

Médiation, justice et conflit Réflexions autour et alentour...

par

Catherine DELFORGE

Professeure ordinaire à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

« Il s'agit peut-être simplement, comme après une agréable soirée entre amis où on a éprouvé le sentiment de partager un moment riche de rencontres humaines, de prendre un court instant pour se dire deux des mots à la fois les plus concis et les plus expressifs de notre langage : "merci" et "au revoir" »¹.

C'est ainsi que Jean-Louis Renchon introduisait les propos conclusifs qu'il a rédigés lors d'un colloque qui devait être organisé, en mars 2020, par le *Groupe de recherche sur les modes de gestion des conflits* (USL-B et UCLouvain). Comment mieux exprimer le message que je souhaite aujourd'hui lui adresser ?

Merci, cher Jean-Louis, pour les grandes qualités, académiques et humaines, que tu as mises au service de nos deux institutions et des communautés universitaires qui en relèvent. *Merci* aussi d'avoir été l'un de mes professeurs les plus inspirants, un responsable de centre et un doyen de Faculté marquant pour ceux et celles qui t'ont côtoyé dans le cadre de ces fonctions, mais encore et surtout un collègue vif, ouvert, loyal, soucieux de l'équité et toujours attentif à la qualité des relations nouées. Ta présence, en ces différents lieux qui tracent nos chemins en parallèle, a été pour moi « *signifiante* ».

Au revoir, ensuite, « *parce que nous allons nous quitter en ayant conscience aussi [qu'une période] s'achève, qu'[elle] a été unique, qu'[elle] ne se reproduira jamais tel[le] quel[le], que déjà la vie se poursuit, mais que nous pourrions peut-être revivre d'autres moments, différents mais nous l'espérons tout aussi intenses, et qu'il y aurait donc vraiment du sens à se "revoir" pour à nouveau échanger, apprendre, comprendre...* ».

Les réflexions qui suivent traduiront, bien humblement, ce « *merci* » et cet « *au revoir* ». Je m'attellerai à y partager, pêle-mêle, quelques observations ou questionnements autour d'une thématique qui fait se rejoindre nos intérêts depuis près de quinze ans : la médiation.

I. La médiation, les médiations ?

Parler de médiation, au singulier, de façon absolue donc, est étrange. La formulation reste en effet ambiguë et risque même d'être exclusive si l'on n'y prête pas attention. Le singulier, ou l'absence de précision du cadre de référence d'un tel emploi, occulte en effet le fait que les pratiques jouissant d'une telle appellation, mais aussi nos cadres législatifs, en offrent des visages multiples.

¹ J.-L. RENCHON, « Propos conclusifs », in *Le conflit : quelles approches* (A. DEJOLIER, C. DELFORGE et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), Limal, Anthemis, 2020, p. 222.

Ma première observation invitera donc à « *penser [la médiation] sous la pluralité et la singularité de ses formes* »², toutes légitimes en soi, et à rappeler que celle régie par notre droit procédural n'est ni unique ni prééminente ; elle ne peut donc être *le* modèle à l'aune duquel il conviendrait conceptuellement d'appréhender les autres pratiques et nous devons, en tant que théoriciens et praticiens de ce champ, résister à la tentation d'une disqualification systématique de ces autres médiations, parfois reléguées au rang de « *contrefaçons* »³ ou d'« *abus* » de langage.

En l'état actuel de notre droit, *la* médiation n'existe pas ; *les* médiations coexistent.

Dans le prolongement, un deuxième point d'attention est, ce faisant, mis en lumière : le Code judiciaire véhicule sa propre compréhension de la médiation, dans *son* cadre de référence et en lui dédiant un régime adapté aux objectifs qu'*il* lui assigne. Concrètement, en ses articles 1723-1 et suivants, notre code de procédure ne régit que deux types de médiation⁴ – la médiation judiciaire⁵ et la médiation extrajudiciaire⁶ – et il ne les envisage qu'en ce qu'ils peuvent permettre à des parties en conflit de trouver elles-mêmes une voie de résolution qui sera formalisée dans un accord – l'accord de médiation – à même d'accéder au rang de jugement grâce à une homologation. Ce faisant, en d'autres termes, le Code judiciaire ne prétend donc pas – et ne pourrait prétendre – faire autre chose que d'encadrer un processus susceptible de « *résoudre* » un litige en lieu et place de la mobilisation des procédures judiciaires qu'il régit par ailleurs.

