir l'arbitrage, la conciliation et la médiation sont restés les plus vivaces si l'on se réfère à l'ensemble des rapports sociaux. En France, comme aux USA, l'utilisation de la médiation comme mode de résolution des conflits dans les relations de travail ne date pas de ces dernières années. Cette technique de résolution des conflits a toujours existé et elle a connu des hauts et des bas en fonction des contextes politiques et sociaux.

Nous avons choisi la médiation pénale car c'est dans ce domaine que la réflexion sur un autre modèle de justice a été la plus théorisée à partir du concept de « justice restaurative ».

A. La médiation dans les relations de travail

Le renouveau de la médiation dans les relations de travail aussi bien en France qu'aux États-Unis se déroule dans un contexte de crise des systèmes de relations professionnelles dans les deux pays en raison non seulement du déclin du syndicalisme mais aussi de la remise en cause du pouvoir hiérarchique dans l'entreprise. En effet, on ne peut ignorer le rôle de médiation joué par les représentants syndicaux et la maîtrise dans les entreprises dans le passé en matière de régulation des conflits. Ce point commun, ne doit pas nous faire oublier, comme nous l'avons constaté dans nos recherches passées, que les modèles de relations professionnelles entre la France et les États-Unis étaient très différents³⁹. La France se caractérise par un système très centralisé avec un « culte de la loi négociée » c'est-à-dire une forte intervention de l'État, tandis que les États-Unis ont un système plus décentralisé avec le « culte de la négociation d'entreprise » et une faible intervention de l'État.

39 J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, « La création des règles dans l'entreprise : une Étude comparative France-USA » in P. BOUVIER et O. KOURCHID (dir.), *France-USA : les crises du travail et de la production*, Méridiens-Klincksieck, Paris, 289 p.

L'ensemble de ces facteurs sociopolitiques explique que le renouveau de la médiation depuis la fin des années 70 se soit déroulé d'une manière différente en France et aux États-Unis. Dans ce dernier pays, il existe une longue tradition de négociation et d'arbitrage dans le règlement des conflits, ce qui explique le développement de la médiation dans les entreprises. Sans remonter trop loin dans l'histoire, on peut citer la création après la guerre de 1939-45, en 1947, de la *Federal Mediation and Conciliation Service (FMCS)* pour prévenir les grèves dans le secteur public. Mais le véritable renouveau de la médiation date des années soixante-dix avec son intégration dans la procédure traditionnelle de gestion des conflits individuels du travail dans les entreprises, (*grievance procedures*) juste avant la phase de l'arbitrage⁴⁰. Ce type de médiation a été développé à l'initiative des arbitres américains et notamment de l'Association Américaine des Arbitres.

Pour ce pays, le renouveau de la médiation, notamment en matière de résolution de conflits individuels s'explique à partir de plusieurs causes. La première est que les systèmes d'arbitrage se sont bureaucratisés à un tel point que les délais et les coûts de ce type de procédure sont similaires à ceux des juridictions classiques. En fait, ce n'est pas la procédure de griefs qui est mise en cause, mais sa phase finale, c'est-à-dire l'arbitrage. Outre le problème du coût, c'est surtout le formalisme, les délais et le principe même de l'arbitrage qui sont remis en cause. En deuxième lieu, la crise du syndicalisme qui touche aussi les organisations syndicales américaines fait que moins de 20 % environ des salariés sont couverts par une convention collective prévoyant un système de règlement des conflits

(*multi-step grievance procedure*). En troisième lieu, de nombreux employeurs pour des raisons diverses, allant de la recherche d'une plus grande motivation de leurs salariés, en passant par leur désir d'éviter l'implantation d'un syndicat, ont mis en place des systèmes internes de règlement des conflits⁴¹. Cette vision très « managériale » de la médiation n'est pas fortuite, car si en France cette forme de médiation est encore au stade du balbutiement en revanche aux États-Unis elle connaît un développement non négligeable.

Une des premières expériences de médiation fut introduite dans le secteur du *bituminous coal industry*, et la publication de ses résultats favorisa une diffusion de ce mode de règlement des conflits. Ce secteur de l'industrie était secoué par de nombreuses « grèves sauvages » et un nombre important d'affaires étaient soumises à l'arbitrage ce qui avait pour conséquence d'accroître le coût financier. La multiplication de ce recours à l'arbitrage allait accentuer le désintérêt à l'égard de cette procédure de règlement des conflits et poussa les parties à expérimenter la *grievance mediation*⁴². L'arbitrage marque en effet une rupture dans le déroulement de la procédure de griefs qui au sein de l'entreprise s'apparente à un véritable processus de négociation. La procédure interne de règlement des litiges est l'affaire des parties et elle se déroule sous forme de négociation et ce n'est qu'au stade de l'arbitrage qu'elle leur échappe au profit d'un tiers investi d'un pouvoir de trancher le litige et dont la décision s'impose à elles. C'est pour éviter cette perte de contrôle du processus de règlement qu'au cours de ces dernières années de nombreuses entreprises ont intercalé une phase de médiation avant de recourir à l'arbitrage⁴³. Selon les partisans de la médiation, l'intervention d'un tiers neutre devrait permettre de débloquer la situation et par là

40 La « *grievances procedure* » ou « procédure de griefs » pour les Québécois est un processus formel comportant le plus souvent 3 à 4 niveaux et se terminant en cas de désaccord par l'intervention d'un arbitre choisi d'un commun accord par le syndicat et l'employeur. La procédure est écrite et lourde à manier car elle implique des discussions à chaque niveau ce qui accroît les délais de réponse et elle peut se révéler onéreuse car l'arbitrage est à la charge des deux parties. Sur cette question cf. : mon article « La création des règles dans l'entreprise : une étude comparative France-USA », *op. cit.*

41 S. GOLBERG, E. GREEN, F. SANDER, *Dispute Resolution, Little Brown and Company*, Boston, 1985.

42 J. BRETT, S. GOLDBERG, « Grievance mediation in the coal industry: field experiment », *Industrial Labor Relations Review*, Vol. 37, n°1/1983, p. 49.

43 R. MATTHEW, R. WOLTERS, W. HOLLEY, J.R. FEILD, « Grievance mediation: a management perspective », *Arbitration Journal*, Vol. 45, n°3/1990, p. 16.

même de faciliter la résolution. En cas d'échec de la médiation, les parties seront à même de soumettre leur conflit à l'arbitrage.

Le renouveau de la médiation outre-Atlantique ne s'est pas limité à la *grievance mediation*, il a pris aussi d'autres formes, qui s'apparentent plus à des activités de médiation qu'à de véritables instances de médiation. Au cours des années soixante-dix, on a vu se multiplier dans les entreprises américaines un certain nombre de fonctions ayant pour objet la régulation des conflits et plus généralement des relations sociales, comme celles de *Director of Work Problem Counseling*, *Resident Manager*, *Director of Personnel Communication*... Il s'agit le plus souvent de personnes-ressources neutres qui n'appartiennent pas à la ligne hiérarchique et dont les fonctions se rapprochent plus de l'*ombudsman* que du médiateur. Ces personnes ont pour objet non seulement d'étudier les réclamations, mais aussi d'aider les parties à trouver une solution et de faire des recommandations aux responsables de l'entreprise⁴⁴.

Il nous est impossible dans le cadre de cette contribution de présenter l'ensemble des initiatives et nous nous limiterons seulement à celle des *ombudsmen*. Sur un plan sémantique, il convient de souligner, que les auteurs américains ont fait preuve d'une plus grande rigueur terminologique, en ne dénommant pas médiateurs, comme en France, ces *ombudsmen*.

Si les premiers *ombudsmen* sont apparus dans les années soixante-dix, la fonction s'est surtout développée dans les années quatre-vingt. La croissance de cette institution est rapide car ils étaient plus de 200 en 1987⁴⁵. C'est sous l'impulsion d'un certain nombre d'organisations comme la *Corporate Ombudsman Associated* et puis de l'*Ombudsman Association* que cette fonction s'est structurée au fil des années en regroupant l'ensemble des per-

sonnes qui accomplissent une fonction d'*ombudsman*⁴⁶. Les études menées sur l'*ombudsman* montrent que leur rôle se rapproche de celui du médiateur, mais avec des attributions plus larges. Dans la pratique, il joue un rôle d'écoute, aussi bien auprès des salariés que de la hiérarchie à propos de problèmes relatifs aux conditions ou aux relations de travail. En effet, il existe un ressentiment parmi ces derniers de ne pas être écoutés et l'expérience montre que cette seule activité d'écoute suffit parfois pour calmer les frustrations, les colères, les angoisses.

Ce bouillonnement d'initiatives doit être replacé dans la crise généralisée des systèmes de relations professionnelles dont la crise du syndicalisme n'est qu'une des facettes. En effet, le monde du travail n'échappe pas à la remise en cause d'une certaine forme d'autorité et d'organisation et nécessite la recherche d'autres formes de relations de travail au sein de l'entreprise. L'ensemble de ces initiatives allant de l'*ombudsman* au médiateur s'inscrit dans cette tentative d'instauration de nouvelles relations sociales au sein de l'entreprise.

En France, le renouveau de la médiation s'inscrit dans un contexte différent de celui des États-Unis car les acteurs patronaux et syndicaux français, à la différence de leurs homologues américains, n'ont pas mis en place des systèmes autonomes de règlement des conflits à l'image de la procédure de griefs et de l'arbitrage. Leur investissement dans les juridictions prud'homales traduit assez bien la nature du système français de relations professionnelles caractérisée par une intervention importante de l'État. En France, malgré un certain volontarisme législatif, la négociation d'entreprise demeure très minoritaire et l'on ne retrouve pas, comme aux USA, les deux phases de négociation et d'administration de la convention, mais plutôt une situation de « négociation permanente ». L'institution des délégués du personnel a été utilisée par les organisations syndicales pour en faire un lieu de négociation de leurs revendications. L'analyse des demandes inscrites à

44 S. GOLBERG, E. GREEN, F. SANDER, *Dispute Resolution*, op cit., p. 371.

45 P. ROWE, « The corporate Ombudsman: an overview and analysis », *Negotiation Journal*, Vol. 3, n°2/1987, p. 139.

46 Sur le rôle de l'*Ombudsman Association* cf: <http://web.mit.edu/negotiation/toa/TOAintro.htm>.

l'ordre du jour lors des « réunions mensuelles » montre que plus de 70 % des demandes n'étaient pas des réclamations, mais des revendications dans le texte⁴⁷. Comme aux USA, mais pour d'autres raisons, les réclamations individuelles des salariés sont gérées d'une manière informelle par les délégués du personnel et la hiérarchie. Ce n'est que dans de rares exceptions que les réclamations individuelles des salariés sont inscrites à l'ordre du jour des « réunions mensuelles » des délégués du personnel.

Le renouveau de la médiation s'inscrit aussi dans un contexte de crise de ce système de relations professionnelles, mais à la différence des États-Unis, on ne peut pas dire que les modes non-juridictionnels constituent une réelle alternative aux modes traditionnels de règlement des conflits du travail. Si nous insistons sur la notion de renouveau de la médiation, c'est surtout pour rappeler que dans le passé, des tentatives d'institutionnalisation des conflits à travers les procédures de médiation, d'arbitrage, ont été tentées, mais que celles-ci se sont soldées par des demi-échecs⁴⁸. En effet, les principaux acteurs, qu'ils soient patronaux ou syndicaux, vivent les tentatives d'institutionnalisation des modes de règlement des conflits par l'État comme des menaces potentielles de leur pouvoir respectif⁴⁹. Cette position s'est encore vérifiée récemment lors de la consultation organisée sur la transposition de la directive européenne du 21 mai 2008 sur la médiation où les organisations syndicales se sont opposées à une extension de la médiation à tous les litiges du travail en la limitant aux seuls conflits transfrontaliers⁵⁰.

L'échec de ces différentes tentatives dans le passé, ne doit pas nous faire oublier que le contexte a changé et que la crise du système de relations professionnelles a favorisé le développement de la médiation aussi bien dans le cadre de conflits collectifs qu'individuels. C'est surtout le développement de la médiation judiciaire qui nous apparaît comme le phénomène le plus novateur en France, car on constate que les juges n'ont pas hésité dans plusieurs grands conflits collectifs, au cours de ces dernières années, à désigner des tiers pour engager une médiation entre les parties en conflit⁵¹. En matière de conflits individuels du travail, c'est surtout à l'initiative de magistrats des cours d'appel que se développeront des projets de médiation mais dans des proportions très limitées malgré le militantisme de certains d'entre eux, regroupés au sein de la structure GEMME⁵². Malgré un certain volontarisme législatif national et européen, on ne devrait pas s'attendre dans les années à venir à un grand développement de la médiation judiciaire notamment au niveau prud'homal en raison de l'opposition des principaux acteurs, comme les organisations syndicales ouvrières. Ces dernières voient dans la médiation une forme de privatisation de la justice, la remise en cause de la conciliation prud'homale et une atteinte au caractère paritaire de cette institution⁵³.

À côté de l'institution judiciaire, d'autres organes de l'État, comme les inspecteurs du travail, ont développé des pratiques de médiation car ils ont été souvent amenés à intervenir pour la recherche de solution amiable aussi bien en matière de conflits collectifs qu'individuels du travail. Toutefois, en raison de leur qualité de représentant de l'État et de leur fonction de contrôle, les inspecteurs du travail ne peuvent être considérés comme des instances

47 J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, « La création des règles dans l'entreprise : une étude comparative France-USA in "France-USA: les crises du travail et de la production », P. Bouvier et O. Kourchid (éd.), *op. cit.*

48 Dans le passé un certain nombre de textes avaient prévu des procédures de conciliation et de médiation comme la loi du 11 février 1950, le décret de 1955 et la loi de 1957 avec les modifications apportées par la loi Auroux du 13 novembre 1982.

49 J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *La Médiation : une justice douce*, Syros-Alternatives, 1992.

50 Cf. ordonnance du 16 novembre 2011 sur la transposition de la directive du 21 mai sur la médiation.

51 A. STIMEC, *La médiation en entreprise*, Dunod, 2004,

52 Médiation et résolution amiable des conflits. Rapports établis par les groupes de travail de GEMME-France sur l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive du 21 mai 2008 et du décret n°22012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des conflits. <http://www.annoncesdelaseine.fr>.

53 III^e assises internationales de la médiation judiciaire, <http://www.annoncesdelaseine.fr>.

de médiation, ils ont simplement des activités de médiation. En matière de conflits individuels, il est plus difficile d'évaluer l'activité de médiation des inspecteurs et des contrôleurs du travail car celle-ci se déroule d'une manière informelle⁵⁴. La recherche de solution amiable se passe le plus souvent par téléphone ou par lettre et plus rarement par une rencontre. Ils sont souvent amenés à intervenir en matière de rupture de contrat de travail à l'initiative de salariés appartenant dans la majorité des cas à des PME⁵⁵. Cette activité de médiation n'est pas partagée par l'ensemble des inspecteurs et contrôleurs qui considèrent que leur fonction principale est de veiller à l'application de la réglementation du travail et de sanctionner sa transgression. Au-delà des problèmes d'effectifs, de temps, le rôle de médiation peut en effet contribuer à remettre en cause une certaine identité de la profession et brouiller son image auprès des salariés et des employeurs.

Au-delà des conflits collectifs, c'est surtout dans le domaine de la régulation des conflits individuels du travail que l'on voit se développer les expériences les plus novatrices en matière de médiation. Ainsi, à côté des médiateurs désignés selon les procédures prévues au code du travail ou par la justice, on a vu apparaître, à partir des années quatre-vingt, des médiateurs « privés » qui ont développé ce que l'on a appelé la médiation extra-judiciaire ou conventionnelle. Ce sont ces médiateurs qui ont créé en 1990 le Réseau des Médiateurs en Entreprise (RME) surtout composé d'experts ou de consultants d'entreprise. Le réseau se présente « comme un ensemble de personnes indépendantes, qui partagent les mêmes approches de la médiation, le même code de déontologie et la même éthique. Ils s'engagent à pratiquer selon la même méthodologie et enrichissent leur savoir-faire par des rencontres régulières »⁵⁶.

54 J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *La Médiation : une justice douce*, op. cit.
55 *Ibid.*

56 Réseau de Médiateurs d'entreprise, *Pourquoi la médiation d'entreprise*, plaquette, 4 p.1990; V. PIAZZLUNGA, «Un réseau de médiateurs au service des entreprises», *L'Usine Nouvelle*, n°2305/1991.

Les responsables de ce réseau de médiateurs présentent la médiation comme un outil de management permettant de favoriser la régulation des problèmes auxquels sont confrontées les entreprises, mais aussi comme un instrument visant à impulser une dynamique sociale au sein de celle-ci. Ainsi le rôle du médiateur ne se limite pas simplement à réguler les conflits, mais il peut être aussi amené à créer du social, c'est-à-dire promouvoir des relations entre groupes au sein de l'entreprise ou encore entre cette dernière et son environnement. Ce réseau de médiateurs, en raison même de ces objectifs, a développé son action, avec plus ou moins de succès, en direction de grosses organisations. En effet, à la différence des États-Unis, les entreprises françaises ont été peu enclines à mettre en place des dispositifs internes de médiation. À l'exception de quelques grands groupes, comme SFR, peu d'entreprises se sont dotées d'instances de médiation destinées à gérer les conflits individuels du travail⁵⁷. En revanche, un grand nombre d'entre elles ont créé des postes de médiateurs pour gérer les conflits avec leurs clients selon une logique purement instrumentale, c'est-à-dire éviter des recours judiciaires et surtout éviter qu'ils partent à la concurrence. C'est le cas notamment des sociétés d'assurances, des banques, des compagnies de transport... La fonction de ces médiateurs s'apparente plus à celle d'une forme de médiation-arbitrage ou d'*ombudsman* que de médiateur *stricto sensu*, car ils sont souvent amenés à faire des recommandations pour résoudre les conflits qui leur sont transmis. Ces médiateurs institutionnels font l'objet de nombreuses critiques et l'on peut regretter qu'ils ne soient pas dénommés d'une autre manière pour éviter les confusions avec les médiateurs.

B. La médiation pénale

Les différences terminologiques entre « médiation pénale » et *victim-offender mediation*, comme nous l'avons vu, ne sont pas fortuites et le champ de la médiation pénale représente une bonne illustration de la nécessaire prise en

57 A. LE FLANCHEC, «Médiation, autonomie et justice procédurale. Le cas SFR Cegetel», *Négociations*, n°6/2006.

compte de l'« effet sociétal » pour en expliquer les différences de développement selon les pays. En effet, le développement de la médiation se réalise dans des contextes socio-historiques particuliers ce qui lui donne des spécificités propres selon les pays.

Ainsi, aux États-Unis, la médiation s'inscrit dans la tradition ancienne du *plea-bargaining* judiciaire c'est-à-dire une tradition de négociation du contenu des décisions judiciaires entre les différentes parties au procès. Mais le renouveau de la médiation dans ce pays doit être replacé dans un mouvement plus large sur la *Restorative Justice* qui émane de la réflexion d'un groupe religieux, les Mennonites. On ne peut pas comprendre l'actuel débat sur la *restorative justice* où la « justice réparatrice » si l'on ne le situe pas dans l'histoire du mouvement du *victim-offender mediation* sur le continent nord-américain⁵⁸. Seul ce détour historique permet de comprendre comment ce modèle de justice s'est construit au fil des années et a imprégné le mouvement de médiation pénale américain avant de se diffuser dans un grand nombre de pays dans le monde. Actuellement, ce concept de « justice réparatrice » ne semble pas susciter le même engouement en France où l'on parle plus de « médiation-réparation » ou encore de « troisième voie » dans la définition des nouvelles politiques pénales⁵⁹. Si l'on analyse l'histoire de la médiation pénale aux États-Unis, on constate que celle-ci se confond avec celle du *Victim Offender Mediation Association* (VOMA) qui a marqué de son empreinte, non seulement le développement du mouvement nord-américain du *victim-offender Mediation* mais aussi le mouvement international de la médiation pénale⁶⁰.

À la lecture des textes fondateurs de ce mouvement on peut constater que la médiation ne peut être analysée comme une simple technique de gestion des conflits et qu'elle fait appel à un autre paradigme de justice : la « *resto-*

rative justice ». Dans la définition de ce nouveau paradigme, on retrouve deux principes de base : l'idée de réconciliation et celle de communauté. Ces deux principes sont inscrits dans l'intitulé même des premiers projets de médiation qui s'intitulaient à l'époque *Victim-Offender Reconciliation Program* et qui ont fait de la rencontre en « face à face » de la victime et du mis en cause, avec l'aide de tiers issus de la communauté, le point central du processus de médiation⁶¹. À la différence du modèle de justice criminelle, qui définit l'État comme la première victime de l'infraction, les partisans de la justice restaurative mettent en avant la victime et la communauté.

Au fil des années, ce concept de *restorative justice* a été repris par un certain nombre d'auteurs nord américains, mais aussi européens qui ont vu dans celui-ci une alternative au modèle pénal traditionnel basé sur la rétribution et la réhabilitation⁶². À partir des résultats de recherches, ces chercheurs ont enrichi ce nouveau modèle de justice en engageant une réflexion sur l'application des principes de la *restorative justice* dans le contexte de leur pays, mais aussi européen⁶³.

Si le concept de *restorative justice* connaît un certain succès dans les pays anglo-saxons et dans certains pays européens comme en témoigne la création de l'*European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, il n'en est pas de même en France où l'on parle plus de « médiation-réparation » ou de « mesures de réparations » que vrai-

58 M. JACCOUD, (dir.), *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences*, L'Harmattan-Sciences Criminelles, 2003.

59 J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, « Justice réparatrice et médiation pénale : deux modèles de régulation sociale? », *op. cit.*

60 J. BENDER, « VORP : a beginning », *Victim Offender Mediation*, Vol. 1, N°4/1990.

61 J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, *op. cit.*

62 Sur cette question cf. les travaux de l'équipe de l'Université Catholique de Leuven. T. PETERS, I. AERTSEN « Restorative Justice. In search of new avenues in judicial dealing with crime. The presentation of a project of mediation for reparation » in C. FIJNAUT (dir.), *Changes in society, crime and criminal justice in Europe*, vol. 1, Antwerpen : Kluwer Rechtswetenschappen België, 1995.

63 L. WALGRAVE, I. AERTSEN, « Reintegrative shaming and restorative justice. Interchangeable, complementary or different » *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 4-4, J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, « Justice réparatrice et médiation pénale : deux modèles de régulation sociale? », *op. cit.*

ment de « justice réparatrice »⁶⁴. Ce n'est qu'une minorité de chercheurs ou de praticiens qui parle ou se réclame de ce mouvement ou de ce nouveau modèle de justice.

Nous sommes donc loin en France, du mouvement de *restorative justice* qui s'est structuré dans les pays anglo-saxons autour d'un certain nombre d'initiatives comme les mouvements du *Victim-Offender Mediations*, des *Family Group Conferences*, ou encore des *Sentencing Circles*⁶⁵... Dans ces pays, ce modèle de *restorative justice* semble en voie de franchir les limites du domaine pénal pour s'immiscer dans les autres champs de la vie sociale comme celui du social, du scolaire...

On peut se poser la question de savoir si la France restera à l'écart de ce mouvement au nom d'une quelconque « exception culturelle » ou si elle succombera au mouvement de mondialisation de la *restorative justice*. On peut supposer, à la façon de ce qui s'est passé pour la médiation familiale, que l'on verra se développer ce nouveau modèle de justice sous l'impulsion de « traducteurs » de ce mouvement qu'ils soient québécois ou belges en raison de plus grande proximité avec les mouvements anglo-saxons de *restorative justice*⁶⁶.

Pour expliquer ces différences, notre hypothèse sur l'« effet sociétal » trouve toute sa justification car en France, la médiation pénale ne s'est jamais vraiment autonomisée de l'État à la différence du mouvement américain VOMA. Si depuis quelques années, on commence à parler en France de la notion de « justice réparatrice », elle est loin de correspondre à celle en action dans les pays anglo-saxons car elle se limite aux mesures de réparation ou de « rappel à la loi » prononcées par les magistrats ou leurs mandataires comme

les « délégués du procureur de la république » ou les tout nouveaux « médiateurs du procureur de la république »⁶⁷. En effet, à la différence des États-Unis, en France, c'est l'État qui a joué un rôle dominant dans le développement de la médiation pénale en l'intégrant dans la redéfinition de ces politiques pénales, qui fut définie comme une « troisième voie » se situant entre les politiques de classement sans suite et de poursuites. Si on trouve, à l'origine du mouvement de médiation pénale, un certain nombre d'associations appartenant au réseau d'aide aux victimes ou de contrôle judiciaire, il n'en demeure pas moins que ces structures sont financées essentiellement par l'État⁶⁸. Ce type de financement, associé à la présence de nombreux professionnels du droit, notamment des magistrats, en ont fait des associations para-judiciaires, ce qui a imprimé un caractère particulier au développement de la médiation pénale en France⁶⁹. Ce sont souvent des magistrats du parquet qui ont été à l'initiative ou ont vu l'intérêt de développer ce type de projet de médiation et ont transmis des dossiers à ces associations, c'est pour cette raison que l'on a utilisé la dénomination de « médiation déléguée »⁷⁰. Ces expériences de médiation pénale obéissent à une logique gestionnaire, car l'institution judiciaire est submergée par le « contentieux de masse » de nature pénale.

64 J. FAGET, *Médiations, les ateliers silencieux de la démocratie*, Eres, 2010.

65 P. McCOLD, T. WATCHEL, *Restorative justice theory validation*, Fourth International Conference on Restorative Justice for Juveniles, Tübingen, Germany, 1-4/10/2000, communication non publiée.

66 I. AERTSEN, T. PETERS, « Mediation for reparation: the victim's perspective » *op. cit.*; COMMISSION DU DROIT, « De la justice réparatrice à la justice transformatrice », Canada, Commission de droit, n°JL-6/1999.

67 Cf. le décret du 29 janvier 2001 relatif aux délégués et aux médiateurs du procureur de la République et à la composition pénale.

68 Parmi les premières expériences les plus représentatives, on peut citer celles d'AIV (Aide Information aux Victimes) à Grenoble, celles d'ACCORD (Association Conviviale de Coordination pour la Réinsertion des Détenus, la Prévention et l'Aide aux Victimes) à Strasbourg, de l'AAVI (Association d'aide aux Victimes d'infractions) à Besançon, de Victimes Assistance à Limoges, du Prado et de l'ARESCJ (Association de Réadaptation Sociale et de Contrôle Judiciaire) à Bordeaux.

69 Pour des repères historiques cf. J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, « La médiation pénale en France et aux États-Unis », *op. cit.*; J. FAGET, *La médiation-Essai de politique pénale*, Erès-trajets, 1997; R. CARO (dir.), *La médiation pénale. Entre répression et réparation*, L'Harmattan, 1997.

70 C. LAZERGES, « Essai de classification des procédures de médiation », *Archives de Politique Criminelle*, n° 14/1992, p. 17.

Il n'est guère surprenant que les premières expériences de médiation aient eu lieu dans ce type d'association car elles répondaient à une vision instrumentale de la médiation perçue comme une forme de réparation pour les victimes prises en charge par les associations d'aide aux victimes ou bien un moyen de réinsertion pour les associations de contrôle judiciaire s'occupant des auteurs d'infraction. Cette vision instrumentale de la médiation pénale, on la retrouve dans la structure même des organisations nationales qui ont pour objet de structurer la médiation pénale. Ainsi, l'Institut National d'Aide aux Victimes et de la Médiation, qui a été créé en 1986, regroupe en son sein aussi bien les services d'aide aux victimes que de médiation. Il en est de même de l'autre organisation, Citoyens et Justice, qui développe à la fois des services de contrôle judiciaire et de médiation. À notre connaissance, la France est un des pays où il n'existe pas d'organisation autonome de médiation pénale. La coexistence au sein de mêmes organisations de services d'aide aux victimes et de médiation, ou de contrôle judiciaire et de médiation, pose des problèmes de principes et éthiques comme celui de l'indépendance, de l'impartialité des médiateurs⁷¹. Pourtant dans le passé, des tentatives de créer une organisation autonome de médiation pénale, à partir de ces deux organisations nationales, ont échoué en raison de relations de pouvoir entre celles-ci pour contrôler le champ de la médiation pénale⁷². Tout récemment a été créée l'Association Nationale de la Justice Restaurative, mais cette structure semble compter à ce jour peu d'adhérents⁷³. Toutefois, elle témoigne de la pénétration des idées de *restorative justice* en France.

Le renforcement de cette vision instrumentale de la médiation s'est poursuivi avec la création à la fin des années quatre-vingt, des Maisons de Justice et du Droit (MJD). Il s'agit cette fois de médiation « retenue » car les Parquets,

au lieu de faire sous-traiter les dossiers à des associations, ont mis en place leurs propres services de médiation que ce soit sous forme des Maisons de Justice et du Droit ou encore d'Antennes de Justice (AJ) qui s'apparentent à une déconcentration des juridictions dans les quartiers, et plus particulièrement des services du Parquet.

L'ensemble de ces projets présente la particularité d'intégrer la médiation dans une refonte des modes de gestion des affaires par le Parquet⁷⁴. En effet, la médiation s'insère dans un dispositif plus large incluant le classement sous condition, la réparation. À travers l'expérimentation des MJD, l'État ne s'est pas seulement contenté d'améliorer l'efficacité de l'institution judiciaire, il a aussi développé une nouvelle politique de gestion des conflits faisant appel à un traitement social et pas simplement judiciaire du contentieux. La création de ces structures illustre bien la volonté de l'État de pacifier les relations sociales dans les quartiers à partir d'un rappel à la loi et de nouvelles méthodes de gestion de la petite délinquance comme les classements sous condition de réparation, les mesures de réparation et la médiation.

Cette volonté de pacification sociale, liée à des préoccupations gestionnaires pour faire face au flux des affaires pénales a amené l'État à institutionnaliser les MJD, la « transaction pénale » et à donner un statut à de nouveaux acteurs comme les « Délégués du Procureur de la République » et les « Médiateurs du Procureur de la République »⁷⁵. Ces évolutions semblent se faire au détriment du développement de la médiation pénale au profit d'un « traitement différencié » des poursuites en matière pénale avec la « transaction pénale », le « rappel à la loi », les « mesures de réparations pénales »... Les statistiques judiciaires semblent traduire ces évolutions avec la montée en puissance des procédures alternatives aux poursuites qui sont passées de

71 J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, « La médiation pénale en France et aux États-Unis », *op. cit.*, p. 41.

72 *Ibid.*, p. 42.

73 L'Association nationale de la Justice Restaurative a été créée en septembre 2010, www.anjr.fr.

74 J. FAGET, *La médiation-Essai de politique pénale*, Erès-trajets, 1997, R. CARIO, (dir.) *La médiation pénale. Entre répression et réparation*, L'Harmattan, 1997.

75 Pour les MJD, il s'agit de la loi du 18/12/1998 et du décret du 29/01/2001 pour les délégués et aux médiateurs du procureur de la République et à la composition pénale.

101 341 affaires en 1997 à 250 051 en 2000 et à 544 715 en 2008 ce qui représente 19,3 % des affaires ayant fait l'objet de poursuites en 2000 et 36,3 % en 2008⁷⁶. Mais ces données quantitatives ne doivent pas faire illusion car l'évolution actuelle des politiques pénales semblerait traduire, comme nous l'avons déjà souligné, une mise en parenthèse de la médiation pénale, au profit d'une logique plus gestionnaire et rétributive des alternatives à la justice. Ainsi, la part des médiations s'est réduite de 33 391 en 2000 à 24 471 en 2008 alors que celle des rappels à la loi a progressé de 116 694 à 269 202 au cours de la même période.

Ces données statistiques sur le recul de la médiation au profit des rappels à la loi ou d'autres alternatives à la justice semblent confirmer d'une part les difficultés d'un développement de ce mode de gestion des conflits en France; d'autre part, elles confirmeraient les critiques de ceux qui ne voient dans les alternatives à la justice qu'une extension du contrôle social car ne portant, le plus souvent, que sur des affaires qui auraient fait l'objet d'un classement sans suite. Sans ignorer ces critiques, on ne peut pas faire l'impasse sur une autre facette de ce mouvement de la médiation, comme celui de la *restorative justice*, qui marque une certaine rupture avec les politiques pénales traditionnelles. L'ensemble des politiques de contrôle judiciaire, d'indemnisation des victimes, de travail d'intérêt général (TIG), de médiation, s'oppose aux politiques répressives traditionnelles basées sur le modèle de la sanction, avec le prononcé de peines privatives de liberté et/ou pécuniaires.

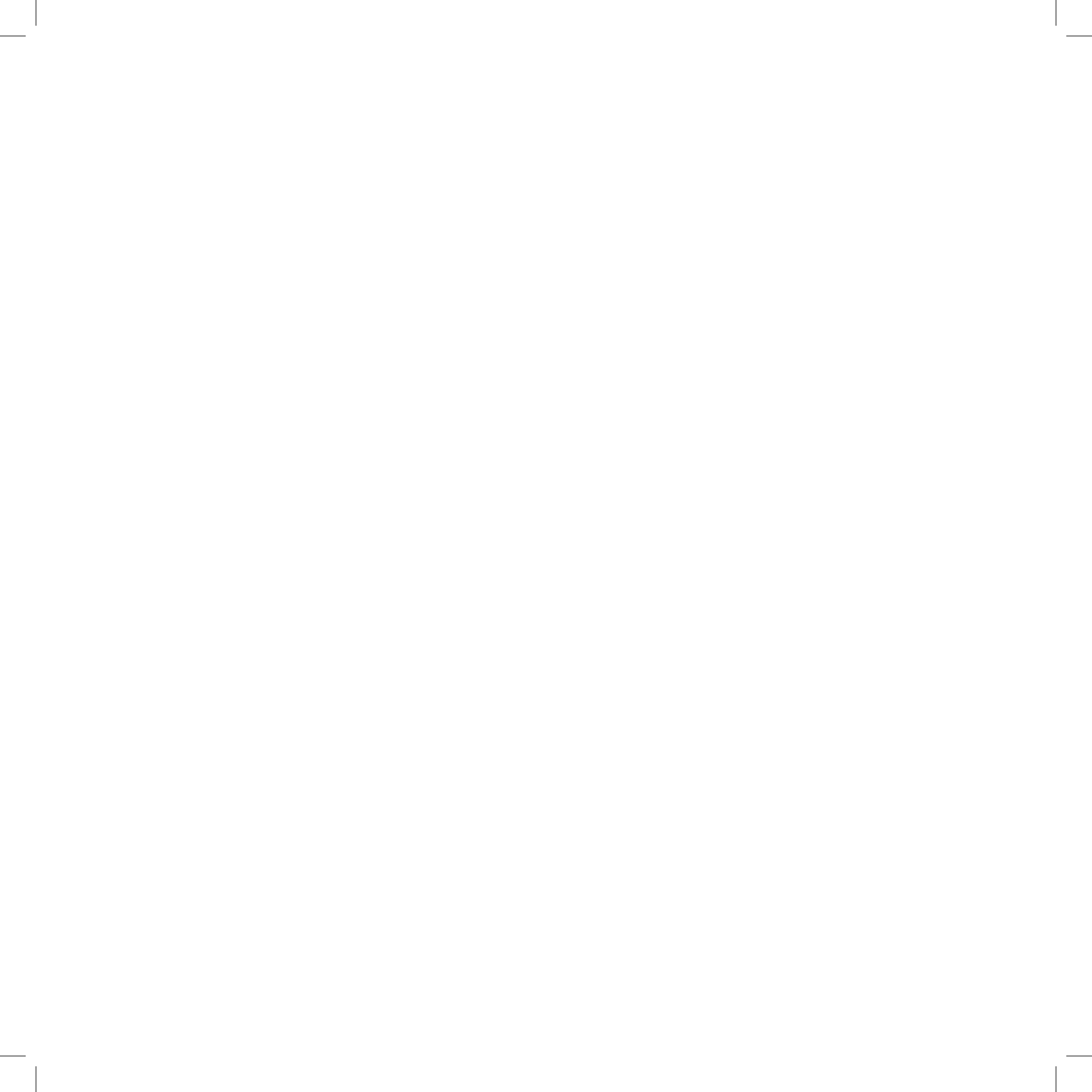
Conclusion

En guise de conclusion, nous voudrions plaider pour le développement de recherches comparées en matière de médiation, non seulement, pour vérifier cette hypothèse de modèle « anglo-saxon » et « latin » de médiation, mais surtout pour approfondir la connaissance de ce phénomène social. Sur un plan épistémologique, on peut constater un certain retard en France sur les États-Unis sur une théori-

sation de la médiation qui ne s'explique pas par une simple question d'antériorité historique. Il suffit de rappeler que ce sont surtout des auteurs anglo-saxons qui ont développé un certain nombre de modèles de médiation comme les modèles évaluatif, transformatif, narratif... et c'est pour cette raison qu'il est nécessaire d'engager un programme de recherche comparée ambitieux sur la médiation. C'est dans le cadre de cette réflexion que nous avons lancé, en collaboration avec les universités de Murcie en Espagne et du Luxembourg, un projet de création d'un observatoire des médiations. Cet observatoire a pour objectif, non seulement, de dresser un état des lieux de la médiation mais aussi d'analyser ce phénomène de la médiation qui ne peut se réduire à une simple technique de gestion des conflits ou à l'apparition d'un nouvel acteur, le médiateur. Il s'agit de constituer une banque de données « en ligne » pour l'évaluation des dispositifs de médiation à partir de trois outils d'évaluation : la fiche d'activité pour évaluer l'activité des structures de médiation; le questionnaire « satisfaction » pour mesurer le degré de satisfaction des médiés à l'égard du processus de médiation et le questionnaire « effet » de la médiation pour cerner les effets de la médiation sur les relations entre les parties et le mode de gestion des conflits post-médiations.

