

Le conflit : quelles approches ?

Le conflit : quelles approches ?

Maxime BERLINGIN
Anne-Marie BOUDART
Jean-Marie DEGRYSE
Jean DE LATHOUWER
Mauricio GARCÍA PEÑAFIEL
Bénédicte INGHELS
Jean-Michel LONGNEAUX
Dominique MOUGENOT
François OST
Jean-Louis RENCHON
Annette RUELLE
Coralie SMETS-GARY
Jean-François TOSSENS
Luc VAN CAMPENHOUDT
Carine VANDER STOCK



ANTHEMIS

© 2020, Anthemis s.a.
Place Albert I, 9 B-1300 Limal
Tél. 32 (0)10 42 02 90 – info@anthemis.be – www.anthemis.be

Toutes reproductions ou adaptations totales ou partielles de ce livre,
par quelque procédé que ce soit et notamment par photocopie, réservées pour tous pays.

Dépôt légal : D/2020/10.622/55
ISBN : 978-2-8072-0670-0

Mise en page : MC Compo
Couverture : Vincent Steinert
Impression : Ciaco
Imprimé en Belgique

Sommaire

Approche historique du conflit	7
<i>Annette RUELLE</i>	
Approche sociologique du conflit	25
<i>Luc VAN CAMPENHOUDT</i>	
Approches psychologiques du conflit : quelques figures actuelles	45
<i>Mauricio GARCÍA PEÑAFIEL</i>	
Approche philosophique du conflit	69
<i>Jean-Michel LONGNEAUX</i>	
Prévention et gestion du conflit dans la phase judiciaire contentieuse	105
<i>Dominique MOUGENOT</i>	
Le juge et la conciliation : au cœur du conflit ?	123
<i>Bénédicte INGHELS</i>	
La conciliation devant la chambre de règlement amiable du tribunal de la famille	149
<i>Jean-Marie DEGRYSE</i>	
Le conflit étudié sous le prisme de l'arbitrage	159
<i>Maxime BERLINGIN et Jean-François TOSSENS</i>	
Conflit et médiation	175
<i>Coralie SMETS-GARY et Jean DE LATHOUWER</i>	

L'approche du conflit par le droit collaboratif 195

Anne-Marie BOUDART et Carine VANDER STOCK

Propos conclusifs 221

Jean-Louis RENCHON

Approche historique du conflit

L'unité dans la division en droit romain

Annette RUELLE

Professeure à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Quelle place tient la division sous le rapport à l'unité dont tout groupe humain ne peut pas ne pas faire sa pierre d'angle? Comment les groupes composent-ils avec les impératifs contradictoires de la division dont ils ne peuvent se défaire et de l'unité dont ils ne peuvent se passer?

Interroger le conflit avec le regard de l'historien du droit requiert de chercher à comprendre le rôle que tient celui-ci dans l'organisation du lien social, en particulier de son organisation juridique. Une réflexion sur le conflit implique certes qu'on en prenne la mesure à l'échelle de la relation interpersonnelle, entre les protagonistes paradoxalement réunis par lui dans la division. Car tel est bien le paradoxe du conflit, qu'il suscite entre les adversaires, les rivaux, voire les ennemis, un lien intense et durable, vérifiable non seulement psychologiquement mais aussi socialement. La cité antique, forme originale d'organisation juridique du lien social, saura s'en souvenir. Aussi convient-il d'élargir l'angle de la réflexion depuis les antagonistes eux-mêmes vers la collectivité qui, affectée par la dégradation des rapports humains en son sein, ne prend pas moins appui sur les divisions qui la traversent pour recomposer son unité, suivant les principes d'une unité dans la division au principe des ordres humains, dont le droit romain offre une illustration exemplaire qui sera au centre de nos réflexions historiques, mais aussi d'ethnologie juridique.

Il semblera une évidence de dire que toute société privilégie l'unité sur la division, l'ordre et l'harmonie sur le désordre et le conflit, la concorde sur la discorde... Le droit n'est à cet égard pas sans créer la surprise: contrairement à un certain discours positif du droit qui fait du conflit l'accident de sa pure ordonnance, *l'envers ou le négatif de l'ordre juridique* (Thomas), le conflit a part intime, pour ainsi dire « constitutionnelle », à l'organisation juridique du lien social. L'expérience de la cité antique, Athènes mais surtout Rome, le rend particulièrement sensible, ainsi que le voit bien l'helléniste Nicole Loraux qui, à propos de la tragédie, évoque le paradoxe du conflit comme procédure créatrice d'unité « beaucoup plus sûrement et plus solidement que toutes les procédures consensuelles »¹. Nous y

¹ N. LORAUX, *La voix endeuillée. Essai sur la tragédie grecque*, Paris, Gallimard, 1999, p. 121. Voir également: *La cité divisée. L'oubli dans la mémoire d'Athènes*, Paris, Payot & Rivages, 1997.

reviendrons mais au préalable, afin de prendre du recul, une question préliminaire se pose.

Si le conflit constitue une menace existentielle pour le groupe, spécialement en l'absence d'institutions judiciaires, et si par ailleurs aucune société humaine n'y échappe, la question est de savoir comment la puissance de dissolution qu'il constitue pour la communauté fut rendue compatible avec la paix et l'harmonie sociales sans lesquelles aucun groupe humain ne peut se survivre ? En amont des fictions modernes du contrat social, qui firent de l'institution sociale l'objet d'un échange de volontés concordantes (ce que le conflit a toujours déjà rendu impossible), c'est au rituel, dont avant tout le rituel religieux, que les sociétés en appelèrent en vue de faire du conflit le ressort de la cohésion sociale, de manière, sans y renoncer, à le transformer en son contraire. C'est en effet dans le contexte des religions anciennes, dites mythico-rituelles, qu'il s'agit de puiser les clés de la compréhension de la puissance d'institution du conflit.

Ainsi que l'ont montré les travaux de René Girard, la fonction immémoriale du rituel est de permettre le contrôle de la violence par la violence elle-même, le rituel en question étant, universellement peu ou prou dans les mondes anciens, celui du sacrifice d'une victime de substitution², l'acte central des cérémonies du culte dans les religions dites pour cette raison archaïques³, comme l'est en particulier la religion romaine. En suscitant la violence à l'intérieur du groupe en quantité minimale (soit, sous une forme exacerbée, mais localement et limitée strictement à l'espace et au temps du rituel), à l'image d'un vaccin, le rite sacrificiel en opère l'expulsion *via* le corps de la victime : substituée à la communauté, elle assure le retournement de la division (la *mimèsis* de l'antagonisme, que signale le pullulement de la figure du duel, les doubles opposés l'un à l'autre) en son contraire, l'unanimité (la *mimèsis* de l'unanimité), provoquant un retour aussi soudain que spectaculaire à la paix et à l'unité. Un élément essentiel de l'hypothèse victimaire est la méconnaissance qui entoure ce processus. En d'autres termes, le point de bascule de la division en son contraire, le moment de l'unanimité, n'est pas disponible à la conscience de ceux qui en sont traversés. C'est proprement le moment du social, de son autonomie sur toutes les volontés individuelles, conformément à la pensée de Durkheim selon laquelle le social n'est pas réductible à la somme de ses parties⁴. Le passage évangélique du reniement de Pierre en offre une expression lumineuse. Pensons aussi à la solitude de Jésus s'apprêtant à s'offrir lui-même comme victime pour le salut de la multitude à Gethsémani. L'hypothèse victimaire consiste à voir dans le rituel sacrificiel la commémoration d'un événement originel de violence unanime et spontanée (un lynchage fondateur) duquel seraient nées toutes les institutions sociales, à commencer par les rites et les interdits, non moins que la figure d'un sacré ambivalent

² Animale et/ou végétale, l'essentiel étant l'idée de substitution, conformément à l'étymologie de *victima*, d'après *vice* + *gén.*, « à la place de ».

³ Et critère comme tel de la distinction entre l'archaïque et le moderne, ou le grec et le chrétien, en religion.

⁴ E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Champs classiques, Paris, Flammarion, 2010.

dont la victime divinisée est le réceptacle ultime (à la fois maudite, coupable du désordre, et sacrée, restauratrice de l'ordre). Le mécanisme émissaire est ainsi le prototype de l'unité dans la division qui s'avère propre aux sociétés humaines, l'unique moyen dont celles-ci aient jamais disposé pour résister à leur propre violence interne aux dépens d'une victime arbitrairement désignée et substituée à la communauté entière. On comprend donc que les rites et les mythes du monde gravitent en règle autour de la mise en scène d'une transgression majeure, de celles qui menacent l'ordre social dans son ensemble (typiquement, l'inceste et le parricide d'Œdipe), sur fond d'une société en crise (qu'évoque dans la tragédie la peste) et divisée (en proie au surgissement des doubles, tels Œdipe et Tirésias), de nature à susciter la réaction unanime et salvatrice du groupe.

Pour être rapide, cette évocation de l'hypothèse victimaire nous a paru nécessaire afin de souligner d'entrée de jeu le rôle du rituel religieux dans l'institutionnalisation du conflit. Certes, l'opinion aujourd'hui dominante répugne à associer le rituel du sacrifice à la violence⁵, privilégiant la solennelle ordonnance et le faste du protocole, ainsi que le partage du banquet et la convivialité des festivités qui lui sont associées⁶. Ce n'est pas notre objet de pénétrer ces controverses, sauf à souligner l'erreur qu'il convient aussi de dénoncer chez les spécialistes des sciences humaines, qui consiste à confondre un système social orienté de toute évidence vers l'ordre et la paix, vers l'unité et sa célébration, et les méthodes et techniques utilisées pour arriver à cette précieuse fin... Méthodes au nombre desquelles compte éminemment le droit, d'une manière originale au demeurant: le droit repose en effet lui aussi sur la division mais, loin d'en produire l'expulsion en vue de créer les conditions rituelles et mythiques d'un groupe unanime, il en fait les bases de l'ordre social, un ordre social certes réinventé, dont l'unité dans la division est paradoxalement plus solide et durable que dans les univers traditionnels⁷.

La cité antique, tout spécialement Rome, présente à cet égard un intérêt considérable pour nos travaux. Si la cité posa les bases de l'organisation juridique du lien social et inventa le droit comme pratique spécifique de la norme, elle n'en demeure pas moins au plan religieux une société archaïque, où la religion est indissociable: 1) De la conduite de l'État (une religion politique, supposant une seule et même hiérarchie publique de magistrats et de prêtres, *versus* la sépara-

⁵ Voy. pour le monde romain les travaux de John Scheid et de son école, notamment « Les sacrifices dans le monde romain » dans le récent *Thesaurus Cultus et Rituum Antiquorum* (ThesCRA): the most comprehensive resource on ancient cult and ritual in Greek, Etruscan, and Roman religion, vol. I, Los Angeles, The J. Paul Getty Museum, 2004-2012, pp. 185 et s.

⁶ Qui, à Rome en particulier, ne manquent pas de susciter précisément le conflit ritualisé sous la forme de courses de char donnant lieu à paris (jeux du cirque) ou de représentations théâtrales (jeux de la scène).

⁷ Comme le remarque Emmanuel Terray, *l'anthropologue africaniste devant la cité grecque*, à propos de la décision adoptée au vote majoritaire: « pour qu'un corps politique s'offre le luxe d'une procédure de décision aussi explosive que le vote, il faut qu'il soit bien sûr de son unité ». E. TERRAY, « Un anthropologue africaniste devant la cité grecque », *Opus*, n°s 6-8 (1987-1989), (pp. 13-25) (voy. aussi *infra*); N. LORAUX, « Comment repolitiser la cité ? », *Mètis. Anthropologie des mondes grecs anciens*, 1994, n°s 9-10, (pp. 121-127).

tion de l'*imperium* et du *sacerdotium* au lieu d'un clergé indépendant dans le christianisme)⁸; 2) De la société (une religion sociale, au sens où ce sont des situations sociales, comme l'affranchissement, l'adoption ou le mariage, qui fondent la communauté culturelle⁹, et non un acte spécifique, baptême ou profession de foi, dans le christianisme); 3) De la coutume, les religions anciennes étant, de manière essentielle pour ce qui nous concerne, ritualistes, c'est-à-dire que, loin d'articuler le culte à la foi, à la loi morale ou à la raison¹⁰, elles consistent en un ensemble de rites et de cérémonies dont il est impératif de respecter l'ordonnance précise et le calendrier à tous les échelons de la vie des groupes, sous peine de rupture de la *pax deorum*, la « paix des dieux », équivalente pour la communauté délaissant ses rites ancestraux à une menace existentielle de destruction pure et simple.

Or, si l'organisation sociale de la cité tient encore au religieux archaïque, celle-ci pose par ailleurs les piliers de l'« État de droit » : ils sont en place dès le plus ancien droit romain tels que nous les connaissons à ce jour, sauf les modalités, précisément rituelles, de leur institution dans la Rome ancienne. En religion comme en droit, actes et actions s'ordonnent suivant un principe d'*orthopraxie du geste et de la parole* (Scheid) seule à même de garantir, dans le premier cas, la pureté de la communauté à l'endroit de dieux qu'il faut craindre et se concilier, leur validité elle-même, dans le second.

De plus, qui dit exigence de conformité rituelle, dit contrôle de conformité, et donc expertise. Celle-ci était assumée par un collège de prêtres du culte public, que leur compétence dans le champ des rites de la religion disposa à l'invention de ces rites dépouillés de toute finalité culturelle, et donc du sacrifice, sous le registre du droit. Il furent comme tels les ancêtres des jurisconsultes classiques, qui organiseront le système du droit privé à partir de la fin de la République en dégagant de leur matrice ritualiste archaïque les concepts abstraits du droit classique qui y étaient contenus.

Cette considération sur le ritualisme commun au droit et à la religion des Romains entraîne un premier enseignement de taille pour notre propos, dans la mesure où ces deux catégories de rites distingués suivant leur finalité, culturelle ou non, firent l'objet d'un partage entre deux sphères de l'espace public, en lequel se saisit une rationalité différente du lien social. Ce partage opère sur la base du calendrier public, qui distribue l'année en jours fastes ou néfastes, suivant, comme le dit Varron (L. 6, 12), qu'ils ont été institués « à cause des dieux » ou « à cause des

⁸ Cf. la définition d'Ulpien (I *Inst.*) du droit public dans le Digeste, D. 1, 1, 1, 2 : « Le droit public consiste dans les sacrifices, les prêtres et les magistrats (*in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus*) ».

⁹ Comme le dit bien Cicéron dans le *Pro Flacco* (28) : *Sua cuique civitati religio... est nostra nobis*, « À chaque cité sa religion, à nous, la nôtre ».

¹⁰ Selon le mot qui circulait parmi les pères de l'Église (d'après Jean 14, 6), chez Tertullien notamment (*De virginibus velandis* 1, cité par Jean Gaudemet) : « Le Christ notre Seigneur a dit : 'Je suis la vérité', et non : 'Je suis la coutume'... Aussi ceux qui l'ont reçu comme vérité le placent-ils avant la coutume. » D'où un contrôle de la coutume au nom de l'Évangile qui traversera les siècles : J. GAUDEMET, « Coutume et raison en droit romain. À propos de C.J. 8, 52, 2 », in *Études de droit romain*. I. Sources et théorie générale du droit, Naples, Jovene, 1979.

humains»¹¹. Si la différence, qui est de nature religieuse (la transgression du partage nécessitant expiation, *piaculum*), existe aussi dans le monde grec, elle ne prit qu'à Rome l'envergure d'une distinction juridique fondamentale: aux jours néfastes réservés aux cérémonies du culte des dieux s'opposent les jours fastes, où le magistrat supérieur, titulaire de l'*imperium* (pouvoir de commandement suprême, ici en son volet civil), peut présider à ces archétypes de la vie du droit que sont le procès contradictoire et le mécanisme de la décision politique (vote des lois et élection des magistrats):

Varron, *De lingua Latina* 6, 29-30: «Les jours fastes sont ceux pendant lesquels il est permis au préteur de prononcer les formules (*fari*) sans commettre d'impiété (*sine piaculo*). Les jours comitiaux (*comitiales*), ceux pendant lesquels il fut décidé de réunir le peuple en assemblée (*in Comitio*) pour le vote (*ad suffragium*). [...] On appelle néfastes, inversement, les jours pendant lesquels il n'est pas permis (*nefas*) au préteur de prononcer (*fari*) les mots DO, DICO, ADDICO. Aussi ne peut-on pas intenter de procès car l'un de ces mots doit être utilisé quand on agit en justice selon la loi.»¹².

Avec les fêtes (*feriae publicae*, fêtes publiques), les jours néfastes sont les jours où les mortels sont tenus de cesser toute activité dans les espaces publics pour le céder aux cérémonies religieuses: sacrifices, festins, jeux de la scène (le théâtre) et jeux du cirque (courses de chars). Au nombre d'environ 235, les jours fastes et comitiaux sont inversement les jours *ouvrables* (de lat. *opus* «le travail»), disponibles à l'activité humaine en général (guerre, commerce, travail), c'est-à-dire spécifiquement juridique, comme le dit bien Varron.

Conformément à l'étymologie probable de ces termes¹³, l'enjeu du partage des jours sous-tend une rationalité qui tient au type de parole susceptible d'être mise en œuvre de part et d'autre de cette frontière invisible. Aux jours néfastes préside une parole unanime, celle des sacrifices qui rassemblent la communauté cultuelle autour des autels, de la table du banquet sacrificiel et de l'arène ou de la scène des festivités ludiques qui s'ensuivent. Aux jours fastes correspond inversement la parole du droit, à savoir une parole qui non seulement est offerte à la contestation, mais qui fait de la contestation le ressort des procédures dont elle est l'instrument, comme ces lignes sont destinées à le montrer à propos spécialement du procès.

Ce partage calendaire originaire et fondateur de la tradition civile distingue donc et répartit, au cœur de notre thématique, les pratiques sociales sous le rapport qu'elles entretiennent à l'unanimité, propre aux univers traditionnels auxquels

¹¹ L'équilibre entre les jours était variable; géré par les pontifes en collaboration avec le sénat, le calendrier faisait l'objet d'une annonce au peuple par le roi (*rex sacrorum*) tous les mois. Il existait même certains jours «mi-partis» (*intercisi*), dont les heures se distribuaient en fonction de leur finalité respective. J. SCHEID, *La religion des Romains*, Paris, Armand Colin, 1998., pp. 43-44.

¹² Voy. aussi Macrobie, *Saturnales* 1, 16, et Ovide, *Fastes* 1, 47.

¹³ D'après *for, fari «parler»: E. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, t. II, Paris, Éditions de Minuit, 1969, pp. 133 et s.

appartient encore, les jours néfastes, la cité, et à la division, dont l'affirmation qualifie la rationalité proprement juridique des jours fastes. À l'unité indivise (moins un) de la religion s'oppose l'unité divisée du droit.

Il convient donc de comprendre en quoi cette parole du droit créatrice d'unité dans la division est si spécifique qu'elle nécessite un espace-temps qui lui soit propre.

Loin d'être une parole-autorité, à l'instar du *ius* (« le droit ») lui-même, non susceptible d'être contredite, celle que prononce notamment le magistrat dans les procès, qui dit le *ius* (*iurisdictio*), la parole du droit en question pourrait être qualifiée de parole-désir, dont la raison d'être est précisément d'être contredite, ou du moins complétée, à égalité relative entre deux sujets en interaction, en attente donc d'une réaction ou d'une réponse, de manière telle que se noue entre eux une relation pragmatique, externe à l'énoncé, qui fait l'objet d'une forme particulière de représentation essentielle pour les origines du droit : l'*action*. L'action, en réalité inter-*action*, est une forme typique de représentation de la relation interpersonnelle qui doit son nom au verbe latin *agere* (français « agir »), d'où dérive le nom d'action *actio* et le nom d'agent *actor*, autant de termes techniques s'il en est du lexique du droit depuis la plus ancienne Rome à nos jours.

Le verbe latin *agere* est un verbe de mouvement (« avancer, faire avancer ») qui développa dans l'ancien latin pontifical une signification de verbe d'activité de parole (« agir et dire »), ce qui est remarquable mais n'a pas à nous retenir ici¹⁴. L'essentiel est que ce *dire* qui est un *agir* se rapporte techniquement à l'énonciation sur la scène de la collectivité souveraine des formules rituelles ainsi qualifiées : les *legis actiones* ou « actions de la loi » du procès archaïque, d'après l'expression *lege agere cum aliquo*, « agir selon la loi avec et contre (*cum*) quelqu'un, un concitoyen », et le *ius agendi* du magistrat supérieur, qui est le droit ou le pouvoir d'agir avec une assemblée politique, « le peuple, la plèbe ou le sénat » (*agere cum populo, cum plebe, cum senatu, agere*), à la source de la décision politique (lois, plébiscites, sénatus-consultes, élection des magistrats). L'espace des rites du droit, ou rites de l'*agir*, qui en procède comprend en outre (*Frag. Vat.* 47a) l'acte juridique privé¹⁵, qui, étant privé, se passe de la présence du magistrat (et donc du respect du partage des jours), tout en demeurant soumis au ritualisme le plus rigoureux (*per aes et libram* « par le bronze et la balance »), pur produit de la création pontificale à partir des formules des actions de la loi au service de la volonté « individuelle » s'affirmant dans la sphère familiale et patrimoniale privée (à l'origine de la qualification juridique de la propriété et de la dette, ainsi que d'une forme privée du testament).

L'étymologie de ce verbe est intéressante, qui dérive de la racine indo-européenne **ag* exprimant l'idée de la lutte et du combat, d'où la correspondance avec le nom

¹⁴ A. RUELLE, *Agir et dire sous la République romaine*, Université Saint-Louis – Bruxelles, 2007 (thèse non publiée).

¹⁵ XII Tables 6, 1 et 5, 3 (éd. Girard et Senn).

grec *agôn*, « rivalité, (assemblée avec) concours »¹⁶. La forme du concours gymnique ou poétique si typique de l'univers grec trouve ainsi à Rome un parallèle inattendu : le droit lui-même ! Ici également, comme dans les rituels religieux du reste, le peuple se rassemble autour d'un combat au sommet entre deux champions, combat auquel il est partie prenante, au sens où il est pris lui-même aux oscillations de la lutte jusqu'à ce que s'impose un vainqueur (à moins, dans le cas du chœur tragique, que les héros ne s'effondrent tous deux sous leurs coups réciproques, comme Étéocle et Polynice dans *Les sept contre Thèbes* d'Eschyle).

Selon le principe du ritualisme, ces formules doivent être énoncées par les acteurs du droit (magistrat et assemblée, plaideurs au procès, partie à l'acte juridique) au service desquelles elles sont conçues, dans la sphère privée ou publique de l'espace de la parole publique, sous la surveillance des pontifes.

L'originalité de ces formules de l'*agir* est la représentation de la relation interpersonnelle qu'elles opèrent et dont elles produisent autant de figures types. Le verbe *agere* en emploi absolu dans la langue du droit est en effet construit avec la préposition *cum*, mais aussi la préposition *de* + ablatif : on agit en droit avec *et* contre autrui (*cum*) au sujet (*de*) d'enjeux suscités et qualifiés au croisement des prétentions ou ambitions contradictoires qui s'y affirment¹⁷. Ces formules se distinguent dans le paysage des énonciations publiques romaines (*recitationes*)¹⁸ par le style de leur composition, à partir de verbes de parole conjugués exclusivement aux deux premières personnes (AIO « je dis », ROGO « je demande », NEGOT « je nie », TE PROVOQUO « je te provoque »...), style qui les apparente formellement à la tragédie, l'action tragique étant elle aussi une composition sur le mode intégralement « mimétique » ou « dramatique » de l'énonciation, au sens où l'entend Aristote du concept de « stylisation de l'action » (*praxeôs mimêsis*) dans le chapitre III de la *Poétique* (VI 50 b 3)¹⁹.

Elles assurent en effet, comme au théâtre, la mise en scène d'une relation entre deux sujets en interaction, à la fois partenaires et adversaires, entre lesquels se distribuent les actes de langage dont l'échange fait l'objet de la représentation. L'ancien droit romain est affaire de parole efficace, mieux encore, de parole qui, pour être efficace, n'en est pas moins réciproque.

Le droit de la procédure produit sur la base de ces modalités rituelles une double figure type de la relation conflictuelle, selon que la représentation est symétrique ou dissymétrique. Dans le premier cas, la représentation dissout toute différence

¹⁶ Cf. les dérivés français « agonistique » et (selon l'étymon latin) « agonal » ; outre le grec *agôn* : sanskrit. *ajih* « combat » et moyen irlandais *ág* « combat, lutte » et « ardeur guerrière ».

¹⁷ Enjeux de lutte et de victoire qui font l'objet, dans le procès, d'une estimation pécuniaire distincte des enjeux au fond du droit, au principe de l'action générale introductive d'instance par le pari, comme on va le voir.

¹⁸ Sur celles-ci : E. VALETTE-CAGNAC, *La lecture à Rome*, Paris, Belin, 1997, pp. 171 et s.

¹⁹ Voy. sur ce parallèle purement formel entre le procès et la tragédie : A. RUELLE, « La parole antique en procès. Essai sur le ritualisme de l'ancien droit romain », in Y. Cartuyvels et al., *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Presses de l'Université Saint-Louis – Bruxelles, Bruxelles, 2018, pp. 501-534.

de position sur l'axe vertical, qui est l'axe des hiérarchies, de la relation. La figure qui en résulte est celle d'un antagonisme absolu, au fondement du procès contradictoire, avec la *legis actio sacramento* ou « action de la loi par enjeu sacré », qui seule nous retiendra dans la suite de l'exposé. Dans le second, qui est celui du mécanisme de la décision politique (*ius agendi*), la représentation confère au magistrat une position « haute » sur le plan procédural par rapport à avec l'assemblée politique (peuple ou sénat).

Précisons avant de commencer que la dissymétrie est inhérente à la polarité des deux premières personnes dans le langage. Comme l'écrit le grand linguiste Émile Benveniste, il s'agit d'une polarité très singulière présentant « un type d'opposition dont on ne rencontre nulle part, hors du langage, l'équivalent » :

« Cette polarité ne signifie pas égalité ni symétrie : 'ego' a toujours une position de transcendance face à *tu* ; et néanmoins aucun des deux termes ne se conçoit sans l'autre ; ils sont complémentaires, mais selon une opposition intérieur/extérieur, et en même temps ils sont réversibles. Qu'on cherche à cela un parallèle ; on n'en trouvera pas. Unique est la condition de l'homme dans le langage. »²⁰.

L'auteur montre par ailleurs que c'est dans cette « relation dialectique englobant les deux termes et les définissant par relation mutuelle qu'on découvre le fondement linguistique de la subjectivité »²¹, c'est-à-dire que l'homme se constitue comme sujet « parce le langage seul fonde en réalité, dans sa réalité qui est celle de l'être, le concept d' 'ego' »²².

Il y a assurément dans le combat dont l'*agir* est la représentation en droit romain un combat pour l'être dans le chef de ceux qui s'affirment à la première personne et ainsi s'affrontent au creuset d'enjeux déployés dans le temps historique de la cité (et non le temps légendaire du mythe comme au théâtre)²³ qui transcendent à proprement parler le plan des intérêts patrimoniaux au fond du droit : aussi le procès comporte-t-il son propre enjeu tel que le perdant ne doit pas seulement abdiquer ses prétentions au fond du droit, mais doit payer une pénalité qui constitue le risque (*periculum*) de l'instance (voy. *infra*).

Sous le régime ancien des actions de la loi, la définition d'un tel enjeu de procédure était à la base de l'action générale²⁴ introductive d'instance qu'était alors la *legis actio sacramento*, « l'action de la loi par enjeu sacré », suivant ses deux modalités fondamentales : *in rem* (propriété et servitudes) ou *in personam* (droit de créance). Le principe de l'action générale à risque, avec enjeu (*cum periculo, cum poena*), perdure par la suite, sous le régime de la procédure formulaire qui succède aux actions de la loi sous la République, sous la forme des procédures *per*

²⁰ E. BENVENISTE, « De la subjectivité dans le langage », in *Problèmes de linguistique générale*, t. I, Paris, Gallimard, 1966, (pp. 258-266), p. 260.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*, p. 259.

²³ Voy. S. KLIMIS, « Les Grandes Dionysies d'Athènes : un imaginaire démocratique en performance », *Klésis*, 2013, n° 28, pp. 8 et s.

²⁴ Disponible à défaut d'un autre recours prévu par la loi ou par la coutume (Gaius, *Institutes* 4, 13).

sponsionem et restipulationem (Gaius, *Institutes* 4, 13). Il y va donc d'un principe fondateur du procès républicain qui se maintient jusqu'à la rédaction définitive de l'édit du préteur sous le règne de l'empereur Hadrien au début du II^e siècle de notre ère²⁵, dans un contexte politique où les enjeux de concitoyenneté propres à la République n'existent plus.

L'action par enjeu sacré (*sacramenti actio*) est selon toute vraisemblance antérieure à la loi des XII Tables. Elle compose une figure de la relation conflictuelle sous la forme d'une action doublement réciproque, de manière remarquable. Loin en effet que s'affirment *seulement* les prétentions contradictoires des deux plaideurs²⁶, elle amène ces derniers à se provoquer réciproquement à un « enjeu sacré », le *sacramentum*.

Comme l'indique l'étymologie, le *sacramentum* était anciennement un serment d'auto-exécration par lequel chaque plaideur se dévouait par avance aux divinités infernales en cas de perte du procès, qui le rendait parjure²⁷. On remarque d'emblée le haut degré de sophistication de l'action : elle pose que l'un des plaideurs est nécessairement parjure. Le serment étant le garant de l'ordre social en la personne de Jupiter, dieu de la souveraineté et dieu du serment²⁸, il y va bien d'une ritualisation jouant sur la transgression de ce pilier de l'ordre civique romain qu'est le serment. Toujours est-il qu'il en résultait, anciennement, un enjeu de vie et de mort. Celui-ci est complètement laïcisé dès la loi des XII Tables, sous la forme d'un enjeu pécuniaire, une mise en argent déposée au trésor public et abandonnée par le perdant²⁹. Le processus de sécularisation de l'enjeu se poursuit avec les *sponsiones poenales* sous la République, le défi n'en demeurant pas moins le principe de l'action générale introductive d'instance par le pari au fondement du procès romain.

La représentation produit cet antagonisme de manière dynamique et parfaitement stylisée, comme une courte séquence d'une densité remarquable, composée de trois échanges de deux actes de parole chacun.

Son analyse théorique sous l'angle du conflit relève de l'épure, épure réunissant les éléments de ce que Clausewitz appelle un « concept » de la guerre, qu'il distingue abstraitement de la guerre « réelle »³⁰. Trois éléments de ce concept se retrouvent en effet dans l'action de la loi (dans sa version *in rem* que nous com-

²⁵ Où ces procédures deviennent un élément auxiliaire du procès dans le cadre de la lutte contre les procès frauduleux et la chicane (Gaius, *Institutes* 4, 171-174).

²⁶ Double affirmation d'appartenance exclusive dans le cas de la propriété (*in rem*) ; affirmation et négation d'une prestation due dans le cas d'un droit de créance (*in personam*).

²⁷ J.-H. MICHEL, *ÉLÉMENTS DE DROIT ROMAIN À L'USAGE DES JURISTES, DES LATINISTES ET DES HISTORIENS*, T. I, BRUXELLES, Éd. de l'U.L.B., 1998, p. 51.

²⁸ J. SCHEID, *Pouvoir et religion à Rome*, Paris, Pluriel, 2011.

²⁹ Varron, *De lingua Latina* 5, 180 ; Gaius, *Institutes* 4, 13.

³⁰ C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, livre I, Présentation par Benoît Chantre, Paris, Garnier Flammarion, 2014, n° 3, p. 15. Voy. la lecture de cet ouvrage, en particulier le livre I^{er}, par R. GIRARD, *Achever Clausewitz*, Entretiens avec B. Chantre, Paris, Carnets Nord, 2007 (chap. I^{er}).

mentons ici d'après Gaius, *Institutes* 4, 16) : le primat de la défense sur l'attaque, la montée aux extrêmes, et le principe de polarité.

Le premier échange est relativement « pacifique » : chaque plaideur se contente de produire une affirmation d'appartenance exclusive (*vindicatio*) de la chose litigieuse (un esclave comme exemple choisi par Gaius) se trouvant au milieu d'eux, doublée du geste d'imposer sur celle-ci une baguette, symbole de la lance de guerre, la *festuca* (voy. *infra*)³¹, en proclamant qu'elle est à lui *ex iure Quiritum*, « selon le droit des Quirites »³². Commence alors le deuxième échange : le premier revendiquant pose une question se rapportant aux raisons pour lesquelles le second a produit lui-même cette affirmation³³.

Premier rebondissement : au lieu de se situer sur ce plan des causes (*qua ex causa*), le second revendiquant se refuse à rendre compte de quoi que ce soit, réitérant son affirmation non plus au premier degré du fait (« je dis que c'est à moi »), mais au second degré du droit, comme étant, sa parole elle-même, le fondement de son droit : *ius feci sicut vindictam imposui*³⁴. Il produit ainsi une parole qui, « loin de chercher l'accord avec la réalité, se veut d'une réalité supérieure à la réalité », parole assertorique, non démontrée, qui énonce en même temps ce qui a été, ce qui est et ce qui sera³⁵. La réalité supérieure en question est d'essence oratoire, avec un double ancrage, objectif (la conformité au rite de la parole, le geste en l'occurrence de la baguette imposée à la chose : *sicut vindictam imposui*, « comme j'ai imposé la baguette »), et subjectif, dans le chef de celui qui s'énonce à la première personne (*ius feci* « j'ai dit mon droit ») et se manifeste ainsi de manière souveraine et irrésistible sur le plan du langage, qui *seul fonde en réalité, dans sa réalité* qui est celle de l'être, le concept d'« ego » (Benveniste), si bien que, face à une telle « réponse », le premier revendiquant se retrouve comme deux ronds de flan et perd la face. Sa réaction ne se fera pas attendre.

Le primat de la défense sur l'attaque

Ce deuxième échange de la séquence en constitue le pivot. Il actualise l'une des grandes intuitions de Clausewitz sur la guerre : le primat de la défense sur l'attaque³⁶. En posant sa question quant aux causes, le premier revendiquant cherche la domination mais aussi la paix : il n'a pas pour objectif le combat, mais la posses-

³¹ « CET ESCLAVE-CI, MOI JE DIS QU'EN VERTU DU DROIT DES QUIRITES IL EST À MOI. CONFORMÉMENT À SON STATUT, COMME J'AI DIT, VOICI QUE J'AI MIS SUR TOI LA VINDICTE (?) » Et, en même temps, il mettait sur lui la baguette (*festuca*). Son adversaire disait et faisait de même (*Aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat*). » (La traduction de l'action de la loi est celle de Jacques-Henri Michel).

³² De sorte que chacun en appelle à totalité du corps civique à l'appui de son assertion, qui se retrouve d'emblée divisé au creuset de deux prétentions d'égale valeur et incompatibles entre elles, de manière typique du conflit tragique.

³³ « JE DEMANDE SI, OUI OU NON, TU DIS POUR QUELLE RAISON (*qua ex causa*) TU AS REVENDIQUÉ ».

³⁴ « J'AI FONDÉ MON DROIT (*ius feci*) COMME J'AI IMPOSÉ LA VINDICTE. »

³⁵ A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 190.

³⁶ Voy. R. GIRARD, *Achever Clausewitz*, op. cit., pp. 48 s.

sion de la chose. En répondant comme il le fait, en revanche, le second revendiquant veut la guerre. Étant le premier à concevoir l'idée de deux partis opposés, il met en action le concept de guerre. Le conquérant veut la paix (cf. la *pax Romana*, *pax sovietica*, *pax americana*...), le défenseur veut la guerre. Aussi l'attaquant est-il toujours en position de faiblesse, ainsi que la *legis actio* le confirme de la plus belle manière.

Comment réagir à cet affront (*iniuria*) ? Par de nouveaux éléments de défense destinés à contrer la contre-attaque, à quoi se livre sans désespérer le premier revendiquant, qui décroche donc de son désir initial « simple » de la chose (plan de l'avoir) pour s'engager à son tour dans l'ordre de la rivalité (plan de l'être), qui devient la réalité autonome du conflit : et de lancer le défi d'en découdre par le *sacramentum*, auquel le second réplique aussitôt de même³⁷. Typiquement, conformément aux analyses du désir mimétique dans la grande littérature moderne par René Girard, l'intérêt pour la chose à l'origine du conflit diminue à mesure que la rivalité augmente. Celle-ci se nourrit d'elle-même et devient l'enjeu de la contestation et l'objet d'une qualification propre par l'action de la loi, qui fait de la procédure son propre enjeu de victoire, susceptible d'une estimation pécuniaire distinctement des enjeux patrimoniaux au fond du droit (*de re pecuniaria*). Il ne suffit pas, en d'autres termes, d'être reconnu dans sa prétention au fond du droit, mais la victoire suppose l'anéantissement de l'adversaire, prototype de la guerre d'anéantissement au fondement de l'une de nos plus vénérables institutions juridiques, sous le signe d'une division idéalement figurée.

La montée aux extrêmes

Le mouvement de l'action illustre ainsi une autre grande intuition de Clausewitz : la montée aux extrêmes. Ce principe signifie que, au cœur de la relation structurée par la guerre, les actes de violence se suivent dans la continuité d'un enchaînement rigoureux : la guerre, écrit le général prussien, est « [...] un acte de violence et il n'y a pas de limite à la manifestation de cette violence. Chacun des adversaires fait la loi de l'autre, d'où résulte une action réciproque qui, en tant que concept, doit aller aux extrêmes. »³⁸

Bien sûr dans notre cas, la stylisation du concept de guerre qui comme tel « doit aller aux extrêmes » comporte une limite, qui est celle du rite lui-même dont l'action de la loi est l'expression la plus pure. Puisqu'ils doivent s'en tenir aux termes exacts et aux gestes prescrits de la formule, la lutte est verbale et symbolique, ainsi que le dit Aulu-Gelle dans un commentaire à un poème du huitième livre des *Annales* d'Ennius, le père de la poésie latine [239-169 av. J.-C.] :

Aulu-Gelle 20, 10, 10 : « Aussi Ennius a-t-il voulu dire que, contrairement à l'usage devant le préteur, on ne lutte pas par les actions légitimes (*legitimis actionibus*) ni

³⁷ « PUISQUE TU AS REVENDIQUÉ À TORT (*iniuria*), JE TE PROVOQUE POUR UN ENJEU (*sacramento te provocho*) DE 500 AS » ; riposte du second : « ET MOI DE MÊME (*et ego te*) ».

³⁸ C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, op. cit., n° 3, p. 15. Cité par R. GIRARD, *Achever Clausewitz*, op. cit., p. 32.

en croisant les mains selon le rite (*ex iure manum consortum*), mais par la guerre et l'épée (*bello ferroque*), d'une violence vraie et intégrale; il paraît avoir comparé cette violence civile et symbolique (*vim illam civilem et festucariam*), qui se dit par les paroles (*quae verbo diceretur*), sans en venir aux mains (*non quae manu fieret*), avec la violence guerrière et sanglante (*cum vi bellica et cruenta*).»

Le texte est très clair, ainsi que l'opposition entre deux formes de violence, selon que l'on combat par le fer et l'épée, d'une « violence vraie et intégrale » (*vera vi atque solida*), ou pas. Dans l'action de la loi, la violence se dit par des paroles et des symboles, dont la *festuca*, la « baguette », que les plaideurs doivent faire le geste d'imposer à la chose litigieuse comme symbole de la lance de guerre, ainsi que le précise Gaius³⁹; d'où le caractère de cette violence « civile et symbolique », *vim illam civilem et festucariam*, et non guerrière et sanglante, *cum vi bellica et cruenta*, propre à l'action.

Ce trait exclusivement verbal de l'action est confirmé dans l'ordre du déroulement de la séquence: après la double revendication initiale des plaideurs, ceux-ci se retrouvent en effet *les mains entrecroisées* sur la chose⁴⁰, au point d'en venir aux mains. Mais la double mainmise est « le prélude à une lutte armée qui n'aura pas lieu »⁴¹: survient aussitôt le prêteur (sa seule intervention de toute la séquence, sur laquelle s'achève le premier échange), qui ordonne aux parties de « lâcher l'homme », à l'impératif: *MITTITE AMBO HOMINEM*, « LÂCHEZ TOUS LES DEUX L'ESCLAVE. »

On dira, avec un apparent bon sens: voici le progrès d'une moindre violence inhérent au règlement juridique des conflits. Regardons-y toutefois de plus près, c'est-à-dire en restant attentif, en juriste, aux structures du lien social que suppose cette conversion extraordinaire de la guerre à l'échelle des rapports entre concitoyens.

Les anciens étaient plus lucides que nous d'une certaine façon, même s'ils ne mesuraient pas pour autant la portée de leur constat, protégés qu'ils étaient par la fonction rituelle que le droit, sur base notamment de l'opposition entre les jours fastes et néfastes, jouait encore dans une société demeurée traditionnelle sur le plan religieux.

Cicéron oppose en effet deux genres de la discorde: le *iurgium* (« la querelle, la brouille ») et le *lis* (*lis, litis*, « le procès, l'objet du litige »):

De Republica. 1, 4 « [...] une lutte entre personnes bienveillantes n'est pas un litige entre ennemis (*lis inter inimicorum*), mais une querelle. »⁴²

³⁹ Symbole dans lequel communiquent le geste d'appropriation des biens gagnés à l'occasion de guerres ou de razzias et l'affirmation performative par chaque plaideur, en vainqueur, que la chose est à lui. La lance de guerre est en effet elle-même le signe d'une juste propriété (*signo quodam iusti dominii*) car sont réputées être par excellence à soi (*maxime sua*) les choses prises aux ennemis (*ex hostibus cepissent*). Gaius, *Institutes* 4, 16.

⁴⁰ Sur l'expression *ex iure manu(m) consortum*: Aulu-Gelle 20, 10, 7-10; Cicéron, *Pro Murena* 26; Varron, *De lingua Latina* 6, 64; Festus L. p. 145, v° *mundum*.

⁴¹ A. MAGDELAIN, « Quirinus et le droit », in *Ius Imperium Auctoritas*. Études de droit romain, Rome, École française de Rome, 1990, p. 259.

⁴² [...] *benevolorum concertatio non lis inimicorum, iurgium dicitur*.

Simple brouille, le *iurgium* intervient entre des adversaires bienveillants (*benevolorum concertatio*); *iurgium levior res est*, commente Nonius Marcellus, la querelle est « affaire plutôt légère »⁴³. Tandis que le procès qu'est le *lis* oppose deux ennemis (*lis inimicorum*) entre lesquels toute volonté de conciliation a disparu : en lieu et place de la *benevolentia* se tisse un lien plus solide, l'hostilité et la haine (*inimicitia, odium*)⁴⁴, marquées par le souci d'abattre l'adversaire et de le soumettre à sa volonté.

La *legis actio sacramento* est exemplaire de ce point de vue, qui campe le crescendo depuis ce que Clausewitz appelle l'intention hostile (*feindselige Absicht*), la décision raisonnée de combattre, dans le premier échange, vers les sentiments hostiles (*feindselige Gefühle*) tels qu'ils se déclarent dans le dernier échange, la passion guerrière qui s'est emparée des parties et les pousse à se condamner réciproquement à un enjeu (anciennement) de vie et de mort.

Nous allons revenir sur l'innovation que représente une telle configuration par rapport aux ordres coutumiers de la vengeance, les systèmes vindicatoires, et sur l'accroissement de la violence, fût-elle exclusivement verbale et symbolique, qu'attestent ses structures (voy. *infra*).

Le principe de la polarité

Enfin, troisième élément du concept de guerre, le principe de la polarité, résultat de la symétrie parfaite qu'instaure la séquence entre les protagonistes.

La symétrie est en place dès le commencement : la chose litigieuse est au milieu des plaideurs, aucun d'eux n'en ayant la possession. Il en sera autrement sous la procédure formulaire classique, en particulier dans la formule de l'action en revendication sans enjeu (*sine periculo*) qui y apparaît, où le défendeur est possesseur de la chose, témoin d'une rationalisation croissante du procès en revendication qui a intégré le principe *beati sunt possidentes* découlant du primat de la défense sur l'attaque⁴⁵. Or, dès lors que les deux plaideurs affirment alternativement leur propriété exclusive, ils se retrouvent en position de miroir l'un de l'autre, *disant et faisant la même chose*, comme le souligne Gaius, situation d'imitation qui ne fera que se précipiter par la suite, source et moteur d'un processus d'indifférenciation implacable entre les adversaires tel que, à mesure qu'ils tâchent d'emporter à tour de rôle la victoire sur l'autre et de marquer une différence décisive, ils se ressemblent de plus en plus, jusqu'au défi final au *sacramentum* relancé ultimement par le second revendiquant (*et ego te*).

⁴³ Non. Marc. 430 (p. 695) : « Le *iurgium* est affaire plutôt légère (*iurgium levior res est*) ; se dit d'une dissension ou d'une lutte entre personnes bienveillantes ou proches (*inter benevolos aut propinquos*) ; la dissension entre ennemis (*inter inimicos*) est appelée *lis*. »

⁴⁴ Dans *De oratore* (2, 72), Cicéron oppose en termes symétriques *benevolentia* et *odium*, « haine ».

⁴⁵ Sur celui-ci : R. GIRARD, *Achever Clausewitz*, op. cit., p. 50.

Comprendre ceci impose de faire la distinction entre alternance et réciprocité, regard intérieur et regard extérieur sur le processus en cours dans l'action. L'alternance est un enchaînement de polarités relatives. Elle est ce que l'on perçoit avec un regard intérieur : la succession de victoires provisoires. Le regard intérieur ne peut pas voir la réciprocité, il ne voit que les différences. Tandis que la réciprocité est le résultat de cette alternance, le point vers lequel tend celle-ci et qu'en même temps elle dissimule, une polarité en masquant toujours une autre. Lisons René Girard sur ce point décisif :

« Je définis ainsi la réciprocité comme la somme de moments non réciproques : elle ne peut donc être aperçue que par un regard extérieur au conflit, puisque *de l'intérieur vous devez toujours croire à votre différence* et répondre de plus en plus vite et de plus en plus fort. À ce regard extérieur, les adversaires apparaissent alors pour ce qu'ils sont : de simples doubles. C'est cela l'adéquation de la guerre à son concept, *l'unité réalisée entre l'alternance et la réciprocité* : une oscillation accélérée des différences, un passage à l'abstraction en quelque sorte. »⁴⁶

La polarité ne s'applique pas à l'attaque ou la défense en elles-mêmes, écrit encore Clausewitz, mais « au rapport commun de ces deux actes, c'est-à-dire au résultat, à la décision »⁴⁷.

La polarité est ce qui distingue la *legis actio* du très ancien droit romain comme un principe de décision inédit sur fond des univers traditionnels : la décision judiciaire elle-même, basée sur une rationalité nouvelle qui suppose la division assumée et même affirmée et poussée à ses ultimes conséquences sur le plan « théorique » de l'action, figure de la guerre absolue, mais suivant des conditions rituelles telles que, comme l'espérait encore Clausewitz dans le cadre des guerres réelles, elle aboutit à mettre un terme au conflit et au retour à l'ordre. Pour le théoricien de la guerre, en effet, la polarité implique la cessation des hostilités et le retour à la paix⁴⁸.

Cette figure fascinante apparaît ainsi comme l'actualisation non sanglante du concept de guerre à l'échelle de la relation de concitoyenneté⁴⁹, ce concept dont Clausewitz semblait regretter que les conditions de la guerre « réelle » (espace, temps, climat, fatigue, frictions...) lui fissent obstacle sur le terrain !

Qu'est-ce à dire ? Quel est en termes de qualification juridique l'enjeu de ce surprenant écart entre la guerre et son concept ?

Nous en voyons trois, en particulier sur fond des univers coutumiers : l'institution juridique du tiers qu'est le magistrat dévoilé comme étant le produit de l'affron-

⁴⁶ R. GIRARD, *Achever Clausewitz*, op. cit., p. 47 (souligné par l'auteur).

⁴⁷ C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, op. cit., n° 16, p. 33.

⁴⁸ C'est une autre question sur fond de l'accélération du duel à l'échelle de l'histoire, mais telle n'est pas notre préoccupation dans ces lignes.

⁴⁹ Relation que signifie proprement le latin *civitas*, à l'inverse du grec *polis*, une abstraction, « la cité ». E. BENVENISTE, « Deux modèles linguistiques de la cité », in *Problèmes de linguistique générale*, t. II, Paris, Gallimard, 1974, pp. 272-280.

tement duel, loin d'en être la condition de possibilité; la mise en œuvre simultanée des deux antagonismes au lieu d'une décision unique; l'individualisation de la relation rivale à l'échelle de la collectivité souveraine.

La *legis actio* est proprement créatrice juridiquement par la figure du tiers dont elle suscite l'avènement à partir de l'indifférenciation qui la structure. L'indifférenciation signifie que toutes les différences (sociales, familiales, individuelles) entre les acteurs ont disparu, comme c'est *de facto* le cas dans l'action, d'où la parfaite symétrie de la séquence.

Selon l'hypothèse victimaire de Girard, ce moment de l'indifférenciation est celui de la crise mimétique, où les doubles pullulent, soit encore de ce que l'auteur appelle la « polarisation » de tous contre un, qui assure le retour à l'ordre :

« Il a fallu, à chaque fois, que le regard du dehors (qui voit la réciprocité) et le regard du dedans (qui ne *veut voir* que les différences) coïncident tout en restant distincts. C'est alors que tous se sont retournés contre un seul. »⁵⁰

Voilà précisément cet instant de l'unanimité que la *legis actio* bloque, dont elle fait un « arrêt sur image », de telle sorte que le tiers apparait à la conscience, au même titre que les doubles, à savoir le cadre même du procès contradictoire (ou du concours tragique, qui est du même ordre).

Le grand historien du droit Louis Gernet aperçoit ceci avec finesse (sauf la notion ambiguë et inutile de « prédroit », qui n'a pas à nous retenir ici)⁵¹ :

« Le prédroit [...] est mimé – obligatoirement mimé – dans les rites du procès. Il faut que les prétentions opposées aient un caractère d'absolu [...]. Tout se passe comme si le jugement avait besoin, pour pouvoir être rendu, de l'expression la plus intense, mais la plus rituelle aussi, du conflit qui le nécessite. Et, en même temps que l'antagonisme des parties, le jeu procédural manifeste leur subordination au magistrat. »⁵²

De là naît une rationalité nouvelle, proprement juridique, de la résolution des conflits. Voici les acteurs indifférenciés eu égard aux hiérarchies, statuts et appartenances qui intègrent la société romaine, à rigoureuse égalité, situation qui confère au juge chargé par le magistrat de trancher le litige dans un second temps (la structure du procès romain en deux phases trouvant ici sa condition de possibilité juridique)⁵³ la plateforme nécessaire à une analyse objective des preuves que produiront les parties devant lui (commence alors la « guerre réelle », où les plaideurs vont argumenter en tirant parti des différences existant entre eux).

La structure en deux phases du procès romain illustre donc cet apparent paradoxe : l'action réciproque à la fois précipite *et* diffère la montée aux extrêmes : elle

⁵⁰ R. GIRARD, *Achever Clausewitz*, *op. cit.*, p. 56.

⁵¹ Voir A. RUELLE, « La parole antique en procès. Essai sur le ritualisme de l'ancien droit romain », *op. cit.*

⁵² L. GERNET, *Anthropologie de la Grèce ancienne*, Paris, François Maspero, 1968, p. 265.

⁵³ Le procès romain en droit archaïque et classique est organisé en deux phases, la première, introductive d'instance, devant le magistrat (le préteur), et la seconde, devant le juge qui, simple particulier nommé par le premier, est chargé de trancher le litige sur la base des preuves produites par les parties.

la précipite dans l'ordre de l'action introductive d'instance devant le préteur (figure de la guerre absolue), elle la diffère dans l'ordre des plaidoiries basées sur les preuves et les argumentations devant le juge (guerre réelle, mais en paroles toujours).

Or cette rationalité, qu'on ne s'y méprenne pas, repose par ses structures sur une violence plus intense que dans le contexte des univers traditionnels⁵⁴.

Pour prendre l'exemple du système vindicatoire, celui-ci en première ligne d'analyse met en présence des groupes, et non des individus, tel étant bien l'un des grands acquis de la cité antique, dans l'espace du moins des jours fastes⁵⁵. Par la solidarité, active notamment, qu'elle suscite, la vengeance contribue en effet directement à la définition des groupes familiaux⁵⁶. De plus, le système vindicatoire repose sous peine de s'enrayer et de tomber dans la violence réciproque sur l'alternance entre les prestations négatives réciproques d'un échange qui se déploie dans la diachronie.

En d'autres termes, par ses structures, la vengeance est collective et différée, *différance* dont le but est de dissimuler la réciprocité vers laquelle elle tend.

Au contraire, la figure du procès, attendu le concept de guerre dont elle est la mise en œuvre, précipite la réciprocité sous la forme d'une relation *synchronique* et strictement *interindividuelle* : synchronique, car elle suppose la mobilisation simultanée de toutes les forces en présence en vue d'une décision unique ; et *interindividuelle*, au sens où s'affrontent individuellement deux *patres familiarum* qui agissent et disent à la première personne dans leur intérêt exclusif et propre⁵⁷.

C'est ainsi que le droit participe d'une *intensification* des structures de la réciprocité, au fondement de la vengeance. Il en résulte, et telle est la qualification proprement juridique, une autre configuration du lien social : « Loin de supprimer les anciens codes, la procédure leur impose un déplacement, et donc, une expression renouvelée. »⁵⁸

*
* *

⁵⁴ Voy. aussi, pour une comparaison parfaitement éloquente portant sur les modes de la décision politique que nous n'avons pas envisagés ici, en l'espèce la décision adoptée au vote majoritaire *versus* l'arbre à palabres dans les sociétés africaines : E. TERRAY, « Un anthropologue africaniste devant la cité grecque », *op. cit.*, pp. 13 et s.

⁵⁵ Bien repéré par Louis Gernet dans le domaine des échanges positifs (et non échanges négatifs, dans le cas de la vengeance, meurtre et contre meurtre), à savoir le don et le contre don *versus* l'économie du contrat, dont la qualification juridique suppose son individualisation à l'endroit des solidarités collectives anciennes : L. GERNET, *Anthropologie de la Grèce antique*, *op. cit.*, p. 255.

⁵⁶ Voy. le beau texte de Jesper SVENBRO, « Vengeance et société en Grèce archaïque. À propos de l'*Odyssée* », in Verdier R. et al. (éd.), *La vengeance. Études d'ethnologie, d'histoire et de philosophie*. 3. Vengeance, pouvoirs et idéologies dans quelques civilisations de l'Antiquité, Paris, Cujas, 1984, pp. 54 et s.

⁵⁷ Au risque d'une spirale redoutable dès lors que, dans le contexte des guerres civiles à la fin de la république, les solidarités familiales sont revenues se greffer sur un système de l'action judiciaire affolé. Voir le texte essentiel de Yan THOMAS, « Se venger au forum », in Verdier R. et al., *La vengeance*, *op. cit.*, pp. 65 et s.

⁵⁸ *Ibid.*

Les conditions strictement rituelles de l'avènement de cette figure de l'antagonisme comme paradigme de l'organisation juridique furent indéniablement positives et créatrices, à l'origine d'une culture du conflit et de la compétition, certes, mais aussi et corrélativement de l'émulation, du débat, du commentaire critique (d'où naîtra la science classique du droit, la *iurisprudentia*), une culture de l'altérité où l'« individu » se libère de la totalité sacrale, libre d'acquiescer, d'aliéner, de tester, de chercher son enrichissement personnel, une culture qui s'ouvre sur l'avenir, comme le permet la dynamique de l'obligation et du contrat, contre la clôture et le conformisme des univers coutumiers, source d'une plus-value à l'échelle du lien social dans son ensemble.

Notre texte s'achevant, on ne peut qu'évoquer quelques-uns de ces bénéfices sur le plan judiciaire qui fut le nôtre dans ces lignes, avec le développement, dès la loi des XII Tables, d'actions sans enjeu (simplement réciproques, où la négation des prétentions suffit à nouer l'instance), la formation par la suite d'un nouveau régime de procédure, le procès formulaire, où, bien que les actions avec enjeu (*per sponsionem*) y prolongent et confirment le principe de l'action générale par le pari, se multiplient surtout les actions sans enjeu, par lesquelles furent dégagées et affinées toutes les principales institutions du droit privé (propriété et possession, servitudes, contrats et délits, sûretés, enrichissement injuste, successions...), apparition encore, essentielle, d'un nouveau canon d'interprétation du rapport juridique dont est saisi le juge, la bonne foi, qui implique entre les deux parties une réciprocité positive, tenues l'une envers l'autre à un comportement moral : s'abstenir de chercher à se tromper volontairement (le *dolus malus*, le « dol malicieux », qui en est l'antonyme)⁵⁹.

Tel est le contexte de la généralisation d'une culture du conflit dans lequel il convient de situer l'apparition de l'arbitrage au sens moderne, l'*arbitrium ex compromisso*⁶⁰, qui opère hors la sphère et la médiation de la justice publique. S'y impose une rationalité toute différente du conflit, tournée vers la conciliation et tendue par la douceur (*mite*) et la modération (*moderatio*), ainsi que le dit Cicéron : *Quid est in arbitrio ? Mite, moderatum : QUANTUM AEQUIUS ET MELIUS SIT DARI*⁶¹.

⁵⁹ Cicéron, *De officiis* 3, 17 : « De quel prix n'est pas cette formule consacrée : QUE PAR VOUS OU VOTRE FOI (*fides*) JE NE SOIS NI PRIS NI TROMPÉ ? N'est-ce pas une maxime en or que celle-ci : COMME IL FAUT BIEN AGIR ENTRE HONNÊTES GENS ET SANS FRAUDE ? Mais la grande question est de savoir ce qu'il faut entendre par 'bien agir' et par 'honnêtes gens'. Q. Scaevola, le grand pontife, disait que la plus grande efficacité se trouvait dans toutes ces formules d'action (*in omnibus his arbitriis*) où était ajoutée la clause EX FIDE BONA, l'expression de la bonne foi ayant un champ d'application destiné à s'étendre qui concerne déjà les tutelles, les sociétés, les fiducies, les mandats, les ventes, les louages, en un mot toutes les transactions les plus importantes de la vie en société. Il disait encore qu'il fallait pour elles des juges d'autant plus éclairés que la plupart de ces rapports comportent des jugements contraires, et qu'il faut y apprécier les droits et les obligations réciproques des parties. »

⁶⁰ Br. DE LOYNES DE FUMICHON et M. HUMBERT, « L'arbitrage à Rome », *Revue générale de l'arbitrage*, 2003, n° 2, (pp. 285-348), pp. 323 et s. ; M. HUMBERT, « Arbitrage et jugement à Rome », *Droit et cultures*, 1994, n° 28, (pp. 47-63).

⁶¹ *Pro Roscio comoedo* 4, 11 : « Que trouve-t-on dans la formule soumise à l'arbitre ? Des termes doux et modérés : donner ce qui est plus équitable et meilleur. » (trad. Les Belles Lettres). Voy. aussi Sénèque, *De beneficiis*, 3, 7, 5.

Dans ce texte, Cicéron oppose l'*arbitrium* au *iudicium*, qu'est en l'occurrence l'action en paiement d'une somme d'agent certaine (*actio certae creditae pecuniae*) introduite *via* la *sponsio tertiae partis*, la *sponsio* ou le « pari » du tiers, opposition qu'il analyse sur la base du degré de confiance en sa cause du plaideur qui opte pour l'une ou l'autre : *Pro Rosc. com.* 4, 11 [...] *alter causae confidit, alter diffidit*, « l'un a confiance en sa cause, l'autre s'en défie. ».

Choisir de ne pas faire la *sponsio* (le pari) serait ainsi signe de faiblesse : ne pas vouloir vaincre en totalité au *risque* de l'action mais se contenter d'un règlement équitable :

Pro Rosc. com. 4, 10 : « Nous venons devant le juge décidés à tout gagner ou à tout perdre ; devant l'arbitre, notre souci est d'éviter de ne rien avoir, quitte à réduire nos prétentions au départ. »

Les connotations agonales et rivales anciennes et leurs implications aux sources de la qualification juridique du procès sont donc parfaitement sensibles à Cicéron, comme elles l'étaient encore aux juristes classiques sous l'Empire⁶².

À partir de la mise en œuvre stylisée sous forme d'action d'un concept de guerre à l'échelle des rapports entre concitoyens, archétype de l'unité dans la division réalisée sans sacrifice ni finalité cultuelle, la figure de la *sacramenti actio* fut à l'origine d'une rationalité nouvelle du conflit à la source elle-même d'un déploiement et d'une puissance de renouvellement considérables tant pour l'interprétation du rapport juridique, notamment contractuel (la bonne foi), que pour l'avènement d'une résolution alternative des conflits basée sur la conciliation.

Ces évolutions spectaculaires du droit classique ne doivent cependant pas être l'arbre qui cache la forêt, dont la condition de possibilité gît dans les canons d'une procédure civile qui posa le cadre d'un conflit strictement individuel et synchrone, pour une décision une et simultanée, à la base du principe fondamental du contradictoire (*audi alteram partem*) qui, comme l'écrit bien Antoine Garapon, « plus qu'une garantie, révèle l'identité même du débat judiciaire et de la justice occidentale tout entière »⁶³.