Il est, en outre, remarquable de constater à cet égard que le législateur n'envisage la « *réussite* »⁷ du processus de médiation que si les parties parviennent à un accord – fût-il partiel – rencontrant les conditions de l'homologation, alors que les médiations peuvent bien entendu présenter d'autres indicateurs de réussite, même en l'absence d'accord juridique, lorsqu'elles ont permis de rétablir une communication fragilisée, de diminuer l'intensité de la violence des échanges, voire de rétablir un lien rompu.

II. La médiation⁸ au cœur du système de justice

L'observation suivante pointera une autre réduction qu'opère souvent notre droit. Au-delà du flou terminologique qui préside souvent à l'étude de la matière⁹, les juristes se rejoignent habituellement pour présenter la médiation comme un mode *alternatif* de règlement des conflits (MARC) ou des litiges (MARL).

² Nous paraphrasons ici Ch. THUDEROZ, « Penser le tiers, penser le conflit », *Négociations*, 2015/2, n° 24, p. 74, au moment où il nous parle du conflit.

³ Telles que les envisage M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, 7^e éd., Que sais-je ?, PUF, 2015, p. 7.

⁴ Nous faisons ici abstraction de la controverse qui s'interroge sur la question de savoir si les « *principes généraux* » (art. 1724 à 1729) qu'établit le Code judiciaire s'appliquent également aux médiations dites libres, c'est-à-dire aux processus qui ne relèvent ni de la médiation judiciaire ni de la médiation extrajudiciaire. C'est un point qui demeure non tranché. Nous estimons, pour notre part, devoir y répondre par la négative.

⁵ Soit celle qui est ordonnée par un juge dans le cadre d'une instance dont il est saisi.

⁶ Soit celle qui a lieu « *indépendamment de toute procédure judiciaire ou arbitrale, avant, pendant ou après le déroulement d'une procédure judiciaire* » (art. 1730), mais qui respecte les exigences que prescrit le Code en vue de l'homologation de l'accord obtenu à son issue.

⁷ Le législateur ne parle pas expressément de « *réussite* », mais il envisage l'« *échec* » de la médiation à l'article 1728 du Code judiciaire.

⁸ Dans la suite de la présente contribution, nous n'aborderons que les médiations régies par le Code judiciaire.

⁹ Voy. not. à ce propos B. BEELDENS, « Les modes alternatifs de résolution des litiges. La spécificité de la médiation », *R.G.D.C.*, 2010, pp. 268 et s.

Une telle qualification n'est pourtant pas pleinement satisfaisante dans le système pluriel de justice que nous connaissons, au sein duquel toutes les voies réglementées sont alternatives – ce qui n'exclut pas leur possible complémentarité ou succession –, et au sein duquel, qu'on le veuille ou non, la procédure judiciaire perd progressivement sa place de référence¹⁰ – même si elle est la seule voie à ne pouvoir être exclue –.

Une justice plurielle ?

Timidement en 2001, clairement en 2005, le législateur a fait de la médiation un mode préjudiciaire ou parajudiciaire reconnu de règlement des litiges. L'étape était importante, décisive même, pour la médiation et pour la Justice. Trois évolutions se dessinent en effet à partir de ce seul acte d'habilitation. La première voit une nouvelle forme de justice négociée officiellement consacrée à côté de la conciliation, rétablissant ainsi un certain équilibre entre voies amiables et juridictionnelles de résolution des conflits. Ensuite, et surtout, les possibilités de contribution de tiers (au système judiciaire) à la résolution des différends s'élargissent encore¹¹ : la mission de « *rendre justice* » n'est résolument plus le monopole des magistrats, et justice et judiciaire se dissocient encore plus franchement¹². Troisièmement, et c'est le point le plus saillant, car le plus novateur : avec la reconnaissance de la médiation, c'est le droit lui-même qui est en quelques sortes destitué¹³ de sa fonction de référent du discours¹⁴ ; il devient contexte du différend, peut-être moyen parmi d'autres de sa résolution, mais il n'est plus le moteur ni même l'outil préférentiel du règlement mis en œuvre.