Ce projet d'observatoire a non seulement une dimension européenne avec la participation des universités du Luxembourg et de Murcie, mais aussi francophone avec la participation d'organisations professionnelles et d'universités québécoises ce qui devrait nous permettre d'avancer dans la réflexion sur les modes latins et anglo-saxons de médiation.

⁷⁶ *Annuaire statistique de la Justice*. Éditions 2006, 2008, 2009-10.



LA MÉDIATION FACE À LA RECONFIGURATION DE L'ENSEIGNEMENT ET DE LA PRATIQUE DU DROIT : DÉFIS ET IMPASSES À LA SOCIALISATION JURIDIQUE

CAMILA SILVA NICÁCIO*

La modernité nous a accoutumés à une vision binaire de monde. Plusieurs couples d'opposition sont assez connus et présentent un intérêt particulier pour les propos développés dans cet article, tels que la rupture entre savoirs traditionnel et scientifique ou entre le droit vécu et le droit positif. Fréquemment présentées comme étant hiérarchiquement équivalentes, ces oppositions recouvrent néanmoins des relations de force, en raison desquelles tant le savoir scientifique que le droit positif subjuguent respectivement le savoir traditionnel et le droit vécu. L'un des apogées de l'ère postmoderne, réfractaire aux codes binaires, aurait été, selon certains auteurs, d'avoir déconstruit de telles relations.

Dans le champ de l'enseignement du droit, nombre d'expériences réussies démontrent et renforcent cette déconstruction fondamentale. Par ailleurs, ce n'est guère un hasard si la médiation, agissant en fonction d'un code ternaire, fait de même – et cela depuis trente ans – dans le champ de l'administration des relations sociales. Elle fait

partie, indiscutablement, d'un répertoire de méthodologies poursuivant un objectif de transformation graduelle dans la manière dont les individus, les groupes et les pays traitent la question de l'accès à la justice en général, et celle de la résolution des conflits en particulier. En effet, de très nombreuses expériences, mises en œuvre dans des domaines sociaux divers, attestent de la réalité d'un effort significatif entrepris en faveur d'un changement de mentalité de ceux qui ont affaire, quotidiennement, au droit et à la justice. Ces initiatives sont inscrites dans un contexte de critique des modèles classiques tant de l'enseignement que de la pratique du droit et s'affirment comme des véhicules d'un droit participatif, en réaction aux hégémonies scientistes (I).

Les changements étant difficiles à mettre en œuvre, l'activité des professionnels ayant pour but l'évolution de l'enseignement du droit se heurte à des écueils qui sont eux-mêmes, la plupart du temps, le fruit de l'action de leurs pairs et des établissements universitaires. Il en va de même pour la médiation : l'observation de son développement démontre qu'elle se situe encore en deçà de son potentiel ou, à tout le moins, de la promesse dont elle semble être porteuse, à en croire le discours qui lui est associé. Ainsi,

* Docteure en anthropologie du droit de l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne (LAJP), sous-secrétaire d'État aux mesures socio-éducatives de l'État de Minas Gerais, Brésil.

plusieurs résultats, tels qu'ils seront présentés, semblent laisser le chercheur réticent entre, d'un côté, une posture scientifique rigoureuse envers la constatation d'une performance, encore timide, de la médiation et, de l'autre, un élan militant, souhaitant voir dans son processus, un outil d'évolution des relations entre citoyen, droit et justice.

Nous émettons l'hypothèse selon laquelle de telles expériences, quoique fondamentales, interviendraient plutôt tardivement dans le long itinéraire d'apprentissage juridique des individus, et qu'elles n'auraient pas été, par conséquent, en mesure d'altérer des pratiques et des compréhensions déjà fortement enracinées dans l'imaginaire des juristes et des non-juristes. La sensibilisation à la médiation, dès les premiers temps de la socialisation juridique, pourrait, ainsi, sous sa forme de signe d'un droit prospectif, contribuer au développement d'une notion renouvelée du droit, fondée sur la participation et l'autonomie de ses acteurs. Dans un contexte ainsi esquissé, l'aptitude de la médiation à «accoucher» de normativités «sur mesure» ne serait plus à démontrer, parce qu'intégrée dans la vie des individus et des groupes comme un outil quotidien permettant un exercice élargi de citoyenneté (II).

I. Un droit participatif

Les historiens ont été les premiers, au Brésil, à dénoncer le caractère élitiste de la formation juridique, le titre universitaire attribué aux juristes étant susceptible de les hisser au statut de citoyen idéal¹. Ce citoyen de «première catégorie» s'imposait à ceux «sous-citoyens», «déposés» de diplômes, et otages d'un savoir expert. Cet écart n'a pas été sans exercer d'effet sur le façonnement socio-culturel et politique du pays: il est, encore aujourd'hui, le reflet d'une pyramide sociale qui exclut la plus grande partie des citoyens de l'accès à une citoyenneté pleine. La distance entre juristes et non juristes ne fait que reproduire, dans le champ épistémologique, l'isolement du savoir offi-

ciel, considéré comme le seul habilité à expliquer le monde et à proposer des solutions à ses problèmes². La structure pyramidale se vérifie dans ce cas aussi: à une extrémité, une minorité de savants et à une autre, une majorité de personnes dotées du seul sens commun, un sens commun auquel est nié tout statut scientifique.

Il se trouve que la pyramide s'est fragmentée, et l'idée de «réseau» évoquée par F. Ost et M. Van de Kerchove³ est, en ce sens, fort parlante. Une transformation est en marche qui refuse de souscrire au monopole de la science exercé par les seuls scientifiques, plaidant en faveur d'une «écologie des savoirs», selon l'expression de Boaventura de Sousa Santos, qui prenne en compte la diversité des connaissances du monde⁴ – connaissances qui, mises en contexte, sont, dans la majorité des cas, les plus adaptées et utiles pour répondre aux situations sociales. À l'instar des scientifiques, les juristes, les magistrats, les avocats, les

2 Et cela en faisant fi du message précis et lucide d'Edgar Morin, dénonçant les «cécités de la connaissance», qui ne prennent pas en compte le besoin d'une «réforme de pensée» capable d'intégrer le contexte, le global, le multidimensionnel et le complexe. De cet auteur, cf. *Introduction à la pensée complexe*, Paris, ESF Éditeur, 1990 et *Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur*, Paris, Seuil, 2000, p.35 et s. Pour une analyse critique du passage du paradigme épistémologique dominant à ce paradigme qualifié d'«émergent», cf. Boaventura de SOUSA SANTOS, *Um discurso sobre as ciências*, 14^e édition, São Paulo, Afrentamentos, 2003. Dans cet ouvrage rayonnant, l'auteur énonce les quatre piliers centraux du nouveau paradigme dans les sciences, à savoir: «toute connaissance scientifique-naturelle est scientifique-sociale»; «toute connaissance est locale et totale»; «toute connaissance est auto-connaissance» et «toute connaissance scientifique tend à se constituer en sens commun».

3 Cf. F. OST et M. Van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002. Pour une référence brésilienne, cf. également, A. AUGUSTO PRATES, F. Alex de O. CARVALHAES, B. FIGUEIREDO ALVES SILVA, dans N. AGUIAR (dir.), *Desigualdades sociais, redes de sociabilidade e participação política*, Belo Horizonte, Ed. UFMG, 2007, Cap. 1.

4 Et les ignorances qui leur sont réciproques, affirme l'auteur. Cf. «A filosofia à venda, a douta ignorância e a aposta de Pascal», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n° 80, 2008, Coimbra, Centro de estudos sociais, p. 11-43.

1 Cf. Sérgio BUARQUE DE HOLLANDA, *Racines du Brésil*, Traduit par Marlyse Meyer, Paris, Gallimard/Éditions Arcades, 1998.

procureurs, etc., ne peuvent plus se prévaloir du thème de la justice comme d'un monopole qui leur revienne, si l'on veut bien considérer la perspective d'une pyramide prête à s'étioler. Plusieurs acteurs sociaux seraient entrés dans le jeu, réclamant la reconfiguration tant des relations entre savoir expert et savoir issu du sens commun (A), que celles entre la justice étatique et d'autres modes de régulation sociale (B). De telles réactions sont explorées dans les paragraphes suivants.

A. Dans les facultés de droit, «de la pyramide au réseau»

La constatation de l'insuffisance d'un discours unique prévalant dans les sciences et, par conséquent, dans les modes de traitement de la justice, a été à l'origine d'un programme pionnier de recherche-action, développé à partir de 1995 au Brésil, au sein de la faculté de droit de l'université fédérale de Minas Gerais, le programme *Pólos de Cidadania* (Pôles de citoyenneté). Interdisciplinaire et interinstitutionnel, ce programme a entamé ses premières recherches sur la base d'un présupposé classique de la sociologie juridique : les faits vécus au quotidien par les citoyens ont peu à voir avec les droits proclamés dans les lois. À ceux-ci, il manque de l'effectivité et cela surtout dans des contextes socio-économiques sensibles. Bien que n'étant pas la seule cause invocable, la formation des juristes ne contribue guère à atténuer la portée de ce déséquilibre, dès lors qu'elle se désintéresse des droits fondamentaux. En quête d'une solution permettant de remédier à cette lacune et afin de promouvoir la formation intégrale des étudiants en droit, le programme *Pólos* mobilise, et cela depuis plus de quinze ans, tout un arsenal humain, scientifique et logistique. Si l'on répertorie l'ensemble des professeurs-chercheurs et stagiaires, ce n'est pas moins de quatre-vingt personnes, issues d'au moins six champs disciplinaires différents, qui font partie du programme. Le Parquet, les ministères de l'Éducation, du Travail et de la Justice, plusieurs associations et organisations, ancrées dans la société

civile, sont par ailleurs et également des partenaires historiques de ces initiatives.

Ainsi, outre la volonté de faire évoluer l'enseignement juridique classique, l'objectif principal du *Pólos* est de contribuer à ce que les populations exclues, du point de vue socio-économique, défendent leurs droits et leur place de citoyens, en encourageant l'action collective et en s'appuyant sur les organisations et mouvements d'habitants⁵. La stratégie méthodologique privilégiée pour y parvenir est celle de la recherche-action, qui essaie d'associer, au titre de partenaires actifs de la recherche, ceux qui sont traditionnellement identifiés comme étant l'objet de recherche et

5 Le programme s'inscrit, en ce sens, dans ce qu'il a été convenu d'appeler l'« extension » universitaire, c'est-à-dire, un processus éducatif, culturel et scientifique qui favorise le lien entre l'enseignement et la recherche, de façon indissociable, permettant que les relations entre l'université et la société se transforment en conséquence. Établi par la Constitution fédérale de 1988 et la Loi n° 9394/1996 (*Lei de Diretrizes e Bases da Educação*), le principe de l'extension universitaire impose aux établissements d'enseignement supérieur de conduire des activités scientifiques ouvertes à la participation de la population en tant qu'agent de promotion et de diffusion des découvertes résultantes de la création culturelle et de la recherche scientifique et technologique générées dans l'institution. Il s'agit d'un concept qui a remplacé la notion d'assistantat, fréquemment associée aux populations sensibles. D'après cette conception, les universités sont censées se rapprocher des mouvements sociaux déjà organisés ou en voie de l'être, et de la réalité sociale des communautés, afin de prévenir la tendance au « cantonnement » académique. Le contact avec les populations locales, auparavant assimilé à une simple prestation de services et à la diffusion de connaissances, est ainsi nouvellement présenté comme une « oxygénation nécessaire » à la vie universitaire. Par l'intermédiaire des activités d'extension universitaire, « la production de connaissance a lieu dans la production et dans l'échange des savoirs, se traduisant par la démocratisation de la connaissance elle-même, la participation effective de la communauté dans l'action des universités [...] rendant possibles des accords et des actions collectives entre université et population ». L'extension représente, en ce sens, plus qu'un projet d'action universitaire, un projet politique, basé sur des méthodes et des stratégies de formation et d'intervention pour changer concrètement la réalité sociale. Cf. http://www.pr5.ufrj.br/revista/index.php?option=com_content&view=article&id=3:a-extensao-universitaria-a-justica-e-os-direitos-humanos-de-quem-para-quem&catid=1:artigos-revista-n00&Itemid=3, consulté le 4 octobre 2011. Traduit par C. Silva Nicácio.

tente, en outre, d'établir une relation permanente entre des activités de terrain et la recherche scientifique⁶. Parce qu'il s'agit d'une méthodologie novatrice, difficilement compréhensible et intégrée par les milieux universitaire et non-universitaire, le programme a déjà arrêté que ses actions relèveraient également de l'ethnographie, quoique sa priorité affichée demeure de croiser action locale et démarche scientifique permettant de dépasser les phénomènes sociaux qui génèrent l'exclusion. Ces travaux ethnographiques sont à l'origine de différents plans d'action, réalisés avec et par les groupes sociaux partenaires. Ils visent alternativement : la constitution d'un capital social et humain ; la formation de réseaux sociaux mixtes ; l'administration des conflits par la médiation ; la production de richesse par le biais de coopératives populaires (pépinières) ; la confrontation à et la prévention de l'exploitation sexuelle infantile et juvénile et, finalement, la mobilisation populaire au moyen d'interventions théâtrales consacrées aux droits fondamentaux⁷.

Ces plans d'action se structurent à partir de trois grands noyaux thématiques fondamentaux ou repères théoriques : la citoyenneté, la subjectivité et l'émancipation ; les travaux de B. de Sousa Santos demeurant pour les mener

une référence incontestable. Le développement de ces noyaux thématiques amène à envisager une nouvelle acception du concept d'autonomie. D'après Miracy Barbosa de Sousa Gustin :

[...] l'autonomie requiert comme condition de sa réalisation qu'une personne ou un groupe ne peuvent être considérés comme autonomes qu'en rapport aux autres êtres sociaux, quand ils sont capables de justifier devant les autres, sous forme interactive, leurs choix et décisions d'actions. Être autonome, c'est savoir que l'on agit de son propre chef en relation avec les valeurs et les règles de l'autre et des communautés. La validation intersubjective est ainsi la condition nécessaire pour sa réalisation. Cet « autogouvernement » doit se réaliser à partir de la capacité d'évaluer, de façon critique, les normes, les standards et les objectifs de son entourage. Ceci représente une dialectique complexe d'insertion-détachement ; c'est-à-dire, être en rapport et être intégré dans les règles et principes de son contexte de vie, du fait qu'il nous constitue, et en même temps, de s'en libérer pour être capable de le juger.⁸

Sur le sujet plus spécifique de l'accès à la justice, le programme a développé, en 2001, une expérience pilote de résolution des conflits dans les régions périphériques de la capitale de l'État-membre du Minas Gerais, en créant un Centre de médiation et de citoyenneté (CMC). Cette expérience a été, deux ans plus tard, désignée par le Gouvernement d'État comme base de sa politique publique d'accès à la justice. Actuellement, il existe, éparpillés dans plusieurs villes différentes, plus d'une vingtaine de Centres de médiation, dont la coordination méthodologique a été confiée prioritairement au *Pólos*⁹. L'une des caractéristiques

6 L'un des ouvrages de référence de ce programme est précisément la *Metodologia da pesquisa-ação*, développée par un Français résidant au Brésil et travaillant à l'université de Rio de Janeiro depuis plus de trente ans. Cf. Michel Thiollent, São Paulo, Cortez, 1996.

7 L'expérience du combat contre l'exploitation sexuelle par le biais de la production économique issue des coopératives populaires dans l'une des régions les plus pauvres du pays illustre la mise en œuvre de ces plans d'action. Après plusieurs mois d'investigation ethnographique, l'équipe du programme a pu constater que la seule réponse répressive au proxénétisme ne suffisait pas à endiguer l'arrivée de nouvelles jeunes filles sur le marché de la prostitution. Une fois le réseau d'exploitation démantelé, les enfants et adolescentes gagnent aussitôt les rues. Les données de terrain dévoilent, entre autres, un lien clair entre le manque d'infrastructure et de politiques locales visant la création de nouveaux postes de travail et l'entrée dans la prostitution. Ainsi, un plan basé sur deux axes spécifiques a-t-il été déployé : le développement des coopératives de production artisanale auprès des mères des familles afin de renforcer les revenus familiaux et le développement d'ateliers thérapeutiques pour travailler l'estime de soi des jeunes filles sorties de la prostitution.

8 Cette constatation s'oppose aux conclusions de la pensée libérale, d'après laquelle le sens de l'autosuffisance et l'isolement correspondent à l'idée d'autonomie, la redéfinissant ainsi comme un besoin humain fondamental. Cette idée est transversale à tous les axes du programme *Pólos de Cidadania*. Cf. M. B. de S. GUSTIN, « Les besoins humains et la refonte de l'action universitaire : l'expérience de recherche-action du Programme *Pólos de Cidadania* », *Cahiers d'anthropologie du droit* 2010, Paris, Karthala, 2011, p. 279-306.

9 L'originalité de la méthodologie des centres de médiation réside dans l'établissement de deux axes distincts d'action : la médiation attachée à la résolution/prévention des conflits et la médiation communautaire

fondamentales de ces unités est leur hybridité : financées par l'État, ces pratiques de médiation rassemblent autour d'elles d'autres secteurs sociaux, tels que les habitants de quartiers, d'autres universités, le conseil des barreaux et les partenaires institutionnels, à l'instar du Parquet ou des *Defensorias Públicas*¹⁰. Les cas ne pouvant être convenablement traités par la médiation, sont transférés à l'instance considérée comme étant la plus pertinente. L'idée de réseaux y est ainsi prédominante.

Ce caractère hybride, voire « métis », entre des registres latin et anglo-saxon, selon les définitions avancées par J.-P. Bonafé-Schmitt¹¹, inscrit ces expériences de médiation dans un contexte de changement de paradigme dans l'administration de la justice. Ce changement implique la reconnaissance d'une tension permanente entre divers acteurs de droit, diverses arènes d'administration des conflits, diverses procédures de résolution et, surtout, diverses normativités, issues ou non du droit positif¹². Ainsi, de même que le savoir officiel des scientifiques ne

rend plus compte de la complexité du monde et convoque d'autres savoirs, comme ceux issus du sens commun, les seuls savoirs et pratiques des juristes ne sont pas en mesure de traiter la complexité de la vie sociale dans la prévention et le traitement des conflits. La tension ici évoquée ne fait que le confirmer.

En France, le programme *Pólos* a des homologues dans l'expérience de laboratoires de recherche tels que le Laboratoire d'analyse critique des pratiques juridiques (LACRIJ) et le Laboratoire d'anthropologie de Paris (LAJP), qui œuvrent également à faire basculer le modèle traditionnel de formation et d'action juridique. Si le concept « d'extension universitaire », courant en Amérique latine en général et au Brésil en particulier, demeure rétif à toute forme d'introduction dans les universités françaises, ces laboratoires semblent faire exception à la règle et pratiquent, sans le nommer, l'entrecroisement entre recherche scientifique, enseignement du droit et action sur le terrain, dans une perspective ambitieuse et renouvelée de la formation juridique. Ainsi, le premier laboratoire, déjà fermé, a-t-il laissé une importante contribution transdisciplinaire sur la question de l'accès au droit au sens large¹³. En s'intéressant

(au sens de médiation associative ou sociale). La première s'adresse à des individus aux prises avec un conflit ayant déjà éclaté ou émergent, alors que la deuxième entend collectiviser les demandes qui sont, en principe, individuelles, en cherchant à fédérer la solidarité de toutes les personnes autour d'un problème qui leur est éventuellement et potentiellement commun.

10 Institutions publiques en charge du plaidoyer en faveur des plus démunis.

11 L'auteur traite de l'hypothèse selon laquelle il existerait plusieurs modèles de médiation et que, particulièrement, en France et aux États-Unis, ces modèles tendraient à traduire, respectivement, une référence républicaine et communautaire. Les expériences brésiliennes sont ici qualifiées de « métisses » ou d'« hybrides », parce qu'elles mêlent, dans leurs fondement et dynamique, tant un principe de communauté qu'un principe d'État. Cf. *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, Paris, L.G.D.J., *Droit et Société*, 2010.

12 Pour une approche de cette question en langue portugaise, cf. M. B. de S. GUSTIN, « Importância de redes sociais mistas para a efetividade de capital social e humano e de governança social em comunidades de depauperamento social: questões de fundo sobre sua aplicação na região metropolitana de Belo Horizonte », *Revista Governança Social*, Belo Horizonte, Instituto Travessia, 2011, p. 7-15 et C. SILVA NICÁCIO, « Direito e mediação de conflitos, entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça », *Meritum, Revista*

de direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, v. 6, n° 1, jan./jun. 2011, p. 51-99.

13 La production de ce groupe de professeurs-chercheurs peut être consultée dans les publications de la revue *Actes - Les cahiers de l'action juridique*, qui, parues entre 1975 et 1993, précédaient de quelques années le développement de thématiques qui seront centrales dans le champ juridique des années qui suivront, par exemple, la multidisciplinarité. Des aperçus de ce travail peuvent être également consultés dans l'ensemble des vidéoconférences réalisées entre 1999 et 2004 et disponibles sur le site de l'université Paris 7, <http://univ-paris-diderot.fr/lacrij/conferences.php> et dans l'ouvrage collectif *Nul est censé ignorer la loi : de l'utilité d'une fiction juridique*, Paris, Publications de l'université Paris 7, Denis Diderot, s. d. Par ailleurs, les travaux de Régine Dhoquois et Gilda Nicolau, alors respectivement directrice et co-directrice du LACRIJ, rendent également compte de la perspective critique et transformatrice adoptée par ce laboratoire, en lui donnant suite dans des recherches ultérieures. Il en va de même pour les travaux de Monique Chemillier-Gendreau, à l'instar de son important *L'injustifiable, Les politiques françaises de l'immigration*, Paris, Bayard Éditions, Société, 1998.

à la transmission, à l'accessibilité, à la réception et à l'enseignement du droit aux non juristes¹⁴, le LACRIJ semble avoir infléchi, par son action, la formation des juristes eux-mêmes¹⁵. À son tour, le LAJP, outre son incursion dans les thématiques africanistes les plus diverses et dans les modes non autoritaires de traitement des conflits (notamment la conciliation et l'intermédiation culturelle), s'est dernièrement penché sur le potentiel de transformation sociale des pratiques quotidiennes et citoyennes de droit, à partir d'une recherche-action qui a mobilisé, pendant trois ans, plusieurs chercheurs sur six terrains comparés¹⁶. Ces pratiques ont été finalement mises en exergue par la recherche sous la forme d'une « véritable métamorphose par rapport aux modèles traditionnels de transmission du savoir juridique¹⁷ » et de production normative à proprement parler.

14 En ce sens, cf. la vidéoconférence « Comment enseigner la duplicité du droit? », de Régine Dhoquois et Jacqueline Costa-Lascoux, <http://www.univ-paris-diderot.fr/lacrij/sequences.php?numvideo=1&pg=1>. Ailleurs, G. Nicolau affirmera que « Une formation offerte par les universités et ouvertes à la formation continue des acteurs sociaux (au sens large, la police en tirerait grand bénéfice) est sans conteste une des réponses à la transformation grandissante des rapports aux normes et à la diversification de leur émergence ». Cf. « Éprouver le droit, instituer la vie? Médiation et cadre judiciaire », dans *La quête anthropologique du droit, Autour de la démarche d'Étienne Le Roy*, C. Eberhard et G. Vernicos (dir.), Paris, Karthala, 2006, p. 321.

15 De même que dans la formation continue, qui est la pratique quotidienne, des formateurs de ces juristes, ne serait-ce que par la remise en question de la manière dont ces futurs professeurs entrent dans la carrière universitaire. En ce sens, cf. G. Nicolau et P.-Y. Gautier, « La fabrication des professeurs de droit », conférences du LACRIJ, consultable sur <http://www.univ-paris-diderot.fr/lacrij/sequences.php?numvideo=5&pg=1>.

16 Dont les principaux résultats peuvent être consultés sur « Pratiques citoyennes de droit », *Cahiers d'anthropologie du droit 2010*, Paris, Karthala, 2011 ou dans la vidéo de Philippe Pereira, réalisée à l'issue de la recherche et intitulée « Citoyennetés en action, voyages au cœur du droit », consultable sur le site de l'ONG Juristes solidarités, l'une des partenaires de la démarche, <http://www.agirledroit.org/spip.php?article1099>.

17 Cf. J. FAGET, « Accès au droit et pratiques citoyennes, Les métamorphoses d'un combat social », *Cahiers d'anthropologie du droit 2010*, Paris, Karthala, 2011, p. 38.

Au-delà des facultés de droit, mais toujours dans le champ juridique, plusieurs initiatives sont venues confirmer l'intérêt à faire partager la gestion du juridique non seulement entre juristes et non-juristes mais aussi entre État et société civile, ainsi qu'il le sera démontré dans les lignes qui vont suivre.

B. Enseignement et pratique du droit, la médiation et ses arènes d'action

Le colloque international publié ici¹⁸, sondant les relations entre justice étatique et médiation, a fait état de l'existence d'un nombre important d'expériences institutionnelles cherchant à développer la médiation, ainsi que cela fut confirmé par les interventions de magistrats, avocats, procureurs, professeurs et membres des Barreaux, tant français qu'étrangers.

Ainsi, les efforts du *Groupement des magistrats européens pour la médiation* (GEMME) entrepris en faveur de son développement dans les tribunaux furent présentés par la magistrate Béatrice Blohorn-Brenneur comme l'expression d'une réaction à l'échec des pratiques de conciliation conduites antérieurement, qui ne prenaient en compte ni la nécessité de formation des conciliateurs ni le respect du principe de confidentialité des médiations. Selon la magistrate, il règnerait aujourd'hui, au sein du GEMME, un consensus portant sur l'importance de la médiation conçue davantage comme un instrument de modernisation de la justice que comme un outil de « désengorgement » d'une structure judiciaire décadente. Au Brésil, également, le *Conseil national de justice* (CNJ) prône un changement de culture en matière de judiciarisation des conflits, encourageant de fait les citoyens à opter pour la médiation au détriment des tribunaux lorsque les cas admettent un traitement extrajudiciaire. À cet effet, la résolution n° 125/2010 établit les conditions de création d'un large programme national permettant, dans chaque tribunal, le développement d'un système de « traitement adéquat » des conflits. Ce CNJ

18 *Revisiter les relations entre justice étatique et médiation, un enjeu de société*, Nicácio, Nicolau, Toublanc (org.).

affirme qu'actuellement, environ 30 % du volume des cas portés devant les tribunaux brésiliens seraient déjà traités soit par la médiation soit par la conciliation. L'objectif du Conseil serait de porter ce chiffre à 60 % du volume total des demandes dans les cinq prochaines années¹⁹.

Par ailleurs, concernant la sensibilisation des magistrats et des avocats à la médiation, l'*École nationale de la magistrature* en France promeut des initiatives encore discrètes, voire décevantes d'après l'avis de certains formateurs, contrairement à ce qui a été mis en œuvre par le Conseil des barreaux, au travers de très nombreux cours de formation et de qualification. L'argument qui plaide en faveur de ces formations tient tant à la nécessité de moderniser la prestation des avocats que de l'adapter aux contingences du marché²⁰. Au Brésil, des cours de «capacitation» des juristes en matière de médiation judiciaire sont dispensés par l'*École nationale de perfectionnement et de formation de la magistrature* (ENFAM), en partenariat avec le ministère de la Justice, responsable également des programmes de sensibilisation à la médiation dans les facultés de droit. À

cet effet, des partenariats entre le Parquet, l'ordre des avocats (Barreaux) et les *Defensorias Públicas* ont également été mis en place²¹.

Dans un autre champ, une particularité brésilienne a trait au développement de l'expérience connue sous le nom de médiation «communautaire», déjà évoquée plus haut, expérience mise en œuvre, à l'origine, par les universités du Minas Gerais et de Brasília et ultérieurement poursuivie par le ministère de la Justice, en tant que clé de voûte du volet 'accès à la justice' de son Programme National des Droits de l'Homme (PNDH)²². Cette expérience consiste en la mise en œuvre, par les tribunaux dans des régions défavorisées, de centres de pratiques juridiques se consacrant à la formation des habitants eux-mêmes aux droits fondamentaux et aux pratiques de médiation. Ce PNDH est bâti sur un présupposé selon lequel l'université est cores-

19 Ainsi que cela a été présenté par le magistrat André Gomma de Azevedo, membre du Comité directeur du Mouvement pour la conciliation, un choix clair, décidé par la plus haute autorité de l'administration de la justice au Brésil, serait sur le point de prôner l'inversion de la logique jusqu'ici hégémonique: le pouvoir judiciaire deviendrait une alternative aux méthodes non autoritaires de gestion des conflits et non le contraire. D'après les propres mots du secrétaire pour la réforme du pouvoir judiciaire, Rogério Favreto: «La formation du juriste reste hautement dogmatique et positiviste, contribuant à la juridicisation et la judiciarisation des conflits au Brésil. Régler ce problème (*de la juridicisation/judiciarisation*) ne dépend pas uniquement de l'État-juge, mais de tous les acteurs engagés dans une relation juridictionnelle, ce qui requiert un long processus de rééducation des acteurs de droits. Nous devons parier sur la solution pacifique et négociée des conflits, afin qu'elle soit plus préventive que curative. Les disputes, qu'elles soient judiciarisées ou non, pourront être ainsi structurées autour d'un processus intégral de formation à la pacification sociale». Cf. R. FAVRETO, «A implantação de uma política pública» dans *Manual de Mediação Judicial*, A. GOMMA DE AZEVEDO (dir.), Brasília/DF, Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2009, p. 19. Traduction de C. Silva Nicácio.

20 Cf. Conseil national des barreaux, *Module, modes de résolution des différends*, Document de travail, Strasbourg, juin 2010.

21 Un manuel de médiation judiciaire a été conçu dans le but de stabiliser les politiques publiques relatives à la médiation, encore en manque de consolidation. Cf. A. GOMMA DE AZEVEDO (dir.), *Manual de Mediação Judicial...*, op. cit.

22 En portugais, *Programa nacional de direitos humanos*. Ce PNDH fixe les principales lignes ayant pour objectif la consolidation démocratique et la protection des droits fondamentaux au Brésil. Dans le grand axe de la «sécurité publique, accès à la justice et prévention à la violence», la médiation est un élément privilégié. Le Décret numéro 7037 du 21 décembre 2009, portant sur la troisième édition du programme, affiche dans sa directive 17 la promotion d'un système de justice plus accessible, efficace et effectif, en faveur de la connaissance, la garantie et la protection des droits. À cet effet, quatre objectifs stratégiques sont arrêtés. Le premier concerne l'accès de la population à l'information sur leurs droits et sur les moyens de les garantir; le second porte sur le perfectionnement et la surveillance des normes juridiques pour la protection des droits de l'homme; le troisième touche à l'utilisation des modèles alternatifs de solution des conflits, alors que le quatrième a trait à la garantie d'un accès universel au système judiciaire. Rien que la lecture de ces objectifs démontre que le pari sur le développement des modes non judiciaires de règlement des conflits n'est pas plus important que la reconnaissance accordée au renforcement des structures judiciaires formelles. En effet, les deux logiques semblent cohabiter dans le texte. S'il est question d'adopter des mesures pour «renforcer la pacification sociale et réduire la juridicisation», à partir des techniques de la justice restauratrice et de la médiation, il en est de même pour l'élargissement des *Defensorias Públicas* et le renforcement de la formation et qualification périodique des agents de justice.

ponsable de la construction d'une culture visant à promouvoir la protection des droits, et a pour objectif d'investir dans les formations consacrées à la « pratique citoyenne » des droits²³.

Les universités, en plus d'être à l'origine de projets ambitieux tels ceux portant sur la médiation communautaire, constituent également le fer de lance de la diffusion des connaissances sur les méthodes non autoritaires d'administration des conflits au sein des établissements d'enseignement. Dans l'expérience brésilienne, outre le programme *Pólos*, au moins deux expériences plaident en ce sens : le groupe d'études sur la résolution appropriée des disputes, de l'université de Brasília (RAD-UNB), responsable tant de la traduction de très nombreux ouvrages fondateurs dans le domaine de la médiation, que de l'analyse critique et originale de ces œuvres²⁴, et le cabinet de pratique juridique de l'université de Fortaleza, situé au nord-est du pays, en particulier dans la production scientifique de sa coordinatrice, Lília Maia de Moraes Sales²⁵.

Ces actions, mises en œuvre soit dans les quartiers, soit dans les universités ou les écoles de magistrats sont, en règle générale, encore récentes²⁶, et doivent subir des ana-

lyses critiques, portant tant sur leur efficacité que sur leur effectivité. Les évaluations sont toutefois, jusqu'à présent, rares²⁷, quoique la majorité de ces programmes prévoient d'en réaliser périodiquement. Elles semblent, néanmoins, porter le signe d'une réaction orchestrée par divers secteurs sociaux opposés au traditionalisme de l'enseignement juridique et à la pratique du droit qui en découle. Cette réaction va dans la direction d'un droit prospectif, objet de la deuxième partie.

II. Un droit prospectif

Norbert Rouland a rédigé d'importants passages concernant l'idée d'un droit prospectif, quitte à trouver un point d'entente entre une aspiration passéiste visant un retour impossible à la régulation des sociétés traditionnelles et l'imposition autoritaire du modèle occidental²⁸. Plusieurs techniques sont présentées par l'auteur qui permettraient de mettre en œuvre ce droit renouvelé, par exemple les mesures d'éducation (*juridique*) appliquées par le système scolaire (mais aussi par les administrations et les organisations partisans ou syndicales); la reconnaissance, pour les citoyens, de possibilités d'option entre différents statuts juridiques et juridictions ou encore l'attribution par le législateur au juge et à l'autorité administrative de larges

23 Dans ce même esprit, le projet *Pacificar* (Pacifier), conçu et financé par le ministère de la Justice propose de faire évoluer la formation du jeune juriste en créant des centres de pratique juridique développant la médiation au sein des facultés de droit. Il revient aux universités, en partenariat avec d'autres institutions gouvernementales, de présenter une proposition au Ministère, afin de financer l'installation et la mise en œuvre des centres. Cf. Brasil, *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)*, Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, B823 - ed. rev. Brasília, SEDH/PR, 2010.

24 Cf. dans ses quatre volumes, André GOMMA DE AZEVEDO (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*, Brasília, Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.

25 Cf. L. MAIA DE MORAIS SALES, *Justiça e Mediação de Conflitos*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

26 Dans le contexte brésilien, s'agissant des programmes relatifs à la médiation citoyenne, et selon les données disponibles, le temps moyen d'activité des pratiques est de cinq ans (trente-deux programmes ou 47,8% de l'échantillon); les expériences les plus anciennes datent de dix ans et les plus récentes, de moins d'un an. Cf. Brasil, *Sistemas Alternativos de Solução e Administração de Conflito. Mapeamento nacional*

de programas públicos e não-governamentais, Ministério da Justiça, 2005, p. 36 et s. Ainsi, bien que minoritaires, les programmes les plus anciens seraient assez chevronnés, justifiant le haut degré de légitimité dont ils disposent auprès des communautés avec qui ils travaillent, à l'instar du programme *Pólos*.

27 Pour quelques résultats partiels, cf.: Brasil, *Sistemas Alternativos de Solução e Administração de Conflito...*, op. cit.; A. GOMMA DE AZEVEDO, «Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados», dans A. GOMMA DE AZEVEDO (dir.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – Vol. 3*, Brasília, Ed. Grupos de Pesquisa, 2004, p. 137-160 et José Eduardo ELIAS ROMÃO (dir.), *Pesquisa de avaliação da qualidade do programa mediação de conflitos*, Secretaria de Estado de Defesa Social, Superintendência de Avaliação e Qualidade da Atuação do Sistema de Defesa Social, Belo Horizonte - Minas Gerais, dezembro, 2009.