⁶² Voir la controverse suscitée par l'option de la « formule arbitraire » (*per formulam arbitrariam*) à la formule avec enjeu (*per sponsionem*) dans le contexte des interdits possessoires : Gaius, *Institutes* 4, 163.

⁶³ A. GARAPON, *Bien juger*, op. cit., p. 146.

Approche sociologique du conflit

LUC VAN CAMPENHOUDT

Professeur émérite de l'Université Saint-Louis – Bruxelles et de l'Université catholique de Louvain

Introduction

Diverses formes de conflit sont étudiées dans le cadre de sociologies particulières, comme la sociologie de la famille, la sociologie du travail, la sociologie des organisations ou la sociologie urbaine et rurale. En sociologie générale, qui est le point de vue adopté ici, l'idée de conflit est omniprésente, mais la notion de conflit n'y constitue pas pour autant un concept majeur comme, par exemple, les concepts de socialisation, de classe sociale, de champ, de changement social ou de déviance. En fait, elle leur est transversale. Il existe bien quelques ouvrages théoriques portant sur le conflit en général, mais les plus reconnus¹ datent, et ne prennent donc pas en compte certaines des tendances récentes parmi les plus intéressantes de la théorie sociologique.

Mon propos consistera à dégager quelques propositions qui me semblent aujourd'hui centrales pour la compréhension du conflit et de sa place dans le fonctionnement de la vie collective, quel que soit le domaine particulier étudié. Si la réflexion qui suit ne prétend pas à l'exhaustivité, les choix opérés ici ne sont pas pour autant totalement arbitraires. Tout d'abord, parce que les courants de pensée et les idées retenus sont reconnus par tous les sociologues comme des contributions importantes à la discipline, même par ceux qui n'y adhèrent pas. Ensuite, parce que ces éléments convergent sur une idée centrale, aujourd'hui largement admise en sociologie, et qui est la thèse défendue au fil de ce bref parcours: bien qu'*a priori* il divise, voire déchire, le conflit est au cœur du lien social et de l'expérience de la vie en société.

Je la développerai à partir de trois angles complémentaires (l'angle de la relation, l'angle du symbolique et l'angle de l'expérience) correspondant à trois propositions complémentaires. Pour chacun de ces trois angles, j'indiquerai tout d'abord

¹ Notamment L. COSER, *Les fonctions du conflit social*, Paris, PUF, 1981 et J. FREUND, *Sociologie du conflit*, Paris, PUF, 1983.

la conception générale du social² à laquelle la proposition se réfère, je développerai ensuite l'approche du conflit correspondante, je formulerai enfin brièvement quelques remarques concernant les implications pour les institutions et notamment pour la Justice.

I. L'angle de la relation : le conflit est une forme d'association

A. Contexte sociologique et conception du social

La première proposition s'enracine dans l'œuvre des pères fondateurs. Lorsqu'on évoque la question du conflit dans la sociologie classique, on pense immédiatement à l'opposition (que l'on retrouve encore aujourd'hui dans la plupart des manuels) entre les théories dites du consensus et les théories dites du conflit.

Pour les théories du consensus (Durkheim et ses héritiers fonctionnalistes), la société se caractérise avant tout par sa cohésion. Pour Parsons, cette cohésion est possible, *primo* parce qu'un ensemble de structures assurent des fonctions qui répondent aux besoins tant de la société que des individus (par exemple, le système d'enseignement assure des fonctions de socialisation et de formation professionnelle dont la société et les individus ont besoin), *secundo* parce qu'un ensemble de valeurs et de normes est partagé par la grande majorité des individus qui composent la société (par exemple les valeurs patriotiques, la démocratie, la santé ou la justice). Le pouvoir n'est pas la propriété de quelques-uns ; il est une capacité du système social : celle de se donner et de poursuivre des finalités collectives. S'il est incarné par certains dont on dit qu'ils « exercent le pouvoir », c'est au profit de tous. Circulant dans la société comme l'argent, le pouvoir n'est pas à somme nulle (lorsque certains en acquièrent davantage, d'autres n'en perdent pas forcément) et ne divise donc pas ; il rassemble plutôt puisqu'il mobilise. Le conflit n'est dès lors pas central. Il est dysfonctionnel dans la mesure où il met en péril la cohésion de la société. La Justice a pour fonction d'arbitrer les conflits. Le conflit peut toutefois être marginalement fonctionnel dans la mesure où il peut permettre des ajustements du système aux besoins qui évoluent ou aux transformations de l'environnement.

En revanche, pour les théories du conflit, la société est profondément divisée en une minorité de dominants et une majorité de dominés. Pour Marx et les sociologues d'inspiration marxiste, la principale source des inégalités est économique ; les dominants sont des exploités et les dominés sont des exploités. Pour Weber, les inégalités résident en outre dans les différences de statuts ainsi que dans la

² Le mot « social » est compris ici au sens sociologique large, comme l'ensemble des relations *entre* les membres d'un groupe (grand comme une communauté nationale ou petit comme une famille) et qui fait que ce groupe existe, « fait société ».

capacité de certaines corporations à défendre efficacement les intérêts de leurs membres. La question sociologique majeure n'est pas tant celle du conflit proprement dit (qui est d'ailleurs relativement peu étudié en temps que tel) que celle des processus qui permettent de l'éviter, en particulier dans ses formes violentes, et qui reproduisent donc la domination. C'est le rôle de la superstructure dans la théorie marxiste, qui instaure un système politique et une Justice favorables aux dominants et diffuse l'idéologie dominante qui entretient l'aliénation des travailleurs. Weber insiste quant à lui sur l'importance de la légitimité de la domination (essentiellement légale-rationnelle dans la société moderne) ainsi que sur le monopole étatique de la violence légitime. Plus tard, Bourdieu parlera de domination symbolique et de violence symbolique pour signifier l'intériorisation par les dominés des schémas de pensée qui justifient et reproduisent leur propre domination.

Théories du consensus et théories du conflit sont évidemment inconciliables. Elles n'ont qu'un point en commun, mais essentiel : elles ont contribué à donner du conflit une image négative, celle d'un phénomène qui déstabilise, divise, voire déchire. C'est contre cette image négative que le philosophe et sociologue allemand Georg Simmel, contemporain de Durkheim et Weber, sera l'initiateur d'une image positive du conflit conçu comme une force de la société.

Simmel³ conçoit la société non comme un ensemble d'individus, mais bien comme un ensemble d'interactions entre individus qui s'associent de diverses manières. Ces associations se distinguent les unes des autres par leur *contenu* et par leur *forme*. Le contenu concerne les buts que les individus se fixent lorsqu'ils sont en interaction (par exemple, fonder une famille et avoir des enfants, faire prospérer une entreprise ou exercer le pouvoir politique), leurs intérêts (économiques, politiques...) ainsi que les affects qui les poussent à agir (par exemple le désir d'être aimé ou estimé).

La forme concerne la manière de s'associer. La subordination, la division du travail, la secte ou la mode constituent des exemples de formes d'association. Une même forme peut s'appliquer à différents contenus. Par exemple, la secte est une forme qui combine la fusion intense au sein du groupe et le rejet de l'extérieur ; on la retrouve associée à des groupes religieux, à des associations de militants politiques ou encore à des communautés qui choisissent de vivre coupées du reste du monde. La mode est une autre forme qui combine une tendance à vouloir imiter le groupe et une tendance à vouloir se distinguer des autres personnes. Elle se retrouve aussi bien dans le monde des vêtements, des voitures ou des œuvres littéraires. C'est la forme qui confère aux contenus leur dimension sociale et qui intéresse donc le sociologue. Pour Simmel, la sociologie est la discipline qui étudie les formes d'association.

³ G. SIMMEL, *Sociologie. Étude sur les formes de socialisation*, Paris, PUF, 2013 (1908).

B. Approche du conflit

Pour Simmel, le conflit est une des principales formes d'interaction ou d'association qui se retrouve combinée à divers contenus comme une concurrence entre entreprises ou un conflit social au sein d'une entreprise, une lutte entre partis pour le pouvoir politique, une rivalité entre bandes pour le contrôle du trafic de drogue dans un quartier, une compétition entre équipes sportives, un différend familial à propos d'une succession, une dispute entre ex-conjoints à propos de la garde de leurs enfants communs...

Le conflit est intrinsèque à la société. Ses effets sont tantôt négatifs, voire destructeurs, tantôt positifs, voire bienfaisants ; souvent à la fois négatifs et positifs. Il divise et unit, déstabilise et socialise, parfois en même temps et tout à la fois.

Le conflit est le plus souvent indissociable de la coopération. D'abord parce que, sauf cas limites, il suppose la reconnaissance de l'adversaire et l'adhésion des parties à des enjeux communs et à des valeurs communes (la prospérité de l'entreprise et le partage de ses fruits, le respect des institutions de l'État et l'attrait pour le pouvoir, le droit de chacun des parents à voir ses enfants et à jouer un rôle dans leur éducation...). Ensuite, parce que c'est la coopération même qui génère le conflit (sur ses modalités, sur les contributions et rétributions des parties en présence...). Enfin parce qu'en retour, le conflit peut paradoxalement favoriser la coopération en clarifiant ses règles, en instaurant plus de justice, en apprenant à chacun à mieux comprendre le point de vue l'autre, en générant des changements bénéfiques aux différentes parties, en amenant chacun à revoir sa position et à adapter ses conduites...

Dans la sociologie de l'action, telle que conçue par Alain Touraine notamment, on parlera volontiers de *coopération conflictuelle*⁴ pour caractériser un mode de relation majeur au sein de la société. Dans ce mode de relation, les acteurs⁵ concernés participent à une production collective quelconque (de biens, de services, d'éducation...) – c'est la dimension coopération – et sont en mesure sinon d'exercer une emprise directe sur les enjeux de cette production (ses modalités, les contributions et rétributions de chacun...), au moins de résister à l'emprise des autres acteurs – c'est la dimension conflit.

Si la coopération existe sans le conflit, c'est qu'une des deux parties est asservie, complètement dominée ; le cas limite est l'esclavage où le dominant impose totalement sa volonté au dominé réduit à un simple outil. Si le conflit existe sans la coopération, la révolte n'est pas loin, voire, au niveau de la société dans son

⁴ Cette notion est exposée dans L. VAN CAMPENHOUDT, « Le conflit, au cœur du lien social », in D. VRANCKEN, C. DUBOIS et F. SCHOENAERS (dir.), *Penser la négociation. Mélanges en hommage à Olgierd Kutj*, Bruxelles, De Boeck, 2008, (pp. 249-256) p. 254.

⁵ On parle le plus souvent ici d'« acteurs » ou d'« acteurs sociaux » plutôt que d'« individus » pour signifier qu'ils peuvent être aussi bien collectifs (par exemple un groupe de justiciables engagés dans une même action en Justice) qu'individuels (par exemple un justiciable) et qu'ils « agissent » dans le cadre de relations ou de rapports sociaux impliquant d'autres acteurs.

ensemble, la révolution. Ces deux cas de figure s'accompagnent d'un degré élevé de violence où une des parties (au moins) porte atteinte à l'intégrité physique et/ou psychologique de l'autre. Plus largement, c'est l'impossibilité de certains acteurs de prendre part aux processus de coopération conflictuelle où ils estiment avoir leur place qui constitue une des principales sources de violence extrême. S'il n'y a ni coopération ni conflit, c'est qu'il n'y a pas ou plus de relation du tout. Ces quatre types de combinaison de la coopération et du conflit représentent des repères théoriques; dans la réalité, chaque situation concrète combine une part variable de coopération et de conflit susceptible de se modifier dans le temps.

Bref, à la suite de Simmel, les sociologues s'accordent aujourd'hui pour dire « qu'il n'y a pas d'opposition sans adhésion, pas de dissensus sans consensus »⁶. D'une manière générale, le conflit n'est pas dysfonctionnel et ne représente pas un danger pour la cohésion sociale. Bien au contraire, il est une force pour la société, d'une part, parce qu'une société sans conflit serait une société bloquée, voire en décomposition, d'autre part, parce qu'il protège de la violence lorsqu'il est associé à la coopération.

C. Implications pour les institutions

On appelle ici institution toute manière relativement stabilisée par laquelle les humains organisent leur vie collective et à laquelle ils reconnaissent une certaine légitimité pour assurer cette fonction. Toute institution suppose un système de normes et de valeurs. Elle peut être formellement très élaborée (par exemple la médecine, l'école, la Justice, le syndicalisme, le mariage...) avec notamment des normes explicites, un personnel spécialisé, des ressources spécifiques, ou formellement peu élaborée, voire informelle (par exemple, une coutume). Elle peut être essentiellement immatérielle (par exemple un ensemble de croyances) ou avoir une forte composante matérielle (par exemple un hôpital).

Les institutions ne tombent pas du ciel. Historiens et sociologues étudient leur « socio-genèse », c'est-à-dire comment elles sont apparues et se transforment au fil du temps. Pour le sociologue, elles sont, pour une large part, le produit de processus de coopération conflictuelle (par exemple entre les entrepreneurs et les travailleurs pour ce qui concerne les institutions liées à l'industrie et au travail) et donc de rapports de force entre les uns et les autres. C'est pourquoi on peut également les définir, plus « sociologiquement », comme des ensembles de rapports sociaux « ayant tendance à se reproduire et à se faire reconnaître socialement », c'est-à-dire, précisément, « institutionnalisés »⁷. Ce sont en partie ces

⁶ Fr. VANDENBERGHE, *La sociologie de Georg Simmel*, coll. Repères, Paris, La Découverte, 2009, p. 62.

⁷ J.A. GUILHON ALBUQUERQUE, « La nature du changement dans les institutions », in M. MOLITOR, J. REMY et L. VAN CAMPENHOUDT, *Le mouvement et la forme. Essais sur le changement social en hommage à Maurice Chaumont*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1989, pp. 171-179, p. 171.

conflits mêmes qui leur confèrent leur légitimité et donc leur efficacité. C'est la raison pour laquelle, en matière salariale par exemple, un accord durement obtenu entre les « partenaires sociaux » est généralement plus solide et durable qu'une mesure imposée par le gouvernement. Cependant, le résultat du conflit est le produit d'un rapport de force rarement égalitaire, dépendant notamment des ressources et de l'habileté des parties en présence. Se créent forcément des insatisfactions, sources de nouveaux conflits. De plus, les uns et les autres sont différemment armés pour exploiter à leur profit les règles et les ressources institutionnelles. Cette inégalité inscrite dans les institutions mêmes et dans leur usage implique que leurs normes et leur mode de fonctionnement, voire leur conception même, qui, dans une certaine mesure, protègent du conflit et surtout de ses modalités violentes, soient eux-mêmes enjeux de conflit.

Leur efficacité et leur légitimité reposent en outre, pour une autre large part, sur la croyance qu'elles sont sinon parfaitement impartiales, du moins pas trop partiales. Et, sans aucun doute, de nombreux agents institutionnels, tels les enseignants, les fonctionnaires ou les magistrats, s'y efforcent. On en voit même souvent qui n'ont de cesse de vouloir corriger les inégalités, comme ces enseignants qui consacrent plus de temps aux élèves défavorisés ou ces juges (par exemple du tribunal du travail) qui tiennent compte de l'inégalité entre les équipes d'avocats en présence lors d'un conflit entre une grande entreprise et un de ses salariés. Mais ces louables efforts sont la preuve même de l'inégalité structurelle des citoyens par rapport aux grandes institutions.

Bref, une grande partie des processus de coopération conflictuelle au sein de la société ont pour enjeu les institutions mêmes qui – on y reviendra dans le troisième point – les rendent possibles.

II. L'angle du symbolique : le conflit est une construction sociale

A. Contexte sociologique et conception du social

À l'ombre des « suprêmes théories »⁸ macro-sociologiques, structuro-fonctionnalistes et néo-marxistes, dominantes dans l'immédiat après-guerre, se sont développés, aux États-Unis surtout, des courants théoriques micro-sociologiques tels que l'interactionnisme symbolique⁹ et l'ethnométhodologie¹⁰. À certains égards,

⁸ Selon la formule de C.W. MILLS, *L'imagination sociologique*, Paris, La Découverte, 2015 (1959).

⁹ Apparu aux États-Unis dans les années 1930, l'interactionnisme analyse toute situation comme le résultat d'interactions auxquelles les acteurs attribuent un sens. L'interactionnisme symbolique insiste sur le fait que les acteurs interprètent les situations dans lesquelles ils sont impliqués et les gèrent en fonction de cette interprétation.

¹⁰ Pour l'ethnométhodologie, apparue aux États-Unis dans les années 1950, les acteurs élaborent eux-mêmes, dans leurs interactions quotidiennes, les « méthodes » (au sens large du terme) leur permettant

ces théories s'inscrivent dans un courant intellectuel plus large et dont les racines remontent jusqu'à Kant au moins, dépassant donc largement le cadre de la sociologie: le constructivisme. Sans s'en réclamer explicitement, les auteurs sociologiques classiques comme Simmel, Weber et Durkheim s'y inscrivaient d'ailleurs déjà, par exemple lorsque ce dernier considérait que ce n'est pas la nature intrinsèque d'un acte qui le définit comme crime, mais bien la sanction que la société lui applique.

Le constructivisme social s'écarte autant de l'objectivisme, pour lequel le social est une réalité en soi, indépendante de la volonté des individus, que du subjectivisme, pour lequel le social est le pur produit de rationalités subjectives. Pour le constructivisme, le social n'est ni l'un ni l'autre, mais bien un ensemble de constructions élaborées par les acteurs et qui s'inscrivent dans un monde social construit par les actions antérieures. Dans leur ouvrage de référence de la sociologie constructiviste, Berger et Luckmann¹¹ parlent de « construction sociale de la réalité ».

Dire qu'un phénomène est socialement construit ou est une construction sociale ne signifie donc pas qu'il n'existe pas, qu'il ne serait qu'illusion ou simple affaire de point de vue, mais bien, d'abord, que ce phénomène n'était pas inévitable, qu'il aurait pu ne pas exister ou qu'il aurait pu exister autrement, ensuite, qu'il est susceptible d'être considéré et défini de différentes manières comme phénomène ou comme problème. C'est pourquoi le constructivisme accorde une attention particulière à l'élaboration des catégories de pensée et aux processus langagiers à partir desquels les situations sociales sont appréhendées.

Prenons l'exemple des meurtres et assassinats de femmes commis par des hommes. Que des hommes tuent des femmes et que ces crimes soient liés au fait qu'il s'agisse de femmes est une réalité objective incontestable. Cependant, si ce genre de crime existe, c'est en raison d'une série de causes (au sens large du terme, c'est-à-dire qui interviennent dans le fait que ce phénomène advient), comme le pouvoir patriarcal et une certaine conception de la virilité; si de telles causes n'existaient pas, ces crimes n'existeraient sans doute pas ou dans une moindre mesure. De plus, la sévérité à l'égard de ces actes varie selon les cultures et les époques; dans certaines cultures, ils ne sont même pas considérés comme des crimes; aujourd'hui, dans nos sociétés, ils sont considérés comme des crimes d'autant plus graves qu'ils sont liés à une domination sexuelle, à l'inégalité entre les genres et au droit que s'accorde un grand nombre d'hommes d'adopter à l'égard des femmes un comportement dominateur et possessif. Enfin, pour pas mal de ces crimes, voici quelques dizaines d'années, on aurait parlé de « crimes passionnels »; aujourd'hui, le terme « féminicide » s'est imposé pour des comportements identiques. Ces termes impliquent des visions très différentes: on aura

de se construire un univers sensé et de résoudre les problèmes auxquels ils sont confrontés. L'exemple classique est celui d'un jury d'assises composé uniquement de citoyens non-juristes, comme illustré dans le film *Douze hommes en colère* de Sidney Lumet.

¹¹ P. BERGER et Th. LUCKMANN, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Armand Colin, 1986 (1966).

moins de sévérité, voire plus de compréhension, pour un crime passionnel que pour un féminicide. En ce sens, ces meurtres et assassinats sont bien des constructions sociales.

Le surendettement en constitue un autre exemple. Faut-il le considérer comme l'effet de l'incapacité de la personne surendettée d'adapter ses dépenses à ses ressources, comme la conséquence de la pauvreté dans laquelle des personnes démunies ne peuvent quasiment pas éviter de tomber, ou comme le résultat de l'inconséquence d'un système économique qui incite à la surconsommation, d'entreprises commerciales qui font crédit et d'institutions financières qui accordent des prêts à la légère ? Selon la réponse, la personne surendettée sera considérée comme un coupable ou une victime, une personne à sanctionner, à soigner, à aider ou à soulager, et la politique à l'égard du surendettement sera différente. Elle a d'ailleurs évolué ces dernières années en direction d'une responsabilité plus collective et systémique.

L'absentéisme scolaire est un autre bel exemple. Tandis qu'auparavant, il était perçu comme un problème proprement scolaire et éducatif qui devait être réglé par l'école elle-même, il est davantage perçu aujourd'hui, du moins à partir d'un certain niveau, comme une situation qui requiert l'intervention du parquet dans un souci de protection de la jeunesse. D'une manière générale d'ailleurs, la Justice tend à intervenir davantage dans le champ scolaire, notamment dans les contentieux entre parents et école concernant l'échec des élèves. Il n'est plus accepté que l'école se conçoive comme une institution protégée qui instaure et applique sa propre loi sans devoir rendre des comptes. En revanche, nombreux sont les acteurs scolaires qui estiment que l'intervention de la Justice dans l'école peut compromettre le travail éducatif et la confiance qu'il nécessite.

On pourrait multiplier les exemples qui illustrent cette idée de construction sociale de la réalité¹² et qui montrent l'importance d'étudier ce qui fait qu'un phénomène (pour ce qui nous occupe : un conflit) est apparu, en raison de quels rapports de force par exemple, et de comprendre comment et pourquoi il est défini et traité comme il est défini et traité.

De nombreux auteurs¹³ ont étudié les processus par lesquels les humains construisent la réalité sociale, élaborent des représentations d'eux-mêmes, des autres, des situations dans lesquelles ils sont plongés et des expériences qu'ils y vivent, se classent eux-mêmes et classent les autres selon des types (par exemple l'homme et la femme) qui se routinisent dans des schèmes de comportement quotidiennement reproduits (par exemple le partage des tâches) et se cristallisent dans des institutions (par exemple le mariage). Ils ont étudié comment, par

¹² On en trouvera de nombreux dans F. DE CONINCK, Y. CARTUYVELS, A. FRANSEN, D. KAMINSKI, Ph. MARY, A. REA, L. VAN CAMPENHOUDT, avec la collaboration de F. TORO, G. HUBERT, H.-O. HUBERT et Ch. SCHAUT, *Aux Frontières de la justice, aux marges de la société. Une analyse en groupe d'acteurs et de chercheurs*, Gand, Politique scientifique fédérale, Academia Press, 2005.

¹³ Notamment George H. Mead, Alfred Schütz, Peter Berger, Thomas Luckmann, Erving Goffman, Howard S. Becker.

une série d'ajustements réciproques, les humains convenaient de ce qu'il fallait reconnaître comme des « réalités », c'est-à-dire comme des phénomènes auxquels ils reconnaissent une existence indépendante de leur propre volonté¹⁴.

Ce processus de construction incessant s'effectue à différentes échelles (macro et micro). Il produit une réalité qui est à la fois très concrète (comme le partage des tâches dans le couple, les inégalités de salaire, des violences plus ou moins admises ou condamnées, des types de relations intimes ou un mode d'éducation des enfants) et subjective, ancrée dans la tête des individus par le fait de la socialisation.

B. Approche du conflit

Une première implication de cette conception du social est qu'un conflit est lui-même une construction sociale. Qu'est-ce qui fait qu'un conflit émerge ? Une approche constructiviste exclut tout déterminisme. Une situation objective peut favoriser un conflit, mais ne le rend pas inéluctable pour autant. Les travaux historiques et sociologiques sur les mouvements sociaux (par exemple le mouvement ouvrier, le mouvement des femmes ou le mouvement écologiste) montrent que les conditions objectives dans lesquelles ces derniers apparaissent ne peuvent expliquer à elles seules leur naissance, leur manière de définir leurs enjeux et leurs adversaires ainsi que leur capacité de recrutement et de mobilisation. Les mouvements sociaux sont le plus souvent constitués d'une myriade de micro-groupes ou micro-réseaux de mobilisation¹⁵ très disparates, tant dans leur composition et dans leurs motivations qu'au regard des situations concrètes dans lesquelles ils sont ancrés et agissent, même s'ils ont forcément quelques dénominateurs communs (par exemple différentes modalités et expériences de la condition ouvrière ou de l'exposition à un risque environnemental). Ce n'est que pas à pas, en avançant, que, dans certains cas, le mouvement social parvient à se structurer à plus grande échelle et à élaborer une représentation de lui-même, de son adversaire et des enjeux de son combat, autrement dit à se construire comme réalité sociale. Déclenché à l'occasion d'une simple mesure d'augmentation du prix du carburant, le mouvement des Gilets Jaunes, avec la diversité des formes d'action et des discours politiques, médiatiques et militants qui l'accompagnent, illustre bien le caractère à la fois complexe, imprévisible et problématique de ce processus de construction sociale de la réalité.

Une deuxième implication du constructivisme social qui concerne la problématique du conflit est l'importance des conflits symboliques. Si la réalité est une construction sociale, un enjeu majeur est la définition et la lecture légitimes de cette réalité. Quelle est la juste interprétation des choses ? Les riches sont-ils des

¹⁴ P. BERGER et Th. LUCKMANN, *La construction sociale de la réalité*, op. cit., p. 7.

¹⁵ D. McADAM, J.D. McCARTHY et M.N. ZALD, « Social Movements », in N.J. SMELSER (éd.), *Handbook of Sociology*, New Dehli-Londres, Newbury Park-Sage, 1988, pp. 695-737.

exploiteurs ou des locomotives du progrès général ? Les pauvres sont-ils les victimes ou les responsables de leur pauvreté ? La prison protège-t-elle des criminels ou en produit-elle davantage et de plus dangereux ? Les différences entre genres sont-elles en partie fondées ou ne devrait-il n'y en avoir aucune ? Faut-il accorder ou refuser le droit d'être parent à certaines catégories sociales ? Depuis quelques années, les conflits symboliques ont pris une ampleur et des formes particulières et aiguës. Une abondante littérature, savante ou non, pas forcément sociologique, porte sur les causes et les formes de ce phénomène. Citons en vrac : la crise d'autorité, voire de crédibilité des grandes institutions traditionnelles comme l'Église, la Justice ou l'école...) qui ouvre un vaste espace de débats sur de nombreux sujets ; la montée en puissance des luttes identitaires visant à affirmer et à faire reconnaître par les autres ce qu'ils nient ou ne reconnaissent pas¹⁶ ; la montée en puissance de la problématique de la reconnaissance des victimes¹⁷ (de génocides, de maladies spécifiques, des catastrophes environnementales, de la violence des hommes...) ; l'explosion des réseaux sociaux avec un écheveau de communications horizontales et l'accès à une énorme diversité de sources d'information ; la prise de conscience de l'énorme pouvoir de manipulation qui découle des nouvelles technologies (*fake news*...). Avec les nouvelles technologies de l'information et de la communication, la manière d'entrer en conflit et de s'organiser se transforme en profondeur. De nouveaux espaces publics et de nouvelles formes de démocratie apparaissent. Les possibilités symboliques s'accroissent considérablement, créant « un monde d'images où nous ne pouvons plus distinguer la réalité de la réalité de l'image »¹⁸. Bref, d'une part, les enjeux symboliques sont aujourd'hui au cœur de nombreux conflits ; d'autre part, tout conflit possède une composante symbolique essentielle.

C. Implications pour les institutions

Même si le poids de plusieurs grandes institutions sur la vie des citoyens s'est considérablement affaibli ces dernières années et si l'attachement de ceux-ci relève davantage de l'instrumentalisation que de la conviction, dans l'ensemble, le pouvoir symbolique de la plupart des grandes institutions reste considérable en raison de mécanismes que plusieurs auteurs ont finement décryptés. Pour Guilhon Albuquerque¹⁹, le pouvoir des grandes institutions repose sur un processus triangulaire : tout d'abord, les institutions entretiennent un manque (de salut de l'âme pour l'Église, de santé pour la Médecine, de formation supérieure pour

¹⁶ K. NASH, *Contemporary Political Sociology. Globalization, Politics and Power*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2010.

¹⁷ Voy. par exemple J.-M. CHAUMONT, *La concurrence des victimes : génocide, identité, reconnaissance*, Paris, La Découverte, 2010.

¹⁸ A. MELUCCI, *The Playing Self: Person and Meaning in the Planetary Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 43, cité par K. NASH, *Contemporary Political Sociology. Globalization, Politics and Power*, *op. cit.*, p. 117.

¹⁹ J.A. GUILHON ALBUQUERQUE, « La nature du changement dans les institutions », *op. cit.*

l'Université et les Hautes Écoles, de justice pour la Justice...); en même temps, elles se prétendent seules capables de répondre à ce manque (en dehors de l'Église pas de salut, en dehors de la Médecine (allopathique) pas de soins sérieux, en dehors de l'Université pas de formation de haut niveau valable et reconnue, en dehors de la Justice pas de justice...) et se montrent d'ailleurs sévères à l'égard des velléités de remise en cause de ce monopole (les hérésies, la médecine homéopathique et l'acupuncture, les soi-disant « universités » privées, la vengeance...); enfin, elles se gardent bien de combler le manque (on n'est jamais assez proche de Dieu, la santé n'est jamais acquise, on n'est jamais assez savant – d'où d'ailleurs les recyclages universitaires – et la justice est une quête sans fin).

Si le pouvoir symbolique des institutions est si considérable, ce n'est pas simplement par les représentations explicites ou implicites du monde et de l'existence qu'elles produisent et transmettent dans leurs cours ou leurs discours, leurs chartes ou leurs règlements, leurs diagnostics ou leurs jugements, c'est pour une raison plus fondamentale. Dans un ouvrage au titre évocateur, *Comment pensent les institutions*, Mary Douglas²⁰ explique que les institutions ne sont pas seulement des processus fonctionnels (où l'on prie, se soigne, enseigne, se cultive, juge, travaille, se distrait, pratique un sport...), elles sont aussi elles-mêmes des processus cognitifs. Dans le domaine qui est le sien, chaque institution (par exemple la Justice) détermine ce qui est pertinent et ce qui ne l'est pas, elle redéfinit les problèmes et la manière de les traiter à partir de son propre lexique (le langage juridique), de ses propres critères (la loi et non la morale par exemple), de ses propres critères de classement et d'évaluation (autour de l'opposition légal/illégal) et de ses propres méthodes (comme la procédure). Elle fait exister et reconnaître comme légitimes et normales des manières spécifiques de connaître le monde et les situations sociales; en cela, au sens fort du terme, elle les *institue*. C'est à partir de ces processus que les institutions contribuent, de manière active, à construire le monde et les phénomènes sociaux.

Vu ce poids des institutions dans la construction du social, il importe de se demander dans quelle mesure leur façon de penser et de fonctionner favorise ou défavorise des expériences structurantes du conflit. À cet égard, on est frappé par la tendance actuelle, dans les catégories de pensée et de fonctionnement instituées, à escamoter le conflit en prônant ce que le politologue Alain-Gérard Slama²¹ appelle une « mystique du consensus ». Pour cet auteur, qui n'a rien d'un penseur marxiste, un ensemble de termes tels que compromis, coordination, régulation, coopération, participation, pédagogie, communication, synergie, négociation, gouvernance sont aujourd'hui élevés « en bloc à la grâce du positif »²². Si, en lui-même, chacun de ces termes peut se justifier, ensemble ils dessinent un modèle de fonctionnement idéal des institutions et de leurs rapports à leurs usagers, à partir duquel elles sont évaluées. Parler en termes de « gouver-

²⁰ M. DOUGLAS, *Comment pensent les institutions*, Paris, La Découverte, 2004.

²¹ A.-G. SLAMA, *L'angélisme exterminateur. Essai sur l'ordre moral contemporain*, Paris, Grasset, 1993, p. 95.

²² *Ibid.*, p. 44.

nance» (surtout si l'adjectif « bonne » lui est accolé) n'est pas équivalent à parler en termes de « pouvoir », même si l'on se réfère aux mêmes réalités institutionnelles concrètes. Dans le premier cas, la dimension conflictuelle des relations institutionnelles est gommée et, si elle est évoquée, elle est souvent connotée négativement, par exemple lorsque l'adjectif « stérile » est associé au substantif « conflit ».

Le risque d'un escamotage du conflit est de le voir bientôt resurgir sous des formes moins contrôlables sinon sauvages (« Gilets jaunes », « casseurs »...). Pour Slama, dans la sphère politique, cette manière d'aborder la réalité est en affinité avec le centrisme dont se sont de plus en plus rapprochés tant la droite libérale (en Belgique, une partie du Mouvement Réformateur ou MR) que la gauche sociale-démocrate (en Belgique, le Parti socialiste ou PS). À ce niveau, annonçait cet auteur en 1993, le risque majeur est la montée en puissance des extrémismes, puisque le vote extrémiste serait le seul moyen d'exprimer son opposition à la manière dont les affaires publiques sont conduites²³.

III. L'angle de l'expérience : le conflit est une épreuve

A. Contexte sociologique et conception du social

Cette troisième proposition s'inscrit dans la perspective de la sociologie pragmatique. Dans les sciences humaines, le pragmatisme est un courant de pensée déjà présent depuis longtemps dans plusieurs disciplines, notamment la philosophie et les sciences du langage, avant de connaître des développements spécifiques en sociologie également. À l'intérieur de la sociologie, ces développements s'expliquent par leurs racines lointaines, dès la première moitié du XX^e siècle et l'immédiat après-guerre, notamment l'ethnométhodologie déjà citée. Il comporte de nombreuses variantes. Loin de rendre compte de la sociologie pragmatique dans toutes ses nuances et tendances, je n'en retirerai, de manière opportuniste, que quelques idées puisées dans une de ses versions particulières, développée notamment par Luc Boltanski, et qui intéressent la problématique du conflit.

Pour la sociologie pragmatique, les actions des acteurs ne sont pas les produits de déterminations antérieures, mais des accomplissements pratiques effectués en interaction avec d'autres acteurs. Certes, les structures sociales comme des rapports de force et une répartition inégale des ressources, des caractéristiques de l'environnement, des structures hiérarchiques et des normes bureaucratiques, des modes de fonctionnement institués ou des schémas de comportement intériorisés, sont contraignantes, mais elles sont aussi habilitantes dans le sens où

²³ Encore qu'en Belgique notamment, le vote d'extrême droite s'explique en grande partie par la peur de l'immigration.

elles rendent capables d'agir et y aident²⁴. En effet, elles mettent des ressources à disposition des acteurs; en les libérant de certains soucis ou de certains problèmes déjà réglés, elles leur permettent de concentrer leur énergie sur les actions futures à mener; dans une certaine mesure, elles rendent prévisibles les réactions des interlocuteurs; elles procurent des sanctions positives qui sont autant d'encouragements à persévérer. Les conduites des acteurs ne sont pas non plus indépendantes de leurs propres ressources, de leurs capacités personnelles et de leurs dispositions ou *habitus*. Il n'en reste pas moins que toute action, qui est aussi une interaction, comporte toujours une dose plus ou moins grande d'indétermination et d'incertitude. L'acteur dispose toujours d'une marge de manœuvre, large ou étroite, et d'une capacité de créativité.

Structures sociales et dispositions ne peuvent être niées ni même sous-estimées, car « si rien n'est joué, n'importe quoi n'est pas jouable » selon une formule devenue banale. Mais loin de les poser comme des déterminations qui joueraient de manière systématique et nécessaire, il convient d'examiner, au cas par cas, si et de quelle manière elles jouent dans l'action concrète. Pour les sociologues pragmatistes, les poser en amont de l'observation, fût-ce comme hypothèse de travail, revient à placer l'explication avant l'observation et donc à inverser les étapes de l'exploration²⁵. Privilégiant l'analyse des situations concrètes ou, mieux encore, de l'acteur en situation, la sociologie pragmatique met l'accent sur les expériences concrètes de la vie de tous les jours au cours desquelles les individus doivent constamment résoudre de multiples problèmes.

Mais comment rendre compte de ces expériences? Comment éviter de réduire l'analyse sociologique à un simple compte-rendu de l'action et du vécu par les acteurs de leurs expériences, dont serait absente toute forme de compréhension ou d'explication²⁶, c'est-à-dire de saisie de ce qui fait qu'un phénomène quelconque (une situation, un événement, une action, un comportement...) soit advenu, et de la façon dont il est advenu. Selon quelle logique théorique et méthodologique procéder?

B. Approche du conflit

La proposition de la sociologie pragmatique nous amène au plus près de l'idée de conflit. Elle consiste à placer le concept d'épreuve au centre de l'analyse. Le sociologue pragmatiste part en effet de l'idée que la vie est « une succession d'épreuves de toutes sortes »²⁷. Nos expériences sont en réalité autant d'épreuves qui nous

²⁴ A. GIDDENS, *La constitution de la société*, Paris, PUF, 1987.

²⁵ Cette affirmation est contestée par d'autres auteurs qui insistent sur le risque de sous-estimer au bout du compte le poids des structures sociales et des dispositions.

²⁶ Nous ne faisons pas ici de distinction, à ce stade inutile, entre explication et compréhension.

²⁷ M. NACHI, « Au fondement de la sociologie pragmatique. Éléments pour comprendre un "style" sociologique », in Br. LABARI (dir.), *Esprit critique*, vol. 28, mai 2018, « Regards pragmatiques sur la sociologie pragmatique. Fondements, réceptions, extensions », (pp. 11-36), p. 21.

confrontent aux choses, à nous-mêmes et surtout aux autres. En famille, au travail (avec des collègues, des clients ou des fournisseurs, des chefs ou des subordonnés), dans la circulation urbaine (avec d'autres automobilistes, cyclistes, piétons ou policiers...), dans son quartier (avec des voisins, des promeneurs de chiens...), dans un prétoire (avec ses adversaires), au cours d'une action collective de protestation, où que ce soit et quand que ce soit, l'individu est régulièrement plongé dans des situations d'affrontement²⁸ pour des enjeux mineurs (comme mettre ses affaires en ordre) ou majeurs pour un individu (comme ses relations avec ses enfants après une séparation ou son avenir professionnel) ou pour un collectif (comme l'emploi de centaines de salariés ou l'avenir du pays).

Au fil des épreuves, la socialisation des individus se poursuit. En effet, ils en retirent des enseignements, apprennent à évaluer celles et ceux à qui ils ont affaire, leurs capacités, leur force, leurs compétences, à s'auto-évaluer en même temps. Ils poursuivent leur inscription dans le monde social, avec des effets de renforcement ou d'affaiblissement de certaines capacités et possibilités. Leurs possibilités d'agir et de construire leur propre identité évoluent. Constamment, ils sont amenés à redéfinir les situations auxquelles ils sont confrontés. Ce travail permanent d'analyse et d'interprétation des situations ne vise pas la vérité des choses, n'obéit pas à des objectifs scientifiques ; il vise à faire en sorte que la vie puisse continuer le mieux ou le moins mal possible, il obéit à des objectifs *pragmatiques*.

C'est en effet à travers ces épreuves que se résolvent les conflits, mais les solutions élaborées dans et par ces interactions conflictuelles restent elles-mêmes toujours problématiques et réversibles. Le plus souvent, les compromis laborieusement élaborés (comme une convention sociale au sein d'un secteur industriel, une décision de Justice concernant la garde d'enfants de parents séparés, l'apaisement d'un conflit entre voisins qui se sont enfin parlé, le résultat d'une médiation scolaire...) restent fragiles et n'assurent qu'une paix éphémère, la dispute pouvant resurgir tôt ou tard, souvent pour les mêmes enjeux qui auront évolué avec le temps.

« Envisagé de ce point de vue – écrit Boltanski – le monde social n'apparaît pas comme le lieu d'une domination subie passivement et inconsciemment, mais plutôt comme un espace traversé par une multitude de disputes, de critiques, de désaccords et de tentatives pour réinstaurer localement des accords toujours fragiles. »²⁹

Ce qui importe ici n'est pas seulement le résultat du conflit (par exemple le contenu de la convention sociale ou la décision du juge concernant la garde d'enfants), c'est aussi le processus qui est mis en route³⁰ et grâce auquel la situation

²⁸ St. PEZÉ, *L'épreuve : proposition d'une catégorie descriptive pour l'analyse des phénomènes organisationnels*, XXIV^e Conférence Internationale de Management Stratégique, Paris, juin 2015, hal-01302346, p. 11.

²⁹ L. BOLTANSKI, *De la critique. Précis de sociologie de l'émancipation*, coll. Essais, Paris, Gallimard, 2009, p. 51.

³⁰ Je reprends ici les termes de Jean-Louis Renchon au cours d'un séminaire préparatoire au colloque.

n'est pas bloquée ou figée; pour le dire autrement: que l'on ait encore la possibilité de se disputer.

Suivant Boltanski, on peut opposer deux types d'épreuves en considérant que les conflits concrets se situent entre ces deux extrêmes théoriques et combinent, dans des dosages variables, les caractéristiques de l'un et de l'autre: l'épreuve de force et l'épreuve de justice (dans le sens de la valeur, non de l'institution). Comme son nom l'indique, l'épreuve de force, dite encore épreuve en violence, est celle où n'est utilisée que la force pure sans autre frein ou principe qui la cadre et la limite, par exemple la force physique, la menace de représailles terribles, le chantage ou la puissance de l'argent pour faire taire. C'est de cette manière violente que certains abuseurs sexuels parviennent à éviter, au moins pour un temps, toute sanction et que certains exploiters sans scrupules parviennent à écraser les velléités contestataires de celles et ceux qu'ils exploitent.

À l'inverse, l'épreuve en justice, dite encore épreuve de légitimation ou de justification, est celle où les acteurs argumentent, se justifient et justifient leur position et leurs prétentions au cours d'une dispute en se référant à une conception générale du bien commun. Boltanski et Thévenot³¹ distinguent plusieurs conceptions du bien commun auxquels les acteurs se réfèrent pour justifier leurs prétentions au cours de leurs disputes. Ils les appellent des *cités*. Ils parleront de cité *domestique* lorsque les acteurs en appellent à la tradition (« On a toujours fait comme ça, il n'y a pas de raison de changer »); de cité *industrielle* lorsque les acteurs mettent en avant l'efficacité ou la compétence (« Je suis plus à même que toi pour me charger de... », « Je sais diriger une entreprise, vous pas », « Je connais parfaitement la question... »); de cité *civique* lorsqu'ils se réfèrent à la démocratie ou à la représentativité (« Demandons l'avis des enfants... », « Nous avons consulté l'ensemble des travailleurs... »); de cité *inspirée* lorsqu'ils évoquent les vertus de créativité ou d'imagination (« Ne soyons pas conservateurs, j'ai plein d'idées pour... »); de cité *marchande* lorsque l'intérêt est mis en avant (« C'est mon intérêt et j'ai le droit qu'il soit pris en compte »); enfin, de cité de *l'opinion* lorsque les acteurs mettent en valeur la renommée ou la notoriété (« J'ai une excellente réputation et tout le monde reconnaît mes qualités »).

Même lorsque prévaut l'épreuve en justice, dans les situations concrètes, le conflit conserve une part de ruses, de manœuvres, de rétention d'informations, voire de mensonges et de coups bas. Mais l'acteur se sent tenu, avec un dosage variable de conviction, d'intérêt et de contrainte, à justifier ses prétentions. S'il n'en était ainsi, la situation sociale serait anémique, l'anomie pouvant alors être définie dans une optique de sociologie pragmatique, comme l'incapacité à faire prévaloir, au niveau d'une société globale, les épreuves en justice.

Pour l'approche pragmatique, le conflit est plus qu'une forme d'association majeure; il est la substance même de la vie sociale et de la vie tout court qui est faite d'épreuves où les humains se confrontent les uns aux autres. Si elle com-

³¹ L. BOLTANSKI et L. THÉVENOT, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.

porte le plus souvent une certaine dose de violence, cette confrontation n'est pas forcément violente. Au contraire, à certaines conditions, le conflit prévient la violence.

C. Implications pour les institutions

Les institutions ont à cet égard une fonction cruciale. Les diverses épreuves de la vie présentent des degrés variables de formalisation, d'institutionnalisation, de régulation³². C'est l'inscription ou non de l'épreuve dans un cadre institutionnel, réglementaire, contrôlé – pas nécessairement la Justice, mais bien sûr aussi forcément la Justice –, qui déterminera le passage de l'épreuve de force à l'épreuve de justice.

En se référant à des valeurs et principes à prétention universelle, les institutions se placent au-dessus des individus et se posent ainsi comme tiers. Elles cadrent les épreuves et réduisent la part d'incertitude des parties en conflit, permettant de contenir au moins partiellement la violence, de progresser vers des issues sinon acceptables, en tout cas moins inacceptables et de poursuivre le processus de coopération conflictuelle. En tant que tiers, les institutions (ou plus concrètement les professionnels qui les incarnent) transforment *de facto* la relation binaire en relation ternaire, empêchant que les deux parties soient seules, face à face, dans leur affrontement. C'est de cette triangulation que procède une grande part de l'efficacité des institutions³³.

À trois conditions toutefois, qui constituent autant de défis pour les institutions. La première est que les individus puissent s'y reconnaître suffisamment pour leur accorder un minimum de confiance. Cela suppose notamment que le service de leurs usagers prévale sur le confort de leurs professionnels. Ce n'est pas un mince défi à l'heure où, d'une part, les usagers sont d'autant plus exigeants que leur rapport aux institutions est davantage marqué par l'instrumentalisation que par l'adhésion et où, d'autre part, les professionnels ne cessent de dénoncer le manque de moyens ainsi que les pressions qui s'exercent sur eux et conduisent nombre d'entre eux au surmenage ou à la dépression. Le thème de l'écart entre le « monde vécu » de l'acteur et le système est devenu un thème philosophique et sociologique classique, déjà chez Habermas.

La deuxième condition, déjà abordée plus haut, est que les institutions parviennent à cadrer le conflit sans l'escamoter pour autant, ce qui n'est pas une mince affaire. Cette condition a un sens tout particulier pour les institutions judiciaires dont le cadrage et l'arbitrage des conflits sont la raison d'être. Cette question ouvre tout un champ de réflexion qui dépasse nos compétences. Cela

³² St. PEZÉ, *L'épreuve : proposition d'une catégorie descriptive pour l'analyse des phénomènes organisationnels*, *op. cit.*, p. 11.

³³ Il n'est pas inintéressant de noter ici que, pour la théorie des réseaux d'acteurs sociaux, la sociologie commence quand on est à trois et non à deux.

suppose en tout cas que les citoyens comprennent mieux qu'actuellement la logique du droit et de la Justice et qu'ils saisissent mieux dans quel « jeu » ils se trouvent lorsqu'ils y ont directement affaire (comme demandeur ou défendeur, plaignant ou inculpé...).

La troisième condition est que les fonctions structurantes et constructives des institutions qui contiennent la violence dans la société dépassent largement la *violence institutionnelle*, c'est-à-dire la violence exercée par les institutions elles-mêmes sur les citoyens et leurs usagers. Cette violence est pour une part structurelle, pour une part non structurelle. Structurelle, elle est liée au fait que l'institution est, comme nous l'avons vu plus haut, un ensemble de rapports sociaux tendant à se reproduire et à se faire valoir comme légitimes, marqués donc par des inégalités et des formes de domination. Combattre ce type de violence réclame des engagements sociaux en profondeur qui exigent courage et abnégation. Non structurelle et moins difficilement évitable, cette violence est liée au mode de fonctionnement des institutions et aux pratiques qui y sont en vigueur, notamment la manière dont les agents institutionnels traitent les usagers.

On touche là à la dialectique complexe de l'ordre nécessaire qu'assurent les institutions et de la contestation ou de la résistance tout aussi nécessaires que réclame leur propre violence, et que l'on pourrait formuler comme suit : l'individu est insupportable s'il n'est continuellement rappelé à l'ordre, mais la société est intolérable si elle n'est continuellement rappelée au désordre.

Conclusion

Le conflit apparaît donc comme une composante centrale du lien social, de l'expérience collective et individuelle. Il fait partie de leur substance même. Il est une construction sociale qui s'élabore pas à pas dans une multitude d'interactions concrètes. Les institutions jouent un rôle clé dans ces processus.

Dans la perspective interactionniste, constructiviste et pragmatique exposée ici, la sociologie se définit plus que jamais comme une discipline de l'enquête. Son objectif est de mieux comprendre les phénomènes sociaux, advenus ou en train d'advenir, c'est-à-dire de saisir ce qui fait qu'ils adviennent, de la manière dont ils adviennent et avec quels effets. Sa méthode consiste à observer attentivement les actions concrètes des acteurs ainsi que le fonctionnement concret des institutions, et à saisir comment se construisent leurs représentations de ces actions et des situations dans lesquelles elles se déroulent. Cela suppose la maîtrise de méthodes et techniques adaptées, principalement qualitatives comme l'entretien compréhensif, l'observation directe et l'analyse de contenu.

Loin d'être posée *a priori*, la théorie (conçue comme système organisé de concepts et d'hypothèses) est indispensable pour structurer les observations et les rendre

compréhensibles, sans quoi l'observation empirique procéderait à l'aveuglette, sans cohérence, et ne pourrait aboutir à une compréhension des phénomènes étudiés. Par exemple, dans la sociologie pragmatique, les concepts d'épreuve et de cité font partie d'un ensemble de repères permettant de tracer le chemin de l'enquête. Mais la théorie ne consiste pas en un schéma de causalité que l'on cherche à vérifier. À partir de quelques principes heuristiques (comme repérer les conflits qui jalonnent l'expérience des acteurs et les étudier en tant qu'épreuves, analyser leur déroulement, les systèmes de justification – ou cités – mobilisés, la manière dont les acteurs élaborent des accords...), l'interprétation théorique se construit pas à pas, en avançant. Dans une recherche bien menée, il est d'ailleurs fréquent que la problématique elle-même évolue au fil des découvertes successives. À ce titre, la théorie fait, d'une certaine manière, partie de la méthode au sens large du terme, c'est-à-dire du dispositif d'élucidation des phénomènes. En ce sens, il serait sans doute plus adéquat de parler de théorisation comme processus que de théorie comme système conceptuel pré-élaboré.

Une telle conception est partagée par d'autres courants sociologiques qui auraient également pu trouver place dans ce texte, notamment le bien nommé « paradigme méthodologique » de la *transaction sociale* tel qu'élaboré par Jean Remy. Pour cet auteur, ce concept n'est pas un concept explicatif au sens habituel du terme, mais le pivot d'une analyse empirique des interactions dans la vie quotidienne permettant de saisir les multiples tensions qui traversent la vie sociale³⁴.

Le meilleur service que des sociologues puissent apporter à des professionnels, notamment de la Justice, n'est pas de produire des essais théoriques sur l'évolution de la société et de ses institutions, mais bien de leur procurer des études empiriques sur ce qu'il en est effectivement de ce qui est et de ce qui est en train d'advenir, en associant des professionnels qui connaissent bien le champ étudié et d'autres qui maîtrisent bien les méthodes pour l'analyser.

³⁴ Voy. à ce propos L. VAN CAMPENHOUDT, « Postface. Comment s'y prend Jean Remy? », in J. REMY avec M. BLANC, J. FOUCART, J. STOESSEL-RITZ et L. VAN CAMPENHOUDT, *La transaction sociale. Un outil pour penser et dénouer la complexité de la vie en société*, Toulouse, Éditions Érès, 2020, pp. 471-483.

Tableau récapitulatif

APPROCHE SOCIOLOGIQUE DU CONFLIT			
Angles	La relation	Le symbolique	L'expérience
Conception du social	Le social est un ensemble d'interactions	Le social est une construction	Le social est un ensemble d'épreuves
Approche du conflit	Le conflit est une forme majeure d'association Il est associé à la coopération	Le conflit est une construction sociale Importance des conflits symboliques	Le conflit (épreuve) est la substance même de la vie sociale Les objectifs des acteurs sont pragmatiques Épreuve en violence et épreuve en justice
Implications pour les institutions	Les institutions sont : – le produit de coopérations conflictuelles – les enjeux de conflits	Le pouvoir symbolique des institutions Les institutions comme processus cognitifs autant que fonctionnels Les institutions tendent à escamoter le conflit	Défis institutionnels : nécessité que... – les acteurs se reconnaissent dans les institutions – le conflit ne soit pas escamoté – la violence institutionnelle soit contenue

Approches psychologiques du conflit : quelques figures actuelles

Mauricio GARCÍA PEÑAFIEL¹

*Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Professeur invité à l'Université catholique de Louvain*

Introduction

Je propose de traiter aujourd'hui du conflit d'une manière qui n'est pas purement disciplinaire, purement psychologique. En effet, je me référerai à une certaine sociologie, à certains aspects de la théorie de la communication et à la philosophie. Cependant, cette lecture mobilisant différentes disciplines sera réalisée par le prisme de ma formation de psychologue, clinicien d'orientation psychanalytique de surcroît, d'origine chilienne. La sociologie traite de choses trop importantes pour les laisser seulement entre les mains des sociologues. On pourrait dire la même chose de la psychologie; il serait insensé de laisser les psychologues s'en occuper seuls, sans prendre appui sur d'autres horizons. Et pourquoi ne pas, par là même, appliquer une telle démarche à d'autres sciences humaines, et au droit: laisser le champ juridique livré à la seule argumentation du juriste serait accepter une perte. Cette position ne relève pas seulement de l'interdisciplinarité revendiquée par l'institution universitaire dans laquelle s'inscrit mon travail, mais aussi par l'actualité elle-même, laquelle me semble obliger à considérer tout fait social de manière complexe et plus intégrée.

Nous avons tous eu connaissance, par les médias, de l'« explosion sociale » qui a eu lieu cette année au Chili. Une augmentation du prix du ticket de métro de trente centimes d'euro fut la goutte d'eau qui a fait « déborder le vase ». Quelque chose d'analogue à ce soulèvement s'est produit en Europe avec les Gilets jaunes lors de l'augmentation du prix de l'essence, au Liban lors de l'annonce d'une taxe pour l'usage de WhatsApp et d'autres applications mobiles, en Équateur et dans bien d'autres pays encore. Partout, on constate qu'à la racine de ces « explosions », de ces conflits sociaux pouvant être très virulents dans certains cas, se trouve le modèle de la croissance qui ne peut plus tenir ses promesses. Le paradigme de la croissance, qui a tout de même orienté le devenir de la planète pendant plusieurs

¹ Docteur en Psychologie, Psychanalyste (École Belge de Psychanalyse).

décennies maintenant, est en crise. Des symptômes de cette crise se constatent un peu partout. Il me semble important de souligner d'emblée, en guise d'introduction au propos, que c'est dans ce contexte général, influencé par ce niveau *meta*, que nous allons aujourd'hui penser le conflit.

Je vais commencer quand même par revisiter certaines idées classiques sur le conflit qui continuent d'être très importantes (I); ensuite, je vais explorer l'articulation des dimensions individuelle et collective du conflit (II); à partir de ces considérations sur le conflit, je vais me pencher sur le harcèlement et le *burn-out*. Il s'agit de deux psychopathologies liées au travail, très instructives quant aux formes actuelles du conflit (III); dans un quatrième temps, à l'aide de quelques réflexions sur les transformations contemporaines de la santé mentale, je propose une analyse de l'intériorisation du conflit (IV); finalement, je m'arrête sur une question classique, le narcissisme et la difficulté de consentir à la perte, que j'articule à une question très contemporaine, les enjeux du désir de reconnaissance dans l'expérience du conflit (V).

I. Approche classique du conflit

Dans la psychanalyse, on parle de conflit psychique lorsque « dans le sujet, s'opposent des exigences internes contraires »². Par ailleurs, le conflit peut être manifeste ou latent. Lorsqu'il est manifeste, le sujet y a accès à un certain niveau. C'est un conflit qu'il éprouve et duquel il peut éventuellement témoigner. Par exemple, on peut manifestement ressentir et penser la contradiction entre un désir et un interdit, ou entre deux sentiments qui s'opposent. Dire qu'il y a un niveau latent du conflit implique que celui-ci peut s'enraciner dans l'histoire personnelle de manière complexe et variée, de sorte que l'individu ne peut pas rendre compte de ses enjeux ultimes. Ce qui est latent est souvent inconscient. Autrement dit, un conflit latent peut se manifester au mauvais endroit, sur un enjeu autre. Un couple qui se dispute autour de questions pécuniaires pourrait, par ce biais, être en train de négocier leurs demandes d'amour respectives. Manifestement, ils ont un conflit financier, mais réellement, il s'agit de réciprocité d'amour. De plus, les demandes d'amour qui sont au cœur du conflit pourraient s'enraciner dans des attentes inassouplies relatives à leur propre famille d'origine, à leurs rapports avec leurs parents. Donc, le conflit se déplace : il se présente de manière déformée au niveau manifeste. Plus la dimension latente reste inconsciente, plus le conflit sera coriace. En effet, les réponses possibles du partenaire ne pourront jamais remplacer pleinement les attentes, encore vivantes, adressées aux parents. Le sujet resterait insatisfait, pouvant même sentir que l'autre lui refuse quelque chose d'essentiel. Mais justement, cet essentiel lui échappe car il est attendu et cherché à la mauvaise adresse, et le sujet s'engouffre alors éventuellement dans un conflit sans fin.

² J. LAPLANCHE et J.B. PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse*, coll. Quadrige, Paris, PUF, 1967, p. 90.

Ce regard stratifié sur le conflit est aussi pertinent pour le conflit interpersonnel et il est au fondement de la distinction chère à la médiation entre « conflit » et « litige » (ou différend). Le litige renvoie à l'idée du conflit manifeste alors que le « conflit » tout court renvoie au conflit latent. Malgré l'hétérogénéité des paradigmes de la médiation, il y a un certain accord quant au fait qu'elle ne vise pas à résoudre le conflit, lequel a une histoire et peut s'avérer créateur. La médiation travaille plutôt les différends entre les parties, ou les litiges, qui sont plus ponctuels et circonscrits. Ainsi, dans des termes très proches de ceux de Freud, Thomas Fiutak (2011) nous dit que pour régler le litige, « le médiateur va gérer le conflit sans prétendre le résoudre. Il va lever des zones d'ombre, clarifier les malentendus, faire émerger les non-dits, mettre en évidence les intérêts de chacun, ses principes et ses valeurs. La résolution du conflit, en revanche, contient des attentes plus difficiles à satisfaire. Résoudre totalement un conflit signifie non seulement résoudre le différend, mais aussi le contentieux sous-jacent et ses composantes émotionnelles dont les origines sont probablement hors d'atteinte du médiateur ».³

Une autre articulation importante, proche de cette distinction entre litige et conflit, est celle entre conflit et symptôme. Dans la tentative de comprendre les symptômes des patients névrosés, la psychanalyse découvre que le patient a du mal à mettre des mots, à dire ce qu'il en est ; il y a une résistance. Cette résistance n'est pas gratuite ou absurde mais le reflet d'une défense intra-subjective contre des représentations que Freud désigne comme « inconciliables », c'est-à-dire les exigences internes contraires. Il y a des pensées ou des désirs que le sujet a du mal à assumer comme propres ; ça l'angoisse, le culpabilise ou l'emplit de honte, et donc ça reste inconscient. Au sens strict, le conflit a lieu lorsque les exigences internes se lient à une pulsion, mais dans un sens large, cela renvoie à toutes les formes d'intérêts contradictoires. Le symptôme apparaît comme le compromis entre deux forces contraires ou deux groupes de représentations opposées. Le conflit inconscient et latent engendre des symptômes, mais aussi des rêves, des lapsus, des actes manqués, des œuvres littéraires... Donc, le conflit n'engendre pas que des problèmes ou de la pathologie, il peut aussi être créateur. Il n'empêche, un nombre considérable des phénomènes interpersonnels, des vécus délétères et nuisibles, des accrochages et des controverses de toutes sortes, raisonnables ou absurdes, s'avèrent souvent être les symptômes d'un conflit qui ne parvient pas à se dire, ni à être traité par les parties. Il importe donc de dire un mot sur les modalités de résistance au conflit, en particulier le refoulement et le déni. Il s'agit de deux tentatives différentes d'effacer ou d'« invisibiliser » le conflit.

Le refoulement cherche à maintenir inconscients les mots, les pensées ou les représentations liées à une pulsion ou à un désir. Le sujet est donc loin de lui-même et n'arrive pas à dire, ni à se dire, ce qu'il désire. La vérité de ce qui le pousse

³ Th. FIUTAK, *Le médiateur dans l'arène. Réflexion sur l'art de la médiation*, Toulouse, Éditions Érès, 2011, p. 118.

et le taraude reste voilée, ignorée mais se rend symboliquement présente dans les symptômes ou d'autres formations substitutives qui se créent. Le sens du refoulement est de faire l'économie de l'angoisse que suscite la pulsion, le désir ou le véritable enjeu, si l'on préfère. Ce processus n'a pas seulement lieu à l'échelle de l'individu mais œuvre aussi dans les conflits interpersonnels et sociaux. Dans la médiation locale, par exemple, il est courant de recevoir des parties qui ont d'abord été au tribunal. Un des voisins porte plainte à cause du bruit qui vient de chez l'autre. Lors d'une audience, la piste de la médiation leur est suggérée. Pourquoi le voisin qui se plaint ne va pas frapper à la porte de l'autre pour signifier son problème et demander directement ce qu'il veut ? Pourquoi faire un détour par le tribunal ? On observe fréquemment qu'aller frapper à la porte implique d'affronter un conflit ; c'est un acte de plus en plus évité à cause de l'angoisse que le risque de conflit mobilise. Donc, les voisins refoulent et la procédure tient lieu de déplacement du conflit latent ou peut en devenir le symptôme. Une partie du travail de la médiation sera justement de pousser les acteurs à retourner à leur propre demande, à leur propre parole.