III. La médiation, le médiateur et le conflit

La médiation se distingue à bien des égards du procès, et l'accord de médiation de la décision de justice.

La médiation est un mode amiable de règlement des conflits. En ce sens, elle maintient ou ramène foncièrement dans le champ de l'autonomie et de la responsabilité des parties le choix de la « *solution* » qui sera apportée à leur différend¹⁵. Son caractère volontaire innervé par ailleurs le processus lui-même de bout en bout, et ce, même si, depuis la réforme intervenue en 2018, le juge a désormais le pouvoir d'en contraindre l'amorce sous certaines conditions¹⁶.

¹⁰ Les travaux préparatoires de la récente réforme de 2018 témoignent de l'intention du Ministre de faire du recours à la justice étatique un « *filet de sécurité* », un ultime remède : voy. le Projet de loi du 5 février 2018, Exposé des motifs, p. 55. Après avoir reçu l'avis du Conseil d'État, le Ministre a néanmoins souhaité clarifier ses intentions afin d'« *éviter de donner l'impression que le projet semble vouloir privilégier et pas simplement encourager le recours aux modes alternatifs de résolution des conflits* » (Projet de loi du 5 février 2018, Exposé des motifs, pp. 57 et 242).

¹¹ Au-delà de l'arbitrage, reconnu depuis 1972.

¹² La récente réforme du 18 juin 2018 a, à cet égard, accentué les craintes d'une privatisation de la justice et d'une démission progressive de l'État de ses missions régaliennes. Si les critiques ont parfois été excessives, la vigilance doit néanmoins rester de mise et, comme nous le montrerons ci-après, des garanties suffisamment solides doivent à notre sens accompagner une telle transition. Pour une contribution intéressante au débat, voy. J. ENGLEBERT, « «Le Code judiciaire doit être éliminé» ou les promesses trahies », in *Le Code judiciaire a 50 ans. Et après ? 50 jaar Gerechtig Wetboek, Wat nu ? Hommage à E. Krings et M. Storme*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 196 et s.

¹³ Temporairement, du moins, puisqu'il reprend son emprise en cas de réussite de la médiation, dans la consécration d'un accord de médiation.

¹⁴ G. COUSTEAUX et S. POILLON PERUZZETTO, « La médiation », *R.I.D.C.*, 2014, vol. 66, n° 2, 2014 (contributions françaises au 19^e Congrès international de droit comparé, Vienne, 20 au 26 juillet 2014), p. 404.

¹⁵ Voy. aussi A. LEMPEREUR, « Préface », in *Médiation et techniques de négociation intégrative : approche en matière civile, commerciale et sociale* (C. SMETS-GARY et M. BECKER), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 15.

¹⁶ Art. 1734 C. jud.

Le caractère amiable, non juridictionnel, de la médiation ne fait toutefois pas que pointer la spécificité de l'issue du processus qu'elle met en œuvre – accord, ou convention, plutôt que décision imposée – ; il nous dit aussi quelque chose du rôle du tiers médiateur et de la compréhension du conflit que véhicule le processus qu'il accompagne.

La figure et la fonction du tiers sont centrales dans les différents modes de résolution des conflits. À cet égard, on s'accorde à dire que le médiateur n'est ni juge, ni arbitre, ni avocat¹⁷ ; il est un tiers dépourvu de pouvoir juridictionnel qui est et doit demeurer sans parti pris vis-à-vis des parties, de leurs positions et de leurs intérêts. Ce tiers – indépendant, neutre et impartial nous dit le Code judiciaire¹⁸ – est un facilitateur¹⁹, un expert du processus et le garant du cadre de son déroulement. Dans le procès, le juge qui tranche, et qui a officiellement et symboliquement ce pouvoir, adopte logiquement une autre posture : distant des parties et de leur conflit, il est l'incarnation de la Justice, celle des autres hommes et du collectif, et, « *pris à témoin* »²⁰, il est appelé par les parties et investi par l'État du pouvoir et de l'autorité de « *dire le droit, le juste* »²¹ ; il arbitre, il décide et, ce faisant, il exprime « *dans quel camp* » se situe la vérité judiciaire. Dans le prolongement, comme l'a brillamment exposé Ch. Thuderoz, se dessinent deux figures bien distinctes du tiers : celle du *rapprochement* (médiation) et celle du *dessaisissement* (décision judiciaire). Dans la médiation, le tiers « *rapproche les parties, en leur laissant la maîtrise du cheminement de leur conflit* », alors que le juge « *les dessaisit et s'empare de ce dernier* »²². Là où le médiateur « *se place entre les parties* » et est, dès lors, un « *opérateur de régulation* », de son côté, le juge « *tranche ; (...) se pense au-dessus des parties* » et est un « *opérateur de résolution* »²³.