28 Cf. *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, p. 117 et s.

pouvoirs d'interprétation de la loi afin de l'adapter aux besoins et désirs des populations²⁹. Pour ce qui est de cet article, il convient d'attirer l'attention sur la technique relative aux mesures « d'éducation », l'hypothèse ici développée ayant trait au potentiel de la médiation, une fois insérée dans le processus de socialisation juridique, de contribuer à la sensibilisation du public de citoyens, dès le plus jeune âge, à une conception plurielle du droit – la pluralité des moyens d'administration des relations sociales y comprise. La médiation s'imposerait ainsi comme un outil important dans le développement graduel de ce droit prospectif, par l'intermédiaire de la socialisation juridique (B), ceci une fois surmontée l'impasse dans laquelle elle se situe entre discours politique et pratique effective. (A).

A. La médiation entre enchantement et désenchantement

Tant au Brésil (où les initiatives de médiation sont plus récentes mais novatrices sur le plan méthodologique) qu'en France (où il est redondant parler de médiation « institutionnelle », tant la participation de l'État y est hégémonique), les expériences démontrent que la médiation gagne de plus en plus de terrain et paraît couvrir chaque champ social, comme une nouvelle promesse de démocratisation de la régulation sociale. Une promesse à la hauteur de la postmodernité, selon l'avis de quelques-uns³⁰. Ainsi, les formes traditionnelles de régulation seraient-elles progressivement remplacées par une diversité d'expériences travaillant la composition des relations, dont la médiation constituerait un important élément.

L'inconvénient qui découle d'une telle affirmation est que la médiation semble disposer, dans l'actualité, d'un statut ambigu : si d'un côté, elle suscite tant d'enthousiasme, renforçant la confiance dans la possibilité de changement social et culturel dans la manière d'administrer et de dire le droit, de l'autre, diamétralement opposé, elle serait l'objet d'un désenchantement important, reconnu par ses propres

« militants » et motif de raillerie de la part des détracteurs d'une « justice douce ».

En France, d'importants auteurs spécialistes de la médiation auraient ainsi déjà évoqué « l'hégémonie paradoxale de la médiation³¹ ». Que doit-on comprendre par-là au juste ? Que l'hégémonie paradoxale traduit l'impasse entre un pari – surtout politique – vigoureux favorable à la médiation et une pratique effective encore hésitante, s'agissant principalement de la demande qui s'exprime pour un tel instrument. Ce « désenchantement » vis-à-vis de la médiation se justifierait avant tout, d'après J.-P. Bonafé-Schmitt, par des difficultés tenant au financement des pratiques³², et par une mauvaise compréhension de la part des citoyens de son concept et de son *modus operandi*. Ces éléments expliqueraient le nombre encore très faible de médiations effectivement mises en œuvre.

Au Brésil, cette critique s'applique non sans quelques réserves. D'après les rares sources disponibles, le nombre de programmes consacrés à la résolution non autoritaire des conflits serait en augmentation graduelle ces dernières années, les motifs incitant les usagers à y avoir recours étant aussi afférents à la recherche de services juridiques classiques, tels que l'information ou l'orientation sur les droits

31 Il s'agit de J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, à l'occasion de deux rencontres distinctes : une journée d'études doctorales consacrée à la médiation à l'Université Paris I et le colloque ici publié, *Revisiter les relations entre justice étatique et médiation, un enjeu de société* (Paris, juin, 2011).

32 Dans l'expérience brésilienne, cet élément acquiert une importance considérable, ainsi que cela fut démontré par plusieurs enquêtes. Ainsi, sur soixante-sept expériences nationales de médiation répertoriées, trente-trois (49,2%) sont directement liées au Gouvernement (dans la sphère fédérale et des États-membres), bien que seulement 27% des trente-trois pratiques (soit neuf programmes) disposent d'un budget spécifique pour réaliser ses activités et seulement 24% (soit huit programmes) soient dotés de postes de travail créés spécifiquement pour les activités-fins. Le coût de manutention de ces structures, quoique la rareté de financement laisse supposer le contraire, est relativement faible : seulement ¼ des institutions ont des coûts supérieurs à R\$100.000,00 (environ 45 000 €) par an. Cf. Brasil, *Sistemas Alternativos de Solução...*, op. cit., p.26 et s. En France, la situation ne serait pas meilleure, ainsi que l'illustre la bataille inlassable des femmes-relais en faveur de financement et de la reconnaissance de statut.

29 *Ibidem*, p. 119.

30 Cf. V. de BRIANT et Y. PALAU, *La médiation. Définition, pratiques et perspectives*, Paris, Nathan, 1999.

ou même l'adjudication conduite par les avocats. Ainsi, la recherche mentionnée *supra* démontre-t-elle que la majorité des expériences de « médiation » analysées sont, effectivement, relatives à des activités qui excèdent l'exercice unique de la médiation à proprement parler, promouvant également l'orientation et l'assistance juridico-judiciaire³³.

D'autres données viennent conforter ce type d'allégation : le rapport tri-annuel d'activités réalisé par le programme *Pólos* affirme ainsi que, sur la période 2003-2006, ses Centres de médiation ont reçu un nombre important de demandes, la majorité d'entre elles concernant l'information/orientation juridique ou la redirection des usagers vers d'autres services³⁴. Des données plus récentes, toujours issues de ce même programme, indiquent une augmentation sensible du nombre des médiations réalisées (celui-ci demeurant toutefois encore moins important que le nombre d'orientations et/ou redirections), ce qui peut être associé à l'évolution du programme, en ce qui concerne le degré d'expérience des médiateurs, ou à l'accroissement du sentiment de confiance de la population dans les techniques de médiation³⁵.

Côté français, les données ne sont pas plus encourageantes. Ainsi, Jacques Faget affirme-t-il, qu'en 2008, on aurait recensé 7638 médiations non judiciaires et 4857

33 *Ibidem*, p. 28 et s.

34 La proportion varie selon les différents Centres de médiation et peut évoluer aussi d'un mois à l'autre, comportant néanmoins un volume toujours très élevé concernant l'orientation juridique, ainsi qu'il est démontré par les pourcentages suivants : 62,12 % d'orientations et 37,88 % de médiations (Centre de médiation Santa Lúcia, 2004) et 37,51 % d'orientations et 62,49 % de médiations (Centre de médiation Serra, 2004). Cf. Programa Pólos Reprodutores de Cidadania, pesquisação, *Relatório Triannual, Julho 2003-junho 2006*, p. 264 et s.

35 De nouvelles recherches seront cruciales pour actualiser et affiner ces observations. Une autre source récente confirme une progression importante de la médiation : le programme de médiation des conflits du Secrétariat de la défense sociale (Gouvernement du Minas Gerais) affiche, ainsi, en 2009, de mêmes chiffres dans le cas de médiation avec accord verbal (39,8 %) et d'orientations/de redirections (39,8 %), cette équivalence étant toutefois redimensionnée avec le chiffre de 20,4 % correspondant aux médiations avec accord écrit. Cf. J. E. Elias Romão (dir.), 2009, *op. cit.*, p. 27 et s.

judiciaires dans le domaine du droit de la famille (alors que les chiffres en 2006 et 2007 s'élevaient, respectivement, à 4222 et 4331). Le volume total absolu représenterait seulement 3,4 % du contentieux familial, ce qui amène l'auteur à rappeler l'écart entre une demande sociale de médiation encore trop modeste et un important investissement public dans ce domaine. Cet auteur, se référant à la médiation familiale spécifiquement, identifie une série de motifs à l'origine de ce décalage, tels que des tensions institutionnelles (écueils à l'institutionnalisation des expériences); identitaires (dès lors que le médiateur exerce, le plus souvent, une autre profession); économiques (qui opposent tant les médiateurs entre eux, que ces derniers et les avocats); idéologiques (qui opposent une conception de la médiation orientée vers l'autonomie des individus et une autre, extrêmement moralisatrice et normalisatrice), et empiriques (dues à l'inexistence d'unité terminologique et déontologique dans les pratiques)³⁶.

Compte tenu de ces données, on considère, d'ordinaire, que la quantité et la qualité des discours ayant trait à la médiation semblent s'inscrire à l'encontre de la faiblesse des pratiques, dévoilant une tension entre enchantement et désenchantement. Dans la présente étude, cette tension suscite une question fondamentale : s'il est vrai que la médiation est développée dans la quasi-totalité des champs sociaux, ainsi que cela est démontré par nombre d'observations en France et au Brésil, pourquoi ne jouit-elle pas d'une adhésion à la hauteur de la confiance qui lui est, en principe, adressée ? Les lignes suivantes tentent de répondre à cette question.

B - La médiation à l'épreuve de la socialisation juridique

En réponse à la question précédente – et non sans afficher une certaine prudence³⁷ – il est possible de recenser,

36 Cf. J. FAGET, *Médiations, les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse, Erès, Collection Trajets, 2010, p. 199 et p. 206 et s.

37 Puisqu'il n'existe pas de recherches concluantes sur le thème, mais uniquement des observations et intuitions dérivées de quelques expériences ponctuelles.

à titre de pistes explicatives, les contenus suivants, susceptibles de varier d'un contexte à l'autre : 1) les étudiants en droit, dans leur cursus universitaire de base ou même après cette formation, ne sont pas forcément amenés à connaître les pratiques non autoritaires d'administration des conflits (médiation y comprise), bien que le ministère de l'Éducation lui-même encourage – dans le cas brésilien – l'inclusion de ce « nouveau » thème dans la formation des juristes³⁸ ; 2) en quittant l'université, dans l'exercice de leurs activités, qu'ils soient avocats, juges ou procureurs, ces jeunes juristes sont incités à approfondir ou à se former à ces techniques, une fois considérée l'existence d'un grand nombre de politiques publiques consacrées à leur développement³⁹ ; 3) au-delà du parcours institutionnel public, ces mêmes professionnels se confrontent à de très nombreuses initiatives⁴⁰ qui, également, les amèneront à exercer des rôles importants dans la promotion de la médiation, et ce à différentes échelles.

Ce qui signifie qu'une « trame » fine visant le développement de la médiation semble s'étendre sur les citoyens, juristes ou non, bien qu'elle soit encore fragile comparée à la trame forte de la justice officielle, prétendument présente dans tous les contextes sociaux. Dans ces réseaux de médiation, les initiatives actuelles devraient être potentiellement capables (compte tenu du temps moyen d'exercice, dix ans au Brésil, vingt ans en France) d'induire un changement concret dans l'attitude des citoyens, traduit, par exemple, sous la forme d'une demande plus importante adressée

à l'institut de la médiation. Ce qui, dans la pratique, et d'après les données disponibles, ne semble pas se produire⁴¹.

Par rapport à cette réalité, nous émettons l'hypothèse selon laquelle les expériences de médiation n'interviennent pas suffisamment tôt dans le processus de développement, appréhension et prise de conscience juridique des citoyens, mais seulement lorsque leurs conceptions sur le droit ou la justice se trouvent déjà extrêmement consolidées, et par conséquent, difficiles à transformer. Une évolution conséquente survenue dans une culture juridique donnée impliquerait de travailler avec les piliers de la socialisation juridique des individus, dès le plus jeune âge, ou par l'intermédiaire d'organisations populaires capables et légitimes de conduire des discussions et des formations avec et pour les citoyens⁴². D'importants apports théoriques ouvriraient des pistes renforçant cette hypothèse.

38 Malgré l'existence de cette initiative, une proportion encore assez réduite des facultés de droit développe des disciplines ou programmes consacrés aux formes extrajudiciaires de traitement des conflits.

39 Au Brésil, ainsi qu'il a déjà été évoqué, ces politiques ne sont conduites par aucune autre institution que celle du ministère de la Justice, celui étant, soit disant, leur principal promoteur.

40 Qu'elles soient plus ou moins ponctuelles, à un degré plus ou moins important d'organisation, à l'instar de l'exemple des organisations de quartier, les universités ou les institutions plus hiérarchisées comme le GEMME en Europe ou le Mouvement pour la conciliation au Brésil.

41 Ainsi que cela a déjà été affirmé : les données sont rares et non reliées entre elles, tant dans le contexte brésilien que français, ce qui prévient la formulation de toute conclusion hâtive ou généralisatrice. Toutefois, il paraît correct d'affirmer que l'augmentation du nombre absolu des programmes de médiation n'équivaut pas nécessairement à la croissance du nombre des médiations effectivement réalisées, de tels programmes étant, a-t-il été affirmé, également consacrés à d'autres prestations de caractère juridique ou socio-juridique et demeurant, malheureusement, méconnus d'un nombre important de citoyens. En dépit de la tonalité de ces observations, ces expériences semblent être porteuses d'une transformation fondamentale, encore non entièrement accomplie, mais déjà en cours, concernant la relation du citoyen à la justice et au droit, imposant ainsi un investissement continu et engagé de ses acteurs.

42 Chantal KOURILSKY-AUVEGEN prévient qu'il est difficile de distinguer la socialisation juridique à proprement parler de la socialisation politique ou morale, et que pour l'analyser, il conviendrait de prendre en compte la théorie de l'internormativité de Jean Carbonnier (« Les phénomènes d'internormativité », B. M. BLEGVAD *et al.* (dir.), *European Yearbook in Law and Sociology*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1977, 43-53), sous peine de réduire la socialisation juridique au seul respect de la loi écrite. De cette auteure, voir « La réponse des individus au changement institutionnel et juridique : trois exemples de transition » dans C. KOURILSKY-AUVEGEN (dir.), *Socialisation juridique et conscience du droit*, Paris, LGDJ, *Droit et Société*, Recherches et Travaux, n° 2, 1997, p. 151.

Les premières recherches portant sur la socialisation juridique et la conscience du droit datent des années soixante et sont le fait du travail entamé par des psychologues nord-américains. Cette approche traduit un parti pris fondamental, les études cherchant à situer, dans l'enfance et l'adolescence, l'origine des attitudes et comportements adultes, déviants ou en conformité avec la loi et la justice⁴³. De telles recherches se concentraient donc sur l'aspect de l'institution, visant à distinguer les phénomènes de respect ou d'absence de respect vis-à-vis des lois, alors que des études plus récentes tentent de dépasser cette approche, perçue comme restrictive, pour, de manière autre, révéler les processus de « familiarisation » continue de l'individu depuis l'enfance avec le droit au sein d'une culture donnée. À leur tour, ces études se concentrent d'avantage sur le point de vue du sujet et « s'attachent à la construction par lui d'un système de représentation du monde social qui fasse sens pour lui et dans lequel s'inscrit le Droit⁴⁴ ».

Ainsi, le rôle du sujet dans sa propre socialisation, dans l'appréhension et l'interprétation de toutes les informations qui lui sont transmises, a-t-il amené C. Kourilsky à définir la socialisation juridique comme :

[...] un processus d'appropriation, c'est-à-dire, d'assimilation progressive et de réorganisation personnelle par le sujet dans son propre univers de représentations et de savoirs, des éléments constitutifs du système juridique qui régit sa société : normes juridiques, institutions, relations sociales auxquelles elles s'appliquent ou dans lesquelles elles interviennent, statut des sujets, leurs droits et leurs obligations.⁴⁵

Dans un autre ouvrage, cette auteure explique que « ce processus de construction précoce du rapport de l'individu au

droit au cours de l'enfance et de l'adolescence⁴⁶ », ajouté au processus de conscience juridique, « qui recouvre tout un ensemble de phénomènes allant de la connaissance du droit par les adultes à leurs attitudes et leurs comportements », est marquée par des logiques assez distinctes, telles que l'acculturation *du* sujet et l'acculturation *par* le sujet. L'auteur s'explique à ce propos :

Notamment le vocabulaire du droit, ses concepts désignant des figures d'autorité, des institutions ou des activités inhérentes à la culture concernée, sont assimilés par l'individu au cours de l'apprentissage quotidien de la langue maternelle au point de faire partie des termes couramment utilisés. Ces concepts, ces connaissances spontanées, s'appuient sur des représentations reposant elles-mêmes sur des images personnelles au sujet. Ils servent de points d'appui non seulement à une *acculturation juridique du sujet* ou à son acculturation dans le droit (les concepts du droit une fois assimilés servent à interpréter le monde environnant et à trouver une langue commune permettant de communiquer avec les pairs) mais aussi à une *acculturation par le sujet* de ces concepts à travers la manière dont il se les approprie (en les 'refaçonnant' de manière à ce qu'il fassent sens pour lui selon le code d'interprétation du réel qu'il s'est forgé dans son milieu culturel d'origine).⁴⁷

Un double processus est à l'œuvre dans la socialisation juridique : une réception, par le sujet, de l'ensemble des éléments de la culture juridique qui se diffuse dans sa société et une acclimatation, toujours par lui, de ces éléments dans sa culture propre, de sorte à ce qu'ils fassent sens pour lui, dans sa culture, identifiée à l'ensemble des savoirs, transmis et acquis dans le contact de l'individu avec ses pairs – famille, école, groupe d'âge, genres, etc.

Réalisant la synthèse des expériences étrangères de socialisation juridique dans leur confrontation aux changements dans les formes de régulation juridico-politique, Jacques Commaille souligne une transformation affectant

43 *Ibidem*, p. 5.

44 Cf. C. KOURILSKY, « Socialisation juridique et identité du sujet », *Droit et société*, n° 19, 1991, p. 274.

45 Cf. C. KOURILSKY, *Les processus de socialisation juridique : la formation des connaissances et des représentations du droit avant l'âge adulte*, Rapport final, Centre National de la Recherche Scientifique, Institut de recherches comparatives sur les institutions et le droit, décembre 1990, p. 15.

46 Cf. C. KOURILSKY-AUGEVEN (dir.), *Socialisation juridique et conscience du droit...*, *op. cit.*, p. 4.

47 *Ibidem*, p. 5-6.

la traditionnelle triade « émetteur, récepteur et message » de la socialisation juridique. Dans cette triade, l'État ne peut plus être considéré comme le seul émetteur (compte tenu de l'importance des autres émetteurs, locaux ou supranationaux). À leur tour, les récepteurs – et les travaux sur la socialisation en attestent abondamment – ne sont plus des récepteurs passifs, en attente des messages venus d'en haut, mais sont eux-mêmes producteurs « réels ou potentiels, de normes risquant de s'opposer ou de contredire le système normatif consacré »⁴⁸. Ces changements viendraient altérer inéluctablement le processus de socialisation juridique. Dans ce processus rénové, il y aurait davantage de place pour la participation et l'intervention du sujet, ce qui devrait faire réfléchir à la sensibilisation des enfants et des adolescents aux pratiques non autoritaires de régulation sociale.

Plusieurs expériences, identifiées dans des contextes culturels différents, seraient en cours de développement, l'objectif poursuivi étant d'évaluer l'effectivité de la médiation en tant qu'outil pédagogique utile à l'apprentissage des droits. En France, J.-P. Bonafé-Schmitt a consacré trois années de son temps à une initiative de recherche-action dans cinq établissements publics d'enseignement; il cherchait alors à vérifier si la médiation était en mesure de satisfaire aux pré-requis d'une compétence 'instrumentale', visant à prévenir la violence, ainsi que d'une compétence 'communicationnelle' – prête à établir ou rétablir la communication – fondée sur l'intercompréhension⁴⁹.

Cette démarche scientifique a initialement identifié, à l'aide de critères tels que le volontariat et la prédisposition au dialogue, un groupe d'enfants et d'adolescents, en les préparant et les sensibilisant aux techniques de médiation. Dans un second temps, la recherche a proposé d'accompagner ces jeunes dans leurs interventions quotidiennes

auprès des autres étudiants et dans leurs rapports avec les professeurs et les autres fonctionnaires des établissements scolaires. Les conclusions de l'auteur semblent partagées entre expectative et avertissement, puisqu'il croit avoir pu extraire de la recherche que :

[...] la dimension éducative de la médiation varie d'une manière importante en fonction de l'âge des élèves. C'est parmi les élèves des écoles primaires et du collège que l'on mesure le mieux les changements intervenus chez les médiateurs avec l'amélioration de l'estime de soi, le développement des capacités personnelles (esprit d'ouverture, tolérance...), mais aussi l'amélioration du comportement, notamment, chez les élèves dits 'à problèmes'. La participation au projet de médiation a permis aussi de renforcer chez les élèves l'esprit de responsabilité, de contribuer à l'émergence de 'leaders positifs' et à améliorer les relations scolaires. Les changements sont moins visibles en dehors de l'institution scolaire, seule une minorité d'élèves, ont rapporté des changements significatifs dans leurs relations avec les membres de leurs familles ou leurs camarades de quartier. D'une manière générale les résultats sont plutôt encourageants et démontrent que la médiation peut constituer un processus éducatif pouvant s'intégrer dans les apprentissages à la citoyenneté dans les cursus scolaires. Mais ces résultats positifs ne doivent pas dissimuler la fragilité de ces dispositifs de médiation qui relèvent d'une contre-culture et dont la pérennisation nécessite une véritable révolution culturelle au sein des établissements scolaires.⁵⁰

L'auteur, ainsi, affirme-t-il que la médiation, développée dans les écoles, est susceptible de les transformer en des « écoles de citoyenneté⁵¹ », parce que contribuant à l'appren-

48 Cf. J. COMMAILLE, « La socialisation juridique et les nouvelles formes de régulation juridico-politique », dans *Socialisation juridique et conscience du droit...*, *op. cit.*, p. 187-191.

49 Cf. J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, « La médiation scolaire par les pairs : une alternative à la violence à l'école », SPIRALE, *Revue de recherche en éducation*, 2006, n° 37, p. 174 et s.

50 *Ibidem*, p. 181 et 182.

51 Ce qui, bien que ne portant pas directement sur la médiation, mais surtout sur l'apprentissage des droits de l'homme, fut envisagé par l'expérience d'associations telles que l'« École instrument de paix », dont les principaux enjeux et difficultés sont présentés par Monique Prindeziz, Ramdane Babadji et Yves Lador dans l'une ces vidéoconférences du LACRIJ, « Instruments de paix », consultée à l'adresse <http://www.univ-paris-diderot.fr/lacrij/sequences.php?numvideo=11&tp=1>.

tissage de règles fondamentales au vivre ensemble⁵². Il rappelle, toutefois, qu'il s'agit d'initiatives assez récentes, dont la mise en œuvre et l'entretien dépendent le plus souvent de la diligence et de la bonne volonté des directeurs des établissements scolaires et de leurs équipes pédagogiques. Outre ce dernier point, en dépit de l'ensemble positif des résultats, le caractère novateur de cette pratique semble laisser réticente une grande partie des professeurs – l'auteur évoque une estimation de 50 %⁵³ – qui considère que les cas les plus « problématiques » ne trouvent aucun réconfort ou solution dans la médiation.

Plusieurs références nord-américaines mettent en exergue les mêmes inconvénients soulignés dans l'expérience française: la continuité des projets, dès lors que ceux-ci ne sont pas soutenus par l'intégralité de la communauté scolaire, se heurte à des difficultés sérieuses, résultant d'impasses tant matérielles qu'idéologiques, déterminant l'effet de « mode » d'expériences qui jouissent d'une forte popularité pendant un certain temps pour être aussitôt abandonnées⁵⁴. Ces difficultés suggèrent l'importance et la nécessité d'inclure dans les projets tous les secteurs scolaires et ceux qui entretiennent un lien direct avec l'école, tels que les parents d'élèves et les membres de la communauté environnante⁵⁵.

En même temps, les expériences nord-américaines, pionnières mondiales dans le champ de la médiation scolaire⁵⁶, présentent également un ensemble encourageant

de résultats. Souvent développées pour contrer l'explosion de la violence en milieu infanto-juvénile scolaire, ce type d'initiatives fait état de résultats positifs, par exemple des progrès constatés en matière d'assiduité scolaire ou l'augmentation du sentiment de sécurité dans les établissements d'enseignement, outre l'acquisition, par les élèves et les professeurs, d'outils et de capacités communicationnels, visant à la gestion pacifique des conflits⁵⁷.

Élaborées en fonction des nécessités propres à chaque contexte scolaire, ces expériences peuvent se présenter de manière ponctuelle, concentrées dans un seul secteur, à l'instar de la *peer mediation* ou médiation par les pairs (mise en œuvre par des étudiants formés aux techniques de médiation⁵⁸) ou atteindre, par paliers successifs, des niveaux plus élaborés d'action, avec la participation directe de tous les autres secteurs scolaires⁵⁹ et, ultérieurement, de l'ensemble de la communauté locale, à partir de l'expansion des activités scolaires de médiation à ses groupes déjà organisés.

52 En ce sens, le témoignage de certains professeurs est surprenant lorsqu'ils affirment que la médiation apprend aux élèves à « mettre des mots sur des choses qui se passent entre eux », prévenant ainsi l'irruption de la violence. Cf. J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, « La médiation scolaire par les pairs... », *op. cit.*, p. 179.

53 *Ibidem*, p. 180.

54 Cf. Melinda SMITH, « Resolução de conflitos para crianças, jovens e famílias », dans *Novos paradigmas em mediação*, D. Fried Schnitman et S. Littlejohn, Porto Alegre, Artmed Editora, 1999, p. 160.

55 Cf. Tricia S. JONES et Andrea BODTKER, « Diretrizes para programas bem-sucedidos de mediação de pares », dans *Novos paradigmas em mediação*, *op. cit.*, Porto Alegre, Artmed Editora, 1999, p. 152 et s.

56 La littérature spécialisée situe les premières expériences entre les années soixante-dix et quatre-vingt. Cf. J. FAGET, *Médiation, les ateliers*

silencieux de la démocratie..., *op. cit.*, p. 241 et s.; J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation, une justice douce*, Paris, Syros-Alternatives, 1992, p. 145 et s., et de ce même auteur, *La médiation scolaire par les élèves*, Issy-les-Moulineaux, ESF Éditeur, 2000, p. 28 et s.

57 Cf. *La médiation, une justice douce...*, *op. cit.*, p. 147.

58 En le définissant plus comme une logique d'intégration sociale que de règlement des conflits, un ouvrage entier est consacré, en France, à ce contenu spécifique de la médiation scolaire, cf. J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation scolaire par les élèves*, *op. cit.* Pour un panorama des différents modèles de médiation scolaire (par les personnels scolaires, par les médiateurs externes, les médiations parents/élèves et les médiations restauratrices), consulter J. FAGET, *Médiations, les ateliers silencieux de la démocratie...*, *op. cit.*, p. 243 et s.

59 Ainsi qu'il est suggéré dans l'exemple de « l'infusion curriculaire » (dans les programmes scolaires), par le biais de laquelle d'autres élèves, qui ne sont pas médiateurs, sont sensibilisés aux fondamentaux de la médiation, une fois intégrés à leur cursus. Cf. Tricia S. JONES et Andrea BODTKER, « Diretrizes para programas bem-sucedidos de mediação de pares... », *op. cit.*, p. 151.

Conclusion

Des cursus universitaires à la formation des juges et avocats ; des pratiques populaires et associatives aux initiatives gouvernementales, et se diffusant au sein de contextes aussi nombreux que diversifiés, la médiation est proposée comme un instrument de changement dans le domaine du traitement des conflits. L'approche, surtout basée sur la « résolution » des conflits, quoique prédominante, demeure restrictive et ne rend pas compte d'autres possibilités d'action également ouvertes par la médiation. L'une de ces voies consisterait à utiliser la médiation comme un outil de socialisation juridique, œuvrant non seulement à transformer les formes de règlement des conflits, mais aussi à reconfigurer la relation des individus et des groupes avec le droit lui-même⁶⁰. Un tel droit ne se réfère pas uniquement au droit officiel, fixé dans les lois et imposé au moyen de la coercition légitime de l'État. Il s'agit d'un droit plus englobant, identifié dans la notion de juridicité, au sein de laquelle un ensemble de divers registres normatifs coexistent, en tension, avec le droit des codes. À partir d'une recherche originale, l'anthropologue Étienne Le Roy identifie au moins trois « pieds » ou fondements normatifs de la juridicité : les systèmes de dispositions durables (ou *habitus*, dans le sens développé par Pierre Bourdieu) ; les modèles de comporte-

ments et de conduites (qui sont à la base des coutumes) et, finalement, les normes générales et impersonnelles (identifiées, dans les cultures occidentales, comme le « fondement privilégié du droit⁶¹ »). D'après cet auteur, ces différents fondements ou registres normatifs seraient agissants et tendraient à s'équilibrer entre eux dans les processus de socialisation juridique, selon le contexte culturel spécifique dans lequel ils sont inscrits⁶².

Dans le présent travail, il a été question, premièrement, de démontrer que les expériences de médiation ne semblent pas encore avoir été intégrées concrètement dans le choix et dans l'évaluation des citoyens, bien qu'elles jouissent, au plan théorique, d'un prestige considérable ; et, deuxièmement que, cette asymétrie s'explique, en partie, par la difficulté qu'éprouvent ces citoyens à se déplacer d'un registre unique et coercitif de droit, établi verticalement, à un autre, plus malléable et ouvert, co-construit socialement par la diversité des acteurs de droit. En dépit des objectifs ambitieux de transformation socio-juridique affichés, les initiatives de médiation semblent intervenir tardivement dans la chaîne d'appréhension et de compréhension du droit, ce qui rend difficile, voire impossible, des changements plus tangibles. À partir de cette constatation, il a été admis que le contact des enfants et des adolescents avec les principes basiques de la médiation, dès les premières années de leur processus de socialisation, peut représenter un pas

60 Le potentiel de la médiation en tant qu'élément de socialisation, visant à construire et reconstruire les liens sociaux et le « rapport de soi à soi », a déjà été exploré, par exemple dans les travaux d'Antoine GARAPON ; alors que le rôle de la médiation dans la socialisation juridique, notamment des mineurs, a davantage été exploré par É. LE ROY et G. NICOLAU, qui ont interrogé les pratiques des juridictions des mineurs en région parisienne. Pour des références, consulter, dans le même ouvrage, A. GARAPON, « La médiation, un nouveau mode de socialisation » ; M. P. JOUAN, « Processus de socialisation et de médiation dans les cités » et É. LE ROY, « La médiation comme "dialogie" entre les ordonnancements de régulation sociale », dans *Médiation et diversité culturelle - Pour quelle société?*, C. YOUNES et É. LE ROY (dir.), Karthala, 2002. Deux travaux de référence dans ce domaine demeurent ceux de G. NICOLAU *et al.*, *Ethnologie juridique, autour de trois exercices*, Paris, Dalloz, 2007, notamment le 2^e exercice, p. 285 et s., et, de cette auteure avec T. BARANGER, *L'enfant et son juge, la justice des mineurs au quotidien*, Paris, Hachette, 2008.

61 Cf. Étienne LE ROY, « Autonomie du droit, hétéronomie de la juridicité », Communication au congrès *Les nouvelles frontières du droit*, Rome, Academia Nazionale dei Lincei, mars, 2008, p. 119. Du même auteur, consulter également « La médiation comme "dialogie" entre les ordonnancements de régulation sociale », dans C. YOUNES et É. LE ROY (dir.), Paris, Karthala, 2002, p. 17.

62 Ainsi, si dans les sociétés occidentales, les normes générales et impersonnelles sont privilégiées ; dans les sociétés africaines animistes, dites « coutumières », les modes de comportements et de conduites seraient les plus expressifs, alors que dans la socialisation des jeunes, inscrits dans un contexte socioéconomique périphérique tels que les banlieues françaises, les systèmes de dispositions durables seraient la principale référence. Cf. É. LE ROY, « Les fondements de la socialisation juridique, entre droit, non-droit et juridicité », *Cahiers d'anthropologie du droit*, Paris, Karthala, 2011, p. 169-192.

important dans le développement d'une culture juridique transformée, qui prenne en compte la pluralité des sources de droits, d'acteurs, de modalités de gestion et de registres normatifs. L'école serait alors, d'après cette perspective, un instrument permettant d'« organiser le pluralisme » dans le sens d'une culture pacifique et plus autonome, d'administration des conflits de production et de reproduction socio-juridiques⁶³.

La médiation, sur la base de ses « micro-processus d'acculturation éducative⁶⁴ » participerait, dans les établissements scolaires, d'un apprentissage rénové du droit et pour le droit, grâce à un processus continu de socialisation juridique⁶⁵. S'il revient à l'éducation de garantir le tout premier accès de l'individu au droit, dès lors qu'elle assume la gestion de notre relation à autrui, « cette capacité d'écoute qui fait que chacun a appris à sentir le moment opportun depuis l'enfance, pour agir de telle ou telle manière⁶⁶ », cet accès ne peut être uniquement autorisé ou concédé, sans que ne soit impliqué l'acteur de la socialisation. En ce sens, Jacques Faget affirme que :

Les travaux réalisés sur la socialisation juridique disqualifient les pratiques qui conçoivent l'accès au droit comme

63 En ce sens, G. Nicolau affirme qu'« Organiser » le pluralisme, en vue de la régulation de conflits de plus en plus pacifiés, n'est pas seulement affaire de juristes professionnels mais de tous. Le droit a une fonction pacificatrice qui en appelle à des formes et à des logiques de justice qui dépendent des justiciables, et de leur accès au droit. En effet, pacifier le droit a un prix élevé en termes d'autoréférence, et d'autonomie. Ce prix relève de la contrainte éducative, celle par laquelle on accède à plus de hauteur de vue, de recul. [...] le droit officiel se contente d'autodidactes. Il s'appuie néanmoins sur l'école de la République. Ainsi, il est pour beaucoup, plus simple de courber l'échine devant la punition ou sa menace, que de subir les auto-procès redoutables de sa propre mise en question ». Voir « Être parent aujourd'hui, entre fait et droit », dans *Être parent aujourd'hui*, Philippe Jacques (dir.), Paris, Dalloz, 2010, p. 115.

64 *Ibidem*, p. 108.

65 Cf. Gilda NICOLAU *et al.*, *Ethnologie juridique, autour de trois exercices*, *op. cit.*, p. 193.

66 *Ibidem*, p. 182. En ce même sens, cf. G. NICOLAU, « Recherche sur l'homme, action sur le droit. Autonomie, pouvoir et démocratie générés *in vivo* », *Cahiers d'anthropologie du droit 2010*, Paris, Karthala, 2011, p. 217.

une simple technique de transmission de savoir. Ils considèrent qu'il est nécessaire d'intégrer le point de vue des sujets qui réinterprètent les normes et les modèles transmis et se forgent leur propre modèle de compréhension du monde environnant. C'est donc dans la prise en compte des représentations de la règle et non du seul point de vue de sa connaissance, qu'il faut penser la transmission, la réception des informations et l'interprétation des expériences concrètes. Cela conduit à des stratégies de responsabilisation et d'*empowerment* des individus ou des groupes sociaux.⁶⁷

Les initiatives poursuivant un objectif de sensibilisation des enfants et des jeunes élèves aux principes et techniques de la médiation sont confrontées à de très nombreuses difficultés et inconvénients, dont le principal est, peut-être, la culture juridique traditionnelle très enracinée dans l'ensemble de l'univers scolaire lui-même⁶⁸. Ces professeurs, fonctionnaires, directeurs, pédagogues, etc., qui, à leur tour, ont été enfants et ont appris le droit sous la férule de la force et de l'autorité, le reproduisent sous cette même forme⁶⁹. Il s'agit-là d'un comportement contre lequel il est difficile de lutter, et contre lequel la médiation se présente, non comme une promesse, mais comme une possibilité, avec les limites et les contraintes inhérentes à cet exercice.

Le principal mérite attaché à cette perspective serait toutefois de considérer que l'école, identifiée le plus souvent

67 Cf. Jacques FAGET, « Accès au droit et pratiques citoyennes... », *op. cit.*, p. 27.

68 Cette raison est, vraisemblablement, aussi à l'origine de la résistance d'une grande partie des magistrats et avocats à adhérer aux formations consacrées à la médiation. Cette relation fut originellement remarquée par les promoteurs de la médiation eux-mêmes, les premiers à soutenir aux États-Unis les expériences de médiation scolaire. Selon les propres termes de J.-P. BONAFÉ-SCHMITT : « Les organisations de médiation ont compris que seul l'apprentissage de la médiation par les jeunes générations permettrait une meilleure diffusion de ce mode de règlement des litiges et contribuerait à l'amélioration des relations sociales ». Cf. *La médiation, une justice douce*, *op. cit.*, p. 145.

69 Gilda NICOLAU rappelle, en ce sens, Edgar MORIN : « Les enfants sont ceux de l'avenir et du passé. Nous avons en nous tous les âges que nous avons traversés jusqu'à présent ». Cf. *Ethnologie juridique...*, *op. cit.*, p. 193.

