

LE CONFLIT ET SA GESTION : VERS UN CHANGEMENT DE PARADIGME ?

Réflexions et témoignages tirées de trois pratiques professionnelles en Suisse, avec 3 visions du conflit : la voie judiciaire, la voie conciliatoire et la médiation, dans le nouveau contexte d'une justice plurielle

(2^e Congrès de Conflictologie, Université d'Etat de Saint-Petersbourg, 3-4 octobre 2014)

Jean A. Mirimanoff¹

Mots clefs : arbitrage, conciliation, conflit, gestion des conflits, litige, médiabilité, médiation, par les pairs (élèves), procédure civile, processus de médiation

Digression sur la neutralité et l'amitié

Sur le plan interne comme sur le plan international, la neutralité du tiers constitue l'un des éléments fondamentaux pour obtenir la confiance des parties à un différend. Il ne paraît donc pas hors propos d'évoquer dans le cadre de ce 2^e Congrès international de Conflictologie **le deux centième anniversaire des relations diplomatiques entre la Suisse et la Russie**, puisque c'est à l'amitié que l'Empereur Alexandre premier portait aux Suisses que nous devons en grande partie la reconnaissance de l'indépendance et de la neutralité de notre pays dans les traités de paix de Paris et de Vienne. Or la neutralité suisse a concouru à éviter à notre pays pendant deux siècles d'être le territoire de la guerre et de ses méfaits. Il en est résulté un nouveau devoir de notre Etat envers la communauté internationale : celui de mettre à sa disposition, chaque fois que possible, ses bons offices, sa facilitation ou sa médiation au service des Etats en situation de crise ou de conflit entre eux. Ce devoir de **neutralité active** s'impose d'autant plus aujourd'hui que la Suisse demeure le seul Etat neutre, sur les continents d'Europe et d'Amérique du Nord. En dépit de regrettables erreurs et défaillances d'hier et d'aujourd'hui au sujet de son application pratique, notre neutralité reste un moyen d'exprimer notre volonté d'entretenir de bonnes relations avec l'ensemble des Etats. La neutralité donc est parfaitement compatible avec l'amitié, en particulier avec celle qui lie de longue date nos deux pays. C'est d'ailleurs dans cet esprit que s'est exprimé le président de la Confédération devant ses pairs à l'Assemblée générale des Nations Unies la semaine dernière, insistant sur le fait que, dans la crise ukrainienne, « une solution devait être construite avec la Russie et non contre la Russie ».

Préambule

La vision du conflit et – partant- la manière de l'aborder et de le traiter– diffèrent fortement selon la profession, la posture et la motivation de ceux qui ont charge de s'en occuper. Nous tenterons ici, dans des lignes sans prétention scientifique, d'échanger nos expériences dans trois de ces postures, parmi tant d'autres. Il s'agira d'abord de poser le nouveau cadre de cette réflexion, celui d'une justice devenue plurielle (1), puis de spécifier les caractéristiques de la démarche du juge (comme de l'arbitre) vis-à-vis du conflit (2), celles du magistrat conciliateur (3/4) et celles du médiateur (5), avec une brève allusion aux voies hybrides (6). Pour nous interroger ensuite sur la réalité du choix désormais offert à nos concitoyens et à nos entreprises en conflit : y a-t-il un choix véritable tant que plusieurs des options demeurent parfaitement inconnues et des avocats, et des juges et des arbitres, et du grand public, ceci à la lumière des Lignes Directrices (CEPEJ) 2007 No 13, 14 et 15 (7), pour conclure par quelques exemples devant contribuer à ce qu'il convient de nommer : un changement de paradigme (C).

1. Une justice plurielle

Avec l'arrivée de l'arbitrage il y a plus d'un siècle la justice étatique n'étend plus sa compétence sur l'intégralité du contentieux civil, son monopole se limitant aux affaires essentiellement familiales et celles dans lesquelles l'ordre public est présent. (Notons au passage que l'arbitrage n'a pas eu pour effet, de loin, de diminuer le contentieux judiciaire). Néanmoins *la procédure civile et l'arbitrage*, son alternative, partagent plusieurs caractéristiques dans leur vision et leur traitement du conflit : dans les Etats de tradition romano-germanique, leur démarche s'appuie sur le syllogisme juridique, sur lequel nous reviendrons. En outre, dans et hors du système judiciaire existe depuis longtemps aussi un mode amiable dans la plupart de ces pays : *la conciliation*, aussi ancrée dans sa forme traditionnelle sur le syllogisme juridique. Mais c'est l'arrivée dans l'ordre juridique de la quasi-totalité des Etats membres du Conseil de l'Europe de *la médiation* – sous sa forme judiciaire et parfois non judiciaire- qui a amené le plus grand changement : une évolution ou une révolution quant à la vision du conflit. Du moins pour les acteurs du monde judiciaire, car il n'y est pas question avec elle de syllogisme juridique.