Plus même, la figure du tiers renseigne elle-même sur la compréhension que chacun de ces modes a du conflit. Il est un accident²⁴, un problème²⁵ qu'il convient de *résoudre* pour le droit, alors que l'image qu'en offre le processus de médiation rapproche davantage ses contours de la conception que nous propose G. Simmel²⁶ : le conflit y est envisagé de façon positive, ou à tout le moins neutre, comme une forme parmi d'autres d'interaction sociale ; il est et peut être un facteur et une forme (positive) de socialisation²⁷, permettant et requérant d'ajuster les interactions entre les personnes qu'il mobilise.

¹⁷ Voy. aussi J. BRUGNION, *La justice en question. Expérience d'une médiatrice*, 2^e éd., Buenos Books International, 2015, p. 122 : il « *se distingue du juge, de l'arbitre, du conseiller juridique, de l'enquêteur, du conciliateur judiciaire ou du thérapeute. [Il] ne sanctionne pas, ne tranche pas, ne conseille pas, ne détermine pas les torts, s'occupe du conflit dans sa globalité et non simplement du litige, mais ne cherche pas à l'interpréter* ». Voy. aussi l'art. de B. Beeldens précité.

¹⁸ Art. 1723-1 et 1726 C. jud.

¹⁹ F. ROGNON, « Qu'est-ce que la médiation », *Études*, 2016/6, p. 56 ; C. SMETS-GARY et J. DE LATHOUWER, « Conflit et Médiation », in *Le conflit : quelles approches* (A. DEJOLLIER, C. DELFORGE et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), Limal, Anthemis, 2020, p. 185.

²⁰ Ch. THUDEROZ, « Penser le tiers, penser le conflit », *op. cit.*, n° 24, p. 81.

²¹ *Ibid.*, p. 81.

²² *Ibid.*, p. 81. Voy. aussi B. INGHELS, « Le juge et la conciliation : au cœur du conflit ? », in *Le conflit : quelles approches* (A. DEJOLLIER, C. DELFORGE et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), Limal, Anthemis, 2020, p. 125 et s.

²³ Ch. THUDEROZ, « Penser le tiers, penser le conflit », *op. cit.*, p. 82. Voy. aussi E. LE ROY, « La voie étroite de la médiation, entre les ordonnancements imposé et négocié de régulation des différends », *Négociations*, 2017/2, n° 28, p. 116.

²⁴ Ch. THUDEROZ, « Penser le tiers, penser le conflit », *op. cit.*, n° 24, p. 82.

²⁵ Dans ce sens aussi, D. PICARD et E. MARC, *Les conflits relationnels*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2008, p. 4.

²⁶ Voy. aussi G. SIMMEL, *Sociologie. Étude sur les formes de socialisation*, Paris, PUF, 2013 (1908) ; L. VAN CAMPENHOUDT, « Approche sociologique du conflit », in *Le conflit : quelles approches* (A. DEJOLLIER, C. DELFORGE et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), Limal, Anthemis, 2020, p. 27 et s.

²⁷ Ainsi, « *[s]i toute interaction entre les hommes est une socialisation, alors le conflit, qui est l'une des formes de socialisation les plus actives, qu'il est logiquement impossible de réduire à un seul élément, doit absolument être*