à l'espace-temps qui se voue à une entreprise de conformation des enfants et adolescents aux règles qui font monde commun⁷⁰, devienne aussi instrument d'apprentissage et de diffusion d'un droit co-construit, et non pas uniquement imposé, en surplomb, dans la grande « improvisation organisée⁷¹ » de la régulation et production sociale, l'école s'affirmant ainsi comme l'arène politique par excellence. L'affirmation du magistrat A. Garapon ne fait que le confirmer :

Ce n'est plus la loi seule qui assure la reproduction symbolique du monde. Le monde est aussi co-construit par des mini-espaces sociaux, des mini-événements, des mini-drames sociaux, c'est-à-dire par des moments dans lesquels on va construire socialement un événement et des repères pour tout, depuis une banale affaire d'engueulade quand on promène son chien le soir jusqu'à l'avortement ou la mort. Il n'y a plus un ordre préétabli, préexistant, auquel il faudrait se conformer et qu'il faudrait intérioriser pour se socialiser. [...] Il y a la co-construction du monde par une pluralité infinie d'espaces politiques que caractérise la médiation par un nouveau rapport au concret et au réel.⁷²

Ce « nouveau rapport au concret et au réel » ne peut que prendre en compte une « sociologie des métissages juridiques », qui replace la paix au cœur du droit, selon l'expression de Gilda Nicolau. « Pacifier le droit ne va donc pas sans pacifier le monde éducatif, même pour les adultes⁷³ », affirme l'auteure, rejointe sur ce point par Jacques Faget lorsqu'il évoque « l'appel à la citoyenneté scolaire » dont la médiation semble être porteuse :

Elle (*l'institution scolaire*) se doit plus que jamais de métamorphoser cette violence, de mettre en œuvre des processus d'apprentissage participatifs, pas seulement l'apprentissage des savoirs fondamentaux, lire, écrire et compter, mais celui des formes élémentaires du savoir-être en société. Le parcours scolaire se doit d'être, car il n'y a pas d'autres endroits mieux indiqués pour cela, une cure de citoyenneté.⁷⁴

70 Pour une approche critique de cette relation, consulter Gilda NICOLAU, Irène CARBONNIER et Roger RENAUD, dans l'une des vidéoconférences du LACRIJ, « Le droit pénal à l'école », consultable sur <http://www.univ-paris-diderot.fr/lacrij/sequences.php?numvideo=19&pg=1>.

71 Cf. A. GARAPON, « La médiation, un nouveau mode de socialisation », dans *Médiation et diversité culturelle- Pour quelle société?*, C. YOUNES et É. LE ROY (dir.), Karthala, 2002, p. 208.

72 *Ibidem*, p. 208.

73 Cf. « Pacifier le droit », dans Maximilian HERBERGER et Tinka REICHMANN (dir.), *Transculturala*, Le droit et la paix: perspectives transculturelles, Verlag Alma Mater, Saarbrücken, 2010, p. 135 et 142.

74 Cf. J. FAGET, *Médiations, les ateliers silencieux de la démocratie...*, *op. cit.*, p. 240.

BIBLIOGRAPHIE

- BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, 1992, *La médiation, une justice douce*, Paris, Syros-Alternatives, 279 p.
- BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, 2000, *La médiation scolaire par les élèves*, Issy-les-Moulineaux, ESF Éd., 211p.
- BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, 2006, «La médiation scolaire par les pairs: une alternative à la violence à l'école», SPIRALE, *Revue de recherche en éducation*, n° 37, p. 173-182.
- BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, 2010, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*. Paris, L.G.D.J., 199 p., coll. Droit et Société.
- Brasil, 2005, *Sistemas Alternativos de Solução e Administração de Conflito. Mapeamento nacional de programas públicos e não-governamentais*. Ministério da Justiça.
- Brasil, 2010, *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)*. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. B823 - ed. rev. Brasília: SEDH/PR, 2010. 228 p.
- Carbonnier, Jean, 1977, «Les phénomènes d'internormativité», B. M. Blegvad *et al.* (dir.), *European Yearbook in Law and Sociology*, The Hague, Martinus Nijhoff, pp.43-53.
- CHEMILLIER-GENDREAU, Monique, 1998, *L'injustifiable, Les politiques françaises de l'immigration*, Paris, Bayard Éd., 284 p., coll. Société-Bayard.
- COMMAILLE, Jacques, 1997, «La socialisation juridique et les nouvelles formes de régulation juridico-politique», Chantal Kourilsky-Augeven (dir.), Paris, LGDJ, 193 p., coll. Droit et Société, Recherches et Travaux, n° 2, pp. 187-191.
- Conseil National Des Barreaux, *Module, modes de résolution des différends*. Document de travail, Strasbourg, juin 2010. 24 p.
- BRIANT, Vincent de et PALAU, Yves, 1999, *La médiation. Définition, pratiques et perspectives*, Paris, Nathan, 128 p., coll. 128.
- DHOQUOIS, Régine (dir.), s.d., *Nul est censé ignorer la loi: de l'utilité d'une fiction juridique*, Paris, Publications de l'université Paris 7, Denis Diderot, 90 p.
- DHOQUOIS, Régine et COSTA-LASCOUX, Jacqueline, s.d. «Comment enseigner la duplicité du droit?», vidéoconférence consultée sur <http://www.univ-paris-diderot.fr/lacrij/sequences.php?numvideo=1&pg=1>.
- ELIAS ROMÃO, José Eduardo (org.), 2009, *Pesquisa de avaliação da qualidade do programa mediação de conflitos*, Secretaria de Estado de Defesa Social, Superintendência de Avaliação e Qualidade da Atuação do Sistema de Defesa Social, Belo Horizonte - Minas Gerais, dezembro, 156 p.
- FAGET, Jacques, 2004, «Médiation et violences conjugales», *Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie* [En ligne], Vol. I |, mis en ligne le 14 novembre 2009. URL: <http://champpenal.revues.org/50>, p. 1-13.
- FAGET, Jacques, 2010a, *Médiations, les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse, Erès, 300 p., Coll. Trajets.
- FAGET, Jacques, 2010b, «Accès au droit et pratiques citoyennes, Les métamorphoses d'un combat social», *Cahiers d'anthropologie du droit* 2010, Les pratiques citoyennes de droit, pp.21-40.
- FALCÃO, Joaquim, 2007, «O futuro é plural: administração da justiça no Brasil», *Revista USP*, n° 74, 2007, São Paulo, USP, pp.22-35.
- FAVRETO, Rogério, 2009, «A implantação de uma política pública», André Gomma de Azevedo (dir.), *Manual de Mediação Judicial*, Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, pp.17-20.
- GARAPON, Antoine, 2002, «La médiation, un nouveau mode de socialisation», *Médiation et diversité culturelle-Pour quelle société?*, C. Younes et É. Le Roy (dir.), Paris, Karthala, pp.203-208.

- GOULART DE SENA, Adriana, 2007, « Juízo conciliatório trabalhista », *Revista do Tribunal Regional do Trabalho*, 3ª Reg., Belo Horizonte, v.45, n.75, p. 139-161, jan./jun.
- GOMMA DE AZEVEDO, André (dir.), 2004a, *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, quatro volumes, Brasília, Grupos de Pesquisa.
- GOMMA DE AZEVEDO, André, 2004b, « O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação procedimental de uma inovação epistemológica na autocomposição penal », dans *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – Vol. 4*, A. G. de Azevedo (dir.), Brasília, Ed. Grupos de Pesquisa, pp. 19-40.
- GOMMA DE AZEVEDO, André, 2009, *Manual de Mediação Judicial*, Brasília/DF, Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 248 p.
- GUSTIN, Miracy B. de S., 2005, « Resgate dos direitos humanos em situações adversas de países periféricos », *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n° 47, pp. 181-216.
- GUSTIN, Miracy B. de S., 2010, « Les besoins humains et la refonte de l'action universitaire: l'expérience de recherche-action du Programme *Pólos de Cidadania* », *Cahiers d'anthropologie du droit 2010*, Pratiques citoyennes de droit, pp.279-306, Traduction de C. S. Nicácio, G. Nicolau et L. Varison.
- GUSTIN, Miracy B. de S., 2011, « Importância de redes sociais mistas para a efetividade de capital social e humano e de governança social em comunidades de depauperamento social: questões de fundo sobre sua aplicação na região metropolitana de Belo Horizonte », *Revista Governança Social*, Belo Horizonte: Instituto Travessia.
- HOLLANDA, Sérgio Buarque de 1998, *Racines du Brésil*, Traduit du portugais par Marlyse Meyer, Paris, Gallimard/Éditions Arcades, 337 p.
- JONES, Tricia S. et BODTKER, Andrea, 1999, « Diretrizes para programas bem-sucedidos de mediação de pares », dans Dora Fried Schnitman e Stephen Littlejohn, *Novos paradigmas em mediação*, Porto Alegre, Artmed Editora, pp. 143-157.
- JOUAN, Marie Pierre, « Processus de socialisation et de médiation dans les cités », *Médiation et diversité culturelle - Pour quelle société?*, C. Younes et E. Le Roy (dir.), Paris, Karthala, 2002, pp. 45-50.
- KOURILSKY, Chantal, 1990, *Les processus de socialisation juridique: la formation des connaissances et des représentations du droit avant l'âge adulte*, Rapport final, Centre National de la recherche scientifique, Institut de recherches comparatives sur les institutions et le droit, décembre, 101 p.
- KOURILSKY, Chantal, 1991, « Socialisation juridique et identité du sujet », *Droit et société*, n° 19, pp. 272-289.
- KOURILSKY-AUGEVEN, Chantal (dir.), 1997, *Socialisation juridique et conscience du droit*, Paris, LGDJ, 193 p., coll. Droit et Société, Recherches et Travaux, n° 2.
- KUYU, Camille, 1997, « L'intermédiation culturelle pour enfants: la justice française entre les frontières institutionnelles et la perception du « monde réel africain », *Bulletin de Liaison du LAJP* n° 22, Paris, LAJP, pp 91-97.
- LE ROY, Étienne, 1998, « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », A. Lajoie, R. Macdonald, R. Janda et Guy Rocher, *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, Bruxelles, Bruylant, pp. 29-43.
- LE ROY, Étienne, 2002, « La médiation comme "dialogie" entre les ordonnancements de régulation sociale », C. Younes et E. Le Roy (dir.), *Médiation et diversité culturelle- Pour quelle société?* Paris, Karthala, pp.77-100.
- LE ROY, Étienne, 2004, *Les africains et l'institution de la justice. Entre mimétismes et métissages*, Paris, Dalloz, 284 p.

- LE ROY, Étienne, 2008, « Autonomie du droit, hétéronomie de la juridicité », Communication au congrès *Les nouvelles frontières du droit*, Rome, Academia Nazionale dei Lincei, mars, pp. 99-133.
- LE ROY, Étienne, 2010, « Les fondements de la socialisation juridique, entre droit, non-droit et juridicité », *Cahiers d'anthropologie du droit 2010*, Paris, Karthala, pp. 169-192.
- MORIN, Edgar, 1990, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, ESF, éd., 158 p., coll. Communication et complexité.
- MORIN, Edgar, 2000, *Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur*, Paris, Seuil, 129 p.
- NICOLAU, Gilda, PIGNARRE, Geneviève et LAFARGUE, Régis, 2007, *Ethnologie juridique, autour de trois exercices*, Paris, Dalloz, 423 p.
- NICOLAU, Gilda et BARANGER, Thierry, 2008, *L'enfant et son juge, la justice des mineurs au quotidien*, Paris, Hachette, 352 p.
- NICOLAU, Gilda et GAUTIER, Pierre-Yves, s. d., « La fabrication des professeurs du droit », conférences du LACRIJ, consultable sur <http://www.univ-paris-diderot.fr/lacrij/sequences.php?numvideo=5&pg=1>.
- NICOLAU, Gilda, CARBONNIER, Irène et RENAUD, Roger, s. d., « Le droit pénal à l'école », conférences du LACRIJ, consultable sur <http://www.univ-paris-diderot.fr/lacrij/sequences.php?numvideo=19&pg=1>.
- NICOLAU, Gilda, 2006, « Éprouver le droit, instituer la vie? Médiation et cadre judiciaire », dans *La quête anthropologique du droit, Autour de la démarche d'Étienne Le Roy*, Christophe Eberhard et Geneviève Vernicos (dir.), Paris, Karthala, pp. 311-331.
- NICOLAU, Gilda, 2010a, « Pacifier le droit », dans Maximilian Herberger et Tinka Reichmann (dir.), *Transcultural*, Le droit et la paix: perspectives transculturelles, Verlag Alma Mater, Saarbrücken, pp. 111-146.
- NICOLAU, Gilda, 2010b, « Être parent aujourd'hui, entre fait et droit », dans *Être parent aujourd'hui*, Philippe Jacques (dir.), Paris, Dalloz, pp. 101-120.
- NICOLAU, Gilda, 2010c, « Recherche sur l'homme, action sur le droit. Autonomie, pouvoir et démocratie générés *in vivo* », *Cahiers d'anthropologie du droit 2010*, G. Nicolau (dir.), Paris, Karthala, pp. 213-240.
- OST, François et VAN DE KERCHOVE, Michel, 2002, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 596 p., coll. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.
- PEREIRA, Philippe, *Citoyennetés en action, voyages au cœur du droit*, vidéo réalisé dans le cadre du PICRI Pratiques citoyennes de droit, consultable sur le site de l'ONG Juristes Solidarités, <http://www.agirdroit.org/spip.php?article1099>.
- PRATES, A. A.; CARVALHAES, F. A. De O.; SILVA, B. F. A., *Desigualdades sociais, redes de sociabilidade e participação política*, Aguiar, Neuma (org), 2007, Belo Horizonte, Ed. UFMG, Cap. 1.
- PRINDEZIZ, Monique, BADADJI, Ramdane et LADOR, Yves, s. d., « Instruments de paix », vidéoconférence consulté sur <http://www.univ-paris-diderot.fr/lacrij/sequences.php?numvideo=11&pg=1>.
- Programa Polos Reprodutores De Cidadania, pesquisação, *Relatório Triannual, Julho 2003-junho 2006*, 518 p.
- ROULAND, Norbert, 1988, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 496 p. Sales, Lília Maia de Moraes, 2004, *Justiça e mediação de conflitos*, Belo Horizonte, Del Rey, 334 p.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, PEDROSO, *O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão*, J. Pedroso, Trincao, C. et Dias, J.-P. (dir.), 2002, Coimbra, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, 439 p.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, 2003, *Um discurso sobre as ciências*, 14^e édition, São Paulo, Afrontamentos, 60 p.

- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, 2008, «A filosofia à venda, a douda ignorância e a aposta de Pascal», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n° 80, Coimbra, Centro de estudos sociais, pp. 11-43.
- SILVA NICÁCIO, Camila, 2010, «La médiation, un projet de société? Aux origines du Forum de la société civile sur la médiation», *Cahiers d'anthropologie du droit* 2010, Paris, Karthala, pp. 193-212.
- SILVA NICÁCIO, Camila, 2011, «Direito e mediação de conflitos, entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça», *Meritum, Revista de direito da Universidade FUMEC*, Belo Horizonte, v. 6, n° 1, jan./jun. 2011, pp. 51-99.
- SMITH, Melinda, «Resolução de conflitos para crianças, jovens e famílias», dans Dora Fried Schnitman et Stephen Littlejohn, *Novos paradigmas em mediação*, Porto Alegre, Artmed Editora, 1999, p. 159-168.
- THIOLLENT, Michel, 1996, *Metodologia da pesquisa-ação*, São Paulo, Cortez, 132 p.
- YOUNES, Carole et LE ROY, Étienne (dir.), 2002, *Médiation et diversité culturelle, pour quelle société?*, Paris, Karthala, 311 p.
- WATANABE, Kazuo, 2003, «Modalidade da Mediação», *Mediação: um projeto inovador*, Brasília, CJF, (Série cadernos do CEJ, 22). pp. 42-50.
www.polos.ufmg.br, consultado dia 15 de julho de 2011.
www.pr5.ufrj.br/revista/index.php?option=com_content&view=article&id=3:a-extensao-universitaria-justica-e-os-direitos-humanos-de-quem-para-quem&catid=1:artigos-revista-n00&Itemid=3, consulté le 10 octobre 2011.



PLACE DE LA JURIDICITÉ DANS LA MÉDIATION¹

ÉTIENNE LE ROY*

«Le droit, comme la guerre et ses généraux, est trop important pour être laissé aux juristes».

Martin Chanock 1982

La préoccupation première de cette contribution n'est pas de prétendre faire découvrir au lecteur une autre conception de la médiation ou du droit. Elle est d'illustrer, à partir de la tendance discutable des juristes à s'approprier la médiation et de la facilité, pour ne pas dire du laxisme avec lesquels des médiateurs se laissent prendre par les sirènes du droit, les potentialités qu'offre l'hypothèse de la juridicité appliquée au domaine de la gestion consensuelle et mutualisée des différends et que l'on dénomme médiation. Je me propose donc d'examiner l'affirmation selon laquelle, lorsqu'elle est considérée comme objet juridique, la médiation relève de la juridicité plutôt que du droit. Entendons-

nous sur les mots avant d'en approfondir les implications au regard de la complexité contemporaine des faits de société.

Le terme juridicité existe déjà et est employé par la sociologie juridique d'une manière sans doute marginale comme le révèle le *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit* (Arnaud 1993: 322). Ce dictionnaire le définit en particulier comme *un outil de spécification du champ juridique distinct à la fois du droit et du social non juridique* et dont on cherche les critères *a priori ou a posteriori*.

Pour cela, il faut accepter l'idée qu'il puisse exister un domaine propre, bien que mal identifié ou grossièrement délimité, entre le droit et le social non juridique et dans lequel se pratique la médiation. Il faut au moins un peu d'imagination, mais surtout une certaine volonté, voire un certain courage pour sortir des chemins balisés qui reproduisent les mêmes schémas depuis plusieurs dizaines d'années alors que les sociétés changent et les besoins normatifs également.

Ceci suppose d'adopter une lecture épistémologique de la vie juridique. On doit d'abord admettre que le droit n'est pas ce qu'on nous a enseigné, c'est-à-dire qu'il n'est ni autonome, (Arnaud 1993: 49, Le Roy 2009) et encore moins autopoïétique, ni universel, ni neutre d'effets sociaux. Il est, sous la dénomination du juridisme par Pierre Bourdieu (1986), pleinement inscrit dans l'histoire de la moder-

* Étienne Le Roy, professeur émérite d'anthropologie du droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

¹ Communication au colloque de l'UMR de Droit comparé de l'Université Paris 1, organisé par l'équipe d'anthropologie juridique de Paris (LAJP), le 7 juin 2011.

nité occidentale dont il est un produit phare, avec d'autres « ismes », le capitalisme, l'étatisme et l'individualisme.

Surtout, on doit avoir une conception déductive du droit, reposant sur l'axiome « qu'on ne peut définir le droit mais seulement le penser » (Rouland 1989 : 77). Or penser la nature et le contenu du droit suppose de reconnaître qu'il est l'expression de représentations du monde et de la société mettant en scène et en forme la prétention à un monopole étatique de la violence légitime (Le Roy et von Trotha 1993), lui-même fondé sur un rapport d'amour et de confiance dans l'État (Alliot 2003).

Ensuite, il convient de bien préciser le positionnement de la démarche du chercheur, ce qu'on appelle son *topos*, avec cette exigence propre à l'anthropologie politique du droit, que notre approche se doit d'être « diatopique » c'est-à-dire doit accepter la rencontre entre des conceptions disciplinaires différentes de l'objet de recherche et leur possible enrichissement mutuel. Mais cette possibilité doit aussi tenir compte des usages et des pratiques pour éviter les hybridations méthodologiques hasardeuses et il me paraît utile de citer le juriste publiciste Jacques Caillosse commentant la position épistémologique adoptée par la sociologie politique du droit qui est, dans le domaine des sciences sociales, notre « cousine germaine » ou notre « sœur de lait ». Nous pourrions donc transposer à l'anthropologie ce que le juriste dit de la sociologie.

Autant les cloisonnements disciplinaires apparaissent souvent sclérosants et contre-productifs, autant la volonté naïve de les abolir serait proprement insensée : elle laisserait voir un territoire intellectuel déstructuré et dépourvu de toute consistance. L'essentiel ne doit surtout pas être oublié : il appartient à chaque discipline scientifique de déterminer son objet, du seul point de vue des questions qu'elle se pose et des méthodes qu'elle privilégie pour les mettre à jour. Il n'existe aucune raison pour que la sociologie politique du droit travaille son territoire comme les juristes travaillent le leur. Que le droit de la théorie juridique ne soit pas l'affaire de la sociologie, voilà qui doit être posé en amont de toute réflexion pluridisciplinaire (Caillosse 2011 : 204).

On peut donc accepter l'idée que la conception « canonique » du juriste ne saurait épuiser la richesse d'un « champ juridique » (Le Roy 1988) qui prend en considération la diversité des expériences humaines dans le temps et dans l'espace, surtout si on entend répondre au projet anthropologique dessiné par Claude Lévi Strauss en 1955 d'une « connaissance globale de l'homme » dans sa diversité historique et géographique « depuis la grande ville moderne jusque la plus petite tribu mélanésienne » (Lévi-Strauss 1958 : 389). Si nous sommes encore très éloignés d'une connaissance idéale qui nous permettrait d'y répondre globalement, au moins avons nous fait quelques progrès en multipliant les perspectives anthropologiques. Celles-ci ont souligné combien les sociétés humaines passées et présentes avaient pu ou continuaient à se méfier ou à se défier du droit et que la théorie implicite du droit tenue comme universelle par nous Occidentaux modernes ne l'est pas pour, sans doute, au moins les deux tiers de l'humanité. Pour enrichir notre démarche, nous avons ainsi exploité l'anthropologie dogmatique de Pierre Legendre qui propose de lire ce champ selon un objet propre et une fonctionnalité. Notre auteur définit cet objet comme *l'art dogmatique de nouer le social, le biologique et l'inconscient pour assurer la reproduction de l'humanité*. Et il ajoute que sa fonction fondamentale est *d'instituer la vie* en société (Legendre 1999 ; 2009). À ces deux propositions j'ajoute deux fonctions secondes : mettre en ordre et mettre des formes. Car instituer c'est mettre de l'ordre (faire advenir un ordre particulier en commentant la formule *in ordinem adducere* de Cicéron (Le Roy 2006) et codifier, au sens générique comme l'indiquait Pierre Bourdieu, c'est « mettre en forme et mettre des formes » (Bourdieu 1986 : 40).

Au risque de tautologie pour certains lecteurs, on posera que s'il n'y a pas de vie juridique sans valorisation d'un ordre et sans mobilisation des formes propres, on ne peut accepter l'idée, d'un point de vue anthropologique, que cet ordre et ces formes aient été, soient ou seront entièrement saisis et déterminés par le droit, donc par l'État. J'ai personnellement cessé d'y croire depuis quelques années

(Le Roy 1999; 2007b) et donc j'ai remis en question mes utilisations antérieures du terme « droit ». Comme on va l'explicitier plus loin, je me suis proposé de réduire le champ d'invocation du droit à ce que les Occidentaux dénomment depuis deux à trois siècles « le droit » et d'employer pour tout ce qui y échappe la notion de juridicité. Du fait que cette conception de la juridicité inclut le droit, donc que tout droit est une manifestation particulière de la juridicité, j'accepte facilement maintenant la définition positiviste que continuent à exploiter les juristes depuis les travaux de Hans Kelsen (Kelsen 1999 [1934]) dès lors que la théorie anthropologique de la juridicité vient expliquer les solutions qui échappent au « droit pur » et qui sembleraient condamner un grand nombre de sociétés à vivre hors de toutes régulations juridiques si la définition de l'État moderne et de son droit ne peut s'appliquer. Ainsi, pour le juriste, le droit est positif ou il n'est pas et on ne peut donc dénommer « droit » que ce champ particulier de normes « autonomes » qui est déterminé et/ou reconnu par l'État¹ et en évitant contradictions et confusions, ce dont le droit et les juristes ont justement horreur². Laissant les juristes discuter et commenter les formes de détermination et de reconnaissance des normes relevant selon eux du droit et la place directe ou indirecte reconnue à l'État, je me détourne d'une définition des frontières du droit pour m'intéresser au concours que ce droit et d'autres formes plus ou moins proches mais non reconnues par lui prennent dans la reproduction de l'institutionnalisation de la vie en société. Et, dans la relation entre le droit et la juridicité je cherche à démêler les raisons pour lesquelles l'État doit ou ne doit pas intervenir dans l'élaboration et la sanction des normes dans le champ juridique considéré, avec une certaine prévention à l'encontre

1 Gilda Nicolau ajoute à ce sujet que « ceci étant par avance indéterminable », cette définition ne peut être que « stipulative ».

2 Si la nature a horreur du vide, le droit a horreur du laisser-aller sémantique. Les adeptes de la théorie anthropologique de la juridicité attendent donc de leurs collègues juristes qu'ils « fassent le ménage » dans leur terminologie en éclaircissant le sens donné à « droit » dans des expressions comme ancien droit, droit traditionnel ou coutumier, droit naturel, voire droit international ou droit romain.

d'une multiplication des interventions de l'État, d'où la citation ci-dessus en exergue de Martin Chanock.

Compte tenu de ces précisions, la question que je pose est la suivante : les formes et les procédures nécessaires à la régulation des différends et dénommées par leurs utilisateurs « médiation » – quelles qu'en soient les variantes – doivent-elles nécessairement relever du droit ?

Ma réponse sera partiellement négative en introduisant l'hypothèse de la juridicité, tout en en réservant de nouveaux développements à des recherches en cours (Le Roy 2011).

Pour avancer dans l'argumentation, je me propose ainsi de reprendre successivement trois modèles déjà expérimentés pour en proposer de nouvelles analyses. Le premier est un modèle de système qui avait été élaboré à la suite du colloque organisé par Edwige Rude Antoine sur le thème du procès (Le Roy 2007a) et qui avait, entre autres, mis en évidence l'existence d'une expérience de formalisation de la régulation des différends ignorée des théoriciens de la justice et qui ne faisait pas l'objet d'un traitement spécifique par la sociologie du droit. Ce modèle proposait ce qu'on pourrait qualifier de chaînon manquant entre la représentation formaliste de la justice répressive et la médiation. Ce premier modèle va nous permettre de déconstruire l'image spontanée d'un droit de la médiation que notre formation/déformation juridique nous a léguée (I).

Le deuxième modèle illustre un phénomène neuf, observé depuis le début du XXI^e siècle, le fait que la médiation ait cessé de ne relever que d'un ordonnancement négociée pour devenir un concept-recteur de la régulation de sociétés contemporaines. Il révèle une polyphonie insoupçonnée des médiations dans les pratiques de régulations et propose une lecture plurale de la complexité des processus contemporains (II).

Enfin l'analyse des processus à l'œuvre, relevant du modèle du *jeu des lois* (Le Roy, 1999) rendra compte de l'hypothèse de la juridicité, enrichissant ainsi notre connaissance des pratiques de la médiation (III).

I. L'influence du droit sur une approche commune de la médiation

Considérons la définition que propose Michèle Guillaume-Hofnung de la médiation. Cette définition fait autorité et résulte d'un travail de négociation entre les praticiens pour aboutir à un consensus. Elle est donc elle-même le produit d'une médiation, est généralement appliquée et il n'y a pas lieu de discuter telle ou telle expression ou le choix d'un adjectif mais de s'interroger sur l'esprit de sa formulation :

Globalement la médiation se définit avant tout comme un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel un tiers – impartial, indépendant, sans pouvoir décisionnel ou consultatif, avec la seule autorité que lui reconnaissent les médiateurs – favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause. (Michèle Guillaume-Hofnung 1995 : 71)

Les principaux termes de la définition ci-dessus sont d'origine juridique ou à connotation juridique forte : *autorité, autonomie, responsabilité, impartialité, indépendance, pouvoir décisionnel ou consultatif, prévention ou règlement*. Ils sont chacun utilisés ou retravaillés sur le mode de la spécialisation ou de la négation en sorte que la médiation apparaisse normativement compatible avec l'idée dominante de justice. Et dès lors que notre conception positiviste du droit interdit d'identifier un fondement normatif contraire, dans son équivalence, à celle de la loi, ma consœur considère, comme moi, que seule l'éthique peut apporter à la médiation la « sanctionnabilité » (*infra*) qui en fait un ordonnancement symboliquement sinon juridiquement reconnaissable et valable.

Cette approche est généralement acceptée par les praticiens. Pourtant, on peut remarquer qu'une telle interprétation ne restitue pas l'essence de la médiation au moins pour la médiation sociale ou communautaire (question de la tierce partie, Le Roy 2011c), donc apparaît en porte à faux vis-à-vis des données disponibles. Pour ce faire, nous allons

relever les différents paramètres fondant la distinction des divers modes de régulation des différends puis nous axerons notre réflexion sur le degré d'autonomie de la médiation.

A. Autres modes de prise en charge des différends

Le tableau suivant, élaboré en 2006 dans le cadre d'un séminaire du master d'anthropologie du droit que je dirigeais à l'époque, est conçu à partir de 15 critères correspondants à autant de niveaux d'analyse que des publications précédentes avaient permis de privilégier³.

3 Je voudrais ici souligner l'apport initial des travaux de Claude Amiel et Antoine Garapon mettant en parallèle la justice de cabinet dite aussi bureaucratique et la justice rituelle dite aussi traditionnelle dans la revue *Actes*, 1987. Leur analyse a été reprise et élargie (p. 243 et s.) dans un rapport commun au Ministère de la Justice préparé sous ma direction (Le Roy, 1988) sous le titre *La conciliation, instance de règlement des litiges, enjeu professionnel et institutionnel*, Paris, LAJP. 296 p.

Tableau N° 1

Le système «français» de règlement des conflits.

<i>Modèle «français» de règlement des conflits</i>	<i>Procès type 1 Justice imposée socialité</i>	<i>Procès type 2 Justice négociée socialisation</i>	<i>Médiation Solution acceptée sociabilité</i>
<i>objet</i>	litige	déviance/conflit	différends
<i>motif d'intervention</i>	restauration d'une appartenance sociale	éducation/ <i>educare</i> mener vers ou à	pacification/reconduction du lien social
<i>objectif</i>	attribuer à chacun ce qui lui revient	maintenir ou inscrire dans un collectif	pérenniser la relation
<i>moyen</i>	partager/diviser les prétentions au regard des droits ou obligations de chacun	partager des intérêts communs	partager le lien
<i>critère</i>	faute et culpabilité	obligations sociales, morales, professionnelles etc.	existence de relations antérieures ou potentielles
<i>Sanction : ce qui rend obligatoire</i>	punition/condamnation	compromis	accord
<i>cérémonial</i>	strict et obligatoire mais équité	adaptable, ouvert à l'oralité	exclu
<i>Ordonnancement</i>	ordonnancement imposé	ordonnancement négocié pour être si possible accepté	ordonnancement accepté après négociation
<i>Fondements de la juridicité</i>	loi/normes générales et impersonnelles	modèles de conduites et de comportements	systèmes de dispositions durables
<i>cadre</i>	tribunal	juridiction (<i>iuris dictio</i>) type cabinet	tout lieu agréé par les parties
<i>personnage</i>	tiers neutre/garant de la loi	tiers impliqué, garant d'une solution	troisième impliqué mais extérieur au différend
<i>débat</i>	ritualisé	dirigé par le tiers	ouvert à chaque partie
<i>enjeu</i>	vérité surtout au pénal	respect des obligations/statut	respect de l'autre altérité
<i>décision</i>	autorité de la loi	« contrat », acceptation de la solution	paumée ou autre geste
<i>Résultat</i>	reproduire les hiérarchies dans la société	faire accepter un ordre interne au groupe/corporation	gérer le lien

La proximité relative des conceptions de la médiation et de la justice nous autorise à les traiter comme éléments d'un modèle anthropologique commun répondant à la propriété fondamentale de proposer une « représentation simplifiée mais globale » d'un système, d'un phénomène ou d'un processus qui est celui du règlement des différends⁴ puis de pouvoir appliquer les procédures logiques qui sont associées à la modélisation. La modélisation permet, en particulier, de manière décisive, de formuler les questions qui semblent seules pertinentes pour l'avancement de la recherche (Régner 1971 ; Le Roy 2011b).

Les trois dispositifs (en colonnes 2 à 4) ainsi identifiés reposent chacun sur des critères originaux qui interdisent de considérer qu'une solution est le double ou la reproduction d'une autre, en particulier, et à la différence de la définition de Michèle Guillaume-Hofnung déjà commentée, que la médiation doit emprunter ses éléments de définition à la justice, voire au droit. De ce fait, une première observation peut être dégagée : la médiation n'est pas une justice, même douce (*contra*, Bonafé-Schmitt 1992).

Une deuxième observation peut être formulée : recourant aux *habitus* puis aux systèmes de dispositions durables et privilégiant la gestuelle et les techniques du corps pour formaliser la solution, la médiation n'a pas besoin du droit pour disposer de formes adaptées à la prise en charge d'un différend. Elle dispose de ses propres supports.

Enfin, on peut faire une troisième observation : la médiation ne répond pas à tous les problèmes et à tous les acteurs. Tout d'abord, elle répond à un problème de sociabilité, donc de reconnaissance d'une relation sociale à reproduire là où la socialité dans le procès classique (colonne 2) constate une appartenance sociale sans autrement en apprécier les implications et que la socialisation de la colonne 3 se donne pour mission « éducative » de faire advenir ou renouer une relation. Par ailleurs, elle prend en charge des différends mais ne saurait interférer dans un conflit

déclaré, dit litige, qui exige pour être traité et en raison de sa dangerosité potentielle une neutralité affichée. Si elle est particulièrement adaptée à la gestion des rapports sociaux détériorés ou en voie de déstabilisation, elle est plutôt mal armée pour intervenir dans des problèmes patrimoniaux ou en cas de violences déclarées.

Cette dernière remarque reflète ma position doctrinale au milieu des années 1990 (Le Roy 1995) et le travail du LAJP avec le *Forum européen pour la sécurité urbaine* en 1995. Mais « tout change et la seule chose qui ne change pas c'est que tout change ».

B. La médiation, un mode « alternatif » ou « dialogique » de prise en charge des différends ?

L'origine latine de médiation est utile à prendre en considération. *Médium* désigne successivement le milieu, le centre, le lieu accessible à tous, à la disposition de tous et le lieu exposé aux regards de tous (Gaffiot 1934 : 959). Dans la scène du bouclier d'Achille de l'Iliade d'Homère, chant XVIII, l'*istor* siège dans un cercle et il est celui qui a la sagesse, trouve la solution la plus adaptée, compte tenu de la circulation de la parole.

La fonction du médiateur sera de s'inscrire au milieu d'un différend, parfois dans un conflit, moins en vue de séparer les combattants que de les réunir autour d'une solution commune. On voit déjà ici poindre l'idée d'un partage comme principe de division et d'adhésion qu'on retrouvera par la suite. L'apaisement est alors préféré au règlement. Mais y a-t-il véritablement choix ?

Depuis que son existence et sa place dans l'ordonnement juridico-judiciaire ont été identifiées, à la fin des années 1980 (Le Roy 1995), la médiation a été perçue, de manière impropre mais vraisemblablement sous l'influence des travaux américains de l'époque, comme un mode alternatif de règlement des conflits. Or la notion d'alternative n'est ici que très exceptionnellement applicable car la racine latine *alter*, traduite par l'un des deux, suppose qu'on doit choisir entre l'une ou l'autre formule alors que, dans l'expérience française et à la différence des pays anglo-saxons où

⁴ Je renvoie en particulier à l'entrée « Anthropologie [de la justice] » du *Dictionnaire de la Justice* édité par mon collègue Loïc Cadet (Le Roy 2004).

l'application de la loi se négocie, chez nous le culte de l'État et de son droit imposait, jusqu'aux récentes réformes des années 1990, la primauté de la voie judiciaire. L'option de la médiation était donc (et reste pour beaucoup) considérée comme une exception risquée. Tout poussait à croire paradoxalement qu'un mauvais procès valait mieux qu'un bon règlement négocié.

Si l'encombrement des tribunaux, la complication des procédures, les exigences des milieux d'affaires et les mutations de la citoyenneté ont conduit à une revalorisation du rôle de la médiation, elle n'a pas perdu en France son statut ancillaire et reste ainsi soumise à un point de vue qu'on pourrait qualifier de *judiciaro-centré*.

Pourtant, durant la décennie 1990, on avait déjà observé que la médiation, faute d'être un mode privilégié de prise en charge des différends (vu l'emprise monopoliste de la voie judiciaire), devenait un moyen de gestion managériale, une manière de s'inscrire dans un échange, en particulier un dialogue, en vue de préparer une solution partageable. On voyait alors apparaître deux traits fondamentaux: la recherche du consensus préféré à un mode imposé et son lien avec un projet de vie ou de société préférant l'adhésion et la participation à la reproduction mimétique et moutonnaire. La médiation paraissait ainsi devenir un moyen de répondre à la crise de la démocratie en lui redonnant une vertu participative (Le Roy 1995).