Pour certains auteurs, le refoulement du conflit au niveau personnel et collectif est un trait marquant des sociétés sécuritaires et de la transparence :

« Nos sociétés sont entrées de façon durable, peut-être même définitive, dans l'époque de l'unification, de la négation de l'altérité et du conflit. Dans les problèmes que nous rencontrons, aussi bien au niveau collectif que personnel, les conflits ne sont plus reconnus en tant que tels. Mis à part ceux autorisés par le formatage, nous les refoulons, nous laissant envahir par l'idée que, dans l'idéal, toute opacité devrait être éradiquée de nos rapports. Nous laissant aussi surtout envahir par le sentiment que s'il y a de l'altérité, il ne peut s'agir que d'un ennemi potentiel. »⁴

La montée de la politique des consensus façonne un sens commun qui estime de plus en plus que toute action a une intention décelable, compréhensible. Même si l'on admet par exemple que certains puissent ne pas être d'accord avec une réforme gouvernementale, on postule que c'est parce qu'ils n'en ont pas compris la nécessité. Les explications données ont été insuffisantes, et là est le problème : il n'est donc pas question de conflit ! Un tel déficit d'explication ou de communication paraît transitoire et surmontable, alors qu'autrefois, le conflit social semblait structurel et irréductible. Nous voyons alors que ce discours de la transparence totale qui mènerait à des accords quasi universels est le versant collectif du refoulement du conflit. Dans une forme plus dure, le refoulement peut pousser à une véritable « éradication de l'altérité »⁵, à un déni de l'autre qui ne pourrait être reconnu que comme un « terroriste » ou un déviant à éliminer. Le déni de l'altérité amène donc un retour du conflit, un retour du refoulé, mais sous une forme débridée.

⁴ M. BENASAYAG & A. DEL REY, *Éloge du conflit*, Paris, La Découverte, 2012, p. 79.

⁵ *Ibid.*, p. 80.

En résumé, la psychanalyse construit une anthropologie où l'humain se présente d'emblée comme traversé par le conflit. Même s'il arrive à « résoudre » ses divers litiges et différends, il n'échappe pas au conflit qui s'enracine au plus profond de son être et de son histoire. La question n'est pas d'« éliminer » le conflit mais d'apprendre à faire avec, à faire avec une division subjective inévitable à partir de laquelle peuvent se créer des problèmes angoissants ou des œuvres fascinantes. La division subjective, qui témoigne du conflit, se situe au fondement du meilleur et du pire chez l'humain. Mais la psychanalyse préfère cette tension vivante à la monotonie mortifère de la transparence, de l'unité lisse ou de la sécurité à tout prix. Ces trois idéaux sont l'indice de la poussée contemporaine au refoulement du conflit. Nous verrons plus bas que les idéaux relatifs à l'autonomie participent aussi à ce processus.

Une dernière articulation importante est celle du rôle du narcissisme dans le conflit. Le sens commun a construit une idée très réductrice du narcissisme, le comprenant comme une clôture, une fascination pour soi-même qui ne laisse aucune place à l'autre. En fait, la racine du narcissisme est intersubjective et se trouve dans les rapports originaires à l'autre. Très tôt dans l'existence, le petit humain trouve une satisfaction fondamentale à être ce que l'autre désire. Il s'agit d'un impératif, car il doit se forger une place dans le désir de l'autre pour exister. Il se construit ainsi un rapport d'unité et de complétude avec l'autre qui se caractérise par une forme de satisfaction qu'on appelle « narcissique ». Les conséquences de ceci sont toute une enfilade d'attachements de l'humain à ce qui lui permet de conserver l'unité du moi, de son image, son prestige..., au détriment de son désir. Il y a un conflit structurel entre désir et narcissisme : le narcissisme pousse vers l'unité, la complétude, la perfection, alors que le désir pousse vers la satisfaction qui engage une perte. Faire ce qu'on aime implique d'habitude une perte de la place que les autres nous réservent, de l'image qu'ils ont de nous... De manière générale, l'humain a du mal à consentir à perdre parce que la perte est souvent irriguée d'enjeux narcissiques. C'est là que se tient une des difficultés majeures dans la médiation : installer une dynamique où les parties peuvent consentir à la perte. C'est pourquoi nous reviendrons sur cette question à la fin, dans la section qui aborde le désir de reconnaissance.

II. L'individuel et le collectif du conflit

Les idées classiques sur le conflit s'exprimaient dans un langage qui laissait penser qu'on pourrait facilement distinguer l'individuel du collectif, et ce, malgré la complexité introduite par Freud à ce propos. Le conflit dans sa dimension interpersonnelle et/ou collective atteindrait la réalité psychique individuelle à la condition que les forces ou exigences en opposition s'intériorisent. Ainsi, quand un sujet est en conflit avec son supérieur au travail – qui représente l'autorité sur ses subordonnés –, on dira qu'il s'agit d'un conflit social pris dans une dynamique dominant-dominé. Par contre, si le conflit provient de sentiments contradictoires

éprouvés par le sujet, tels qu'un désir de respecter un supérieur malgré l'opposition à une de ses décisions, alors le conflit sera qualifié de psychique. En effet, dans ce cas, le sujet « adhère », de par son appréciation envers la personne du chef, à ce à quoi il s'oppose en même temps. Néanmoins, la frontière n'est pas toujours si claire. Très tôt dans son œuvre, en 1921, Freud – en tant que témoin des conflits sociaux de son époque qui donnèrent lieu aux phénomènes de foules, les rues étant prises d'assaut – écrit :

« L'opposition entre psychologie individuelle et psychologie sociale, ou psychologie des masses, qui peut bien à première vue nous apparaître comme très significative, perd beaucoup de son tranchant si on la considère de façon approfondie. Certes, la psychologie individuelle est réglée sur l'homme pris isolément et elle s'attache à savoir par quelles voies celui-ci cherche à accéder à la satisfaction de ses motions pulsionnelles, mais, ce faisant, elle ne se trouve que rarement en mesure – dans des conditions d'exception déterminées – de pouvoir faire abstraction des relations de cet individu avec d'autres individus. Dans la vie de l'âme de l'individu, l'autre entre en ligne de compte très régulièrement comme modèle, comme objet, comme aide et comme adversaire, et de ce fait la psychologie individuelle est aussi, d'emblée, simultanément, psychologie sociale, en ce sens élargi mais tout à fait fondé. »⁶

L'imbrication de ces deux approches psychologiques et, par extension, des conflits individuels et collectifs, est frappante dans un des phénomènes du conflit social que j'ai pu observer directement au Chili. Le mouvement féministe, sous l'impulsion du collectif *Las tesis* de la ville de Valparaíso, vient occuper l'espace public afin de dénoncer les abus contre les femmes, les viols au premier chef. Ceci s'inscrit dans le contexte d'un mouvement social plus vaste et hétérogène qui dénonce des abus très divers : les abus économiques, l'inégalité des salaires, le système des pensions dérisoires, des abus dans les relations de travail, des abus d'entreprises en collusion. Voici quelques exemples de ce dernier type d'abus : il y a des fabricants de papier toilette et des entreprises pharmaceutiques qui ont vendu leurs produits à des prix excessifs pendant des années. Les responsables chiliens, censés protéger leur pays et les intérêts de leurs citoyens, ont abusé de ces derniers en vendant l'eau à des privés, en adoptant une loi sur la pêche qui offre la mer à certains grands groupes économiques. À cette liste s'ajoutent les abus commis par les membres de l'Église catholique, dont on ne cesse de dévoiler des cas dans tout le pays, remettant en question le rôle de l'Église comme médiatrice dans le conflit social⁷. Le nombre d'abus ne s'arrête pas là et les énumérer tous m'éloignerait du sujet de cet article.

⁶ S. FREUD, « Psychologie des masses et analyse du moi » (1921), in *Œuvres complètes*, vol. 16, Paris, PUF, 2003, p. 5.

⁷ Voy. à ce sujet O. CONTARDO, *Rebaño*, Santiago du Chili, Planeta, 2018. À propos du rôle de l'Église comme médiateur dans l'histoire du pays, il écrit : « Dans une époque à laquelle chaque conflit ponctuel – entre les collèges professionnels, les syndicats ou même entre l'État chilien et d'autres États – aboutissait inévitablement à l'ouïe d'un curé, celui-ci en venait à incarner une figure de médiateur, de porte-parole ou de protecteur. C'était comme si Dieu devait arriver à résoudre les disputes que les citoyens étaient inca-

Lors des performances du collectif féministe *Las tesis*, des femmes qui ne se connaissent pas se donnent rendez-vous dans la rue via les réseaux sociaux. En pointant du doigt les passants, elles chantent et hurlent notamment le refrain : « Et ce n'était pas de ma faute, ni de l'endroit où j'étais, ni de comment j'étais habillée. Le violeur c'est toi, le violeur c'est toi ! » Quand la manifestation se termine, ces femmes se parlent, se prennent réciproquement dans les bras et pleurent. Une véritable catharsis collective se produit ainsi, complexe et émouvante. En tant que spectateur, on ne peut pas ne pas sentir la douleur et la force de ces femmes. Malgré le caractère sans doute hybride du phénomène, il est évident que son ampleur empêche de le réduire à une pure tentative de victimisation ou à une crise hystérique. Des collègues universitaires me disaient que, dans ce contexte, de plus en plus d'étudiantes explosent, en plein cours ou dans les couloirs. Elles sont saisies de quelque chose qui les empêche de poursuivre simplement leur vie ; elles sont prises de plein fouet par la vérité de l'abus qu'elles ont subi et du conflit qui les traverse.

Le mouvement social a ainsi touché l'intimité et a permis que de nombreuses femmes puissent se dire et enfin exprimer ce qui, jusque-là, restait indicible. Je n'ai jamais vu un phénomène où le psychique et le social se nouaient avec tant de force et de puissance.

Freud était déjà sensible au fait que les foules de son époque constituaient le lieu social par lequel le conflit ne trouvait pas seulement un mode d'expression, mais aussi un rôle de décharge. Les ouvriers dans la rue ne faisaient pas qu'exprimer les inégalités dont ils étaient victimes dans leur rapport au capital. Ils n'étaient pas non plus des moutons qui agissaient par « instinct grégaire », ni des esprits simples qui se laissaient suggestionner. La foule ne se résume ni à une « hystérie collective » ni à une « psychose collective » : on se plaisait à le dire à l'époque et on l'entend encore parfois aujourd'hui. Non. Dans la foule émergent des *leaders* et les membres éprouvent – nous dit Freud – une identification avec ce *leader* dans la mesure où il fait ou dit ce que les membres désirent faire ou dire mais n'osent pas, car ils sont trop pris par leurs mécanismes de contrôle. Du coup, le *leader* apparaît à ce moment-là, dans la foule (et pas derrière les écrans !), comme un idéal du Moi : il incarne ce que *je* voudrais être. Par la même occasion, je me vois partager cet idéal avec mon voisin dans la foule ou au stade – un des rares lieux où l'on peut encore approcher cette expérience d'unité dans un idéal – et l'on constitue une communauté psychique. Par cette identification inconsciente au niveau de l'idéal du Moi partagé se créent des liens très forts et ainsi naît la foule, au singulier.

La performance de *Las tesis* fonctionne comme un espace collectif de médiation au sens large du terme. Il y a une ritualisation de la douleur, l'intime se collectivise, il se dit et se fraye un chemin. Les femmes, sans doute très différentes les unes des

pables de résoudre par eux-mêmes. L'État et la politique étaient pleins d'enclaves de foi » (p. 43) (je traduis).

autres dans leurs vies quotidiennes, s'identifient à une femme qui ne se tait plus, à une femme qui dénonce et revendique des droits et un traitement digne et juste. La mise en scène n'est plus seulement une expression de l'intime : elle intervient véritablement dans l'intime. Par la mise en scène sociale de l'expérience la plus privée qui soit, les souffrances et les conflits psychiques enfouis prennent la forme d'un conflit social. Ils se travaillent dans l'échange à l'intérieur du cadre créé par la mise en scène. Parallèlement, l'explosion sociale est la contingence propice pour que cette intimité douloureuse se dise.

Prises dans un phénomène social, la honte des individus et d'autres émotions sont contenues et accueillies comme légitimes. Le social les symbolise simplement et transforme l'intime avec une puissance rare. La douleur muette de l'abus, noyée par l'effort de se construire une « vie normale », devient conflit et déchirure dans la rue, grâce au mouvement social. Je ne suis pas certain qu'une thérapie pourrait mieux aider ces femmes.

Ce long détour tendait à mieux saisir l'articulation du psychique et du collectif. Il permet également de pointer la nécessité de ne pas perdre de vue les logiques sociales qui sont à l'œuvre dans la genèse des conflits, dans la manière dont ils apparaissent, mais aussi dans celle dont ils sont éprouvés et éventuellement « résolus ».

III. Les nouvelles formes du conflit dans le monde du travail : ce que nous pouvons apprendre des conflits liés au harcèlement et au « burn-out »

La psychologie clinique se frotte aujourd'hui à un débat persistant. Nous pouvons comprendre de nombreux troubles et pathologies psychiques comme des vécus d'insuffisance, comme une incapacité à se défendre et à symboliser par exemple, ou alors nous pouvons penser ces mêmes troubles comme étant le résultat du déclin d'une structure sociale. Cette même divergence d'appréhension se trouve dans le champ de la psychopathologie du travail.

Christophe Dejours⁸ et Isabelle Gernet⁹ analysent quatre phénomènes importants et en augmentation :

- a) les pathologies liées à la surcharge de travail, qui donnent lieu au *burn-out*, au *karôshi*¹⁰ et aux troubles musculo-squelettiques ;

⁸ Chr. DEJOURS, « Aliénation et clinique du travail », *Actuel Marx*, 2006/1, n° 39, pp. 123-144, et « Vulnérabilité psychopathologique et nouvelles formes d'organisation du travail (approche étiologique) », *L'information psychiatrique*, 2007, vol. 83, n° 4, pp. 269-275.

⁹ Chr. DEJOURS et I. GERNET, *Psychopathologie du travail*, Issy-les-Moulineaux, Elsevier Masson, 2016.

¹⁰ Au Japon, le mot renvoie au décès de personnes jeunes en raison de causes cardiovasculaires, alors qu'elles n'ont pas d'antécédents rendant prévisible ce genre de pathologie, mais alors qu'elles ont des semaines de travail très longues, autour de 70 heures.

- b) les pathologies post-traumatiques, qui sont consécutives à des agressions ou des formes variées de violence durant le temps de travail¹¹;
- c) en troisième lieu, les dépressions, les tentatives de suicide et les suicides qui ont lieu sur le lieu de travail ou dans ses environs immédiats; il s'agit de phénomènes plus difficiles à étudier en raison de « l'extraordinaire puissance de la résistance que les suicides au travail opposent à la recherche de la vérité »¹²;
- d) enfin, les pathologies du harcèlement.

Le débat entre comprendre la pathologie comme un effet de la déstructuration du monde du travail versus la tentation d'analyser les phénomènes de la souffrance au travail comme une « insuffisance » de l'individu plongé dans les transformations de la culture organisationnelle, vient se poser autour du harcèlement et du *burn-out*. Christophe Dejours explique que l'intimidation et le harcèlement ne sont pas nouveaux dans le milieu du travail, contrairement aux pathologies qui en résultent. Deux éléments expliquent leur croissance: l'augmentation du harcèlement et des agissements hostiles (*mobbing*), qui conduisent à une augmentation des « réactions » pathologiques¹³, et la « fragilisation des personnes » face aux manœuvres de harcèlement¹⁴. Cette fragilisation résulte d'une déstructuration des ressources défensives des travailleurs: aujourd'hui, quelque chose arrive aux individus, qui ne parviennent plus à se défendre, à se protéger, à filtrer ou à ignorer (parmi d'autres manœuvres) les phénomènes de harcèlement qui ont toujours existé. Notons qu'au lieu de se référer à un déclin du lien social, du pacte social symbolique ou de la loi, Christophe Dejours¹⁵ suggère que cette déstructuration des défenses des travailleurs est déterminée par la déstructuration des « défenses collectives », en particulier celles qui fondent la solidarité. La perte croissante de solidarité serait « l'élément déterminant de l'augmentation des pathologies: les pathologies du harcèlement sont d'abord des pathologies de la solitude »¹⁶. On passe donc d'une posture qui consiste à relever un déficit défensif chez l'individu à celle qui comprend une perte de structure au niveau de l'institution: la solidarité.

Il me semble toutefois qu'il serait également pertinent d'interpréter les fragilités individuelles, le déficit défensif et la pathologie de la solitude comme étant aussi le résultat d'un phénomène social, celui qui anime les transformations du travail contemporain en créant de nouvelles formes d'aliénation, de nouvelles formes de « servitude volontaire ». Les nouvelles façons d'organiser le travail, les nouvelles stratégies de « management », d'évaluation, « d'optimisation » et les aspirations à

¹¹ Au départ, le phénomène concernait des employés des secteurs bancaire et financier, victimes de rapt, mais le phénomène s'est également étendu à d'autres secteurs.

¹² Chr. DEJOURS, *Suicide au travail: que faire ?*, Paris, PUF, 2009.

¹³ Chr. DEJOURS, « Aliénation et clinique du travail », *op. cit.*

¹⁴ Chr. DEJOURS, « Vulnérabilité psychopathologique et nouvelles formes d'organisation du travail (approche étiologique) », *op. cit.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

la « qualité totale » – entre autres signifiants qui marquent ce tournant – s’articulent à de nouvelles psychopathologies du travail. Ces dispositifs, et les messages sous-jacents qui les accompagnent, peuvent être considérés comme l’expression symptomatique des évolutions récentes des formes de domination sociale et économique¹⁷, dont le travail ne serait qu’une des manifestations initiales. Ces pathologies, que nous considérons d’abord comme des aliénations mentales au sens psychiatrique, pourraient être l’indice de nouvelles formes d’aliénation – au sens marxiste du terme cette fois – que le travail installe dans la vie sociale et subjective¹⁸. On retrouve de nouveau la connexion intime entre psychologie individuelle et psychologie sociale si chère à Freud.

Le *burn-out*, ou syndrome d’épuisement professionnel, relève d’un même constat. Il n’est pas une pathologie des « petites natures » qui se brisent, des nerveux qui se grillent ; ce ne sont pas des neurasthénies ou une « fatigue nerveuse » liée aux transformations produites par la Révolution industrielle, ni des névroses, ni des dépressions. Ce sont les personnes les plus engagées au travail qui présentent le plus souvent ce syndrome¹⁹, les plus impliquées, voire même celles qui ont la foi²⁰ dans les orientations des nouvelles stratégies de management et de gestion du travail et d’entreprise. Dans le sillage de Christina Maslach et Michael P. Leiter, auteurs d’un des ouvrages qui fait autorité dans le domaine, nous pouvons résumer comme suit les manifestations les plus centrales du *burn-out* :

- *érosion de l’engagement*, perception d’un travail qui a été significatif et motivant mais qui devient frustrant, insignifiant et déplaisant ;
- *érosion des émotions*, des sentiments positifs tels que l’enthousiasme, le plaisir, le dévouement et la sécurité, lesquels font place à la colère, l’anxiété et les sédiments dépressifs ;
- *problème d’adéquation entre la personne et la fonction* : les individus ont tendance à considérer ce déséquilibre comme une crise personnelle, le signe de leur faiblesse ou de leur insuffisance, « alors qu’en réalité, c’est l’environnement professionnel qui est au cœur du problème »²¹.

Le conflit entre la subjectivité et le système, pour reprendre une formulation classique, prend ici des tonalités très particulières. Comme les symptômes s’installent de manière graduelle – le *burn-out* ne se présente pas d’emblée comme une crise aiguë, mais s’installe progressivement –, l’individu va lui-même souvent nier le poids de l’environnement. Il va continuer à travailler. Même s’il n’est pas aussi performant qu’avant, il ne représente pas d’emblée une menace pour la productivité. Les observateurs extérieurs voient, quant à eux, quelqu’un qui cherche à se défilier, ils perçoivent des « jérémiades » émanant de gens faibles qui n’arrivent pas

¹⁷ V. DE GAULEJAC et F. HANIQUE, *Le capitalisme paradoxant : un système qui rend fou*, Paris, Seuil, 2015.

¹⁸ Chr. DEJOURS et I. GERNET, *Psychopathologie du travail*, op. cit. 2016.

¹⁹ Chr. MASLACH et M. P. LEITER, *Burn-out. Des solutions pour se préserver et pour agir*, Paris, Les Arènes, 2016 ; Chr. DEJOURS et I. GERNET, *Psychopathologie du travail*, op. cit., 2016.

²⁰ P. CHABOT, *Global burn-out*, coll. Perspectives critiques, Paris, PUF, 2017.

²¹ Chr. MASLACH et M. P. LEITER, *Burn-out. Des solutions pour se préserver et pour agir*, op. cit., p. 52.

à admettre leur échec. L'ensemble des acteurs pris dans cette dynamique du monde professionnel éclipsent, volontairement ou non, le poids de ce système. Le véritable conflit est ainsi dénié et l'on s'oriente vers le traitement – dans le meilleur des cas – d'un malade. À première vue, nous pouvons avoir l'impression d'avoir affaire à des personnes faibles, qui se brisent au travail, qui peinent à masquer leur comportement d'évitement, tellement l'érosion des émotions et de l'engagement les a atteints. Du coup, on construit souvent la figure de l'échec non assumé. Ce faisant, on ne perçoit pas les enjeux systémiques qui usent ces personnes, lesquelles portent dans leurs corps et dans leur épuisement l'échec d'un système, l'échec d'un mode d'organisation. Au lieu d'avoir affaire à un conflit social ou organisationnel, on n'en retient que des syndromes psychopathologiques. Les femmes victimes d'abus portent aussi dans leurs corps et leurs existences des traces et des érosions diverses. Grâce au conflit social, elles ne sont plus réduites à une intimité douloureuse ou à un corps vécu comme étranger. Le conflit se replace dans le rapport entre les genres et les modalités d'existence assignées à chacun dans l'ordre social; il se déloge de l'intimité et se joue dans l'espace public.

Revenons à un exemple plus concret du *burn-out*. Les métiers du soin, d'aide à la personne et des services ont été identifiés comme étant plus vulnérables à l'épuisement professionnel à cause d'un conflit qui ne peut pas se vivre, plus précisément le non-aboutissement du « travail émotionnel »²². Ces métiers ne produisent en effet pas des objets visibles, car l'efficacité de leurs activités dépend de leur discrétion et de leur caractère immatériel. Ceci produit un certain nombre de difficultés quant à leur reconnaissance. Trop facilement, on peut tomber dans le stéréotype de penser que ceux qui exercent de tels métiers ne font rien. De surcroît, les protocoles et enquêtes de satisfaction des services et des prestations demandés aux usagers peuvent, dans certains cas, se substituer à une gratitude exprimée directement. Dans certains contextes, ceci « peut conduire à de véritables “dénis de reconnaissance”, face auxquels le surinvestissement de la relation aux usagers peut devenir une modalité de défense individuelle spécifique »²³. Au fond, si la reconnaissance n'est pas donnée par les supérieurs, le personnel la cherchera dans la relation aux patients.

Par ailleurs, le travail réalisé dans le cadre des soins dispensés aux personnes mobilise des émotions très contrastées: l'empathie, la compassion et l'intérêt, mais aussi le dégoût, la peur et le rejet. Ces sentiments contradictoires peuvent être élaborés afin de préserver la relation avec les malades. Ce travail d'élaboration ne dépend pourtant pas seulement des compétences individuelles mais, dans une large mesure, d'un exercice collectif de mise en commun et de délibération sur le travail concret. Si ce temps d'élaboration n'est pas possible, en raison d'injonctions de rentabilité, les individus ont tendance à mettre à distance les

²² A. R. HOCHSCHILD, *Le prix des sentiments. Au cœur du travail émotionnel*, Paris, La Découverte, 2017.

²³ Chr. DEJOURS et I. GERNET, *Psychopathologie du travail*, op. cit. 2016, p. 109.

affects suscités par la rencontre avec les patients. Le conflit entre les logiques de gestion, qui visent la diminution des coûts, et le travail concret n'étant pas directement traité ni affronté, il fait symptôme dans le *burn-out* des professionnels concernés : « La souffrance ressentie résulte ici de la compromission avec le système de gestion pourtant dénoncé. L'engagement éperdu dans l'activité, au risque de l'épuisement physique et psychique, représenterait une manière de ne pas penser le conflit de rationalité morale généré par les contradictions du travail. »²⁴ On pourrait ajouter l'incidence de ne pas penser la dimension politique des conflits. La dépolitisation des enjeux de la gestion au travail est sans doute l'un des facteurs qui participe à leur condensation dans les corps et les psychismes épuisés²⁵.

IV. L'intériorisation sournoise du conflit

Le risque n'est pas seulement que le conflit soit intériorisé mais qu'il puisse devenir invisible aux acteurs. Que le conflit soit refoulé ou dénié, voire même clivé, implique que l'on ne perçoit plus les enjeux essentiels et que l'on passe son temps à livrer des batailles absurdes. À l'instar de *Game of Thrones*, série télévisée où les hommes luttent entre eux, ceux du nord contre ceux du sud, ceux de l'est contre ceux de l'ouest, où s'affrontent des ethnies rivales, les loups, les cerfs, les lions... et construisent un grand mur contre les « sauvages », on passe son temps à se haïr, à lutter pour des terres, pour l'or et le pouvoir. Or, le vrai enjeu échappe à tout le monde : l'arrivée de la mort prenant ici la forme d'une armée de morts-vivants, de l'Hiver avec un grand H ! À un moment donné, avant qu'il ne soit trop tard, les luttes entre les hommes apparaissent comme dérisoires à côté de la lutte pour la vie tout court dans laquelle les étrangers, « les sauvages », seront des alliés ; ils ne seront plus des étrangers mais des hommes tout court. Si cette série touche tant les sensibilités, c'est peut-être parce qu'elle donne image et récit au Réel qui nous hante aujourd'hui : les avatars climatiques peuvent susciter des ravages au-delà de l'imaginable et cette possibilité angoisse, bien entendu. La hantise de la mort, donc, se transforme et peut-être que, pour affronter les conflits de l'avenir – les migrations climatiques entre autres –, il faudra apprendre à davantage réfléchir à notre rapport à la mort pour ne pas déplacer trop les conflits et avoir une chance de les affronter.

Depuis les années 1980, différentes études et des réflexions plus globales sur notre actualité ont postulé la disparition relative du conflit. Lorsque Gilles Lipovetsky²⁶ se penche sur les sociétés postmodernes, il constate une pacification du social, une diminution évidente des violences, des braquages, des vols... En paral-

²⁴ *Ibid.*, p. 110.

²⁵ V. DE GAULEJAC, *La société malade de la gestion*, Paris, Seuil, 2009.

²⁶ G. LIPOVETSKY, *L'ère du vide. Essais sur l'individualisme contemporain*, coll. Folio-Essais, Paris, Gallimard, 1983.

lèle de cette diminution du conflit, la scène sociale est chaque fois plus emplie d'indifférence réciproque. Dans ce contexte, Lipovetsky note aussi l'augmentation des violences privées, domestiques, intrafamiliales, c'est-à-dire celles qui touchent la sphère de la vie personnelle. Un tel constat indiquait, selon lui, une augmentation de l'investissement des enjeux « moïques » au détriment de l'investissement du « nous », de la chose publique. Il y a une certaine logique à ce que la violence se déclenche là où se situent les investissements psychiques des personnes. La diminution relative du conflit sur la scène sociale a été corrélative à une privatisation de l'existence, en ce compris des violences et du conflit.

À partir de ce type d'analyse se construit un certain consensus sur l'individualisme compris comme un repli des individus sur la sphère privée, personnelle, jusqu'au culte du corps, au détriment des investissements sociaux. Ce repli aurait donné lieu à une « fragilisation » ou un « déclin » du lien social. Ce phénomène a souvent été décrit comme une véritable catastrophe de la vie collective, un effritement. La pacification relative de la vie publique et sociale est interprétée comme un signe de la montée de l'indifférence dans les liens sociaux, ce qui fait regretter le « bon vieux » conflit, autour duquel au moins les personnes communiquaient et ne vivaient pas recluses chez elles, derrière les écrans, s'occupant « juste » de leur accès à la consommation, de leur bien-être individuel et de leur bonheur propre.

Néanmoins, le retour de la violence dans nos sociétés, la radicalisation en premier lieu, nous a forcé à relativiser cette perspective d'analyse de l'individualisme et du repli. En fait, l'excès de communication au niveau planétaire paraît ne pas être sans influence dans le retour des conflits et des violences. Peut-être l'individualisme est-il une manière, malgré tout, de vivre ensemble à l'ère de la communication « non-stop ».

« La civilisation européenne a moins de mal à tolérer les modes de vie différents du sien précisément grâce à ce que ses critiques dénoncent en général comme sa faiblesse et son échec, à savoir l'aliénation de la vie sociale. L'aliénation prend notamment la forme d'une distance incluse dans la trame sociale de la vie quotidienne : j'ai beau vivre à côté des autres, je les ignore le plus souvent. J'ai le droit de ne pas trop m'approcher d'eux. J'évolue dans un espace social au sein duquel mon interaction avec les autres obéit à certaines règles mécaniques extérieures, sans que je partage leur monde intérieur. Peut-être la leçon à en tirer est-elle que parfois une certaine dose d'aliénation est indispensable à la coexistence pacifique des modes de vie. Parfois *l'aliénation* n'est pas un problème mais la solution. »²⁷

De manière analogue, l'excès de communication dans les relations sociales, via les nouvelles technologies, semble être une source chaque fois plus importante de conflit entre les personnes. Un peu de distance, de coupure est peut-être nécessaire, ne fût-ce que pour que le désir de côtoyer les autres puisse naître. C'est du

²⁷ Sl. Žižek, *La nouvelle lutte des classes. Les vraies causes des réfugiés et du terrorisme*, Paris, Fayard, 2016, p. 95.

manque que naît le désir. Inversement, la communication ou la pseudo-communication en permanence peuvent susciter la « saturation sociale »²⁸.

Après Gilles Lipovetsky et le courant d'études sociales qu'on pourrait appeler « déclinologiques », Alain Ehrenberg²⁹ étudie l'évolution de la dépression. Il considère celle-ci presque comme un révélateur des transformations sociales et culturelles. Sa méthode consiste à situer la santé mentale comme le langage contemporain à travers lequel se disent le mal-être et le bien-être, les tensions, les conflits de la vie sociale organisés en référence à de nouvelles « obligations » : les injonctions de l'autonomie³⁰. Il constate une diminution de la référence au conflit au profit d'une référence croissante à l'insuffisance. Le vécu du dépressif ne serait plus ni exprimé ni pensé comme étant l'expression d'une déchirure subjective entre le désir et la loi par exemple, mais comme le résultat d'un vécu déficitaire. Le conflit laisse place à l'insuffisance comme notion clé pour penser et vivre la dépression.

Plus radicalement, Ehrenberg décrit le passage d'une société où les humains souffrent et tombent éventuellement malades par un dérèglement de leur rapport à ce qui est permis et à l'interdit, à un autre ordre social où les mêmes expériences se précipitent dans un rapport au possible et à l'impossible. Au fond, il décrit le passage d'une logique sociale qui s'articule autour de la loi et de l'interdit – contexte des figures « classiques » du conflit – à une autre, la logique actuelle, qui s'ordonne en référence aux injonctions normatives de l'autonomie, de l'obligation d'être soi. Nous sommes donc passés d'un contexte où pesait sur l'individu la *prohibition d'être lui-même* à un autre où pèse sur lui *l'obligation d'être soi*.

Ce fil, qui nous donne une autre vision du conflit, sera poursuivi par Ehrenberg dans une discussion qui se centre sur les états limites (*borderline*) et les troubles narcissiques. La raison est que l'idée du déclin du lien social (mais aussi de la fonction paternelle, du symbolique...) trouve son principal champ d'expression dans ce type de psychopathologies, décrites d'abord par les psychanalystes britanniques et américains³¹. Ces nouvelles pathologies se caractérisent par une désorganisation de la personnalité et de l'identité (diffuse, fragmentée ou dissociée) – qui n'existait pas dans les névroses dites de « transfert » (hystérie, obsession et phobie) – et par des problèmes liés à l'expérience de la perte plutôt qu'au conflit. Les blessures de l'estime de soi, qui peuvent aller d'un manque de confiance en soi et d'une honte incisive aux sentiments d'humiliation profonde et d'insignifiance personnelle – allant jusqu'aux tentatives de suicide –, sont quelques-unes des principales caractéristiques de ce spectre de patients. S'ajoutent le manque de contrôle des impulsions, des épisodes de « micro-psychose » ou « semi-délire », c'est-à-dire diverses formes de phénomènes qui frôlent ce qui était classiquement

²⁸ K. GERGEN, *El Yo saturado. Dilemas de identidad en el mundo contemporáneo*, Buenos Aires, Paidós, 1997.

²⁹ A. EHRENBURG, *La fatigue d'être soi : dépression et société*, Paris, Odile Jacob, 1998.

³⁰ A. EHRENBURG, *La société du malaise*, Paris, Odile Jacob, 2010.

³¹ O. KERNBERG, *Troubles graves de la personnalité. Stratégies psychothérapeutiques*, Paris, PUF, 2004 ; M. BALINT, *Le défaut fondamental. Aspects thérapeutiques de la régression*, Paris, Payot, 1971.

appelé « folie ». D'innombrables psychanalystes et professionnels de la santé mentale s'accordent sur le constat que la plupart des patients présentent de plus en plus ce « profil » et souffrent de problèmes liés à ces nouvelles pathologies³².

L'un des points clés dans la compréhension de ces phénomènes a été l'idée que ces patients auraient des mécanismes de défense inefficaces, primaires ou « faibles », qui ne parviennent pas à stabiliser le fonctionnement psychique et rendent les sujets extrêmement vulnérables aux effets douloureux de leurs relations avec les autres. Ils se sentent facilement ignorés, oubliés ou même abandonnés – sinon persécutés –, ce qui serait le fond d'une expérience blessante d'eux-mêmes et de leur vie relationnelle en général.

En psychanalyse, on pense essentiellement que l'on voit de moins en moins de névroses de transfert, liées à la répression et à l'interdiction, et de plus en plus de pathologies de l'idéal ou du caractère. La « nouveauté » est interprétée comme étant le résultat d'un changement social. Au niveau de la clinique, ceci implique essentiellement qu'il ne s'agit plus de libérer les individus des chaînes et des obligations qui les empêchaient de devenir eux-mêmes, mais bien de les soustraire à la séduction malade des idéaux qui les poussent impérativement à être eux-mêmes. Il s'agit donc bien d'un déplacement de l'empêchement d'être soi-même à l'obligation de l'être³³. L'hypothèse d'Alain Ehrenberg est que, dans ces pathologies de l'idéal – troubles narcissiques et états limites –, les tensions liées aux valeurs et aux normes d'autonomie se condensent de manière particulièrement forte. L'autonomie serait le nouvel organisateur de l'institution sociale qui continue de fonctionner comme une institution normative qui oblige (à être autonome donc). L'institution ne serait pas en voie de se décomposer ou de s'effondrer par le repli individualiste. L'individualisme est une idée sociale où l'autonomie devient la valeur fondamentale. Le sujet est « libéré » des interdictions et des conflits névrotiques associés, mais il commence à souffrir des impératifs d'autonomie; il est libéré de l'autorité et des cadres qui ont organisé son comportement, mais pèse davantage sur lui l'attente sociale qu'il soit responsable, qu'il soit capable d'autogestion et qu'il fasse preuve de motivation. L'individu reçoit donc une nouvelle contrainte sociale: celle de montrer sa capacité à être autonome non seulement dans son travail, mais également dans d'autres domaines de sa vie. « Les souffrances de l'idéal sont alors présentées comme le prix à payer de cette perte d'autorité, de cette baisse de l'obligation sociale. Ces souffrances seraient aux valeurs de l'autonomie ce que la névrose classique était aux valeurs de la discipline. »³⁴

Ces nouvelles coordonnées donnent lieu à des formes paradoxales du conflit personnel. En tant que clinicien, je constate que de plus en plus de personnes souffrent de « ne pas sentir ce qu'elles devraient sentir ». Un patient me racontait

³² J. KRISTEVA, *Les nouvelles maladies de l'âme*, Paris, Fayard, 1993.

³³ A. EHRENBURG, *La société du malaise*, op. cit.

³⁴ *Ibid.*, p. 20.

ainsi ses vacances sur des îles paradisiaques sous les tropiques. Il devrait se sentir détendu, heureux, rempli de bonheur, mais il est tendu, stressé, pense au travail et chatte sur *WhatsApp*. Ne pas parvenir à se mettre dans l'état où il lui semblait devoir être à ce moment le rend amer et colérique. Il n'est nullement conscient à quel point ce vécu est socialement construit et répond aux idéaux d'autonomie et de détente. Son état est vécu comme une insuffisance honteuse de sa part – puisqu'il ne serait « même pas foutu de profiter de la vie pendant ses vacances » – et la manière dont les nouvelles normes sociales s'emparent de son intimité lui échappe. La tension qu'il éprouve dans son corps, dès le réveil, est une intériorisation de quelque chose qui, chez lui, n'arrive pas encore à se vivre comme conflit.

V. Le narcissisme et les difficultés de consentir à la perte. Le désir de reconnaissance

Le fait que ce qui est propre au désir humain soit la quête d'être reconnu par autrui installe le conflit comme une donnée structurante des relations humaines. De ce point de vue, le conflit est avant tout interpersonnel, intersubjectif ; il se loge d'emblée dans le rapport à l'autre. Deux humains face à face sont confrontés au dilemme de qui va reconnaître d'abord l'autre³⁵. À partir de cette donnée pointe le conflit structurel en termes de « lutte pour la reconnaissance »³⁶. Les litiges accueillis par la médiation sont pleins d'enjeux de reconnaissance. La difficulté des parties à travailler leurs intérêts parce qu'elles campent sur leurs positions³⁷ est habituellement une expression des demandes de reconnaissance inassouvies, frustrées et donc d'identités blessées. Le désir de reconnaissance est très lié au narcissisme et nous allons reprendre dès lors cette notion-là et son rapport au conflit.

A. Le narcissisme

Pour le dire d'une manière un peu rapide, le narcissisme est une passion liée à l'appréhension de notre propre unité (corporelle, psychique et relationnelle) ou

³⁵ A. KOJÈVE, *Introduction à la lecture de Hegel*, Paris, Gallimard, 1947. Le désir de reconnaissance est ce qui est propre au désir humain, ce qui le différencie de l'animal, et en même temps ce qui fait que la réalité humaine est toujours sociale : « C'est pourquoi la réalité humaine ne peut être que sociale. Mais pour que le troupeau devienne une société, la seule multiplicité des Désirs ne suffit pas ; il faut encore que les Désirs de chacun des membres du troupeau portent – ou puissent porter – sur les Désirs des autres membres. » (p. 13) Le désir humain constitue la conscience de soi (et pas seulement le sentiment de soi comme ce serait le cas chez l'animal) « par le fait qu'il porte non pas sur un objet réel, "positif", donné, mais sur un autre désir » [...]. De même, « le Désir qui porte sur un objet naturel n'est humain que dans la mesure où il est "médiatisé" par le Désir d'un autre portant sur le même objet : il est humain de désirer ce que désirent les autres parce qu'ils le désirent. [...] : l'histoire humaine est l'histoire des Désirs désirés. » (p. 13)

³⁶ A. HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2000.

³⁷ J. FAGET, *Médiations. Les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse, Éditions Érès, 2010.

d'une certaine forme de complétude. La satisfaction narcissique est une jouissance du tout, de l'idéal, de la perfection, c'est-à-dire de variantes – plus ou moins illusoires – de l'expérience où « rien ne manque ». Le désir, par contre, nous relie fondamentalement au manque : on désire ce que l'on n'a pas³⁸. Plus fondamentalement, le désir dans sa réalisation implique une perte narcissique. Si le désir angoisse l'humain – comme la psychanalyse tente de le faire entendre depuis Freud –, c'est non pas parce que le désir inconscient serait « anti-culturel » (l'inceste, le meurtre ou le cannibalisme en étaient les exemples types de Freud), mais parce qu'il impliquerait une perte de l'image unitaire de soi, une perte de sa place, du prestige, de l'amour de l'autre, une perte des inscriptions narcissiques que le sujet porte et nourrit au niveau du Moi, de son identité. C'est pourquoi le désir inconscient mobilise de l'angoisse au niveau du Moi, mais un plaisir au niveau de l'inconscient. C'est une expérience relativement commune que, lorsque l'on désire vraiment quelque chose, une angoisse ou du moins une forme d'anxiété s'empare de nous. Il s'agit d'une sorte de signal qu'il y a un danger ou un enjeu³⁹. L'enjeu est que le désir signale la possibilité d'une perte (une castration dans le langage classique de la psychanalyse) s'il y a satisfaction de celui-ci. La castration ou la perte en question s'opère avant tout au niveau du narcissisme du Moi, au niveau de l'image ou, typiquement, au niveau de la reconnaissance.

L'utilisation de « la richesse individuelle comme moyen de reconnaissance sociale » est un exemple familier de ce type de satisfaction. Il s'agit de s'enrichir, d'accumuler, de ne pas perdre et l'enjeu est de s'assurer la reconnaissance des autres. La logique de la quête est parfaitement narcissique, dans la mesure où la satisfaction visée est de « tout avoir », de « tout accumuler », de recevoir la « plus grande » reconnaissance, de jouir du statut « le plus enviable », de la « meilleure » place, de la collection de biens la plus « complète » ou « idéale ». Bref, il s'agirait de s'assurer que rien ne manque, que l'on est protégé de toute éventualité, voire même d'éviter la mort, le manque radical. Il ne s'agit pas d'une quête de plaisir. La satisfaction narcissique n'est pas équivalente au plaisir subjectif inconscient.

La « passion narcissique » a des liens clairs avec la rivalité, la haine, l'envie et la concurrence. Pour simplement effleurer cette question, je voudrais rappeler que la passion narcissique semble avoir des résonances fortes avec ce que Jean-Jacques Rousseau appelait *l'amour propre* et qu'il différençait de *l'amour de soi* :

« Les passions primitives, qui toutes tendent directement à notre bonheur, ne nous occupent que des objets qui s'y rapportent, et, n'ayant que l'amour de soi pour principe, sont toutes aimantes et douces par leur essence ; mais quand, détournées de leur objet par des obstacles, elles s'occupent plus de l'obstacle pour l'écarter que de l'objet pour l'atteindre, alors elles changent de nature et deviennent irascibles et haineuses ; et voilà comment l'amour de soi, qui est un sentiment bon et absolu, devient amour propre, c'est-à-dire un sentiment relatif par lequel on se compare,

³⁸ J. LACAN, *Le séminaire, livre IV. La relation d'objet*, Paris, Seuil, 1994.

³⁹ S. FREUD, « Inhibición, síntoma y angustia » (1926), *Obras completas*, vol. XX, Buenos Aires, Amorrortu, 1998.

qui demande des préférences, dont la jouissance est purement négative, et qui ne cherche plus à se satisfaire par notre propre bien, mais seulement par le mal d'autrui.»⁴⁰

S'occuper de l'obstacle montre le fondement de l'agressivité à l'égard d'autrui : briser l'autre pour récupérer sa propre unité peut raisonnablement être situé comme le fondement narcissique de l'agressivité⁴¹. Ce narcissisme n'est clairement pas identique à l'amour de soi et fait obstacle à toute rationalité *win win*. En effet, l'amour propre ne vise pas seulement à gagner, mais aussi à ce que l'autre perde. C'est une formulation tout à fait pertinente du côté destructeur du narcissisme.

B. Le désir de reconnaissance

Une médiation ne pourrait probablement pas se dérouler si le médiateur ne faisait pas attention aux désirs et aux besoins relatifs aux demandes de reconnaissance respectives qui bloquent le processus de communication. Le travail de la médiation doit tendre à ce que ces demandes trouvent une issue, se pacifient. Si chacun campe sur sa « position » initiale, il est en général compliqué de traiter les intérêts communs. En outre, le simple fait d'en parler peut devenir anxio-gène. La demande de reconnaissance non assumée peut donc entraver tout le processus.

Le médiateur rencontre ce phénomène sous des formes extrêmement variées. Il fait l'épreuve que les différentes sphères de l'existence et les différents niveaux de reconnaissance qui habitent l'humain ne peuvent pas se substituer les uns aux autres. La médiation elle-même est impuissante sur ce point arrivé à un certain degré. L'humain a besoin d'être reconnu sur le plan professionnel et personnel, dans l'amour et aussi dans l'amitié. La sympathie des amis ne compense pas la perte de l'amour, pas plus qu'une vie privée satisfaisante ne peut compenser l'échec professionnel ou politique. Quelqu'un qui a investi des années de sa vie dans son travail et qui s'en trouve tout à coup privé peut se sentir privé d'existence. De manière analogue, si quelqu'un qui s'est dévoué à la sphère familiale en est privé, il peut éprouver une blessure dans la reconnaissance de son existence. Un des problèmes de la vieillesse est la diminution des relations sociales. Être actif au travail, devoir répondre à des demandes permet de se sentir important pour la communauté. Aussi, le passage à la pension peut, pour certaines personnes, mener à un déséquilibre social, l'affect des proches ne compensant pas celui reçu auparavant par le biais professionnel. Les dons financiers conséquents dans une famille ne parviennent pas à faire le poids dans la balance face au manque de signification émotionnelle accordée au bénéficiaire.

⁴⁰ J.-J. ROUSSEAU, « Dialogues de Rousseau juge de Jean-Jacques » (1772-1776), in *Œuvres complètes*, vol. IV, p. 5, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k2069932/f10.image.r=.langFR>.

⁴¹ J. LACAN, « L'agressivité en psychanalyse », in *Écrits*, Paris, Seuil, 1966.

Il est possible de visualiser la médiation comme une situation où deux parties, qui ont arrêté de communiquer, s'affrontent, pas seulement parce qu'elles ont des intérêts différents, mais parce qu'elles sont en conflit au niveau d'une reconnaissance réciproque. Les demandes de reconnaissance croisées, inassouvies, où personne ne veut céder, sont souvent au cœur du conflit. La médiation doit tenir compte de ces enjeux et accepter en même temps qu'elle ne puisse pas répondre à de tels besoins. Tout en acceptant cette limite, elle ne peut se dérouler en faisant l'économie de ces demandes, souvent non exprimées, alors qu'elles constituent l'essentiel de ce qui bloque l'échange.

La reconnaissance peut être obtenue par *distinction* ou par *conformité*⁴². Je peux tirer de la reconnaissance du fait de me conformer aux normes et usages, ou inversement, par le fait de me différencier des autres en étant meilleur ou déviant, génie ou transgresseur. Lorsque quelqu'un est « normal » et se sent « intégré », il n'a pas besoin qu'on le félicite à tout bout de champ. Il a intériorisé un regard reconnaissant, qui lui renvoie une image positive lorsqu'il suit les normes et usages. Par contre, la quête de reconnaissance par la distinction peut pousser à la provocation, à la transgression, voire même à la violence, en allant susciter la peur et la haine des autres pour exister malgré tout dans leur économie psychique et émotionnelle. « Le conformiste est en apparence plus modeste que le vaniteux ; mais l'un n'a pas moins besoin de reconnaissance que l'autre. »⁴³

Une autre distinction conceptuelle opératoire pour penser les enjeux relatifs à la reconnaissance est que ce désir comporte deux étapes ou deux niveaux : la reconnaissance de notre *existence* et la reconnaissance de notre *valeur*. Les humains demandent d'abord aux autres de reconnaître leur existence⁴⁴ (on pourrait dire qu'il s'agit là de la reconnaissance au sens étroit). C'est ensuite seulement que se posera la demande que l'autre confirme leur valeur. Le premier niveau est en quelque sorte non négociable pour l'être humain. Nous sommes capables de tout, même du pire, pour nous assurer de la reconnaissance de notre existence. Hegel disait que l'humain peut donner sa vie pour s'assurer de cette reconnaissance fondamentale⁴⁵. Par contre, que l'autre ne donne pas de valeur à notre point de vue ou à nos actes peut être difficile à accepter ou frustrant, mais reste vivable. Que l'autre juge comme bien ou mal ce que nous faisons implique qu'il a déjà admis notre existence même.

Paul Watzlawick et d'autres chercheurs de l'école de Palo Alto⁴⁶ ont produit une théorie de la communication devenue classique. Il s'agit d'une théorie dite « prag-

⁴² T. TODOROV, « La reconnaissance et ses destinées », in *La vie commune. Essai d'anthropologie générale*, Seuil, Paris, 1995, pp. 95-135.

⁴³ *Ibid.*, p. 99.

⁴⁴ C'est ce qu'Alexandre Kojève relève dans la première partie de son livre d'introduction à Hegel, notamment dans la première partie où il traduit et commente la dialectique du maître et de l'esclave (A. KOJÈVE, *Introduction à la lecture de Hegel*, Paris, Gallimard, 1947).

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ P. WATZLAWICK, J. HEIMCK BEAVIN et D. JACKSON, *Une logique de la communication*, Paris, Seuil, 1972.

matique », c'est-à-dire qui tente de modéliser le fonctionnement de la communication humaine dans les faits et non pas la manière dont cette communication devrait fonctionner. Le premier axiome de la théorie est qu'il est « impossible de ne pas communiquer », car même si l'on peut ne pas parler, il est impossible de ne pas laisser transparaître quelque chose de nous dans notre comportement. Même dormir, tomber dans les pommes ou être distrait sont des comportements. Il n'y a pas que les mots qui ont valeur de message. Les gestes, le regard et les mouvements ont aussi cette fonction. Alors, si tout comportement a valeur de message, il en résulte qu'il est impossible de ne pas communiquer. Néanmoins, l'humain peut vouloir tenter l'impossible en développant des stratégies pour tenter d'empêcher toute communication. La stratégie la plus saine est le « refus » de communiquer, c'est-à-dire signifier directement à autrui qu'on ne veut pas ou qu'on ne peut pas interagir avec lui. Une autre stratégie pour stopper une communication qui ne peut pas se refuser directement est de ressentir un symptôme : nous pouvons ressentir un mal à la tête, un vertige, ou subir des nausées et autres malaises qui permettraient de couper l'échange sans devoir pour autant le refuser. Finalement, il y a le « déni » de la communication : je traite l'interlocuteur comme inexistant, je n'accuse pas réception de son message, de sa question, de sa demande, je ne dis ni oui ni non, je lui inflige une sorte de mort sociale⁴⁷. Cela correspond amplement à l'idée que la non-reconnaissance du deuxième niveau correspond à un rejet ou un manque de confirmation de ma valeur, tandis que la non-satisfaction du premier niveau implique un déni de reconnaissance⁴⁸.

Les distinctions évoquées permettent de prendre la mesure du fait que, dans les médiations, la question n'est pas toujours qu'on reconnaisse la valeur d'une des parties, mais son existence même. Si le sujet se sent privé de ce niveau précis de la reconnaissance, il peut être très difficile de parler, de mettre sur la table d'autres besoins ou intérêts. Les passions de haine ou de violence qui peuvent se déchaîner prennent parfois le sens d'un besoin de reconnaissance de sa propre existence et de confirmation de celle-ci par l'autre. Ouvrir ces niveaux-là du conflit peut parfois être nécessaire et en même temps dangereux. En effet, la médiation et la psychothérapie ne se confondent pas. L'aporie étant que l'on ne peut pas avancer dans le processus de médiation si rien n'est dit à ce sujet lorsqu'il est à vif et entrave tout dialogue. On voit bien la complexité de la chose : il n'y a pas de recette à donner au médiateur quant à la bonne façon de s'y prendre, d'accueillir ces besoins et ces affects fondamentaux, tout en restant vigilant aux limites, à l'impuissance relative de la médiation pour pallier ces manques. Le fait même que la médiation invite à un échange « tempéré », « calme » peut impliquer un déni de reconnaissance pour certains acteurs qui ne peuvent se sentir réconfortés qu'en poussant autrui à l'explosion colérique ou passionnelle. « La haine de quelqu'un, c'est son rejet : elle peut donc renforcer son sentiment d'existence.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ T. TODOROV, « La reconnaissance et ses destinées », *op. cit.*

Mais ridiculiser quelqu'un, ne pas le prendre au sérieux, le condamner au silence et à la solitude, c'est aller bien plus loin : il se voit menacé du néant. »⁴⁹

Être attentif dans une médiation aux enjeux de prestige, d'estime de soi, de honte et d'honneur qui se tissent autour du désir de reconnaissance implique toute une panoplie de considérations qui excèdent de loin cette communication. De plus, si nous ajoutons la dimension interculturelle, nous multiplions encore la complexité. Il nous semble qu'au-delà des différences culturelles – des sociétés holistes ou individualistes, des sociétés hiérarchiques (traditionnelles) ou égalitaires (démocraties modernes), des sociétés modernes ou postmodernes (ou hyper-modernes) –, l'aspiration à un sentiment de notre existence est universel. Ce qui est fort variable ce sont les modes d'y accéder, les voies disponibles dans différentes cultures et/ou sociétés pour satisfaire ou pour renoncer à ce besoin de reconnaissance.

Conclusion

Le psychique peut être le lieu où s'élabore le conflit. Il « peut », à condition qu'on n'y reste pas enfermé dans une rumination purement intime ou un soliloque qui éclipserait l'altérité. La médiation est une pratique qui suppose que les individus sont sortis de la solitude de la pensée et de l'expérience personnelle parce qu'ils parlent et entrent en conflit. Ils ont transféré, par un acte de langage, de pensée et d'interprétation, l'expérience intime vers le social. Ils ont mis en place – ou du moins ils essaient de le faire – un trait d'union entre la rumination et l'autre, entre l'individuel et le collectif.

Ce processus de liaison qui passe par le langage est une activité qui pourrait définir le psychisme. Mais ce transfert, ce passage, est subtil et il n'est pas garanti. Il y a des logiques sociales qui de toute évidence ne le favorisent pas. Nous avons évoqué la montée des politiques de consensus, pratiques qui « invisibilisent » le conflit. Il y a aussi le recours à la technique, à l'outil qui répare et solutionne. Somatiser un conflit amène d'emblée la recherche d'un médicament qui soulage, mais esquivé la question d'une problématisation, d'une mise en mots et d'un dispositif de parole. L'épuisement du *burn-out* ou d'autres formes actuelles de fatigue et de désengagement dirigent l'individu vers la recherche d'une détente plus que d'un dialogue. L'industrie des loisirs ou les écrans peuvent officier comme une réponse prête-à-porter, bien plus simple et rapide qu'une médiation ou qu'une thérapie. Le flux médiatique peut noyer nos états d'âme, nos conflits psychiques, interpersonnels ou sociaux avant même qu'ils puissent être formulés. Avant l'apparition des *smartphones*, Julia Kristeva écrivait :

« L'image a l'extraordinaire puissance de capter vos angoisses et vos désirs, de se charger de leur intensité et d'en suspendre le sens. Ça marche tout seul. La vie psy-

⁴⁹ *Ibid.*, p. 101.

chique de l'homme moderne se situe désormais entre les symptômes somatiques (la maladie avec l'hôpital) et la mise en image de ses désirs (la rêverie devant la télé). Dans cette situation elle se bloque, s'inhibe, se meurt. Pourtant, on ne voit que trop bien les bénéfices d'un tel réglage. Plus encore qu'une commodité ou une nouvelle variante de "l'opium du peuple", cette modification de la vie psychique préfigure peut-être une nouvelle humanité, qui aura dépassé, avec la complaisance psychologique, l'inquiétude métaphysique et le souci du sens pour l'être. N'est-ce pas fabuleux, quelqu'un qui se satisfait d'une pilule et d'un écran ? »⁵⁰

L'expérience du *zapping* dans le flux numérique des images nous donne une autre figure du refoulement et du déni du conflit. Passant d'un message à l'autre, d'une nouvelle à l'autre : de l'assassinat d'un général iranien en Irak à une inondation en Inde, des lauréats du Festival de Cannes à un féminicide, du football aux ultimes séries sur Netflix, pour terminer avec les derniers ravages climatiques, il devient difficile pour le spectateur de se focaliser sur quelques sujets exposés et il n'a pas d'émotion durable. Si l'émotion n'arrive pas à se situer, à irriguer quelque chose, tout perd en relief, tout se banalise et l'individu s'alourdit dans un état de torpeur. Cette banalisation de l'information est la réussite du refoulement du conflit et même de son déni, car les guerres et tout le reste sont devant nous, tous les jours, à tout moment. Quand le flux d'informations est excessif et ne discrimine pas les sujets entre l'essentiel et l'accessoire, il y a du trop. Alors, de manière défensive, on peut être poussé à vivre comme si de rien n'était.

L'actuelle « explosion sociale » chilienne est, parmi d'autres phénomènes analogues, un exemple de crise et d'espoir du retour du conflit. Elle est signe de l'impossibilité de se conformer à une intériorisation silencieuse du conflit, à sa banalisation ou à son traitement purement technique. Le conflit est préférable à la barbarie que peut susciter son effacement. Il y a quelques années, Slavoj Žižek⁵¹ a proposé une idée intéressante sur la suppression du conflit dans le champ politique. La politique du consensus avait provoqué la diminution des différences entre les partis politiques. *Grosso modo*, les projets étaient très proches ou absents, réduisant les discours à une « gestion de l'État ». Il s'est construit alors ce que Žižek appelle le « communisme libéral », basé sur la peur, qui est la version contemporaine de la social-démocratie des sociétés du risque. Dans cet état de la politique, le conflit tend à disparaître de la discussion démocratique mais il se déplace ailleurs. Émergent alors les nationalismes et les fondamentalismes comme symptôme de cette absence du conflit, qui fait retour quand même, par la bande, mais sous un mode cruel, brutal ou meurtrier.

À l'échelle de l'individu, on retrouve aussi des formations du conflit par la bande, en dehors de ce qui se dit. Les corps fatigués, les rapports virulents, insidieux, haineux, harceleurs, la montée des incivilités – qui représentent un essor de ce qu'Amélie Nothomb appelle les « nuisances autorisées »⁵² –, ce passe-temps en

⁵⁰ J. KRISTEVA, *Les nouvelles maladies de l'âme*, Paris, Fayard, 1993, pp. 17-18.

⁵¹ Sl. Žižek, *Violence. Six réflexions transversales*, France, Au Diable Vauvert, 2012.

⁵² A. NOTHOMB, *La cosmétique de l'ennemi*, Paris, Albin Michel, 2001.

expansion qui consiste à pousser l'autre à bout dans les limites de ce qui est permis... Toute une panoplie de phénomènes relatifs aux relations malaisées peuvent se situer en tant que formes barbares du conflit.

Les demandes de reconnaissance insatisfaites corrélatives des identités blessées prennent beaucoup de place dans notre actualité. Il s'agit d'expressions moins politiques et plus identitaires du conflit. Est-ce une tâche de la médiation de répondre à ces demandes ? Je ne le pense pas ; ce serait tomber dans la tentation actuelle de certaines pratiques sociales qui veulent promettre du bonheur en répondant à toutes sensations de manque par des illusions techniques. Il faut être lucide : je pense qu'il y a un risque que la médiation puisse devenir un « *emoditie* »⁵³, les nouvelles marchandises émotionnelles qui se mettent à circuler dans nos sociétés de l'autonomie. Le bonheur est une des injonctions fondamentales de la version psychologisante du néolibéralisme, qui se nourrit de la psychologie dite « positive ». « Le bonheur est désormais fait d'un ensemble d'*emodities*, c'est-à-dire des services, thérapies et produits qui promettent une transformation émotionnelle et aident à la mettre en œuvre. »⁵⁴ Si la croissance économique des sociétés dites « développées » ne tient plus, on change le cap vers la croissance personnelle via des techniques de « développement personnel ». Ces *emodities* surgissent de manière sinieuse et variée : « elles font leur apparition dans certains départements d'université, sous forme de théories, mais elles ne tardent guère à s'intégrer aux différents marchés – les entreprises, les fonds consacrés à la recherche, l'industrie du style de vie »⁵⁵. La maîtrise de soi et de ses émotions, la quête d'authenticité et d'épanouissement, de pleine conscience ou de développement personnel, toutes ces techniques ne font pas que séduire le narcissisme en lui proposant des nouveaux idéaux. Elles font aussi circuler des nouvelles marchandises émotionnelles (les *emodities*).

Accueillir les désirs de reconnaissance inassouvis dans le cadre d'une médiation ne veut donc pas dire qu'il faille les satisfaire directement, mais bien qu'il est possible d'en parler. Nommer, mettre des mots sur ces questions implique d'humaniser la douleur psychique et identitaire et, ce faisant, humaniser le conflit.