Même si cette présentation duale est à certains égards extrême, comme l'est toute présentation qui repose sur une opposition entre des éléments qui, dans la réalité, sont avant tout l'œuvre d'hommes et de femmes aux sensibilités et compétences différentes, il n'en reste pas moins qu'elle identifie certains traits caractéristiques utiles à la compréhension des phénomènes qui « *se jouent* » et des perceptions que l'on en a. Les moteurs de ces deux modes et leurs paradigmes diffèrent fondamentalement. Le procès judiciaire installe une *distanciation*²⁸ par rapport au conflit et à ce qui se joue dans la subjectivité de l'interaction²⁹ ; il *extraie* le litige de la réalité vécue, invitant le juge à ne connaître que cette part émergée de l'iceberg³⁰, selon un rituel d'affrontement formalisé³¹ et strictement encadré³². À l'opposé, la proximité – voire l'intimité, diront certains³³ – inhérente et nécessaire à la médiation devra reposer sur une dynamique accompagnant l'écoute et la compréhension mutuelle et favorisant la coopération ; elle devra s'incarner, s'ancrer dans les réalités vécues et ressenties.

Les normes, le cadre de référence, ne sont eux-mêmes pas identiques : là où la norme juridique est le référent nécessaire de la décision judiciaire, la communication et l'interaction concentrent l'attention, parfois à distance des droits et prétentions juridiques.

C'est d'ailleurs l'une des exigences parmi les plus délicates du processus de médiation, dont les vertus positives ne pourront être perçues que si les parties ont la capacité et acceptent de rechercher ensemble une voie de concorde³⁴ ou de compromis³⁵, que si elles acceptent la

considéré comme une socialisation. Dans les faits, ce sont les causes du conflit, la haine et l'envie, la misère et la convoitise, qui sont véritablement l'élément de dissociation » (G. SIMMEL, *Le conflit*, Ed. Circé, 1995, p. 19). Voy. aussi Ch. THUDEROZ, « Penser le tiers, penser le conflit », *op. cit.*, n° 24, p. 82.

²⁸ Sur ce phénomène de distanciation, nécessaire au procès, nous renvoyons spécialement à A. GARAPON, *Bien Juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997, qui souligne aussi l'importance du rituel judiciaire (« *L'homme a besoin de spectacle pour accéder à la vérité* », p. 288). Sur ce point, voy. aussi B. INGHELS, « Le juge et la conciliation : au cœur du conflit ? » et D. MOUGENOT, « Prévention et gestion du conflit dans la phase judiciaire contentieuse », in *Le conflit : quelles approches* (A. DEJOLLIER, C. DELFORGE et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), Limal, Anthemis, 2020, respectivement p. 133 et p. 114.

²⁹ Voy. aussi J. FAGET, *Médiations, les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse, Éditions Érès, 2010, p. 175 : « *La logique judiciaire est fondée sur un principe de pouvoir vertical, orienté vers la production de vérités judiciaires, défendant une conception collective de l'ordre public en faisant référence à une norme transcendantale pour trancher le conflit. À l'opposé, le modèle de la médiation propose un espace démocratique, où l'objectif est de dénouer les conflits, de restaurer un équilibre perdu au nom de besoins des citoyens et de la communauté, par la production de normes subjectives élaborées par les personnes elles-mêmes* ».

³⁰ C. SMETS-GARY et J. DE LATHOUWER, « Conflit et Médiation », *op. cit.*, p. 199.

³¹ G. Simmel parle ici de « *formalisme du conflit* », lequel devient « *autonome par rapport à son contenu* » (G. SIMMEL, *Le conflit*, *op. cit.*, p. 48).

³² Les règles procédurales et le rituel du procès encadrent cet « *affrontement* » (voy. aussi Ch. THUDEROZ, « Penser le tiers, penser le conflit », *op. cit.*, n° 24, p. 80) qui caractérise le débat – sinon le combat – judiciaire, et dans lequel les parties partageront tout au plus un même engagement dans l'escalade et à nourrir les différences (voy. sur cette idée, D. PICARD et E. MARC, *Les conflits relationnels*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2008, p. 120). Plus même : dans l'escalade du procès, chacune des parties s'y engage, malgré elles parfois ; il y a un « *consensus conflictuel* » (Ch. THUDEROZ, « Penser le tiers, penser le conflit », *op. cit.*, n° 24, p. 80 : « *tous sont d'accord pour servir le conflit, le nourrir* », une construction progressive d'un « *univers conflictuel* » qui cite M. MONROY et A. FOURNIER, *Figures du conflit. Une analyse systémique des situations conflictuelles*, coll. Le sociologue, PUF, 1997).