Les choses ne sont toutefois pas si simples car si la gestion du lien social est l'apport indiscutable de la médiation dans des « sociétés d'individus » c'est son institutionnalisation qui va poser problème, en particulier la place du tiers/ médiateur, liée à l'importance que nous accordons à l'idéal de la neutralité dans le règlement des différends sur le modèle judiciaire, « chez nous », mais seulement chez nous et encore de manière que je juge inappropriée (Le Roy 2011c) ce qui rend toute généralisation interculturelle discutable.

II. Une polyphonie de médiations

Si la soumission de la médiation à une lecture juridique est un trait inhérent de la période postmoderne elle prend cependant des formes différentes qui rendent parfois les comparaisons assez délicates et font douter de la sagesse à mobiliser le même terme pour des emplois ou des usages aussi divers.

A. Un premier bilan

En 2002, je faisais ainsi le bilan de quinze ans d'évolutions :

Il existe d'abord deux grands types de médiations selon que la solution doit venir d'un tiers totalement extérieur et impartial (exemple de la médiation familiale) ou doit émerger au sein du groupe qui a vu naître le différend (médiation scolaire, médiation de quartier). Ensuite, il y a des médiations dont l'objet est de faire avaliser une norme ou une décision (médiation pénale), de rectifier le dysfonctionnement d'une organisation (médiateur de la République, médiations dans les conflits de travail) et d'autres dont le rôle est de reconstruire, voire de régénérer, le lien social (médiation dans les conflits de voisinage, incivilités, certains conflits de consommation). Enfin, si nombre d'interventions du tiers sont gratuites et gracieuses, certains médiateurs sont des professionnels rémunérés par une administration ou une entreprise (médiateur de presse), voire par les « médiés » qui deviennent dès lors des « clients » avec les exigences de prestations de services onéreuses (médiations familiales, certaines médiations civile par ministère d'avocat). (Le Roy 2002 : 83)

La médiation peut en effet être :

- créative de rapports sociaux et de représentations de l'autre,
- rénovatrice de liens distendus ou affectés par un conflit,
- préventive de dérèglements potentiels,
- curative donc pénale dans certains contextes.

Car c'est la médiation pénale qui est venue, à partir du milieu des années 1990 bouleverser les analyses qui, jusque-là, avaient « la beauté de l'épure ». Jacques Faget avait montré en 1997, dans une synthèse centrée sur les politiques pénales, que les magistrats en raison « d'une sorte de pulsion égocentrique de survie qui anime la vie judiciaire mais en aucun cas un projet intellectuel construit et un désir d'articulation avec les autres systèmes sociaux de régulation » (Faget 1997 : 78) avaient détourné la médiation de sa fonction principalement pacificatrice pour en faire un outil curatif. Dans un tableau plein d'intérêt (Faget 1997 : 80, reproduit in Le Roy 2002 : 84), il expliquait comment la médiation, devenue modèle conciliatoire chargée de négocier sur une base contractuelle un conflit, était venue s'associer à trois autres dispositifs, le modèle rétributif fondé sur la culpabilité et la punition, le modèle thérapeutique sur le besoin de soin et le modèle restitutif ou compensatoire lié à la reconnaissance d'un préjudice à réparer. Enfin, Jacques Faget considérait la place respective de ce qu'il dénommait des « processus » (imposé, négocié et accepté) et que nos travaux sur la justice des mineurs nous avaient déjà amenés à traiter comme des principes d'organisation judiciaire (justice négociée et justice imposée en 1985) puis comme des « ordres sociaux » (imposition, négociation, acceptation en 1989) et enfin comme des ordonnancements sociaux en travaillant en 1995 avec le *Forum européen de la sécurité urbaine* et en y ajoutant un ordonnancement contesté comme quatrième dimension de l'analyse. En 1999, dans *Le jeu des lois*, la médiation reste associée à l'ordonnancement négocié dont elle est un des outils les plus précieux. Il me faut donc attendre le colloque de 2000 organisé au LAJP par Carole Younes pour faire un pas supplémentaire et considérer la médiation comme un concept-pivot et dialogal de la régulation globale des sociétés (Le Roy 2002 : 86).

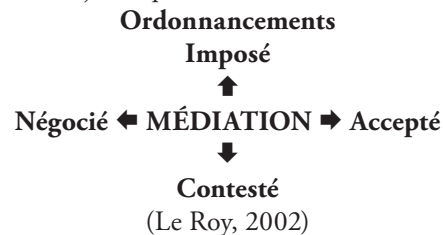
B. Un nouveau modèle pour rendre compte de la fonction « rectrice » et dialogale de la médiation

Au terme de travaux s'étageant sur une quinzaine d'années, on s'aperçoit donc que la médiation s'est démul-

tipliée et qu'elle est passée d'un ordre négocié initial tel que l'envisageait l'article de Claude Amiel et d'Antoine Garapon (Amiel et Garapon 1987) à un mode accepté, ce déplacement correspondant à la prise en compte d'un changement de statut de la médiation qui, de moyen d'un ordre négocié devient la finalité d'un ordre accepté, comme condition du consensus. Mais on s'aperçoit aussi que cette démultiplication fait sortir la médiation du cadre du règlement des conflits, où elle est susceptible d'être soumise à la Justice pour remplir des missions nouvelles où il est sans doute encore question de différends mais pas nécessairement de règlement, voire même de régulation. Tout d'abord, la médiation devient un outil des politiques publiques (pour « ouvrir » des négociations salariales dans la fonction publique), voire de gestion privée d'un conflit de travail ou de licenciements. Elle est censée introduire une dose d'humanité dans la mise en œuvre d'un pouvoir d'autorité dans le cadre d'un ordonnancement imposé. Parallèlement, elle peut être revendiquée par des syndicats ou des mouvements ouvriers pour faire ouvrir des négociations qui, sinon, en recourant à une opposition frontale, seraient vouées à l'échec.

Schéma n° 1

Un modèle de phénomène: le déplacement de la médiation, de l'ordre négocié à un concept – recteur central de la régulation juridique.



Ce schéma a pour mérite de dévoiler les ambiguïtés d'une médiation qui, en quittant sa fonction rectrice au sein de l'ordonnancement négocié, va être utilisée par l'ordonnancement imposé, c'est-à-dire par la justice, pour faire accepter l'intervention du magistrat ou une décision de justice. Une telle « récupération » aboutit à ce que :

le médiateur pénal est un agent d'application d'une décision judiciaire qui, dans le cadre du mandat de justice, reste pour son exécution sous le contrôle du magistrat. Il est une des personnalisations de la loi pour le délinquant. Pour ces raisons, on doit s'interroger sur la possibilité de continuer à utiliser l'étiquette médiation pour caractériser une réalité qui relève non de la médiation mais d'une autre forme de justice. (Le Roy 2002: 90)

C'est pour en appliquer les contraintes que l'expérience d'interventions entre les juges des mineurs et les familles de migrants à la première, deuxième ou troisième génération, initiée par la Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris en 1996 dans des tribunaux pour enfants de la Région parisienne, a changé de dénomination très rapidement en passant d'une « médiation interculturelle » à une « intermédiation culturelle en milieux judiciaires » (Le Roy 2003; 2009b). Car, dans la mesure où l'intermédiaire est l'ombre portée du magistrat dans la famille africaine, latino-américaine ou asiatique, il n'est pas le tiers neutre de la *dogma* de la médiation et, éthiquement, sa position est intenable en cas de confusion des rôles. Pourtant, en dehors de ce cas, notre souhait de réserver l'usage du terme médiation aux situations où le médiateur dispose d'une autorité propre et d'une distance suffisante à l'égard des institutions n'a pas été entendu. La médiation pénale se porte si bien qu'elle en a fait oublier l'efficacité d'autres formes de médiation moins reconnues ou plus difficiles à porter par des institutions, ainsi pour la médiation scolaire. On ne négligera cependant pas l'influence grandissante du Janus de la médiation familiale qui a deux avantages, l'un de pouvoir être assez facilement standardisé donc bureaucratisé et l'autre d'être facilement rémunéré, au point d'avoir créé un marché informel dans ce domaine aux enjeux patrimoniaux importants en cas de divorce des parents.

Ce modèle mettant en évidence une complexité nouvelle liée à la réinterprétation du cadre cognitif de la médiation puis à sa réappropriation dans d'autres contextes suppose de mobiliser un troisième type de modèle, dit de processus, et que je vais emprunter au *Jeu des lois*.

III. Les règles du jeu de la médiation et la juridicité

Dans le *Jeu des lois* (Le Roy 1999) j'expérimentais un modèle d'analyses dynamiques permettant de comprendre comment les dispositifs de régulation changent et quelles conséquences en tirent les acteurs en vue de mieux orienter les politiques de refondation de nos institutions. Les principales variables prises en considération sont les statuts des acteurs, leurs ressources, leurs conduites, les logiques comme rationalisations pour l'action puis les échelles spatiales, les processus temporels, les arènes (ou forums) de confrontation et de négociation pour mettre en évidence les ordonnancements sociaux, les enjeux et, enfin, les règles du jeu.

Les premiers travaux que nous avons consacrés à la conciliation, formule sous laquelle était expérimentée la médiation, en 1988, avaient mis en évidence certains enjeux selon des échelles spatiales déjà marquées par la mondialisation et des logiques marquées par la dialogie comme mise en relations de logiques différentes et ici rendues complémentaires :

Nous avons constaté que toutes les tentatives de réformes avaient conçu la négociation à partir de l'instance judiciaire ('noyau dur' du système), en fonction des pratiques et du rituel de la justice imposée, et par référence au modèle antérieur de la justice de paix.

Les analyses que nous avons développées ont montré que la négociation se déploie, institutionnellement ou non, sur trois plans s'étageant du 'noyau dur' de l'institution judiciaire jusqu'au monde des affaires, et jusqu'à l'échelle de l'économie-monde :

- une justice de cabinet qui se situe au sein de l'institution judiciaire;
- la conciliation (et la médiation pénale au sens français) qui se situe aux marges de l'institution et à l'ombre des tribunaux;
- la médiation (au sens nord-américain), ou arbitrage qui est une alternative plus ou moins autonome et largement sous-évaluée actuellement en France.

Ces trois 'voies' ne sont pas nécessairement concurrentes car elles répondent à des fonctions en théorie complémentaires. Une politique judiciaire soucieuse de revaloriser la justice négociée doit, cependant, s'en saisir cumulativement et, en particulier, ne pas sous-estimer les besoins du monde des affaires dont les décisions s'internationalisent à mesure que s'opère l'interpénétration des capitaux et des centres de décision. (Le Roy 1988 : 261/262).

Dix ans après, ce sont les logiques des acteurs et une interprétation technocratique qui paraissent l'emporter. Dans le chapitre 34 du *Jeu des lois* (Le Roy 1999), consacré à la justice et à la médiation pénale, je cite cette remarque de Henri-Pierre Jeudy (1997) quant à la dérive institutionnelle des politiques de médiation qu'il est bon de reprendre à nouveau :

L'échange symbolique ne peut pas être l'objet d'une gestion technologique. C'est là qu'apparaît bien la contradiction de ces sémantiques institutionnelles qui ne cessent d'engendrer leurs propres impulsions. Elles ne se mesurent plus au temps des événements, elles l'anéantissent dans la succession des concepts qui définissent la réalité sociale et qui commandent à sa gestation. Ainsi le concept de médiation est présenté à la fois comme symptôme et comme un remède à la crise. Ce qui permet d'institutionnaliser le symptôme en le conceptualisant. Ce degré de rationalité [...] se solde par l'irrésistible ascension de l'abstraction gestionnaire...

au risque de récupérations ou de dévaluations. Cette abstraction gestionnaire aurait été favorisée par un culte excessif rendu au droit, lui-même expression d'une exigence d'uniformisation des dispositifs d'intervention que partagent la grande majorité des acteurs français de la médiation, demandeurs de médiations pénales comme les magistrats ou clients de la médiation pénale.

Cette question du rapport au droit, qui va nous introduire à celle de la place à reconnaître à la juridicité, est délicate à traiter tant les croyances de nos concitoyens dans les vertus supposées des réponses institutionnelles paraissent indiscutables. En suivant l'analyse de Camila Nicácio (Nicácio 2011), à propos du *Forum de la société*

civile sur la médiation (FSCM) et portant sur ces quinze dernières années, on peut faire les remarques suivantes :

- Tout d'abord, il serait inconcevable que, dans un État de droit, les pratiques de médiation aillent à l'encontre des garanties énoncées par la Charte européenne des droits de l'homme, intégrée à notre droit positif. Camila Nicácio cite ainsi cette phrase de Michelle Guillaume-Hofnung, « [s]i la médiation permet quelques assouplissements par rapport à certaines règles de droit, elle n'autorise cependant pas l'oubli du droit, surtout la forme la plus éminente dans nos sociétés européennes, les droits de l'homme » (2011 : 198 n.1). Mais, ce faisant, c'est moins la règle de droit ou la procédure que les principes généraux de protection des droits de l'individu contre les excès de tout pouvoir, qu'il soit familial ou politique, professionnel ou religieux, voire judiciaire, qui doivent être privilégiés.
- Ensuite, les textes concernant la médiation et relevant du droit positif, donc pour moi les seuls à relever du droit selon mon postulat initial, sont en nombre limité, d'adoption récente, pas toujours très connus et encore moins appliqués. Mais ils existent et donc une partie de la médiation est effectivement inscrite dans le droit positif. Camila Nicácio cite ainsi page 198 note 3 « la loi du 4 janvier 1993, qui introduit la réparation pénale à tous les stades de la procédure pénale dans la justice des mineurs et, dans la justice des majeurs, la médiation pénale. Voir également la loi du 23 juin 1999 et la circulaire du 16 mars 2004, visant à perfectionner et unifier le recours à la médiation », mais cette liste ne prétend pas à l'exhaustivité.
- Car l'essentiel de la production normative relève d'un genre technique particulier, le code professionnel ou le guide de l'acteur qui applique la logique du *Canada dry*, cette boisson qui, nous disait sa publicité, ressemblait à de l'alcool mais n'était pas de l'alcool. Ces guides et codes ont une valeur juridique pour

leurs signataires mais seulement pour eux, selon le principe que «les conventions librement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites» (art. 1134 C civ.) tout en tentant cependant d'en élargir l'usage et le respect à l'ensemble des parties ou des usagers concernés. L'étude de Camila Nicácio est à nouveau extrêmement précieuse en citant, à la suite de Michèle Guillaume-Hofnung :

quatre textes fondateurs comme la Charte du Centre national de la Médiation (CNM) [...] élaborée en 1988 dont le caractère généraliste ne laisse pas échapper l'ambition éthique et sociale; le texte du Conseil National Consultatif de Médiation familiale (CNCMF) de 2002 [...] où les figures du tiers et du processus sont désignés comme les deux principaux critères de la médiation; le séminaire de Créteil de 2000, portant notamment sur la médiation sociale et interculturelle, qui deviendra le texte de référence dans tous les domaines de la médiation et finalement, le bulletin de la Cour de Cassation de 2006 [...] une sorte de vade-mecum de la médiation pour ces acteurs [les magistrats]. (Nicácio 2011 : 197-198)

Elle y ajoute l'élaboration du *Code national de déontologie du médiateur* faisant suite, en 2009, au *Code de conduite européen pour les médiateurs* «devenu ancien et perfectible» (2011 : 199).

- Ces différentes initiatives manifestent un souci commun qui les rapproche du droit et qui est de «promouvoir ce qui a été présenté comme 'l'unité fondamentale de la médiation'» (*idem*: 199). Il s'agit là d'une préoccupation qui relève chez certains partisans de la médiation de l'obsession et qui pourrait conduire directement, si on n'y prend pas garde, à l'unification puis à l'uniformisation et enfin à la soumission aux normes étatiques. Par contre, la démarche synthétique du Forum de la société civile sur la médiation nous rapprocherait plus de l'esprit de la juridicité telle qu'entendue dans l'introduction ci-dessus.

[L]a médiation tendrait à dépasser l'adjudication⁵ comme forme première de résolution et/ou administration des conflits. Selon les termes de Michel Marcus⁶ [...] «il faudrait inverser les mécanismes: le processus autoritaire (police/justice) ne devrait intervenir qu'en cas d'échec de la médiation» celle-ci étant par excellence «un processus non autoritaire en amont». (Nicácio 2011 : 203)

- Elle correspondrait ainsi à une vision dialogale du monde et pourrait s'inscrire dans la théorie de la juridicité en voie de constitution.

A. Une théorie de la juridicité en voie de constitution

Plusieurs de mes contributions de ces dernières années contribuent à une théorie de la juridicité dans les différents domaines où je m'en suis préoccupé, en particulier les politiques foncières. Je réduirais donc, autant que possible, ces reprises d'analyses qui peuvent s'apparenter à de l'autojustification.

Dans ma synthèse la plus récente et la plus complète (Le Roy, 2011a), je remarque tout d'abord que l'obstacle épistémologique majeur à dépasser est bien ce paradigme unitaire que nous venons de repérer dans le contexte des emplois récents de la médiation et que j'interprète maintenant comme une monolâtrie, ce culte du «un seul» que l'historien Paul Veyne (2007) associe aux origines du monothéisme chez les Hébreux puis de la monarchie des Macchabées.

Ma démarche reprend les analyses de Jean Carbonnier, en les complétant ainsi. Selon cet auteur, «*le droit est plus grand que les sources formelles du droit*» (1995: 20) et «*le droit est plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes*» (1995: 22)» à quoi j'ajoutais donc en 2007 un troisième théorème «*La juridicité est plus grande que la conception du droit développée par les sociétés occidentales modernes tout en la comprenant*» (Le Roy 2007b: 345).

⁵ À interpréter, à l'anglaise, comme traitement judiciaire des litiges.

⁶ Michel Marcus, un de ses fondateurs, ancien magistrat, est président du *Forum européen pour la sécurité urbaine*.

Dans ma communication de 2011a, je les commente de la manière suivante :

Deux propositions s'en déduisent immédiatement.

D'une part et reprenant l'élargissement au-delà des sources formelles du droit du premier théorème, j'aborde la juridicité comme un au-delà de la conception du droit positif, donc par un dépassement de son lien substantiel (et qui en fonde la positivité) avec le monopole étatique de la violence légitime.

Et, d'autre part, j'envisage le droit comme une sorte de sous-produit de la juridicité, ou plus exactement une application particulière reposant sur un même principe de structure dans des champs différents. Comme un *folk law* [...], donc comme une production exotique et folklorique passible des mêmes opérations logiques et pratiques (ethnographiques) que celles utilisées et mises en œuvre pour observer et analyser les autres manifestations de la juridicité.

Et dans l'instauration du droit on doit l'interpréter comme le passage de ce qui est institué dans la sphère de la juridicité, c'est-à-dire organisé avec une certaine permanence, à l'institutionnalisation qui va assurer, par le biais du droit, la pérennité, la légitimité et l'autorité de l'organe qui en bénéficie. (Le Roy 2009c)

Dans une telle perspective, et à la suite de Norbert Rouland (Rouland 1989), on ne cherche pas plus à définir la juridicité que le droit. Tout au plus propose-t-on de définir un trait diacritique qui soit partagé par le droit et la juridicité qui est la sanction comme reconnaissance du caractère obligatoire de la norme invoquée quelle qu'en soit l'autorité dès lors qu'elle est instituée, donc invocable et saisissable. Puis on dégage des principes de structure, applicables dans leurs champs respectifs permettant d'identifier leurs spécificités tout en contribuant à un processus commun qui est la régulation du processus de reproduction de nos sociétés. Ce que Pierre Legendre dénomme de manière lapidaire et admirable à la suite des Romains, « *vitam instituere*/instaurer la vie » (Legendre 1999 *supra*). Précisons.

1. Des normes sanctionnées

La juridicité assure en fait, de manière positive, des fonctions reconnues, en négatif, au « non-droit » par Jean Carbonnier, non-droit que cet auteur analyse *comme le mouvement du droit au non-droit, l'abandon, par le droit, d'un terrain qu'il occupait ou qu'il aurait été de sa compétence d'occuper*. (Carbonnier 1995 : 25). Ne présupposant pas dans la juridicité un abandon mais une occupation première du terrain, un état de fait originel, j'y inscris la coutume, les usages reconnus comme sanctionnés, les *habitus* dans notre tradition, le *li* et le *fa* chinois, le *dharma* hindou, les prétendues « coutumes » africaines ou océaniques, etc. Et, surtout, j'y recherche toutes ces régulations qui, tels les guides ou les codes ci-dessus, apparaissent comme des réponses nouvelles aux diverses mondialisations et qui échappent à l'intervention de l'État par des processus de débordement en amont ou en aval (Le Roy 2009a; 2011a).

2. Quelques principes communs au droit et à la juridicité

La juridicité est donc plus large que le droit tout en le comprenant.

Elle partage avec le droit quatre propriétés dégagées depuis le *Jeu des lois* :

- a) Ces deux ensembles normatifs correspondent à des mondes propres dont ils expriment la vision particulière, une vision d'un monde institutionnalisé avec le droit et des mondes autrement régulés ailleurs, dans un foisonnement qui peut être multiple (Alliot 2003) et qui, dans tous les cas, échappe à toute programmation.
- b) Droit et juridicité partagent les mêmes fondements, donc reposent sur les mêmes bases normatives qui sont les normes générales et impersonnelles (NGI), les modèles de conduites et de comportements (MCC) et les systèmes de dispositions durables ou (SDD) mais selon des montages originaux non seulement entre le droit (qui préfère les NGI) et la juridicité mais au sein de ces deux ensembles, comme

le révèle par exemple la comparaison du Droit civil et du *Common law* d'un côté, du *Li* chinois et des *habitus* africains de l'autre.

- c) Ils organisent de manière originale le montage des quatre ordonnancements juridiques que nous avons reconnus dans le schéma N° 1 ci-dessus. Si le droit repose sur un mode imposé en raison de sa conception d'un ordre juridique comme instance particulière, autonome (Le Roy 2009), l'hétéronomie de la juridicité et la diversité des fonctions qu'elle peut remplir, à la lisière du social, du religieux ou de l'économique font qu'elle entendra privilégier l'ordre accepté plutôt que l'ordre imposé dans l'expérience confucéenne ou qu'elle mettra en avant la recherche d'un ordonnancement négocié dans la démarche casuistique de la juridicité musulmane.
- d) Enfin, mais sans doute pas à la fin, la juridicité et le droit reposent sur la convention comme mode commun d'élaboration de la norme/solution. Si, dans l'expérience juridique occidentale d'un droit très largement codifié le principe de l'article 1134 précité représente plus un mode marginal qui intervient d'abord en l'absence d'une règle législative ou réglementaire, ailleurs, là où les normes générales et impersonnelles sont rares ou secondes comme « commandements du prince », l'accord conventionnel de volontés est de règle, (c'est la coutume) même si sa modification est contrainte ou contrôlée.

B. Où chercher la juridicité dans la médiation ?

Je propose de rechercher la juridicité dans trois dimensions complémentaires de l'expérience de médiation.

Tout d'abord, on peut la découvrir à partir des objectifs que se fixent les « médiateurs » (ou « médiés » selon la part plus ou moins active qu'ils prennent à la prise en charge du différend) qui sont de résoudre des problèmes (de vie au quotidien, de cohabitation, de violences psychologiques, etc.) qu'une condamnation judiciaire ne peut satisfaire et non d'invoquer des normes. Pour cette raison,

il faut interroger les *habitus* et les modèles de conduites et de comportements et confronter ceux qui sont usuellement mobilisés dans ce contexte et ceux qui ont été effectivement utilisés. De la reconnaissance de l'écart naît la possibilité d'un dialogue, donc d'une re-connaissance d'un problème que le médiateur favorise mais auquel seuls les « médiateurs/ médiés » pourront apporter une réponse.

Le deuxième foyer de juridicité dans la médiation peut tenir aux procédures typiques mobilisées pour faire avancer la prise en charge de ce problème. Je rappelle pour mémoire que depuis nos travaux sur la négociation dans la justice africaine et dans la justice des mineurs, j'ai proposé de distinguer entre trois phases mobilisant le paradigme de l'argumentation pour aboutir à l'apaisement recherché. J'avais alors utilisé une taxinomie inspirée de l'histoire des institutions grecques pour souligner la spécificité du *modus operandi*: *théoria* ou exposé des problèmes et des arguments, *crisis* confrontation des différentes versions pour faire jaillir la vérité des faits, et *catharsis* apaisement par purification d'un différend dominé sinon réglé.

Enfin, la troisième dimension de la juridicité pourrait être associée aux résultats obtenus, à savoir une conciliation/réconciliation plutôt qu'une condamnation. La médiation n'est pas une justice et donc n'équivaut pas à attribuer à chacun ce qui lui revient. Elle n'applique pas des normes mais relie des intérêts disjoints ou redonne sens à des partages.

Conclusions

Dans un colloque ayant pour objet de « revisiter les relations entre justice étatique et médiation » en l'abordant comme « un enjeu de société », les arguments que j'ai successivement présentés peuvent être ramenés à quatre idées simples.

- J'ai tout d'abord rappelé que la médiation n'est pas de la justice, même douce. Il faut donc être convaincu que, lorsque nous traitons des rapports entre Justice et Médiation nous sommes en face de parallèles qui,

par définition, ne se recourent jamais, ce qu'a voulu vérifier mon premier modèle.

- Ensuite, soumettre la médiation au droit est non seulement inutile mais redondant dès lors qu'on dispose de la juridicité pour mettre en forme et mettre des formes dans les rapports sociaux. On ne doit donc mobiliser le droit (au sens positif) que lorsque les enjeux de reproduction de la vie en société l'exigent absolument.
- Car trop de droit tue le droit, de même que trop d'impôt tue l'impôt. Un droit mal appliqué, détourné ou contourné, voire débordé comme on l'a suggéré ci-dessus, détruit dans l'esprit du citoyen le respect et la confiance que l'on doit avoir dans l'autorité instituante, l'État.
- Enfin, le droit mobilisé mal à propos peut être libéricide et les indices se multiplient selon lesquels cette idéologie gestionnaire que nous avons reconnue, valorisant la simplification, l'uniformisation et l'unification, continue à s'étendre dans tous les domaines de la fonction publique, dont la Justice. S'inscrivant naturellement dans une approche de pluralisme juridique, expérimentant au quotidien les exigences de dynamisme et de complexité inhérentes à la vie juridique contemporaine, la médiation est une réponse particulièrement adaptée à certains types d'enjeux et inutile, voire dangereuse, ailleurs.

Ne craignons pas d'aborder la véritable nature de l'enjeu de société que nous avons travaillé durant ces deux jours, un enjeu qui est politique ou, plus exactement, citoyen. La médiation est en effet d'abord une école de citoyenneté supposant un sens de la responsabilité, des connaissances et compétences, un respect de l'autre et le goût de la décision. Paraphrasant le slogan de recrutement de l'armée coloniale française, je pourrai proposer aux jeunes générations l'objectif suivant : « *Engagez-vous, rengagez-vous dans la médiation, vous y découvrirez de nouvelles expériences de l'altérité et vous pourrez y faire preuve d'altruisme* ».

BIBLIOGRAPHIE

- ALLIOT Michel, 2003, *Le Droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, textes choisis et édités par Camille Kuyu, Paris, Karthala, 400 p., coll. hommes et sociétés.
- AMIEL Claude, GARAPON Antoine, 1987, « Justice imposée et justice négociée dans le droit français de l'enfance », *Actes*, p. 18-27.
- ARNAUD André-Jean (ed.), 1994, *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, Paris, LGDJ, (2^e ed.) 758 p.
- BONAFÉ-SCHMITT Jean-Pierre, 1992, *La médiation, une autre justice*, Paris, Syros-alternatives, 279 p., col. Alternatives sociales.
- BOURDIEU Pierre, 1986, « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64 « de quel droit? », septembre, p. 40 -44.
- CAILLOSSE Jacques, 2011, « La sociologie politique du droit, le droit et les juristes », *Droit et société*, vol. 77, p. 199-206.
- CARBONNIER Jean, 1995, « L'hypothèse du non-droit », *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 8^e ed. p. 23-44.
- CHANOK Martin, 1982, « Men, Women and Courts in Colonial Northern Rhodesia », in HAY Margaret Jean et WRIGHT Marcia (eds.), *African Women and the Law, Historical Perspectives*, Boston, The Boston University Press, col. Papers on Africa, N° VII, XIV, 172 p.
- FAGET Jacques, 1997, *La médiation, essai de politique pénale*, Ramonville-Saint-Agne, Eres, 210 p., col. Trajets.
- GAFFIOT Henri, 1963, *Dictionnaire illustré latin-français*, Paris, Hachette (1^{re} ed. 1934).

- GUILLAUME-HOFNUNG Michèle, 2005, [1995], *La médiation*, Paris, PUF, 128 p., coll. Que sais-je?
- JEUDY Henri-Pierre, 1997, « Politiques de la médiation », *Le Monde*, 14 juin, p. 12.
- KELSEN Hans, 1999, *Théorie pure du droit*, Trad. Frsè de la 2^e éd. par Charles Eisenmann, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 327 p., col. La pensée juridique.
- LEGENDRE Pierre, 1999, *Sur la fonction dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 366 p.
- LEGENDRE Pierre, 2009, *L'autre bible de l'Occident: le monument romano-canonique, étude sur l'architecture dogmatique des sociétés*, Paris, Fayard, 536 p., col. Leçons 9.
- LE ROY Étienne, 1988a « Qu'est-ce qu'un champ juridique? » Communication aux premières rencontres franco-allemandes des anthropologues du droit, in Trutz von Trotha (ed.) *Le Droit dans une perspective anthropologique*, Université de Fribourg en B. (RFA), avril.
- LE ROY Étienne (ed.), 1988b, *La conciliation, instance de règlement des litiges, enjeu professionnel et institutionnel*, Paris, LAJP, 296 p.
- LE ROY Étienne, 1995, « Médiation mode d'emploi », *Droit et société*, vol. 29, p. 39-55.
- LE ROY Étienne, 1999, *Le jeu des lois, une anthropologie dynamique du droit*, Paris, LGDJ, 415 p., coll. Droit et société, série anthropologie.
- LE ROY Étienne, 2002, « La médiation comme "dialogie" entre les ordonnancements de régulation sociale », Younes Carole et Le Roy Étienne (eds.), *Diversité culturelle et médiation, pour quelle société?*, Paris, Karthala, p. 77-100.
- LE ROY Étienne, 2003, « La démarche d'intermédiation culturelle, une expérience au Tribunal pour enfants de Paris, 1996-2002 », in DERPAD, *Protection de l'enfance et diversités européennes*, Paris, Éditions petite capitale, p. 299-310.
- LE ROY Étienne, 2004 « Anthropologie [de la justice] », in Cadiet Loïc (ed.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, p. 42-47.
- LE ROY Étienne, 2006, « In ordinem adducere, ou comment tenter d'imposer, par le droit, "la" civilisation. La mise en ordre de "la justice des indigènes" et le discours juridique colonial en Afrique noire française » *Droits*, vol. 43-1, p. 199-219.
- LE ROY Étienne, 2007a, « Le dédoublement du procès, cérémonie de reconstitution du lien social », in RUDE-ANTOINE Edwige (sous la dir. de), *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Paris, PUF-CURAP, p. 13-30.
- LE ROY Étienne, 2007b, « Le tripode juridique, variations anthropologiques sur un thème de 'Flexible droit' », *L'année sociologique*, 'Autour du droit: la sociologie de Jean Carbonnier', Volume 57, N° 2, p. 341-351.
- LE ROY Étienne, 2009 « Autonomie du droit, hétéronomie de la juridicité », SACCO Rodolfo (ed.), *Le nuove ambizioni del sapere del giurista: antropologica giuridica e traducttologia giuridica*, Rome, Academia Nazionale dei Lincei, Atti dei convegni Lincei 253, p. 99-133.
- LE ROY Étienne, 2009b, « L'intermédiation culturelle judiciaire », in TESSIER Stéphane (ed.), *Familles et institutions: cultures, identités et imaginaires*, Toulouse, Eres, col. Pratiques du champ social, p. 199-208.
- LE ROY Étienne, 2009c, « Violence de la fonction symbolique et institutionnalisation du droit, contribution à une anthropologie de la juridicité et du pluralisme normatif », *Begegnungen und Auseinandersetzungen, Festschrift für Trutz von Trotha*, édités par Katharina INHENTVEEN und Georg KLUTE, Köln, Rüdiger Köppe Verlag, p. 12-30.
- LE ROY Étienne, 2011a, « La révolution de la juridicité, une réponse aux mondialisations ». *Communication au 2^e ENADIR*, Université de Sao Paulo, août 2011.
- LE ROY Étienne, 2011b, *La terre de l'autre, une anthropologie des régimes d'appropriation foncière*, Paris, LGDJ.
- LE ROY Étienne, 2011c, « Apports de l'Afrique à la médiation communautaire. Quand le conflit doit rester

- «entre soi» », in Iula Emanuele, Marineau Jacqueline (dir.), *Face au conflit, les ressources anthropologiques, sociologiques et théologiques de la médiation*, Paris, Centre Sèvres, Facultés jésuites de Paris, Médiasèvres 2012, col. «éthique», p. 41-60.
- LE ROY Étienne et VON TROTHA Trutz, (eds), 1993, *La violence et l'État, formes et évolution d'un monopole*, introd. de J. Lombard, Paris, L'Harmattan, 272 p.
- LÉVI-STRAUSS Claude, 1958, «Place de l'anthropologie dans les sciences sociales», *Anthropologie structurale*, Paris, Plon, p. 377-418.
- NICÁCIO Camila, 2011, «La médiation: un projet de société? Aux origines du Forum de la société civile sur la médiation (FSCM)», *Cahiers d'Anthropologie du Droit 2010*, 'Pratiques citoyennes de droit', Paris, Karthala, p. 193-212.
- RÉGNIER André 1971, «Mathématiser les sciences de l'homme?», JAULIN Robert et RICHARD Philippe, (eds.), *Anthropologie et calcul*, Paris, UEG, 10-18 col. 7, p. 15-37.
- ROULAND Norbert 1989, «Penser le droit», *Droits*, vol. 10-1, p. 77-80.
- VEYNE Paul, 2007, *Quand notre monde est devenu chrétien (312-394)*, Paris, Albin Michel, 319 p., col. Bibliothèque Albin Michel des idées.

ENTRE MÉDIATION ET DROIT¹, LES ENJEUX D'UNE BONNE INTELLIGENCE

GILDA NICOLAU*

« Nous aurions pu être des créatures incapables d'empathie, insensibles à la douleur et à l'humiliation des autres, indifférents à la liberté, et – ce n'est pas moins important – incapables de raisonner, d'argumenter, d'être en accord ou en désaccord... La présence forte de ces traits dans les vies humaines ne nous dit pas quelle théorie de la justice il faut choisir, mais elle nous dit que la quête de la justice est difficile à anéantir de la société humaine, et peu importe que nous la menions de façon différente ».

Amartya Sen²

L'expression publique des conflits diffusée par les médias ou étudiée en sciences humaines, apporte aux juristes un questionnement récurrent sur la manière de les réguler. Plus profondément, ce qui se dessine sous le terme médiation cherche à prendre en charge le soin du

lien social sans porter atteinte aux libertés publiques consacrées, voire en les renforçant. Les propositions de plus en plus diversifiées de contribuer à la justice sociale, ont provoqué un brouillage des repères pour l'action. Aux conflits sociaux, sont venus s'agréger des dilemmes apportés par les différences de culture et de valeurs, révélatrices au final de l'écart entre les attentes sociales en mutation et des institutions ne pouvant plus répondre à certaines demandes de justice. On notera que ce désordre a sa face vertueuse, dans un souci partagé en droit et en sciences humaines, de caractériser les problèmes émergents, en particulier lorsqu'ils résultent de l'aspiration à plus de démocratie et de reconnaissance de libertés et droits fondamentaux. La capacité à établir un monde commun plus juste, et laissant place à l'invention culturelle et la diversité, repose sur un champ de recherche associant plus étroitement sciences humaines et science juridique. La recherche juridique a elle-même contribué à l'entretien d'une dichotomie entre l'État et la société, et à l'institution pérenne de l'individu économique placé seul en face de l'État personnifié garant de ses « droits subjectifs ».

Partis de la société civile, les divers mouvements identifiés sous le signe de la Médiation résultèrent d'abord d'une réaction contre les exclusions sociales et juridiques

* Professeure à l'école de droit de la Sorbonne. Mes très sincères remerciements à Franck Alvarez-Pereyre dont les critiques constructives m'ont permis de rendre ce texte plus lisible ainsi qu'à Leandro Varison et François Morvan, qui ont réalisé le travail éditorial dans le même esprit.