⁵³ Néologisme anglais formé sur la contraction de *emotional commodity*. Il désigne la dérive contemporaine qui fait des émotions des marchandises et un objet de stratégies commerciales.

⁵⁴ E. CABANAZ et E. ILOUZ, *Happycratie. Comment l'industrie du bonheur a pris le contrôle de nos vies*, France, Premier Parallèle, 2018, p. 22.

⁵⁵ *Ibid.*

Approche philosophique du conflit

Jean-Michel LONGNEAUX

*Philosophe, chargé de cours à l'Université de Namur
Conseiller en éthique dans le monde de la santé*

I. En quoi consiste une approche philosophique du conflit ?

Lorsqu'on s'intéresse aux différents modes de résolution des conflits, les questions qui se posent sont tout d'abord factuelles : on décrira le plus finement possible les différentes stratégies existantes ou souhaitables (mode à l'amiable ou juridictionnel). Selon les différences décrites, on précisera quelles sont les règles à respecter (organisation de l'espace, neutralité du tiers, respect de la parole de chacun...). Quelle est l'étendue du pouvoir de l'intervenant ? Quelles techniques d'animation, voire d'intervention seront utilisées ? Concernant le conflit lui-même, sur quoi porte-t-il ? On peut analyser les multiples circonstances très concrètes qui conduisent des individus à s'opposer... De telles études sont importantes. C'est d'ailleurs à partir d'elles qu'une réflexion philosophique pourra prendre son envol. En quoi consiste-t-elle ? Il ne s'agira pas de faire l'inventaire de toutes ces données pour les classer par fréquence, durée, gravité... La philosophie n'a rien à voir avec les statistiques. Il s'agira plutôt de chercher à dégager ce que de telles situations conflictuelles, aussi diverses soient-elles, nous enseignent sur la condition humaine. En d'autres termes, une réflexion philosophique cherche à s'élever au niveau de l'universel, c'est-à-dire de ce qui nous est commun en tant qu'homme ou femme, dans l'espoir de dégager en retour quelques points de vigilance pour la pratique. Notre question est donc la suivante : qu'est-ce que les conflits nous apprennent sur nous-mêmes¹, qui puisse intéresser ceux qui seront amenés à intervenir ?

Les conflits, on l'a dit, peuvent prendre des formes multiples. Pourtant, aussi divers soient les désaccords, et l'ampleur qu'ils peuvent prendre, on les désignera tous du même mot : on y verra à chaque fois « un conflit ». On est dès lors en droit

¹ La philosophie traite habituellement du conflit en métaphysique (par exemple Héraclite ou Hegel) et en philosophie politique (par exemple Claude Lefort, et les penseurs de la démocratie radicale), mais ces approches classiques nous éloigneraient du terrain qui nous intéresse ici. Nous limitons volontairement notre réflexion à ce qui peut intéresser les modes de résolution.

de se poser une question simple : qu'ont en commun ces situations pourtant si différentes² ? Une réponse s'impose de toute évidence : dans tous les cas, on se retrouve dans une situation où aucune des deux parties ne veut ou ne peut renoncer à ce à quoi elle tient. Il peut s'agir d'un droit légitime – ou du moins qui paraît tel à celui qui le revendique –, d'un pouvoir, de projets, d'argent, d'un désir de vengeance, d'un certain confort ou d'habitudes de vie, de moyens de subsistance, de sa dignité ou de son honneur, d'une raison de vivre... Il pourrait encore être question d'illusions (du point de vue d'un observateur extérieur), il n'empêche : la personne qui y croit et y est attachée de telle sorte que son existence en dépend ne pourra que s'opposer, parfois violemment, à celui ou celle qui, par ses exigences, la contraindrait à les abandonner. L'hypothèse inverse semble valider notre constat : si l'une des parties accorde à l'autre tout ce qu'elle revendique, il est évident qu'il n'y aura pas de conflit.

Lorsqu'on doit renoncer à quelque chose (ou à quelqu'un) qui nous est cher, on est amené à vivre un deuil. Notre culture a le défaut de limiter l'expérience du deuil à celle du décès d'un proche. En réalité, c'est au même processus que l'on est confronté chaque fois que la vie nous impose de renoncer définitivement à ce à quoi pourtant nous tenions. Ainsi, il semble qu'un conflit surgit chaque fois que les individus qui s'opposent refusent de faire le deuil qui pourtant s'impose à eux. Les différents modes de résolution de conflits n'ont-ils dès lors pas cela en commun d'aider ou d'obliger des personnes à traverser ces deuils dans lesquels elles restent bloquées ?

On pourrait d'emblée objecter que le thème du deuil nous éloigne d'une approche philosophique et nous oriente davantage vers des disciplines comme la psychologie ou la sociologie. Il est vrai que les données cliniques et scientifiques que nous possédons aujourd'hui sur le deuil proviennent principalement de ces sciences-là. Les ethnologues et les historiens des mœurs, tout comme les neurologues, contribuent aussi au développement de nos connaissances sur ce thème. La particularité du travail du philosophe consistera à exploiter les données pertinentes de ces différentes spécialités pour en extraire « ce qu'elles donnent à penser » concernant, on l'a dit, notre condition humaine³ et pour en dégager des enjeux communs aux différents modes de résolution des conflits. Nous allons, dans les pages qui suivent, en donner deux exemples.

² On pourrait aussi étendre notre réflexion aux conflits internationaux.

³ Pour un développement complet, voy. J.-M. LONGNEAUX, *Finitude, solitude, incertitude. Philosophie du deuil*, Paris, PUF, 2020.

II. Le conflit comme processus

Tout d'abord, la psychologie⁴ nous enseigne que le deuil est un processus qui prend du temps. Le conflit doit donc être compris à l'intérieur de ce processus. Il est vrai que chaque individu étant différent, le processus prendra une tournure singulière. On peut néanmoins dégager des constantes, à commencer par le fait qu'un deuil se vit toujours en deux temps. Lorsqu'un bouleversement s'opère, de telle sorte qu'il est impossible de continuer à vivre comme avant, on doit s'attendre à ce que les personnes concernées refusent tout d'abord ce qui vient de se produire. Ce n'est que dans un second moment qu'une acceptation pourra éventuellement avoir lieu : « éventuellement », car rien ne garantit à l'avance que les personnes impliquées auront les ressources pour y parvenir.

Le premier temps du deuil, qui est le temps du refus et donc du conflit à proprement parler, peut prendre plusieurs formes. Classiquement, on distingue la fuite : on ne veut plus se confronter à la situation (fuite physique, en partant au loin), on tente de ne plus y penser en se distrayant, on dénie la réalité, on s'invente une théorie pour ne plus voir ce qui fait problème. Dans ce dernier cas, il est classique de reporter tous les torts sur l'autre pour ne pas reconnaître qu'on est peut-être aussi en partie responsable de la situation. Tous ceux qui s'opposent d'une façon ou d'une autre à cette fuite (en rappelant les faits, en organisant une rencontre pour aborder les questions qui fâchent...) prennent le risque d'envenimer la situation. La personne en souffrance déploie tous ses talents pour échapper à ses tourments, et voilà que croyant bien faire, un tiers cherche au contraire à l'exposer à nouveau à l'insupportable. On peut comprendre que cette maladresse aggravera les réactions de fuite. Autre attitude de refus de la réalité : la violence. Le choc subi est réexpédié vers celle ou celui qui sera tenu(e) pour responsable. En s'en prenant ainsi à un autre, on témoigne qu'on est incapable d'accepter l'inacceptable, qu'on reste persuadé qu'il n'y a d'ailleurs pas lieu de l'accepter, et donc qu'on espère encore secrètement pouvoir échapper à ce que pourtant le destin nous impose. Cette réaction peut prendre plusieurs formes, comme le refus obstiné d'entendre l'autre en le coupant systématiquement dans ses prises de parole, ou en l'insultant, voire en le harcelant et le menaçant de s'en prendre à ses biens ou à sa personne, ou en l'agressant effectivement. Enfin, dernière attitude possible : l'effondrement. S'il faut vivre en étant privé de ce à quoi on tenait tant, alors la vie n'a plus aucun sens. La personne s'effondre intérieurement, elle n'a plus aucun désir, pas même celui de sauver ce qui peut l'être. La dépression, le repli sur soi, voire la tentation du suicide deviennent obsédants. Le passage à l'acte est parfois la seule issue.

Ces différentes attitudes, qui prennent des formes multiples, sont toutes les symptômes d'une incapacité à accepter actuellement ce qui est en jeu dans le deuil. Ce n'est que dans un second temps – qui peut venir tardivement – qu'une

⁴ Voy., entre autres, Chr. FAURÉ, *Vivre le deuil au jour le jour*, Paris, Albin Michel, 1995 ; M.-L. BOURGEOIS, *Le deuil clinique et pathologique*, Paris, PUF, 1996 ; E. KÜBLER ROSS, *Sur le chagrin et le deuil*, Paris, Pocket, 2011.

personne en souffrance finira par envisager la possibilité de concéder ce qu'elle ne peut pas refuser. C'est que la réalité est têtue et use peu à peu toutes les résistances, toutes les espérances. Dans ce second temps, qui conduit à l'acceptation, les psychologues notent le moment incontournable du marchandage. L'endeuillé accepte de vivre sans ce qu'il a perdu, mais à condition d'y trouver un intérêt ou un avantage. L'homme ne sait renoncer à rien, écrivait Freud, il ne sait qu'échanger. Ce n'est qu'à ce prix, qui est différent d'une personne à une autre, qu'une issue apaisée sera envisageable. Si l'acceptation est impossible, faute de compromis, l'individu s'enfermera dans ce que l'on appelle un deuil pathologique. Concrètement, il restera enfermé dans la fuite, la violence ou l'effondrement.

Ce petit rappel qui caricature ce que peut être un processus de deuil est riche d'enseignements pour éclairer ce qu'est un conflit, et pour comprendre ce qui se joue dans les différents modes de résolution... En ce qui concerne le conflit, on notera les quatre points suivants :

- 1) On aurait tort de limiter le conflit à la seule phase de violence. La fuite et l'effondrement intérieur sont tout autant des symptômes d'un conflit en cours.
- 2) Quelle que soit donc la forme qu'il prend au niveau des comportements, un conflit est toujours la manifestation d'une souffrance. Celle-ci porte sur l'incapacité à lâcher ce à quoi la personne concernée tient. On aura donc une double attitude à l'égard d'un conflit. D'une part, il faut le permettre car il est une expression normale et salutaire de la souffrance en cause. Empêcher l'expression du conflit, c'est empêcher le processus de deuil de progresser. Les émotions alors refoulées deviendront un poison qui détruira peu à peu l'endeuillé (deuil pathologique). Mais, d'autre part, on ne peut accepter que le conflit soit banalisé et devienne un style de vie à part entière car il renvoie toujours à une souffrance, et toute souffrance demande à cesser. Une intervention, quelle qu'elle soit, ne cherchera pas à sortir du conflit en tant que tel, mais bien de la souffrance qui conduit au conflit.
- 3) Si le conflit est un comportement normal qui n'a pas à être jugé, une limite doit cependant être rappelée : personne ne peut s'en prendre physiquement à qui que ce soit. Ici, la morale reprend ses droits et oblige que l'on intervienne. Mais, on l'aura compris, de ce que l'on ne peut agresser personne, il ne s'ensuit pas qu'on n'a pas le droit d'exprimer par la colère par exemple la détresse dans laquelle on se trouve.
- 4) Quoi qu'il en soit, le conflit est inhérent à l'existence humaine s'il est vrai que vivre ensemble, dans ce monde où tout passe, c'est nécessairement être constamment confronté à des renoncements, donc à des deuils. On se méfiera par conséquent de ces idéologies qui rêvent d'un monde pacifié où triomphe une harmonie édénique entre les hommes. C'est en ce sens qu'on doit interroger par exemple le concept à la mode de « médiation préven-

tive»⁵. Si cette expression signifie que la médiation est une technique qui essaie de prévenir un procès ou, tout au moins, une aggravation de la situation, on pourrait encore l'admettre. Mais si elle désigne, comme c'est le cas, une médiation qui devrait intervenir avant même l'apparition d'un conflit, dès qu'on croit observer un début de tension, on doit s'inquiéter... ou du moins s'interroger. Renoncer est difficile. On peut le regretter mais, pour la plupart d'entre nous, le seul chemin possible est de s'opposer d'abord au destin qui nous prive de ce qui nous est précieux. On aurait tort d'y voir une perte de temps : ce détour, qui peut se révéler aventureux, est le temps dont nous avons besoin pour, à l'usure, nous ouvrir peu à peu à la possibilité d'une acceptation. On doit craindre que ce type de médiation dite « préventive » – qui aimerait faire l'économie de ce temps du conflit – rencontre du succès surtout dans les entreprises ou les lieux collectifs comme les écoles par exemple, ou les hôpitaux, car elle permet que leur bon fonctionnement ne soit pas perturbé. Rien ne doit les remettre en question, pas même la vie humaine en sa complexité.

Concernant les modes de résolution de conflits, plusieurs questions se posent. Mais sans doute faut-il ici distinguer les modes à l'amiable et les modes judiciaires. Concernant les premiers, quand, dans l'histoire d'un conflit, doit avoir lieu une intervention ? On serait tenté de répondre que ce type de démarche correspond à la phase de marchandage. En d'autres termes, elle peut être mise en place lorsque les parties en présence ne sont plus dans le premier temps du deuil, qui est le temps du conflit en tant que tel, mais lorsqu'elles ont épuisé ce premier moment et sont à présent disposées à en sortir en tenant compte cette fois de la réalité à laquelle elles ne peuvent pas échapper. Trop tôt, une démarche amiable risque d'échouer : soit l'une des parties fuit et donc ne se présente pas ou plus aux séances (tous les prétextes seront bons) ; soit elle instrumentalise la démarche pour en faire le lieu où elle va régler ses comptes, humilier l'autre qu'elle tient pour responsable de tous ses malheurs ; soit désespérée, elle consentira à toutes les exigences du camp adverse. Son seul souci est d'en être quitte. Mais, à supposer que les deux camps soient disposés à marchander, on n'est pas à l'abri de régressions. En d'autres termes, l'une ou l'autre partie, ou les deux peuvent retomber dans des comportements provisoires de fuite, de violence ou d'effondrement. Que faire dans ces cas ? Doit-on exclure de telles attitudes au prétexte qu'elles ne sont pas respectueuses de la procédure à l'amiable, ou bien le tiers peut-il les autoriser parce qu'il les considère au contraire comme normales dans un tel processus ? Il en résulte une dernière question : lorsque le tiers fait face à des comportements de fuite, de violence ou d'effondrement, comment savoir si l'on est seulement dans une phase transitoire de régression, ou si les parties en présence ne sont en réalité pas encore prêtes pour une résolution à l'amiable ? De quels outils dispose-t-on pour distinguer les situations afin de prendre la meilleure décision possible, à savoir celle

⁵ J.-Fr. SIX, *Dynamique de la médiation*, Paris, Desclée de Brouwer, 1995.

de poursuivre malgré tout, ou celle de suspendre, voire d'arrêter ce type de processus ?

Du côté des modes juridictionnels de résolution des conflits, la décision imposée fait office de couperet : elle impose un deuil chez au moins l'une des deux parties en conflit, qui n'était pas, jusque-là, disposée à négocier. Qu'est-ce qui est prévu pour aider la personne à consentir au jugement ? Un accompagnement est-il envisagé pour autoriser le premier temps du deuil, à savoir celui du refus, de la fuite, de la colère ou de l'effondrement ? Ces différents comportements, ou du moins certains d'entre eux, seront-ils perçus comme des infractions ou comme des étapes normales par lesquelles celui qui se voit imposer une décision peut passer ?

III. Sur quoi porte un conflit ?

Une deuxième question mérite d'être abordée : sur quoi porte le conflit ? En d'autres termes, de quoi fait-on le deuil ? Ou plus exactement, tant qu'il y a conflit, de quoi refuse-t-on de faire le deuil ? Est-ce seulement de l'objet concret du conflit lui-même (de l'argent, un droit de garde, une promotion professionnelle...) ? En focalisant toute l'attention de ce côté-là et en cherchant ou en imposant à son propos un compromis, on s'empêche de comprendre pourquoi les deux parties ne parviennent pas à trouver un accord. Car, on en conviendra, les raisons de ce blocage sont moins à chercher dans l'objet lui-même que dans ce qu'il mobilise chez les personnes concernées. Une conversion du regard s'impose donc, qui doit nous faire passer de l'*objet* du conflit aux *sujets* en conflit. Qu'est-ce qui est mobilisé en eux et qui les attache à cet objet de telle manière qu'ils ne puissent se résoudre à y renoncer pour l'instant ? La question qu'on pourrait leur adresser serait donc la suivante : « Pourquoi, pour vous, est-il impossible de concéder à l'autre ce qu'il demande ? » Chacun va donc devoir chercher en lui-même ce qui l'empêche de lâcher prise. On doit bien évidemment s'attendre à ce que cela ne fonctionne pas du premier coup : il est tellement inconfortable de se remettre en cause que l'on préférera toujours parler de tout sauf de soi. L'attention retournera naturellement à la cause objective du conflit ou aux reproches adressés à l'autre. Il faudra donc insister : « Pourquoi ce que l'autre a fait ou exige ou refuse est-il pour vous inacceptable ? » ; « Qu'est-ce qu'il vous en coûte, à vous, de lui donner ce qu'il réclame ? »

Celui qui accepte d'entreprendre une telle descente en soi-même découvre que les points de blocage sont bien en lui – puisque c'est lui qui est actuellement dans l'impasse. Ce que l'autre exige ou refuse l'empêche tout d'abord de persévérer dans son identité. C'est, en effet, parce que cette femme se vit comme une maman à temps plein qu'il lui est impossible de concevoir de devenir une maman une semaine sur deux. C'est parce que cet homme se vit toujours comme un mari, ou comme une victime des agissements de son ex-conjoint, qu'il ne peut se résoudre

à lui concéder quoi que ce soit. C'est parce qu'il reste attaché à son identité de travailleur lié à un poste précis, avec ses habitudes, ses repères..., que cet employé ne peut accepter sa mutation. C'est parce que cet adolescent se croit libre de faire ce qu'il veut qu'il refuse d'obéir à ses parents ou à ses professeurs. Ce à quoi l'individu doit renoncer, c'est à cette identité à laquelle il s'identifie, qui est en vérité une identité déjà perdue de par les circonstances, ou une identité qui n'existe que dans son imagination. Simplement, il ne peut actuellement le concevoir. Il s'y accroche comme si sa vie en dépendait, comme si en faire le deuil, c'était n'être plus personne. Et c'est précisément pour cette raison qu'il entre en conflit avec tous ceux qui le menacent sur ce point.

L'identité telle qu'elle est ici envisagée concerne le rapport à soi. Mais notre vie ne se limite pas à ce premier niveau. Nous sommes aussi un être de relations. C'est parfois dans ce rapport à autrui, c'est-à-dire dans notre manière de vivre nos relations, que les deuils viennent également nous bousculer. Certains conflits, en effet, ont pour enjeu le fait de devoir être privé de ces relations importantes pour nous. On l'évoquait à l'instant, c'est le cas lorsqu'un parent doit renoncer à la garde exclusive de ses enfants ou à une relation de couple ou lorsqu'un travailleur doit quitter ses collègues. En ayant à faire le deuil d'une identité à laquelle il tenait, l'individu devra aussi faire le deuil des relations telles qu'il les vivait jusqu'alors et qui étaient liées à cette identité. Plus celles-ci étaient investies sur le mode de la dépendance, et plus le deuil sera difficile. Mais ce n'est pas toujours l'absence de l'autre, et donc le fait de se retrouver seul, qui est redoutée. Parfois, c'est seulement la peur d'être désormais mal vu par les autres qui bloque un litige. Par exemple, un homme, en conflit avec son employeur, est encouragé par son épouse ou ses collègues à ne rien céder. La peur de les décevoir et donc de passer pour un lâche ou un faible l'empêchera de se montrer conciliant, ce qui envenimera le conflit et conduira la procédure à l'amiable à l'échec.

Enfin, troisième deuil possible, souvent lié aux deux précédents, c'est celui de nos projets ou, plus largement, celui de l'avenir tel qu'on l'envisage. C'est en effet à partir des rôles qu'il « joue » dans l'existence qu'un individu déploie l'avenir et le rend prévisible. Parce qu'il a un travail, ses semaines sont rythmées par des horaires précis, il peut programmer ses prochaines vacances, il peut aussi envisager de contracter un emprunt sur vingt ans pour l'achat d'une maison... S'il perd son statut, il perd dans la foulée son rapport à l'avenir. Celui-ci redevient incertain, il échappe à son contrôle, il n'a plus de sens et le mène désormais nulle part. Comment va-t-il vivre à présent ? À quelle heure se lever le matin ? Et pour quoi faire ? Devra-t-il revendre sa maison ?... Certains conflits s'enliseront parce que l'une des deux parties – ou les deux – est incapable de renoncer aux projets qui donnaient jusque-là du sens à son existence et lui procuraient par conséquent un sentiment de sécurité.

Tant que notre existence suit son cours ordinaire, nous vaquons à nos affaires sans nous poser de questions. Mais il suffit que certaines circonstances nous interrompent dans notre élan – celles qui seront l'objet d'un conflit – pour qu'il

nous soit donné de voir ce que nous sommes, ou plus exactement ce que nous sommes empêchés d'être, et qui nous constitue au plus intime de nous-mêmes. En souffrant d'être privés de tel rôle particulier dans lequel nous nous étions investis, nous nous découvrons comme un « être-en-quête-d'identité », c'est-à-dire un être dont la nature est d'exister précisément à travers des rôles ou des fonctions. En souffrant de perdre des relations privilégiées, nous nous découvrons comme un « être-avec-autrui », c'est-à-dire comme un être qui n'existe pas seulement en lien *avec* certaines personnes privilégiées, mais qui n'existe aussi que *par* elles. En souffrant d'être dépossédés des projets qui donnaient sens à notre vie, nous nous découvrons comme un « être-qui-doit-se-donner-un-avenir ». Cet « être en quête d'identité, de relations et d'avenir » se dévoile moins en nous comme une essence figée que comme une exigence, un désir, un élan qui s'incarne concrètement sous diverses formes vécues singulièrement, « à notre façon » : en tant que conjoint, professionnel, parent... Être touché là, dans cet élan ou dans ces désirs auxquels on s'identifie, c'est voir toute sa vie s'effondrer. On peut dès lors comprendre que dans un premier temps, on recule devant cet abîme et que l'on combatte tout ce qui nous y précipite.

Ces quelques brèves considérations sur les ressorts d'un conflit interrogent pour la seconde fois les différents modes de résolution. Que doit-on y travailler ? On serait tenté de répondre : l'objet de la « plainte », ou si l'on préfère, le problème concret sur lequel les deux parties n'arrivent pas à s'entendre. Mais on admettra, à la suite de ce que nous avons vu, qu'à s'en tenir à ce seul niveau, on reste à la surface des véritables enjeux, on s'empêche de comprendre les résistances internes aux individus impliqués et, donc, on se condamne à ne pas percevoir ce qui se passe vraiment durant de telles procédures. C'est donc prioritairement au niveau plus intime de l'identité, des relations et des projets qu'il faut travailler. C'est à ce niveau-là que se joue le véritable marchandage auquel nous avons fait allusion au point précédent : en échange de quoi accepterais-je de renoncer à ce que j'aimerais pourtant continuer à être, aux relations qui me sont chères et aux projets qui donnent sens à mon existence ? Or, une objection saute aux yeux : ce travail ne nous renvoie-t-il pas du côté de la psychothérapie ? Est-ce vraiment à un juge, à des avocats ou à des médiateurs par exemple qu'il revient d'intervenir dans ces situations, puisque l'enjeu réel est de l'ordre des affects et du psychisme ?

Une réflexion en deux temps peut nous aider à répondre à ces questions. Premièrement, il nous semble qu'un professionnel doit avoir une connaissance fine des enjeux humains liés à un conflit. Sans quoi, on l'a dit, il risque de rester aveugle et démuné devant les revirements de situations, les propos surprenants ou les attitudes parfois inattendues des uns et des autres en cours de processus. Privé de telles grilles de lecture, il n'aura également aucun moyen de comprendre pourquoi son intervention a pu échouer ou réussir. Mais, deuxième point, il ne faut surtout pas que ce professionnel joue au psychothérapeute. Cette affirmation peut sembler paradoxale, eu égard à ce qui précède, et pourtant elle s'explique. C'est précisément parce que les modes de résolution de conflit ne sont pas des

psychothérapies et qu'ils s'interdisent de l'être qu'ils peuvent avoir un impact salubre, que l'on peut qualifier de psychothérapeutique. On entend ici, par « impact psychothérapeutique », le fait d'aider des personnes à faire le deuil de ce qu'elles ne sont plus pour se réconcilier avec ce qu'elles sont devenues.

En effet, c'est précisément parce que les modes de résolution de conflit se focalisent sur l'objet concret d'un litige qu'ils deviennent parfois – parfois, car ça ne marche pas toujours – l'occasion d'un dénouement du côté des résistances intrapsychiques en jeu. S'attaquer frontalement à celles-ci, en proposant aux personnes en difficulté une psychothérapie, c'est parfois renforcer des réactions de rejet ou de défense. Les modes de résolution de conflit sont en quelque sorte une ruse de la raison: ils fixent l'attention sur le désaccord concret qui oppose les parties en conflit; ce faisant, ils détournent le regard de là où ça fait mal – c'est-à-dire de la souffrance intérieure des personnes elles-mêmes; et ce n'est qu'à cette condition, pourvu que cela se passe à l'insu et de ceux qui s'opposent et du tiers lui-même, que les parties en conflit se surprendront parfois à éprouver un apaisement intérieur. Le dénouement du litige (imposé ou non) a délié ces personnes de ce qu'elles n'étaient plus mais ne parvenaient pas quitter. Elles ont eu besoin d'un moyen détourné pour y parvenir⁶.

Éclairer le rôle des professionnels qui interviennent dans la résolution de conflits à partir du deuil, c'est comprendre qu'ils font beaucoup plus qu'ils ne le croient quand ils aident des personnes à trouver par elles-mêmes une solution à leur différend, ou quand ils décident pour elles. Mais après tout, il est peut-être sage qu'ils l'ignorent, qu'ils n'y croient pas, ou même qu'ils en refusent l'idée, car c'est à ce prix qu'ils conservent ce pouvoir.

⁶ On retrouve le même enjeu avec l'art-thérapie qui est si mal nommée. Certains professionnels constatent en effet que le pouvoir thérapeutique de l'art-thérapie n'est effectif que si l'on renonce à tout projet thérapeutique et qu'on y voit que de l'art. Voy. sur ce point la revue *Ethica Clinica*, n° 79, septembre 2015. Si l'on devait prolonger ce point, on montrerait que les modes de résolution de conflits sont en vérité des rites (dans le registre de la Justice) qui, comme tous les rites, tant qu'ils sont « efficaces », ont pour fonction première d'aider à vivre des deuils et donc des conflits en les socialisant. Voy., sur ce point, notre ouvrage *Finitude, solitude, incertitude. Philosophie du deuil*, op. cit., en son chapitre 3.

Le conflit, moteur et enjeu du droit

Sept propositions

François OST

Professeur émérite invité de l'Université Saint-Louis – Bruxelles

« Si la paix est le but que poursuit le droit,
la lutte est le moyen de l'atteindre. »¹

Introduction

Que le droit soit un instrument de pacification, qui le contesterait ? Encore faut-il bien s'apercevoir que paix et pacification n'impliquent pas absence de conflits, mais plutôt existence de mécanismes (juridiques) permettant de les régler autrement que par la violence – ce que Julien Freund appelle un « état agonal » caractérisé par l'établissement d'une arène (la société devenue « civile ») au sein de laquelle prévalent des règles du jeu présidant à l'affrontement des protagonistes². Cette présentation « agonale » de la paix sociale est parfaitement en phase avec les conceptions les mieux fondées de la démocratie, telle celle que propose Paul Ricœur : « régime qui ne cherche pas à occulter la division sociale ni les conflits qui le traversent, mais qui s'emploie à leur trouver un règlement pacifique »³. Dans le même sens, Chantal Mouffe fait opportunément observer que « politique » renvoie aussi bien à *polis*, la cité, qu'à *polemos*, la guerre⁴.

Ce n'est cependant pas encore assez de soutenir que c'est de manière « agonale » que le droit poursuit sa finalité « irénologique » (pourvoyeuse de paix). Il faut aller plus loin et reconnaître que le droit, qui est aussi « motif » de conflits, remplit un rôle « polémogène », en entretenant des conflits qui lui sont internes aussi bien qu'externes. Sur le plan interne, il nourrit les conflits qui opposent un droit à un autre et, plus généralement, toutes les revendications, parfois violentes, menées au nom de son droit, son « bon droit ». Conflits internes aussi, au second degré cette fois, opposant telle conception du droit (génératrice de droits subjectifs), à telle autre vision opposée – généralement, on l'aura reconnu, la tension,

¹ R. VON IHERING, *La lutte pour le droit*, traduit par O. de Meulenaere, Paris, Librairie A. Marescq, 1890, p. 1.

² J. FREUND, « Préface à la réédition de 1978 », in *L'essence du politique*, Paris, Sirey, 1978, p. 54.

³ P. RICŒUR, « Éthique et politique », in *Du texte à l'action*, Paris, Seuil, 1986, p. 404. Si le juste est le principe constitutif de la démocratie, son application concrète relève d'un conflit des interprétations permanent. La recherche de l'accord de tous présuppose la possibilité du désaccord de chacun.

⁴ Ch. MOUFFE, *La politique et ses enjeux. Pour une démocratie plurielle*, Paris, La Découverte, 1994, pp. 10-11.

aussi vieille que le droit, entre la « lettre » et l'« esprit », ou encore entre le droit posé (positif) et le droit « meilleur » (naturel, rationnel, équitable...). Sur le plan externe, le droit est aussi source de conflits dès lors qu'il entre tantôt en opposition avec telle ou telle sphère qu'il entend policer, tantôt en concurrence avec telle autre qui prétendrait exercer un arbitrage concurrent au sien.

La thèse du conflit « moteur et enjeu du droit » se décline en sept propositions.

I. Le conflit, de la violence originaire (*bia*) à l'affrontement réglé (*agon*)

En son principe originaire, la violence pourrait bien participer de forces vitales illimitées; c'est contre cette violence primitive déchaînée que la civilisation tente de se construire (Hobbes, Freud, Girard). Si les montages juridiques représentent le stade le plus abouti de cette domestication de la violence, le stade « agonal » (J. Freund) en est une étape intermédiaire: l'affrontement est cadré par un minimum de règles et, si les partenaires s'affrontent, c'est sans volonté d'annihilation réciproque.

Sans doute Héraclite a-t-il raison d'écrire que « le combat est le père et le roi de tout » (fragment 60); encore faut-il comprendre que cette violence, avant d'être dispute domestique ou guerre politique, est un rapport archaïque à soi-même, une sauvagerie primitive – précisément la forme d'énergie vitale que vise le terme grec *bia*. Fond originaire de la vie qui tout à la fois se reproduit sans cesse (*natura naturans*) et se détruit périodiquement, chaos informel, vie cosmique qui dévore les formes qu'elle engendre. Déchaînement de forces que célèbrent les rites païens et qui, aujourd'hui encore, fait périodiquement irruption sous forme de guerres meurtrières, d'ivresses patriotiques ou religieuses, ou encore d'illimitation technique dévoratrice.

René Girard s'approche de ce foyer primitif en évoquant la « violence essentielle », dont les hommes nourrissent l'intuition et la crainte, sous la forme d'une menace d'anéantissement dans une guerre de tous contre tous⁵. Opérant comme une loi naturelle irrépressible, sur le modèle de la flamme qui se nourrit de tout ce qu'on lui oppose, cette violence est mimétique dans son essence⁶. Elle procède de la disparition des différences et de la confusion des personnes, et reproduit indéfiniment la violence en miroir, chaque coup appelant son contrecoup.

Le droit, apparu infiniment plus tardivement, se caractérise par une volonté d'arrachement à cette confusion primitive, une tentative de canalisation de la violence primordiale, un endiguement du désir et des peurs déchaînés. Le moment juridique est un moment d'écart, une prise de distance: un geste de réflexivité ou de retour sur soi, qui tout à la fois rend possible la constitution d'une identité

⁵ R. GIRARD, *La violence et le sacré*, Paris, Fayard, 2010 (Grasset, 1972), p. 49.

⁶ *Ibid.*, pp. 51 et s., 86 et 126.

individuelle et spécifique (le contraire de l'indifférenciation mimétique), la prise en considération d'autrui, et l'inscription du « je » et du « tu » dans ce qu'on pourrait appeler une logique « pronominale » qui en assure le dédoublement, la représentation, la substituabilité, bref l'inscription dans un jeu d'échange qui libère du face à face et de la violence primitifs. Mais, bien entendu, ce résultat, qui culmine avec l'état de droit et la reconnaissance des droits fondamentaux, est le fruit d'une très longue évolution culturelle et historique, toujours réversible d'ailleurs, comme l'histoire l'a montré à maintes reprises. Mais entre *bia*, violence primitive qui toujours menace, et *ius*, qui s'en arrache parfois avec succès, se développe un stade ou une figure intermédiaire : *agon*, l'affrontement réglé.

Julien Freund distingue, à cet égard, « état polémologique » et « état agonal » ; dans le premier, les protagonistes s'affrontent en ennemis, dans un but d'élimination réciproque ; dans le second, ils se mesurent en adversaires, dans le but de l'emporter sans doute, mais sans volonté d'annihilation. L'état agonal, précise encore Freund, se caractérise par une certaine « domestication de la violence au moyen de règles du jeu que l'ensemble social respecte relativement », alors que l'état polémologique s'installe dans une violence incontrôlée⁷.

En zone agonale, tout se passe comme si la règle de droit, qui a réussi à s'imposer, reste encore directement indexée au jeu des forces issues du monde de la violence primitive, et comme sous leur contrôle. On se contentera d'évoquer ici deux illustrations.

Un exemple assez massif d'une situation intermédiaire entre *bia* et *ius* peut être trouvé dans le modèle d'État « hobbesien », dont il se trouve de nombreuses formes dans le monde contemporain⁸. Et, en aval de « l'État hobbesien », plus proche encore du régime « pur » de *bia*, on identifiera « l'État schmittien », basé sur la distinction ami/ennemi, la volonté du chef, et le darwinisme social, autrement dit la guerre comme principe de survie.

Un deuxième exemple des figures de l'*agon* est relatif au domaine très documenté du règlement des conflits ; il concerne les mécanismes vindicatoires. À ce sujet, tant l'histoire du droit que l'ethnologie et l'anthropologie attestent que, entre la vindicte déchaînée (relevant du monde de *bia*), et la Justice publique du tiers (relevant du monde du *ius*), se sont longtemps fait valoir des systèmes très variés et parfois très sophistiqués de vengeance coutumière. Sans doute la sanc-

⁷ J. FREUND, « Préface à la réédition de 1978 », *op. cit.*, p. X.

⁸ La République que décrit Hobbes, en 1651, sous les traits du *Léviathan*, en écho à une des époques les plus troublées de l'histoire anglaise, est un État sécuritaire dans lequel le peuple a délégué tous les pouvoirs au souverain en vue d'assurer sa sécurité. Le contraste est saisissant avec le modèle d'État libéral que Locke décrira, quelques décennies plus tard (1688), à la veille de la révolution parlementaire anglaise, et en écho cette fois au vœu de liberté qui se concrétisera par l'adoption du *Bill of Rights*.

Sans doute, les échanges sociaux sont-ils désormais régulés – la compétition assurément ne dégénérera pas, comme il convient en régime d'*agon* – mais, d'être indexée exclusivement sur la peur et l'exercice de la force sécuritaire plutôt que sur la pratique des libertés, du fait aussi que les individus abdiquent la possibilité de se faire tiers à eux-mêmes en se cantonnant dans le rôle de « je » soumis et craintif, cette régulation reste en deçà des finalités intrinsèques du juridique, même si elle en emprunte les formes.

tion de l'offense est-elle encore monopolisée par la victime ou son clan ; du moins est-elle désormais contenue par de multiples règles, imposant, tantôt des trêves, tantôt des zones franches, tantôt des mécanismes de compensation financière ou autres⁹. Après tout, la règle biblique du Talion (loi romaine aussi, dans les XII Tables : *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio est*), prévoyant de payer une dent (et pas deux ou trois) pour une dent, traduit une rétribution mesurée et modérée, dont la Justice pénale moderne n'est pas si éloignée en son principe.

Bien entendu, cette Justice que l'on se rend à soi-même est instable et dangereuse : outre qu'elle risque d'engendrer un cycle infini de représailles (à défaut d'évocation du conflit par un tiers beaucoup plus puissant), elle relève, pour le calcul de la rétribution et aussi sa mise en œuvre, de la bonne volonté des protagonistes, ce que le contexte rend souvent peu vraisemblable¹⁰. Aussi bien, on enregistre également, dans les siècles ou les décennies qui ont précédé le basculement dans la Justice publique officielle, des solutions intermédiaires au terme desquelles l'exercice de la vengeance privée s'exerçait avec l'autorisation, et sous le contrôle, de la Justice royale¹¹.

Et quand le basculement vers la Justice pénale moderne sera opéré, bien des traits anciens se maintiendront ; outre l'évidente fonction rétributive de cette Justice, on doit noter aussi la persistance du rituel dans ses procédures et ses décors – ce rituel dont Antoine Garapon a souvent montré combien il était nécessaire à la fois pour entretenir *phobos*, la crainte sacrée du châtiment, et aussi pour tenir à distance la violence extérieure en lui substituant la violence canalisée de l'institution¹².

Ces deux premiers exemples (l'État hobbesien et les systèmes vindicatoires) pourraient suggérer l'idée que le conflit, sous-jacent à l'état agonal intermédiaire entre *bia* et *ius*, est nécessairement un élément négatif, une scorie archaïque dont il importe de se débarrasser si l'on veut gagner le monde du droit. Cette impression est trompeuse et doit absolument être dissipée. En effet, on ne soulignera jamais assez combien le conflit est le moteur nécessaire du droit. Comme l'écrivait Ihering, « si la paix est le but que poursuit le droit, la lutte est le moyen de l'atteindre »¹³. S'il appartient finalement au *ius* de réserver au conflit un traitement pacifique et de lui donner une solution raisonnable, c'est seulement au prix de son exposition préalable, de sa mise en mots explicite et de sa mise en intrigue procédurale la plus loyale.

⁹ En ce sens, voy. G. COURTOIS « La vengeance, du désir aux institutions », in *La vengeance*, vol. 4, textes présentés par Gérard Courtois, Paris, Cujas, 1984, pp. 28 et s.

¹⁰ Plus fondamentalement, Raphaël Draï n'a pas tort de souligner que la logique de représailles (même les représailles ajustées comme dans le concept de guerre nucléaire moderne), prétendant réaliser une compensation symétrique (vraiment ?), relève en son principe d'une pulsion de mort (*Le mythe de la Loi du Talion*, Aix-en-Provence, Éditions Alinéa, 1991, pp. 21 et s.).

¹¹ *Le Cid* de Corneille en rapporte une expression littéraire, dans la mesure où le duel qui oppose Rodrigue au champion de Chimène s'opère avec l'autorisation (réticente, du reste), et sous le contrôle, du roi.

¹² A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997, pp. 194 et s.

¹³ R. VON IHERING, *La lutte pour le droit*, op. cit., p. 1.

II. Contentieux juridique et différend social (irréductible)

Il reste qu'une nouvelle distinction essentielle doit être faite, inspirée de Jean-François Lyotard : distinction entre contentieux et différend. Si certains affrontements réglés (agon) parviennent à une qualification et un traitement juridiques (« contentieux »), d'autres lui demeurent irréductibles (« différend »), faute pour les protagonistes de partager un même langage et des valeurs communes.

On vise la distinction très éclairante que Jean-François Lyotard établit entre « contentieux » et « différend »¹⁴. Il y a « *différend* », explique Lyotard, lorsque le conflit « ne peut être tranché équitablement faute d'une règle de jugement applicable aux deux argumentations »¹⁵; dans ce cas, le plaignant est privé des moyens d'argumenter et devient une *victime*. Dans le contentieux, au contraire, si les protagonistes s'affrontent sur l'objet de litige, au moins s'accordent-ils sur la règle de référence et l'intervention du juge qui l'applique (cf. dans ce volume, la contribution de Luc Van Campenhoutt relative à la conception du conflit selon Georg Simmel, un affrontement supposant le partage de valeurs et d'enjeux communs)¹⁶. Lorsqu'il y a *différend*, tantôt on dénie la réalité du dommage que subit la victime (ce dont elle se plaint n'a jamais existé), de sorte que, d'être irréparable, le préjudice invoqué s'analyse comme un *tort*, tantôt le règlement du conflit s'opère dans l'idiome de l'autre partie, privant la victime des moyens de s'exprimer¹⁷.

Dans ces conditions, l'attention portée à la singularité du cas (au sens d'irréductibilité à une qualification ou un codage communément accepté) conduit à mettre en cause la fonction de juger elle-même, désormais soupçonnée de faire violence à la victime qui, ne se laissant pas *traduire en Justice*, semble être *réduite au silence*. De ne pas recevoir *voix au chapitre*, la victime ne pourra que *crier vengeance* ou *appeler vengeance au ciel* – bref, récuser le tribunal et en appeler à une instance supérieure. Le risque est grand alors de basculer dans la violence pure et simple, comme c'était le cas de Michaël Kohlhaas, le héros de la nouvelle épo-

¹⁴ J.-Fr. LYOTARD, *Le différend*, Paris, Éditions de Minuit, 1983; *id.*, « Judicieux dans le différend », in J. DERRIDA *et al.*, *La faculté de juger*, Paris, Éditions de Minuit, 1985, pp. 195 et s.; J.-Fr. LYOTARD et J.L. THEBAUD, *Au juste*, Paris, Christian Bourgeois éditeur, 1996 (1979).

¹⁵ J.-Fr. LYOTARD, *Le différend*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁶ On pourrait également rapprocher la distinction de Lyotard de celle qu'opère Luc Boltanski entre « épreuve de force » qui suppose violence, et « épreuve de légitimation » où l'acteur argumente en se référant à une conception du bien commun (communication de Luc Van Campenhoutt).

¹⁷ Les Indiens d'Amérique du Nord qui, dans de très rares cas, trouvaient l'énergie d'attirer en Justice les colons blancs qui s'emparaient de leurs terres, étaient des victimes par excellence dont le tort était irréparable; en effet, la logique du tribunal, qui s'exprimait en termes de propriété, de cadastre et de clôture, ne pouvait que renvoyer à l'irrationnel la logique panthéiste des plaignants, récusant l'idée même qu'on pût s'approprier une nature conçue comme sang des ancêtres et esprit du Grand Manitou. En revanche, l'ouvrier licencié auquel le tribunal du travail accorde une indemnité de licenciement apparaît à la fois comme un plaignant (sa plainte est recevable et même fondée), mais aussi comme une victime (une partie du tort qu'il subit demeure irréparable, et le code juridique qu'applique le tribunal n'intégrera jamais l'idée que sa force de travail, son existence même, n'est pas une marchandise évaluable en argent): J.-Fr. LYOTARD, *Le différend*, *op. cit.*, p. 25.

nyme d'Heinrich von Kleist, « dont la passion de la justice avait fait un brigand et meurtrier ».

III. Cadre politique général du contentieux ou conflit juridique : le « lien de division »

État de droit et démocratie reposent sur cette réalité paradoxale : un lien social qui se produit d'abord sur le mode de la division et du conflit. En attestent les deux formes principales de l'activité politico-juridique : les votes et les procès, deux techniques qui ont précisément pour objet de mettre en scène le conflit, pour lui trouver ensuite un traitement acceptable par les parties opposées.

Que le conflit soit le moteur du droit est une réalité paradoxale qui s'inscrit dans un paradoxe plus large encore : le « lien de division » comme modèle du lien social en régime démocratique. C'est l'helléniste Nicole Loraux qui introduit l'expression « lien de division » pour caractériser la Cité grecque : c'est le débat permanent et organisé sur les intérêts et valeurs en conflit qui assure le lien social, plus qu'on ne sait quel prétendu consensus¹⁸. Au rebours de la mémoire civique officielle qui entretient le paradigme de la Cité communiant dans l'unité et l'harmonie, la vérité conduit à sortir du refoulement la division qui préside à sa naissance. Ce qu'il faut dès lors arriver à penser, c'est un paradoxal « lien de division » : penser l'institution de la Cité dans un horizon d'adversité.

Signe de l'insistance de ce refoulé : la fréquence du terme *dialuo* dans le vocabulaire politique de la Cité – mot qui signifie aussi bien « je délie » que « je renoue » ; d'un côté, l'éclatement de la communauté, la rupture de la paix, de l'autre, la réconciliation¹⁹. Deux sens opposés et solidaires pour un lien civique fondateur, comme s'il fallait délier ce qui divise, ou, à l'inverse, comme s'il n'était possible de se réconcilier que sur le mode de la division.

Les deux manifestations principales de l'activité politique, les votes et les procès, s'inscrivent très précisément dans cette logique paradoxale. Dans les deux cas, c'est un affrontement réglé qui se déroule sur l'agora : une « domestication » (du latin *domus*, maison) du conflit, une « civilisation » (de *civitas*, cité) de l'affrontement. La sociologie contemporaine, qui parle de « coopération conflictuelle » (Alain Touraine), ne dit pas autre chose (voy. communication de Luc Van Campenhoudt).

Le procès, comme n'a cessé de le rappeler Louis Gernet, est *agon*, une lutte ouverte entre deux adversaires mis sur pied d'égalité ; en tranchant le conflit par un vote (la majorité des actions est jugée par des jurys populaires), le tribunal se

¹⁸ N. LORAUX, *La cité divisée*, Paris, Payot et Rivages, 1997, pp. 90 et s. Pour un commentaire, voy. Fr. Ost, *À quoi sert le droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 485 et s.

¹⁹ N. LORAUX, *ibid.*, pp. 90 et s.

divise à son tour – toute l'opération est mise sous le signe du *dia* (à commencer par *diaphora*, le vote), le mouvement qui divise et rapproche à la fois.

La délibération politique n'est pas en reste, rythmée par le différend (*diaphoron*) et le vote (*diaphora*): voter, c'est accepter de se départager, accepter qu'une majorité l'emporte sur la minorité – ce qui, à bien y réfléchir, consiste à instituer le lien de division. Ce qui, paradoxalement, réunit, c'est une certaine conflictualité; d'Héraclite encore, le fragment 10: « La contre-poussée porte ensemble »²⁰. Dans le même sens, Machiavel notait: « Toutes les lois favorables à la liberté naissent de l'opposition [des grands et du peuple] », et de préciser: « Les bonnes lois sont le fruit de ces agitations que la plupart condamnent si inconsidérément »²¹.

Tel est donc le paradoxe à l'origine de la Cité: la Justice qui y prévaut, et l'ajustement qui y conduit, tiennent plus de la tension maintenue que de l'harmonie prétendue.

Spécialiste du droit romain des premiers siècles, Annette Ruelle (voir sa contribution dans le présent volume) montre bien qu'à Rome, le droit repose sur la même logique d'appropriation de la violence²². En atteste déjà l'étymologie du verbe juridique essentiel *agere* (agir en Justice, *causam agere*) qui dérive directement du grec *agon*, rivalité. Le mouvement par où se produit et s'exerce le droit est un combat, et l'action en Justice un duel ritualisé. Dans cette ligne, on notera le caractère agonistique très poussé de l'action en Justice la plus courante, l'action en revendication par défaut: la procédure *legis actio sacramenta*, qui consistait en un échange de formules de revendication opposées, avec montée en intensité jusqu'au double défi final, le tout formulé dans un langage hautement performatif et accompagné d'une gestuelle très précisément codifiée – un véritable duel stylisé²³. Ainsi, le droit se fraie un chemin en rejouant la scène du désordre au sein de l'ordre, et en faisant résonner les éclats de la discorde au sein de la concorde. Où se retrouve le paradoxe grec du conflit opérant comme procédure créatrice d'unité « beaucoup plus sûrement et plus solidement que toutes les procédures consensuelles »²⁴.

Encore faut-il que les procédures juridiques soient, d'une certaine manière, plus solides que les forces déchaînées qu'elles mettent en scène, au risque, en cas contraire, que cette surenchère verbale, cette montée aux extrêmes de la violence, cessent d'être maîtrisables. C'est l'exploit de la rationalité juridique nais-

²⁰ Le texte exact du fragment: « Liens: tous et non-tous, rassemblés séparés, consonant dissonant: de toutes choses l'un, et de l'un toutes choses. »

²¹ MACHIAVEL, *Discours sur la première décade de Tite-Live*, I, 4, Œuvres complètes, coll. Bibliothèque de la Pléiade, Paris, Gallimard, 1952, p. 390.

²² A. RUELLE, « Le regard de la romaniste: la forme normative ou la guerre comme raison du droit », in I. HACHEZ, Fr. OST et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, Théorie des sources du droit, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2013, pp. 755 et s.

²³ *Ibid.*, p. 778.

²⁴ N. LORAUX, *La voix endeuillée. Essai sur la tragédie grecque*, coll. NRF-Essais, Paris, Gallimard, 1999, p. 121.

sante, à la fois procédurale et argumentative, d'avoir relevé ce défi. Et ce fut la force des formes processuelles que d'avoir généralement réussi à cantonner ces antagonismes dans des cadres stricts, et ainsi transformer la violence toujours menaçante en tension constitutive du lien social.

En dépit de sa massive évidence, la dimension de « remise en cause » fait l'objet, depuis toujours, d'un refoulement assez systématique, comme s'il s'agissait d'un échec ou d'une chose plus ou moins honteuse qu'il importait de cacher. Comme l'observe encore Nicole Loraux, « il faudrait s'interroger sur le consensus à faire du consensus le lien nécessaire de la politique »²⁵. Il faut donc déployer un effort, et penser à contre-courant, pour rendre sa juste place au conflit et au dissensus, contre l'inclination naturelle à l'Un, et le désir toujours renouvelé, dans la sphère pratique, de l'harmonie, la concorde, le consensus. L'acte fondateur des cités semble toujours s'écrire sous les auspices de la bienveillante protection obtenue des Euménides, dont les derniers mots, au terme de la conjuration de leur sombre nature (les Érynies), seront : « Que jamais, dans cette cité, ne gronde la sédition (*stasis*), insatiable de maux [...]. Qu'entre eux ils se donnent des pensées de joie dans un climat de commune amitié. »²⁶

Tel semble être l'impératif catégorique : serrer et resserrer chaque jour le lien social, conjurer le moindre déchirement qui risquerait d'emporter tout le tissu. Comme si toujours menaçait la violence primitive : la guerre civile (bien pire que la guerre extérieure), le différend (*diaphora*) par où se glisse la sédition (*stasis*). Une longue tradition philosophique, abhorrant la division, s'inaugure avec Platon qui pensera sa cité idéale précisément en vue de conjurer l'*eris*, la discorde qui coupe tout en deux et fend les êtres par le milieu. Dans la tradition chrétienne, le diable sera aussi celui qui oppose et disperse. Alors que le *symbolique* réunit (du grec *sun-bolon*), le diabolique disloque (du grec *diabolè*, la division). Il faudrait pourtant s'aviser du fait que, s'il est un signe de reconnaissance qui réunit, le *sumbolon* est d'abord un objet coupé en deux remis à chacun des acteurs. La division apparaît ainsi comme la condition préalable et nécessaire à la rencontre et la concorde, sous peine de verser dans la fusion indistincte, ou faute de s'en être jamais détaché.

IV. La nature contentieuse du droit tout entier

La conflictualité ne caractérise pas seulement les moments exceptionnels du droit : ses pathologies ou ses crises ; elle appartient à sa nature même. Ses solutions, ses valeurs et ses normes ne relèvent pas de la simple factualité, elles ne s'imposent pas par habitude ou simple contrainte : en tant que normes, elles se produisent plutôt comme une prétention (souvent contrefactuelle), une exigence (souvent transgres-

²⁵ N. LORAUX, *La cité divisée*, op. cit., pp. 90 et s.

²⁶ ESCHYLE, *Les Euménides*, v. 977 et s.

sée) qui passent par l'épreuve de la contestabilité et du conflit pour s'affirmer et produire leurs effets.

S'il est pourvoyeur d'ordre, le droit est, du même geste, instrument de contestation ou de « remise en cause » des solutions précédemment acquises. Une « remise en cause », associée aux idées de recours, révision, correction, abrogation. Un ensemble de thèmes qui renvoient à la nature agonistique de la production du droit, et au caractère controversé de sa logique. Notre époque est sans doute singulièrement marquée par ce phénomène. À cela s'ajoute le fait que, paradoxalement, mais comme toute institution destinée à réduire la violence, le droit et la Justice eux-mêmes sont inévitablement générateurs d'une certaine violence : issus des rapports de force s'affrontant dans le champ social, les institutions en reproduisent au moins partiellement la logique dominante et n'offrent aux acteurs qu'un accès souvent inégal à leurs ressources. Inévitablement donc, la Justice pacificatrice est aussi elle-même facteur de conflits.

La faveur dont jouit la dimension « contestatrice » du droit contemporain – une certaine nature interrogative et comme toujours en suspens – doit se comprendre sur fond d'un contexte marqué par trois phénomènes enchevêtrés : une conception de la démocratie basée sur la dignité des individus plus que sur la souveraineté des États, une sérieuse montée en puissance des juges (et la perte corrélative du monopole du législateur dans la détermination de l'intérêt général), et aussi l'importance croissante des instances et juridictions supranationales dans la production du droit – les trois phénomènes se renforçant du reste mutuellement.

Au principe de ces trois phénomènes : la prévalence reconnue aux droits de l'homme ; avec eux, le droit positif a intégré comme siennes les valeurs qui autrefois fournissaient l'outil de la contestation dont il faisait l'objet ; à la fois indéterminés dans leur contenu, et d'une portée qui ne cesse de s'étendre (notamment en raison de leurs exigences annexes, l'effectivité et l'égalité de jouissance), les droits de l'homme sont devenus un levier puissant de la remise en cause du droit positif, et particulièrement de la loi, dont la validité s'est précarisée et apparaît désormais conditionnée à leur respect.

Dans ce contexte, c'est particulièrement le développement des droits dits « procéduraux » qui est spectaculaire, ce qui ne manque pas de nourrir et renforcer la nature auto-interrogative du droit contemporain : droit à l'information (accès aux documents, transparence et motivation des décisions...), à la participation, au recours – autant d'outils juridiques propres à la finalité auto-correctrice du droit, autant d'instruments de construction d'un espace public, de plus en plus transnational, au sein duquel se développe un usage public de la raison à partir des droits fondamentaux reconnus aux individus.

Il ne fait pas de doute que la forme la plus emblématique et la plus répandue de « remise en cause » des solutions juridiques dans le cadre du droit lui-même prend la forme du procès. De nombreux auteurs, à la suite du sociologue Hermann Kantorowicz, voient même dans cette possibilité toujours ouverte de

discuter la règle devant un juge, le critère décisif de la juridicité^{27 28}. Selon ce critère, la justiciabilité, ne sont juridiques que les règles pouvant donner lieu à un jugement.

On pourrait soutenir à cet égard que, tout comme en science, un énoncé est tenu pour vrai seulement parce qu'il est falsifiable et résiste jusqu'ici aux tentatives d'infirmer (Popper), pareillement, en droit, une norme est « tenue pour valide » parce qu'elle est contestable et n'a pas été censurée ou modifiée jusqu'ici. Il y aurait là comme un axiome de contestabilité propre au droit moderne : de même que l'axiome popperien de falsifiabilité présuppose qu'on se soit affranchi d'une conception fixiste et essentialiste de la vérité (et du monde auquel elle se réfère), de même, l'axiome de contestabilité implique que l'on fasse son deuil d'une conception naturaliste ou essentialiste du droit qui prétendrait s'ancrer dans une vision stable et monolithique du bien et du juste.

Mais ceci nous renseigne aussi sur la normativité même du droit, et donc sur ses finalités les plus propres. Cette sorte de fragilité inhérente à l'idée que l'énoncé normatif se produit sous la forme d'une *prétention* à la validité (prétention à *justifier*, et non constat ou affirmation à acter) souligne avec force que le conflit ou la contestation, loin d'affaiblir la norme, révèle et active sa normativité même. Si l'arbitrage juridique s'impose, ce n'est pas à la manière d'une nécessité naturelle, mais plutôt comme une prétention qui reste soumise à la discussion et qui, sans cesse, doit rendre raison. La validité (fragile) de la règle de droit ne repose pas sur une essence, une nature, une objectivité ontologique, mais sur des accords argumentés, toujours ouverts à la renégociation.

Ces points sont bien mis en lumière par Mark Hunyadi dans un stimulant petit ouvrage intitulé : *La vertu du conflit*²⁹. Au départ, explique le philosophe, les règles juridiques s'imposent souvent sur le mode de la facticité propre aux *habitus* et normes naturalisés par la routine et la contrainte ; c'est sous les espèces de la positivité qu'elles se manifestent *prima facie* aux acteurs ; mais c'est précisément la « vertu du conflit » de briser ces évidences³⁰. En mettant au jour des divergences de vues, d'opinions, d'interprétations, d'utilités, de convictions, le dissensus rompt l'évidence factuelle de « ce qui vaut parce qu'il est le cas ». En cela, il *active* la dimension normative inhérente aux règles, en les défactualisant³¹ : si elles doivent s'imposer, c'est seulement parce que, au terme du débat, on les en a jugées dignes.

Ces analyses présentent cependant un versant positif, contrepartie de leur versant critique. C'est que le conflit, en remettant l'accord en cause, présuppose

²⁷ H. KANTOROWICZ, *The Definition of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1958, réimpr. 2014, pp. 78 et s.

²⁸ « L'aptitude à être discutée devant un juge, la justiciabilité d'une norme, constitue peut-être l'un des moins mauvais indicateurs de sa juridicité » estime, par exemple, Marie-Claire Rivier, v° « conflit/litige », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, p. 200.

²⁹ M. HUNYADI, *La vertu du conflit*, Paris, Éditions du Cerf, 1995.

³⁰ *Ibid.*, p. 30.

³¹ *Ibid.*, p. 16.

aussi la possibilité de dégager, au terme de l'échange de raisons, un accord renouvelé. C'est ce que note également Hunyadi : « Le conflit est doublement heuristique, en ce qu'il révèle, d'abord, la divergence de vues, puis que cette divergence peut être aplanie »³². L'expérience la plus quotidienne atteste que dans le fait de critiquer, contester, réfuter, se joue quelque chose qui est également constitutif du langage, et qui dépasse la simple facticité du rapport de forces – ce qui est entrevu et recherché dans la mise en scène juridique de la « remise en cause », ce sont les modalités d'un nouvel accord entre les acteurs – la dialectique ne désarme jamais.

Cette dialectique est certainement à l'œuvre à tous les niveaux de production du discours juridique : législatif, réglementaire, judiciaire, contractuel. J'ajoute que c'est aussi, par excellence, le rôle de la science du droit d'entretenir le doute à propos de la pertinence et du bien-fondé des solutions acquises. C'est à elle, instruite par les difficultés de la pratique, par les leçons de l'histoire et par les expériences étrangères, de multiplier les épreuves d'invalidation.

On sait combien la vitalité de la doctrine, son rôle dans la vie du droit, repose en grande partie sur l'entretien du débat : bien qu'elle se préoccupe également de la sécurité juridique, elle se nourrit surtout des incertitudes et questions persistantes qu'elle s'emploie, du reste, à entretenir. Sécurité et questionnement critique : « la doctrine s'efforce de concilier ces deux impératifs, en apparence opposés, mais qui se servent mutuellement, et qui consistent à assurer à la fois la vitalité du discours, par l'entretien de la controverse, et son utilité, par la clôture du débat »³³.

Mais, comme on l'avait déjà noté pour le « lien de division », ce caractère conflictuel de la pratique et du discours juridiques fait l'objet d'un refoulement assez général. La pensée juridique traditionnelle a toujours déployé les plus grands efforts en vue de susciter l'apparence de l'ordre, de la continuité et de la stabilité, en vue, notamment, de conforter une certaine idée (fixiste, formaliste) de la sécurité juridique³⁴.

Par exemple, les Cours de cassation, instituées « gardiennes de l'unité du droit », ont la mission explicite de veiller à ce que ne se développe pas de jurisprudence hétérodoxe ; leurs assemblées plénières s'emploient à réduire ce qu'on appelle pudiquement des « divergences » d'interprétation, pour ne pas parler de contradictions³⁵. Si on n'en est plus à Justinien ou Frédéric II de Prusse qui auraient bien voulu interdire l'interprétation des dispositions de leurs Codes, ou à Robespierre qui entendait bannir le mot « jurisprudence » de la langue française, il faut bien reconnaître que l'interprétation ne fonctionne qu'en liberté surveillée³⁶. Quant

³² *Ibid.*, p. 25.

³³ M.-L. IZORCHE, « Les procédés discursifs d'amplification ou de réduction des divergences », in *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p. 97.

³⁴ J. SHKLAR, *Legalism: Law, Morals and Politic Trials*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1964, p. 105 : « Law is sealed from the word of conflict, lifted out of the sphere of social dispute. »

³⁵ Fr. ZENATI, « La notion de divergence de jurisprudence », in *Les divergences de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 54.