La Suisse et la Russie ont en même temps, le premier janvier 2011, mis en vigueur leur législation consacrant un modèle similaire de médiation judiciaire, qui confie à un tiers médiateur, choisi en dehors du tribunal, le soin d'aider les parties à un conflit civil à reprendre le dialogue et à trouver ensemble une solution à leur différend, à tous les stades de la procédure. Théoriquement nos justiciables- personnes physiques et entreprises – ont désormais le choix et le droit d'aborder leur conflit comme il leur convient : par la médiation, par la

¹ Médiateur assermenté, ancien Juge civil, ancien Conseiller juridique au CICR, membre de l'*IMI Standards Committee* (La Haye), cofondateur du GEMME-Suisse. Genève, Suisse

conciliation ou par le procès civil ou arbitral. De plus la loi n'implique pas un *numerus clausus* des modes de règlement des différends : la liberté contractuelle permet encore à nos concitoyens de recourir à d'autres voies, tels l'ombudsman, le coaching, et les ingénieuses combinaisons hybrides.

2. Le juge et le litige

La vision du conflit qu'a le juge dépend largement de la manière – réductrice - dont les avocats le lui représenteront. En rédigeant leur demande et leur réponse, les hommes de loi présélectionnent un état de fait, proposent chacun une construction juridique et présentent des conclusions liant le juge. Sur seule cette base, le juge va procéder à l'audition des parties, à des enquêtes, éventuellement à des commissions rogatoires et/ou à une expertise, pour rendre ensuite son jugement après avoir écarté les faits non pertinents et adopté librement une analyse juridique des relations des parties. Sans doute le juge remarque-t-il ou pressent-il les sentiments, les émotions, les valeurs, les besoins et les intérêts de ses justiciables, mais il ne va pas – en tant qu'il va devoir juger – en tenir compte : *ne eadat judex ultra petita*. En résumé le juge s'intéresse – il ne peut d'ailleurs faire autrement – au litige, non au conflit. Il lui incombe, comme à l'arbitre, de traiter une situation passée, et de rendre un jugement pour le passé, sans pouvoir régler le conflit dans son ensemble. Celui-ci peut donc se poursuivre sous d'autres formes, ou par une abondance de recours et d'actions en modifications (par exemple de jugement de divorce). (A relever aussi comme conséquence la vision binaire des juristes, qui prétendent distinguer le vrai du faux, le prouvé du non établi, le légal de l'illégal, etc., alors que le médiateur a une vision plurielle, compte tenu des *perceptions* du conflit par les parties.)

En revanche, avec l'entrée de la médiation dans l'ordre juridique, comment le juge sera-t-il en mesure de la recommander lorsque cette voie est utile, nécessaire, voire indispensable aux parties, si la problématique de la *médiabilité* du litige, respectivement du conflit lui échappe ? Or cela restera le cas tant qu'il n'aura pas reçu dans sa formation initiale ou continue des éléments de gestion des conflits. La même remarque vaut pour les avocats. Ainsi la nouvelle loi, aussi utile qu'elle soit pour légitimer la médiation, n'a en soi aucun effet sur sa mise en œuvre sur le plan pratique ! C'est d'ailleurs ce qu'enseignent les situations en France ou ailleurs. Presque 20 ans après l'adoption de la loi (1995), le nombre de dossiers judiciaires partant en médiation représente probablement moins du 1 % du contentieux civil. Même constat à Genève 10 ans après l'introduction de la médiation civile dans sa législation, ou en Suisse 4 ans plus tard.

3. Le magistrat conciliateur et le litige

La conciliation dans les pays de tradition romano-germanique (ou de droit civil) peut avoir lieu d'une part en amont de la procédure et d'autre part pendant celle-ci : au stade de l'essai préalable de conciliation obligatoire, par un magistrat souvent déchargé du dossier en cas d'échec, ou lors de la procédure par le juge du fond, à tout moment. Lors de l'essai préalable, un moment décisif pour éviter le procès, la connaissance du dossier par le magistrat est aussi la moins bonne : il n'a parfois qu'un des mémoires (du demandeur) tandis qu'il doit procéder à une appréciation anticipée des preuves, opération périlleuse s'il en est, pour ne pas dire aléatoire, voire arbitraire. Il peut, selon les mérites du cas, donner un avis, faire une proposition ou suggérer un compromis (constitué de concessions réciproques perdant-perdant), les parties étant libres de les refuser. Et comme juge de fond, de même, les parties se sentant parfois moins libres alors de les refuser. Dans les deux cas, sa vision du conflit reste incomplète, comme le juge du fond et pour les mêmes raisons. Elle se limite à l'objet du litige.

4. Le magistrat conciliateur et le conflit

Pragmatiquement des magistrats conciliateurs ont pu se rendre compte avec le temps de l'importance à accorder aux intérêts, voire aux émotions des parties. Certains se sont risqués- avec succès- à sortir de l'objet du litige, et abandonner le syllogisme judiciaire. En se formant volontairement à la gestion des conflits, ils se sont intéressés aux outils de communication et aux méthodes de négociation, comme la négociation raisonnée, avec encore un plus grand taux de succès. Mais ils demeurent une minorité. Ils appartiennent souvent au Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME). En revanche, ils sont en Suisse désormais certains de pouvoir œuvrer en dehors de l'objet du litige, la loi le leur permettant expressément. Ils demeurent cependant des conciliateurs, car si les parties ne trouvent pas par elles même une solution, ils pourront leur en proposer, ce qui n'est pas dans la tradition chez nous de la médiation. Un constat s'impose : plus la conciliation s'ouvre sur le conflit dans son ensemble, plus grand est son succès, plus satisfaites en sortent les parties.