1 Il s'agira de distinguer Droit et Médiation comme concepts, de leurs manifestations instituées dont deux plus particulièrement serviront d'étalon d'identification des distinctions: les instances actuelles de la médiation des conflits, et les instances juridictionnelles (judiciaires essentiellement). Cet article tend à moduler la manière dont les processus de droit naviguent entre des instances de production normative nombreuses, qu'elles soient officialisées ou occultées, où tous les acteurs, tant arbitres, conciliateurs, médiateurs, juges que justiciables, procèdent à des ajustements permanents. Je nommerai Droit l'ensemble de ces processus et productions juridiques. Pour un choix différent, Étienne LE ROY, « Place de la juridicité dans la médiation », ce volume.

2 *L'idée de justice*, Flammarion, 2009, p. 490.

de groupes de populations. Dans le même temps, un mouvement critique se profilait face à l'insuffisance et aux limites des réponses de la justice institutionnelle, quant à la création, la protection, l'entretien des liens sociaux. C'est à ces fonctions que vont s'attacher les institutions parfois spontanées de pratiques, de formations, et d'organisations en réseau, dont le plus large en France est le Forum de la société civile pour la médiation représenté à ce colloque par plusieurs de ses membres.

En mettant l'accent sur les liens concrets entre personnes, la médiation permet également de renouer avec l'idée d'interdépendance des relations humaines, et de revisiter la manière dont les institutions qui se veulent démocratiques, pensent et mettent en œuvre la solidarité et la redistribution. Se plaçant dans une démarche d'anthropologie du droit, qui implique de partir des attentes, des besoins humains et des pratiques sociales, et donc de la diversité culturelle et dynamique à l'œuvre, on assiste à la configuration de ce que l'on peut appeler un « esprit de la Médiation », comme il existe de longue date pour les juristes, un « esprit des lois ».

Droit et Médiation semblent avoir existé depuis toujours³ quoique ces concepts aient connu de multiples variations dans le temps et dans l'espace. Les normes qui sont posées pour en encadrer et caractériser les pratiques, s'adosèrent dans un premier temps au système du droit officiel, dont les repères servirent de point de départ à l'élaboration d'alternatives. Puis, ce temps dépassé, il s'agit de repenser ces diverses manières de faire droit, l'une ou l'autre pouvant tenir lieu selon les conflits, et les cultures, de paradigme dominant. Un certain recul est donc désormais possible. Ainsi, les travaux de terrain et les expériences rapportées

depuis quarante ans, attestent que ces champs normatifs coexistent et s'altèrent ou s'interpénètrent mutuellement. Des pratiques de médiation se développent en Europe et en Amérique depuis les années 1970 et leur champ d'application ne cesse depuis de s'étendre⁴ au contact, et en grande part, en opposition, au droit des institutions étatiques, dont la production serait trop monologique et autoritaire. Dans le même temps, l'État et les institutions *supra*-étatiques cherchent à en contrôler les manifestations et les dérives « sauvages », tant pour asseoir leur pouvoir normatif, que pour sécuriser les relations sociales et garantir aux citoyens-justiciables leurs droits acquis. Dans ces situations de concurrence, et particulièrement si celles-ci ont lieu sur le marché du droit, la « récupération » semble encore se faire au prix élevé d'une réduction et d'une instrumentalisation de la médiation voire d'une harmonie imposée⁵. Persévérer dans l'effort de conceptualisation vise donc à contribuer à la visibilité et la valorisation des « bonnes pratiques » quelle qu'en soit la source, au sens de leur adéquation et de leur efficacité, pour le bien vivre ensemble.

Or c'est désormais une vulgate que de constater à quel point le succès du terme médiation a permis de qualifier toutes sortes de situations où un tiers s'interpose, pour diverses raisons, entre des personnes présentes ou absentes, en relation vécue ou non. D'entrée de jeu, traiter conceptuellement de la médiation dans ses relations avec la justice, en prenant le conflit pour entrée, comme je le fais ici, permet d'exclure notamment du champ de cette étude, les pratiques de médiations corporelles (médicales ou « alternatives »), culturelles (des musées)⁶, culturelles

3 Jean-Pierre BONAFÉ-SCHMITT, Dossier la médiation, Présentation, *Droit et sociétés*, n°29, 1995, p. 1. <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds029/ds029-01.htm> dans le même dossier, Étienne LE ROY, « La médiation, mode d'emploi », <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds029/ds029-04.htm>. Jacques FAGET, « La double vie de la médiation », Paris, L.G.D.J., *Droit et société*, numéro 29, 1995. <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds029/ds029-03.htm>.

4 Jacques FAGET, *Médiations, les ateliers silencieux de la démocratie*, Trajets Eres, 2010, p. 14. Hélène PIQUET, « La médiation populaire en Chine : accès à la justice ou harmonie imposée ? » Ce volume.

5 Hélène PIQUET, « La médiation populaire en Chine : accès à la justice ou harmonie imposée ? » Ce volume. Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation à la croisée des chemins », ce volume. Également, Laura NADER, « Harmonia coerciva. A economia política dos modelos políticos », RBCS n°26, ano 9 outubro de 1994, p. 18 et ss.

6 Et quoique le terme médiation culturelle caractérise également les situations de conflits inter-ethniques ou inter-communautaires, sur

(entre les dieux et les hommes – quoique les rituels de justice en gardent les traces historiques), ou celles qui se développent dans le domaine des médias et de l'art...⁷. Pour autant, loin de limiter la Médiation au traitement d'un des aspects, ou d'une des dimensions du conflit, sa traduction en termes économique par exemple, notre propos tend à en examiner les enjeux pour une vision plus globale des pathologies du social.

Mon propos est situé dans le champ de la justice française ou européenne, et du traitement des questions de justice traversées par les problématiques à la fois récurrentes et en constant renouvellement. Conflits en, et entre, entreprises, souffrance au travail, dépendance économique dues aux déracinements, maltraitements institutionnels (familiales, scolaires, hospitalières...), conflits intercommunautaires... Tous appellent à la nécessité d'ajustements cognitifs et normatifs lorsque la domination interrelationnelle devient insupportable et dommageable. Parce qu'il en est consubstantiel, (pas de conflit en dehors d'un lien vécu ou virtuel), le conflit permet de replacer la production et la réalisation du droit au sein de la relation à l'autre (personne ou institution) et par conséquent de réintroduire la question de l'Autre au fondement du droit⁸.

Ainsi, chercher à conceptualiser la Médiation, au-delà de ses innombrables manifestations, mène (ou contraint si l'on considère son développement idéologique

fond d'assignations, replis et revendications identitaires, qui intéressent la Médiation dite sociale.

7 Peu de place sera accordée à la psychanalyse dans ce propos, bien qu'une comparaison avec la Médiation et la pratique de la médiation des conflits, paraisse s'imposer, mais je lui emprunterai parfois ses expressions heureuses. La médiation porte très certainement aussi sur des désirs refoulés occultés derrière d'autres demandes (d'ordre juridique par exemple) et qu'il faudra faire advenir par une activité de langage. Le conflit peut exister déjà en la, ou les, personnes (principales) intéressées. Car comme processus d'émergence du droit, elle est avant tout tierce de deux instances plus exogènes : l'autre, ou médiant personnifié par ses groupes de référence, et le grand Autre, monde du commun représenté par l'État, le Cosmos, Dieu, la Vie...

8 G. NICOLAU, G. PIGNARRE, R. LAFARGUE, *Ethnologie juridique autour de trois exercices*, Dalloz, coll Méthodes du droit, 2007, pp. 45-53 et pp. 182-189.

et réel) à repenser l'idée d'alternative (en ce qu'elle subordonne en soi un mode de justice à un archétype de justice légitime), pour faire place à un autre droit à travers d'autres manières de le produire. Ceci permet par exemple de revenir sur les composantes de la juridicité⁹, afin de considérer la complémentarité de la contrainte interne (du groupe, de l'individu sur lui-même), et externe (loi, jugement), qui en font la spécificité. La médiation contribue au dévoilement des ensembles normatifs qui régissent une situation, ce qui prend forme avant tout dans le langage, parfois à distance des définitions formelles¹⁰. Le paradigme dominant dans la justice institutionnelle laisse encore peu de place à la justice amiable, ou au droit souple, comme s'ils relevaient d'autres sphères de justice, où l'État verrait ses pouvoirs arrêtés. La négociation assistée, désormais formalisée dans la loi, relève davantage de la « loi » du marché. Entre les demandes de plus ou moins d'État par rapport à ces configurations, je tâcherai de dégager – à la lumière d'un certain nombre de différences de principes et de degrés — le sens que prend chacune d'entre elles dans les scènes identifiées de justice ; puis à partir de ces Médiations au sens large, de dégager un sens strict, révélateur du paradigme émergent.

Entre extérieur et intérieur, particulier et commun, individuel et collectif, autoritaire versus protecteur/libre..., la Médiation est à l'œuvre, Médiation dont la partition et la répartition des pouvoirs, et le rôle de la rhétorique juridique ou son dépassement modulent les différences entre les pratiques. Entre exogénèse et endogénèse de la production juridique, la médiation permet de nouvelles mises à distance, par la maîtrise de la production dialogique du droit, où les justiciables-médiants eux-mêmes deviennent acteurs et actifs, et prendront seuls leur décision de justice. À cet égard, la potentialité subversive de ce retournement du pouvoir et de la responsabilité sur les acteurs est telle, que les dérives pratiques possibles ne manquent pas d'être invo-

9 J'emploie ce terme dans son sens le plus large du fait d'être juridique.

10 Desquelles il s'échappe sans peine, en dépit de l'influence incontestable du positivisme étatique, sur les juristes tout au moins !

quées. Au secours d'une démarche généreuse et périlleuse, et alors même que les garanties fondamentales d'une bonne justice occupent une part non négligeable des préoccupations des juristes, des chartes de bonnes pratiques voient le jour. L'esprit de la Médiation se formalise, rendant plus transparent (ou moins opaque) le projet de société qui s'en dégage en creux. Ce projet conçoit la médiation comme la capacitation des personnes à décider de leurs comportements, en tenant compte de la complexité et la multiplicité des ordonnancements juridiques auxquels ils participent. L'institutionnalisation¹¹ des pratiques de médiation vise à les y aider, notamment lors des conflits, mais également pour créer les liens réels.

Les scènes de médiation, qui se développent ou non au sein d'institutions de l'État, diffèrent de celles-ci par leurs objets, procédures et processus. Elles n'en relèvent pas moins du droit. Les pratiques de médiation interviennent sur les accidents de la socialité, dans les relations concrètes, où les médiateurs ont de multiples affiliations et appartenances, et par conséquent de multiples référents normatifs. Les personnes âgées par exemple, aspirent comme toute personne à avoir des liens sociaux et à ne pas être isolées. Les réponses de l'État ne peuvent combler cette aspiration légitime (ni le devoir de fraternité et de solidarité décrétés, ni les services sociaux n'y suffisent).

Pour envisager les types d'obligations qui régissent et sanctionnent la fabrication communautaire et/ou spontanée des liens sociaux, j'aurai recours à la théorie du don¹², dans ses manifestations contemporaines. Je pose l'hypothèse que la médiation est à l'œuvre dans les trois domaines qui y sont distingués : État, marché et socialité, et que du droit y est à l'œuvre, officiel ou invisible, permettant à ceux qui en possèdent les grilles de lecture, de démêler seuls les rapports entre leurs attentes et leurs choix. Or si les droits produits par l'État ou le marché,

du fait de leur sophistication, nécessitent une expertise et donc l'assistance d'un expert, celui des relations de personne en appelle à l'appartenance, et au besoin (ou au « droit à », nous le verrons) d'une participation pleine et entière à l'édification du projet collectif. C'est en cela que promouvoir la médiation relève du projet de société. Les pratiques de médiation visent à l'émergence des attentes occultées, en vue de la prise en charge des conflits de la communication de ce qui circule, pour permettre l'élaboration des liens, et des places sociales, dans d'autres économies de la grandeur¹³. La compétition de générosité à l'œuvre dans les théories du don, qui peut avoir un versant violent et pervers, peut également s'exprimer en d'autres termes, comme une « lutte pour la reconnaissance ». Cette formule, que l'on doit à Hegel, emporte aujourd'hui un réel succès grâce notamment aux philosophes héritiers de l'école de Francfort, tel Axel Honneth¹⁴.

Ces théories, ainsi que celles développées par le Mouvement anti-utilitariste en sciences sociales (M.A.U.S.S.), serviront d'appui à l'objectif de dresser une liste – non exhaustive – des apports de la Médiation au Droit, tant par ses objectifs, son paradigme, que par la méthodologie qu'ils impliquent, et d'en collecter les potentialités et les limites. Il s'agira de considérer leur bonne intelligence aux deux sens du terme : conceptuel et linguistique, pour révéler sa nature politique. Penser la Médiation avec le Droit revient en effet à ne pas dissocier, opposer, ou occulter des pratiques de droit par rapport à d'autres. De manière pragmatique, il y a lieu au contraire de confronter leur caractère opératoire, dans ce contexte de développement, le mythe dût-il en souffrir un peu. Les deux premières parties s'attacheront d'une part à souligner son objet qui est le lien social¹⁵ dans

11 On parlera plutôt d'institution de la médiation par la société civile et d'institutionnalisation par l'État.

12 Au sens des travaux développés depuis plus de vingt ans autour du Mouvement anti-utilitariste en sciences sociales (M.A.U.S.S.).

13 Donner, par aspiration à la considération et au respect, par élan pour se réaliser dans la vie comme œuvre collective.

14 Pour un rapprochement entre la théorie de la reconnaissance d'Axel Honneth et celle de Nancy Fraser, Geneviève PIGNARRE, « À propos de la justice sociale, de Nancy Fraser à Axel Honneth », *Jurisprudence-Revue critique* 2011, Université de Savoie, pp. 101 et ss.

15 Cette entreprise vient essentiellement des sciences humaines et de la sociologie et l'ethnologie en particulier. L'anthropologie du droit

la pratique juridique (I - L'intérêt pour le lien social dans la pratique juridique); et celui de conceptualiser le droit au regard de cette donnée (II - L'apport de la Médiation à la conceptualisation du droit). À l'appui des objectifs et des réalisations identifiés comme relevant de la Médiation, et de l'hypothèse du pluralisme juridique, je tâcherai alors d'en caractériser l'enjeu majeur (III La médiation comme ouverture à la complexité des conflits).

I. L'intérêt pour le lien social dans la pratique juridique

Irréductible à l'accord sur des conduites à venir qui en sera une éventuelle conséquence, une médiation ne saurait davantage être engluée dans le colloque singulier. L'intérêt est pour le lien social vécu, l'aptitude à la convivialité, et à l'alliance, bien au-delà du lien interpersonnel dans sa seule dimension défensive ou contractuelle. Elle englobe également les obligations socialement organisées en vue de la distribution de la considération et de la reconnaissance dans les interactions de groupes et d'individus. Au lieu de passer par « le mythe de l'adaptation du droit au fait », l'intérêt se porte sur le lien réel (A). Le processus de médiation crée une dynamique entre la factualité immédiate du conflit et les voies de son dépassement. C'est un travail de recherche sur le droit qui ne dit pas son nom. Il tend également à démêler les ambiguïtés consécutives à l'occultation des « grammaires du social » dans l'utilitarisme (B), et à articuler les logiques juridiques *in situ*, en vue d'une attention particulière et approfondie aux conflits où les relations personnelles sont centrales (C).

A - Le souci du lien réel

Pour comprendre la spécificité de la médiation judiciaire ou extra-judiciaire, il faut d'abord en passer par l'enjeu essentiel de cette dernière qu'est l'aptitude à créer et

faisant elle-même un pont entre droit et sciences humaines. Cf. Ana Lúcia PASTORE SCHRITZMEYER, « Médiation culturelle, anthropologie, droit et justice étatique au Brésil : un champ dialogique en construction », ce volume.

entretenir des liens réels¹⁶. Ici, l'appartenance symbolique à une nation, en vertu d'un contrat politique d'adhésion, laisse place aux appartenances vécues (où le nationalisme et la confiance en l'État peuvent prendre place par ailleurs). Or de ce point de vue, une toute petite part du droit institutionnel est à même de proposer un tel traitement, tout simplement parce que l'État s'est construit contre les communautés, instituant l'individu et l'homme des droits à l'écart de leurs appartenances, et parce que, si ses institutions sont amenées à connaître des liens interindividuels, elles sont désarmées, et à juste titre, pour les traiter par la contrainte. De manière générale, en dehors des obligations familiales, les obligations de faire et de ne pas faire se résolvent en argent. De rares décisions de justice cherchant à aller au-delà, en contractualisant les obligations sexuelles par exemple, que ce soit au titre des obligations du mariage ou de celui du calcul du préjudice d'agrément, confinent au ridicule. La médiation vient donc occuper un espace laissé vacant par le système juridique officiel. En se plaçant à la racine du pluralisme juridique, elle interroge le risque ou la tentation totalitaire des personnes ou des systèmes juridiques, en les mettant en examen.

La violence des relations sociales dont l'explication n'est pas réductible à une jungle vide de droit, trouve en sciences sociales, des explications anthropologiques. Selon les théoriciens du M.A.U.S.S, le don, identifié depuis une vingtaine d'années comme « toute prestation de bien ou de service effectuée, sans garantie de retour, en vue de créer, nourrir ou recréer le lien social entre les personnes¹⁷ », régnerait encore en maître dans la sphère de la *socialité primaire*, où « les relations entre les personnes sont réputées l'emporter ou devoir l'emporter en importance sur les rôles fonctionnels qu'elles jouent¹⁸ ». Ainsi, tout ne s'écoule

16 Pour une description fine du lien juridique pensé à partir des catégories du droit formel, Emmanuel JEULAND, « L'énigme du lien de droit », RTDCiv, 2003, pp.455 et s.

17 Cf. Jacques T. GOUBOUT, *L'esprit du don*, Paris, La Découverte, 1992, p. 32.

18 Cf. Alain CAILLÉ, *Anthropologie du don*, Paris, La Découverte, 2007, p. 86 et 87.

pas « dans le moule du marché et du contrat¹⁹ ». S'il y a du calcul et de l'intérêt, il y a également de l'obligation et de la spontanéité, de l'amitié et de la solidarité.

L'*Essai sur le don* de Marcel Mauss n'a cessé de fasciner et de susciter le rejet tant il est riche de l'énigme de la condition humaine. La théorie du don a fait l'objet de nombreuses critiques juridiques et anthropologiques allant de la prétendue confusion entre don et échange²⁰, à l'impossibilité pratique de sa réalisation sauf virtuosité exceptionnelle²¹. Une analyse pure et conceptuelle interdirait d'être à la fois libre et obligé, intéressé et désintéressé, ou que le don soit gratuit s'il y a chance de retour²². Pierre Bourdieu a joué un grand rôle dans l'entreprise de lecture économique des échanges humains ; et bien qu'il donne une place essentielle à la notion de capital symbolique, par définition immatériel, il ne se départira pas d'une lecture « économiste » de la relation humaine. Or, on pourrait poser la thèse symétrique de « la lutte pour la reconnaissance comme le fait social premier et primordial, et l'accumulation (ou la dilapidation) des divers types de capital comme autant de moyens et de moments de cette lutte »²³. Il est impossible de rendre compte ici de la richesse des contributions intellectuelles auxquelles les juristes francophones ont à ma connaissance peu participé. Une piste que tente d'ouvrir ce propos, et qui est pourtant largement inspirée par le travail de Pierre Bourdieu autour du concept d'habitus, repose sur l'existence de différences de degrés dans la contrainte juridique, du fait qu'elle peut être intériorisée, et appropriée, au sens de « faite personnelle », en éthique et en raison. Je

reviendrai sur cet élément au sujet de la contribution de la Médiation aux questions de pathologies du social.

Alain Caillé, et avec lui les auteurs qu'il réunit autour du projet du M.A.U.S.S., répondent à ces critiques de manière convaincante. Le prisme de la Médiation donne à voir leur caractère opératoire en pratique. Si l'intérêt égoïste cohabite avec l'amour et la grâce, il suffira que ces derniers aient une petite longueur d'avance. L'auteur va plus loin en soutenant que des notions aussi opposées en apparence que liberté et obligation sont au contraire induites l'une par l'autre²⁴. Il établit notamment une distinction entre *intérêt pour* (le lien) et *intérêt à*²⁵ est encore dans un pas de caractère trop grand. Alors que le premier, d'ordre affectif et émotionnel, serait lié à ce que l'on pourrait également nommer « le sens-ou/et l'élan- de la vie », le second le serait à « l'instrumentalité de l'action » qui permettrait le calcul stratégique pour la survie et la richesse matérielle (qualifié d'intérêt égoïste ou matériel). Il me semble possible également de distinguer l'intérêt pour soi, pour l'autre et pour le groupe d'appartenance (pouvant être le monde)²⁶. Selon cette conception utilitariste, comme le soutiendra également Mary Douglas²⁷, une fois considéré l'intérêt comme le mobile des actes, on ne pourrait aucunement démon-

19 *ibidem*, p.9.

20 Alain TESTART, *Critique du don, essai sur la circulation non marchande*, Syllepses, coll. Matériologiques, 2006.

21 Ainsi, Jacques DERRIDA, *Donner le temps*, tome I, Paris, Galilée, 1991, p. 21-23. Denis DE BÉCHILLON, « La gratuité dans le doute », *Mélanges Paul Amsleek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 66 et s.

22 Camila SILVA NICÁCIO, *Médiation et émergence du droit : pour un paradigme de la complexité juridique*, Thèse droit Université Paris 1, Nicolau Gilda (Dir), 2012, pp. 353-355.

23 Alain CAILLÉ, « Reconnaissance et sociologie », *La quête de la reconnaissance*; *op. cit.* p. 192.

24 Bref que la liberté et la justice sont des questions de droit. Argument qui ne peut que séduire un juriste.

25 Il présente par la suite, quatre types distincts « d'intérêt », qui, en raison de l'aveuglement généré par le paradigme individualiste, tendraient à se réduire à un seul, l'intérêt instrumental. Ces intérêts sont les suivants : « l'intérêt à » n° 1 (instrumental, stratégique, égoïste – intérêt pour soi) ; « intérêt à » n° 2 (intérêt à obéir passif, intérêt-obéissance) ; « intérêt pour » n° 1 (intérêt pour autrui) et « intérêt pour » n° 2 (intérêt pour une activité plaisante, intérêt passionnel). Don, intérêt et désintéressement, *Bourdieu, Mauss, Platon et quelques autres*, Paris, La Découverte, 2005, p. 244.

26 Il fut un temps, en droit français, où la stipulation ne pouvait se faire que pour autrui et pour soi à la fois. Article 1121 du code civil français : « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter ».

27 « Il n'y a pas de don gratuit », *Comment pensent les institutions*, La Découverte, Poche, 2004, pp. 201 et ss.

trer qu'il existe de dons désintéressés. Mais il se peut alors, que ce soit l'objet de l'intérêt qui diffère, et cela suppose de rompre avec une lecture des relations, soluble dans la pensée du marché, comme dans un individualisme substantialiste.

L'emprise du capitalisme limitée dans les domaines des valeurs indisponibles pour le marché, a contribué à l'accroissement et à l'accumulation de richesses permettant un système de redistribution inédit. L'institutionnalisation de la solidarité par l'État a produit une logique et une grammaire des droits, sans que d'autres modalités du vivre-ensemble ne cessent de s'inventer, hors scène officielle. Ainsi, l'exigibilité apportée par la contractualisation des obligations, même institutionnalisées (le mariage, le travail, la filiation...), contribue à pervertir la logique du don, et à créer des conflits.

B. Grammaire des droits versus grammaire du don

À la rationalité economiciste et formelle, s'adosent des théories de justice à la fois humanistes et adaptées aux situations vécues. La persistance de relations de don dans les sociétés modernes tient au constat que les relations d'interconnaissance et de réseau n'ont pas disparu, mais se réinventent, au cœur de la société comme au niveau des plus hautes instances de l'État. L'attrait du plaisir du don, même dans les relations fonctionnelles²⁸ n'aurait pas disparu non plus. Présenté comme un tiers paradigme entre holisme et individualisme, le don se dévoile tout d'abord comme l'opérateur de la socialité primaire, celle des relations de face à face, dans une double dimension d'alliance et de rivalité. Ce domaine ne se résout pas dans l'emprise de l'État, dont le pouvoir est autolimité dans la reconnaissance des libertés publiques et de la liberté de la vie privée. En effet, le traitement des conflits individuels de valeurs est pris en charge par les institutions étatiques en termes de droits (*de* ou *à*), et dans une logique formelle. La neutralité du droit et l'égalité des citoyens devant la loi en sont le pré-texte. En outre, il est constant que l'État démo-

cratique ne s'occupe ni d'amour, ni d'amitié, ni de convivialité où la contrainte imposée n'est pas de mise. Pour autant, les liens sociaux se développent et s'éteignent au sein des familles, des entreprises, des associations, des communautés de tous ordres. En théorie du droit, la dichotomie entre l'obligation de donner et celle de faire a également fait l'impasse sur l'obligation de *praestare*²⁹ au profit des liens réels. En outre, il est constant que l'exigibilité contractuelle de l'obligation de faire (ou de ne pas faire) ne peut se résoudre qu'en termes économiques³⁰ – ou en abandonnant cette modalité de justice. Par exemple, on considère que l'obligation d'exercer ses fonctions parentales ne saurait être remplacée par de l'argent. Ce qui reviendrait à penser qu'un père et un baby-sitter sont interchangeables. Que dire du harcèlement sexuel ? Il est constant que l'échange très intime que suppose une relation sexuelle ne peut relever que de la grammaire du don et de son encadrement normatif variable selon les sociétés. Les conflits interculturels sont légion en ce domaine. L'inverse du don est la prédation. Et celle-ci, en la matière, relève de l'esclavage sexuel, ou du proxénétisme et appelle à la sanction juridique. Ce n'est plus une question de morale sexuelle mais de droit. Les employeurs cyniques qui tolèrent le harcèlement ou s'y adonnent commettent un « vol de générosité », et un très mauvais calcul économique. De la même façon, dans la lutte pour la reconnaissance (de ce que l'on fait et de ce que l'on donne d'incalculable : de sa personne) la traduction du dommage en argent (les dommages intérêts), participe aussi de la réification³¹ des personnes. L'impression de « se faire avoir »

29 « L'obligation de *praestare* s'identifie à l'obligation caractéristique des contrats qui organisent le transfert d'usage d'une chose, c'est dire qu'elle s'adresse en réalité aux contrats qui sont conclus en vue de mettre un bien à disposition d'autrui », Geneviève PIGNARRE, « À la redécouverte de l'Obligation de *praestare*. Pour une relecture de quelques articles du code civil », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, janv-mars, pp. 41-76. Citation p. 50.

30 La contrainte par corps est actuellement et heureusement réservée au droit pénal.

31 Ici transformation en choses. Axel HONNETH, *La réification, petit traité de théorie critique*, NRF essais, Gallimard, 2007.

28 Celles où la fonction importe plus que la relation singulière.

ou de se faire acheter qui relève de l'échange marchand, tient autant au mépris du travail accompli et de la manière dont il est accompli, qu'aux contredons de reconnaissance attendus et non reçus. Le don de soi, qui permet aussi d'aimer faire son travail, en y créant de l'appartenance et de la convivialité, attend, outre un salaire, des contre-dons symboliques et honorifiques. Cette créance de « considération » est occultée et noyée dans les calculs purement économiques, instrumentalisée dans les logiques managériales.

En dépit des déclarations de droits de l'homme ou des droits fondamentaux, c'est bien du côté de ce que l'on donne, que peut s'évaluer la reconnaissance, que ce soit en termes économiques ou que cela relève de la part inestimable du don. La reconnaissance de ce que l'on est conduirait à une demande insatiable et infinie, si elle ne s'arrêtait pas à ce que l'on peut donner en retour. D'où la nécessité d'encadrer les demandes de justice et de réhabiliter les grammaires de la socialité. À cet égard, la logique formelle, sous couvert de libération des individus des liens communautaires oppressifs, brouille également celle de la responsabilité morale et de l'engagement public. Ce que l'on a appelé la contractualisation de la société est moins un avènement de la justice négociée, où l'on négocie des intérêts plus que du sens, que l'oubli de la durée publique. C'est de la vie en commun dont il s'agit plus que de l'absence de désordres publics. La logique des obligations exigibles ne peut exister qu'en creux devant celle des obligations positives de s'occuper des liens, en droit souple ou en liberté.

Le droit étatique saisi par le marché produit ainsi deux outils qui vont venir contrarier les grammaires de la convivialité et de la socialité : l'exigibilité et l'exit³² généralisé. L'exigibilité, caractéristique de la relation d'échange économique formalisée dans le contrat, même si elle est soluble dans l'argent, obéit à une logique conflictuelle entretenue. La logique des droits qui y est à l'œuvre est un rapport de forces, où la force du droit est prêtée au plus diligent ou au mieux conseillé. Le droit de la responsabilité devient

dépendant du fait même du dommage. Les pratiques de médiation à cet égard se situent du côté des procédures de justice restauratrice, plus connues du pénal surtout lorsque le point de non-retour de la destruction de la société civile est atteint. Dans les juridictions des mineurs, et ici et là, au sein d'expériences pilotes, des mesures réparatrices du lien sont pensées et mises en œuvre, en dépit des habitudes punitives et des contrôles gestionnaires de l'argent public.

L'exit généralisé permis par le lien de type contractuel entre également en contradiction avec l'obligation d'entretenir les liens et de veiller à leur qualité. Les pratiques de médiation, en s'appuyant sur cette liberté de choisir ses chaînes, ne peuvent donc sans contradiction être assujetties à l'obtention d'un accord, au mépris de la liberté d'opinion, de conscience et d'expression, qui permettent au contraire de vivre ensemble en dépit de nos désaccords. Vivre dans le conflit est douloureux et peu propice à l'épanouissement personnel et social ce qui n'implique pas pour autant un devoir de trouver l'harmonie à tout prix. Au contraire, avoir la possibilité de choisir ses relations et d'abandonner les liens oppressifs, au lieu de nuire à leur qualité, la favoriserait. En ce sens, la médiation ne peut être qu'un engagement libre.

En définitive, c'est à la fonction anthropologique du droit que ramènent les travaux qui tendent à démontrer que tout n'est pas contractuel dans le contrat, que tout n'est pas utilitariste dans les rapports sociaux, que tout n'est pas séduction intéressée dans le langage. Bref, qu'il y a de la gratuité parce qu'il y a de la liberté (*free* en Anglais pour les deux termes). Le paradigme dominant, qui a érigé le droit et l'État comme consubstantiels l'un de l'autre, et a institué un système de justice adversariale³³ fondé sur l'abstraction des relations sociales, dans la théorie du contrat social notamment, a contribué à occulter ce qui en constituait l'énergie et la part concrète et créative. Les usages et les coutumes, plus vivaces à la campagne qu'à la ville instituent pourtant aussi sûrement un sens de l'honneur et de

32 Possibilité de s'extraire librement d'une relation.

33 J'utilise un anglicisme pour signifier le fait de considérer *a priori* autrui comme une adversaire ou un ennemi potentiel.

la responsabilité de ne pas se retrouver devant un gendarme ou un juge. Cette aristocratie justiciable d'instances de justice moins infantilisantes ferait aussi mentir les tenants de ce que la justice informelle des nouvelles maisons de justice et du droit, où la médiation aurait davantage droit de cité, serait une justice des pauvres. Au contraire, la juridictionnalisation de la société pourrait laisser croire que nous sommes envahis par une pensée utilitariste, ou programmés par le paradigme néo-libéral ayant globalement imprégné nos manières de vivre et de penser le droit.

Ainsi, l'oubli de la grammaire du don serait aussi celui de la reconnaissance primordiale qui en appelle à la communication non verbale première entre l'enfant et ses premiers attachements. En soutenant que la reconnaissance précède la connaissance, Axel Honneth pointe également, me semble-t-il, un point essentiel de la mise en commun recherchée en médiation. Le médiateur va permettre en reformulant des choses, de faire advenir ce que l'on ne parvient pas à dire à une personne avec laquelle les affects sont trop puissants. C'est dans le domaine de la psychologie du développement humain, que Honneth va asseoir son affirmation de l'antériorité de la reconnaissance. Il ne s'agit plus ici d'un principe de nature juridique qui consisterait à poser une règle d'équivalence, mais bien d'une donnée identitaire intrinsèquement liée à l'apparition de l'échange par le langage. Ainsi, affirme-t-il³⁴ :

Dans l'ontogenèse, c'est-à-dire dans le processus du développement de la pensée observé de façon chronologique, la reconnaissance doit précéder la connaissance... Si les recherches sur lesquelles je me suis appuyé sont justes, le processus de formation de l'individu implique que le jeune enfant doit d'abord s'identifier à la personne privilégiée de son environnement, qu'il la reconnaisse au sens émotionnel du terme, pour ensuite pouvoir parvenir, en adoptant sa perspective, à une connaissance de la réalité objective.³⁵

34 À la faveur d'une synthèse des écrits de Piaget et Mead, de Davidson et Freud, ou de Lukács.

35 Axel HONNETH, *La réification, petit traité de théorie critique*, nrf essais Gallimard, Stéphane Haber trad., 2007, p. 61. *La lutte pour la*

Axel Honneth met en exergue, contrairement à d'autres auteurs, l'importance de l'affect sur l'accès de l'enfant à la pensée. C'est à partir de ses premières expériences d'attachement que le jeune enfant découvrira son aptitude à la communication interpersonnelle, et les pouvoirs inhérents, mais également la possibilité de décentrement par rapport à ses propres expériences égocentriques. Durant cette phase d'expérimentation au cours de laquelle les relations avec d'autres êtres vivants sont d'un apport très riche, l'enfant testera d'autres perspectives sur le monde, s'y transporteront, et parviendra à percevoir les objets de manière interpersonnelle. Pour ce faire, il accédera à l'instance de correction qui lui permettra pour la première fois³⁶ un décentrement de son rapport au monde³⁷. À partir de l'ouvrage *La société du mépris*, à la faveur d'un entretien avec Olivier Voirol, nous pouvons avancer dans le domaine du pré-droit dans lequel remonte la médiation, et y intégrer une part négligée de l'agir communicationnel : « Je crois que sans formes gestuelles, symboliques et corporelles de l'interaction, notre société ne serait pas à même de se reproduire et de se forger une identité »³⁸. Cet auteur reproche ce faisant à Habermas une réduction des rapports de communication à leur expression langagière. Or ce qui semble particulièrement pertinent pour comprendre les modalités des interactions en jeu dans la médiation, tient à ce que les rapports de communication d'une société sont évidemment beaucoup plus vastes. La domination s'insinue aussi par des images sym-

reconnaissance, Cerf, Paris, 2010, pp. 112 et ss.

36 Aux alentours du 9^e mois *op. cit.* p. 54.

37 C'est à partir de travaux sur les enfants autistes, qu'Honneth pourra affirmer que l'impossible identification émotionnelle à la personne privilégiée de son environnement bloquera l'aptitude de l'enfant autiste à adopter la perspective d'autrui nécessaire à l'élaboration de la pensée symbolique ; seul cet attachement lui permettant d'être motivé et attiré par l'autre d'une manière telle qu'il puisse saisir les changements d'attitude de cette personne et leur donner sens en les comprenant. Or si le jeune autiste est aveugle ce n'est pas en raison d'un déficit cognitif mais bien parce qu'il l'est émotionnellement. *Op. cit.* p. 58.

38 *La société du mépris. Vers une nouvelle théorie critique*, Olivier Voirol, Pierre Rush, Alexandre Dupeyrix (trad.), La Découverte poche, 2008. p. 162.

boliques et des gestes irréductibles aux seuls actes de langage de la rhétorique juridique. Le pouvoir officiel se niche aussi sous les appareils des palais et des robes de justice. Le non-pouvoir du médiateur devra également se mettre en scène et en rituels³⁹. En fins lecteurs des gestes, les médiateurs se trompent rarement lorsqu'ils font une analyse critique de la neutralité du droit étatique.

Or il est permis de penser que les conflits opèrent par des retours et régressions vers cette période constructrice et particulièrement vulnérable de la toute petite enfance, qui nous ramène à la symbiose originaires⁴⁰, et de concevoir que le besoin d'autrui soit inhérent à la vie entière. Un accompagnement est nécessaire lorsque les ajustements entre dépendance et autonomie n'ont plus lieu. La violence du mépris entendu comme non-reconnaissance, produit des souffrances de l'identité nuisibles à la vie sociale et à qualité de la vie tout court : « Le langage est dans le champ symbolique, la place publique où nous nous rencontrons. Il est jusqu'à présent le fruit d'une invention collective dont nous sommes tous co-auteurs... Or nous assistons à une privatisation du symbolique, des mécanismes de production et d'appropriation du symbolique, qui fait peser une menace anthropologique sur nos sociétés »⁴¹. Le langage, le plus commun de tous les biens communs, et l'enjeu de l'agir communicationnel à l'œuvre dans les médiations, accusent aussi les compromissions de l'État avec son appropriation savante et technique.