³⁶ *Archives parlementaires*, Première série, t. XX, p. 516.

aux revirements de jurisprudence, pourtant légitimes le plus souvent, ils se font le plus souvent discrets; Guy Canivet, ancien Président de la Cour de cassation française, note à cet égard : « le revirement de jurisprudence partage avec le comblement des lacunes le fait, en France, d'être dissimulé, car il est peu conforme à l'image que la loi veut donner d'elle-même : à la fois complète et immuable dans son interprétation »³⁷.

La doctrine juridique ne procède pas autrement; ce n'est pas que les controverses lui soient étrangères, loin s'en faut. Mais elle répugne aux changements de paradigmes et aux révolutions scientifiques. En son sein, les évolutions sont silencieuses, lentes et marginales, et les controverses ont presque toujours pour but de restaurer une unité un instant menacée ou de dissiper une incertitude qui risquait de se répandre.

V. Le combat pour le droit

Le droit est contentieux par nature, qu'il s'agisse du débat parlementaire, de l'affrontement judiciaire ou de la controverse doctrinale. Le conflit est son principe actif, le moteur de son développement. S'il tend à stabiliser l'ordre social et garantir les droits acquis, il opère aussi comme levier du changement social. À toute solution juridique s'attache un ou plusieurs mécanisme(s) correcteur(s) susceptible(s) de la contourner ou d'en atténuer la rigueur.

C'est Ihering, dans son célèbre ouvrage *La lutte pour le droit*, qui valorise le mieux cette perspective de la réappropriation du droit par les particuliers, au bénéfice d'un combat juridique dont l'enjeu est à la fois la dignité personnelle et l'intérêt collectif. Défendre son sentiment du droit bafoué est non seulement le droit le plus fondamental de la personne, mais aussi un devoir moral, une question de dignité : « la défense du droit constitue la conservation morale de la personne », écrit-il³⁸; et de citer, à l'appui de cette forte thèse, Kant, qui considérait que renoncer à défendre son droit c'était « violer un devoir de l'homme envers lui-même », et aussi l'exemple littéraire de *Michael Kohlhaas* qui pensait « plutôt être chien qu'homme si je dois être foulé aux pieds »³⁹. Soulignant au passage le bénéfice plus symbolique que pécuniaire de ce type de combat en Justice, Ihering note encore que son bénéfice dépasse largement la personne du plaideur. Se battre pour le droit (pas seulement mobiliser ses instruments existants, mais solliciter ses potentialités encore non écrites), c'est, écrivait-il : « un devoir envers la société car cette résistance est nécessaire pour que le droit se réalise »⁴⁰; et encore : « chaque particulier, obligé de soutenir son droit, prend part à ce travail national

³⁷ G. CANIVET, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », in *Archives de philosophie du droit*, 2007, n° 50, La création du droit par le juge, p. 29.

³⁸ R. VON IHERING, *La lutte pour le droit*, op. cit., p. 49.

³⁹ *Ibid.*, p. 23.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 47.

et apporte son obole à la réalisation de l'idée du droit sur la terre »⁴¹ – le langage est vieilli, mais l'idée n'a rien perdu de son tranchant. D'autant que ces considérations conduisent Ihering à noter que ce combat est bien souvent une lutte du droit contre lui-même, comme lorsque des droits acquis sont en jeu⁴².

Le droit est contentieux par nature ; le conflit est son principe actif, le moteur de son développement. Historiquement, en droit romain et en terre de *common law* notamment, le droit s'est développé au travers des litiges et contentieux qui progressivement dégageaient sa substance ; de l'action naissait la norme, de la procédure accouchait le principe.

Les formes juridiques qu'emprunte la « remise en cause » du droit par lui-même sont extrêmement diversifiées : pétitions, débats parlementaires, révisions des traités, renégociation des contrats, recours en Justice, contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité, revirements de jurisprudence, controverses doctrinales... À rebours de l'idée qu'on se fait de la rigidité de la dogmatique juridique et de la rigueur associée à la contrainte publique, il faut bien admettre que celles-ci accumulent les mécanismes de remise en question, et même parfois d'auto-neutralisation. Au-delà même des recours juridictionnels classiques et des débats parlementaires, tout se passe comme si le droit, à travers toutes ses branches, multipliait les correctifs, les possibilités d'exception, de dérogation ou d'atténuation de ses solutions, les techniques d'auto-neutralisation de ses options. Comme si, marqué par la réversibilité qu'on sait, il devait pouvoir, à tout moment, réviser sa trajectoire.

À tous les stades de sa conception et de sa mise en œuvre, la culture du débat est viscéralement associée à la pensée et à la pratique juridiques, car si l'on parle de « majorité parlementaire », ce qui suppose l'existence d'une « opposition » et d'une minorité, on parle également de jurisprudence « majoritaire », et de doctrine « majoritaire », laissant ainsi deviner à la fois l'existence et la légitimité de courants minoritaires dans la jurisprudence et la doctrine⁴³.

Aujourd'hui, contentieux familial, économique, fiscal, social, environnemental, électoral, contentieux du roulage, contentieux des marchés publics... chaque branche du droit, chacune de ses institutions possède son contentieux qui est comme la pierre de touche où s'éprouve la validité de ses règles et le creuset où se dessinent des pistes nouvelles. Ces contentieux, comme celui de la concurrence par exemple, peuvent être portés devant diverses juridictions : européennes, civiles, pénales, administratives, arbitrales, ou encore Conseil de la concurrence.

Le procès apparaît à cet égard comme lieu privilégié (pas unique cependant) de la « remise en cause » dont le droit se donne les moyens. Il est, comme on l'a écrit,

⁴¹ *Ibid.*, p. 2.

⁴² *Ibid.*, p. 10.

⁴³ N. MOLFESSIS, « La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine », *Rev. trim. dr. civ.*, 2003, n° 3, pp. 161 et s.

« l'institution la plus apte qu'on ait imaginé pour générer le doute »⁴⁴, dès lors que doute et contestation se nourrissent mutuellement. Mais, plus généralement, c'est le droit tout entier qui se prête au doute, en raison de la « texture ouverte » de son langage et de la « teneur indécise » de ses normes⁴⁵. Associer le droit au doute, alors qu'on attend de lui qu'il produise de la sécurité juridique, sécurise les attentes et génère la confiance, c'est renouer avec la dialectique des fonctions irénologiques, mais aussi polémogènes qui lui sont attachées⁴⁶ : s'il canalise les conflits et tente de les résoudre, c'est d'abord parce qu'il les met en mots et en intrigues.

Dans ce contexte, la montée en puissance des « actions d'intérêt collectif », sur fond de « causes significatives » (également appelées « contentieux stratégiques »), témoigne du rôle politique, au sens noble du terme, que peuvent jouer le procès et l'action en Justice. La « cause significative » se distingue du procès ordinaire par ceci que sa portée est collective et que son enjeu vise à la transformation du droit (revirement de jurisprudence, ou modification, voire censure d'une loi), alors que le litige ordinaire concerne les particuliers et vise à l'application du droit en vigueur au bénéfice du plaignant ou du requérant⁴⁷. De telles causes sont le résultat d'une construction militante suivie d'une élaboration juridique dans le but de transformer un contentieux classique en « affaire » ou « cause » intéressant la généralité. Quel que soit l'« objet » du procès, au sens de la théorie de l'action, son issue le débordera de beaucoup, comme si le requérant agissait au titre de porte-parole d'une collectivité.

C'est ainsi que le modèle américain des *class actions* tend aujourd'hui à s'implanter en Europe sous la forme d'« actions d'intérêt collectif » diligentées par telle personne ou tel groupe agissant au nom d'un ensemble indéterminé de victimes de tel ou tel comportement préjudiciable.

De façon plus générale encore, le droit de la procédure de ces dernières décennies n'a cessé de conférer un rôle toujours plus large aux particuliers, et notamment aux victimes⁴⁸ : en témoigne notamment la montée en puissance de la partie civile dans le procès pénal, ou encore l'élargissement de la condition de recevabilité des recours introduits par les particuliers devant la Cour européenne des droits de l'homme – ainsi le recours d'une victime seulement « potentielle » d'écoutes téléphoniques a-t-il été déclaré recevable par la juridiction strasbourgeoise⁴⁹.

⁴⁴ R. SÈVE, « Douter c'est décider : nature et caractère constructifs du doute », in Fr. TERRÉ (dir.), *Le doute et le droit*, coll. Philosophie et théorie générale du droit, Paris, Dalloz, 1994, p. 123.

⁴⁵ P. AMSELEK, « Le doute sur le droit ou la teneur indécise du droit », in *Le doute et le droit*, op. cit., pp. 57 et s.

⁴⁶ V. FERRARI, *Funzioni del diritto. Saggio critico-ricostruttivo*, Bari-Roma, Laterza, 1987, p. 95, note 18.

⁴⁷ O. DE SCHUTTER, « Désobéissance civile et cause significative en justice », in P.-A. PERROUTY (éd.), *Obéir et désobéir à la loi. Le citoyen face à la loi*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, pp. 95 et s.

⁴⁸ En ce sens, Th. DELPEUCH, L. DUMOULIN et Cl. DE GALEMBERT, *Sociologie du droit et de la justice*, Paris, Armand Colin, 2014, p. 185.

⁴⁹ Cour eur. D.H., 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, § 34 ; la Cour affirme, par ailleurs, dans plusieurs arrêts, que la notion de « victime » fait l'objet, non seulement d'une interprétation « auto-

Ces différents exemples illustrent sans conteste le fait que, loin de se cantonner dans un rôle stabilisateur de l'ordre social établi, le droit peut aussi, à l'occasion, contribuer à l'émergence de solutions nouvelles, et cela déjà sur le plan, préliminaire mais essentiel, de l'habilitation d'acteurs nouveaux dont l'action en Justice sera désormais déclarée recevable.

L'observation mériterait cependant d'être encore élargie, tant sont nombreux les mécanismes par lesquels s'exerce la finalité de « remise en cause » que nous étudions. Rudolf von Ihering en avait eu l'intuition lorsqu'il notait la présence utile de ce qu'il appelait les « soupapes de sûreté du droit », par quoi il visait notamment les techniques juridiques d'expropriation ou encore les statuts d'exception, tels les états d'urgence ou d'exception⁵⁰.

À vrai dire, le propos gagnerait à être approfondi bien au-delà de ces mécanismes destinés à relâcher quelque peu la pression sociale s'exerçant sur le droit et les institutions. À la réflexion, on peut se demander si à toute solution ou procédure juridique ne correspond pas un mécanisme correcteur permettant d'en contourner ou assouplir la rigueur, voire d'y substituer une voie alternative. L'hypothèse est sérieuse, le champ d'études immense. Qu'il suffise d'évoquer, parmi les nombreuses techniques d'adaptation ou correction de la règle (sans même parler des ressources de l'interprétation, dont Carbonnier disait qu'elle était la forme élémentaire de la désobéissance) : la balance des intérêts, la mise en œuvre de principes généraux, les « accommodements raisonnables » au sens canadien (ménager des exceptions à une règle générale en faveur de certains groupes minoritaires si l'application de cette règle s'avère indirectement discriminatoire à leur égard), la « marge nationale d'appréciation » en droit européen, l'exception d'ordre public en droit international (qui suspend l'application de telle ou telle règle de droit étranger lorsque celle-ci aboutit à un résultat choquant en l'espèce), la théorie de l'abus de droit (qui refuse à un particulier le bénéfice d'un droit subjectif lorsque l'usage concret qu'il en réclame s'avère déraisonnable), les différentes théories jurisprudentielles réalisant une forme d'équité d'espèce (équité dont l'action est réelle, mais l'aveu rarissime)... Les exemples sont innombrables.

VI. Un raisonnement juridique agonistique, l'exemple de l'équité

Un droit indexé sur le conflit suppose un mode de raisonnement agonistique, de nature argumentative. Procédant par affirmations, réfutations, décisions et justifications, le droit ne progresse qu'au travers de la controverse. Dépasant les illusions analytiques du positivisme, la théorie du droit, au bénéfice du linguistic turn,

nome », mais encore « évolutive à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui » et « sans trop de formalisme » (ainsi *Monnat c. Suisse* du 21 septembre 2006, §§ 30-33).

⁵⁰ R. VON IHERING, *L'évolution du droit (Zweck im recht)*, traduction par O. de Meulenaere, Paris, Librairie A. Marescq, 1901, p. 281.

multiplie les éclairages (herméneutique, pragmatique, rhétorique, approche narrative...) pour rendre compte du caractère construit et non donné des solutions juridiques : des choix controversés qu'il s'agit de justifier de façon raisonnable.

La conflictualité du droit ne suppose pas seulement un encadrement institutionnel : « le lien de division » ; elle implique aussi un mode de raisonnement spécifique, un certain régime cognitif, dont on a déjà dit qu'il était caractérisé par le doute, la controverse, l'attention portée au cas, en vue de l'épreuve d'(in)-validation de la règle (l'équivalent des tests de falsification de la proposition scientifique). Une logique qui est l'équivalent, pour la recherche de la solution juste, de ce que le « lien de division » est à la constitution du lien politique : une justification par la controverse, un doute qui décide. C'est à l'approfondissement de cette logique qu'est consacré ce paragraphe.

Depuis des décennies, la théorie du raisonnement juridique s'est distanciée d'une conception formaliste et d'une lecture littérale des textes et adopte, dans ses différentes versions (herméneutique, pragmatique, fonctionnaliste...), une approche résolument constructiviste : on s'avise de ce que les décisions judiciaires sont des décisions « pratiques » (et non la conclusion de syllogismes abstraits), dont les prémisses sont en nombre indéterminé et les conclusions toujours controversées – des décisions dont il s'agit de justifier de manière raisonnable les choix engagés.

Tantôt, dans la perspective herméneutique, on met en lumière la teneur indécise des textes et on raisonne en termes de conflits d'interprétation ; on rappelle, avec Wittgenstein, qu'aucune norme ne règle sa propre application, et, sachant que « toutes les normes en vigueur sont indéterminées, pour ainsi dire, d'origine »⁵¹, on construit (en anglais, « interprétation » se dit *construction*) le sens du texte qui paraît le plus pertinent en l'espèce : non pas « la » bonne réponse dont Dworkin parlait à un certain moment, mais l'engagement en faveur de la solution jugée la meilleure au regard des particularités de l'espèce.

Si l'on adopte une perspective pragmatique plutôt que sémantique, on mettra l'accent sur la situation respective des parties, des plaideurs, des experts, des témoins et des juges : leurs jeux de rôles, les intérêts qu'ils poursuivent, les valeurs qu'ils défendent, et l'on appréhendera la décision comme la résultante de l'affrontement d'arguments opposés.

Si la perspective est franchement fonctionnaliste, on présentera le travail du juge comme la réalisation d'une « balance des intérêts », le juge reproduisant au niveau du dossier ce que le législateur réalise en grand sur le plan social général.

Quelle que soit l'approche privilégiée, dans tous les cas, la décision est comprise comme une démarche relevant de la raison pratique et de choix controversés – des choix jamais totalement nécessaires et prédéterminés –, qu'il s'agit de justifier de manière raisonnable.

⁵¹ J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, coll. NRF-Essais, Paris, Gallimard, 1997, p. 219.

Ces travaux sont bien connus, et il est inutile de les rappeler ici. Je me contenterai d'évoquer leur pointe extrême, lorsque non seulement la règle est en défaut, mais qu'elle fait défaut – lorsqu'aucun texte, ou aucun texte satisfaisant, ne paraît faire Justice au cas. Je vise d'abord le problème, aussi ancien que le droit lui-même, de l'intervention « correctrice » de l'équité. Ne faut-il pas reconnaître que la « remise en cause » de la loi ouvre non seulement le droit à un « procès équitable » (article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme), mais, plus largement, le droit à une « solution équitable » ? Solution équitable qui passe par une réhabilitation du « cas » et de la pensée par cas : loin de dissoudre la règle dans une casuistique pointilliste, le cas permet l'affinement de sa formulation au regard des spécificités du dossier.

Aristote l'avait déjà relevé : dès lors que le juge est appelé à faire preuve de « sagesse pratique en situation » (*phronêsis*), il devra, dans certains cas, corriger la loi par l'équité, car « sur certains points il n'est pas possible de s'exprimer correctement en termes généraux »⁵². Le droit romain, droit de jurisconsultes, se constituera sur cette base, à partir des cas toujours renouvelés, et tant la pratique des rabbins que celle des scolastiques chrétiens médiévaux s'inscrira dans cette voie.

La modernité, en revanche, sacrifiant au culte de la raison théorique et des certitudes logiques, se défiera de la casuistique et bannira l'équité. Au moment où se produit l'édification des pouvoirs centralisés propres aux États-nations et que l'Europe se dote de lois codifiées, on se détourne du « lien de division » autant que de la justification par la controverse ou du doute qui décide. La *Grande ordonnance civile* de Louis XIV (*Code Louis* de 1667) interdit aux juges de statuer en équité, et la Révolution aurait bien aimé, dans sa détestation de l'« équité des parlements », supprimer le mot « jurisprudence » de la langue française. Plus sage, le Code civil de 1804 lui entrouvre la porte (notamment à l'article 1135), tandis que le législateur suisse contemporain lui réserve une place plus importante, mais seulement dans les cas que prévoit la loi elle-même : « le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte, soit des circonstances, soit de justes motifs » (article 4 du Code civil).

Bref, le rapport qu'entretient le droit avec sa face correctrice, l'équité, est pour le moins ambivalent et embarrassé ; il est permis de voir, dans cet embarras, un symptôme parmi d'autres du refoulement systématique, déjà observé, de la dimension de « remise en cause » que nous étudions. Il est donc toujours nécessaire de reprendre la discussion sur les mérites de l'équité⁵³. Ce n'est, en effet, qu'en la sortant du déni dont elle fait encore largement l'objet qu'on pourra lui rendre la place qui lui revient.

⁵² ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, traduit par R. Bodeüs, Paris, Flammarion, 2008, 1. V, pp. 92-94.

⁵³ Voy. J. VAN MEERBEECK, « Penser par cas... et par principes », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2014, vol. 73, n° 2, pp. 92 et s.

Le premier grief formulé à l'encontre des jugements en équité consiste à soutenir qu'ils menacent l'égalité de traitement en exacerbant l'exception plutôt que la règle générale. Qui ne voit cependant que l'objection suggère elle-même sa réfutation ? Car si le principe d'égalité veut que l'on traite de la même façon les cas semblables, il exige aussi que l'on réserve un traitement différent aux cas différents. Or, c'est précisément l'attention plus fine prêtée à chaque cas qui suscite la mobilisation de l'équité.

Le second grief est inspiré de la sempiternelle méfiance à l'égard de l'ainsi nommé « arbitraire du juge » qui pourrait se donner libre cours sous le masque édifiant de l'équité. À quoi l'on répondra, après avoir noté que toute prise de décision implique déjà en soi une marge inévitable de pouvoir discrétionnaire (à ne pas confondre avec l'arbitraire), que le « jeu » dont dispose le juge est devenu plus important encore aujourd'hui, dans le cadre du droit en réseau, de la multiplication de ses sources et du brouillage de ses hiérarchies – de sorte que l'équité n'est qu'une technique parmi d'autres à la disposition du juge en vue d'assurer la régulation de cet ordre juridique foisonnant, et, sur cette base, la solution du litige. Principes généraux non écrits, droits fondamentaux consacrés par des instruments internationaux, règles discrètes de *soft law* : de tous côtés s'offrent aux juges des moyens de s'affranchir des rigueurs de la loi nationale.

Le grief relatif à la sécurité juridique menacée offre une version plus acceptable de l'objection précédente. Il est exact que le droit est garant d'une certaine sécurité juridique, génératrice de confiance. La réponse à l'objection tient dans la nécessaire réinterprétation du principe de sécurité juridique à l'heure de la société du risque et du pluralisme normatif : plutôt que l'illusoire poursuite d'une univocité textuelle calquée sur les certitudes mathématiques, ce qui importe, comme l'a bien montré Jérémie Van Meerbeeck, c'est d'entretenir la confiance du justiciable, par la transparence et la motivation explicite notamment. On en est cependant encore aux antipodes aujourd'hui avec une équité qui reste « subreptice, secrète, enfouie, déguisée, maquillée »⁵⁴, de sorte que, si danger il y a pour la sécurité juridique, c'est bien plutôt dans la dissimulation du fait que certaines décisions sont prises en équité.

Ce réquisitoire est complété par un quatrième argument, tout aussi connu, et de nature politique : comment admettre, demande-t-on, que des juges non élus s'arrogent le droit de s'écarter de solutions décidées à la majorité des représentants du peuple souverain ? Outre le fait que de nombreuses balises encadrent la liberté de manœuvre du juge et réduisent ainsi considérablement ce risque, on répondra que ce quatrième grief relève, une fois encore, d'une conception du système juridico-politique largement dépassée. On doit rappeler, en effet, que la représentation du peuple ne passe plus par le canal exclusif du Parlement, que la thèse de l'auto-législation (le peuple auteur de la loi) est devenue problématique, et encore que la démocratie ne se limite pas au gouvernement de la

⁵⁴ L. CADIET, « L'équité dans l'office du juge civil », in *Justice et équité*, Justices n° 9, Dalloz, 1998, p. 91.

majorité. Pour toutes ces raisons, le contrôle juridictionnel, et l'éventuel amendement, à la marge, de la loi, au nom de l'équité, loin d'apparaître comme une menace pour le projet démocratique, en représentent un enrichissement possible. Aussi bien ne suffit-il plus aujourd'hui de respecter les principes du « procès équitable » ; c'est aussi à une « décision équitable » que le justiciable a droit. On sait que l'article 5 du Code judiciaire (transposant l'ancien article 4 du Code civil) fait devoir au juge de juger, sous peine de se rendre coupable de « déni de justice », « même en cas d'insuffisance de la loi ». Ne doit-on pas alors considérer que ces insuffisances de la loi légitiment, et même légalisent, le recours à l'équité ? – mieux : elles font devoir au juge de s'en inspirer, puisque la voie du déni de Justice lui est interdite⁵⁵.

VII. Dérives potentielles : une société contentieuse ?

Si, comme on l'a montré, le droit ne progresse que par le conflit, c'est l'ordre et la paix qu'il poursuit. Aussi bien, une conflictualité qui se prendrait elle-même pour principe et viendrait à s'absolutiser finirait par ruiner la normativité même du droit. Ce danger n'est pas mince et menace particulièrement des sociétés, dites « de marché », comme les nôtres, marquées par un individualisme exacerbé, une inflation des droits subjectifs et une explosion des contentieux.

Lorsque l'esprit de chicane l'emporte sur l'esprit de Justice, ou que la loi n'est adoptée qu'à l'essai, la « révision » se prend elle-même pour fin, et l'idée même de norme se dilue – une norme exagérément instable ne règle en effet plus grand-chose.

Il convient, ici comme ailleurs, de garder le sens de la mesure, et de ne pas quitter des yeux la balance dialectique ; c'est que la logique du recours et l'exigence de révision présentent la particularité de s'entretenir elles-mêmes sans fin. Un contrôleur supérieur peut toujours être exigé pour contrôler le contrôleur inférieur, et ainsi à l'infini ; et quelle est la décision qui pourrait prétendre se mettre définitivement à l'abri de la contestation ? Aussi faut-il entendre le conseil de modération que formule Paul Martens, ancien Président de la Cour constitutionnelle belge, qui aura pourtant incarné, mieux que n'importe qui d'autre en Belgique, l'attachement au débat et aux droits fondamentaux : invitant chacun à « mettre de la proportion dans ses interventions », le haut magistrat proclame son attachement à un principe qui « doit dissuader, à la fois, le citoyen d'abuser de ses droits, l'administration d'excéder ses pouvoirs, le législateur d'abîmer les libertés, le juge d'exaspérer son contrôle, le politique d'exacerber ses rancœurs, le professeur d'exagérer ses critiques, le journaliste d'échauffer les esprits »⁵⁶.

⁵⁵ J. VAN MEERBEECK, « Penser par cas... et par principes », *op. cit.*, p. 94.

⁵⁶ P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme*. Mélanges offerts à Jacques Velu, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 65-66.

Les critiques à l'égard d'une société qui deviendrait contentieuse ne datent pas d'aujourd'hui. Dans *Les Guêpes* (qui inspirera les *Plaideurs* de Racine)⁵⁷, Aristophane déjà se gausse de la folie procédurière des Athéniens du IV^e siècle. Ainsi, ce Philocléon qui, à défaut d'autre victime, finit par juger un chien qui avait dérobé un fromage – « j'avais ouï dire qu'un jour les Athéniens jugeraient les procès devant leurs maisons et que dans son vestibule chacun se ferait construire un petit tribunal » (v. 800-803). Sur un mode plus sévère, Platon condamne les procès, qu'il associe à des manœuvres séditeuses et favorisant « tous les moyens de se faire du mal et du tort »⁵⁸ – il est vrai que les oligarques n'avaient pas hésité à monter des procès en vue de renverser la fragile démocratie athénienne.

Le reproche est donc récurrent et s'amplifie ou s'atténue au gré de la place variable qu'occupent les plaideurs, les avocats et les juges dans le paysage social et la production du droit. Une place assurément devenue centrale dans le droit d'aujourd'hui, non sans susciter certaines dérives.

J'en trouve un premier exemple dans le mécanisme de constitution de partie civile⁵⁹. Ce mécanisme offre la possibilité, à la victime d'une infraction, de provoquer l'ouverture des poursuites, indépendamment de l'action du ministère public. Il s'agit assurément d'une prérogative importante attribuée à la partie préjudiciée, qui se voit ainsi reconnaître le droit de contrer l'abstention ou l'inertie du parquet dans l'exercice des poursuites, alors qu'elle-même n'est censée représenter que des intérêts privés. Si l'institution présente des avantages pour les victimes, la médaille a cependant son revers ; on ne peut passer sous silence, en effet, le fait que « des parties préjudiciées ou même des pseudo-victimes instrumentalisent parfois la Justice en provoquant l'ouverture d'instructions de façon non justifiée ou abusive »⁶⁰. Il n'est pas rare que la Justice devienne alors l'otage d'un véritable « règlement de comptes entre parties », observent deux pénalistes⁶¹. L'inflation de constitutions de parties civiles pour des litiges à caractère essentiellement civil et pour des affaires qui pourraient être réglées par d'autres voies, sans parler de questions réellement futiles, n'est pas sans conséquence sur l'action de la justice, poursuivent nos auteurs, – une Justice dont les moyens se voient détournés d'affaires plus prioritaires, aux enjeux plus importants, notamment pour les « véritables » victimes.

Dans le même ordre d'idées, Damien Vandermeersch, haut magistrat pénaliste, pourtant très attaché à la défense des droits fondamentaux, notait que la multiplication des recours possibles relatifs à la régularité de certains actes de procé-

⁵⁷ Le thème est récurrent dans la littérature : qu'il suffise de se souvenir de Molière, de La Fontaine, ou encore du *Roman bourgeois* d'Antoine Furetière (Paris, GF-Flammarion, 2001), implacable satire de la chicane judiciaire.

⁵⁸ PLATON, *La République*, V, 464d ; *Les lois*, III, 679 d.

⁵⁹ Chr. GUILLAIN et D. VANDERMEERSCH, « Les droits de l'homme en droit pénal et en procédure pénale : effectivité ou alibi ? », in Y. CARTUYVELS, Fr. OST et al. (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2007, pp. 389-390.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

dure pénale – il en dénombrerait non moins de onze à propos des actes de détention – pouvait avoir un effet « paralysant », finalement opposé aux intérêts d'une bonne Justice⁶².

Dans un tout autre ordre d'idées, on peut évoquer la jurisprudence des Cours constitutionnelles, dont on a déjà dit l'importance et la valeur. L'importance même des responsabilités – incontestablement « politiques » – ainsi confiées aux juges doit, a-t-on noté, les inciter à la prudence et la réserve (*judicial self restraint*) sous peine « que les effets pervers des décisions ne l'emportent sur leurs effets voulus. Si rien ne s'impose au juge, le justiciable aura l'impression qu'il peut soutenir n'importe quoi. La prééminence du droit se retourne alors contre elle-même. »⁶³

Il est permis, au-delà de ces premiers exemples, de prendre un peu de hauteur et de se demander si la prolifération des droits et la démultiplication des procédures, dont j'ai dit toute l'importance qu'ils représentent pour la vitalité du projet démocratique, ne finissent cependant pas par poser problème lorsque, corrélativement, s'enraye la possibilité de dégager des arbitrages transcendant les intérêts sectoriels, et que se paralyse la capacité de les imposer, le cas échéant, par recours à la contrainte. La question est délicate, j'en conviens; je me contente de formuler ici quelques hypothèses – en appelant, pour le surplus, à des recherches plus approfondies qui, sans confondre les étapes, s'attacheraient à décrire, expliquer et ensuite évaluer le phénomène d'extension continue du contentieux, et le transfert de responsabilité des Parlements en direction des prétoires⁶⁴.

Rendre compte du phénomène de « judiciarisation » du droit suppose d'abord qu'on en prenne la mesure quantitative. L'explosion du contentieux, et l'arriéré judiciaire qu'il entraîne, sont des faits trop connus pour qu'on y insiste – ceci dit, sans nier la réalité du constat, paradoxalement opposé, d'une difficulté récurrente d'accès au droit et à la Justice dans le chef de certaines catégories de la population⁶⁵. Si l'on n'y porte pas remède, certaines juridictions pourraient être menacées de paralysie. Ainsi, au cours de l'année 1999, la Cour européenne des droits de l'homme, à peine réformée, ployait déjà sous la charge: une trentaine d'arrêts rendus en octobre, dix mille requêtes enregistrées en attente de décision, deux cents lettres et sept cents appels téléphoniques adressés à la Cour chaque jour⁶⁶.

Une approche qualitative conduirait ensuite à une analyse plus fine du phénomène. Après avoir relevé quelques exemples d'actions ou de recours qu'hier

⁶² Intervention orale à l'occasion de la leçon inaugurale de la Chaire Francqui qu'il occupait à l'Université libre de Bruxelles (5 février 2015): *La procédure pénale au début du XXI^e siècle. Les défis*.

⁶³ X. LAGARDE, « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », in *Archives de philosophie du droit*, 2007, n° 50, p. 87.

⁶⁴ Sur les contours d'une telle recherche, voy. Fr. OST, « Excès de droit, abus de procédure? », *J.T.*, 1^{er} janvier 2000, pp. 3 et s.

⁶⁵ Voy. notamment les études rassemblées dans l'ouvrage *Révolutionner la justice*, sous la direction de Pierre Noreau, Montréal, Éditions Thémis, 2010.

⁶⁶ *Communiqué de presse de la Cour*, 21 juin 1999.

encore personne n'aurait songé à soumettre à un juge et qui, *prima facie*, ne paraissent pas contribuer à l'édification d'une société plus juste et plus solidaire, on devrait s'attacher à mesurer, dans la matière même des lois, l'extension des possibilités de recours qui y sont ménagées.

Enfin, il conviendrait encore, toujours sur le plan descriptif, de prendre acte et de mesurer l'efficacité des différents dispositifs mis en place, notamment en droit comparé, en vue de contenir quelque peu la marée processive. Sans souci d'exhaustivité, on citera notamment l'encouragement des formes de règlement « alternatif » des litiges (conciliation, médiation, arbitrage...), la réduction de l'effet suspensif des recours, le filtrage plus résolu de la recevabilité des demandes, la sanction des actions « téméraires et vexatoires » et autres amendes de « fol appel », la sélection, par la juridiction, en fonction de leur importance ou de leur intérêt, des requêtes qu'elle entend traiter, à l'image de ce qui se fait notamment à la Cour Suprême des États-Unis⁶⁷.

Mais, pour résoudre un problème, il s'agit de le prendre à la racine. Aussi le détour par l'explication s'avère-t-il indispensable. En premier examen, deux séries d'explications viennent à l'esprit. Les premières tiennent au législateur, les secondes au juge. Du côté du législateur, on peut penser que la multiplication des lois entraîne déjà, par un simple effet mécanique, l'inflation des droits et des actions. Lorsque, de surcroît, ces textes présentent obscurités et lacunes, on comprend que la machine à juger sera fort sollicitée pour en assurer la mise en œuvre. Mais il faut aller plus loin encore et observer que c'est la technique législative contemporaine elle-même qui alimente le contentieux : lorsqu'elle multiplie les concepts à « géométrie variable » ou qu'elle renonce à fixer *a priori* la ligne de conduite à tenir, elle fait nécessairement appel à l'imagination des plaideurs et à la créativité des magistrats. Il arrive aussi que, renonçant à s'imposer comme arbitre des intérêts en conflit, le législateur travaille « à la commande » en reconnaissant à des groupes ou sous-groupes, censés préjudiciés, ce qu'il faut bien appeler des « privilèges » : littéralement, des « lois privées »⁶⁸. Confortés par ce modèle, les juges, de leur côté, se garderont bien de se lier les mains par l'énoncé de solutions « pédagogiques » et la formulation de règles trop générales. S'installant dans une casuistique qui leur ménage toute liberté pour l'avenir, ils courent alors le risque d'alimenter eux-mêmes le flux du contentieux qui menace pourtant de les submerger⁶⁹.

D'autres explications viennent encore à l'esprit, certaines triviales, d'autres spéculatives. Trivial : est-il non pertinent de suggérer que l'augmentation considérable du nombre d'avocats n'est pas sans rapport avec la surconsommation

⁶⁷ Voy. J. CALLEWAERT, « La Cour européenne des droits de l'homme, un an après le Protocole n° 11 », *J.T.D.E.*, novembre 1999, p. 207.

⁶⁸ En ce sens, voy. Ch. TAYLOR, « The Politics of Recognition », in A. GUTMAN (dir.), *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 71.

⁶⁹ Je ne perds pas de vue que j'ai moi-même vanté plus haut les mérites de ce type d'approche ; tout est question de mesure.

judiciaire (le parallèle avec la question de la surconsommation médicale est-il totalement déplacé)? Spéculatif: la prolifération des droits et l'explosion du contentieux ne sont-elles pas l'effet inévitable d'une société devenue radicalement individualiste? Sans doute. Mais voilà qui en appelle à l'évaluation du phénomène.

Que penser, tout d'abord, d'un système juridique marqué par «la pulvérisation du droit en droits subjectifs»⁷⁰? Jean Carbonnier, à qui nous empruntons cette expression – on a parlé aussi du «tas de droits» en lieu et place de l'«État de droit» –, y voit plusieurs effets pervers: l'inflation du droit tout d'abord, condamné à s'étendre au gré des prétentions rivales qui se font valoir. L'incertitude ensuite, le fondement du droit subjectif étant l'intérêt, voire le besoin ou le désir, virtuellement infinis, alors que, en face, l'obligation du débiteur n'est pas clairement déterminée. La fragilisation du droit, enfin, son émergence étant rendue tributaire de l'aléa des initiatives des plaideurs, des décisions des juges ainsi que de l'improbable hiérarchisation de l'ensemble des prétentions subjectives en conflit⁷¹. À ce compte, ne peut-on craindre que la prolifération des droits, notamment fondamentaux, traduise, comme dans toute inflation, une perte de valeur de chacun d'eux considéré isolément? Et que vaut une sécurité seulement procédurale qui, en définitive, n'assure que d'une chose: le fait qu'un recours est ouvert devant un juge?

Que penser ensuite d'une société dans laquelle le lien social se ramènerait potentiellement au face-à-face conflictuel des droits absolutisés et des actions diligentes sans concession? Une société au sein de laquelle sembleraient se dissoudre les lieux collectifs de socialité où résoudre les différends sans nécessairement en appeler au juge étatique? Une société qui, par ailleurs, affecterait de ne plus accepter aucune forme de fatalité, cultivant ainsi le fantasme du «risque zéro», dont on commence cependant à apercevoir les dérives sécuritaires (sans doute la généralisation de l'assurance n'est-elle pas étrangère à cette évolution culturelle)? Une société qui feindrait de croire que le prétoire est un lieu plus adéquat que le Parlement pour assurer l'arbitrage de tous les intérêts en conflit et la pondération des expertises qui en éclairent les enjeux? Une société dont les citoyens, renonçant à se poser comme des acteurs affirmant des revendications sur la scène politique, se confindraient dans la seule position de la victime formulant des plaintes sur la scène judiciaire? Une société au sein de laquelle la montée en puissance du contentieux judiciaire de la responsabilité (on songe aux États-Unis) se paierait par un déclin des luttes politiques et de la capacité réformatrice du législateur⁷²?

On peut faire l'hypothèse qu'une telle société serait plus libertaire que solidaire. Le philosophe Marcel Gauchet lui donne un nom: «société de marché». Non pas seulement parce que la loi du marché y serait dominante, ce dont personne ne

⁷⁰ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Cinquième République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 121.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 124-126.

⁷² E. DELRUELLE, «Juger, opium du peuple?», *Juger*, hiver 1997-1998, n° 14/15, pp. 24 et s.

doute, mais, plus profondément encore, parce que le lien social, les rapports entre les personnes y prendraient la forme de rapports de marché. Chacun y poursuit son intérêt, cherchant à le maximiser dans la croyance en un ajustement spontané de toutes ces prétentions concurrentes. Des intérêts qui, hier encore, avaient à se légitimer comme composantes d'une institution sociale, et qui sont aujourd'hui reconnus légitimes par eux-mêmes, libres de jouer sans souci de la composition d'ensemble. Dans une telle société, explique encore Gauchet, le droit, plutôt que de passer par l'intervention transformatrice du législateur, prend la forme de « l'autorégulation »⁷³.

Ce qui est ainsi dénoncé, c'est le danger de dérive hyper-individualiste auquel sont exposées des sociétés fondées sur la prévalence des droits de la personne. Ce danger est repéré depuis longtemps déjà; en exacerbant ce qu'il est convenu d'appeler la « liberté des modernes » qui pense les droits fondamentaux comme des droits inaliénables, naturels et pré-sociaux, et en cherchant à en garantir la sphère privée contre toute espèce d'empiétement public, la modernité ne rend-elle pas le lien social tout simplement impensable à terme ? De Rousseau et Hegel à Arendt, Castoriadis et Taylor, nombreux sont les penseurs à identifier cette menace, et à déclarer leur préférence pour la « liberté des anciens » : une liberté toujours déjà sociale, qui ne s'arrête pas où commence celle des autres, mais croît avec elle, une liberté qui s'entend comme solidarité et engagement dans la cité, et pas seulement comme repli sur le privé. À l'univers hobbesien de compétition et de défiance, ces penseurs entendent opposer une vie sociale reposant sur la coopération et la confiance, ce qui ne va pas sans une certaine réhabilitation des responsabilités, « faces cachées des droits de l'homme », et conditions de leur effectivité réelle⁷⁴.

Habermas aussi théorise ce problème, en expliquant que notre double héritage moderne (autonomie privée/souveraineté publique) est instable, toujours menacé, ou de privilégier le volet libéral, au risque de sacrifier la socialité, ou d'inverser ce rapport, au détriment des libertés cette fois. Aussi vise-t-il à dialectiser ce double apport en pensant un usage intersubjectif des droits subjectifs « que des lectures individualistes ont rendus méconnaissables »⁷⁵. On sait que les principes de discussion, « en tant qu'orientés vers l'entente et le bien commun », poursuivent cet objectif d'une finalisation intersubjective des droits subjectifs, toujours susceptibles d'une exacerbation égoïste dans le sens d'une maximisation stratégique des intérêts individuels.

Voilà sans doute le point limite au-delà duquel une évolution positive finit par se retourner contre elle-même. Kelsen et Duguit, au début du XX^e siècle, prétendaient liquider la catégorie des droits subjectifs et expliquer le système juridique

⁷³ M. GAUCHET, *La religion dans la démocratie*, Paris, Gallimard, 1998, pp. 85-87.

⁷⁴ Fr. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », in Fr. OST et al. (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 1 et s.; Fr. OST, « Stand up for your rights! », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, op. cit., pp. 51 et s.

⁷⁵ J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, op. cit., p. 99.

à l'aide du seul droit objectif. Si devait se confirmer le passage à la limite hyper-individualiste qui se laisse entrevoir, alors nous assisterions au mouvement inverse, aussi peu dialectique et aussi dommageable pour la démocratie et la Justice. La contribution qu'apporte le droit au projet d'une société juste repose sur l'équilibre entre l'exposition du conflit et la recherche de solutions pacifiques, et non sur l'exacerbation de l'une de ces deux dimensions.

Prévention et gestion du conflit dans la phase judiciaire contentieuse

Dominique MOUGENOT

Juge au Tribunal de l'entreprise du Hainaut

Maître de conférences invité à l'Université de Namur et l'Université catholique de Louvain

Introduction

1. Cadre de l'exposé. Le sujet traité aurait pu faire l'objet d'une belle contribution de sociologie, voire de philosophie juridique. Je n'ai toutefois pas de connaissance particulière en ces matières et je n'imagine pas rivaliser avec les auteurs spécialisés dans ces questions.

Les lignes qui suivent constituent donc simplement le fruit de la réflexion d'un praticien, qui a tenté de prendre un peu de recul par rapport à sa pratique d'une vingtaine d'années de magistrature.

J'ajoute que je suis civiliste et pas pénaliste (plus exactement, commercialiste). Cela signifie que la présente contribution ne porte que sur la Justice civile (au sens large du terme, englobant également le droit économique et le droit social) et que je suis incapable, par manque d'expérience, de réfléchir sur la manière dont la Justice pénale règle les conflits.

Cette réflexion ne se veut évidemment pas exhaustive. Il s'agit d'observations ponctuelles sur le fonctionnement de la Justice. J'ai envisagé successivement la prévention (I) et la gestion (II) des conflits. En ce qui concerne cette seconde section, mon examen a porté sur les caractéristiques de la procédure (A) et celles, plus spécifiques, de la décision judiciaire (B).

I. Prévention

2. Justice transactionnelle et Justice décisionnelle. La Justice peut jouer un rôle de prévention, ou à tout le moins de mode de solution rapide des litiges, par sa fonction d'apaisement des conflits. Cette fonction se matérialise essentiellement, directement, par la conciliation (c'est le juge qui concilie les parties) ou, indirectement, par la promotion d'autres modes alternatifs de résolution des conflits (médiation, droit collaboratif... dans lesquels les parties trouvent leur

accord avec l'aide d'un ou plusieurs tiers). Cet aspect du rôle de la Justice fait l'objet d'autres contributions dans le présent ouvrage.

3. Importance de la connaissance de la jurisprudence dans la prévention des conflits. Je m'attacherai donc plus spécifiquement à l'examen du rôle classique de la Justice contentieuse. Dans ce cadre, le système judiciaire n'a pas pour but de prévenir les conflits mais de les trancher. Toutefois, il peut indirectement aider à prévenir les conflits. On peut imaginer que toute personne rationnelle, bien informée sur l'état du droit, va adapter son comportement pour éviter les litiges ou les dissoudre à un stade précoce. L'information sur le droit peut se réaliser directement par le justiciable – si c'est possible (c'est le rêve de la Justice prédictive) – ou par l'intermédiaire de conseillers (avocats, juristes d'entreprise...). Cette information, pour être complète et réaliste, devrait porter non seulement sur l'état de la loi mais aussi sur son interprétation et son application par la jurisprudence. C'est là qu'interviennent les tribunaux : les juges, par leur rôle de création du droit¹, contribuent à constituer le matériau sur lequel l'information du justiciable peut porter.

Mais l'*homo juridicus* n'est pas nécessairement plus rationnel que l'*homo economicus* ou l'*homo politicus*. On sait que les conflits sont gouvernés par des émotions, autant, si pas plus, que par des calculs raisonnés. Dès lors, il est tout à fait possible que la personne en conflit ne tienne pas compte des enseignements de la loi et de la jurisprudence pour adapter son comportement. Mais on ne peut pas pour autant balayer complètement ce rôle préventif joué par les tribunaux. Les ajustements peuvent avoir lieu avant la naissance du conflit, c'est-à-dire à un moment où le justiciable est probablement plus capable de raisonner de manière rationnelle.

4. Conditions de la prévention des conflits par la jurisprudence. Encore faut-il, pour que la jurisprudence joue un véritable rôle de prévention des conflits, qu'elle soit accessible et prévisible. La Cour européenne des droits de l'homme dit, en parlant de la loi : « Il faut d'abord que la "loi" soit suffisamment accessible : le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une "loi" qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue : l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre, la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi, beaucoup de lois se

¹ Sur le rôle créateur de droit de la jurisprudence, voy. Fr. KUTY, « La contribution des cours et tribunaux à l'élaboration du droit pénal », *R.C.J.B.*, 2019, pp. 29 et s. ; I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence – Étude de droit anglais et de droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 51 et s.

servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique.»² La Cour raisonne au sujet de la loi mais cet enseignement vaut aussi pour l'interprétation de la loi par les tribunaux si l'on veut apprécier le rôle de guide des comportements joué par la jurisprudence³.

Cela pose donc la question du caractère accessible et prévisible de la jurisprudence. Ces questions sont importantes et dépassent largement le cadre de la présente réflexion.

5. Accessibilité de la jurisprudence. L'accessibilité est fortement limitée en Belgique par le fait que les décisions ne sont publiées que de manière parcimonieuse et, dans bien des cas, moyennant abonnement auprès d'éditeurs juridiques⁴. L'article 782bis du Code judiciaire a été modifié par la loi du 5 mai 2019 (M.B., 16 mai 2019), de façon à permettre l'enregistrement de toutes les décisions judiciaires belges dans une base de données accessible au public. Les modalités de fonctionnement et d'accessibilité de cette base de données restent à définir par le Roi. L'application de cette disposition devrait, à terme, augmenter sensiblement l'accès à la jurisprudence⁵. Toutefois, il faut bien reconnaître que beaucoup de décisions n'ont pas grand intérêt pour le lecteur étranger à l'affaire. Une exploitation efficiente de cette masse importante de données supposera l'existence de logiciels performants, permettant d'extraire des enseignements utilisables de l'ensemble des décisions publiées.

6. Prévisibilité de la jurisprudence. Il ne suffit pas que la jurisprudence soit connue pour qu'elle permette au justiciable d'orienter son comportement. Il faut encore qu'elle soit prévisible. Cela suppose que la jurisprudence soit cohérente et que les décisions ne partent pas dans tous les sens. Cela suppose également une certaine stabilité de la jurisprudence. Ces principes valent en particulier pour les Cours suprêmes, qui doivent servir de guides pour les juridictions inférieures. Les revirements de jurisprudence non motivés de la Cour de cassation sont préoccupants à ce sujet⁶. Il en va de même des divergences profondes et persistantes dans la jurisprudence des Cours suprêmes: «Le rôle de la formation plénière d'une juridiction suprême, telle le Conseil d'État, consiste de surcroît à régler les divergences de jurisprudence entre les différentes sections de celle-ci et à fixer définitivement l'interprétation d'une disposition législative, supprimant ainsi l'incertitude juridique qui pouvait exister en la matière.»⁷

² Cour eur. D.H., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, § 49.

³ Dans le même arrêt, la Cour relève d'ailleurs que la «loi» peut être écrite ou non écrite, rappelant que le droit de la *common law* est largement construit sur des règles jurisprudentielles.

⁴ J.-P. BUYLE et A. VAN DEN BRANDEN, «La robotisation de la justice», in *L'intelligence artificielle et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 266 et s.

⁵ Voy., sur cette question, J.-B. HUBIN, «La publicité de la jurisprudence en version 2.0», *R.D.T.I.*, 2019/1, pp. 55 et s.

⁶ I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence – Étude de droit anglais et de droit belge*, op. cit., pp. 520 et s.

⁷ Cour eur. D.H., 23 mai 2019, *Sine Tsaggarakis A.E.E. c. Grèce*, § 49.

7. Lisibilité de la jurisprudence. Enfin, pour jouer un rôle notable, la jurisprudence se doit d'être lisible. On n'insistera jamais assez sur la qualité de l'écriture des jugements, pour une correcte appréhension de l'enseignement du tribunal par le lecteur⁸. Cela vaut évidemment à l'égard du justiciable, qui est le premier destinataire du jugement, mais aussi pour les juristes. Même s'ils sont entraînés à décrypter des textes difficiles, ils savoureront néanmoins un texte didactique. En outre, la clarté est importante pour faire passer un message de manière non ambiguë à l'égard de tous les lecteurs, quel que soit leur bagage juridique.

II. Gestion

A. Les caractéristiques de la gestion du litige par les tribunaux

1. Le temps

8. Le temps du procès civil. « Le temps est inséparable du procès. Tout procès s'inscrit dans la durée en tant qu'il est procédure de jugement. »⁹ En 2007, la Ministre de la Justice, Laurette Onkelinx, avait défendu une conception « citoyenne » de l'arriéré judiciaire¹⁰. Elle entendait par là que l'arriéré devait se calculer, non pas à compter de la fin de la mise en état (ce qui est la conception classique de l'arriéré judiciaire¹¹), mais dès l'introduction de la procédure. Même si cette conception n'a pas convaincu certains auteurs¹², elle est conforme à la définition du délai raisonnable, tel que le conçoit la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour envisage le délai de la procédure toutes instances confondues¹³. En d'autres termes, c'est l'ensemble de la procédure, de la première instance à la cassation, et même à la juridiction de renvoi, qui devra être examiné pour vérifier si le délai raisonnable a été respecté.

9. Le temps du justiciable. Contrairement à la médiation, qui peut – parfois – se dénouer très rapidement, le débat judiciaire n'est pas réputé pour sa rapidité. Dans l'état actuel de la pratique judiciaire, il est habituel que les calendriers judiciaires prévoient la possibilité d'échanger trois jeux de conclusions. Il est fréquent que les avocats demandent un délai de deux mois pour conclure, à tout le moins pour les conclusions principales. Une mise en état demande donc au minimum six à huit mois et cela peut être plus long si le dossier est complexe ou comporte plus de deux parties ayant des intérêts opposés. Même si la juridiction est en mesure de fixer rapidement une audience à l'issue de la mise en état et sachant

⁸ Voy. à ce sujet : J.-Fr. FUNCK (coord.), *Dire le droit et être compris*, 2^e éd., Limal, Anthemis, 2017.

⁹ L. CADIEU, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2010, p. 798.

¹⁰ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2811/005, pp. 35-36.

¹¹ J. ENGLEBERT, « La mise en état de la cause et l'audience des plaidoiries », in *Le procès civil accéléré?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 73 et s., n° 5.

¹² *Ibid.*, n°s 9-10.

¹³ Cour eur. D.H., 28 juin 1978, *König c. Allemagne*, § 98.

que la durée usuelle d'un prononcé est d'un mois, cela signifie que le justiciable devra souvent attendre au moins huit mois pour connaître la position du tribunal concernant son dossier. À l'heure où certaines chambres de la cour d'appel de Bruxelles fixent des audiences à des délais bien supérieurs à cinq ans, un délai de huit mois peut apparaître très performant. Il n'en reste pas moins que ce délai est long pour le justiciable, pour qui les enjeux humains ou financiers du dossier peuvent être déterminants. Imaginez devoir attendre huit mois les résultats d'un examen médical, lorsque les conséquences du pronostic peuvent être sérieuses. « De ce point de vue, à un "droit à l'impatience" du justiciable correspond désormais un droit à la célérité. »¹⁴

10. Le temps du juriste. À cela s'oppose la conception des juristes, qui estiment nécessaire qu'une maturation puisse s'opérer pour dégager la solution la plus adéquate. Lorsque le ministre a envisagé, dans les premiers moments de la gestation de la loi pot-pourri IV, de réduire le nombre de tours de conclusions à un seul, sauf pour les affaires complexes, il s'est heurté à une levée de boucliers du barreau. Celui-ci défendait l'idée qu'une mise en état de qualité supposait que les plaideurs puissent affiner leur argumentation au travers de conclusions multiples.

Il est révélateur à cet égard que certains auteurs aient déploré l'instauration d'une véritable autorité de chose jugée de l'arrêt de cassation à l'égard de la juridiction de renvoi. Ceci ne permettait plus, selon eux, le « dialogue des juges », par lequel le juge de renvoi pouvait refuser d'appliquer la solution dégagée par la Cour de cassation et inviter la Cour elle-même à revoir sa position¹⁵. Un auteur a également regretté que le mécanisme des audiences plénières soit utilisé devant la Cour de cassation pour trancher rapidement une controverse relative à une loi nouvelle, sans laisser à la jurisprudence le temps d'explorer toutes les dimensions de la question¹⁶. Cependant, la suppression de la possibilité d'un double pourvoi en cassation sur le même point de droit a été saluée par d'autres comme une victoire de l'économie de procédure¹⁷.

Si la décantation est certainement favorable à l'élaboration de solutions équilibrées et sagement réfléchies, la Justice peut-elle décemment imposer au justiciable d'attendre l'issue d'un tel processus ? Les juges du fond sont plus proches du justiciable et probablement plus sensibles à l'urgence de statuer. Que vaut-il mieux : une décision immédiate et imparfaite ou une décision peut-être meilleure mais retardée ? *Justice delayed, justice denied...* « Ignorant ou feignant d'igno-

¹⁴ J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « Le temps dans le procès civil : réflexions sur la procrastination judiciaire », in *Le temps et le droit. Hommage au Professeur Closset-Marchal*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 396.

¹⁵ J. DE CODT, « La Cour de cassation peut-elle s'autogérer sans déroger ? », in *Libertés, (l)égalité, humanité. Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 654 ; Chr. STORCK, « Quand l'ὑπόρις dicte une réforme de la Cour de cassation », in *Actualités en droit commercial et bancaire. Liber Amicorum Martine Delierneux*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 635 et s.

¹⁶ Chr. STORCK, « Remarques sur l'autorité des arrêts de la Cour de cassation », *Rev. not. belge*, 2008, p. 254.

¹⁷ A. FETTWEIS, « Sur l'autorité contraignante des arrêts de la Cour de cassation », in *Liber Amicorum Patrick Henry. Luttons*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 125 et s., n^{os} 21 et s.

rer le facteur temps, le juge civil ne rend plus que des décisions qui, s'étant trop fait attendre, ne font plus peur ou ne sont plus crédibles.»¹⁸ Le justiciable est-il sensible aux subtiles nuances du droit lorsqu'il attend sa décision ? Certains juges, conscients de la nécessité de trancher sans attendre, font parfois l'économie d'une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle ou à la Cour de justice de l'Union. Celle-ci aurait pu apporter des éléments de solution importants mais aurait retardé d'un an au moins l'issue du litige.

2. Le contradictoire

11. Le rôle démocratique de la contradiction. On ne dira jamais assez l'importance de la contradiction dans le débat judiciaire, sur un plan à la fois théorique et pratique. Le principe du contradictoire assure non seulement la défense des droits des parties mais il dépasse les intérêts antagonistes et relève de l'État de droit, constituant ainsi le signe d'une société démocratique¹⁹. « La contradiction, associée au débat judiciaire, soutenue par l'égalité des armes et articulée avec les droits de la défense, est l'expression de l'État de droit puisqu'elle oblige le juge à prendre en considération les arguments de tous. »²⁰

Le constitutionnaliste français Dominique Rousseau est le créateur du concept de démocratie continue²¹. Selon lui, la démocratie ne s'arrête pas aux élections mais se poursuit durant toute la législature. Le processus électif n'est donc pas la seule source de légitimité d'un pouvoir. Au sujet du pouvoir judiciaire, il écrit que « la rationalité d'une décision judiciaire repose en effet sur la capacité qu'a cette décision d'envisager l'hypothèse qu'elle aurait pu être autre, sinon elle n'est pas rationnelle, elle est "folle" »²².

L'idée que la décision judiciaire est le fruit d'un débat et aurait pu être tout autre se retrouve chez d'autres auteurs. Le processualiste italien Giuseppe Tarzia écrit : « une décision rationnelle est une décision qui intègre la possibilité qu'elle aurait pu être autre et par conséquent il faut montrer à la société qu'à côté de la décision qui a été prise, il y a une autre argumentation, aussi valable sur le plan juridique, qui a été écoutée, entendue mais qui n'a pas emporté la conviction des magistrats. Mais l'autre argumentation existe, la société sait qu'elle existe, la société a vu qu'il y a eu un débat, que la décision n'est pas descendue du ciel, qu'une décision de justice est une décision délibérée, discutée et qui, par conséquent, peut, un jour, devenir autre. »²³

¹⁸ P. DRAI, « L'exécution des décisions judiciaires et les moyens de pression à la disposition du tribunal », *Rev. int. dr. comp.*, 1986, p. 512.

¹⁹ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 641.

²⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, v° « Contradiction », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004.

²¹ D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Bruylant, 1995.

²² D. ROUSSEAU, « De la justice pouvoir d'État à la justice pouvoir de la démocratie ? », in *Le Conseil supérieur de la justice : stop ou encore ?*, Limal, Anthemis, 2016, p. 49.

²³ G. TARZIA, « Le principe du contradictoire dans la procédure civile italienne », *Rev. int. dr. comp.*, 1981, p. 796 (disponible à l'adresse : www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1981_num_33_3_3170).

12. Le contradictoire, source de légitimité pour le juge. La contradiction devient la légitimité principale de la décision judiciaire. Le juge, à lui seul, ne peut se retrancher derrière sa propre autorité pour tenter d'asseoir sa décision. Ce qui détermine la valeur d'un énoncé n'est pas son contenu : il sera reconnu comme vrai « dans la mesure où au cours d'une procédure d'argumentation valide, sa prétention à la validité est justifiée et n'a pu être démentie par aucun argument »²⁴.

Comme l'écrit Paul Martens, « [c]e qui peut faire admettre le contrôle du juge, ce n'est ni sa légitimité – celle du Parlement est plus grande – ni sa spécialisation – celle de l'administration est plus éprouvée. Mais l'un et l'autre sont plongés dans l'action, administrative ou politique ; le parti pris peut les tromper sur les mesures à prendre, la passion peut leur faire perdre toute raison et commettre ainsi une erreur manifeste. Ce que le juge peut apporter, c'est la sérénité du débat, la maturation du délibéré, la retombée des passions : en un mot, c'est le recul. »²⁵ L'auteur écrit au sujet du principe de proportionnalité et s'interroge sur l'opportunité de permettre au juge de contrôler tant l'administration que le législateur. Mais le propos peut être généralisé, en ce qu'il attribue la légitimité du juge au débat contradictoire. Il ajoute par ailleurs : « Le rôle du juge est alors, non plus d'être la bouche d'une loi qui n'a plus d'âme, mais d'être l'oreille d'une justice qui écoute, qui doute et qui ne tranche que dans le résidu d'intransigeance auquel les parties n'ont pu renoncer. Puisque c'est au juge qu'est confiée la mission de pondérer les intérêts en conflit, puisque c'est du débat que va se dégager la solution qui les mutile le moins possible, le droit au juge se confond avec le droit au droit. [...] La culture démocratique se caractérise par l'organisation d'un échange dialectique des points de vue : elle s'accommode de plus en plus mal de l'idée qu'il puisse y avoir des paroles qui ne souffrent aucune contradiction ». ²⁶

13. Contradiction et office du juge. Si la contradiction justifie que le juge adopte un rôle actif, elle est aussi un tempérament à cette activité. Lorsque le tribunal, faisant usage des pouvoirs qui lui sont reconnus par la Cour de cassation, introduit des éléments nouveaux dans le débat, il doit les soumettre aux parties. Toute modification de la « géométrie de l'instance »²⁷ (pour reprendre la belle expression de Michèle Grégoire) doit se faire dans le respect du contradictoire.

²⁴ J. LENOBLE, « Droit et communication : Jürgen Habermas », in *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 172.

²⁵ P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 62, citant Pierre Delvolvé.

²⁶ P. MARTENS, « La constitutionnalisation du droit juridictionnel », in *Liber Amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, Waterloo, Kluwer, 1997, p. 301.

²⁷ M. GRÉGOIRE, « Géométrie de l'instance », *R.C.J.B.*, 2008, pp. 10 et s.

3. Équilibre des pouvoirs

14. Émergence du juge actif. Un bref historique des règles de mise en état montre de manière assez claire l'apparition d'un rôle actif du juge. Les parties se voient de plus en plus confisquer leur pouvoir de gérer la mise en état de leur propre cause. Le fait que la mise en état par renvoi au rôle général soit reléguée au rang de procédé subsidiaire d'instruction de l'affaire est révélateur. Désormais, la règle, lorsque les parties n'ont pas fait choix d'un autre mode, est la mise en état judiciaire, organisée par le juge. Toutefois, l'analyse des règles de la mise en état révèle néanmoins un pouvoir important des parties, qui prime celui du juge, chaque fois qu'elles se mettent d'accord sur l'organisation de la procédure. Les règles de la procédure civile n'étant pas d'ordre public, l'accord procédural est possible sur tous les points. Il est parfois expressément prévu par le législateur. Si l'on devait établir une balance entre le caractère accusatoire ou inquisitoire de la procédure civile, le mode accusatoire resterait le plus marqué, dans la mesure où les parties disposent en tous points de la maîtrise ultime de l'introduction de la procédure, de sa terminaison mais aussi de son déroulement.