5. Le médiateur et le conflit

La médiation a pour objectifs essentiels de rétablir le dialogue et/ou de faciliter la recherche par les parties de solution mutuellement avantageuses. Elle restitue aux parties la responsabilité de leur conflit, de son traitement et de son issue. Elle emploie à cet effet *des outils* (ceux de la communication active : reflet, reformulation, synthèse, ceux du questionnement : ouvert, fermé, en boucle, etc.), emprunte *des approches* (adaptées au type d'affaires ou à la volonté des parties), et use *des méthodes* (communes à d'autres négociations : coopérative, collaborative, etc.) en adéquation avec ses objectifs.

Les émotions, les sentiments, les valeurs, les besoins et les intérêts sont au cœur même du processus, dans lequel le syllogisme juridique n'a pas de pertinence. Ce qui ne signifie pas pour autant que le droit n'y a pas sa place. Au contraire. Conduire une médiation contrairement au droit impératif et à l'ordre public serait une faute professionnelle.

La reconstruction des liens, ou leur terminaison de manière raisonnable, rapide et économique, permet de préserver l'avenir. La médiation a donc un triple effet pacificateur : régler le conflit, empêcher qu'il ne se développe, en évitant de nouveaux rebondissements plus tard.

On pourrait aussi résumer la démarche médiatrice : « La personne humaine est au cœur de la médiation et la médiation au cœur de la personne humaine ».

6. Les Hybrides

Les modes hybrides sont appelées à un grand essor, en permettant de combiner les avantages respectifs des modes amiables et imposés, soit sans interférence d'un mode dans le processus de l'autre (hybrides improprement dits), soit en s'y greffant l'un l'autre (hybrides proprement dits). Il importe que le ou les tiers aient les formations adéquates, et que les parties aient donné leur consentement libre et éclairé à cette manière de faire.

7. La gestion des conflits

Actuellement les acteurs mentionnés ci-dessus, chargés de la tâche commune de pacification sociale, ne communiquent pas ou pas encore entre eux. Parmi les obstacles au développement de la médiation, on relève son ignorance par les hommes de loi, et la peur en résultant : peur de la nouveauté, peur de perdre de son pouvoir ou de ses ressources. Pourtant toutes ces voies de résolution, amiables ou imposées, se complètent les unes les autres. Ni la procédure civile ou arbitrale ni le processus de médiation ne sont des panacées. Mais pour quoi, pour qui, quand, où, comment, avec qui utiliser l'un plutôt que l'autre dans notre justice plurielle? Et comment mettre en œuvre la médiation? A cet égard les Lignes Directrices du Conseil de l'Europe donnent une liste concrètes de recommandations s'adressant tantôt au secteur privé, tantôt au secteur public, tantôt aux deux.

Trois exemples en guise de conclusions

Combien d'années, de décennies voir de siècles faudra-t-il compter pour arriver à un changement de paradigme quant à notre vision du conflit et à sa gestion? Et comment?

Pour le grand public, l'information par des brochures, conférences, films télévisés et autres moyens de diffusion implique des efforts conjoints du secteur privé et du secteur public, le soutien déterminé, fort et répété des Autorités s'avérant indispensable.

L'intérêt de nos citoyens et de nos entreprises exige que la gestion des conflits soit introduite dans les Facultés de droit si l'on veut que le choix qui leur est proposé par la loi soit respecté.

L'idéal serait qu'elle le soit obligatoirement pour tous les candidats au barreau et à la magistrature. Sans quoi ils continueront à être affectés par une sorte de syndrome de Pavlov, consistant à négocier sur des positions pour, en cas d'échec, se précipiter automatiquement dans le combat judiciaire ou arbitral. Seule la formation à la gestion des conflits permettra de l'éviter, ce qui implique une ouverture vers une approche interdisciplinaire de cet enseignement. Des tâtonnements ont actuellement lieu en Suisse.

Le moyen le plus sûr de conduire à un changement de paradigme, par une meilleure connaissance du conflit, passe certainement par l'École et le Collège. Les expériences et pratiques entreprises dans 9 pays francophones dont la Suisse Romande (et ailleurs aussi) démontrent les aspects positifs de la médiation scolaire par les pairs pour la société dans son ensemble. Elle ne permet pas seulement de limiter la violence, de renforcer la confiance en soi des adolescents, d'apprendre le respect et la tolérance vis-à-vis du prochain, d'améliorer la convivance à et autour de l'École. La médiation par les pairs donne aux jeunes un viatique pour la vie. En leur apprenant que le conflit fait partie de la vie; qu'il n'est en soi ni bon ni mauvais, mais que tout dépend de l'usage que l'on en fait, de la manière dont on le gère; qu'il peut donc conduire à la réconciliation ou à la guerre, à la destruction ou au développement. Bref, qu'il peut, bien géré, renforcer notre contrat social.