De même, il y a, dans l'économie, d'autres sphères que le marché financier, de la spéculation sur l'argent,

que la science du droit ou l'économie politique peinent à théoriser⁴². Entre État et marché, d'autres constructions juridiques émergent avec peine. Le droit du travail, où la médiation s'insinue même auprès des syndicats, est la composante emblématique des effets dévastateurs de la réification des relations sociales en termes de conflits et de pathologies individuelles. La médiation et les pratiques de médiation sont ainsi au carrefour des logiques de lien, entre besoin de liberté et d'appartenance. Tout en produisant de nouvelles compétences, elles permettent d'articuler les logiques.

C. Articuler les logiques

La concrétisation d'instances de prise en charge quotidienne d'un idéal de droits de l'homme, le développement de la circulation des connaissances et leur mise en commun ont créé de nouvelles valeurs, de nouvelles attentes et donc plus de complexité dans la distribution des biens sociaux. Le contrôle de cette répartition a posé de nouveaux défis aux États et soulevé le paradoxe d'une recherche de la démocratisation de la justice par les politiques dites d'accès au droit; mais aussi le constat de l'impossibilité de pouvoir répondre à elles-seules aux attentes ainsi créées.

Se défendant de réduire les questions normatives relatives à l'ordre social à la question de la justice, Axel Honneth insiste sur le fait qu'une société peut aussi échouer dans sa capacité à assurer à ses membres les conditions d'une vie réussie : « Je décris comme des pathologies sociales les déficiences sociales au sein d'une société qui ne découlent pas d'une violation des principes de justice communément acceptés mais des atteintes aux conditions sociales d'auto-réalisation individuelle »⁴³. Ainsi, c'est seulement lorsque les personnes sont effectivement reconnues⁴⁴ comme porteuses de besoins affectifs, comme sujets égaux dans une com-

39 Les audiences de cabinet des juges se font sans robes mais le rituel linguistique et gestuel porte encore les signes du pouvoir.

40 Harold SEARLES, *Le contre-transfert*, Brigitte Bost (trad.), Gallimard, p. 21. « La vie quotidienne d'un adulte normal comporte aussi, parmi ses ingrédients les plus essentiels, des expériences – qu'elles soient mesurables en instants ou en périodes de vie – de relations symbiotiques et de réindividuation ». Selon l'auteur, un des mouvements innés de l'être humain serait même de soigner et de vouloir sauver son semblable à commencer par ses parents, puis son thérapeute.

41 Jean-Louis SAGOT-DUVAUROUX, « La gratuité, chemin d'émancipation », *La gratuité, éloge de l'inestimable*, Alain Caillé et Philippe Chaniel (dir), revue du MAUSS N°35, 2010, P 105.

42 Jean-Louis LAVILLE, *op. cit.* p. 284-285. Karl POLANYI, « Le sophisme économiciste », *La revue du MAUSS semestrielle*, n°29. Amartya Sen, *L'idée de justice*, *op. cit.*

43 Axel HONNETH, *op. cit.* p. 35.

44 En droit tel qu'ici conçu.

munauté juridique auxquels reviennent des droits, et enfin comme capables de contribuer à la reproduction de la vie en commun, que l'on peut parler de bien-être, d'autoréalisation et de capacitation⁴⁵. L'État ne peut contribuer que partiellement à chacune de ces fonctions. Les procédures de médiation insistent particulièrement sur la participation citoyenne à l'élaboration de ce droit du commun.

L'expression « pathologies du social », pour heureuse qu'elle soit, pose la question de savoir comment mesurer et évaluer ces biens nécessaires et dont l'absence est dommageable de façon variable selon chaque type de société voire de sphère de justice.

La logique du procès a aussi ses limites. Ainsi, la montée des victimes sur la scène judiciaire et pénale par exemple, a permis de mesurer le danger qu'il y a à essentialiser les places d'auteur et de victime au risque de créer des violences en cascade : les unes sociales, les autres plus spécifiquement institutionnelles.

Le risque de surenchère des demandes concurrentes devant un désir de reconnaissance infini a eu sans doute pour corollaire une injonction à la conciliation, face amiable du litige, plutôt qu'une recherche d'efficacité et d'adéquation, moins accessibles mais plus optimales. C'est pourquoi, la théorie de la reconnaissance qui dresse un état des lieux du changement de société et de l'expression des désirs légitimes qui en font la vitalité, a besoin de conceptualisation mais aussi d'instances de justice pour en encadrer l'ubris.

La justice, en confiant à l'avocat le soin de distinguer faits pertinents et faits irrelevants du litige, avait soulevé le justiciable d'une parole publique expressive de sa souffrance et nécessitant un accompagnement que peu d'avocats savent ou souhaitent offrir. L'indemnisation ayant grandement pris la place de la réparation symbolique,

45 Approximation française des termes anglais *empowerment* et espagnol *empoderamiento*, plus axés sur des rapports de force, on trouve ce terme dans les travaux de Amartya Sen et de Martha Nussbaum. Ce terme apparu dans le domaine de la recherche-action, suppose une recherche de solutions qui ne se substitue pas aux acteurs, mais les autorise à penser et à agir le droit par eux-mêmes.

le langage de l'honneur et de la dignité, fut, en dépit du succès de ce dernier concept, relégué au rang de valeur féodale. Un des apports de la théorie critique revisitée par Axel Honneth a été de mettre en exergue la dimension du conflit échappant aux seuls intérêts économiques. Il rejoint sur ce point les travaux du mouvement anti-utilitariste en sciences sociales. Il emprunte la voie qui va me permettre de rapporter le conflit au non-respect de règles implicites de reconnaissance mutuelle, sans les enfermer dans les seuls termes de la concurrence pour les moyens d'existence, les intérêts de classe, les rapports de droits⁴⁶.

Selon Alain Caillé, chef de file des théorisations précédemment résumées, la lutte pour la reconnaissance impliquerait nécessairement le don : « La théorie de l'homme en quête de reconnaissance a toutes les chances de se révéler identique à la théorie de l'homme qui donne, de l'homme qui entre dans le cycle du donner recevoir rendre »⁴⁷. Or les institutions d'État, de leur côté, sont dépendantes de l'idée d'universel, ce que dégage avec force Shmuel Trigano : « Dans la reconnaissance, il y a une méconnaissance fondamentale et excluante : la reconnaissance vise à l'exclusion de la singularité, à son alignement sur la totalité (une inclusion exclusive). C'est sur cette exclusion que se fonde l'universel... Elle laisse ainsi en dehors le singulier dont le statut est dès lors d'exister sans être reconnu, sans pouvoir être repris dans un système, sans être encodé : dans la reconnaissance, le singulier est voué à être externé (forclos), objectivé au point de devenir obscène mais sans pouvoir être vu, obsédant, source de fantasmes. Le singulier est le fantôme de l'universel. »⁴⁸

46 Pour une démonstration exhaustive et critique, Camila SILVA NICÁCIO, *Médiation et émergence du droit : pour un paradigme de la complexité juridique*, op. cit., pp. 346 et ss.

47 Alain CAILLÉ, « Introduction », *La quête de la reconnaissance nouveau phénomène social total*, Caillé Alain (dir.), La Découverte, textes à l'appui, bibliothèque du M.A.U.S.S., 2007, p. 14.

48 Shmuel TRIGANO, « Qui reconnaît-on ? L'identité dans la reconnaissance », *La quête de la reconnaissance nouveau phénomène social total*, Caillé Alain (dir.), la découverte, textes à l'appui, bibliothèque du M.A.U.S.S., 2007, pp. 150-151.

L'être humain dans toute sa singularité est pour autant inaccessible, même pour lui-même. De ce fait, la frustration et le sentiment d'injustice qui vont venir accrocher à l'univers des attentes du justiciable pourrait bien augmenter le conflit, l'envenimer dans le sentiment d'injustice. On postule alors que l'intéressé est mieux placé que quiconque pour formuler ses demandes légitimes après avoir mis ses désirs en « examen », et qu'un mécanisme plus ouvert sur l'univers des possibles, en favorisera l'accompagnement. C'est le pari que fait la société civile sur la médiation, à l'écart de la juris-diction.

II. L'apport de la Médiation à la conceptualisation du Droit

La Médiation s'est construite comme un contre-paradigme à l'ombre, mais dans le sillage du Droit tel qu'il évolue dans la société française: un choix de droit parmi d'autres possibles. Selon une idée reçue⁴⁹ et du point de vue de notre tradition juridique, la Médiation est chroniquement réduite à l'une de ses pratiques et qualifiée de mode alternatif de règlement des conflits⁵⁰. Cette catégorisation, souvent critiquée dans le « monde de la médiation » ne rend compte que de sa perception à travers le prisme du jugement (ou adjudication), et ne rend pas justice à la potentialité du concept. C'est à travers les manières de faire que « Juris-dictio » et Médiation apparaissent comme deux opposés complémentaires (A) qui participent de la production de droit conjugué au pluriel (B).

A. Des opposés complémentaires

Comme nous l'avons abordé en première partie, l'objet de la Médiation est le lien social. Pour faire émerger et rendre compte des juridicités concurrentes des personnes ou des groupes en conflit, des principes et des règles d'agen-

cement des pratiques, qui diffèrent radicalement de ceux de la justice juridictionnelle, sont à l'œuvre.

Au-delà de l'instance ritualisée, orchestrée par un tiers pour permettre la mise à distance mesurée entre les personnes et les groupes en conflits potentiels ou avérés, il est nécessaire de revenir vers les agencements éthiques, déontologiques, juridiques au sein des pratiques de médiation des conflits, afin de la distinguer notamment du jugement (1), pour ramener la Médiation (au sens conceptuel du terme) au cœur d'un contre-paradigme (2).

1. Des différences éthiques, déontologiques, procédurales

Médiation et Droit (étatique) reposent sur des principes éthiques opposés. Ceux de la Médiation ont pu être qualifiés d'éthique du *care*⁵¹ (*ethic of care*), ou éthique de la responsabilité, face à l'éthique des droits (*ethic of rights*)⁵².

L'éthique de la sollicitude, acceptant comme condition naturelle de l'homme l'interdépendance, la relation contextuelle et l'affection, vise à assurer la capacité de répondre à des besoins concrets et différents pour chacune des personnes concernées, ce qui permet d'affermir les liens qui les unissent. En contraste, l'éthique des droits, considérant comme condition essentielle à l'établissement et à la sécurité de l'homme, l'indépendance, la séparation et le contentement par soi-même, veille à respecter des droits égaux de tous, et à modeler des droits concurrents d'une façon juste et impartiale, en faisant prévaloir les principes universalistes de la justice.⁵³

Dans une éthique de droits, nous trouvons acceptables non seulement la violence rituelle, mais la compétition menée

49 Les lignes qui suivent sont issues d'un groupe de réflexion animé par Camila Nicácio pour et avec les doctorants de l'école doctorale de droit comparé de Paris 1 en 2011, sur le thème: Idées reçues: la Médiation.

50 En Anglais, *Alternative Dispute Resolution*: ADR.

51 Jean-François Six y voit une figure maternelle et maternante, qui n'exclue ni sacrifice et héroïsme (des grands médiateurs ont été assassinés), ni banalisation. *Les médiateurs*, Le cavalier bleu, Coll Idées reçues, 2002, p. 72.

52 Carol Gilligan relie cette éthique aux attributs de la féminité et explique leur marginalisation. CAROL GILLIGAN, *In a different Voice: Psychological theory and Women's development*, Cambridge; Mass, Harvard Univ Press, 1993. Gilda NICOLAU, « Genre du Droit, genres de droits », *Jurisprudence-revue critique* 2011, pp. 27-42.

53 Ichiro KITAMURA, *op. cit.* p. 810. La traduction de « *care* » par sollicitude est réductrice.

à coup de joutes verbales, du moment que la violence de la communication reste contenue dans le rituel judiciaire interprété par l'avocat. Au jeu judiciaire, l'un gagne, l'autre perd, sans garantie de ne pas éprouver un sentiment d'injustice⁵⁴. Il semblerait que cette posture soit en passe de se transformer. Au Japon, qui a pris une longueur d'avance sur nous, en réintégrant la conciliation au cœur du jugement, une recherche d'ouverture et de respect de la dignité de chacun sera la preuve d'une bonne justice. «Le procès et la conciliation se complètent comme les deux jambes de la justice civile»⁵⁵. Cette complétude, on le voit, place la conciliation comme complémentaire du jugement dans le règlement amiable (ponctuel) plutôt qu'adversarial d'un litige. Le législateur japonais comme français a pris soin, à juste titre, de distinguer médiation et conciliation⁵⁶.

En France, le contentieux de la famille a accueilli les procédures de médiation à l'instigation des magistrats des cours d'appel, comme une procédure séparée et préalable au jugement. Les résistances culturelles persistent tant du côté des justiciables que des professionnels de la justice. Pour certains d'entre eux, cette fonction sans laquelle on viderait la part la plus humaniste de la justice, incomberait en partie au magistrat. La revendiquer revient aussi à critiquer la bureaucratisation et les politiques managériales de l'institution de la justice. Pour autant, la paix ne s'impose pas dans la menace de sanction.

54 Ce dernier est un des signaux d'alarme du développement des « pathologies du social » selon l'expression d'Axel Honneth *infra*.

55 Ichiro KITAMURA, L'avenir de la « justice conciliatoire », *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF, 1999, pp. 803 et 816.

56 Ceci depuis son entrée dans la scène judiciaire par la loi du 8 février 1995 et son décret d'application du 22 juillet 1996, et désormais dans la loi et le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends pris pour l'application de l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale; également le décret n° 2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et l'activité judiciaire en matière familiale. JORF n° 0265 du 16 nov. 2010. Texte n° 59.

En sens inverse, il ne saurait y avoir de pratiques de médiation pure, dans le sens où les médiateurs seraient interdits d'invoquer leurs droits, ou d'y adosser leurs attentes.

Pour autant, des conflits apparaissent aussi au sein de la société, du fait de la liberté d'expression et de la prise de conscience de leurs droits par les justiciables, des conflits autrefois évités par la crainte, par le risque de rejet ou d'exclusion, ou les enjeux communautaires d'un tissu sans coutures. Même au niveau local, les normes d'un ou plusieurs individus peuvent ne pas être conformes à celles du groupe; ou celles d'une communauté ou d'un groupe peuvent ne pas être conformes à celles du groupe dominant, ou compatibles avec celles d'un autre groupe. La logique juridique ne reconnaît que les individus et en outre, ne dispose pas d'outils pour reconnaître ces normativités concurrentes (sauf à les résorber dans une catégorie officielle).

Certains de ces conflits, les plus fréquents, affectent essentiellement la communication dans sa dimension cognitive (perception différente de la réalité entraînant rupture, secrets, rumeurs). Si les attentes⁵⁷ liées à ces perceptions sont aussi adossées aux normes juridiques officielles, toutes ne sont pas cohérentes entre elles, et vont parfois même dans des directions opposées. C'est par le langage que le médiateur va procéder pour accueillir leurs divergences comme des libertés. C'est par l'évaluation personnelle des besoins et des biens sociaux circulant dans l'échange, que seront abordés les rapports d'internormativité complexes à partir desquels chaque personnalité se déploie. Des conflits de valeurs s'immiscent aussi au sein de relations non transparentes et de rapports de domination. Ainsi notamment, des conflits relatifs à un partage ambigu des responsabilités, une incompatibilité d'objectifs, des privilèges vécus comme illégitimes...

Un travail en profondeur sur le conflit voudrait que sa manifestation soit prévenue, ou fasse l'objet d'un traite-

57 Attente de reconnaissance et de manifestations de respect par un travailleur, un(e) conjoint(e), une personne âgée, une personne diplômée, une personne appartenant à une caste... celle des juristes étant très susceptible!

ment singulier effectif, menant jusqu'au bout des impasses logiques, et des ressentiments émotionnels et moraux, plutôt que de favoriser leur refoulement devant la limite posée par le juge. La médiation ouvre à ces possibilités, comme formation continue à la socialité, qui appelle à la responsabilité des formateurs et des réseaux de médiateurs. À la question de savoir si les règles éthiques dont s'entourent les médiateurs s'instituant spontanément devraient s'appuyer sur la puissance de l'État garant d'un droit à la médiation, ou au contraire sur des règles éthiques garantissant son indépendance, je partage la proposition de Michèle Guillaume-Hofnung ou d'Étienne Le Roy, sur la nécessité de mieux identifier les pratiques de médiation des autres modalités et sphères de prise en charge des différends, conflits et litiges, et d'éviter de trop l'étouffer dans un univers normatif prompt à en freiner la créativité⁵⁸.

Le jugement, par l'imposition d'une valeur ou une norme standard éloigne ce faisant, la possibilité de traiter du conflit en s'y consacrant de manière aboutie. La mobilisation de la norme juridique par la personne demanderesse lui permettra de régler un litige, par l'imposition d'une norme dominante, ce qui n'est efficace que pour un règlement ponctuel et à propos d'une issue non négociable et à fort enjeu vital. Néanmoins, même en droit pénal, où la négociation n'est pas de mise, la médiation permet de déclencher et de mettre en place un processus dans la durée, en vue d'un travail de deuil, d'évacuation de la culpabilité de la victime, de dépassement du traumatisme, et d'une résilience future. À cet égard, la Médiation se place plutôt dans la catégorie de la justice restauratrice ou réparatrice. De ce fait, il est souhaitable que les procédures de médiation soient également possibles au sein de la justice pénale ou à propos de questions d'ordre public. Ce n'est

pas le cas actuellement des médiations pénales françaises, ou seulement dans une certaine mesure. Cela est très lié à la capacité du médiateur et des médiateurs de s'extraire, dans cet espace-temps, de l'injonction de résultat et de la menace attenante. Cette question existe dans tout conflit de normes où la norme étatique est partie prenante. Même dans ce cas, c'est la manière de la faire accepter et le sens qu'on lui donne qui change. Aussi, et même lorsqu'elle est encadrée par un cadre rigide, et donc menacée dans ses assises théoriques, la médiation des conflits est nécessaire pour accueillir les souffrances personnelles, déposer la violence et préserver des conflits à venir. Elle ne mérite plus réellement son nom lorsqu'elle est diligentée par un substitut du procureur ou un de ses délégués. Le médiateur, quel que soit l'espace-temps où il officie, doit être indépendant de toutes sortes de pouvoirs pour pouvoir y renoncer lui-même⁵⁹.

N'évitant pas la peine, et même pratiquée durant l'exécution de celle-ci, la médiation se concentre sur le lien et la socialité, sur les personnes et leurs relations présentes et à venir, au-delà de la réponse judiciaire, en cas de crime par exemple. Il y a là, dans un espace-temps suspendu, une recherche transformatrice menée de concert, qui aura sans doute des conséquences sur l'exécution de la peine. Je suis donc revenue partiellement sur l'idée qu'une « médiation pénale »⁶⁰ ne pouvait être une médiation, désormais convaincue que les deux procédures sont possibles (et même souhaitables) concomitamment, du moment qu'elles sont indépendantes l'une de l'autre⁶¹.

58 Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, « L'émergence de l'exigence déontologique ou la preuve par la déontologie: témoignage d'une pionnière. La déontologie garante de la qualité et de l'identité de la médiation », *Penser la médiation*, Ben Mrad, Marchal Hervé, Stebe Jean Marc (dir), L'Harmattan, le travail social, pp.75-96. Étienne LE ROY, *Le jeu des lois - Une anthropologie dynamique du droit*, LGDJ n° 28, Série anthropologique, 1999, p. 362.

59 Inès BEN REHOUMA, *Le particularisme de la médiation dans les services publics*, Thèse Université Paris Sud, Michèle Guillaume-Hofnung (dir) 2012, nota note 61.

60 Mieux vaudrait parler de médiation en matière pénale et devant un médiateur indépendant, formé sérieusement.

61 J'avais défendu, comme Étienne Le Roy, et bien d'autres, l'idée que l'épée de Damoclès, que constituait l'application de la sanction pénale en cas d'échec de la médiation (évalué unilatéralement), portait atteinte à la liberté indispensable pour que son processus s'instaure et se poursuive. Gilda NICOLAU, « Éprouver le droit, instituer la viemédiation et cadre judiciaire », Eberhard C. et Vernicos G. (ed.), *La quête anthropologique du droit, autour de la démarche d'Étienne Le Roy*, Karthala, 2006, pp. 311-332.

Ainsi, la neutralisation du principe d'autorité (non-verticalité), le soin au lien concret, et la mise en capacité et responsabilité des acteurs de leurs liens présents et avenir, font de la médiation un outil de dépassement critique du paradigme juridique officiel.

2. Contre-paradigme plus qu'alternative

La Médiation répond à cette demande particulière qu'est le soin du lien (avec tout ce que cela emporte de mise à l'épreuve du rapport consubstantiel entre identité et altérité). Sa mise en scène juridique pose en principe indérogeable que le médiateur ne prenne pas de décision à la place des médians⁶², interdisant le coup d'arrêt d'un processus à long terme.

Le juge, selon la juridiction, peut avoir une fonction sociale ou économique plus ou moins marquée, mais qui relève des politiques publiques associant peu les justiciables ou les administrés à l'élaboration de la norme⁶³. Même les juridictions des enfants, dont la fonction éducative est portée par des cultures judiciaires et para judiciaires fortes, reste encore asymétrique dans la distribution des pouvoirs normatifs aux familles⁶⁴. La captation de la parole et de la responsabilité des enfants résulterait de l'étymologie même de l'*infans*⁶⁵. La décision du juge est un pari de la fin de l'utilité de la mesure, moyennant un travail éducatif et une ré-autorisation symbolique des parents, seulement à l'issue de celle-ci. Lorsque l'examen d'un conflit est soumis au

juge, même hors contentieux, c'est lui qui tranche toujours en dernière analyse. Pour autant, la formation des juges comme des services socio-éducatifs pourrait aller plus loin dans la problématique de la distribution de la parole.

À ce stade, et sans réduire le droit à des normes ou à des règles, la légitimité, qu'elle soit présumée en droit formel officiel, ou à gagner en droit matériel, sera garante de l'exécution des engagements ou des décisions prises. Un travail d'explicitation de la raison d'être de la loi et de la décision de justice de la part de l'avocat comme du juge lui-même, peut combler l'écart entre la prise de décision autoritaire et l'adhésion à la décision par le justiciable; mais les chances d'une telle coïncidence sont réduites. Le droit des voies d'exécution et les sanctions civiles et pénales viennent rappeler le rapport de forces qui orchestre cette inadéquation.

La médiation porte à inverser les choses, à reprendre la question du droit à l'envers. Certes, le rapport de forces existe également en médiation et la violence qui peut y être déposée n'en fait certainement pas une justice douce. Le pari est autre, qu'un processus s'amorce durant la médiation, peut-être aussi avant, par la décision de prendre en charge le traitement du conflit et de se responsabiliser quant à son issue. Il ne s'agit pas de se demander l'impossible vérité, mais d'en assumer la subjectivité puis le décentrement du sujet. Le pouvoir se déplace, la hiérarchie des personnes s'expose, la parole se libère de la violence de la revendication et de l'exigibilité, pour amorcer un partage.

Il s'agit aussi d'une recherche sur le droit, car les enjeux et les valeurs sont déjà des questions sociales familiales aux protagonistes qui y tiennent et les défendent, puisqu'ils sont campés dans un conflit. En termes de communication, la médiation permet de travailler sur des représentations et s'appuie sur la capacité d'empathie des médians, pour accepter que l'autre ait d'autres représentations et tolère d'autres valeurs.

Le jugement porte sur des faits objectivés par un discours et une logique formelle, où la vérification des preuves

62 Plusieurs termes désignent les personnes en conflit qui viennent travailler en médiation. *Médiés* a un caractère passif alors qu'il convient de mettre en avant la permanence de l'action et du travail de capacitation qui est l'œuvre. *Médiéurs* renvoie à joueurs et à la théorie des jeux. L'objectif de la médiation étant de rendre leur indépendance et leur autorité, aux médians dans la gestion de leurs différends, ce dernier terme rend compte de leur action participative dynamique.

63 Pour un témoignage inverse, mais à notre sens peu typique, Carole YOUNES, «Dire le droit, une partition à plusieurs voix», ce volume.

64 En dehors d'expériences d'ouverture des juges à l'interculturel. Jackie Botimela ЛОТЕНКА, *La socialisation juridique des mineurs de justice par un droit de repères-une expérience d'intermédiation culturelle au tribunal des enfants de Paris*, Thèse, Étienne Le Roy, (dir), 2012.

65 De *In fare*, qui ne parle pas.

et la pertinence des arguments rhétoriques (justifications) seront décidées et appréciées par le juge.

Enfin, la médiation est tournée vers l'avenir de la – ou des – relation(s) des médians entre eux et avec les autres (présents et futurs), le jugement sur des faits passés ne concernant que les personnes parties à l'instance.

Mais le choix entre médiation et jugement est aussi guidé par des apories, telle que la difficulté de savoir sur quels critères évaluer la reconnaissance⁶⁶. Il est en effet plus aisé de juger des actes que de l'essence des personnes. De même, à défaut de pouvoir juger de la sincérité d'une demande de pardon ou de reconnaissance de ses torts, l'indemnisation en argent présente l'avantage de la traduction du dommage dans le bien le plus neutre. Encore peut-on aussi faire parler l'argent!

Certes, la valeur de dignité humaine a fait son entrée durable comme horizon partagé des visions de l'inestimable et de l'indérogeable, mais elle présente l'inconvénient d'ouvrir à des demandes infinies et contradictoires, comme à des limites indécentes. Ces écueils, qui relèvent notamment tout autant des pathologies individuelles que sociales ne doivent pas masquer un enjeu crucial et subversif de la médiation, qui est le dépassement du monisme, pour assumer le pluralisme juridique.

Les théories du pluralisme juridique en anthropologie du droit ont connu plusieurs phases et configurations relatives aux objets d'études. Ainsi, les études postcoloniales et particulièrement celles centrées sur les droits des peuples autochtones, se sont intéressées plus particulièrement aux relations holistes entre l'État représentant le pouvoir domi-

nant et les minorités, parfois plus importantes en nombre que la population dominante. C'est pourtant à la faveur de ces études, où la différence et les références juridiques de part et d'autre appelaient à un traitement particulier, qu'une théorie du pluralisme radical a pris naissance. Il s'agit, bien avant d'être une idéologie ou un changement politique et juridique opéré en conséquence, d'un changement de focale pour appréhender les choses. Robert Vachon recourt au terme Mythe ou mythos⁶⁷. Cette posture qu'il considère comme émergente à nos consciences sans que nous en ayons tiré toutes les conséquences, trouve des échos dans le concept de paradigme, tel qu'il se dégage de la pensée dialogique d'Edgar Morin⁶⁸. Ainsi que le souligne Denys de Béchillon au sujet des paradigmes juridiques, « Certains paradigmes doivent donc changer, au besoin radicalement, d'un univers à un autre, d'une culture à une autre, d'une époque à une autre. Y compris lorsqu'ils organisent les manières de concevoir et d'appréhender la norme et la normativité »⁶⁹. Les paradigmes gouvernent donc non seulement l'activité scientifique ainsi que le désignait Thomas Kuhn, mais l'ensemble des activités de pensée. Relevons

67 « Par pluralisme, j'entends aussi cette attitude humaine fondamentale qui est critiquement conscience à la fois a) de l'irréductibilité factuelle (donc de l'incompatibilité) des différents systèmes humains qui cherchent à rendre la réalité intelligible. Et b) de la non-nécessité radicale de réduire la réalité à un seul centre d'intelligibilité: il rend aussi non nécessaire une décision absolue en faveur d'un système humain particulier ayant valeur universelle, ou même un être suprême ». Robert VACHON, « Le mythe émergent du pluralisme et de l'interculturalisme de la réalité », séminaire *Pluralisme et société. Discours alternatifs à la culture dominante*, institut culturel de Montréal 15 février 1997, <http://www.dhdi.free.fr/recherches/horizonsinterculturels/articles/vachonpluralism.htm>, consulté le 2 octobre 2012.

68 Edgar MORIN, *La Méthode IV. Les idées, leur habitat, leur vie, leurs mœurs, leur organisation*, Seuil, 1991 p.213: « Le paradigme contient, pour tout discours s'effectuant sous son empire, les concepts fondamentaux ou les catégories maîtresses de l'intelligibilité en même temps que le type de relations logiques d'attraction/répulsion (conjonction, disjonction, implication et autres) entre ces concepts et catégories. Ainsi les individus connaissent, pensent et agissent selon les paradigmes inscrits culturellement en eux ».

69 Denys DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?* Odile Jacob, 1997, p. 113.

66 Sur ce point, Christophe Dejournet met en garde contre le danger d'une reconnaissance de la personne pour ce qu'elle est dans la clinique du travail. Pour l'auteur, la reconnaissance attendue dans le travail n'est pas la reconnaissance de la personne et encore moins de son identité, mais celle de son travail. Les travailleurs veulent être reconnus par ce qu'ils font, par leur contribution, leur coopération, et la qualité de ces derniers, et c'est dans un second temps que cette reconnaissance permet de s'accomplir soi-même. Psychanalyse et psychodynamique du travail: ambiguïté de la reconnaissance, *La quête de la reconnaissance, op. cit.*, p. 66.

quelques-uns des caractères dégagés par Edgar Morin qui sont transposables à la coexistence de la logique juridictionnelle et celle de la Médiation :

Le paradigme dispose d'un principe d'exclusion : le paradigme exclut non seulement les données, énoncés et idées qui ne lui sont pas conformes, mais aussi les problèmes qu'il ne reconnaît pas... Ce qu'il exclut n'existant pas, le paradigme rend aveugle... le paradigme n'est jamais formulé en tant que tel ; il n'existe que dans ses manifestations.⁷⁰

Articuler la conscience pluraliste avec la vérification de l'existence de visions du monde et de paradigmes irréductibles les uns aux autres, même dans les configurations les plus proches, apporte à la médiation une puissance de dénonciation des processus totalitaires.

L'intolérance d'un système dominant aux paradigmes concurrents conduit à la prohibition ou la reconnaissance sous contrôle par réduction dans les arcanes de sa logique. Les concepts et ordonnancements normatifs concurrents sont alors constitués en catégories distinctes, infériorisées et assujetties par le contrôle univoque de leur légitimité⁷¹.

Ainsi, comme nous le verrons, s'il est admis que la création du droit se fait inévitablement dans, mais aussi hors de l'État, c'est en isolant et en monopolisant ce corps de normes que l'on nomme juridiques, qu'il assoit sa souveraineté. Il a donc besoin d'englober les normes produites en dehors de lui, se laissant instrumentaliser au besoin (pour autant que l'on puisse instrumentaliser un concept), car la maîtrise de l'ensemble des normes lui permet d'optimiser le contrôle politique du corps social.

Nous sommes donc, entre Médiation et Droit de l'État, en présence de visions du monde opposées, et les idéologies qui en résultent entraînent des productions réelles. Ainsi par exemple notre droit, même civil, est un droit de l'ennemi, ce qui exclut de son champ les règles sub-

tiles de l'amitié, de « l'ad-sociation »⁷² et de l'alliance de son domaine. Ainsi, même les déclarations des droits à vocation universelles, sous les apparences d'« hymnes au bonheur »⁷³, mettent en réalité à jour l'existence d'un ennemi. Pour les sociétés occidentales, cet ennemi peut être l'État lui-même, ou le danger de totalitarisme qu'il représente. Affirmer haut et fort que l'homme est « né libre » sert avant tout à dresser des limites au pouvoir étatique. La nature est même appelée à la rescousse du sujet contre l'État et le pouvoir conféré aux institutions qui l'incarnent. Il en ressort une logique antagoniste, peu participative, peu protectrice des enjeux émotionnels et des attachements constitutifs de l'humain.

Si une définition du droit dans l'État présente assurément de nombreux avantages en termes de cohérence interne du système étatique, et de fondation de l'idéal égalitaire, le droit ne peut pas se limiter aux productions des institutions de l'État, à sa délégation ou même sa reconnaissance. Ce serait oublier par exemple que l'invention de l'État n'a cours que dans son acception formelle, tandis que l'institution quotidienne des normes résulte de cette mêlée où les citoyens sont parties prenantes, non seulement pour mobiliser les institutions publiques et de ce fait instrumentaliser le modèle aux fins de s'approprier une parcelle de la puissance d'État, mais également de choisir une autre voie, lorsque la loi (qui ne sera alors pas mobilisée) est totalement inadéquate.

Les théories du pluralisme juridique s'emploient à décrire l'impossible et la dangereuse saturation du champ juridique par l'État, et la médiation se déploie dans les interstices relationnels du droit au pluriel.

B. Du droit au pluriel

Sans remettre en cause la réalité du Droit dans la vie des citoyens et des justiciables, les théories du pluralisme

70 Edgar MORIN, *La méthode IV. Op. cit.*, pp. 217-318.

71 Principe d'englobement du contraire dégagé par Louis DUMONT, *Essai sur l'individualisme*, Paris, Seuil, 1983, p. 121 et s.

72 Césure opérée par Alain Caillé, probablement pour distinguer l'alliance concrète, créatrice d'obligation à l'infini, et le contrat d'association loi 1901.

73 Bernard EDELMANN, « L'ennemi dans les Déclarations sur les droits de l'homme », *Droits*, 16, 1992, p. 119.

juridique proposent de partir des pratiques et des vécus des acteurs, opérant ainsi une désubstantialisation du droit, et une conception moins anthropomorphique de l'État. Elles s'attachent davantage aux produits des cultures institutionnelles, relevant de l'État ou pas.

La médiation s'impose comme une instance d'expression d'un pluralisme des phénomènes de droit perçus au sein d'une pluralité des scènes de justice (1). Elle se révèle alors au cœur du pluralisme radical (2).

1. *Pluralisme des phénomènes de droit, pluralité des scènes de justice*

Les recherches en anthropologie du droit ont toujours émané de juristes, d'anthropologues ou de sociologues. On remarquera que les travaux en la matière dépendent tant de la culture juridique des chercheurs, que de l'échelle de juridicité étudiée, d'où les différences dans le vocabulaire utilisé et la nécessité de rechercher des équivalents conceptuels. Pour autant, et bien que l'approche du droit semble expliquer une production plus importante de travaux dans les pays anglo-saxons, le conflit semble une entrée de choix pour approcher le concept de Droit en général. C'est en effet par le biais des conflits que se manifeste la pertinence sociale du Droit⁷⁴ et que se mesurent ses actualisations.

Loin de se limiter à la prise en charge instituée des conflits, les médiations courantes et quotidiennes participent du bricolage internormatif de tous les jours. Cette vision des choses donne une perception dynamique, qui manque au normativisme, du moins dans sa version théorisée. En effet, dès lors que l'on ne voit plus la norme comme une expression exégétique de la loi ou du texte, mais comme le fruit de la rencontre entre les composantes du réel et les discours qui en résultent et le constituent de manière réflexive au sein du projet commun, on réintro-

duit l'acteur dans le droit, comme interprète créatif de la partition.

La médiation permet ainsi une endogenèse du droit, en ce qu'elle part du concret, du local, impulsant un mouvement d'accompagnement au changement en vue d'apaiser le contexte relationnel.

En favorisant le travail sur les attentes, elle permet le désarmement d'une culture juridique centrée sur l'offensive et la défensive, propice à l'émergence d'un droit souple et flexible, expressions à la fois de sa plasticité et de ce que les sanctions exogènes sont inutiles si l'acceptation et l'appropriation du Droit sont à l'œuvre.

La juridicité de la norme ne suppose nécessairement ni qu'elle soit imposée à des destinataires, ni qu'elle vienne ou soit portée en transcendance, ni même qu'elle leur soit étrangère. L'ethnologie et l'anthropologie abondent d'exemples où le bien social est distribué de manières aussi variables que possibles, du moment que ces distributions obéissent à l'idée que la culture en question se fait de la justice, ou du bien commun. Dans nos sociétés, la juridictionnalisation croissante des instances de socialisation notamment, va à l'encontre de cet effort civique.

Pourtant, l'éventualité de la réponse judiciaire et donc d'une décision imposée et d'une possible sanction, est aussi une invitation, soit à l'évitement de la mise en scène du conflit⁷⁵, soit au traitement du conflit en dehors d'une scène qui en confisque les procédures. « Si l'on pouvait attribuer au droit une certaine efficacité en dehors de l'articulation des intérêts litigieux, ce serait précisément de pouvoir éviter les conflits par la simple possibilité qu'il offre de se plaindre en justice, par sa connaissance en arrière-plan⁷⁶. Triste conception de la justice officielle, qui n'a que le mérite de démontrer la permanence du pluralisme juridique. Cet effet préventif de l'éventualité de l'intervention en justice fut présenté par le Doyen Carbonnier comme

74 En sens inverse et pour une opposition entre Droit et Médiation, Béatrice GORCHS, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *RTDciv* 2003, juillet-sept, pp. 409-425. L'auteur, tout en plaçant la Médiation dans le non-Droit, parvient toutefois aux mêmes conclusions.