Il serait cependant trompeur de réduire la mise en état à une sorte de confrontation dans laquelle juges et parties tentent d'imposer leur pouvoir à l'autre. Les processus de mise en état élaborés par le législateur ont davantage mis en place une forme de collaboration entre juges et parties, pour organiser le bon déroulement de l'instance. Le pouvoir reconnu au juge ou aux parties n'est donc pas avant tout une manière de faire barrage à la position de l'autre, mais plutôt la base d'une sorte de dialogue dans lequel l'impulsion donnée par chacun sert de base aux initiatives de l'autre²⁸. Déjà lors de l'adoption du Code judiciaire, le Commissaire royal à la réforme notait : « sous la réserve des nécessités et des égards que la défense comporte, la partie diligente doit trouver dans les textes du Code, à l'application desquels le juge donnera un concours vigilant, la possibilité de vaincre la passivité du plaideur qui temporise »²⁹. Ce « concours vigilant » s'est progressivement mué en pouvoir d'initiative, mais toujours dans le respect de la volonté des parties. Ce n'est qu'en cas de grippage de ce dialogue que le juge obtient le dernier mot.

4. Oral hearing – L'écoute par le juge

15. L'importance de l'audience. Le juge entend les parties. À moins de circonstances exceptionnelles justifiant de se dispenser d'une audience³⁰, le droit de

²⁸ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 501, n° 27 ; G. DELVOIE, « Over vadsige, lijdzame en actieve rechters, three of a kind ? », in *L'arriéré judiciaire n'est pas une fatalité*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 219, qui parle de symbiose entre l'office du juge et le principe dispositif.

²⁹ *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1963-1964, n° 60, p. 19.

³⁰ Voy. le rappel de la jurisprudence dans : Cour eur. D.H. (Gde Ch.), 6 novembre 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, § 190.

chacun à ce que sa cause soit entendue publiquement, au sens de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, implique le droit à une audience devant au moins une instance³¹.

Indépendamment de ces considérations de principe sur le droit au procès équitable, l'audience est le lieu de rencontre entre le juge et les parties. Pour le juge, c'est le moment de poser des questions, de s'assurer qu'il a bien compris la position des parties. Pour les parties, c'est le moment de faire valoir leur position. Compte tenu de l'importance de la contradiction dans le processus d'élaboration de la décision, le justiciable, même s'il ne connaît pas bien les règles du débat judiciaire, pressent intuitivement l'importance de pouvoir prendre la parole. Il est essentiel alors que la décision de Justice soit le reflet de cette parole, que le justiciable, même si on lui donne tort, comprenne que le juge a entendu son message mais n'a pas pu y faire droit. À cet égard, une mauvaise plaidoirie n'est pas synonyme d'un procès perdu. C'est juste une occasion perdue de faire passer de manière décisive son message auprès du juge.

Pour les parties, l'audience est aussi un moment symbolique important, même si elles ont eu l'occasion de faire valoir leur position par écrit³². Lorsqu'elles se présentent à l'audience, c'est le moment où elles vont être confrontées à « leur » juge, en chair et en os. Toutefois, l'audience ne peut se réduire au simple souci de satisfaire le principe du contradictoire. Les parties veulent que le juge écoute réellement leur histoire. Et le juge devrait montrer qu'il a bien entendu et compris le message³³.

5. Violence

16. La violence de la Justice civile. La Justice permet d'éviter le recours à la violence mais elle ne la supprime pas. Elle la canalise. C'est évidemment plus flagrant au pénal. L'État remplace la vengeance privée par l'action publique, détenant ainsi le monopole de la violence légitime³⁴. Cela ne signifie pas que le procès civil est exempt de violence. Le langage utilisé dans les conclusions n'est pas cantonné aux simples affirmations de fait ou aux démonstrations juridiques. Il est souvent stigmatisant : la partie adverse est malhonnête, incompétente, de mauvaise foi... L'organisation du procès peut amener les parties à développer des trésors de stratégie pour mieux terrasser leur adversaire. C'est ainsi que Paul Martens en arrive à considérer que la justice peut créer des dégâts psychologiques, qu'il appelle « maladies thémistogénétiques »³⁵. Il est vrai qu'on ne sort pas nécessairement indemne d'une procédure judiciaire.

³¹ Cour eur. D.H., 29 mai 2001, *Fischer c. Autriche*, § 44 ; 12 novembre 2002, *Salomonsson c. Suède*, § 36.

³² H.A.M. GROOTELAAR, *Interacting with Procedural Justice in Courts*, Utrecht, 2018, p. 11, disponible à l'adresse <https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/Grootelaar>.

³³ *Ibid.*, p. 12. Voy. aussi les considérations de Jean-Marie Degryse dans le présent ouvrage. Elles concernent le rôle conciliateur du juge mais les remarques sur l'écoute du juge ont valeur générale.

³⁴ P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 37.

³⁵ P. MARTENS, *ibid.*, p. 130.

17. La violence du vocabulaire judiciaire. Il y a quelques années, certains ont milité pour l'abandon du terme « condamner » dans le dispositif des décisions civiles. Ce terme, jugé trop stigmatisant, devait être réservé aux décisions pénales³⁶. Il pouvait être remplacé par d'autres expressions moins fortes, telles que « enjoindre de payer » ou d'autres formulations équivalentes. Cette position a provoqué une levée de boucliers des huissiers de justice, qui soutenaient – à tort – que l'utilisation de synonymes de « condamner » rendait les décisions inexécutables. L'agitation autour de cette question a faibli. La seconde édition de l'ouvrage « Dire le droit et être compris » relève néanmoins que « condamner présente un caractère culpabilisant, qui est souvent inutile dans les procédures civiles »³⁷. Cette discussion est symptomatique de la charge émotionnelle qui peut s'attacher à certains termes du vocabulaire judiciaire.

18. L'inutilité de la violence judiciaire. La violence n'est pas absente non plus dans les MARC, même dans les procédures qui visent l'émergence d'un accord (conciliation, médiation, droit collaboratif...). L'échange débute souvent par un étalement de toutes les frustrations et les rancœurs des parties. Mais cette violence verbale doit être canalisée et dépassée si l'on veut aboutir à l'accord. Parfois, le simple fait d'avoir pu « vider son sac » suffit à faire baisser la pression. Ces blessures relevées par les parties peuvent constituer le terreau sur lequel cet accord va se construire. En revanche, dans le débat judiciaire, cette agressivité verbale ne débouche sur rien. Comme la finalité de la procédure n'est pas l'obtention d'un accord, aucun mécanisme ne va la limiter. Vu que l'injure n'est pas admise dans les débats judiciaires, elle va prendre une forme plus subtile, mais tout autant stigmatisante. Elle n'est pas transformée et ne servira pas au juge. Celui-ci, en matière civile, fondera sa décision sur les faits et le droit et non sur les accusations formulées par les parties. Il sera même probablement exaspéré par une agressivité inutile. La violence, dans le procès civil, est donc une sorte de processus parallèle qui accompagne la procédure, mais qui ne s'y intègre pas.

19. Violence et rituel judiciaire. Antoine Garapon a consacré un ouvrage au rituel judiciaire³⁸. Il en relève l'importance, surtout dans la Justice pénale : « L'homme a besoin de spectacle pour accéder à la vérité. »³⁹ N'étant pas pénaliste, je suis mal placé pour apprécier la pertinence de sa réflexion. Sur le plan civil, je suis moins convaincu par l'importance du rituel. Il y a quelques années, certaines audiences de mon tribunal ont dû s'organiser dans la bibliothèque, par manque de locaux. Magistrats et parties s'asseyaient de part et d'autre d'une longue table. Seule une colonne de câbles électriques séparait encore symboli-

³⁶ « Christian Wettinck, le juge qui ne condamne pas », *Alter Échos*, n° 294, 10 mai 2010 : « Pourquoi condamner les gens à payer une pension ou un loyer, au lieu de dire qu'ils sont tout simplement obligés. C'est démesuré ! Les gens ne sont pas coupables d'être pauvres. »

³⁷ J.-Fr. FUNCK (coord.), *Dire le droit et être compris*, op. cit., p. 34, qui relève que les problèmes d'exécution de la décision peuvent être écartés si le texte indique clairement qui doit combien à qui.

³⁸ A. GARAPON, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997.

³⁹ *Ibid.*, p. 288.

quement demandeur et défendeur. Un avocat rencontré récemment m'a rappelé l'ambiance sereine qui se dégageait de ces audiences. Il est vrai que le changement de lieu n'était pas innocent. Il a fait perdre au débat judiciaire sa théâtralité et l'a transformé en une sorte de banale réunion de travail. Les médiateurs savent l'importance de l'agencement du mobilier. On peut dès lors se demander si la disposition des salles d'audience n'encourage pas une certaine agressivité dans le discours des avocats, qui s'apaise lorsque tout le monde se retrouve autour d'une table. Si toutes les manières de rendre le débat judiciaire plus serein sont à encourager, il ne faut cependant pas que le respect de la publicité des audiences se perde en chemin. Il s'agit d'un principe fondamental qui relève du droit au procès équitable. On ne pourrait donc troquer les audiences classiques contre des audiences de cabinet auxquelles le public ne pourrait pas avoir accès.

B. La décision de Justice

1. Imposition de la décision

20. Rôle correcteur du juge. Si l'on critique souvent la Justice contentieuse parce que la solution du litige est imposée de l'extérieur, la décision judiciaire est précisément la manière de remédier aux imperfections des modes alternatifs. En cas d'injustice flagrante ou de déséquilibre grave entre parties, la persistance en médiation de rapports de force déséquilibrés, de dominations ou de manipulations restreint le libre arbitre et limite les possibilités d'atteindre un accord durable⁴⁰.

Lorsque l'issue négociée ou médiée n'existe pas, la décision judiciaire devient la seule manière de dire la Justice. Du fait de ses limites, elle ne mettra peut-être pas fin au conflit. Mais elle peut rétablir l'égalité et imposer une solution supposée plus juste.

Le débat judiciaire doit respecter le principe de l'égalité des armes. Dans ce cadre, le juge peut intervenir activement pour veiller aux intérêts de la partie faible. Il peut soulever des moyens auxquels son avocat n'a pas songé. *A fortiori*, il peut aider la partie elle-même, lorsqu'elle se défend seule. Même si la décision doit être fondée sur le droit et pas sur l'équité⁴¹, cette dernière intervient dans certains mécanismes juridiques, tels que la bonne foi ou l'interdiction de l'abus de droit. En outre, l'équité doit être présente à tous les stades de la procédure.

21. Importance de la motivation de la décision. Puisque, dans le cadre du processus judiciaire, la décision vient d'un tiers et non des parties, il est important que les parties comprennent les motifs de cette décision. La motivation joue

⁴⁰ A. STIMEC et S. ADIÏÈS, *La médiation en entreprise*, 4^e éd., Paris, Dunod, 2015, p. 189.

⁴¹ Au contraire de certains arbitrages, dans lesquels l'arbitre peut intervenir comme « amiable compositeur » et peut alors corriger les excès d'une décision purement fondée sur le droit en tenant compte de l'équité.

à ce stade un rôle primordial. Motiver ce n'est pas affirmer mais justifier, c'est-à-dire fournir les arguments convaincants sur lesquels se fonde la décision⁴². C'est dans la motivation que les parties verront que le juge a pesé le pour et le contre, a pris leur position en considération mais l'a rejetée. La perte du procès entraîne un processus de deuil. Celui-ci sera d'autant plus difficile à enclencher si la rationalité de la décision est incompréhensible. À l'inverse, il est important que la partie perdante comprenne les motifs du juge, même s'ils sont contraires à son opinion. D'où l'importance d'aller, si possible, au cœur du litige et ne pas se limiter à des motifs procéduraux (déclinatoire – exception – fin de non-recevoir). Le justiciable qui réalise que sa demande est rejetée pour des motifs purement procéduraux risque de subir une frustration plus importante que si le juge lui explique pourquoi il a tort⁴³. Et pourtant, la procédure est un garde-fou contre les excès et est parfois incontournable. Mais la tentation du juge de se limiter à l'examen de l'exception peut être forte lorsque cette décision est plus simple à motiver qu'une décision au fond (mais ce n'est pas toujours le cas : il se peut que le fond soit aisément tranché et que l'on passe au-dessus d'une exception ou d'une fin de non-recevoir).

À nouveau, le langage clair est déterminant si l'on veut que le justiciable comprenne pourquoi il perd. Une décision obscure s'apparente au décès ou à la maladie : elle est incompréhensible et relève de la fatalité. C'est un fait qui échappe à la maîtrise des hommes. S'il comprend le langage du juge, le justiciable n'y adhérerait peut-être que difficilement – c'est là que le processus de deuil doit s'installer – mais il peut à tout le moins saisir que cette décision n'est pas absurde et s'inscrit dans une rationalité autre que la sienne.

22. Limite des pouvoirs du juge. Ce pouvoir du juge d'aller au fond des choses et de rechercher le point le plus central du litige pour le trancher a des limites. Le juge ne peut modifier l'objet et la cause de la demande. Il ne peut accorder aux parties ce qu'elles ne demandent pas, même si cet objet n'est pas adéquat. Il ne peut non plus s'intéresser à des faits qui ne lui sont pas soumis par les parties, même s'il considère que ces éléments de fait nouveaux pourraient avoir une incidence sur la solution du litige. Mais, dans ces limites, il peut trier les faits du dossier et se fonder sur les plus pertinents et rechercher la règle de droit la plus adaptée, bien au-delà de ce que les parties elles-mêmes ont invoqué⁴⁴.

⁴² Ch. PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, p. 162, n° 87.

⁴³ Les études empiriques tendent toutefois à nuancer la perception par le justiciable de la réception de son argumentation par le juge : « Uit het onderzoek blijkt dat de rechtspraak in civiele procedures verliezers zelden overtuigt van hun ongelijk; zij menen dat hun argumenten niet zozeer weerlegd zijn, als wel genegeerd » (B.C.J. VAN VELTHOVEN, « Over het relatieve belang van een eerlijke procedure; procedurele en distributieve rechtvaardigheid in Nederland », *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2011, n° 172, p. 14, citant R.J.J. Eshuis).

⁴⁴ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « L'office juridictionnel du juge belge », in *L'office du juge. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 43 et s.

2. Vérité judiciaire et vérité des faits

23. Limites de la vérité judiciaire. *Res iudicata pro veritate habetur*. La vérité judiciaire supplante la vérité des faits. C'est une des particularités de la décision judiciaire : elle se fonde sur une vérité reconstituée par le juge.

La vérité judiciaire est partielle et tronquée. Elle passe par le double filtre de ce que le client dit à l'avocat et de ce que l'avocat dit au juge.

Il s'agit d'une vérité reconstituée au terme du débat judiciaire, parfois très loin de la vérité réelle⁴⁵. Dans le système de la *common law*, la procédure de *discovery* permet aux parties et au juge d'aller très loin dans la reconstitution des faits⁴⁶. On interroge toutes les personnes concernées de près ou de loin par le litige. On épiluche toutes les pièces qui ont – ou n'ont pas vraiment – de rapport avec le différend. Cette phase de la procédure permet souvent d'approcher d'assez près la réalité du conflit. Les praticiens de la *common law* conviennent toutefois eux-mêmes des effets pervers de la *discovery*⁴⁷. Elle engendre la production de masses de documents, dont le lien avec le litige est parfois assez ténu. Le traitement d'une telle quantité de pièces s'avère lourd et fastidieux⁴⁸. Cela peut donner lieu à des stratégies pour affaiblir la partie adverse, soit en lui demandant des pièces tellement nombreuses qu'elle va devoir consacrer une énergie considérable à les rassembler, soit en la noyant sous des documents souvent peu utiles, en quantité telle que ses avocats auront peine à les parcourir pour en extraire les informations intéressantes. La *discovery* a aussi un coût : les parties devront rémunérer leur avocat pour les nombreuses heures passées à interroger des témoins ou examiner les pièces de l'adversaire. Au Royaume-Uni (au contraire des États-Unis), des mesures ont été prises pour limiter l'ampleur de cette procédure, rebaptisée d'ailleurs *disclosure*, pour bien prendre ses distances avec la *discovery* classique⁴⁹. Même limitée, la procédure de *discovery* dans les États de *common law* reste bien plus extensive que notre procédure de production de documents⁵⁰.

Notre système judiciaire, au contraire de l'arbitrage, ne peut se permettre de consacrer autant de temps et d'énergie à chaque dossier. Il en résulte un système moins coûteux et plus rapide, mais dans lequel de nombreuses zones d'obscurité

⁴⁵ Gwendoline Lardeux a démontré que l'exigence de quasi-certitude des faits imposée dans le système du Code Napoléon augmente le risque que la décision soit erronée : G. LARDEUX, « Preuve civile et vérité », in *Le droit, entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 871.

⁴⁶ P. VAN LEYNSEELE et M. DAL, « Pour un modèle belge de la procédure de *discovery* ? », *J.T.*, 1997, pp. 225 et s.

⁴⁷ R.L. MARKUS, « Extremism in the pursuit of truth is our "virtue" : the American infatuation with broad discovery », in *Truth and Efficiency in Civil Litigation*, Cambridge-Anvers, Intersentia, 2012, pp. 165 et s.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 170.

⁴⁹ R. JACKSON, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, Norwich, TSO, 2010, p. 368, 3.2. Cet article relève par ailleurs la réticence des praticiens du droit processuel britannique à abandonner les anciennes pratiques de *discovery*.

⁵⁰ J.A. JOLOWICZ, « Discovery of documents in the common law and the forced production of documents in civil law systems », in *Essays in honour of Konstantinos D. Kerameus*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 535 et s., spéc. pp. 538 et 547.

subsistent à l'issue des débats. Le juge doit s'en accommoder mais ne peut en tirer argument pour refuser de trancher : ce serait un déni de Justice, interdit par l'article 5 du Code judiciaire⁵¹. Ce sont les règles relatives à la charge de la preuve qui lui permettent alors de désigner le perdant. La détermination de ces règles est parfois extrêmement délicate⁵². Le juge va se fonder sur un dossier parfois lacunaire et appliquer alors des règles très mécaniques pour déterminer le gagnant et le perdant. Cette circonstance peut ajouter au malaise des parties qui, elles, savent comment les faits se sont déroulés. Ce décalage entre vérité judiciaire et vérité des faits résulte donc d'un double phénomène : d'une part, les parties se dessaisissent du règlement du conflit et le confient à un tiers, qui ne connaît pas le dossier, et, d'autre part, ce tiers ne dispose pas des moyens de mener une recherche systématique de la vérité.

24. La recherche de la vérité par le juge. Le système peut néanmoins paraître acceptable si le juge essaye honnêtement de reconstituer les faits. Mais le juge est-il vraiment préoccupé par la recherche de la vérité ?

Pour certains, la recherche de la vérité n'est qu'une vue idéale, un discours doctrinaire de l'institution judiciaire à la recherche d'une légitimité. Dans la mesure où le juge n'a pas le pouvoir d'imposer ses décisions par la force, il doit faire en sorte que celles-ci soient jugées acceptables, principalement par ceux que ces décisions désavantagent⁵³. Ainsi, lorsque la vérité n'est plus un objectif à portée, les règles de la preuve interviennent pour imposer leur légitimité. Elles libèrent le juge de la prétention d'atteindre la vérité en même temps qu'elles lui donnent les moyens de neutraliser les contestations que sa décision pourrait engendrer⁵⁴. En d'autres termes, la partie perdante ne peut se plaindre, puisque son échec s'explique par sa propre carence en matière probatoire.

Ce serait faire un mauvais procès aux juges que de dire qu'ils ne sont pas intéressés par la recherche de la vérité et que leur seule préoccupation est de juger au plus vite et à moindres frais, tout en évitant la remise en cause de leurs décisions. Le juge souhaite trouver la vérité mais ne fera pas tout pour y arriver. Lorsque les éléments de preuve fournis par les parties sont insuffisants pour se faire une idée claire du dossier, le juge devra alors déterminer s'il va ordonner des mesures d'instruction (audition de témoins, production de documents...). Il ne peut prendre cette décision à la légère et est pris en tenaille entre plusieurs principes directeurs. D'une part, le droit à la preuve oblige le juge à assister les parties dans la recherche des preuves, lorsque celles-ci ne détiennent pas les éléments de preuve décisifs. Il

⁵¹ « Il y a déni de justice lorsque le juge refuse de juger sous quelque prétexte que ce soit, même du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. »

⁵² Pour des exemples, voy. : D. MOUGENOT, « La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle : la distinction entre l'obligation totalement inexécutée ou partiellement exécutée au secours du praticien », in *Le juge et le contrat*, Bruges, la Chartre, 2014, pp. 409 et s., ou encore *id.*, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *R.C.J.B.*, 2018, pp. 113 et s.

⁵³ X. LAGARDE, « Vérité et légitimité », *Droits*, 1996, n° 23, p. 34.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 36. Voy. aussi : X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, L.G.D.J., 1994, n° 6 et s.

est donc tenu de mettre en place les mesures d’instruction utiles et de motiver ses décisions de refus de poursuivre l’instruction du dossier⁵⁵. D’autre part, le principe d’économie de procédure, matérialisé dans l’article 875bis du Code judiciaire, oblige le juge à faire preuve de parcimonie dans l’organisation de mesures d’instruction. Le temps de la Justice est compté et ne doit pas être gaspillé en mesures inutilement coûteuses ou chronophages. Le juge doit donc jongler avec ces principes, en les modalisant en fonction des enjeux du litige. Dans tel dossier, dont l’enjeu est réduit, il privilégiera une décision rapide, même si elle est fondée sur un dossier incomplet. Dans tel autre dossier, dont l’enjeu est important, il ira plus loin dans la recherche des preuves.

3. Subjectivité

25. Subjectivité de toute décision judiciaire. La décision judiciaire est, par définition, subjective, tant que la Justice ne sera pas rendue par des ordinateurs. Et encore, la robotisation de la Justice ne fera que déplacer la subjectivité : au lieu d’apparaître dans le délibéré du juge, elle trouvera place dans la conception même des algorithmes, qui restent écrits par des êtres humains, ou dans les décisions judiciaires analysées et utilisées par ces algorithmes⁵⁶.

Cette subjectivité se présente à plusieurs niveaux.

26. Subjectivité dans la recherche des faits. Dès l’entrée en vigueur du Code judiciaire, le juge s’est vu reconnaître un rôle actif dans l’administration de la preuve. En effet, il est admis que le juge peut ordonner toutes les mesures d’instruction d’office. Il n’est donc pas tenu par les offres de preuve formulées par les parties. On n’insistera jamais assez sur l’important pouvoir du juge à ce niveau. Comme, par principe, dans cette hypothèse, les parties n’ont pas formulé de demande de mesures d’instruction, c’est donc le juge qui apprécie discrétionnairement l’opportunité d’en ordonner. Cette appréciation sera guidée par l’enjeu du litige, le comportement des parties, la jurisprudence habituelle du tribunal, la sensibilité personnelle du juge et probablement d’autres facteurs difficiles à détecter et répertorier...⁵⁷ De même, si le juge décide de s’engager dans des

⁵⁵ D. MOUGENOT, « L’office du juge en matière de preuve en droit belge », in *L’office du juge. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 262 et s.

⁵⁶ L. GÉRARD et D. MOUGENOT, « Justice robotisée et droits fondamentaux », in *Le juge et l’algorithme. Juges augmentés ou justice diminuée ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 11 et s., n° 24.

⁵⁷ Vu de l’extérieur, on peut être interpellé par les différences d’approche d’un juge à l’autre, ou, pour le même juge, d’une affaire à l’autre. Il est parfois difficile de trouver une logique dans les initiatives du juge. Même si les propos qui suivent ont trait à la procédure américaine, l’appréciation de l’auteur sur les limites du pouvoir d’investigation du juge ne peut qu’évoquer des questions familières pour les juges civils continentaux : « The fact is that our system does not allow much room for effective or just intervention by the trial judge in the adversary fight about the facts. The judge views the case from a peak of Olympian ignorance. His intrusions will in too many cases result from partial or skewed insights. He may expose the secrets one side chooses to keep while never becoming aware of the other’s. He runs a good chance of pursuing inspirations that better informed counsel have considered, explored, and abandoned

mesures d'instruction, de sa propre initiative ou sur demande des parties, c'est lui qui apprécie leur caractère satisfaisant ou non et l'opportunité d'aller plus avant dans la recherche des preuves. Suivant les cas, on risque d'être confronté à un juge très volontariste en matière d'administration de la preuve ou, au contraire, très passif. Les parties sont donc exposées à la subjectivité du juge à ce sujet, avec pour conséquence que les preuves récoltées seront, suivant les cas, très étoffées ou très maigres. Il n'y pas de parallélisme obligatoire entre l'activisme du juge et la pertinence des preuves récoltées par les mesures d'instruction qu'il ordonne. Dans certains dossiers, d'importantes mesures d'instruction peuvent très bien accoucher d'une souris et ne rien apporter de très décisif. Mais elles peuvent faire basculer complètement un procès. Dans ce cas, le contraste est saisissant, voire inquiétant, entre la décision prise par un juge mieux informé et celle qu'il aurait dû prendre, sur la seule base des règles relatives à la charge de la preuve, s'il n'avait pas ordonné de mesure d'instruction. Le sort des parties ne tient qu'à un fil...

27. Subjectivité dans l'application du droit au fait. Sauf dans des cas très simples, plusieurs règles de droit entrent souvent en concurrence pour le règlement des questions litigieuses. Il appartient au juge de rechercher la plus adéquate. La Cour de cassation l'y oblige même, en ce qui concerne les faits « spécialement invoqués par les parties ». Dans ce choix de la règle de droit interviennent différents facteurs, dont les conceptions personnelles du juge. Le pouvoir du juge sera d'autant plus étendu qu'il est amené à manipuler des concepts imprécis, tels ceux de bonne foi, d'individu normalement prudent et diligent...

28. Disparition de la collégialité – remède à la subjectivité. L'un des remèdes contre la subjectivité du juge était la collégialité des chambres de jugement. Le délibéré collégial permet à chacun de recevoir « de ceux qui le contredisent l'occasion de mettre à nu ses préjugés, de les voir dans leur indigence et de les abandonner sans regret »⁵⁸. La collégialité en matière civile a toutefois pratiquement disparu à la suite de l'entrée en vigueur de la loi pot-pourri I (loi du 19 octobre 2015)⁵⁹.

after fuller study. He risks at a minimum the supplying of more confusion than guidance by his sporadic intrusions.» Et l'auteur conclut par cette formule restée célèbre : « Without an investigative file, the American trial judge is a blind and blundering intruder, acting in spasms as sudden flashes of seeming light may lead or mislead him at odd times. » (M. FRANKEL, « The search for truth : an umpireal view », *University of Pennsylvania Law Review*, 1975, vol. 123, p. 1042)

⁵⁸ P. MARTENS, « La tyrannie de l'apparence », *Rev. trim. dr. h.*, 1996, pp. 652-653. On notera l'optimisme de l'auteur.

⁵⁹ P. MARTENS, « *Requiem pour la collégialité* », in *Le procès civil efficace ?*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 151 et s.; D. MOUGENOT et M. MARCHANDISE, « La généralisation du juge unique », in *Le Code judiciaire en pot-pourri*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 11 et s.; S. RUTTEN et B. VANLERBERGHE, « De alleenzetelende rechter en de beperking van het optreden van het openbaar ministerie in burgerlijke zaken », in *De hervorming van de burgerlijke rechtspleging door Potpourri I*, Bruges, die Keure, 2016, pp. 19 et s. Le fait que certaines causes soient jugées en appel devant des chambres à conseiller unique ne constitue pas une discrimination injustifiée par rapport aux causes portées devant des chambres à trois conseillers : C. arb., 8 novembre 2000, arrêt n° 112/2000.

Quoi qu'il en soit, il convient de rappeler cette vérité première : un juge seul est en mauvaise compagnie. Dans toutes les professions, les praticiens réfléchissent ensemble pour résoudre les problèmes qu'ils rencontrent. Le juge, du fait des garanties du secret du délibéré, est condamné à la solitude. La collégialité était un remède à cette situation. Si on la supprime, il faudra en trouver d'autres. Le moment est venu de réfléchir à la notion de secret partagé entre magistrats siégeant seuls. Ce mécanisme serait de nature à favoriser l'unification de la jurisprudence et aider le magistrat à trancher des problèmes difficiles. Mais cette question – éminemment délicate – dépasse le cadre du présent exposé⁶⁰.

29. Subjectivité et motivation de la décision. Si le juge est appelé à rester seul, le dernier rempart contre sa subjectivité est la motivation du jugement. C'est particulièrement le cas lorsque la loi ne fournit pas de balises précises au raisonnement du juge. Sans motivation clairement articulée, un pouvoir d'appréciation large risque de dégénérer dans l'arbitraire du juge⁶¹. La Cour européenne des droits de l'homme le reconnaît elle-même : « La motivation est indispensable à la qualité même de la justice et constitue un rempart contre l'arbitraire. »⁶² Faire l'effort d'élaborer un raisonnement cohérent protège le juge contre les décisions à l'emporte-pièce et peut l'aider à prendre ses distances par rapport à certaines idées reçues.

Conclusion

30. Quelle image du conflit nous donne la Justice ? Il est difficile de répondre à cette question de manière précise, tant la pratique varie de juridiction à juridiction, de contentieux à contentieux et même de juge à juge. En tant que juge, il faut se garder de plaquer ses propres idées reçues sur le justiciable. Les études empiriques démontrent d'ailleurs l'écart qui peut exister entre les attentes réelles du justiciable et les attentes du justiciable telles que les envisage le juge⁶³. Reconstituer les intentions des parties lorsqu'elles s'adressent au juge est donc une entreprise un peu hasardeuse. On peut à tout le moins imaginer qu'en recourant au juge, les parties entendent se dessaisir de la solution du litige et la confier à un tiers qu'elles considèrent comme impartial, correctement informé des règles de droit et disposé à étudier minutieusement les éléments du dossier⁶⁴.

⁶⁰ Voy., à ce sujet : P. MARTENS, « Solitude du juge et cohérence du droit », *J.T.*, 2013, pp. 805 et s. ; B. INGHELS et Fr. STÉVENART-MEEÛS, « Le colloque singulier entre magistrats de l'Ordre judiciaire sur un dossier en cours : une violation du secret du délibéré ou un secret prudemment partagé ? », in *L'entreprise et le secret*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 311 et s. ; Paul Martens propose également l'organisation de chambres réunissant tous les juges pratiquant une même spécialité au sein d'une juridiction, pour discuter des cas similaires en vue d'aboutir, dans la mesure du possible, à une jurisprudence commune (P. MARTENS, « Requiem pour la collégialité ? », *op. cit.*, pp. 151 et s., n° 41).

⁶¹ I. GIESEN, *Bewijs en aansprakelijkheid*, La Haye, Boom Juridische Uitgevers, 2001, pp. 48 et s., spéc. p. 50.

⁶² Cour eur. D.H., 13 janvier 2009, *Taxquet c. Belgique*, § 43.

⁶³ H.A.M. GROOTELAAR, *Interacting with Procedural Justice in Courts*, *op. cit.*, pp. 110 et s.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 115.

Il est en revanche plus facile de déterminer la manière dont le juge va appréhender le différend. Il en aura une image instantanée, statique⁶⁵, parfois obsolète (elle remonte à l'époque de la rédaction des conclusions), souvent décalée de la réalité, généralement lacunaire et coulée dans des concepts juridiques sans lesquels il n'aura aucune prise sur le conflit. À cet égard, bon nombre des éléments de fait apportés par les parties ne lui sont d'aucune utilité, à défaut de rentrer dans une catégorie juridique qu'il peut manipuler. Il en va souvent ainsi des explications des avocats, données pour « planter le décor ».

31. La procédure judiciaire, instrument efficace de résolution des conflits ?

La pratique prolongée de la procédure judiciaire invite à la modestie à ce sujet. Si la procédure peut effectivement dénouer certaines questions en imposant la solution à des parties incapables de la trouver par elles-mêmes, il est des cas où elle ne résout rien du tout. Le procès peut n'être qu'une bataille au cœur d'une interminable guerre. Le perdant, dont l'agressivité est exacerbée par son échec, ressassera son amertume en attendant l'occasion de damer le pion à son adversaire lors d'un nouveau procès. Certains conflits se traduisent par une multitude de procédures, parallèles ou successives, et une décision isolée se montre impuissante à mettre un terme au différend profond qui oppose les parties. Les MARC présentent à cet égard une aptitude à fermer tous les dossiers en une fois et à apaiser le conflit à sa source. Sauf si la partie perdante entre dans ce processus de deuil dont j'ai parlé plus haut et accepte la décision qui lui est imposée, la procédure judiciaire ne sera jamais qu'un traitement symptomatique du mal : le juge a le pouvoir de faire baisser la fièvre mais pas de chasser le virus.

32. La décision judiciaire, source d'un accord entre parties. Justice décisionnelle et Justice transactionnelle peuvent se rejoindre. Il n'est pas rare que la décision judiciaire ne constitue qu'une étape d'un processus plus large. Le jugement est une manière de débroussailler le terrain. Les parties prennent conscience des forces et des faiblesses de leur position, du caractère obscur de certains faits. Le jugement introduit un principe de réalité, il ramène les parties sur terre et tord le cou à certains fantasmes de Justice, qui peuvent être des obstacles à un accord. Sur cette base, elles peuvent recommencer à négocier et chercher un accord qui se nourrira de la décision. La discussion ne se noue plus dans un infini de possibilités. Chacune des parties sait, durant cette nouvelle négociation, que si ces contacts échouent, la décision rendue constituera le support d'un nouveau débat devant la juridiction de recours.

N'est-ce pas la plus belle fonction de la décision judiciaire que de renouer les liens entre parties et de leur permettre de se réapproprier leur conflit pour chercher leur solution ?

⁶⁵ Sauf dans les procédures où la saisine permanente est organisée, auquel cas le juge pourra suivre un dossier durant une période assez longue.

Le juge et la conciliation : au cœur du conflit ?

Bénédicte INGHELS

Magistrate à la Cour d'appel de Mons

Maître de conférences invitée à l'Université catholique de Louvain

Introduction

1. Le juge, c'est celui qui tranche et qui, par là, est censé mettre un terme au conflit. En cela, sa fonction est génératrice de paix sociale. Tels étaient mon idée et mon ambition en endossant la toge.

Avec le temps, une conviction est née de ma pratique, comme juge dans un tribunal de commerce d'abord, dans une cour d'appel ensuite : on ne résout pas tout, pas bien tout, par la réponse judiciaire.

Comme juges, nous ne pouvons apporter qu'une réponse : celle de la raison, celle qui nous paraît devoir s'imposer à l'issue du débat judiciaire qui nous est soumis. Et pourtant, nous comprenons souvent que le véritable enjeu n'est pas là, que la décision judiciaire ne sera pas suffisante ou pertinente.

D'où l'intérêt pour les modes alternatifs de règlement des litiges, qui permettent de faire autre chose. Ces processus laissent un espace à l'imagination, à la créativité, pour que les parties construisent leur solution, leur réponse. Comme le dit le philosophe Alain, l'adage « la paix par le droit » serait une illusion, et il faut y substituer « le droit par la paix »¹.

C'est avec cette conviction que j'ai commencé à concilier. La démarche consiste en une audience destinée aux conciliations, l'absence de formalisme excessif et une disponibilité à toute épreuve.

Au terme de ces expériences parfois pilotes, il m'est acquis que les modes alternatifs de règlement des litiges, ce n'est pas une affaire de bonnes intentions, ce n'est pas « en dehors du judiciaire », ce n'est pas réservé à un certain type de litige, comme le droit familial ; c'est « dans le judiciaire », c'est une alternative au procès mais intégrée à la procédure, et cette voie, elle-même polymorphe, répond aux attentes du justiciable dans un certain nombre de litiges.

¹ Cité in A. GARAPON, J. ALLARD et Fr. GROS, *Les vertus du juge*, Paris, Dalloz, 2008, p. 161.

2. La loi du 18 juin 2018 a pour objet de promouvoir les formes alternatives de résolution des litiges.

Alors que la médiation et la conciliation ont depuis longtemps une belle pratique dans les matières familiales, sociales, civiles et commerciales, ces modes alternatifs devront être guidés autrement parce que loi du 18 juin 2018 en a sensiblement réformé les contours.

Le grand apport de la loi consiste à souligner que cette promotion passe par les avocats, mais aussi – et peut-être surtout – par les juges.

3. Dès le départ, le projet de loi a suscité une interrogation : en plaçant les modes alternatifs de règlement des litiges au cœur de chaque procédure, le législateur a-t-il voulu changer le paradigme du procès civil ? A-t-il voulu déposséder le juge d'une part de son *imperium* ? Ou au contraire a-t-il voulu lui donner de nouveaux outils pour aborder le procès autrement² ?

La crainte qui est exprimée dans l'avis du Conseil supérieur de la Justice sur l'avant-projet de loi, ou qui est reprise par certains auteurs en doctrine, consiste à y voir une privatisation de la Justice³. L'État belge doit faire des économies, et la meilleure façon d'en faire dans le domaine de la Justice serait de détourner les citoyens de la voie étatique au profit des modes alternatifs, jugés plus souples et moins onéreux – du moins pour le système.

Une autre critique serait que, dans ce cas, les balises du procès équitable, et notamment l'impartialité et la neutralité du juge, ne seraient plus garanties, avec pour effet le possible retour d'un rapport de force dans le processus de résolution des litiges.

Ni l'une ni l'autre de ces critiques ne me paraît fondée, même s'il faut les entendre et avoir une grande vigilance dans la mise en œuvre de la loi. Je reviendrai dans ma seconde partie sur les garanties procédurales – notamment d'impartialité – qui existent dans la conciliation.

Quant au risque d'une privatisation et d'une perte de confiance dans la Justice, je crois au contraire qu'en insérant les dispositions nouvelles dans le Code judiciaire, le législateur a confié au juge un nouveau rôle actif : celui de dynamiser la procédure et de l'orienter le cas échéant vers un mode alternatif, selon certains critères de « médiabilité » dit-on en médiation – ici, je suggère d'inventer les critères d'alternativité (je pense aux personnalités en présence, au type de litige, à la multipli-

² Sur ces questions, voy. notamment C. DELFORGE, « La loi du 18 juin 2018 et la promotion de la médiation : vers un changement de paradigme ? », in B. INGHELS (dir.), *La médiation autrement*, coll. Les dossiers du Journal des Tribunaux, vol. 109, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 11-49 ; A. DEJOLLIER et B. INGHELS, « La médiation judiciaire : quels regards croisés entre le juge et l'avocat ? », in B. INGHELS (dir.), *La médiation autrement*, op. cit., pp. 51-89.

³ Avis relatif au titre 9 du projet de loi du 5 février 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, approuvé par l'Assemblée générale du CSJ le 5 mars 2018, www.csj.be/sites/default/files/press_publications/avis_20180305_fr.pdf.

citée des procédures...). Le juge « trancheur » devient le juge « facilitateur » ou « fédérateur » ou encore « conciliateur ». Et cela, c'est une formidable opportunité de repenser le procès civil et le rôle du juge dans son appréhension des conflits.

Dans le cadre de ce texte, je propose de partir de la structure du conflit dans le procès civil, et singulièrement la figure du juge, pour vérifier son évolution lorsqu'il exerce la fonction de conciliateur.

Cette analyse successive partira de différentes perspectives :

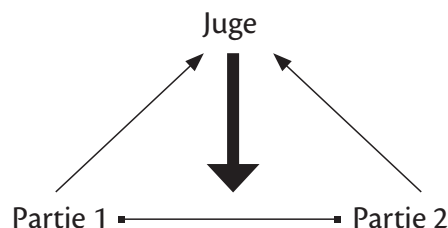
- d'abord, celle de la procédure en tant que telle ;
- ensuite, celle du respect des droits fondamentaux ;
- enfin, celle du rituel dans son approche du conflit et, à travers elle, la figure du juge.

Enfin, je précise que mon exposé est volontairement limité aux matières civiles et commerciales. Et qu'il est éminemment personnel.

I. Le juge et le conflit dans le procès civil

Assez intuitivement, l'imaginaire dessine les acteurs d'un procès selon une structure triangulaire : deux – ou plusieurs parties – s'affrontent sur un pied d'égalité dans un combat judiciaire qui sera arbitré par une figure d'autorité, supérieure, celle du juge.

Schéma 1 :



Lien de communication : rigide et unilatéral

Décision

Cette structure triangulaire représente finalement assez bien notre perception du procès civil, c'est-à-dire la manière dont le conflit est géré par la procédure judiciaire, et elle est renforcée par les aspects que je vais aborder et qui sont : la procédure judiciaire, le respect des droits fondamentaux et le rituel judiciaire.

A. La procédure judiciaire : le conflit régulé

Dans le procès civil, le conflit est strictement régulé par la procédure. Elle marque une rigidité dans les options offertes, même si, en creux des évolutions législatives et jurisprudentielles, la tendance va vers l'atténuation des effets négatifs d'une règle trop stricte.

Ainsi, la compétence matérielle et territoriale est réglementée et permet d'identifier « le » juge pour régler le conflit. À l'exception des clauses attributives de compétence, qui viennent à certaines conditions aménager la compétence judiciaire, les parties ne choisissent pas leur juge. L'attribution légale de la compétence différencie ainsi sensiblement la gestion du conflit par le juge des modes alternatifs qui permettent le choix du tiers intervenant, comme dans l'arbitrage ou la médiation, ou excluent le recours au tiers, dans le droit collaboratif.

L'accès à un juge déterminé est en outre strictement régulé : mode d'introduction de l'action en Justice, qualité et intérêt à agir, sont autant de questions de recevabilité qui viennent nuancer – voire interdire – l'accès au juge. Même lorsque le législateur a proposé une action en réparation collective, permettant de faciliter l'accès à la Justice de plusieurs parties réunies en un groupement pour la défense d'une action commune, les conditions de recevabilité à ce type d'action ont été à ce point réglementées qu'elles peuvent apparaître comme un véritable frein à ce type de recours. Par ailleurs, si la jurisprudence, puis les récentes réformes en pots-pourris ont atténué les effets d'un défaut de régularité formelle pour favoriser l'accès au juge, ces allègements de procédure ont aussi été contrecarrés par une augmentation des frais de Justice (droit de greffe, droit de mise au rôle, TVA sur les frais d'avocats) qui rendent plus séduisantes les autres approches de gestion du conflit, avant toute procédure.

Même dans un type de procès dont on plaiderait qu'il était l'apanage des parties, il y a des restrictions à ce droit – accentuées ces dernières années par l'émergence d'un principe d'efficacité de la Justice :

- le juge est actif dans la mise en état judiciaire ;
- le juge peut organiser les mesures provisoires pendant le temps de la procédure.

La rigidité formelle de la procédure se marque ensuite dans la communication vers le juge : de manière amiable ou par ordonnance, les délais pour faire valoir ses arguments dans le conflit sont strictement régis par un calendrier de procédure. Une fois encore, les parties peuvent de commun accord y déroger et, en présence d'un accord procédural exprès, le juge pourra tenir compte des aménagements apportés à ces délais – mais si le conflit est exacerbé au point qu'aucune entente n'est possible, tout dépassement de la date pour déposer ses conclusions est strictement sanctionné par l'écartement de celles-ci : en d'autres termes, la partie sanctionnée perdra une partie essentielle de sa voix auprès du juge. Bien sûr, elle pourra s'exprimer oralement, le droit de plaider lui étant reconnu, mais le juge ne

sera plus obligé de répondre formellement à ses arguments. La gestion contradictoire du conflit est de la sorte restreinte.

Les conclusions sont libellées par écrit, selon des formes accentuées par la dernière modification de l'article 744 du Code judiciaire: elles seront présentées selon un cadre précis, les moyens présentés selon un ordre déterminé par le législateur et numérotés. La sanction à un manquement des parties ne se trouve certes pas dans la nullité de leurs écrits, mais le juge ne sera plus obligé de répondre à ces moyens. L'expérience montre que certains juges n'hésitent pas à faire usage de cette prérogative.

Le fait doit être prouvé. Or, le procès civil s'inscrit dans le cadre d'une preuve réglementée. Malgré les récentes modifications du droit de la preuve⁴, seuls les faits que les parties auront pu prouver seront pris en compte pour élaborer la décision du juge. Cette exigence réduit en fait considérablement le champ du conflit judiciaire, puisqu'un certain nombre de conflits ne seront pas réglés par le juge du fait de leur absence de preuves.

Quant au fond, les parties font valoir les faits, les pièces et les moyens de droit qu'elles souhaitent, formant ainsi les limites du débat judiciaire. Effectivement, dans notre système judiciaire, le juge est tenu par ces limites: il doit répondre aux moyens, tous les moyens, rien que les moyens. Il ne peut en soulever d'office aucun qui n'ait été soulevé devant lui, sauf ceux qui touchent à l'ordre public ou sont considérés comme ayant procéduralement le même statut. Mais avec les évolutions jurisprudentielles de la théorie de la cause, le juge peut proposer une nouvelle qualification juridique à tous les faits qui lui sont soumis, pour autant que celle-ci n'ait pas été expressément exclue par les parties. Ce faisant, le juge peut profondément modifier les conditions du conflit qui lui est présenté.

Le juge est également tenu par la loi, par le droit applicable. Or, cette loi évolue. Elle n'a « plus simplement pour objectif de tracer le cadre licite des comportements humains, elle doit répondre à une exigence de développement social et économique. On attend dès lors du système juridique, non pas seulement qu'il puisse régler *a posteriori* des situations conflictuelles, mais qu'il les devance et les prévienne ».⁵

Enfin, au terme du procès, le juge impose sa décision – certes, les possibilités de recours existent, mais le juge a le dernier mot. Le jugement est un titre exécutoire, c'est-à-dire qu'il permet d'exercer la contrainte. Ainsi, la décision de Justice n'est pas toujours porteuse de paix, au contraire, puisqu'elle recèle en son sein une forme de violence: celle de pouvoir être exécutée par la force, si besoin.

En conclusion, par la structure éminemment régulée de la procédure, caractérisée par la rigueur et, *de facto*, une absence de souplesse, le procès civil traduit une

⁴ Fl. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve – Quand le huitième wagon devient locomotive! », *J.T.*, 2019, pp. 637-657; D. MOUGENOT, « La preuve », *Rép. not.*, t. IV, livre 6, Bruxelles, Larcier, 2012.

⁵ Chr. MATRAY, *Le chagrin des juges*, Bruxelles, Éd. Complexe, 1997, p. 35.

dépossession du conflit par les parties, au profit du juge qui apparaît comme une figure tutélaire, avec le pouvoir du dernier mot.

B. Les droits de l'homme : le conflit protégé

De manière paradoxale, cette rigidité de la structure du procès et la gestion encadrée du conflit ne sont pas vraiment assouplies par l'apport des droits de l'homme⁶. Quelles sont les garanties du procès dégagées par les droits de l'homme et spécialement par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ?

1. Le droit d'accès au juge doit être garanti

En substance, il recouvre l'accès au droit, c'est-à-dire l'information sur le droit en-dehors et dans le contentieux, l'accès aux juridictions. L'accès au juge implique l'accueil du justiciable et la compréhension du langage judiciaire, l'accès prévisible au juge – dont les développements de l'intelligence artificielle sont à la fois source de sécurité et source d'inquiétude⁷ – et l'accès financier à la justice qui doit demeurer supportable⁸.

2. Le droit au procès équitable doit être garanti

Ce vocable recouvre des exigences fondamentales dans la gestion du conflit par le juge. Plusieurs obligations s'imposent ainsi au juge et aux parties – dans leur relation triangulaire.

a) Le juge doit être *indépendant et impartial* : la figure du tiers est indépendante, c'est-à-dire qu'il bénéficie d'« un statut qui le protège des pressions et qui constitue la condition nécessaire mais non suffisante de son impartialité »⁹. L'indépendance a une dimension externe, mais aussi interne puisque dans l'exercice de sa fonction de juger, le juge peut prétendre à une indépendance absolue à l'égard de sa hiérarchie¹⁰.

L'impartialité est plus subtile. Elle est double. Il s'agit de l'impartialité subjective, ce que Christine Matray décrit fort joliment comme sa sérénité intime, son absence de passion, de préjugé ou d'intérêt personnel¹¹. L'impartialité objective permet de garantir au justiciable qu'il ne doit nourrir aucune inquiétude légitime

⁶ L'ouvrage présente un apport considérable à la réflexion en ce domaine.

⁷ À rendre la prévisibilité trop rigide, laissera-t-on encore une place pour la singularité dans chaque conflit ?

⁸ Pour un aperçu de ces notions, consultez G. DE LEVAL, « Droits de l'homme et réflexions sur l'efficacité de la justice », in *Les droits de l'homme et l'efficacité de la justice*, collection de l'ASM, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 311-317.

⁹ Chr. MATRAY, *Le chagrin des juges*, op. cit., p. 53.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*, p. 54.

sur le fait d'être jugé par un juge partial parce qu'il aurait en son chef une cause de récusation, un conflit d'intérêts ou une autre cause objective mettant à mal le processus décisionnel¹².

b) La procédure judiciaire est *publique*. Sauf les exceptions strictement prévues par le Code judiciaire¹³, les audiences sont publiques. Le conflit sort de l'intime. Pour la Convention européenne des droits de l'homme, la publicité a pour effet de garantir le respect de ceux-ci.

Or, nous savons que la publicité du procès constitue parfois un aspect fondamental dans la décision des parties de se tourner vers d'autres approches de résolution du conflit : par souci de discrétion, pour protéger leurs intérêts, pour éviter « de faire jurisprudence », des parties – particuliers ou entreprises – préféreront l'arbitrage, la médiation ou une solution dégagée grâce au droit collaboratif.

La publicité de la justice rejoint également l'image que la justice se fait et donne d'elle-même. Comme l'écrit François Ost, « [l]a publicité de la justice fait aussi l'objet d'une redéfinition dans le cadre du droit en réseau : au-delà de la publicité des audiences et du prononcé des décisions, on souhaite maintenant une meilleure circulation de l'information entre les membres des juridictions, entre les différentes juridictions elles-mêmes, et finalement entre le système judiciaire et les autres acteurs du monde juridique et social. »¹⁴

c) *L'égalité des armes* est également reconnue. Comme l'énonçait feu le Procureur général Duinslaeger¹⁵, « [l]a référence, dans le cadre de la description des exigences d'un procès équitable, à l'utilisation d'armes peut sembler surprenante, voire belliqueuse, mais la notion "égalité des armes" a cours depuis longtemps au plan international en tant qu'une des pierres angulaires fondamentales du procès équitable. »

Au-delà du principe du contradictoire qui en est un aspect, l'égalité des armes tend à restaurer un équilibre entre les parties là où il était profondément bouleversé. Le droit à l'égalité des armes doit être respecté et le juge doit y veiller. Plusieurs illustrations se dégagent de la jurisprudence mise en exergue par l'éminent auteur. Ce droit permet à une partie qui n'a pas accès aisément à une preuve d'être assouplie dans sa recherche ou au juge d'imposer à l'autre partie d'y contribuer. Il concerne l'égalité dans l'accès à la justice, par le biais de l'assistance judi-

¹² Traditionnellement, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné l'exigence d'impartialité du juge, notamment au départ d'un arrêt *Piersack c. Belgique* du 1^{er} octobre 1982, où elle énonce que : « Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime » ; Cour eur. D.H., 1^{er} octobre 1982, *Piersack c. Belgique*, série A, n° 53, § 30.

¹³ Article 757 du Code judiciaire.

¹⁴ Fr. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *Rassegna Forense*, 2013, n° 3-4, « Parte prima – Dottrine », p. 679.

¹⁵ P. DUINSLAEGER, « Le droit à l'égalité des armes », *J.T.*, 2015, p. 561.

ciaire. Il consiste dans la vérification du respect des procédures et, dans certains cas, dans l'atténuation de leur rigueur. De la sorte, il est possible de comprendre que le droit à l'égalité des armes auquel le juge doit veiller ne tend pas à bouleverser la physionomie du procès mais tend, à la marge, à corriger les effets pervers d'une inégalité de base, pour assurer un véritable procès équitable.

Si je reprends ma structure triangulaire du procès, le droit à l'égalité des armes tend à ramener effectivement les parties au même niveau et à la même distance du juge.

d) Le *respect du contradictoire* est garanti devant un juge. La contradiction se joue à un double niveau. Elle impose à chaque partie de communiquer et soumettre à l'autre partie tout ce qui sera soumis au juge : chacune a le droit de connaître toutes les pièces et tous les arguments de l'autre partie au procès, tout comme elle a l'obligation de veiller à la contradiction de ses pièces et arguments. Le contradictoire s'impose également au juge, qui a une dette de contradiction envers les parties : il ne peut les surprendre en invoquant une nouvelle qualification des faits qu'il n'aurait pas soumise aux parties, il ne peut rechercher dans son délibéré des éléments non soumis à son appréciation, il ne peut évidemment pas recevoir la confiance ou l'information d'une seule partie. Ce sont l'essence et le fondement de la procédure judiciaire que j'ai esquissée ci-avant.

e) Enfin, la décision de justice est attendue dans un *délai raisonnable*. La Justice n'a pas de sens si elle est rendue à contretemps et tous les délais imposés par le Code judiciaire s'expliquent par le souci d'accélérer les procédures, de les rendre plus efficaces.

3. Le droit à l'exécution effective des décisions de Justice doit être garanti

Il est une part intégrante du « procès », au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : le juge doit rendre une décision susceptible d'exécution, c'est-à-dire qu'il doit sans cesse s'interroger sur l'effet concret de sa décision. Toute la question de l'exécution forcée de la décision est également analysée à l'aune de ce principe¹⁶.

C. Le rituel judiciaire : le conflit médiatisé

Enfin, dans le procès civil, le combat se déroule dans des formes et selon un rituel qui symbolisent la force théâtralisée. Antoine Garapon s'interrogeait ainsi : « Imaginons un instant un spectateur venant assister pour la première fois à une

¹⁶ Voy. par exemple G. DE LEVAL, « Droits de l'homme et réflexions sur l'efficacité de la justice », *op. cit.*, spéc. note 48.

audience. Qu'est-ce qui le frapperait le plus ? Le droit, la procédure ou les robes, le décor de la salle d'audience, le langage employé ? »¹⁷

Dans sa représentation du conflit, le rituel judiciaire s'organise selon cette même forme triangulaire et classique que j'ai esquissée. Car si juger est une expérience individuelle et concrète, tout est conçu pour mettre le juge à distance des parties. Il faut le mettre « en situation de juger », ce qu'Antoine Garapon synthétise en cinq points.

1) Il faut délimiter *un espace* pour juger. Qu'ils soient anciens¹⁸ ou plus récents¹⁹, les lieux de Justice dégagent souvent une impression de puissance. Il s'agit d'un espace clos, destiné à contenir la violence du conflit, où la police de l'audience règle les comportements, les déplacements, les prises de parole, le positionnement des acteurs.

Généralement, l'espace dédié au juge est différent et positionné en haut de l'espace bas laissé aux parties. Quelle que soit la modernité du lieu, le positionnement à l'audience est toujours symbolisé par la distance, la symétrie et la hiérarchie : distance entre les parties, distance du juge, symétrie des uns par rapport à l'autre, hiérarchie de l'un sur les autres. Par sa construction, la salle d'audience incarne l'ordre : l'ordre de la loi, l'ordre à rétablir.

2) Qui dit « procès » suppose qu'il faille dégager *un temps* au procès. Comme le souligne Antoine Garapon, le temps du procès est un temps entièrement maîtrisé et isolé. Il se marque dans une rupture du quotidien pour les parties. Dans les rituels, il suffit d'identifier la sonnette, ou l'appel du greffier ou de l'huissier lorsque le juge entre dans la salle.

Le temps du procès est délimité par l'ouverture de l'audience par le juge, sa suspension, sa reprise, la fin de l'audience, qui sont autant de signes rituels qui isolent le conflit dans un moment donné. Il y a une unité de temps qui permet de rejouer tout le conflit dans des formes apaisées et isolées du court du monde.

3) Il faut arrêter *une règle du jeu*. C'est tout le rituel de la procédure civile, dont j'ai déjà parlé ci-avant. Je n'y reviendrai donc pas, mais rappellerai simplement que ces règles de la procédure sont accompagnées de joutes oratoires, les plaidoiries. Le juge donne la parole à l'un, puis à l'autre, selon un ordre défini. Les plaideurs ne s'interrompent en principe pas. L'usage de clore une plaidoirie par « J'ai dit, et vous remercie » se perd, mais la reprise de parole pour répliquer est toujours demandée au juge qui distribue la parole des plaideurs. Les plaidoiries sont ponctuées de postures, de mouvements, de feintes, de modulations de la voix.

Certains actes sont précédés d'un serment, notamment des témoins ou des traducteurs, avec toute la gestuelle de ce prescrit légal. Le juge pose les questions,

¹⁷ Cette partie est très largement tirée d'A. GARAPON, « Bien juger – Essai sur le rituel judiciaire », coll. Opus, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 17.

¹⁸ Comme le Palais de Justice de Bruxelles.

¹⁹ Je songe au nouveau Tribunal de grande instance de Paris.

notamment les questions aux témoins, qui passent par son intermédiaire. Le juge clôt les débats.

Le tout inscrit le conflit dans un rituel judiciaire, qui rassure les professionnels du droit, mais qui impressionne souvent les parties.

4) Le rituel judiciaire prend soin d'instituer *des acteurs*. Chacun a son rôle : les avocats assurent la défense de leur client, c'est-à-dire qu'ils vont soutenir sa position. Le greffier est le garant de la procédure, figurant un peu le gardien du temple, tandis que le juge incarne le pouvoir décisionnel, s'apparentant au dieu, à la force ou à la figure paternelle selon la perception.

Chaque partie précitée porte un costume, la robe, symbole qui permet de l'identifier dans son rôle d'acteur. Revêtu de sa robe, l'avocat plaideur n'est plus le même avocat rencontré dans la confidentialité de son cabinet. Il est porteur d'une voix, la voix officielle. Revêtu de la robe, le juge incarne l'autorité de sa fonction.

À l'inverse, les parties et le public ne sont pas revêtus de la robe. La symbolique d'un mode corporatiste, où les acteurs ont le poids de la robe et de leur langage, distant de ce que sont, ressentent et vivent les parties, est très forte. Elle creuse un fossé considérable entre les acteurs du judiciaire et les justiciables qui peuvent se sentir dépossédés de leur conflit. Or, cette répartition des rôles est conçue pour apaiser le conflit, c'est-à-dire pour le rejouer en encadrant sa violence.

Le port de la robe incarne la rupture entre l'homme ou la femme qui la porte et la fonction qu'il ou elle exerce. Elle est censée protéger celui ou celle qui la porte. Elle lui confère une apparence neutre qui lui permet d'incarner son rôle. Sur un plan social, elle unifie les acteurs dans une toge comparable, et elle autorise les discours antagonistes et parfois violents des parties en conflit.

5) Le rituel judiciaire doit tendre vers *un objectif*, le jugement, c'est-à-dire la vérité judiciaire. Je ne reviendrai pas sur les ambiguïtés qu'il peut y avoir à attendre de la vérité judiciaire qu'elle rejoigne *la* vérité. Chacun sait que la recherche d'une vérité judiciaire sera tempérée par les règles de droit, par la procédure. En premier chef, les règles de preuve peuvent mettre à distance la réalité du fait établi en droit.

Le juge se retire, il quitte la salle d'audience par une porte dérobée, il va faire son travail : appliquer aux faits établis la règle de droit pour livrer son jugement. Ce travail du juge, le délibéré, est symbolisé par le secret qui l'entoure. Certes, la motivation à laquelle le juge est astreint est censée éclairer les parties sur le fondement de la décision et même sur le processus ayant présidé à l'élaboration de la décision. Mais il est certain que le secret du délibéré est tant une source de garantie pour le justiciable que la porte ouverte à certains fantasmes.

Enfin, l'objectif à atteindre est celui de la justice. Le jugement, dans son idéal, devrait rendre la justice, et je ne m'appesantirai pas sur la difficulté qu'il y a à attendre d'un pouvoir – la Justice – qu'il soit également une vertu – la justice.

Christine Matray l'a résumé : « De toutes les institutions démocratiques, la justice est celle qui est la plus fondamentalement ancrée dans une vertu et une éthique transcendantes. Elle est dès lors condamnée à une quête permanente et tragique de sens, de référence et d'équité qui ne sera jamais parfaitement satisfaite. »²⁰

D. Conclusion provisoire : le procès civil : le conflit théâtralisé

Au fil de ces développements sur le conflit dans le procès civil et la figure du tiers – en l'espèce, le juge –, je pense que ma vision triangulaire du conflit se révèle parfaitement exacte. Triangle sur un plan formel, le procès civil organise en outre le conflit selon une structure classique de la tragédie chère à Racine : le procès se déroule dans une unité de temps, une unité de lieu et une unité d'action qui permet de rejouer le conflit en vase clos pour en dégager un vainqueur et remettre de l'ordre là où la société était ébranlée.

Cette vision triangulaire a aussi été retenue et décrite par Antoine Garapon : « Pour prétendre exercer une fonction arbitrale, il est impératif de s'abstraire de la relation conflictuelle. Seul un tiers, c'est-à-dire un personnage qui n'en est pas tout à fait un, peut faire exister l'échange en rendant les partenaires égaux parce qu'équidistants de lui. Deux points forment une ligne et il en faut au moins trois pour créer un espace.

La situation des parties dans l'espace rappelle leur situation à l'égard de la loi, et la présence du juge leur garantit une certaine distance entre elles. [...] Pour trianguler les rapports sociaux, le juge doit se situer hors du monde. »²¹

II. Le juge et le conflit dans la conciliation judiciaire

Intuitivement, la notion de conciliation devrait renvoyer à une autre structure que celle du triangle esquissée ci-avant. En effet, l'idée sous-jacente est que les parties reprennent une plus grande part dans la solution apportée au conflit, d'une part, et que le juge n'impose pas sa décision, sa figure déique ou paternaliste étant essentiellement modifiée²².