³³ C. SMETS-GARY et J. DE LATHOUWER, « Conflit et Médiation », *op. cit.*, p. 175.

³⁴ Sur la concorde, voy. G. D'ALANÇON, *Surmonter le conflit, les racines philosophiques de la médiation*, Ed. Pierre Téqui, 2006, p. 26 : « *La concorde (...) est le fruit d'un long travail que font sur elles-mêmes les parties, et entre elles, avec l'aide du médiateur (...). cumcordia, ou accord des cœurs. La rencontre rationnelle, au niveau des concepts, ne suffit plus ; et c'est du plus profond de l'homme, son cœur, que jaillit la volonté de s'entendre sur un des points avec son ancien adversaire* ».

³⁵ G. SIMMEL, *Le conflit*, *op. cit.*, p. 138.

possibilité de sortir du conflit, de ne plus le nourrir, mais, au contraire, de contribuer à le dépasser.

IV. La médiation et les nécessaires garanties qui l'accompagnent³⁶

La dernière observation se relie à la deuxième de notre exposé³⁷. Elle appelle notre législateur à porter une réelle attention au système de justice qui est désormais le nôtre et qui allie différentes voies de règlement, certaines juridictionnelles, d'autres amiables, certaines relevant du service public de la justice, d'autres d'acteurs privés. Il faut, à cet égard, penser l'articulation entre (toutes) les voies de résolution et, surtout, veiller, à travers leur promotion et leur prescription, à préserver les droits des justiciables.

Le procès offre des garanties fondamentales. Dès lors qu'elles jouissent d'une même reconnaissance légale, les voies dites alternatives doivent aussi en être pourvues³⁸.

Deux points d'attention à cet égard.

Premièrement, si le droit d'accès à un tribunal n'est pas en soi contrarié par un dispositif de médiation obligatoire³⁹, il n'en reste pas moins que les magistrats doivent contribuer à le préserver *dans les faits*. Ainsi, c'est avec un grand soin qu'ils doivent apprécier les situations dans lesquelles il s'indique ou non de prescrire une médiation, après avoir entendu les parties et s'être convaincus, au-delà de critères objectifs⁴⁰, de la marge d'adhésion possible à une négociation équilibrée, en évaluant notamment l'importance des résistances et les aptitudes à négocier. Nul automatisme ne saurait ici être de mise. Les injonctions d'entrer en médiation doivent, en outre, s'accompagner d'une motivation adéquate et compréhensible par le justiciable afin qu'elles ne soient pas vécues comme un déni de justice ou un parti pris dans l'éventualité où la médiation ne permettrait pas de dégager un accord. Cette œuvre de véritable pédagogie est essentielle et peut d'ailleurs être un des leviers d'une médiation « réussie » malgré la contrainte.

Ensuite, les garanties qu'offrent le médiateur et le processus de médiation sont tout aussi déterminantes. La genèse des textes régissant la médiation témoigne d'une attention constante

³⁶ Sur cette question, voy. aussi . INGHELS, « Le juge et la conciliation : au cœur du conflit ? », *op.cit.*, 2020, pp. 127 et s.

³⁷ Voy. *supra*, p. 2.

³⁸ Dans le même sens : L. CADIET, « Avant-propos », in *Médiation et arbitrage – Alternative dispute resolution – Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives* (L. CADIET, Th. CLAY et E. JEULAND dir.), Paris, Litec, 2005, p. 8.

³⁹ Art. 1734 C. jud. Cons. égal. l'art. 730/1.