75 Qui est son mode de règlement le plus courant et le plus coûteux.

76 Volkmar GESSNER et Michel VAN DE KERKOVE entrée Conflit, *op. cit.*

un critère de la juridicité plus sûr que celui de la sanction. Si l'évitement du procès a pu être justifié également par le calcul de l'aléa judiciaire comme des limites du droit officiel en termes de prescription de l'action ou de droit de la preuve notamment, cela n'a pu évacuer le conflit latent ou refoulé. C'est donc soit qu'il a été traité ailleurs, soit que notre société est bien malade!

Revenir à la nécessité d'une théorie de l'égalité complexe en matière de justice me semble une réponse adéquate devant quelques apories des théories de la reconnaissance parmi lesquelles les difficultés relatives à l'identification et la satisfaction des besoins humains, au-delà de leur inscription culturelle. Michael Walzer propose, à l'instar de Marcel Mauss, une théorie de la circulation des biens sociaux, et dégage des sphères de justice propres aux sociétés complexes modernes. Il recherche comment coexistent différentes formes de références à des biens sociaux et à leurs valeurs, en fonction des sphères de justice où ces biens se déploient et qui dépendent également de modes de distributions aux logiques distinctes⁷⁷. Enfin, il souligne le danger qui consiste à traiter de certains biens à l'aune d'une sphère différente, qui contribuerait à ce que l'on pourrait appeler à la suite d'Axel Honneth, des « pathologies du social »⁷⁸. Du fait que les conflits procèdent de débordements en termes d'évaluation d'une sphère à l'autre, des réajustements peuvent être réalisés, par la recherche de la qualification de ce qui compte le plus pour chacun.

La médiation repose donc sur l'idée de compétence en matière de justice qui va permettre aux (principaux) intéressés, par des jeux et actes de langage et de négocia-

tion du sens, des réajustements sur leurs propres conflits de valeurs, indécisions et choix de changement. Le conflit avec l'autre peut s'y révéler un conflit avec soi-même. Dans une juridiction, le principe dispositif⁷⁹, nous l'avons vu, clôture l'objet de la demande, et ne laisse aux parties comme autre issue que de se retirer totalement. Il laisse de côté, par exemple, le fait qu'un conflit personnel et relationnel peut se cacher ou se travestir derrière un conflit pour des intérêts économiques. Faire payer devient alors une simple expression de la vengeance privée assistée et parfois attisée par l'autorité publique qui participe de la réification.

La socialisation des personnes dans les sociétés complexes repose sur l'acquisition des connaissances des règles (en jeu et hors-jeu), et codes de conduites propres aux différentes sphères ou cités au sein desquelles ils sont parties prenantes. Dans une société moderne, où le jeu officiel est agencé sous le concept d'État, le droit officiel est l'objet d'étude des juristes, qui pour autant conçoivent que la réalité est irréductible à un modèle unique, tout en cherchant à le ramener au cœur de la règle générale; la question du conflit fait apparaître l'alternative de diriger vers le modèle officiel (par le jugement) ou accompagner et soutenir les personnes, lorsqu'elles ne parviennent pas, sans le secours d'un tiers, à rechercher et à déterminer spontanément le sens de leurs actions.

Là intervient la différence entre médiation judiciaire et médiation extra-judiciaire (normée par des règles déontologiques ou éthiques). Pour la première, le droit officiel formel écrit s'impose, au nom de droits qui ne seraient pas négociables (en droit pénal, en droit du travail, par exemple, où elle peut être interdite⁸⁰). L'ordre public est alors l'expression du monopole de la souveraineté par l'État, qui va

77 Michael WALZER, *Sphères de justice - une défense du pluralisme et de l'égalité*, Pascal Engel (trad), Seuil, la couleur des idées, 1997. Il examine à cet égard trois principes de répartition : le libre-échange, Le mérite, le besoin, pp. 46-53. Pour un traitement à partir de la reconnaissance, Luc BOLTANSKI et Laurent THÉVENOT, *De la justification, Les économies de la grandeur*, NRF, essais Gallimard, 1991, pp. 200 et ss. Également, Nancy FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale-Reconnaissance et redistribution*, La découverte, textes à l'appui, 2005.

78 Axel HONNETH, *La société du mépris. Vers une nouvelle théorie critique*, op. cit. pp. 39 et ss.

79 Principe directeur du procès civil selon lequel le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé. *A contrario*, il interdit au juge de fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat (au moment de la demande). Les procédures de médiation permettent au contraire d'accueillir nouvelles demandes comme abandon des anciennes devenues hors propos.

80 À moins que la norme non négociable ne doive être rappelée obligatoirement par le médiateur, ce qui n'est pas posé juridiquement.

s'opposer à un choix libre du droit applicable. Encadrée de manière plus souples, les médiations non institutionnelles seraient plus risquées mais plus créatives et potentiellement transformatrices sous réserve de la qualité des médiateurs. Pour finir de convaincre les sceptiques sur le fait que le droit le plus institué est omniprésent d'une autre manière, il convient de rappeler que la médiation envisagée dans le cadre de cet article se développe en France, en Europe et de manière un peu différente dans les pays anglo-saxons, en s'adossant au système de droit Étatique. C'est dire que les personnes qui viennent en médiation sont des adultes élevés et parlants dans le langage du droit officiel et que c'est même en réaction contre la violence de ce langage et la bellicosité des procédures judiciaires, ou de la manière dont elles sont instrumentalisées à des fins agonistiques, qu'ils entrent en médiation. Pourquoi renonceraient-ils d'eux-mêmes aux avantages que leur offre le droit officiel si ce n'est pour une solution préférable?

C'est pourquoi, sauf à en annuler immédiatement les effets potentiels, entrer en médiation et en sortir ne peut se faire que librement, et il y a là déjà une norme qui consiste à évacuer la force institutionnelle de ce moment indispensable de don comme offre de socialité. Pour autant, la liberté ne vaut concrètement que s'il y a au préalable un droit posé pour la consacrer, même en creux, et des droits pour s'y réaliser. L'institution de la procédure de double convocation fut d'abord expérimentée en juridiction. En dépit du terme malheureux de convocation, elle invite les « parties »⁸¹, bien avant la convocation à l'audience de fond, à se rendre à un entretien d'information sur la médiation, pouvant librement aboutir (ou pas). C'est une articulation opportune des sphères de justice considérées. Après une sélection des dossiers « justiciables » de la médiation, lourde pour le personnel judiciaire, il semblerait que cette option puisse se généraliser. Le pluralisme radical élargit encore le spectre des possibles, jusqu'à produire du droit spontané.

81 Ce sont les termes des courriers d'avis d'audience types envoyés aux avocats.

2. La médiation, au cœur du pluralisme radical

La théorie du pluralisme radical place l'individu singulier au centre des itinéraires possibles et balisés par des normes générales ou des règles de conduite; ces dernières étant définies au sein des univers partagés par les personnes. Selon la dernière définition du pluralisme de Jacques Vanderlinden, c'est à partir de la personne (ou de l'acteur), lorsqu'elle fait un choix entre les normes de divers ordres applicables à sa situation, qu'en dernière instance, il y a lieu d'identifier la situation de pluralisme juridique⁸².

Selon Sébastien Grenier Lebel⁸³, à la suite de Roderick Alexander Macdonald⁸⁴, les normes de droit (reconnues et absorbées par les institutions d'État et les institutions déléguées) et les normativités alternatives ou concurrentes ne présentent que des différences formelles, et recouvrent des phénomènes comparables sur le terrain. Partant de l'idée du caractère complexe et relationnel du droit, Sébastien Grenier Lebel exclut la dichotomie entre droit et sujet de droit. Il les envisage comme indissociables pour rendre compte du droit dans son ensemble. Le point de départ du pluralisme radical est l'individu en tant que sujet de rencontres et de dialogue. Envisagé comme hypothèse, ou « théorie qui permet d'imaginer le réel selon les valeurs auxquelles nous adhérons »⁸⁵, Roderick A. Macdo-

82 Jacques VANDERLINDEN, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif*, T. II, 1993, p. 573-583. Trente ans de longue marche sur la voie du pluralisme juridique, *Cahiers d'anthropologie du droit 2003, Les pluralismes juridiques* p. 31 et s.

83 Pour un pluralisme juridique radical, Thèse Université McGill 2002, digitool.library.mcgill.ca:thesisfile384448.pdf. Consultée le 2 octobre 2012.

84 « Critical legal pluralism as a construction of normativity and the emergence of law », *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, A. Lajoie, R.A. Mc donald, R. Janda, G. Rocher (dir), Bruylant 1998, pp. 9-24. « Une phénoménologie des modes alternatifs de résolution des conflits: résultats, processus et symbolisme », *La quête anthropologique du droit, Autour de la démarche d'Étienne Le Roy*, C. Eberhard et G. Vernicos (ed), Karthala, 2006, pp. 275-296.

85 L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées, n° 26. <http://www.usherbrooke.ca/droit/>

nald postule que l'individu est caractérisé par des appartenances multiples et complexes, et que la personnalité ne peut être réduite à une réalité objective. Or l'État réduit la personne à son inscription dans le système formel produit par ses institutions dont elle devient la destinataire obligée, plus souvent que l'acteur. Si ce « sujet de droit » est bien en « droit commun » l'auteur de l'action en justice, il ne domine jamais la partition.

Au contraire, en reconnaissant un pouvoir et une légitimité aux sujets de droits, Roderick Macdonald conclut que « la problématique fondamentale du droit contemporain se situe donc au niveau de la médiation des normes, des procédures et des institutions des divers ordres juridiques que les citoyens et citoyennes reconnaissent (et créent) pour eux-mêmes et elles-mêmes »⁸⁶.

On ne saurait cependant négliger la difficulté de l'entreprise et le vertige, voire le sentiment chez certains de déchirement ou de dislocation. Dans la transition des paradigmes juridiques, coexisteront de plus en plus de jeux de valeurs et de repères qui produiront des différends, et appelleront à des articulations subtiles. Les fonctions de « médiateur généraliste » appelleraient alors à des perfectionnements ciblés.

Ainsi, les sociologues du M.A.U.S.S ont-ils davantage insisté sur les dons producteurs de sens et de lien que sur les dons empoisonnés⁸⁷. Il faut croire que ce soin ait été laissé aux juristes et plus récemment, aux « psys » (lesquels s'interdisent également d'être normatifs). Aux premiers, le soin d'encadrer les attentes sociales et d'en articuler la distribution, comme de dresser des limites à la culpabilité morale infinie ; aux seconds de sonder avec le patient, l'envers de la raison et de la conscience, où vont se tapir les refoulements et les bombes à retardement. Ainsi, chacun des médiateurs est

lui-même à la croisée d'ordonnements normatifs parfois contradictoires. Des arbitrages personnels sont toujours à l'œuvre au sein du processus pratique de médiation, dont l'oralité de la procédure et l'explicitation des adossements du conflit, visent à surmonter la complexité. Le passage à l'écriture des engagements pris participe de cette maïeutique, laissant toujours ouverte la possibilité de mobiliser la logique des droits devant une autre instance. Ainsi, et sans entrer dans un domaine de compétences qui n'est pas le mien mais qui mène psychologues et psychanalystes à offrir leur compétence en médiation, il ne faut pas négliger la fonction structurante et contenante des intérêts. Certaines carences et traumatismes causent des pathologies mentales qui rendraient les personnes inaptes à l'empathie ou à la culpabilité nécessaires à une vie sociale normale. Ceux-là auront sans doute fabriqué un art de la manipulation et peut-être même un plaisir à y exceller⁸⁸. Permettre à son cocontractant obligé par le droit du travail, celui du mariage ou même celui des contrats en général, de prendre conscience que les obligations réciproques n'iront pas plus loin, de faire le deuil d'une impossible reconnaissance positive, permet de revenir vers la justice officielle plus sereinement. C'est aussi reconnaître l'aspiration légitime de se placer en dehors de la sphère économique désincarnée, et aussi désenchantée, et une incitation à voir dans la médiation une liberté publique (qu'il s'agisse de liberté d'accès à la médiation comme du cadre d'expression des libertés qu'elle est censée générer). De nouvelles configurations sont à l'œuvre, qui vont être examinées à l'aune de la complexité des droits et des conflits.

III. La médiation comme ouverture à la complexité des conflits

Les conflits de personnes, ou de groupes, entendus comme conflits de relations, ne requièrent pas les mêmes

fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_33/33-12-macdonald.pdf. Consulté le 2 octobre 2012.

⁸⁶ L'hypothèse du pluralisme juridique... *Ibid.*

⁸⁷ On songera aux dons toxiques mettant les gens dans des relations de dépendance pathologique, aux violences institutionnelles diffuses, au harcèlement au travail, mais aussi aux dons agonistiques, lorsque la compétition n'est ni choisie ni assumée.

⁸⁸ Marie-France HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral, la violence perverse au quotidien*, Poche Pocket 2000. *Abus de faiblesse et autres manipulations*, Lattès 2012.

dispositifs de traitement selon leur objet principal (à distinguer de leurs facteurs déclenchants) et selon les relations antérieures des participants⁸⁹. À conflit complexe, impliquant plusieurs sphères de justice à l'intérieur desquelles la valeur de référence peut être très différente d'une sphère à l'autre, correspondra une procédure de médiation complexe. Ceci en particulier, lorsque des valeurs inconciliables tendent à le radicaliser.

On postule donc que la référence à la loi, ramenant le conflit à des normes préétablies, en réduit considérablement le champ sous le terme de litige. C'est un au-delà du droit positif préétabli qui est à l'œuvre, qui relève d'agencements normatifs plus complexes. Cette différence de degrés a pour corollaire l'élection d'une autre manière de parvenir à la résolution, plutôt qu'au règlement, du conflit, ainsi que d'autres postures. Il y aura lieu, pour mieux identifier les divers types de traitement ici énumérés, de faire une distinction entre litige et conflit, ce qui est un des principaux apports du regard éloigné de la médiation non-institutionnelle vers le droit (A). « Bien nommer pour bien faire » : la formule invite à un retour sur le sens des termes qui achève de tracer le sillon spécifique du mot médiation à côté des autres modes de traitement juridique du conflit (B).

A. Le conflit au-delà du litige

Il est admis que le conflit couvre un champ bien plus large que sa traduction éventuelle, et donc sa réduction, dans une focale particulière, à un moment donné, en litige. Il s'agit dans ce cas de répondre à une question en droit. Et cette question se réfère à des réponses prédéterminées. La pertinence de la prédétermination ne se pose pas autrement que de manière interprétative. De même, si les deux opérations – traiter le conflit puis aborder la question de droits – peuvent découler l'une de l'autre (le traitement des conflits facilitant la voie du traitement des litiges), elles peuvent rester étrangères l'une à l'autre. Ce premier scénario est pour beaucoup dans l'image instrumentale de

la médiation comme moyen de désengorger le calendrier juridictionnel. Il y a pourtant une différence logique essentielle, la voie du litige postulant l'adhésion chez le justiciable à une certaine norme interprétée selon une certaine culture juridictionnelle. Sa marge de manœuvre pour voir sa cause entendue est aussi encadrée que celle du juge pour la recevoir. L'interdiction du jugement en équité est à cet égard explicite. Il y a là un élément nouveau qui ne peut pas dire son nom dans un système qui réfute le pluralisme juridique au sens où il entend résoudre la pluralité (des situations, des intérêts) dans le moule unitaire. Il n'y a pas de place en juridiction pour un conflit de normes⁹⁰, qui ne soit ramené soit au principe hiérarchique, soit aux instruments de traitement des antinomies en droit (l'exception confirme la règle, la règle spéciale déroge à la règle générale, la loi nouvelle abroge l'ancienne...)⁹¹. Une juridiction traite des conflits d'intérêts⁹² sur la base d'une interprétation de la norme officielle (litiges), plus rarement des conflits dont les logiques sont adossées à des normes divergentes.

Or les conflits peuvent présenter des différences de structure en fonction de la nature et de l'intensité affective et identitaire des interactions des personnes en cause. Lorsque les parties se connaissent très bien ou depuis très longtemps, on a égard à un degré élevé de complexité, mobilisant probablement plusieurs sphères de justice et univers disciplinaires. Lorsque les parties ont un rapport plus fonctionnel, lié aux rôles joués dans la société, nous aurons affaire à des conflits semi-complexes, tandis que si les personnes n'ont qu'un simple contact, il est probable que la réduction du conflit dans les arcanes de la norme com-

90 À l'exception du tribunal des conflits.

91 On ne sera donc pas étonné que le terme médiation réapparaisse, même en droit du travail, dans les litiges transfrontaliers, où le pluralisme est reconnu, alors qu'il s'agira ici et surtout de négociation assistée par un avocat (désormais procédure participative) dans un différend (voir *supra*). Si un tiers intervient, il y aurait lieu ici de parler d'arbitrage pratiqué par un des avocats élus, ou alors de conciliation, s'il ne prend pas une décision juridictionnelle. Décret du 20 janvier 2012 précité note 19.

92 Économiques ou indemnisables c'est-à-dire solubles dans le calcul en argent.

89 Les actes posés dans le cadre d'une relation affective « affectent » davantage.

mune, se résoudra dans l'argent, perçu comme sanction ou compensation. Or l'indemnisation n'est pas la réparation, et l'acte de refondation d'une relation est peu compatible avec le duel et la perte.

Les conflits complexes présentent des éléments qui ne sont pas strictement juridiques, et cependant importent énormément. Le temps du traitement juridictionnel s'oppose bien souvent à un travail social extra-juridique. L'image du juge est en outre altérée par l'idée qu'il pourrait accomplir un « travail social ». Cette « déchéance » n'affecterait pas la médiation qui est au contraire un travail de capacitation, et non d'assistanat. De son côté, le justiciable est conduit à peser ses paroles et à laisser faire son avocat, plus rompu à la rhétorique qui lui permettra de gagner un procès. L'écoute requise du médiateur, et agencée par lui pour qu'elle se travaille entre les médians n'a pas de correspondance judiciaire. Rien de ce qui sera dit ne pourra se retourner contre le médiant, si ce n'est sa confrontation à sa propre violence dans l'émergence ou l'exacerbation du conflit. En outre, l'énergie de la souffrance (ou du désespoir), et l'enjeu identitaire qui peut y être investi, sont sans commune mesure avec la distance imposée au juge pour qu'il reste neutre et sa disponibilité personnelle à démêler des propos peu limpides⁹³. C'est en cela que la neutralité du médiateur est bien à l'opposé de celle du juge. Neutralité normative plus qu'affective, elle est un interdit de juger, de jauger entre les normes laquelle est la bonne. La neutralité du juge, elle, est axée sur celle de la loi de la majorité et du pouvoir.

Ainsi, contrairement à une idée reçue de l'univers juridique, la réduction du conflit à l'une de ses références normatives ne permet de répondre qu'à des questions d'une complexité réduite. De même, si une question complexe lui est soumise, la juridiction se verra dans l'obligation de la ramener et la réduire à la *ratio-legis* imposée, c'est-à-dire au but recherché par le législateur, au moins dans la mesure de son obligation d'en rendre compte par la motivation.

Le travail préalable, réalisé par l'avocat, de séparation des faits pertinents pour le litige, d'autres faits inassimilables dans et par le système (il faut circonscrire la demande en justice dans une question de droit recevable), rend sa présence d'intermédiation entre le juge et le justiciable indispensable à la clarté des débats et au temps judiciaire (de plus en plus compté). Ce préalable, qui peut éventuellement être consécutif à une première tentative de médiation (par l'avocat lui-même), illustre bien le décalage qui existe entre la personne reconnue par le système juridique, censé représenter la société, et l'être pluriel, personnifié ailleurs, par ses groupes, sa famille et ses relations électives. Certes, les énoncés normatifs ne sont jamais rédigés, et appliqués de manière à ce point rigide qu'ils ne puissent faire l'objet d'une nouvelle définition ou interprétation, la jurisprudence nous en fait la démonstration incessante. Toutefois, la notion à contenu variable de faute est à elle seule révélatrice de ce qu'une disposition ouverte, peut rester inscrite dans une démarche accusatoire et jugeante. Il y a bien sûr de la médiation dans l'activité de juge et celle de l'avocat, mais entravée par l'occupation chronophage de ramener la complexité des « faits », reconstruits pour les besoins de la cause, dans le système de la logique formelle, et peu conciliatoire. Libéré de cette contrainte cognitive et procédurale, le médiateur peut laisser au médiant le libre cours de son interprétation du différend, tout en remplaçant cette représentation en vis-à-vis de la (ou des) représentation concurrente. Pour se distinguer d'une justice du privé, ou d'une négociation contractuelle assistée, l'activité de médiation met en scène les tiers absents, et le monde commun. Une des dérives possibles des pratiques résulterait d'ailleurs de cet oubli. Le dialogue peut bien sûr intégrer la norme officielle dont l'application est revendiquée, mais le discours de l'autre est amené à en modifier la représentation. Un signifiant peut abriter une telle richesse de sens!

Cette compétence du médiateur résulte d'un savant mélange entre le don de se taire et d'écouter, et une expertise pluridisciplinaire des ingrédients du conflit lui permettant d'orienter les médians vers un expert le cas échéant.

93 Et à l'égard desquels il peut n'avoir aucune sympathie.

Le souci de la formation des médiateurs est donc essentiel pour la sécurisation des pratiques et la reconnaissance de cette compétence. Le besoin d'une formation pluridisciplinaire n'est toutefois pas la seule limite loin de là, à la réalisation d'une médiation au sein de l'institution Étatique.

Comme nous l'avons vu, c'est le droit lui-même qui limite le champ d'action des institutions publiques. Libertés publiques et droits fondamentaux ne permettent pas aux agents de l'État de pratiquer des médiations « sauvages », c'est-à-dire non demandées par les justiciables et, qui plus est, dans le cadre d'une relation où les enjeux et les pouvoirs peuvent entrer en contradiction. Le juge par ailleurs est pris dans un cadre procédural, et son pouvoir interprétatif (des faits comme des textes) est placé sur des rails très stricts qui vont des dispositions légales qui contiennent des énoncés normatifs précis et des règles et principes spécifiques auxquels il doit référer, aux précédents jurisprudentiels, en passant par les commentaires doctrinaux. Il est également soumis au droit de la preuve qui, quoiqu'ouvert aux exceptions en présence de personnes liées⁹⁴, se heurte au fait que les personnes proches ne pensent pas à pré-constituer des preuves, et que les témoins sont partisans. À cela s'ajoute la formation de plus en plus technique des juges, les *habitus* professionnels, l'esprit de corps, leurs choix moraux, et le pouvoir de les imposer en disant le droit.

Distinguer conflit et différend permet d'induire la possibilité de reconnaître un pluralisme juridique sous-jacent, et la part politique des choix opérés. Sous la plume des juristes, la notion de différend permet d'englober celle de conflit et de litige tandis que ce terme prend au contraire un autre sens dans la philosophie du langage. Jean-François Lyotard⁹⁵ dans son ouvrage majeur, *Le Différend*, en donne un sens strict, repris par Simona Andriani⁹⁶. L'auteure distingue cinq sens du mot, selon l'objet du conflit auquel le différend est susceptible de mener : un sens courant,

un sens politique, un sens en droit international public, un sens juridique, et un sens philosophique. Le premier est très large et englobe conflit et litige. Le sens politique, au contraire, semble faire l'hypothèse du pluralisme juridique. Il suppose que l'objet sur lequel porte le différend soit insusceptible d'un règlement prenant la base du droit existant (ou officiel?). Il présume donc soit l'abandon de la prétention, ce qui évite le règlement du conflit mais pas le conflit lui-même, soit l'application d'un autre droit, au risque de créer un conflit de normes, soit la modification du droit positif. Ces différentes possibilités sont susceptibles de se rencontrer en arbitrage comme en médiation. La différence entre les deux semble ténue, bien que l'arbitrage débouche sur une solution proposée et validée par l'arbitre choisi par les parties parmi leurs défenseurs. Une culture de rivalité et de compétition, en vue de la défense d'enjeux à faible dimension personnelle, y est relative à la sphère du marché. La loi y est mobilisée pour la sécurisation des biens à gagner. La médiation, tout en comportant des intérêts économiques, est avant tout liée à la socialité et au politique. C'est la diplomatie des gens ordinaires.

Le sens philosophique décrit également une situation où le conflit se soustrait à l'empire du droit, ou du moins du droit invoqué par l'une des parties, ou s'imposant comme officiel. Rejoignant les théories du pluralisme radical, Jean-François Lyotard fait du litige une fiction moderne ; celle-ci procède de l'illusion d'un espace en dehors de l'histoire, de l'idéologie, l'espace que semble présupposer un grand pan de la philosophie analytique du XX^e siècle. Le langage (qui porte aussi le droit) procède plutôt du « différend » : la phrase qui présente la « cause » (qu'on doit comprendre ici dans le contexte d'un procès) est toujours intéressée et historique ; elle répond toujours aux impératifs d'une certaine « perspective » qui fera tort aux perspectives qui lui sont opposées. Ce travers prend forme dans le langage et chaque discours est arrimé à une histoire de vie mais également à un désir qui le rend tantôt univoque, voire intransigeant, tantôt ambivalent, voire paradoxal. Se connecter à des désirs et à des besoins en médiation, suppose non de les

94 Art. 1348 du code civil (français).

95 Simona ANDRIANI, André-Jean ARNAUD *et alii* (dir.). Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit. *op. cit.* Conflit. In fine. Note sur le différend.

96 Minuit, Paris, 1983.

réduire ou de les résoudre, mais d'en alterner ou en différer la réalisation afin de tenir compte de « la part de l'autre », d'écouter son attente. Et si par chance les attentes étaient toutes accessibles ? C'est la boucle du don dynamisée par la médiation qui va permettre, en inscrivant de l'alternance dans la durée du temps public, d'inscrire les tours, de donner, de recevoir, redonner de la reconnaissance, du capital symbolique, l'inscrire à nouveau dans du lien social. D'autres fois, les attentes et demandes⁹⁷ en présence sont inconciliables. Il n'y aura pas d'accord, ou plutôt un accord sur son désaccord, mais plus de conflit.

Il ne peut exister de plate-forme universelle où l'on pourrait traiter de tous les jeux de langage. Le jugement n'offre qu'une des scènes possibles, très encadrée et orientée par le droit positif, qu'il soit national, communautaire ou international, fermée à la créativité des principaux intéressés.

B. Retour sur les définitions

Une frontière semble ainsi provisoirement tracée au sein les modalités de traitement du litige avec un encadrement normatif étroit, où l'on trouve d'une part le règlement amiable avec la conciliation assujettie à l'obligation compromissaire, d'autre part, le règlement négocié et collaboratif avec la transaction et l'arbitrage, qui relèvent d'une compétition assumée ; en troisième lieu, on distingue le jugement, imposé et adversarial⁹⁸. La pratique de média-

tion des conflits, au cadre processuel délibérément allégé et ouvert sur l'internormatif, se distingue des procédures précédentes en ce qu'elle n'est pas un règlement ponctuel en dépit du temps toujours insuffisant qui lui est imparti. Elle repose sur le pari de l'amorce d'un processus émancipatoire sur le long terme. C'est pourquoi, il est préférable de parler à son sujet de régulation des conflits. Elle s'inscrit dans une logique concrète, non transcendée par une seule référence *a priori*, mais instituant une forme d'option, ouverte sur la transformation des demandes et solutions trop bien ficelées, pouvant se prolonger ou prendre fin par la volonté de chaque participant⁹⁹. La médiation du conflit n'est donc pas réductible à la conciliation vers laquelle elle peut déboucher ou pas, ou prendre d'autres voies plus personnelles. Ainsi, ceux qui viennent faire homologuer un accord, pris après une négociation assistée, facilitée par la médiation, qui poursuit son chemin, à côté de ces autres logiques. Mais il arrive qu'il n'y ait eu qu'une négociation sur les droits. Que l'ensemble de l'opération ait lieu dans le même cadre n'empêche pas que les opérations soient distinctes. De même, ainsi que nous l'avons relevé, une absence d'accord ne révèle pas nécessairement un échec de la médiation. Par exemple, dans le premier cas, la médiation a été suivie d'une négociation assistée, dans une autre sphère de justice que celle où la valeur de lien prédomine.

Ainsi, avoir traité le conflit dans cet espace-temps coupé de la société et de ses contingences fonctionnelles et utilitaristes, n'empêche pas que l'on y revienne, plus tard, éventuellement autrement (et quoiqu'on puisse prendre goût à la liberté). Il arrive même que l'un des médiateurs soit si soulagé et heureux de s'être libéré d'un poids émotionnel et affectif insupportable qu'il soit prêt à négliger ses intérêts matériels. Là revient l'intérêt de l'avocat, du syndicat, ou du juge, qui veilleront à ce qu'une des parties n'abandonne

97 Une demande peut être formulée en médiation, car par hypothèse la grammaire de la communication est à ce point abîmée, que l'attente qui suppose la liberté orientée de donner, n'est plus perçue.

98 L'arbitre rendant une sentence arbitrale est une instance juridictionnelle, bien qu'elle entérine une solution négociée. On mettra à part les jugements et ordonnances rendus par les juges des enfants, qui, d'avant-garde, sont toujours censés rechercher l'adhésion des justiciables à leurs décisions. Une bonne administration de la justice se soucie en effet de l'effectivité des décisions. François TERRÉ, rapport de synthèse sur l'effectivité des décisions de justice, Travaux de l'association Henri Capitant, T XXXVI, 1985, p. 24. Un autre versant de la médiation en justice est traité dans Gilda NICOLAU, Thierry BARANGER, *L'enfant et son juge, la justice des mineurs au quotidien*, Hachette, docs, 2007, p. 1116-115. Gilda NICOLAU, Geneviève PIGNARRE, Régis LAFARGUE, *Ethnologie juridique autour de trois exercices*, Dalloz, méthodes du droit, 2007, pp. 150-159. Dominique ATTIAS, « Avocat et médiation », ce volume.

99 La médiation judiciaire, au contraire, peut prendre fin à la demande du juge à tout moment « lorsque le bon déroulement de la médiation apparaît compromis » (art. L131-10 du code de procédure civile) et dans cette hypothèse, il tranche le litige par une décision.

pas ses droits sous le coup de l'émotion, ou alors le fasse en connaissance de cause après conseil.

Je propose, en m'inspirant des nombreuses et pertinentes définitions (surtout centrées sur la médiation en tant que pratique), d'entendre le concept de Médiation comme la re-dynamisation de la création, de la restauration, et du traitement de la communication sociale et interindividuelle, éventuellement assistée par un tiers qui soit légitimé par les médiateurs, et sans pouvoir décisionnel¹⁰⁰. Ce processus résulte d'un travail sur et à partir du langage (accompagné et symbolisé par le tiers) menant à la capacitation des participants dans leur responsabilité du lien social¹⁰¹. Cette activité, qui peut comprendre des temps de silence et des messages implicites, repose sur la confiance du médiateur, ou le pari qu'il fait sur l'aptitude des protagonistes à s'écouter et à rechercher des solutions, et dans le courage et l'énergie qu'ils mettront à surmonter leurs émotions et leurs terreurs. Pour preuve de cette confiance qui se veut communicative, le médiateur donne de son temps, une écoute disponible, et à l'instar d'un analyste sans doute, de l'acceptation de ses propres introjections et émotions négatives.

On retrouve d'autres signes de cette rencontre dans les éléments dégagés par Camila Nicácio :

Trois caractéristiques fondamentales de la médiation s'agrègent alors à celle portant sur l'entretien/le soin des

liens déjà identifiée dans la littérature, à savoir : la non-verticalité de l'intervention, l'étendue de l'espace rhétorique rendu possible par les échanges et l'ouverture à l'internormativité, *via* le recours à plusieurs substrats normatifs, au-delà mais comprenant éventuellement le droit étatique¹⁰².

Je souscris à cette dernière démarche qui assume ouvertement le pluralisme juridique et la transformation paradigmatique à l'œuvre en matière de justice.

Conclusion

En définitive, les médiateurs posent de manière spontanée et implicite trois bases juridiques à leur scène de justice : la liberté de négocier le sens à partir d'une activité de langage, l'expulsion de la domination tant des médiateurs que du médiateur, le souci du lien au-delà des autres intérêts. Cela suppose que soient différées les questions de droit, et donc le moment de la prise d'une décision qui ne sera que la conséquence de cette phase ; ce qui conduit à réfléchir à une autre conception de l'intérêt à agir, et des manières d'en traiter.

Il serait dommage qu'une mauvaise intelligence du soin au lien social contribue à un mouvement de dépit envers une méthode de justice méprisée ou jalouée. Au lieu de la réduire à une solution alternative et ancillarisée, ou au mieux à un moyen de désengorger les tribunaux, il faut se féliciter au contraire de voir la médiation se développer en milieu institutionnel, tant pour l'effectivité des droits, que pour l'ouverture et l'oxygène qu'elle apporte aux expressions quotidiennes de la démocratie contemporaine.

Les pratiques de médiation ont fait leur entrée en scène dans un premier temps à l'écart des sphères publiques et judiciaires, et contre toutes résistances, contribuent de plus en plus à la réalisation des droits fondamentaux. La sortie vers une voie de droit, qui soit plus institutionnelle ou ne le soit plus du tout reste ouverte.

100 L'accord pour considérer que le médiateur est un tiers n'est pas unanime. Ainsi, selon certains, c'est la norme ou les normes qui font médiation, ou alors c'est la relation elle-même, le lien qui est entre-deux pour rapprocher ou séparer. Cela ne semble pas empêcher que le médiateur soit un tiers, mais seulement que ce soit lui qui fasse médiation. Je pense qu'il y contribue par l'appui qu'il offre aux médiateurs, pour créer le lien ou le restaurer. C'est par conséquent le nom du médiateur qu'il faudrait chercher à préciser.

101 Parmi les plus souvent citées en français Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, Que sais-je?, 2005, p. 71 : « Un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel un tiers, impartial, sans pouvoir décisionnel ou consultatif, avec la seule autorité que lui reconnaissent les « médiateurs », favorise par des entretiens confidentiels, l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause ». Cf. également, Jean-François SIX, *Le temps des médiateurs*, Paris, Seuil, 1990 p. 164.

102 Camila SILVA NICÁCIO, *Médiation et émergence du droit : pour un paradigme de la complexité juridique*, Thèse droit Université Paris 1, Nicolau Gilda (Dir), 2012, p. 8.

La liberté de sortir de la médiation, ou de poursuivre en conciliation ou en juridiction, doit être reconnue comme elle l'a été pour l'entrée. Devant mon questionnement relatif à l'homologation des accords passés en médiation, des magistrats qui font un bilan des médiations réalisées (on peut aller en médiation sans qu'elle se fasse) répondent : on ne les revoit pas. Quantitativement, les questions d'accord et d'homologation se posent peu (un bilan quantitatif jugé mitigé!), tandis que le bilan qualitatif est très bon. Reconnaître l'autre dans sa différence et sa liberté de penser n'exige pas que l'on partage ses idées et ses valeurs, c'est même le versant le moins romantique mais le plus démocratique de la médiation. S'entendre sur sa mésentente c'est repartir plus sereinement dans la compétition acceptée et assumée. Mais ce peut être également faire le bilan de ce qui a été mis en commun ; peut-être un jour de changer de manière de voir les choses, spontanément.

La sortie de la médiation et ses causes est également un objet d'étude fondamental. En tout état de cause, le traitement du litige sera facilité par le deuil de la perfection, de l'aspiration au « tout »¹⁰³ ou rien, que la médiation aura permis de travailler, en vue d'une sortie du conflit par une voie *sui generis* découverte de concert.

La sortie par le droit officiel peut désormais se faire avec l'avocat dans le cadre de la procédure participative, prévue par le décret du 20 janvier 2012. Elle existait *de facto*, mais permet désormais de mieux distinguer les places et les rôles de médiateur et d'avocat.

Le pluralisme juridique à l'œuvre dans la recherche du meilleur des droits, ou au moins du plus adéquat à la situation en cause, prend ses sources tout autant à de nouveaux idéaux qu'aux traditions juridiques laïques et religieuses. L'anthropologie du droit invite à en visiter les richesses comme les faiblesses, pour des actes de refondation permanents, comme autant de fêtes de l'esprit.

Quant à ceux, médiateurs, avocats ou même juges que l'on ne revoit jamais, je donne mon billet qu'on en trouve dans les rangs des médiateurs.

103 Selon une expression de Catherine Vourch', médiatrice et formatrice à la médiation au CNAM, la médiation est du côté du « pas tout ».

Achévé d'imprimer en juillet 2013
Imprimerie Présence Graphique
2 rue de la Pinsonnière
F - 37260 MONTS