Au travers des trois perspectives esquissées ci-avant, je vais tenter de vérifier si cette intuition est exacte.

²⁰ Chr. MATRAY, *Le chagrin des juges*, op. cit., p. 25.

²¹ A. GARAPON, « Bien juger – Essai sur le rituel judiciaire », op. cit., p. 100.

²² Fr. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », op. cit., p. 680.

A. La conciliation et la procédure : le conflit libéré ?

Contrairement à une idée première, la conciliation par le juge, en droit commun, reste assez encadrée par les quelques rares dispositions du Code judiciaire qui y sont consacrées. À mon sens, il serait faux de voir dans la conciliation de droit commun la figure d'un juge totalement dégagé de ses obligations légales, « assis sous l'arbre » pour dégager une solution négociée. Je vais les commenter brièvement.

1. L'article 730 du Code judiciaire

À partir du moment où se fait l'entrée en procédure, l'article 730 du Code judiciaire dispose :

« § 1^{er}. Le juge favorise en tout état de la procédure un mode de résolution amiable des litiges.

§ 2. Sauf en référé, le juge peut, à l'audience d'introduction ou lors d'une audience fixée à date rapprochée, interroger les parties sur la manière dont elles ont tenté de résoudre le litige à l'amiable avant l'introduction de la cause et les informer des possibilités d'encore résoudre le litige à l'amiable. À cette fin, le juge peut ordonner la comparution personnelle des parties.

À la demande de l'une des parties ou s'il l'estime utile, le juge, s'il constate qu'un rapprochement est possible, peut, à cette même audience d'introduction ou à une audience fixée à date rapprochée, remettre la cause à une date fixe, qui ne peut excéder un mois sauf accord des parties, afin de leur permettre de vérifier si leur litige peut être totalement ou partiellement résolu à l'amiable et de recueillir toutes les informations utiles en la matière.

La mesure visée à l'alinéa 2 ne peut être ordonnée si elle l'a déjà été dans le cadre du même litige. »

Ce texte suscite deux brèves observations.

- 1) L'obligation de favoriser un mode de résolution incombe au juge, qui se voit véritablement confier un rôle actif dans la facilitation du recours aux modes alternatifs. Cette mission fédératrice se situe tout au long du procès : en tout état de la procédure.
- 2) Certaines modalités à l'entame du procès sont précisées dans le deuxième paragraphe. Elles encadrent le pouvoir d'initiative du juge à trois niveaux, que je décris brièvement :
 - 1^o quant à son pouvoir d'initiative : le juge peut interroger les parties sur la manière dont elles ont tenté de résoudre le litige à l'amiable avant l'introduction de la cause et les informer des possibilités d'encore résoudre le litige à l'amiable ;
 - 2^o quant au moment d'une interpellation : c'est à l'audience d'introduction ou à une audience rapprochée. L'idée est d'éviter aux parties de s'engager dans

un processus de mise en état qui peut être long et coûteux si un mode alternatif peut être envisagé ;

- 3° quant à son degré d'intervention : il a vu tout le monde, et il constate qu'un rapprochement est possible, le juge peut alors, à cette même audience d'introduction ou à une audience fixée à date rapprochée, remettre la cause à une date fixe, qui ne peut excéder un mois, afin de permettre aux parties de vérifier si leur litige peut être totalement ou partiellement résolu à l'amiable et de recueillir toutes les informations utiles en la matière. Cette mesure est prise soit à la demande d'une des parties, ou s'il l'estime utile : c'est une appréciation en pure opportunité. Il n'y a pas de contrôle. C'est une des raisons pour lesquelles j'insiste pour que les juges soient formés et développent leur sensibilité au litige et aux modes alternatifs.

2. L'article 731 du Code judiciaire

L'article 731 du Code judiciaire porte, en ses alinéas 1^{er} et 2, qu'« [i]l entre dans la mission du juge de concilier les parties.

Sans préjudice des dispositions des articles 1724 à 1737, toute demande principale introductive d'instance entre parties capables de transiger et sur des objets susceptibles d'être réglés par transaction, peut être préalablement soumise, à la requête d'une des parties ou de leur commun accord, à fin de conciliation au juge compétent pour en connaître au premier degré de juridiction ».

Le rappel n'est pas que symbolique. Il constitue une invitation formelle à chaque magistrat de ne pas négliger cet aspect de sa mission. Nous, juges, sommes là pour trancher, mais pas seulement... Nous sommes invités à sortir du bois et à nous engager « autrement » dans notre manière d'appréhender le conflit.

Alors, en pratique, il y a autant de conciliations possibles qu'il y a de juges.

Traditionnellement, la conciliation renvoyait à la figure du juge de paix, grand conciliateur, qui avait dans la tradition de concilier les parties – mais aussi qui avait avec le préambule de la conciliation obligatoire le triste record des conciliations inabouties²³.

Il reste qu'en dépeçant l'article 731 du Code judiciaire, il recèle plus de contraintes ou de questions qu'il y paraît. Je vous livre ainsi quelques propos jetés en vrac sur la procédure, sans entrer dans le détail²⁴ :

- 1° Sans préjudice des dispositions des articles 1724 à 1737 : ces dispositions renvoient aux règles propres à la médiation. Le législateur a donc bien voulu distinguer les deux modes de résolution, d'une part, et souligner que l'un n'exclut pas l'autre.

²³ D. CHEVALIER, « La conciliation préalable de droit commun : un MARC à part entière ? », *J.T.*, 2019, pp. 222-225.

²⁴ Pour le détail de ces questions de procédure, et les pistes de solutions, voy. B. INGHELS, « Le point sur les questions de procédures liées à la conciliation par le juge », *J.T.*, à paraître.

- 2° Comment le juge conciliateur est-il saisi ? À la requête d'une des parties ou de commun accord.

Avec mon souci de souplesse, je suggère que l'expression « à la requête » signifie simplement « à la demande d'une partie », et que le législateur n'a pas visé la requête au sens formel du texte.

Dans ma pratique, je rencontre des demandes de conciliation à l'audience d'introduction, par renvoi d'une autre chambre, par simple lettre, par *e-mail*. La demande peut être faite par une seule partie ou de commun accord. En d'autres termes, il n'est pas requis d'avoir l'accord de toutes les parties pour envoyer le dossier en conciliation. Une fois que les parties sont convoquées sur pied de l'article 731 du Code judiciaire, c'est toute l'habileté du juge qui permettra de réussir l'essai.

- 3° La demande doit être faite dans le cadre d'une demande principale, avant qu'il ne soit statué sur celle-ci. Il y a lieu de distinguer la conciliation préalable et la conciliation en cours d'instance.

L'article déjà cité de Damien Chevalier s'inscrit surtout dans une phase pré-contentieuse. Il faut dire que les juges de paix ont connu le préliminaire de la conciliation obligatoire, notamment en matière locative²⁵, ou comme ce fut le cas pour les juridictions sociales par exemple.

Mais il est acquis aussi que la conciliation en cours de procédure est recommandée, fût-ce par application des articles 730 et suivants du Code judiciaire. Ainsi, ses bons offices sont aussi intrinsèquement liés à son office principal.

- 4° Par ailleurs, la demande de conciliation est, selon l'article 731, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, faite devant le juge compétent pour en connaître au premier degré de juridiction.

Deux questions se posent à la lecture de cette partie de texte :

- a) Par juge compétent, doit-on en déduire qu'il faut exclure de toute possibilité de mener une conciliation le juge qui ne serait pas compétent – matériellement ou territorialement – ? En d'autres termes, en cas d'incident de compétence, faut-il attendre une décision sur celle-ci pour que le juge reconnu dans sa double compétence *ratione materiae* et *ratione loci* puisse concilier ?
- b) Par l'expression « le juge compétent pour en connaître au premier degré de juridiction », le législateur a-t-il voulu exclure les cours d'appel de la mission de concilier ?

Je ne le crois pas, fût-ce parce que l'article 1042 du Code judiciaire énonce que « pour autant qu'il n'y soit pas dérogé – par les dispositions relatives à l'appel – les règles relatives à l'instance sont applicables aux voies de recours ».

- 5° Par l'expression « entre parties capables de transiger et sur des objets susceptibles d'être réglés par transaction », il s'impose donc au juge de vérifier

²⁵ Avec l'ancien article 1344septies du Code judiciaire ou encore aujourd'hui 1435 du Code judiciaire en matière de bail à ferme.

la capacité des parties et le pouvoir des organes. Les objets susceptibles d'être réglés par la transaction excluent par nature ou en raison du risque d'atteinte à l'ordre public certains types de contentieux. En matière économique, je songe au droit de l'insolvabilité ou aux procédures de liquidation collectives. Mais d'autres contentieux méritent que l'on s'y attarde un peu, fût-ce parce qu'ils sont considérés comme touchant à des intérêts supérieurs. Le droit de la consommation regorge de dispositions impératives et de procédures originales destinées à assurer une meilleure protection au consommateur. En particulier, des services de médiation ou des *ombudsmen* ont été institués dans les secteurs. De même, l'action en réparation collective se distingue par l'aspect central de la phase de conciliation. Il me semble qu'il s'agit donc là d'un type de contentieux où le juge de l'entreprise devrait particulièrement s'investir dans la conciliation.

- 6° La présence du greffier s'impose dans la conciliation, puisqu'il est dressé un procès-verbal de la comparution en conciliation. Il est important que le greffier acte et constate le déroulement de la procédure.

En cas de non-conciliation, le procès-verbal fera simplement mention de l'échec de la conciliation.

En cas d'accord, l'article 733 précise que le procès-verbal constate les termes de l'accord et l'expédition sera revêtue de la formule exécutoire. Une seconde option, lorsque la phase contentieuse est entamée, consiste à laisser les parties rédiger des conclusions d'accord, puis à demander son homologation.

À titre personnel, je suggère toujours aux avocats présents de rédiger l'accord. Il s'agit de montrer leur engagement dans le processus, la confiance en eux, et de les impliquer dans un processus de confiance qui se joue avec leur client.

- 7° Quel est le rôle du juge dans la rédaction de l'accord ? Il doit veiller au respect de l'ordre public, mais je suggère qu'il soit attentif à rappeler certains points pour qu'un accord soit *exécutable et durable*.

À titre personnel, j'énonce des questions pour permettre aux parties, et à leurs avocats, de prendre conscience des difficultés d'exécution.

Le juge est là pour aider les parties et vérifier les formules, vérifier les montants et le caractère exécutable des condamnations – surtout des condamnations à faire ou ne pas faire –, vérifier le libellé des garanties ou des astreintes éventuelles.

B. La conciliation et les droits de l'homme : le conflit encore protégé

Dans son article consacré à la conciliation en droit commun, Damien Chevalier cite un parlementaire, Monsieur Della Faille, qui déclara en 1847 : « Ce n'est pas la connaissance profonde des lois qui est nécessaire pour bien remplir cette fonc-

tion, c'est la considération, l'estime publique et une position sociale respectable, c'est enfin la confiance que la personne inspire.»²⁶

Je ne partage pas cette approche. Selon moi, pour bien concilier, il faut d'abord la compétence²⁷. Dégager l'aptitude à concilier par « la considération, l'estime publique et la position sociale respectable » est évidemment désuet, car la considération publique n'est plus identique dans un monde où la Justice perd ses moyens, où l'opinion publique n'a plus confiance en la Justice et où la position sociale respectable est avant tout une question de dignité. Ce sont évidemment des qualités vers lesquelles le juge doit tendre, et le rôle de conciliateur pourrait l'y aider.

Pour ce faire, il doit gagner la confiance, qui n'est pas inspirée par nature. D'où l'exigence de rappeler en quoi la conciliation doit impérativement s'inscrire dans un cadre, celui de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, et offrir toutes les garanties du procès équitable.

Je vais tenter de revenir sur les grands principes, pour illustrer combien ils contraignent – pour la bonne cause – le juge et les parties, y compris dans le cadre de la conciliation judiciaire.

1. Le droit d'accès au juge doit être garanti

L'accès à la juridiction, l'accès à l'information juridique ou l'accès à une Justice prévisible ne me paraissent pas fondamentalement en jeu dans ce cadre.

Encore faut-il garantir un véritable accès à la conciliation et, en cas d'échec, au juge du fond. À cet égard, je voudrais souligner l'importance de bien informer les parties qui tentent une conciliation. Une information complète sur la conciliation, ses possibilités, son déroulement et ses limites est indispensable, qu'elle soit l'œuvre du juge au début de la conciliation ou du greffe lorsqu'il reçoit un justiciable. Une petite note d'information est souvent disponible dans les greffes. Il faut être attentif à cette donnée, en particulier en présence de personnes démunies ou non accompagnées d'un avocat. Il n'est plus acceptable qu'une partie qui s'entend dire qu'il y a un échec de la conciliation parce que l'autre partie n'est pas présente, puisse en déduire qu'elle n'a pas d'autre voie pour faire valoir ses droits. Le message est pourtant reçu avec ambiguïté, surtout chez les plus pauvres²⁸.

Par son attitude, son écoute, l'utilisation des outils de communication et de médiation, le juge pourra améliorer « l'accès au juge », en ce qu'il suppose un meilleur accueil du justiciable et une reformulation plus simple, permettant une meilleure compréhension du langage judiciaire.

²⁶ D. CHEVALIER, « La conciliation préalable de droit commun : un MARC à part entière ? », *op. cit.*, et sa référence en note 11.

²⁷ Je vous renvoie sur ce point à l'excellente contribution de Dominique Mougenot dans cet ouvrage, pp. XX.

²⁸ Sur ces difficultés concrètes, consultez *Le droit face aux pauvres/Recht tegenover armen*, Actes du colloque du 20 décembre 2019 organisé par la Cour constitutionnelle, à paraître.

De même, la conciliation, menée assez tôt dans le cadre du procès, répond aux exigences du procès équitable en ce que, gratuite, elle contribue à faciliter l'accès financier à la Justice.

La conciliation judiciaire rencontre donc totalement l'exigence d'accès à la Justice. Mieux, elle le favorise.

2. Le droit au procès équitable doit être garanti

Les garanties du procès équitable vont aussi réguler la conciliation, limitant sa souplesse au profit du respect des principes dégagés par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Certains trouveront mon propos fort strict. À mon sens, le juge ne peut cependant pas se soustraire à ses obligations, y compris et peut-être même surtout lorsqu'il concilie.

1) Le juge doit être *indépendant et impartial* dans sa mission de concilier. Son indépendance fonctionnelle n'est pas bouleversée et aucune hiérarchie ne pourrait l'empêcher d'accomplir cet aspect de sa mission. Parfois, la hiérarchie encourage la mission, par la création de chambres de conciliation, mais cela demeure encore l'exception.

Plus délicate est la question de l'impartialité. S'agissant d'une obligation faite au juge qui recèle de l'intime, il lui incombe de ne pas perdre son impartialité – jusques et y compris son apparence d'impartialité lorsqu'il s'emploie à la conciliation²⁹.

D'aucuns se sont interrogés de manière fonctionnelle sur la capacité du juge à rester impartial après une conciliation. Le professeur Van Compernelle, en particulier, a beaucoup écrit sur ce sujet³⁰, rappelant que la question de l'impartialité consiste à « se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains éléments liés à son statut ou à ses fonctions autorisent à suspecter son impartialité. Des considérations de caractère fonctionnel ou organique sont à cet égard à prendre en considération dès lors qu'il apparaît que le juge n'offrirait pas de garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime dans l'esprit du justiciable ». ³¹

²⁹ Voy. notamment B. BEELDENS, « Médiation, conciliation et impartialité du juge de proximité », *J.J.P.*, 2005, pp. 193 et s.

³⁰ Voy. not. J. VAN COMPERNOLLE, « Le juge et la conciliation en droit judiciaire belge », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 523-535, spéc. p. 528 ; *id.*, « Le juge et la conciliation judiciaire », in *Le contentieux interdisciplinaire – Het interdisciplinair geschil*, Diegem, Kluwer, 1996, pp. 44-55, spéc. p. 49.

³¹ J. VAN COMPERNOLLE, « L'indépendance et l'impartialité du juge », in *Vertrouwen in het gerecht – Confiance dans la justice*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 21, § 13 ; *id.*, « L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'administration de la justice – Le droit à un procès équitable », in *La mise en œuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1994, p. 70, n° 13.

L'impulsion d'une conception plus fonctionnelle de l'impartialité, sous l'égide de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, permet de rassurer le propos : « Le simple fait, pour un juge, d'avoir déjà pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès. De même, la connaissance approfondie du dossier par le juge n'implique pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond. Enfin, l'appréciation préliminaire des données disponibles ne saurait non plus passer comme préjugéant l'appréciation finale. Il importe que cette appréciation intervienne avec le jugement et s'appuie sur les éléments produits et débattus à l'audience. »³²

La Cour de cassation belge n'avait pas tranché autrement cette question dans un arrêt du 24 juin 1993³³ : elle confirma que « ne constitue pas une cause de récusation du juge de paix le fait que, lors d'une tentative de conciliation, il ait donné à l'une des parties, non un conseil, mais une information concernant ses droits. Il s'agit d'une prérogative entrant dans le cadre du rôle actif de conciliation qui incombe au juge de paix ».

Mais, évidemment, c'est sur ce point que les outils et techniques de conciliation aideront le juge à se dégager de sa subjectivité pour embrasser au mieux la figure du juge conciliateur. Des formations sont organisées chaque année à l'intention des juges et des magistrats stagiaires pour les aider à maîtriser les techniques. Personnellement, j'ai envie d'encourager mes collègues à les suivre régulièrement, à instaurer des séances d'échanges de pratiques entre juges conciliateurs et, pour quoi pas, un mécanisme de supervision pour créer l'interface.

Dans ma pratique, j'emploie les outils de communication appris lors de ces formations, tels que l'écoute active et la reformulation. C'est en instaurant un cadre clair, des règles de communication équilibrées, que je mesure combien cette phase de restitution porte ses fruits, sans perdre de mon impartialité.

Ceci dit, la question de l'impartialité a été tranchée de manière radicalement inverse par le législateur lorsqu'il a institué les chambres de règlement à l'amiable en matière familiale, en excluant formellement que le juge qui a participé à cette chambre de conciliation endosse un rôle de décideur dans la suite de la procédure. *De lege ferenda*, ne serait-il pas judicieux de suggérer la création de chambres spécialement dédiées à la conciliation en droit commun, pour permettre au juge conciliateur de se former et d'approfondir son expertise, pour donner toutes les chances de succès à sa mission de conciliation sans risque de le voir juger par après ?

2) La procédure judiciaire est *publique*. À mon sens, et faute d'avoir instauré une dérogation expresse dans le Code judiciaire, la conciliation l'est aussi.

³² Cour eur. D.H., 6 juin 2000, *Morel c. France*, § 45.

³³ J.J.P., 1993, p. 307.

Non seulement rien n'empêche que les audiences de conciliation se tiennent au cours des audiences ordinaires, avec toute la publicité requise, mais au contraire, telle devrait être la règle.

L'usage démontre cependant que de nombreux juges ont instauré les audiences de conciliation dans leur cabinet ou en chambre du conseil, et l'on comprend aisément que la discrétion qui est assurée par le huis clos sera souvent propice à la solution négociée. Il faut cependant rappeler qu'à défaut de texte légal, cet aménagement doit recevoir l'accord des parties. Il peut être utile de préciser dans les convocations si la conciliation se déroule en audience publique ou pas et d'acter que les parties comparaissent pour une tentative de conciliation à « bureau fermé », de leur accord.

Corollaire de la publicité, se pose la question de la *confidentialité* du processus, ce qui va plus loin encore. Ce qui se dit ou ce qui se produit devant le juge, à l'occasion de la conciliation, est-il couvert par la confidentialité ? La réponse me paraît claire : non.

Certes, on peut regretter que le processus ne soit pas favorisé par la confidentialité, car l'on sait qu'elle permet souvent aux parties de lâcher du lest si elles savent qu'*a posteriori*, leur geste ne sera pas considéré comme une reconnaissance préjudiciable à la défense de leurs droits. Il faut cependant se souvenir que le juge reste le juge et qu'en droit commun, il sera celui qui pourrait être amené à trancher en cas d'échec de la conciliation. Il faut également rappeler – et j'y reviendrai – que le contradictoire gouverne le procès. La confidentialité n'a pas sa place dans la conciliation par le juge de droit commun, à l'inverse du juge des chambres de règlement amiable ; l'article 731, alinéa 9, du Code judiciaire l'a spécialement consacrée. Une réflexion peut être menée sur la confidentialité voulue, de manière expresse, par les parties, telle qu'elle pourrait être dégagée dans un accord procédural explicite³⁴.

De lege ferenda, la création d'une chambre de conciliation de droit commun, instituée selon les termes et fondements des chambres de règlement à l'amiable et reposant sur la confidentialité la plus stricte, permettrait sans doute de clarifier la solution.

3) La conciliation sera également un moment propice pour restaurer *l'égalité des armes*. Dégagé de règles de procédure plus formelles, notamment quant au droit de la preuve, le juge pourra, par son écoute active et sa capacité à reformuler les enjeux du conflit, aider les parties à se soustraire du cadre strict pour avancer plus loin vers une solution négociée. La reformulation constitue à cet égard un outil remarquable, car elle permet de neutraliser l'émotion du conflit, la thèse étant portée par une voix extérieure.

Dans la recherche des solutions, qui est un autre outil de la conciliation, le juge aura l'occasion de reformuler certains aspects plus juridiques. En utilisant un lan-

³⁴ Une confidentialité contractualisée pourrait le cas échéant s'imaginer, dans les formes d'un accord procédural exprès. En ce cas, le juge ne pourrait jamais reprendre le dossier au fond pour trancher.

gage clair et adapté aux personnes qu'il a en face de lui, le juge permet une meilleure compréhension du litige et des règles de droit qui pourraient s'appliquer en cas de poursuite contentieuse. La compréhension est le meilleur facteur de succès dans la recherche d'une solution.

C'est aussi dans le rappel des règles de preuve légale que le juge pourra peut-être sensibiliser une position et aider la partie à avancer dans la voie du dialogue, en évitant à l'autre les lourdeurs et coûts d'une longue procédure.

4) Plus délicate est la question du respect du principe du *contradictoire*.

Il gouverne toujours la conciliation – on est au cœur du procès civil, c'est évident –, et il doit être garanti. Ce principe suppose donc que, même dans le cadre de la conciliation, chaque partie assure la contradiction dans la communication des pièces. Le juge doit donc veiller à ce qu'une pièce nouvelle ne surprenne pas l'autre partie et donner le temps de l'examen et la réflexion. De même, dans la communication des offres de solution, le juge a une dette de contradiction et ne peut surprendre les parties. Finalement, cette exigence-là rejoint aussi la question de l'accès à un juge prévisible qui fait aussi partie du droit à un procès équitable.

Dans ce cadre se pose la question du *caucus*, évidemment. Comme le rappelle Benoît Beeldens, « [o]n insistera sur le fait que l'exigence d'impartialité n'est pas à confondre avec le respect de la contradiction. Ces deux exigences fondamentales font partie à part entière des garanties du procès équitable consacré par l'article 6, § 1^{er} de la Convention. L'une ne peut se dissoudre dans l'autre ».³⁵

Eu égard à cette exigence intangible, il me semble que le juge ne peut pas recevoir la confiance d'une seule partie à peine de perdre son impartialité, d'une part, et de ne pas respecter le principe du contradictoire, d'autre part.

Cet élément fondamental le distingue fondamentalement de la figure du médiateur, qui est uniquement un facilitateur de solution, dans une figure plus linéaire que triangulée. Or, le législateur a fondamentalement exclu le juge de la fonction de médier³⁶.

5) Enfin, tout comme la décision de Justice est attendue dans un *délai raisonnable*, la conciliation doit être menée dans un délai raisonnable. En permettant aux parties d'aboutir à une solution transactionnelle négociée devant le juge, rédigée dans ce qui sera immédiatement un titre exécutoire, la conciliation favorise à l'évidence le respect de cette exigence du procès équitable.

³⁵ B. BEELDENS, « Médiation, conciliation et impartialité du juge de proximité », *op. cit.*

³⁶ L'aparté contractualisé par les parties pourrait-il s'imaginer ? Je l'exclus totalement. Outre le motif de principe, le principe du contradictoire, je pense qu'en acceptant le *caucus*, le juge perdrait sa distance et se rapprocherait trop de la médiation qui lui est interdite par le Code judiciaire et il n'aurait plus l'axe suffisant pour proposer une solution transactionnelle dans le cadre de la conciliation.

3. Le droit à l'exécution des accords

Le droit à l'exécution effective des décisions de Justice est une part intégrante du « procès », au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, et il s'impose aussi au juge lorsqu'il concilie les parties.

Il doit veiller à ce que l'accord soit concret, durable et exécutable. Il doit évidemment toujours garder à l'esprit que l'accord entre les parties est susceptible d'une exécution, y compris forcée. La rédaction de l'accord, même confiée aux parties si le juge souhaite les responsabiliser, devra évidemment garantir ce principe, *a fortiori* puisque l'accord est obtenu sous son égide. C'est tout le sens de ma démarche lors de l'élaboration des accords, esquissée ci-avant³⁷.

C. La conciliation et le rituel : le conflit humanisé

C'est sans doute dans le rituel que le rôle conciliateur du juge présentera le plus de différences, et permettra d'humaniser la Justice. Les expériences vécues et partagées entre juges conciliateurs attestent en effet du fait que chacun y va de sa petite méthode, de son propre cérémonial, de sa mise en scène. Les conditions dans lesquelles se déroulent la conciliation sont certainement aussi importantes pour sa réussite que les exigences de procédure ou de procès équitable que je viens de rappeler : nous l'avons déjà compris lorsque j'ai esquissé la question de la publicité de l'audience de conciliation.

Et pourtant, je ne crois pas que l'assouplissement du rituel transforme fondamentalement la structure du conflit lorsque la conciliation est menée par le juge. Il me semble que l'on se trouve encore contraint à certaines règles du jeu, certains rites, certaines postures qui ne transforment pas la figure du tiers, fût-ce parce que les parties ne se présenteront jamais devant un juge comme elles vont chez un médiateur, par exemple.

1) S'il faut délimiter un *espace* pour juger, il me semble bon de délimiter également l'espace pour concilier.

Par hypothèse, les parties et leurs avocats retrouvent la salle d'audience et sa configuration lorsque la conciliation est menée en audience publique. Le rituel, la distance, l'autorité restent intacts.

Si les parties s'accordent pour que la conciliation soit menée en chambre du conseil, l'organisation de l'espace reprend tout son sens. Mais toutes les expériences partagées attestent du fait que l'espace choisi est clos et que la mise à distance équivalente des parties vis-à-vis du juge reste de mise.

Seule la configuration hiérarchique semble abandonnée car, souvent, que la conciliation se tienne dans une arrière-salle, dans une bibliothèque ou dans le

³⁷ Voy. *supra*, p. XX.

bureau du juge, ce dernier est assis au même niveau que les parties et leur avocat, autour d'une table.

2) S'il faut délimiter un *temps* au procès, la conciliation suppose également qu'un espace-temps soit imaginé. La première chose que j'avais suggérée au cours d'une de mes expériences professionnelles était de désengorger l'audience d'introduction de la conciliation et de fixer les dossiers de conciliation à une audience particulière.

Il me semble en effet que le facteur temps, qu'il soit réel ou simplement qu'il y ait une impression de temps uniquement consacré à la recherche d'une solution négociée, favorise un état d'esprit. Les parties, comme leur avocat, ne se préparent pas à une audience de conciliation comme elles vont à une audience de plaidoiries. Un temps est consacré à la recherche de solutions, l'autre est dédié au combat judiciaire.

Cet espace temporel m'incite également à encourager la création de chambres de règlement à l'amiable de droit commun.

3) La procédure civile instaure les *règles du jeu* et j'ai esquissé en quoi la conciliation n'était pas dénuée de procédure.

Faut-il pour autant maintenir un rituel judiciaire, qui consiste dans la gestion du temps de parole, la répartition de la parole, les règles d'écoute dans le respect mutuel, la non-violence ? Évidemment, oui : la conciliation judiciaire gagnera en force par les règles du jeu que le juge y aura mises en préambule. Qui dit conciliation judiciaire ne dit pas conflit désordonné. C'est au contraire par l'ordre qui est préfiguré par le juge que la conciliation aura des chances d'aboutir.

À titre personnel, je débute mes conciliations en me présentant, en fixant le cadre procédural de la conciliation et, par une brève présentation du déroulement de la séance, en fixant aussi le temps limite de celle-ci. J'instaure les règles de communication et commence par écouter les parties, auxquelles je donne la parole de manière équivalente. Vient ensuite le temps d'une reformulation, pour neutraliser la passion et vérifier que j'ai bien compris tous les éléments. Souvent, j'identifie les points de conflit sur une feuille, en les numérotant, et je me lance dans la recherche des solutions avec les parties et leurs avocats. La difficulté majeure consiste à aider les parties – et leurs conseils – à sortir d'un débat sur position. Chaque point d'avancée est entouré, félicité, mis en valeur. Les outils de la conciliation sont extrêmement précieux pour favoriser une conciliation réussie.

Il y a donc toujours une ligne de conduite dans les interactions avec le juge, mais les interactions se font dans tous les sens et de manière plus souple : le juge parle, les parties lui parlent, les parties se parlent directement.

4) Le rituel judiciaire met en exergue ses *acteurs*, c'est-à-dire le juge et les avocats. La différence avec le rituel judiciaire est que les parties reviennent au premier plan dans la conciliation. Inspiré des techniques de communication et des

outils de la conciliation, le juge conciliateur veillera à leur donner pleinement la parole, si possible en premier lieu. La parole retrouvée redonne aux parties la conscience d'être les maîtres de la solution négociée, d'être acteurs dans leur conflit, et d'être responsables à la fois de ses causes mais aussi de sa solution.

En effet, le juge n'a plus figure d'autorité décisionnelle mais il propose des solutions, lesquelles seront acceptées par les parties. Si elles ne le veulent pas, l'offre de conciliation n'aura pas de force exécutoire. Le juge perd son rôle de décideur. La figure du juge est donc modifiée, car elle est plus proche – elle donne la parole aux parties – mais aussi plus floue – le juge n'est pas le dernier recours, l'autorité qui impose une décision du haut vers le bas. La solution est bien souvent suggérée par les parties elles-mêmes et, même lorsqu'elle est suggérée par une offre du juge, elle est obtenue par l'adhésion et non plus par l'imposition.

Dans la conciliation judiciaire, la transfiguration des acteurs, par rapport au procès civil, constitue à mes yeux la principale source d'assouplissement et la clé majeure du succès de la conciliation.

La question de la robe reçoit aussi des réponses variées dans la pratique des juges. Certains y recourent, et en effet le rendez-vous entre le juge et les avocats le suppose généralement. Dans la mesure où elle symbolise l'égalité des acteurs, je ne m'y oppose pas – et au contraire, je l'adopte désormais... Mais certaines audiences de conciliation sont, à l'instar des audiences devant les juges de paix ou de police, exemptes de la robe.

5) Tout comme le rituel judiciaire doit tendre à un *objectif*, le jugement, l'objectif de la conciliation doit tendre à un accord. Je l'ai déjà souligné, cet accord doit être fait de concessions réciproques. Il doit être durable et exécutable.

La première singularité par rapport au secret du délibéré est que le processus de construction de la décision n'a rien de mystérieux. Les parties, leur avocat et le juge y contribuent, de manière transparente, ce qui peut être de nature à apaiser.

Il serait aisé de penser que l'accord, bien plus que le jugement, permet de rencontrer ces deux versants de la justice que sont la vérité judiciaire et la vertu de la justice, c'est-à-dire l'équité.

Je n'en suis toutefois pas certaine, du moins pas toujours. L'accord transactionnel est parfois entaché d'une légère amertume, l'idée étant qu'un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès. Ce sera aussi toute l'habileté et la délicatesse du juge de veiller à ce que la transaction soit équilibrée, qu'elle soit faite non seulement de concessions réciproques, mais aussi qu'elle soit par nature durable. Rapprocher la justice fonctionnelle de la vertu est un objectif à atteindre dans la conciliation, sans qu'elle soit garantie.

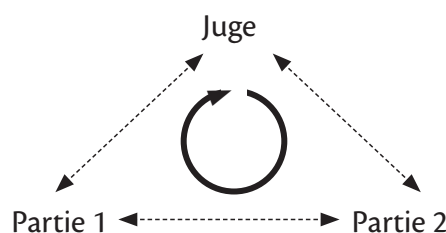
D. Conclusion provisoire : la conciliation judiciaire : un théâtre d'improvisations ?

Au fil de ces développements sur le conflit dans le procès civil et la figure du tiers – en l'espèce le juge –, je ne pense pas que la vision triangulaire du conflit s'estompe dans la conciliation judiciaire.

C'est précisément dans la présence d'un tiers que se noue l'espace pour orienter le débat, modifier les perspectives, renouer le dialogue et construire la solution. La structure classique, conjuguant unité de temps, unité de lieu et unité d'action permet également de rejouer le conflit en vase clos, mais non plus pour dégager un vainqueur. Il s'agit au contraire de signer la paix des braves, égaux en droit, pour mettre un terme au conflit. Le triangle est plus petit, ses lignes sont plus floues à l'image de la procédure sous-jacente.

Finalement, c'est peut-être davantage dans la distance plus rapprochée et dans l'interactivité des modes de communication que le juge trouve une nouvelle légitimité dans la conciliation.

Schéma 2 :



Lien de communication : souple et multilatéral

Solution

Conclusions

1. À travers cette analyse en trois plans, il me semble, en conclusion, que la structure de la gestion du conflit n'est pas fondamentalement modifiée par la conciliation judiciaire. Le triangle esquissé ci-avant subsiste, chaque partie se présentant devant le juge conciliateur sur un pied d'égalité et les éléments de souplesse apportés à la procédure sont étonnamment contraints par l'exigence des droits fondamentaux et la nécessité pour le juge de garder à l'esprit que demain, en cas d'échec de la médiation, il retrouvera sa fonction première.

Finalement, c'est essentiellement sur le plan du rituel que la figure du juge se trouve bouleversée. Loin du décorum de l'audience – quoique... –, avec ses outils de communication et de suggestion, il perd sa figure tutélaire d'autorité pour un visage aux contours plus flous, à l'instar de son autorité affaiblie. Le triangle n'est

pas remodelé, mais la distance entre les parties et entre les parties et le juge s'en trouve réduite.

Cette dissipation des contours soulève évidemment son lot de critiques et d'interrogations. François Ost les a parfaitement résumées et suggère de redessiner les lignes de la déontologie pour y répondre. « Aussi fait-on bien de se soucier d'une culture judiciaire renouvelée, centrée sur une déontologie à repenser. Les notions de confiance, d'auto-limitation, de collaboration loyale, d'humanité, de transparence, de communication en représentent quelques aspects essentiels. »³⁸

À n'en pas douter, ce nouveau positionnement explique que de nombreux juges civils et économiques répugnent à s'engager pleinement dans la mission de conciliation qui leur est pourtant dévolue. Or, chaque fois que c'est possible, il faut remplacer le combat judiciaire par la solution négociée prenant en compte non seulement les droits susceptibles d'être invoqués (avec tous les aspects des aménagements qu'ils peuvent recevoir suivant la nature des normes applicables), mais aussi, voire surtout, les intérêts en cause³⁹.

2. Alors, comment les y encourager ou comment favoriser vraiment la conciliation par le juge en droit commun ?

J'esquisserai deux pistes de solution.

a) Il faut d'abord une véritable formation des juges. Chaque année, l'Institut de formation de l'Ordre judiciaire organise des formations en conciliation et médiation, spécialement à l'intention des stagiaires et magistrats récemment nommés⁴⁰.

Celles-ci devraient être obligatoires, y compris pour les juges déjà en fonction, et permettraient de leur donner les outils de la conciliation et de la communication. Il n'est pas question de réintroduire de la procédure ou des rites, mais de donner les codes de la conciliation, d'éviter l'imprévisibilité ou la subjectivité du juge, et de garantir les termes du procès équitable.

En les réunissant en outre à intervalles réguliers, par exemple au niveau des ressorts, en leur offrant des espaces de concertation et de compensation, il est possible de modifier leur rôle sans perdre leur compétence et leur équilibre. Une initiative intéressante a été prise récemment, et spontanément, par Mesdames Anne-Marie Witters, conseillère à la cour d'appel de Bruxelles, et Sylvie Frankignoul, juge au tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles. Ces deux magistrates ont réuni les magistrats traitant des matières économiques et issus de tout le pays qui ont pour particularité d'avoir mis en place des conciliations dans leur juridiction. Cette belle initiative permet un échange de bonnes pra-

³⁸ Fr. OST, « Le rôle du juge – Vers de nouvelles loyautés », *op. cit.*, p. 700.

³⁹ G. DE LEVAL, « Droits de l'homme et réflexion sur l'efficacité de la justice », *op. cit.*, p. 304.

⁴⁰ En 2020, la formation de l'IFJ, sous la forme d'un séminaire résidentiel, se déroulera les 17, 18 et 19 mars 2020. L'extension du projet de formation à trois jours, incluant jeux de rôles, projections de films et élargissement du nombre et du type d'intervenants, témoigne de la priorité donnée par l'IFJ à ce type de résolution des litiges.

tiques et doit être encouragée, et si possible reproduite dans les autres matières. Pour que la conciliation ne défigure pas les traits du juge, qui sont indispensables, mais qu'elle lui confère un visage plus humain.

b) Sur un plan procédural, je suggère de réformer l'article 731 du Code judiciaire et d'instaurer de véritables chambres de règlement amiable de droit commun, garantissant la confidentialité du processus et l'impartialité du juge qui ne pourrait ensuite jamais connaître du fond de l'affaire. D'aucuns considèrent qu'une telle mesure serait trop coûteuse pour le système judiciaire, déjà en manque de juges. Il n'est pourtant pas exclu que ces objections fonctionnelles soient compensées par une diminution du temps et de la complexité des procédures.

L'existence de chambres de règlement amiable ne devrait évidemment pas avoir pour effet de priver « les autres juges » de leur mission de tenter de concilier les parties, mais ils ne pourraient alors le faire que moyennant un strict respect des droits fondamentaux du procès, c'est-à-dire notamment en respectant la publicité de l'audience, la contradiction, l'impartialité et la célérité la plus strictes, et en veillant sans doute plus aux formes et règles de procédure.

Quelle que soit l'évolution de la conciliation dans le droit processuel, je suis persuadée qu'elle est en plein devenir et qu'elle mérite une réelle attention.

La conciliation devant la chambre de règlement amiable du tribunal de la famille

Jean-Marie DEGRYSE

Magistrat au Tribunal de première instance de Namur, Section famille et jeunesse

I. Cadre de l'analyse

L'analyse qui va suivre résulte non pas d'une recherche scientifique, mais découle d'observations de terrain récoltées pendant quinze années de gestion des conflits familiaux, d'abord dans le cadre de la chambre des référés du tribunal de première instance, ensuite, depuis septembre 2014, dans le cadre du tribunal de la famille, tant au sein d'une chambre civile qu'au sein d'une chambre de règlement à l'amiable, ainsi que dans le cadre du tribunal de la jeunesse (mineurs en danger et mineurs ayant commis des faits qualifiés d'infraction).

II. La particularité du conflit géré en chambre de règlement à l'amiable

Pour rappel, la chambre de règlement à l'amiable s'inscrit dans l'organisation du tribunal de la famille:

- la loi du 18 juin 2018 « portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges », publiée au *Moniteur belge* du 2 juillet 2018, est entrée en vigueur le 12 juillet dernier;
- le nouvel article 1253ter/1, §§ 1^{er} à 3, du Code judiciaire renforce et encourage le recours à la résolution amiable du litige et notamment le renvoi à la chambre de règlement à l'amiable tel qu'il avait été initié par l'ancien article 731 du Code judiciaire:

« § 1^{er}. Dans toutes les causes relevant du tribunal de la famille, *dès qu'une demande est introduite*, le greffier **informe** les parties de la possibilité de médiation, de conciliation et de tout autre mode de résolution amiable des conflits en leur envoyant immédiatement le texte des articles 1730 à 1737

accompagné d'une brochure d'information concernant la médiation, rédigée par le ministre qui a la Justice dans ses attributions, la liste des médiateurs agréés spécialisés en matière familiale établis dans l'arrondissement judiciaire, ainsi que les renseignements concernant les séances d'information, permanences ou autres initiatives organisées dans l'arrondissement judiciaire afin de promouvoir la résolution amiable des conflits¹.

§ 2. **En matière familiale**, lors de la comparution des parties à l'audience introductive d'instance, **le juge entend** les parties sur la manière dont elles ont tenté de résoudre le litige à l'amiable avant l'introduction de la cause, et afin de déterminer si une résolution à l'amiable est envisageable².

À la demande des parties ou si le juge l'estime utile, il peut remettre l'affaire à une date déterminée qui ne peut excéder le délai d'un mois, sauf s'il existe à cet égard un accord entre les parties selon les modalités prévues à l'article 730/1. À la demande des parties ou s'il l'estime utile, il peut également renvoyer l'affaire devant la chambre de règlement à l'amiable, conformément au paragraphe 3.

§ 3. **En matière familiale**, les affaires peuvent être soumises à fin de conciliation à la chambre de règlement à l'amiable du tribunal de la famille ou des chambres famille de la cour d'appel. Tel peut être également le cas lorsque l'affaire est pendante devant une autre chambre de la famille pour autant que la chambre de règlement à l'amiable soit en mesure de tenir une audience à une date antérieure.

À la demande des parties ou s'il l'estime utile, **le juge ordonne** le renvoi de la cause à la chambre de règlement à l'amiable du même tribunal ou des mêmes chambres famille de la cour d'appel, par simple mention au procès-verbal de l'audience. Le greffier transmet le dossier de la procédure, dans les trois jours de cette décision, au greffier de la chambre de règlement à l'amiable à laquelle la cause a été renvoyée. Le greffier de la chambre de règlement à l'amiable convoque les parties, sous pli judiciaire, à comparaître, aux lieu, jour et heure de l'audience à laquelle l'affaire sera appelée.

À défaut d'accord ou en cas d'accord partiel, la chambre de règlement à l'amiable renvoie, selon les mêmes formalités que celles prévues à l'alinéa 2, le dossier devant la chambre de la famille devant laquelle le dossier a été introduit.

Tout au long de l'instance, les parties ou le magistrat ont la possibilité de solliciter le renvoi de leur cause devant la chambre de règlement à l'amiable.

De même, tout au long de l'instance, si un accord total ou partiel intervient, le procès-verbal en constate les termes et l'expédition est revêtue de la formule exécutoire, sauf si les parties requièrent l'application de l'article 1043.

¹ Ainsi modifié, *quant à la numérotation*, par l'article 4, phrase liminaire, de la loi du 15 juin 2018, qui est entré en vigueur le 12 juillet 2018 en vertu des dispositions combinées de son article 7 et de l'article 212 de la loi du 18 juin 2018 (M.B., 2 juillet 2018, p. 53455) et inséré, *quant au texte*, par l'article 195 de la loi du 30 juillet 2013, qui est entré en vigueur le 1^{er} septembre 2014 en vertu de son article 274, alinéa 1^{er}.

² Ainsi inséré par l'article 4 de la loi du 15 juin 2018, qui est entré en vigueur le 12 juillet 2018 en vertu des dispositions combinées de son article 7 et de l'article 212 de la loi du 18 juin 2018 (M.B., 2 juillet 2018, p. 53455).

Tout ce qui se dit ou s'écrit au cours des audiences de règlement à l'amiable est confidentiel.

Tant les parties que le juge de la chambre de règlement à l'amiable peuvent, à tout moment, mettre un terme à la procédure de règlement à l'amiable.»

Ce sont donc *exclusivement des conflits familiaux* qui y sont gérés et, de manière majoritaire, *des conflits conjugaux et parentaux*.

III. Le conflit conjugal

Ce qui frappe d'emblée lorsqu'un couple en séparation arrive jusqu'au tribunal, c'est le taux important d'angoisse et de peur dans lequel se trouve chacun des acteurs. Ces émotions sont parfois masquées par de la colère.

Les peurs et les angoisses sont de signaux physiologiques donnés par le corps qui informent celui qui en est l'objet de ce qu'un de ses besoins est menacé, plus particulièrement ses besoins de sécurité et d'appartenance – par référence à la pyramide de Maslow³.

Les besoins de sécurité et d'appartenance sont menacés principalement *face à l'inconnu* qui sera alors déclencheur de peurs et d'angoisses. Les peurs et les angoisses peuvent être envahissantes et paralyser les zones rationnelles et créatives du cerveau, et toutes possibilités de remise en question.

Les émotions travaillent également *avec la mémoire*, qui est sensible aux émotions et comparative. *La taille* des émotions et des angoisses dépend donc de la manière dont chaque besoin a pu être rempli par le passé (essentiellement durant l'enfance), de la taille des blessures anciennes, et donc de l'histoire de chacun.

La séparation d'un couple est un *chaos* qui génère énormément d'inconnu (relationnel, financier...) et, par voie de conséquence, d'émotions.

Dans le couple, chacun *fait jouer* un rôle à *l'autre* (essentiellement réparateur) et se positionne par rapport à lui (systémique).

³ Pour rappel, Maslow a hiérarchisé les besoins de l'homme et leurs motivations – sur la base de ses travaux, cette hiérarchie a été illustrée dans une pyramide (il en existe plusieurs variantes). La base de la pyramide renseigne les besoins les plus fondamentaux. Les besoins ont été hiérarchisés dans l'ordre décroissant d'importance suivant :

1. *besoin physiologique* (besoin vital – avoir – besoin lié à la survie) : boire, manger, respirer, être stimulé, bénéficier d'un habitat... ;
2. *besoin de sécurité* (besoin vital – avoir – besoin d'organiser sa survie) : se sentir en sécurité physique et psychologique, faire confiance, bénéficier d'un environnement stable et prévisible, revenus, habitation, santé ;
3. *besoin d'appartenance* (besoin psychologique – être – besoin de savoir que l'on compte pour les autres) : être aimé, écouté, compris, estime des autres, avoir une place, un statut, faire partie d'un groupe, besoin d'intimité, reconnaissance de son employeur ou de ses supérieurs ;
4. *besoin d'estime* (besoin psychologique – être – besoin de recevoir des autres des signes positifs) : sentiment d'être utile, d'avoir de la valeur, droit à l'erreur, créativité, prise d'initiative ;
5. *besoin de s'accomplir* (besoin d'épanouissement – être – besoin d'affirmer son caractère unique vis-à-vis des autres) : développer ses connaissances, ses valeurs, autonomie, dépassement de soi.

Dans la séparation, l'autre devient celui qui déclenche l'imprévu et l'insécurité. La séparation met, en outre, chaque acteur du couple en connexion avec toutes ses blessures existentielles antérieures (mémoire des expériences douloureuses d'inexistence qui ont menacé le besoin de sécurité et d'appartenance), que le message amoureux qui a présidé à la fondation du couple était censé réparer (quiproquo du couple).

Celui qui est en connexion avec ses blessures, ses peurs et ses angoisses va tenter de restaurer le besoin menacé notamment en vérifiant ses peurs (lecture de la réalité uniquement sous cet angle et vérification du danger) et en agissant au besoin sur l'autre, qui devient alors un réceptacle de l'émotion (passage à l'acte – trois stades de la peur : sidération ou immobilité, fuite, attaque ou agression) et disparaît en tant qu'autre (celui qui est différent et imprévisible). Celui qui est en connexion avec ses blessures, ses peurs et ses angoisses va aussi agir sur l'autre de manière à le contrôler (reprise de pouvoir – hyper contrôle) et de manière à le rendre moins menaçant et, par voie de conséquence, plus rassurant, sécurisant et prévisible.

Les émotions exprimées par l'un sont souvent déclencheurs d'émotions chez l'autre qui les reçoit ou qui en est le témoin, et qui n'arrive pas à s'en tenir à distance (lien affectif). L'échange d'émotions négatives ouvre alors la porte à l'*escalade* dans le conflit qui devient alors purement émotionnel et peut alors conduire au passage à l'acte (verbal ou physique). Lors d'un tel échange, les deux protagonistes communiquent entre eux davantage avec leur état du Moi Enfant (celui qui loge les émotions, les sentiments, les besoins, et qui peut conduire à une posture de victime) et du Moi Parent (celui qui critique et qui peut être persécuteur) qu'avec l'état du Moi Adulte (celui qui raisonne, analyse et décide)⁴.

C'est alors « le conflit » qui pourrait se définir comme suit :

- « violente opposition de sentiments, d'opinions, d'intérêts » (Larousse) ;
- « *conflictus* : le heurt, le choc, la lutte, l'attaque » (Gaffiot).

Dans un tel contexte, le conflit sera d'autant plus puissant qu'il permettra en outre aux acteurs de maintenir *un lien*, et de répondre au besoin de chacun de récolter sa dose vitale de « Stroke »⁵. La perte de lien est très douloureuse (sentiment d'inexistence) et insécurisante.

En outre, au moment où le couple en séparation se présente devant un juge, les peurs et les angoisses sont encore accentuées en ce que les deux protagonistes se confrontent à une nouvelle forme d'inconnu (le tribunal) et à la violence du judiciaire.

⁴ R. DE LASSUS, *L'analyse transactionnelle*, relayant les travaux d'Éric Berne, Bruxelles, Marabout, 1991, pp. 17-56.

⁵ Le « Stroke » se compare à une calorie psychologique qui peut répondre au besoin physiologique de *stimuli* et au besoin de reconnaissance – mieux vaut recevoir des stimulations négatives que pas de stimulation du tout : « Aime-moi ou hais-moi, mais ne m'ignore pas ! » : voy. R. de LASSUS, *ibid.*, pp. 83 et s.

Par contre, au travers du conflit, chacun des acteurs mobilise *de l'énergie* pour tenter de sortir de la zone d'inconfort dans laquelle il se trouve (besoin menacé, émotions négatives, tensions internes) et pour tenter de rétablir un équilibre interne, énergie qui peut alors être utilisée pour aller vers l'inconnu, penser autrement et faire autrement, et donc pour se remettre en mouvement dans la recherche d'une solution négociée.

La peur (émotion n° 1) et les angoisses sont donc les premiers moteurs du conflit.

IV. Le conflit parental

C'est la partie la plus sensible du conflit.

Aucun des acteurs du couple n'est prêt à entendre qu'il pourrait être un mauvais parent pour son enfant, ce qui est inaudible pour lui. En effet, un tel regard de l'autre sur lui le priverait non seulement de la possibilité de vérifier ou de prouver qu'il a été un bon enfant (vouloir être un bon parent est aussi vouloir racheter de l'enfance), et le plongerait du même coup dans le fantasme très douloureux qu'il pourrait perdre un lien.

V. Le rôle du juge

Le juge peut être vu comme une *figure parentale* (celle qui peut rassurer), en ce qu'il détient le savoir (il connaît la loi) mais aussi *le pouvoir de décider*, pouvoir qu'il tire non seulement de la loi, mais aussi de la projection qui est faite en lui par le justiciable qui le consulte et qui est en difficulté. Il est aussi le gardien du « juste ».

En chambre de règlement à l'amiable (CRA), même dépourvu du pouvoir de décider, le juge n'en conserve pas moins *une certaine autorité* puisqu'il peut décider ailleurs et dans d'autres circonstances, puisqu'il ne perd pas la qualité de celui qui « sait le droit », et éventuellement le juste et puisque, dans les faits, il exerce encore réellement une certaine autorité ne fût-ce que dans l'organisation des débats et de l'audience.

Par contre, son pouvoir de rassurer est accentué par le fait qu'il est dépourvu de sa casquette violente (celui qui a le pouvoir de « trancher ») et par le secret des débats légalement garanti en CRA.

L'autorité projetée dans le juge doit se vouloir profondément *bienveillante* (exempte de violences).

Le juge a le *pouvoir de rassurer* au travers des outils suivants :

- Le juge adopte une **posture d'accueil rassurante et sincère** : cette posture est primordiale et va d'ailleurs colorer toutes les interactions qui vont suivre entre le juge et les acteurs du couple en séparation (le non-verbal participe

très majoritairement à la communication); pour cela, le juge s'arme de la confiance qu'il peut avoir dans la compétence des familles, dans la plus-value de l'outil de la CRA et dans le rôle précis qu'il pourra y jouer; le juge veille à identifier ses propres peurs, ses croyances et ses enjeux de juge (statistiques, obligation d'aboutir à un accord, maîtrise de ses audiences...) et à les mettre en veille afin qu'ils n'interfèrent pas dans la circulation de la parole; le juge écoute ses propres besoins et veille au confort qui lui sera nécessaire pour optimiser son travail de facilitateur (organisation de l'espace de travail, organisation de son travail, préparation des dossiers, préparation des outils dont il aura besoin...).

- *Le juge rappelle le cadre des débats et la loi*: lors de l'allocution d'introduction, le juge se présente, rappelle de manière très claire son rôle et sa compétence, et précise le sens ainsi que toutes les conditions du fonctionnement de la CRA: confidentialité des débats, rédaction et valeurs d'un accord éventuel, constatation et portée d'un non-accord, durée de l'audience... Cette allocution permet d'installer le troisième pôle de la triangulation de la parole et du système (celui du juge) – en rappelant la loi et le sens qu'il lui donne, le juge confirme sa légitimité et l'autorité qui est projetée en lui.
- *Le juge organise et triangule les débats*: la communication entre personnes qui se séparent passe désormais par le prisme d'une troisième personne (le juge) qui n'est pas menacée affectivement et qui pourra donc inter-agir avec chacun des protagonistes principalement avec son état du Moi Adulte (voy. l'analyse transactionnelle)⁶: si, durant les débats, le juge peut fonctionner avec ses différents états du Moi (Enfant, Parent, Adulte)⁷ et avec sa propre histoire, et s'inscrire dans un mouvement empathique (s'inscrire dans une écoute active et sensible), il doit aussi pouvoir reprendre *une juste distance émotionnelle* pour activer son état du Moi Adulte (celui qui raisonne, crée des solutions et décide) lorsqu'il s'agira de rechercher et/ou de proposer des solutions concrètes. À ce stade, le juge doit clairement veiller à ne pas se laisser aspirer dans une triangulation dramatique (persécuteur, sauveur et victime – voy. le triangle de Steve Karpman)⁸ peut-être déjà bien huilée dans le couple qui se sépare, ce qui ne pourrait que conforter les acteurs dans leur immobilisme et dans l'entretien même du conflit (puisque à un tel niveau, le conflit rassure davantage qu'il n'insécurise en ce que chacun est bien installé dans son rôle); lors des débats, le juge veille à éviter les débordements, même s'il ne doit pas fondamentalement craindre « le chaos » dans lequel les familles peuvent se montrer très créatives. Par la triangulation, la parole peut à nouveau circuler (si les acteurs peuvent dire, ils ne devront plus passer à l'acte).

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid., pp. 63-68 et 101-107.

- *Le juge fait exister les acteurs du couple*: ce sentiment d'existence passe avant tout par une écoute profonde (hors temps) et par la possibilité pour chacun de dire jusqu'au bout de son besoin de dire (circulation de la parole) – cette écoute doit aussi pouvoir être active (l'écoute est montrée); le juge peut ainsi renvoyer ce qu'il entend, reformuler, reconnaître les difficultés, clarifier et identifier les demandes et peut-être même les vrais enjeux qui sous-tendent les demandes – par la reformulation, le juge aura en outre la possibilité de raconter l'histoire de manière moins dramatique ou traumatique, ce qui pourrait aider chaque acteur à la *revivre* d'une manière moins angoissante; le juge pourrait aussi prêter aux parents leur volonté sincère d'être un bon parent pour leur enfant, même si cette volonté n'est pas nécessairement suffisante pour y arriver concrètement – seul le sentiment d'existence permettra à chaque acteur de sortir du caractère « violent » du judiciaire et de vivre « le juste » qui est très puissant, qui est très rassurant et qui permet l'évolution et le changement; en d'autres termes, le sentiment d'existence évitera aux acteurs du couple de se connecter à la blessure existentielle très douloureuse du sentiment d'injustice qui ne pourrait que les renforcer dans un rôle de persécuteur ou de victime et dans l'immobilisme.
- *Le juge recherche un cadre juste*: à ce stade, le juge peut rappeler la loi (cadre plus général qui s'applique à tous) et donner un avis à ce sujet; le cadre offre *de la contenance* et permet au parent en difficultés de s'appuyer dessus, ce qui est profondément rassurant; devoir tout décider est anxiogène et énergivore; le cadre, même imparfait, mais qui détaille ce que chacun pourra ou devra faire, remplit les vides d'éléments plus prévisibles et permet la réflexion; ce cadre doit donc être très précis dans les obligations de faire et de payer de manière à évacuer, autant que faire se peut, toute question ou tout vide qui pourrait se présenter *lors de l'exécution* de ces mesures; toute imprécision dans le dispositif risquerait de provoquer de nouvelles angoisses et de nouveaux conflits (avec reprise de pouvoir de l'un sur l'autre) à un moment où les acteurs du couple ne sont plus protégés ni aidés par des tiers professionnels; le conflit pourrait alors surgir au pire des moments, soit lors du transfert de l'enfant d'un parent à l'autre – l'utilisation de méthodes pour tenter d'objectiver les demandes alimentaires et financières aide à ramener ce débat de sa dimension totalement irrationnelle (la question de l'argent est abordée comme une question de valeur) à une dimension plus rationnelle, ce qui permettra de garder actives les parties rationnelles et créatives du cerveau, et les vraies négociations; pour pouvoir être vécu comme juste, l'accord doit permettre à chaque acteur de s'y reconnaître; enfin, le cadre qui sera finalement entériné au terme des débats dans un procès-verbal de conciliation sera d'autant plus rassurant que le juge, par sa cosignature, va le rendre exécutoire.
- *Le juge propose les outils civils disponibles*: en fonction des besoins et des disponibilités financières, le juge propose un ou plusieurs des outils qui

sont disponibles et qui pourraient aider les acteurs de la séparation à s'apaiser : enquête sociale de police, étude sociale par la Maison de Justice, Espaces Rencontres, MARC (médiation familiale ou droit collaboratif), ateliers de communication pour parents séparés, audition d'enfant par le juge ou par un expert, expertise thérapeutique ou collaborative...

- *Lors des débats, le juge déculpabilise, rend responsable et renvoie un message de confiance et de compétence* : déculpabiliser permet d'atténuer la peur innée pour chacun de vérifier au final qu'il pourrait être une mauvaise personne (un mauvais petit-enfant – un mauvais parent) ; rendre responsable permet par contre de garder chacun « acteur » de ce qui se passe et, par voie de conséquence, acteur dans la solution au conflit ; le message de confiance et de compétence dédramatise les fantasmes et reconnecte l'adulte à du nouveau « possible », à un avenir globalement moins menaçant, et moins angoissant, et à sa capacité de décider avec l'autre.
- *Le juge propose des balises temporelles* : fixer une audience de réévaluation ultérieure permet de dessiner une porte dans l'avenir et d'offrir aux acteurs du couple la possibilité de vérifier concrètement l'adéquation et le bon fonctionnement des mesures prises, dans le même contexte sécurisé de la CRA, ce qui rassure (si différentes difficultés se présentent lors de l'exécution des mesures, les parties savent à l'avance qu'elles auront la possibilité d'en débattre dans un endroit sécurisé) ; avec ce nouveau rendez-vous fixé, les acteurs du couple se montreront aussi plus vigilants dans la bonne exécution de leurs propres obligations puisqu'ils savent qu'ils devront rendre des comptes à ce sujet, dans une confrontation avec un juge.

Afin de mieux répondre à pareille mission, les juges de la famille et de la jeunesse du tribunal de première instance de Namur, divisions Namur et Dinant, ont mis en place, avec le soutien de leur président et de l'Institut de formation judiciaire, des séances de formations/supervisions, au rythme de cinq séances d'une demi-journée par an. Ces séances sont supervisées par une juriste médiatrice familiale et un psychologue rompus aux formations, aux supervisions, aux différentes formes de thérapies, mais aussi aux modes alternatifs de règlement des conflits.

Par ce travail, les juges ont poursuivi trois objectifs :

- une meilleure spécialisation de chaque juge en matière familiale et en gestion du conflit familial ;
- un mieux-être au travail pour les juges de la famille face aux conflits familiaux souvent très nombreux, très denses, et très chargés émotionnellement ;
- un renforcement de la cohésion et de la cohérence entre les juges de la famille et de la jeunesse du tribunal de première instance de Namur-Dinant.

Ces séances de travail s'organisent de la manière suivante :

- définition par les juges eux-mêmes d'un thème de travail pour chaque séance (par exemple : les loyautés, l'urgence, la transmission générationnelle, l'intimité, le lien parental à tout prix...);

- exposé théorique assuré par les deux intervenants au début de chaque séance sur le thème choisi;
- échanges professionnels entre les participants (entre les juges) lors de chaque séance : chacun peut amener les exemples ou les difficultés concrètement rencontrés par lui sur le thème, le tout, sous la supervision des deux professionnels extérieurs;
- réalisation avec les participants et les intervenants d'un bilan à la fin de chaque séance avec proposition d'une liste d'ouvrages de référence à lire pour ceux qui désirent approfondir le thème de la séance.