⁴⁰ Des auteurs ont proposé des grilles d'analyse, comme B. Blohorn-Brenneur qui suggère huit critères permettant d'apprécier si la médiation est indiquée ou pas. Ainsi, sont des éléments pouvant la rendre pertinente : (1) le conflit est relationnel, (2) il y a une part importante d'affects et d'émotions, (3) la solution est aléatoire car elle dépend de l'appréciation des faits de la cause, (4) l'application stricte de la règle de droit risque d'être inéquitable ou disproportionnée dans ses conséquences, (5) la procédure risque d'être longue et coûteuse, (6) la présence d'un risque de difficultés d'exécution, (7) la publicité du procès pourrait porter préjudice aux parties ou à l'une d'elles, (8) les relations futures doivent être sauvegardées (B. BLOHORN-BRENNEUR, *La médiation pour tous*, 2013 cité par Ph. CHARRIER, A. BASCOULERGUE, J.-P. BONAFÉ-SCHMITT et G. FOLIOT, *Rapport. La prescription de la médiation judiciaire, analyse socio-juridique des dispositifs de médiation dans trois cours d'appel : de la prescription à l'accord de médiation*, Mission de recherche « Droit et justice », 2017, p. 15). Voy. égal. B. BLOHORN-BRENNEUR et D. CĂLIN, *La médiation, un chemin de paix pour la justice en Europe*, L'Harmattan, 2015, disponible à l'adresse https://www.mediationmeetsjudges.eu/usr_files/publications/Int_chemin_de_paix.pdf.

portée à cet égard⁴¹, et il en fut de même au niveau européen⁴². Une récente étude menée en France dans le ressort de quatre cours d'appel⁴³ confirme une telle nécessité. La loi du 18 juin 2018 n'y a elle-même pas été sourde, comme l'attestent la réforme des conditions de l'agrément des médiateurs (protection du titre de médiateur agréé, réforme des exigences de formation, adoption à venir d'un code de déontologie auquel les médiateurs agréés seront légalement tenus d'adhérer⁴⁴) et la création d'une sous-commission spécifiquement compétente pour assurer le suivi des plaintes au sein de la Commission fédérale de médiation⁴⁵. Les garanties d'indépendance, de neutralité et d'impartialité, mais aussi de confidentialité⁴⁶ et de préservation du caractère volontaire de la médiation⁴⁷ se joignent par ailleurs aux conditions de moralité, de compétence et d'éthique professionnelle visées à l'article 1726 du Code judiciaire. S'agit-il, toutefois, de garanties suffisantes ?

Les difficultés que suscite la rédaction des accords de médiation méritent aussi que l'on s'y attarde. Nombre de médiations se déroulent sans la présence d'un juriste, médiateur ou conseil, et ce, alors qu'une part importante de celles-ci a lieu dans des matières où la liberté contractuelle est davantage bridée ou la législation plus complexe. Comment tirer tous les bénéfices de l'intervention des médiateurs non juristes – dont la compétence et la plus-value ne sont pas mises en doute –, tout en s'assurant de la légalité⁴⁸ et de la durabilité des accords conclus ? C'est un enjeu important, qui participe aussi à l'œuvre de justice à laquelle la médiation contribue ...

Janvier 2021

⁴¹ Proposition de loi du 23 octobre 2003 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2003-2004, n° 52-327/001, p. 11 ; Proposition de loi du 8 janvier 2004 modifiant le Code judiciaire en vue d'y insérer une procédure de médiation, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2003-2004, n° 52-0669/001, p. 11 ; Exposé de Mme la ministre de la Justice L. ONKELINX, in Rapport fait au nom de la Commission de la justice par A. COURTOIS et L. VAN DER AUWERA, 18 juin 2004, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2003-2004, n° 52-0327/007, p. 10.

⁴² Art. 4 de la directive 2008/52/UE sur certains aspects de la médiation civile et commerciale.

⁴³ Ph. CHARRIER, A. BASCOULERGUE, J.-P. BONAFA-SCHMITT et G. FOLIOT, *Rapport. La prescription de la médiation judiciaire, analyse socio-juridique des dispositifs de médiation dans trois cours d'appel : de la prescription à l'accord de médiation*, précité.

⁴⁴ Art. 1726 C. jud.

⁴⁵ Art. 1727/5, § 1^{er}, C. jud.

⁴⁶ Art. 1728 C. jud.

⁴⁷ L'article 1729 du Code judiciaire, qui prolonge sur ce point la définition de la médiation donnée à l'article 1723-1, maintient le caractère volontaire de la médiation. Le rôle du médiateur est, quant à lui, actuellement précisé dans le code de bonne conduite du médiateur agréé établi par la CFM.

⁴⁸ À l'heure d'aujourd'hui, le magistrat ne peut refuser l'homologation de l'accord qu'en cas de contrariété à l'ordre public ou d'atteinte aux intérêts des enfants mineurs en matière familiale (art. 1733 C. jud.).