Le conflit étudié sous le prisme de l'arbitrage

Maxime BERLINGIN

Chargé d'enseignement à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Avocat au barreau de Bruxelles

et

Jean-François TOSSENS

Maître de conférences invité à l'Université catholique de Louvain

Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

1. L'arbitrage est un mode de règlement des conflits alternatif aux juridictions de l'ordre judiciaire et réglementé en Belgique par la sixième partie du Code judiciaire.

2. L'arbitrage est généralement présenté comme opposé aux modes alternatifs dits amiables de résolution des conflits, tels que la médiation, la conciliation ou le processus de droit collaboratif, dans la mesure où il n'y est, *a priori*, pas question de mener les parties en cause à un accord mais plutôt de trancher leur différend par le biais d'une décision qui s'imposera aux parties.

3. Le Code judiciaire ne fournit pas de définition de l'arbitrage. La doctrine s'accorde, cependant, pour le définir comme un mode de règlement des différends qui trouve son origine dans une convention et par lequel les parties confient à un tiers impartial et indépendant une mission juridictionnelle qui aboutit à une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée¹.

L'arbitre tire donc d'une convention privée le pouvoir de trancher le différend qui oppose les parties en cause, soustrayant ainsi ce différend à la juridiction des tribunaux de l'ordre judiciaire. En effet, « l'État ne réserve pas aux seules autorités qu'il investit le monopole de juridiction [...] »², ce qui permet aux parties, dans les limites de l'arbitrabilité du différend qui les oppose, de recourir à un tribunal arbitral. L'arbitrage est donc « une alternative à la justice étatique, acceptée et reconnue comme justice dans le cadre tracé par la loi »³; il est un mode alternatif de résolution des différends.

¹ G. KEUTGEN et G.-A. DAL (avec la collaboration de M. DAL et G. MATRAY), *L'arbitrage en droit belge et international*, t. I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 29; Ph. DE BOURNONVILLE, *L'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 45; G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. II, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 1373.

² Ph. DE BOURNONVILLE, *L'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 47.

³ C. VERBRUGGEN, « Réflexions sur la *favor arbitrandum* en droit belge », in D. DE MEULEMEESTER, M. BERLINGIN et B. KOHL (dir.), *Liber Amicorum en l'honneur du CEPANI. 50 ans de solutions*, Malines,

4. Ce mode de règlement des différends s'est véritablement imposé, à tout le moins dans le contexte des contrats internationaux, au point que l'on considère aujourd'hui l'arbitrage comme le mode « normal » de règlement des différends dans ce contexte⁴, ce qui s'explique aisément par le fait qu'il permet aux parties d'obtenir la prédictibilité et la neutralité du for compétent pour trancher un éventuel litige, qui apparaissent comme des éléments essentiels pour toute opération du commerce international⁵.

5. Comme indiqué ci-dessus, l'arbitre ne dispose de son pouvoir juridictionnel que parce que les parties en ont exprimé la volonté dans une convention d'arbitrage, autrement qualifiée de clause compromissoire ou de clause d'arbitrage.

Ce type de clause est défini à l'article 1680 du Code judiciaire comme « une convention par laquelle les parties soumettent à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui sont nés ou pourraient naître entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel ». L'objet d'une telle clause est, en conséquence, de renoncer au droit de soumettre tous ou certains différends nés ou qui pourraient naître entre les parties contractantes aux juridictions de l'ordre judiciaire. Il s'agit donc d'une renonciation abdicative⁶.

6. La liberté des parties de recourir à l'arbitrage n'est cependant pas absolue. Certains litiges ne sont en effet pas arbitrables, soit en raison de leur objet, soit en raison de la qualité des parties.

Les limitations à l'arbitrabilité des litiges se sont fortement amenuisées au cours du XX^e siècle, l'arbitrage n'étant, par exemple, plus exclu dans le cadre de litiges portant sur des matières intéressant l'ordre public et le droit impératif. L'arbitrage est, en conséquence, devenu un mode de résolution des conflits qui s'étend bien au-delà de la sphère commerciale au sein de laquelle il s'est développé⁷. Restent cependant exclues, en tout ou partie, les matières pénale et fiscale, le droit familial et l'état des personnes, le contentieux de la fonction publique ainsi que le droit des procédures collectives. Il en est de même pour certaines matières particulières dans lesquelles le législateur a voulu exclure le recours à l'arbitrage ou, à

Wolters Kluwer, 2019, p. 315.

⁴ M. FONTAINE, « Avant-propos », in *Contrats internationaux et arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 6.

⁵ J. KLEINHEISTERKAMP et J.-Fr. TOSSENS, « L'autonomie de la volonté, le droit transnational et l'arbitrage international », in *Contrats internationaux et arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 135-136 et références citées, notamment à la décision *Schrek v. Alberto-Culver Co.* de la Cour suprême des États-Unis; M. FONTAINE, *ibid.*, p. 6.

⁶ Au sujet de la clause compromissoire voy. C. DELFORGE et M. BERLINGIN, « Les clauses relatives à la résolution des différends : les clauses de médiation et d'arbitrage », in C. DELFORGE, S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise*, Bruges, la Charte, 2017, pp. 274 et s.; Th. DERVAL et R. JAFFERALI, « La clause d'arbitrage : une clause contractuelle comme les autres ? », in *Liber Amicorum en l'honneur du CEPANI. 50 ans de solutions*, *op. cit.*, pp. 209 et s.

⁷ C. VERBRUGGEN, « Réflexions sur la *favor arbitrandum* en droit belge », *op. cit.*, p. 321; Fr. HENRY, « Les progrès de l'arbitrage : existe-t-il encore des pans entiers du droit qui, pour tous leurs aspects, ne peuvent donner lieu à l'arbitrage/arbitrabilité ? », in *Hommage à Guy KEUTGEN pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 190 et s.

tout le moins, la possibilité de renoncer anticipativement au recours au juge étatique⁸, comme c'est le cas en matière de bail d'habitation, dans les matières relevant de la compétence du tribunal du travail ou dans le cadre de relations entre une entreprise et un consommateur ou encore entre une compagnie d'assurance et son assuré.

En d'autres termes, il est des différends qui sont à ce point importants pour l'État que seule une autorité officielle détentrice du pouvoir public peut les traiter.

7. Dans le cadre de ce colloque consacré aux différentes approches du conflit et, plus particulièrement, à la manière dont les différents modes de règlement des conflits reconnus par le droit perçoivent le conflit, nous allons tenter dans les lignes qui suivent d'entrevoir la façon dont le conflit est appréhendé par (les acteurs de) l'arbitrage.

Pour ce faire, nous énoncerons, tout d'abord, les caractéristiques de l'arbitrage généralement mises en avant afin d'observer la perception du conflit qui s'en dégage. Ensuite, dans un second temps, nous montrerons que l'arbitrage, mode *a priori* non amiable de résolution des conflits, est perméable à des éléments d'équité et de flexibilité, et ouvert à la résolution négociée du conflit.

I. Certaines caractéristiques classiques de l'arbitrage de nature à percevoir la conception du conflit par ce mode de règlement des litiges

8. On souligne généralement que l'arbitrage se caractérise par sa rapidité, par la souplesse de la procédure – dont les parties sont les maîtresses, en ce compris quant au choix du juge – ainsi que par la discrétion qui l'entoure. Gary Born résume cela – plus particulièrement dans le contexte de l'arbitrage international – en précisant :

« Businesses perceive international arbitration as providing a neutral speedy and expert dispute resolution process, largely subjected to the parties' control in a single, centralised forum, with internationally – enforceable dispute resolution agreements and decisions. »⁹

9. L'arbitrage est donc, premièrement, reconnu comme un mode de résolution rapide des litiges¹⁰. L'arbitrage permet, en effet, qu'une solution soit apportée au conflit qui oppose les parties de manière rapide, à tout le moins plus rapidement que ne pourrait le faire la Justice étatique. Comme le relève Dominique Mougenot dans sa contribution dans le présent ouvrage, « le débat judiciaire

⁸ C. VERBRUGGEN, « Réflexions sur la *favor arbitrandum* en droit belge », *op. cit.*, pp. 321-322.

⁹ G. BORN, *International commercial arbitration*, vol. I, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2009, p. 71.

¹⁰ À ce sujet voy. O. CAPRASSE, « L'instance arbitrale et le temps », in *L'arbitre et le juge étatique. Étude de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 19 et s.

n'est pas réputé pour sa rapidité», le justiciable devant attendre plusieurs mois, voire années, pour obtenir une décision finale.

Il s'agit d'un avantage central de l'arbitrage pour les acteurs économiques dans la mesure où cette rapidité est de nature à leur permettre de surmonter au plus vite leur différend afin de se concentrer sur les affaires plutôt que d'investir du temps dans un conflit¹¹. Dans certains cas, obtenir une solution claire et tranchée sur un différend qui les oppose est plus important pour les parties que la solution elle-même. On peut ainsi songer à un conflit entre deux sociétés liées par une convention de collaboration et qui ne s'entendent pas quant à la refacturation de certains frais en application de ladite convention. Ce désaccord, source d'un désordre notamment comptable, devra être réglé au plus vite pour que les affaires continuent de façon optimale. Il en sera de même dans le cadre d'un conflit opposant deux sociétés liées par une convention comportant une clause de révision de prix sur l'application de laquelle les parties n'arrivent pas à s'entendre, comme en connaît la pratique des arbitrages en matière de différends entre les producteurs et les distributeurs de gaz.

Ainsi, dans de nombreux cas, l'un des critères de choix des arbitres réside dans leur disponibilité pour investir le temps nécessaire dans le dossier afin de pouvoir rendre rapidement une sentence. Plusieurs règlements d'arbitrage imposent d'ailleurs aux arbitres pressentis de s'engager quant à leur disponibilité¹². On peut également relever le développement depuis quelques années de l'arbitrage d'urgence qui permet aux parties d'obtenir un arbitre dit d'urgence pour des mesures provisoires et conservatoires à très bref délai, et ce, avant la constitution du tribunal arbitral¹³.

Il est donc bien question ici d'obtenir au plus vite une décision tranchée qui s'impose aux parties. Il est, en effet, des cas où une solution non amiable imposée par un tiers est souhaitée et souhaitable. Ce sera notamment le cas dans les situations où soit n'a pas été atteinte, soit ne peut être atteinte dans un court laps de temps par les parties. La recherche à tout prix d'une solution amiable élaborée par les parties ne nous semble en effet pas appropriée dans toutes les hypothèses.

10. Une seconde caractéristique de l'arbitrage est la très grande maîtrise dont disposent les parties sur la procédure. À de rares exceptions près, et pour autant que les principes fondamentaux relatifs au droit de la défense soient respectés,

¹¹ Ph. DE BOURNONVILLE, *L'arbitrage*, op. cit., p. 68; O. CAPRASSE, *ibid.*, p. 20.

¹² G. KEUTGEN et G.-A. DAL (avec la collaboration de M. DAL et G. MATRAY), *L'arbitrage en droit belge et international*, op. cit., p. 13; O. CAPRASSE, *ibid.*, pp. 30-31.

¹³ G. KEUTGEN et G.-A. DAL (avec la collaboration de M. DAL et G. MATRAY), *ibid.*, p. 430; B. DE BOCK, « The Emergency Arbitrator in the 2013 CEPANI Arbitration Rules », *b-Arbitra*, 2015/1, pp. 67 et s.; N. COLIN et A. HUBLET, « Is it a violation of the arbitration clause for parties to seize national courts instead of emergency arbitrator when the institution rules include the latter in their rules? », in D. DE MEULEMEESTER, M. BERLINGIN et B. KOHL (dir.), *Liber Amicorum en l'honneur du CEPANI. 50 ans de solutions*, op. cit., pp. 63 et s.

les parties peuvent décider d'à peu près tout : langue, calendrier, mode de communication, siège de l'arbitrage, nombre d'arbitres, lieu des audiences...

Cette maîtrise s'illustre en particulier par la possibilité pour les parties de choisir les arbitres qui trancheront leur litige. Ce choix peut s'opérer sur la base de différents critères, tels que les connaissances techniques ou linguistiques des arbitres ou encore la position prise par ces derniers dans des publications. Le choix de l'arbitre est un véritable enjeu stratégique dans le cadre d'une procédure arbitrale¹⁴.

11. L'arbitrage se caractérise également par l'absence de publicité du litige qui oppose les parties.

Cette discrétion qui entoure la procédure arbitrale est au demeurant de nature à favoriser les discussions et la recherche de solutions amiables. On se retrouve dans un climat de confiance, à l'abri des regards, et non dans une salle d'audience ouverte au public. Pour reprendre l'expression de Dominique Mougenot dans sa contribution dans le présent ouvrage, on se retrouve autour d'une table dans un contexte de « réunion de travail », loin de la théâtralité du débat judiciaire dont on peut se demander si elle n'incite pas à l'agressivité.

Ainsi, l'opposition des parties se mue en « affrontement privé et tempéré des thèses en présence »¹⁵ qui permet de sauvegarder l'avenir des relations entre les parties.

L'arbitrage permet ainsi de contribuer par le climat de confiance qu'il crée au rapprochement des parties, même si son but premier reste de trancher un litige en situant les droits et obligations des parties¹⁶.

Notons, pour être précis, que si la confidentialité est « [...], du point de vue de ses utilisateurs, la clé de voûte de leur décision de recourir à l'arbitrage, au point que cette volonté serait la source d'une norme de comportement s'imposant indépendamment de toute matérialisation écrite »¹⁷, il n'existe cependant pas à proprement parler, si ce n'est en ce qui concerne l'absence de publicité des audiences et l'absence de prononcé public des sentences, de principe général de confidentialité de l'arbitrage¹⁸.

12. La procédure arbitrale implique, cependant, un coût beaucoup plus important que celui exigé par le recours aux tribunaux de l'ordre judiciaire. Celui-ci

¹⁴ J. KRAUS-KOLBER, « Strategie bij de keuze van de arbiters », in *La stratégie dans l'arbitrage international. Actes du colloque du CEPANI du 12 janvier 2017*, Malines, Wolters Kluwer, 2017, pp. 55 et s.

¹⁵ Ph. DE BOURNONVILLE, *L'arbitrage*, op. cit., p. 69.

¹⁶ G. KEUTGEN et G.-A. DAL (avec la collaboration de M. DAL et G. MATRAY), *L'arbitrage en droit belge et international*, op. cit., p. 18.

¹⁷ J.-Fr. TOSSENS, « La confidentialité de l'arbitrage : valeur cardinale ou poncif ? », in *Arbitrage et confidentialité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. XXX ; E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, 2006/2, pp. 334-335.

¹⁸ F. LEFÈVRE, « Conclusion : existe-t-il un principe général de confidentialité sur l'arbitrage ? », in *Arbitrage et confidentialité*, op. cit., p. XXX ; O. CAPRASSE et R. ZIADÉ, « La confidentialité dans la procédure arbitrale », *Revue de l'arbitrage*, 2014/3, pp. 595-596.

s'explique en grande partie par les honoraires des arbitres. Ce facteur coût fait souligner par d'aucuns que seule la partie qui dispose d'une situation financière privilégiée aura le choix entre le juge ordinaire et l'arbitre, ce qui pourrait être de nature à porter atteinte à l'égalité des armes¹⁹. S'est également posée la question de savoir si l'exigence du paiement préalable d'une provision dans le cadre d'une procédure arbitrale ne porte pas atteinte à l'accès au juge garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁰.

Le facteur coût ne peut cependant être dissocié du facteur temps, de sorte que les parties peuvent privilégier l'avantage d'une solution rapide malgré un coût plus important²¹. En outre, il y a lieu de tenir compte du fait que la partie victorieuse pourra récupérer l'intégralité des frais consentis dans le cadre de l'arbitrage sans qu'il soit question d'un forfait légal comme c'est le cas dans le cadre d'une procédure judiciaire. De plus, certains coûts pourront être évités tels que les droits d'enregistrement de la sentence²².

13. À côté des caractéristiques classiques énoncées ci-dessus, nous souhaitons insister également sur l'importance de la preuve orale en matière d'arbitrage.

On sait que le formalisme attaché par le Code judiciaire à ce type de preuve ajouté à l'encombrement des cours et tribunaux font que le recours à des preuves orales dans le cadre de litiges soumis aux juridictions de l'ordre judiciaire est exceptionnel. Comme le relève Dominique Mougenot dans sa contribution, « notre système judiciaire, au contraire de l'arbitrage, ne peut se permettre de consacrer autant de temps et d'énergie à chaque dossier », de sorte que le juge doit recourir à un système moins coûteux et plus rapide « mais dans lequel de nombreuses zones d'obscurité subsistent à l'issue des débats. [...] Ce sont les règles relatives à la charge de la preuve qui lui permettent alors de désigner le perdant. [...] Le juge va se fonder sur un dossier parfois lacunaire et appliquer alors des règles très mécaniques pour déterminer le gagnant et le perdant. »

Par contre, « la place acquise par les preuves orales en arbitrage, et surtout la manière dont de telles preuves y sont administrées, fait de celui-ci un mode réellement alternatif de règlement des litiges, en offrant aux parties et aux plaideurs, mais aussi aux arbitres, des techniques nouvelles d'instruction des litiges, dans les matières où la preuve orale est libre (spécialement en droit commercial) ou légalement admissible »²³.

Ainsi, il est devenu pour le moins exceptionnel dans le cadre d'arbitrages, en particulier internationaux, qu'une sentence soit rendue sans que des témoins aient

¹⁹ M. STORME, « Aspects importants du droit arbitral belge », *R.D.I.C.*, 1976, p. 116; Ph. DE BOURNONVILLE, *L'arbitrage*, *op. cit.*, p. 70; C. VERBRUGGEN, « Réflexions sur la *favor arbitrandum* en droit belge », *op. cit.*, p. 319.

²⁰ Anvers, 5 mai 2008, R.G. n° A/06/02188, inédit, cité par G. KEUTGEN et A. GOESSENS, « L'arbitrage. Chronique de jurisprudence 2003-2013 », *J.T.*, 2014, p. 827.

²¹ Ph. DE BOURNONVILLE, *L'arbitrage*, *op. cit.*, p. 70.

²² G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, *op. cit.*, p. 1376; Y. HERINCKX, « Droits d'enregistrement et sentences arbitrales », *b-Arbitra*, 2013/2, pp. 275 et s.

²³ P. HOLLANDER, « L'importance des preuves orales dans la procédure arbitrale », *J.T.*, 2011, p. 42.

été entendus. L'audition des personnes impliquées dans le litige, telles que les négociateurs d'un contrat ou les ingénieurs qui ont travaillé sur le projet industriel, y est devenue une source essentielle d'informations qui permet de mieux comprendre les circonstances du litige et donc de réduire les zones d'ombre du dossier pour le tribunal arbitral. Cela permet, en outre, aux parties ou à leurs représentants lorsqu'il s'agit de personnes morales d'exprimer directement leur opinion quant au litige qui oppose celles-ci. La place des plaideurs est, en conséquence, fortement réduite par rapport à celle occupée par les témoins, cette notion devant s'entendre de manière large et recouvrant toute personne entendue par un tribunal arbitral quelle que soit sa qualité (partie au litige, tiers, expert technique ou juridique présenté par une partie)²⁴.

14. Qu'en conclure ? Il ressort de ce qui précède que, dans le contexte arbitral et pour autant que les parties aient volontairement et en connaissance de cause recouru à l'arbitrage, le conflit apparaît comme un incident, un avatar qu'il convient de régler au plus vite de manière à ne pas porter (trop) atteinte à la bonne exécution d'une potentielle convention ou, de manière plus générale, aux relations entre les parties²⁵. Les parties en présence veillent ainsi à encadrer, à contractualiser le processus de gestion d'un potentiel conflit afin de passer outre le plus vite et le plus efficacement possible. Le conflit est, en conséquence, perçu comme une différence de vues. Il est à cet égard symptomatique de constater qu'en matière d'arbitrage, le Code judiciaire n'utilise pas le terme « conflit », comme c'est le cas en matière de médiation (article 1723/1 du Code judiciaire) et de droit collaboratif (article 1738 du Code judiciaire). L'article 1681 du Code judiciaire, qui définit la clause compromissoire – et, indirectement, l'arbitrage –, renvoie quant à lui à la notion de différend, notion qui se comprend par l'existence d'un désaccord, d'une différence d'opinions²⁶. C'est donc à un terme présentant une connotation violente en apparence moindre qu'il est fait référence, là où le conflit, qui a été précisé par les autres intervenants, est plus souvent spontanément relié à l'existence d'une lutte, d'un combat, d'une violente opposition²⁷.

15. En vue d'obtenir une décision rapide et efficace, les parties désignent donc des arbitres en qui elles placent leur confiance. Ces arbitres sont choisis en raison de leurs compétences, voire parce qu'ils sont des pairs. On pense en particulier à cet égard à l'arbitrage sectoriel, tel que l'arbitrage par le Conseil de l'Ordre des avocats en cas de contestation d'un état d'honoraires prévu à l'article 446ter du Code judiciaire. Il en va de même dans le monde du sport où la nécessité d'obte-

²⁴ P. HOLLANDER, « La preuve par témoins en arbitrage : aspects de droit belge et considérations déontologiques et pratiques sur le rôle de l'avocat dans l'établissement de la preuve par témoins », in *L'administration de la preuve en arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 139 ; voy. également, du même auteur, « Les pièges de la procédure arbitrale pour les habitués des tribunaux », in *Les pièges de la procédure civile et arbitrale dans la pratique*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 135-136.

²⁵ Ph. DE BOURNONVILLE, *L'arbitrage*, op. cit., p. 68.

²⁶ www.larousse.fr/dictionnaires/francais/diff%C3%A9rend/25441.

²⁷ www.larousse.fr/dictionnaires/francais/conflit/18127?q=conflit#18018.

nir, par le biais d'une procédure confidentielle, une décision rapide rendue par des arbitres qui maîtrisent tant le droit que le sport dont question et ses usages – au point que certains soulignent le développement d'une « *lex sportiva* »²⁸ – a poussé au développement rapide de l'arbitrage en matière de conflits sportifs, notamment au travers de l'apparition de centres d'arbitrage qui y sont consacrés, tels que le Tribunal arbitral du sport (TAS) à Lausanne ou, en Belgique, la Cour belge d'arbitrage pour le sport (CBAS).

Ainsi, l'affrontement des positions des parties, en privé et de manière tempérée²⁹, permet de sauvegarder leurs relations indépendamment du résultat obtenu dans la sentence. Nous rejoignons ainsi, dans le contexte de l'arbitrage, la position du sociologue Georg Simmel décrite dans le présent ouvrage par le professeur Luc Van Campenhoudt et suivant laquelle les parties en présence adhèrent à des valeurs communes, telle que la recherche de profits dans le cadre d'une collaboration ; or, une telle collaboration est de nature à générer un conflit dans sa mise en œuvre. Cependant, ce conflit peut également favoriser la coopération, par exemple, en clarifiant les règles et contours de la collaboration existante ou en instaurant plus de justice ou d'équilibre dans cette collaboration, et permettre ainsi un réajustement de la relation. Certes, cela passe *a priori* (mais pas nécessairement – voy. ci-dessous) par le biais d'une décision qui s'impose aux parties, mais par le fait que cette décision est rendue par un tribunal arbitral que l'on a choisi et qui pourra et veillera à consacrer le temps nécessaire à motiver sa décision en détail, la frustration que peut ressentir la partie succombante sera considérablement réduite.

II. Vers davantage d'« amicalité » et d'équité dans l'exercice de l'autorité ainsi que d'emprise des parties sur la solution de leur différend

16. Nous soulignerons encore certaines autres particularités de ce mode alternatif de règlement des conflits, qui traduisent sa perméabilité à l'emprise des parties sur la solution de leur litige et à un exercice davantage centré sur le relationnel, plus « amical » et plus équitable par les arbitres de l'autorité juridictionnelle qui leur est confiée.

²⁸ Ph. DE BOURNONVILLE, *L'arbitrage*, op. cit., p. 66 ; voy. également M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, Paris, L.G.D.J., 2011, 628 pp.

²⁹ Ph. DE BOURNONVILLE, *L'arbitrage*, op. cit., p. 68.

A. La libre détermination du droit applicable au fond

17. L'arbitrage se caractérise par une grande flexibilité dans la détermination des règles de droit applicables au fond du différend³⁰.

Cette faculté est consacrée par l'article 1710 du Code judiciaire, qui pose d'abord, en son paragraphe 1^{er}, le principe de la liberté des parties de retenir toutes règles de droit de leur choix comme étant applicables au fond du différend. Le paragraphe 2 de la même disposition précise qu'à défaut pour les parties de s'être accordées sur le droit applicable au fond, le tribunal arbitral a le pouvoir d'appliquer « les règles de droit qu'il juge les plus appropriées ».

18. Il faut prendre toute la mesure de cette liberté, dont un juge ne dispose pas. D'une part, le concept de « règles de droit » englobe tout type de norme juridique, soit un corps potentiel de règles bien plus large et plus souple qu'un droit national quelconque. Les parties peuvent ainsi se référer, dans les seules limites de l'ordre public, à des normes issues de sources les plus variées (codes de conduite, usages, principes, normes de corporation, codes religieux, chapitres de lois...) et exclure toutes les autres. D'autre part, en l'absence d'accord des parties, le tribunal arbitral pourra se substituer à celles-ci pour faire un choix tout aussi large et retenir les règles de droit « qu'il juge les plus appropriées ».

Un exemple connu de l'exercice par les parties d'une telle liberté est le contrat conclu pour la réalisation du tunnel sous la Manche, que les parties ont soumis aux principes communs du droit anglais des contrats et du droit français des contrats. Autant dire que cette référence originale laissait place à d'insondables questions dans la détermination de la règle de droit applicable et dans l'interprétation de la volonté des parties appliquée à une situation particulière. C'est pourtant avec cette référence floue que les parties se sont estimées le plus à l'aise pour conclure. L'histoire a ensuite montré que les nombreux différends qui ont opposé les parties ont pu être résolus avec autant d'efficacité que si le contrat avait été soumis à l'un ou l'autre des droits nationaux les plus concernés.

19. C'est un constat fréquemment opéré dans la pratique de l'arbitrage. Il est rare que les questions de droit applicable, alors même que l'on se trouve dans un contexte international particulièrement exposé à ce type de discussions, accaparent une part importante des débats ou exercent une influence décisive sur la décision du tribunal arbitral.

Par contre, cette flexibilité au niveau de la règle de droit est l'une des voies par lesquelles la Justice arbitrale pourra s'affranchir de la rigueur d'un corps de règles préétabli et imposé aux parties. Ce faisant, le tribunal arbitral rendra une décision plus naturellement centrée sur les faits et sur l'histoire des parties, plutôt que sur l'interprétation et la portée de telle ou telle norme.

³⁰ Voy. sur ce sujet J. KLEINHEISTERKAMP et J.-Fr. TOSSENS, « L'autonomie de la volonté, le droit transnational et l'arbitrage international », *op. cit.*, pp. 135 et s.

20. En même temps, même si cela peut paraître à première vue paradoxal, une approche flexible de la norme constituera généralement un gain de temps dans les débats. Comme indiqué ci-dessus, au lieu d'exacerber les controverses juridiques, une norme aux contours souples aura davantage pour effet de focaliser les parties sur la défense des faits et de leur vérité. Ce faisant, la sentence rendra davantage compte de l'histoire des parties et fera davantage écho à leur vécu et à leur ressenti. La sentence pourra alors aussi être plus facilement acceptée par les parties car elle répondra à ce vécu.

En cela aussi, à l'instar d'autres modes alternatifs du règlement des conflits évoqués dans le présent colloque, la Justice arbitrale tend à placer les parties au centre du débat, autant sinon plus que les points de droit ou de principe qui les opposent.

B. L'amiable composition

21. D'autres outils encore permettent aux arbitres de s'affranchir davantage de la rigueur de la norme de droit et d'intégrer dans leur décision une dose d'équité.

Les parties peuvent ainsi conférer aux arbitres des pouvoirs d'amiable compositeur (article 1710, § 3, du Code judiciaire). Par l'exercice d'un tel pouvoir, qui prolonge en quelque sorte l'autorité naturelle que les parties ont reconnue aux arbitres en les choisissant pour trancher leur litige, ces derniers, pour autant que les parties y consentent explicitement, peuvent écarter ou atténuer les conséquences de l'application d'une règle de droit, pour des considérations d'équité. Cela ne revient donc pas à permettre aux arbitres de s'affranchir entièrement de toute règle de droit pour statuer exclusivement en équité. L'équité est ici un complément ou un correctif à une règle de droit préalablement reconnue comme étant applicable, mais aux conséquences jugées iniques.

22. L'institution de l'amiable composition peut être rapprochée de théories jurisprudentielles telles que l'abus de droit qui peuvent aussi aboutir à corriger les excès d'une norme stricte. L'amiable composition peut toutefois être vue comme une forme libérée, davantage assumée, de la place que l'on veut reconnaître à l'équité dans la solution du conflit. La décision ne doit plus revêtir tous les attributs d'un raisonnement purement juridique, comme s'y efforce toujours la théorie de l'abus de droit.

23. L'octroi de pouvoirs d'amiable composition du tribunal arbitral reste un cas rare. Nous pouvons en citer un exemple vécu, en matière de cession d'actions. L'acheteur des actions d'une société reprochait au vendeur de lui avoir caché un système de facturation et de rémunération au noir qui faussait les résultats des comptes officiels. Les débats avaient rendu fort plausible la thèse de l'acheteur mais celui-ci était resté en défaut d'en rapporter une preuve solide. Les parties ont perçu que le tribunal arbitral était mal à l'aise et hésitait entre une apprécia-

tion trop souple de la charge de la preuve, avec des conséquences désastreuses pour le vendeur, ou au contraire, un rejet pur et simple des allégations de l'acheteur, qui aurait conduit à une conclusion inique. Les parties ont alors consenti, avant la clôture des débats, à confier au tribunal arbitral des pouvoirs d'amiable composition, ce qui a permis à celui-ci d'ordonner une compensation *ex aequo et bono* de l'acheteur, sur la base d'une appréciation modérée des conséquences financières de la réalité la plus plausible.

C. La fixation *ex aequo et bono* du montant de dommages et intérêts

24. Sans requérir l'octroi de pouvoirs formels d'amiable composition, il est encore une piste d'équité que les arbitres seront, plus naturellement et plus facilement que les juges, amenés à exploiter. Il s'agit de la faculté de déterminer le montant d'une indemnisation financière *ex aequo et bono*.

25. Cette faculté est la même que celle qui est reconnue au juge de l'ordre judiciaire³¹. En substance, lorsque le juge ou l'arbitre constate la certitude de l'existence d'un dommage réparable mais que les éléments matériels de la cause rendent impossible la démonstration fiable et précise de son *quantum*, il peut arrêter le montant du dommage *ex aequo et bono*, c'est-à-dire par approximation. Une telle situation est fréquemment rencontrée dans la pratique, spécialement en matière commerciale. Sans cette faculté, le juge ou l'arbitre pourrait être contraint de faire un choix inconfortable entre une décision trop laxiste sur le plan de la charge de la preuve et une décision qui prive la partie lésée d'une juste indemnité, ou encore prolonger indéfiniment les débats à la recherche d'une vérité chiffrée complète souvent inatteignable.

26. Les arbitres seront, en général, plus naturellement enclins que le juge à estimer *ex aequo et bono* le montant des dommages et intérêts. *Primo*, les arbitres se sentent davantage mandatés par les parties pour apporter une solution concrète et rapide au litige. Un litige qui s'éternise n'est pas ce que les parties attendent d'un tribunal arbitral. *Secundo*, les modalités d'administration de la preuve déjà évoquées fournissent en général davantage d'informations au tribunal arbitral qu'au juge sur les éléments de calcul du préjudice revendiqué. Il est couramment admis dans la pratique de l'arbitrage que la preuve puisse être rapportée à suffisance par des rapports d'experts ou des éléments factuels fournis par les parties elles-mêmes, à charge pour l'autre partie de leur opposer la contradiction appropriée. Au moment de prendre l'affaire en délibéré, le tribunal arbitral sera ainsi le plus souvent en possession d'un dossier très élaboré et complet, en ce compris sur tous les aspects techniques et financiers du calcul du préjudice, sans qu'il soit dès lors nécessaire de recourir à un nouvel expert désigné par lui.

³¹ Voy. notamment à ce sujet D. LECLERCQ et S. GOLDMAN, « Les litiges post-acquisition : questions de fond et de procédure », in *L'arbitrage et les sociétés*, Actes du colloque du CEPANI du 14 novembre 2019, Malines, Wolters Kluwer, 2019, pp. 55-56.

27. Évidemment, il est fréquent que la démonstration du préjudice, bien que sérieusement étayée par la partie demanderesse, se heurte à des objections convaincantes et également étayées par la partie défenderesse qui, après avoir décrédibilisé tout ou partie de la démonstration adverse, s'abstiendra de proposer un mode de calcul alternatif crédible.

C'est ici que le pouvoir du tribunal arbitral de déterminer *ex aequo et bono* le montant d'un préjudice prend tout sa mesure. Il fera le tri parmi les allégations des parties pour en retenir le socle crédible, de part et d'autre, avant de reconstituer par sa propre appréciation, justifiée par les éléments les plus objectifs possible, avec un degré d'approximation reconnu et assumé, les pièces manquantes du puzzle, pour arriver à un montant qui sera reconnu comme la vérité judiciaire (arbitrale) du préjudice à indemniser.

La Justice arbitrale aura ainsi, par une décision complète intégrant immédiatement une conclusion chiffrée, répondu aux attentes des parties en leur donnant, sur la base de leur dossier et sans intervention d'un autre tiers expert désigné par le tribunal, une solution rapide, exécutoire et la plus juste possible. Flexibilité, rapidité, équité et effectivité apparaissent à nouveau comme les *leitmotives* de la Justice arbitrale.

D. La combinaison des qualités d'arbitre et de médiateur

28. Enfin, la Justice arbitrale franchit parfois un pas de plus vers le consensualisme de la solution aux conflits en intégrant dans son fonctionnement les éléments d'une véritable médiation : c'est ce que l'on désigne communément sous le vocable de *MedArb*³².

L'hypothèse visée est ici celle où le tiers instruit de résoudre le différend assume successivement les fonctions de médiateur et d'arbitre. Cette hypothèse est donc distincte de celle où les parties organisent successivement, ou parallèlement, une procédure de médiation, confiée à un médiateur, et une procédure distincte d'arbitrage, confiée à un tribunal arbitral qui n'est pas le médiateur.

Dans la figure de *MedArb*, les parties souhaitent, par souci d'économie et de rapidité, que la même personne assure les deux fonctions. De plus, le fait pour les parties de savoir que le médiateur se verra investi des pouvoirs de trancher d'autorité le différend, en cas d'échec de la médiation, peut les rendre plus enclines à rechercher un accord sous l'égide dudit médiateur.

29. Le principe de l'autonomie des volontés autorise les parties à prévoir un tel mécanisme. Toutefois, la réunion en une seule personne des deux qualités est susceptible de créer des situations délicates que les parties et le tiers devront

³² Voy. à ce sujet L. DEMEYERE, « ArbMed(Arb): een zoektocht naar pertinente doch onbeantwoorde vragen », in D. DE MEULEMEESTER, M. BERLINGIN et B. KOHL (dir.), *Liber Amicorum en l'honneur du CEPANI. 50 ans de solutions*, op. cit., pp. 397 et s.

appréhender et organiser rigoureusement à l'avance pour éviter de fragiliser la procédure. Un médiateur peut être amené à recueillir les confidences des parties ou à tenir des *caucus* isolés avec les parties ou leurs conseils. Ces initiatives peuvent favoriser le succès de la médiation. Par contre, si elles ne sont pas organisées et consenties, elles exposeront le tribunal arbitral à une demande de récusation ou à une annulation de sa sentence, fondée sur un grief de perte d'indépendance et d'impartialité ou de violation des droits de la défense et du contradictoire.

Certaines cultures juridiques, telle la tradition chinoise, sont acquises à la conception d'un arbitre qui exerce un rôle actif de médiateur. Plus près de nous, il n'est pas jugé inapproprié, en Allemagne, que les arbitres poussent les parties à s'entendre en révélant quel est leur premier sentiment du bien-fondé des thèses en présence. Notre tradition, sur ce point comparable à celle de la *common law*, reste plus circonspecte vis-à-vis de la confusion des genres et plus rigoureuse sur le maintien des apparences d'indépendance et d'impartialité et du respect du contradictoire.

30. Pour se prémunir contre tout grief à cet égard, un praticien expérimenté de l'arbitrage propose une formule subtile de « *ArbMed(Arb)* », consistant pour le tiers à d'abord instruire la cause en qualité d'arbitre³³. Ensuite, avant la clôture des débats, il pose aux parties une série de questions auxquelles il ne veut aucune réponse, mais auxquelles il invite chaque partie à réfléchir isolément, en leur laissant la possibilité d'en discuter ensuite entre elles, hors de sa présence. L'idée est que par le biais des questions de l'arbitre, les parties acquièrent une compréhension implicite de l'orientation de la décision qu'il pourrait prendre, de sorte qu'elles seront encouragées, par cette meilleure prévisibilité, à éviter la sanction d'une telle décision par un accord négocié entre elles.

31. Ces dernières considérations sur la prise en charge par l'arbitre d'un rôle de médiateur soulignent encore davantage la plasticité de ce mode de résolution des conflits et son ouverture à tous éléments et toutes idées de nature à favoriser une solution qui ne brutalise pas les parties et, à tout le moins, qui leur donne la maîtrise la plus directe et la plus étendue, jusqu'à la clôture des débats, du processus qui conclura leur différend.

³³ *Ibid.*, p. 404.

Conclusion et synthèse quant à l'approche du conflit par l'arbitrage

32. Au point de départ, l'arbitre est un juge contractuel.

L'arbitre exerce la même fonction juridictionnelle qu'un juge. Il entend les parties dans le respect des mêmes garanties juridictionnelles, à savoir essentiellement le respect des droits de la défense et du contradictoire (communément appelées *due process* dans la pratique internationale). Il applique la règle de droit et il motive sa décision en droit. Il tranche et il condamne. Sa décision est contraignante et exécutoire, comme l'est un jugement.

33. L'arbitre assume en même temps une mission contractuelle qui lui est confiée par les parties contre rémunération. Il est ainsi lui-même partie à un contrat d'arbitrage, qui se noue entre lui et les parties en litige. Il est un prestataire de services au service des parties. Il a envers elles, en cette qualité, des droits et des obligations. En tranchant le différend, dans un sens ou dans l'autre, l'arbitre exécute la mission que les parties lui ont confiée.

Cette dimension contractuelle fait que l'arbitre consciencieux cherchera d'abord à répondre aux attentes des parties, c'est-à-dire qu'il privilégiera une solution rapide et pragmatique du différend autant que faire se peut, en rendant une décision qui libérera les parties du différend plutôt qu'une décision qui le prolonge ou l'envenime.

Même lorsqu'il condamne, l'arbitre cherchera aussi à rendre une décision qui ne divise pas davantage les parties, voire qui atténue leur antagonisme. L'arbitre apportera ainsi un soin particulier à la motivation de la sentence qui sera souvent très circonstanciée, de manière à faire comprendre et si possible accepter à la partie qui perd les raisons de cette issue.

Enfin, sa mission contractuelle conduira l'arbitre à rechercher une décision effective, c'est-à-dire, s'il le faut, exécutoire. Condamner proprement, si les parties n'ont pas trouvé d'autre exutoire, fait partie de la mission confiée à l'arbitre. Tergiverser, refuser de trancher, ou trancher incomplètement, constituerait un manquement de l'arbitre dans l'exécution de sa mission.

Une condamnation, par son effet libératoire, voire cathartique, n'est pas nécessairement vue, par les parties elles-mêmes, comme un échec dans la résolution de leur différend.

Il résulte aussi du fondement contractuel de l'arbitrage que ce type de procédure reste à tout moment la chose des parties. Ensemble, les parties peuvent tout décider, tout modaliser, en ce compris suspendre ou mettre un terme à la procédure qu'elles ont initiée, ou en changer les règles.

34. Aidées par un arbitre expérimenté, et qui a leur confiance puisqu'elles l'ont choisi, les parties trouvent dans l'arbitrage une série d'outils et de caractéristiques, examinées ci-avant, de nature, d'une part, à donner un rôle central à leur histoire, à leur vérité et à leur manière d'en débattre et, d'autre part, à saisir toutes oppor-

tunités d'intégrer dans le processus décisionnel davantage d'amicalité et d'équité, voire de consensualisme.

L'arbitrage donne ainsi corps à nombre de caractéristiques et d'approches alternatives du conflit relevées par d'autres intervenants au présent colloque.

35. Si l'arbitrage s'est imposé comme le mode naturel de résolution des conflits dans le commerce international, il n'en est pas pour autant imprégné d'une vision hégémonique du conflit. Du simple fait qu'il ne repose que sur la volonté des parties, pour un différend particulier, l'arbitrage ne veut pas s'imposer comme le mode de référence universel de résolution des conflits.

Primo, par sa plasticité, il se prête parfaitement à une combinaison avec d'autres modes alternatifs de résolution des conflits, comme on l'a vu dans le cas du *MedArb*. Il existe une grande variété de combinaisons possibles, entre l'arbitrage et les autres modes de résolution alternatifs, qui n'a de limite que l'imagination des parties et de leurs conseils. C'est ce qu'on appelle les « *multi-tiered resolution clauses* », à savoir les clauses qui organisent l'application successive et/ou combinée de plusieurs types de méthodes alternatives de règlement des conflits³⁴. Une combinaison des procédures arbitrale et judiciaire est même concevable, comme l'a montré le projet, jusqu'ici non abouti, de création du *Brussels International Business Court* (BIBC), promu par le Ministre de la Justice Koen Geens. Le BIBC serait ainsi conçu comme une nouvelle juridiction permanente établie à Bruxelles et appelée à traiter, avec l'accord des parties, les litiges commerciaux internationaux. Cette juridiction spécialisée serait composée de magistrats détachés de la cour d'appel, ainsi que de juges consulaires, selon les besoins particuliers de chaque affaire. Elle serait appelée à fonctionner et à rendre des décisions en anglais.

Secundo, il faut accepter que l'arbitrage ne constitue le mode optimal de résolution d'un conflit qu'à certaines conditions. En particulier, il faut qu'il n'entraîne pas pour les parties de coûts disproportionnés par rapport aux enjeux du différend ou par rapport aux ressources de l'une des parties au litige. C'est notamment la crainte d'un tel déséquilibre qui a conduit le législateur à qualifier de clause abusive, dans les contrats de consommation, les clauses qui ont pour objet de désigner un juge autre que le juge judiciaire compétent, c'est-à-dire les clauses d'arbitrage (article VI.83, 23°, du Code de droit économique).

36. Enfin, on ne passera pas sous silence que l'arbitrage n'a pas toujours bonne presse auprès d'un certain public.

Outre la question des coûts, qui peut créer un déséquilibre des forces en présence, les détracteurs de l'arbitrage émettent des griefs qui visent principalement :

- un esprit souvent présenté comme mercantile des acteurs de l'arbitrage, qu'il s'agisse des arbitres ou des centres d'arbitrage ; cet esprit de lucre serait en contradiction avec la vocation juridictionnelle de l'arbitrage ;

³⁴ Voy. à ce sujet B. KOHL et A. RIGOLET, « Multi-tiered resolution clauses: use them all if you can't choose one », in D. DE MEULEMEESTER, M. BERLINGIN et B. KOHL (dir.), *Liber Amicorum en l'honneur du CEPANI. 50 ans de solutions*, op. cit., pp. 427 et s.

- l'indépendance et l'impartialité effectives des arbitres, spécialement de ceux nommés par l'une des parties en litige, parfois mises en doute (voy. l'affaire Tapie par exemple)³⁵.

37. La légitimité de l'arbitrage fait encore l'objet de débats parfois virulents en ce que peuvent, par ce biais, être confiées à des personnes privées (les arbitres) des décisions susceptibles d'avoir un impact important sur des matières d'intérêt public. Tel est le cas de l'arbitrage d'investissement par lequel un investisseur privé peut réclamer directement à un État des dommages et intérêts en raison de la violation d'engagements généraux pris en vertu de traités conclus par lui. Tel est encore le cas d'arbitrages portant sur des questions touchant au droit de l'Union européenne : la Cour de justice de l'Union européenne a ainsi déclaré contraire au droit de l'Union (articles 267 et 344 du TFUE), le simple fait d'avoir prévu une clause d'arbitrage dans un traité bilatéral conclu entre un État membre de l'Union et un pays devenu également membre de l'Union après la signature de ce TBI (arrêt *Achmea* du 6 mars 2018³⁶). Chacun se souviendra aussi du débat soulevé à l'initiative du Ministre Magnette sur la ratification de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (CETA) prévoyant un système de règlement des différends s'appuyant sur un tribunal permanent et un tribunal d'appel constitués de juges nommés par les États parties.

38. Il ne nous appartient pas de débattre en détail, dans le cadre limité de cette présentation, de ces critiques qui nuisent souvent à l'image de l'arbitrage auprès du grand public. C'est à tort toutefois que ces critiques justifieraient une aversion générale pour l'institution. Elles ne concernent qu'un certain type d'arbitrage ou dénoncent des dérives et excès qui peuvent être évités ou maîtrisés. Le monde professionnel de l'arbitrage veille lui-même constamment à l'amélioration des pratiques, comme en témoignent les nombreuses règles de conduite produites par différentes institutions, en particulier sur les garanties d'indépendance et d'impartialité attendues des arbitres. Dans le cadre adéquat et dans des conditions appropriées, avec des acteurs de qualité et avec la collaboration constructive des parties au différend, l'arbitrage est un remarquable outil pour une résolution efficace des conflits, respectueuse de toutes les dimensions, en ce compris humaines, d'un tel conflit.

³⁵ Voy. C. VERBRUGGEN, « Réflexions sur la *favor arbitrandum* en droit belge », *op. cit.*, pp. 319-320.

³⁶ C.J.U.E. (Gde Ch.), 6 mars 2018, *Slowakische Republik c. Achmea B.V.*, aff. C-284/16, *b-Arbitra*, 2018/1, pp. 107 et s.

Conflit et médiation

Coralie SMETS-GARY

Avocate honoraire

Médiatrice agréée en matières civiles et commerciales, en matière sociale et en matière familiale

et

Jean DE LATHOUWER

Criminologue

Médiateur local et médiateur agréé en matière familiale

Thérapeute familial systémicien

Introduction

La présente contribution poursuit l'objectif de décrire la manière dont le conflit se révèle, grâce au dispositif de la médiation, tant aux parties et conseils qu'aux médiatrices et médiateurs. Cet éclairage est tiré de la pratique et de l'enseignement de la médiation. Nous espérons que notre apport permettra quelques recoupements entre cette approche de terrain et les approches académiques que l'on retrouve dans le présent ouvrage, permettant, par là, l'enrichissement mutuel procuré par le précieux et incessant dialogue entre la pratique et la théorie.

Nous démarrons notre propos en plantant le décor à l'aide de la définition de la médiation offerte par Michèle Guillaume-Hofnung, définition que nous affectionnons tout particulièrement: «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.»¹

En proposant un dispositif confidentiel, la médiation semblerait dire quelque chose de l'intimité du conflit (de certains conflits). Comment les autres caractéristiques de la médiation ainsi définies éclairent-elles le conflit? Qu'en est-il de la médiation visée par la loi du 18 juin 2018 et de la médiation locale?

¹ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, 4^e éd., coll. Que sais-je?, Paris, PUF, 2007, p. 71.

I. Dans le contexte de la médiation civile, commerciale, sociale et familiale

A. Le texte de la loi

L'article 1723/1 du Code judiciaire, inséré par la loi du 18 juin 2018², prévoit que : « La médiation est un processus confidentiel de concertation volontaire entre parties *en conflit* qui se déroule avec le concours d'un tiers indépendant, neutre et impartial qui facilite la communication et tente de conduire les parties à élaborer elles-mêmes une solution. »

En nous appuyant sur les caractéristiques de la définition susmentionnée, découvrons ce que la médiation *dit* du conflit. La loi n'est cependant, à nos yeux, pas exhaustive à propos des qualités et rôles que revêt le médiateur. Ces autres qualités et rôles pourraient encore nous dire autre chose du conflit. Notre propos sera donc lui aussi « limité » à cet égard.

1. Développement à propos du *conflit* par rapport au litige

Il est remarquable et symptomatique de noter, tout d'abord, que la définition de la médiation se réfère au concept de « conflit » et non à celui de « litige ». L'étymologie des mots « litige » et « conflit » vient du latin, respectivement « *lis, litis* : le procès », et « *conflictus, us* : le heurt, le choc, la lutte, l'attaque ».

Le « conflit » pourrait être défini comme la vision personnelle, potentiellement large, du problème par les parties et le « litige » comme la vision juridique en termes de positions légales utiles au procès, nécessairement étroite du problème, par les professionnels du droit. Les parties n'étant, pour la plupart, pas juristes, elles n'ont pas, *a priori*, une vision étroite de leur situation en termes de « litige ».

Le conflit correspondrait à l'entrechoquement (heur, choc) de plusieurs « réalités objectives ». Une réalité « objective » est construite par une partie en conflit à partir de la sélection par elle de certains éléments présents dans la situation et du traitement de ceux-ci sur la base de son bagage mental, son empreinte émotionnelle, son niveau de conscience et son ego. Cette construction est évolutive dans le temps et influencée sans cesse par les systèmes relationnel et communicationnel singuliers propres aux parties en conflit. Il y aura autant de réalités objectives qu'il y aura de parties. Les parties *luttent* et *s'attaquent* pour imposer leur réalité objective à l'autre ; il en va un peu de leur *existence*.

Le litige³ correspond aux prétentions d'un demandeur du procès civil dans l'acte introductif d'instance et l'exposé des faits sur lesquels il les fonde. Le litige implique

² Loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, M.B., 2 juillet 2018.

³ H. BOULARBAH, *Droit judiciaire privé*, disponible sur www.procedurecivile.be/fileadmin/fichiers/test/Tome_1.pdf.

une partie contre laquelle le demandeur dirige sa demande. Sauf s'il s'incline, le défendeur opposera des exceptions, des fins de non-recevoir ou des défenses au fond, chacune des parties appuyant les développements juridiques de sa thèse sur les faits qui, à son estime, la justifient. L'on comprend qu'ici, une sélection de faits parmi les faits doit être opérée par le professionnel du droit, voire la « création » de faits pour *prouver* l'exactitude des prétentions ou des défenses, alors que le conflit ne répond pas nécessairement à cette exigence. Par ailleurs, le demandeur doit s'adresser à un défendeur alors que le conflit peut concerner toutes personnes avec qui une partie a un « heurt, un choc » de points de vue.

Le conflit est toujours complexe, laissant la place au subjectif, aux représentations mentales, aux émotions, aux identifications... ; le litige, en comparaison, est plutôt simple.

2. Développement à propos de la concertation volontaire entre parties

La médiation est volontaire, c'est sa définition légale qui le dit. Il faut entendre par là que chacun est libre d'accepter la médiation et dispose de la liberté de la refuser et, une fois celle-ci entamée, de l'interrompre ou de l'arrêter à chaque instant. Il s'agit de consentir à ce que la médiation ait lieu. C'est pour cette raison que dans les protocoles de médiation, documents marquant l'entrée officielle en médiation, des articles sont libellés plus ou moins de cette manière :

« Nous sommes informés du caractère volontaire de la médiation, ce qui permet à chacun de se retirer et mettre fin à la médiation à tout moment unilatéralement. Le médiateur peut mettre fin à la médiation dans les mêmes conditions. »

Qu'est-ce que cette obligation de consentement à entrer en médiation vient-elle dire du conflit ou du moins d'une certaine conception du conflit ?

Avant de répondre à cette question, gardons à l'esprit qu'étymologiquement, « le consentement », c'est produire du sens à plusieurs. En effet, la racine indo-européenne /sem/ traduit l'idée de sens. « *Sémainein* » en grec veut dire « signifier ». « *Sensus* » en latin veut dire « le sens ou la pensée, le sens commun », c'est-à-dire tout ce qui nous permet de nous repérer dans le monde. « *Consentir* », de « *cum-sentire* », signifie s'accorder tous ensemble sur une interprétation politique, juridique ou philosophique. Le consensus est l'accord de tous sur une position, même si les mots des uns et des autres diffèrent⁴. Par extension, et cela depuis plus ou moins le XII^e siècle, le consentement est l'action de donner cet accord, c'est un « acquiescement donné à un projet ; une décision de ne pas s'y opposer » ; consentir est donc « accepter qu'une chose (productrice de sens) se fasse »⁵.

⁴ S. RAMEIX, *Du paternalisme des soignants à l'autonomie des patients?*, in C. LOUZOUN et D. SALAS (dir.), *Justice et psychiatrie (Normes, responsabilité et éthique)*, Toulouse, Éditions Érès, 1997, p. 67.

⁵ *Petit Robert*, éd. 1978.

L'aspect volontaire de la médiation amène les protagonistes du conflit à comprendre le consentement au processus comme un acte posé qui marque l'accord de chacun à s'investir dans une production commune de sens.

Cet aspect est particulièrement précieux. Étant libres d'accepter ou non la médiation, les parties en conflit construisent un espace de liberté dont la seule balise est la volonté de tous les acteurs de la médiation (médiateurs inclus) de continuer à chercher ensemble une issue apaisante au conflit. En entrant volontairement en médiation s'opère une reconnaissance réciproque de l'existence du conflit et de la volonté de toutes et tous de tenter de trouver des issues à l'amiable. L'entrée en médiation s'appuie donc nécessairement sur un premier accord entre les parties; elles qui pensaient peut-être jusqu'alors qu'elles ne se seraient jamais mises d'accord sur rien.

Enfin, qu'en est-il ici de notre hypothèse de départ qui sous-tend que la médiation reproduirait, en partie du moins, sur une autre scène, les caractéristiques du conflit ? L'aspect volontaire du dispositif de médiation permet-il, par effet miroir, d'appréhender le conflit comme un espace de liberté où chacun dispose de la volonté de se disputer avec l'autre ? Nous le pensons. Il ne serait pas possible de se disputer avec quelqu'un qui ne le souhaite pas, qui n'y consent pas. C'est peut-être là aussi ce qui apporte la distinction entre le litige et le conflit : « Je n'ai pas spécialement la volonté d'avoir un litige avec l'autre partie, mais je dispose de la volonté d'être en conflit avec elle. »

3. Développement à propos de la position du tiers

La médiation, tout comme le procès, fait appel à un tiers extérieur. Quels éclairages spécifiques du conflit ce tiers permet-il ?

Nous posons l'hypothèse ici que les conflits sont délimités. En effet, il serait toujours possible de recourir à des personnes extérieures pour réguler le conflit, il n'existerait pas de conflit global. Tout conflit serait circonscrit et ses protagonistes pourraient toujours le cas échéant inviter ou se voir imposer une entité extérieure, non impliquée ni impactée de quelque manière que ce soit, pour le réguler.

Plus spécifiquement en ce qui concerne la médiation, le rôle tenu par son tiers régulateur donne en filigrane une caractéristique supplémentaire des conflits. Il n'existerait pas de conflit sans issue. Autrement dit, on n'entrerait en conflit que si l'on pense disposer de ressources ou de compétences nous permettant de nous en sortir, même si ces ressources ou compétences sont inaccessibles au moment de l'entrée en conflit.

En effet, lors de la médiation, ce n'est plus le tiers juriste qui est appelé à intervenir mais un tiers impartial, neutre, sans pouvoir. Il s'agit de faire appel à un interve-

nant tenant une posture influencée par la psychologie⁶. Il est demandé au médiateur une aptitude d'écoute⁷ qui permette aux personnes en conflit de découvrir quelque chose que ni l'une ni l'autre ne connaissait avant d'accepter d'entrer en médiation⁸ et une aptitude active laissant l'opportunité aux personnes en conflit de puiser dans leurs propres compétences, leurs propres ressources pour dénouer la situation conflictuelle. Cette posture particulière qui invite le tiers à suivre plutôt qu'à précéder les parties en conflit est directement inspirée du postulat soutenu par les intervenants systémiciens familiaux qui avancent que les familles ne se posent des questions ou ne font émerger des difficultés qu'à la condition qu'elles disposent en leur sein de la réponse à la question posée ou de la faculté à solutionner la difficulté mise en avant⁹.

Cette aptitude particulière demandée au médiateur permet de rappeler, s'il était nécessaire, que l'acte de naissance de la médiation moderne et encore plus de la médiation traditionnelle¹⁰ s'est opéré hors de la sphère du droit.

D'autre part, l'insertion d'une nouvelle posture de tiers dans la sphère juridique ouvre la voie à la déspecialisation du droit en matière de résolution des conflits. Aujourd'hui, il est sans doute plus utile au médiateur – spécialiste de l'écoute active devant rester neutre, impartial et indépendant – d'être outillé pour aider les parties à communiquer entre elles, *plutôt* que de connaître les règles juridiques applicables à la matière qui serait l'objet du conflit. La formation juridique des médiateurs viserait alors à respecter le formalisme des accords de médiation présentés devant le tribunal.

4. Développement à propos de la confidentialité

Certains points de vue différents subsistent sur le caractère nécessairement volontaire de la médiation, voire sur le rôle du tiers en médiation. Mais il est une caractéristique qui ne semble souffrir d'aucune divergence: c'est la nécessaire confidentialité des espaces de médiation. En parcourant les sites internet qui proposent l'ouverture d'espaces de médiation, il est flagrant que tous garantissent la confidentialité de la médiation.

⁶ Cette influence entre le monde psy et le monde du droit n'est pas nouvelle, les personnes intéressées pourront satisfaire leur curiosité en lisant l'ouvrage, paru sous la direction de I. BRANDON et Y. CARTUYVELS, *Judiciaire et thérapeutique: quelles articulations?*, Bruxelles, la Charte, 2004.

⁷ Cette aptitude repose entre autres sur les enseignements des auteurs nord-américains tels que Paul Watzlawick, Elias H. Porter, Carl Rogers, Thomas Gordon et Marshall Rosenberg, et est également influencée par les approches anthropologiques de Margareth Mead qui développe l'observation en abandonnant tout comparatisme.

⁸ Gr. BATESON, *Vers une écologie de l'esprit*, Paris, Seuil, 1977: « Parfois lorsque ceux qui parlent désirent s'écouter attentivement, ils peuvent faire [...] plus même que d'échanger des informations. Ils peuvent découvrir quelque chose que ni l'un ni l'autre ne connaissait auparavant. » (p. 38)

⁹ C'est, entre autres, l'approche enseignée par Guy Ausloos in *La compétence des familles. Temps, chaos, processus*, Toulouse, Éditions Érès, 2002.

¹⁰ Voy. à ce sujet, entre autres, F. BEN MRAD, H. MARCHAL et J.-M. STÉBÉ (dir.), *Penser la médiation*, Paris, L'Harmattan, 2008.

Les accords de médiation sont élaborés de manière confidentielle et le résultat final est énoncé ensemble par les parties au conflit ou alors tu. Cette confidentialité inscrite dans la loi est garantie par l'instance fédérale en la matière, la Commission fédérale de médiation, qui rappelle, dans le premier paragraphe écrit à ce sujet, l'obligation d'ordre public dans le chef du médiateur de protéger le secret de la médiation :

« Le médiateur est soumis au secret professionnel prévu à l'article 458 du code pénal et qui prévoit donc des peines correctionnelles pour les professionnels soumis à un secret. Les avocats des parties sont soumis au même secret (article 458 CP). Quant aux parties, il leur est interdit de divulguer à l'extérieur des éléments, informations ou propositions, c'est-à-dire offres qui ont été faites dans le cadre et pour les besoins de la médiation.

Il va de soi que tout document préexistant à la médiation n'est pas couvert par la confidentialité : seuls les informations et documents établis pour les besoins du processus doivent rester confidentiels. Si une partie enfreint cette règle, elle peut être condamnée par un Juge à payer des dommages et intérêts. En toute hypothèse, si une procédure devant un Tribunal ou un Arbitre devait avoir lieu après l'échec de la médiation, le Juge ou l'Arbitre doit écarter de pareils documents s'ils étaient présentés devant lui.

Les tiers qui sont amenés à intervenir, le cas échéant, dans une médiation telle que des experts (architectes, comptables, ingénieurs...) sont également soumis à la confidentialité. Si toutefois l'homologation d'un accord souscrit dans le cadre d'une médiation pose problème au Juge pour son homologation, alors le secret peut être levé mais uniquement avec l'accord de toutes les parties.

Le déroulement de la médiation est confidentiel. Cela signifie que, mis à part les parties en cause et le médiateur, aucune autre personne n'a connaissance des faits entourant leur différend, du déroulement des séances et de l'issue de la médiation. Cette confidentialité constitue un avantage indéniable, particulièrement dans le domaine des affaires. Détail pratique : votre avocat garde son implication dans le processus vu qu'il reste, durant toutes les réunions de médiation, votre conseiller. »¹¹

Il n'y a pas de garantie à la publicité des débats ici ; au contraire, le dénouement du conflit se voit imposer la confidentialité.

Cet aspect, véritable ADN des espaces de médiation, aide à comprendre comment le monde de la médiation considère le conflit. Il serait un espace intime, protégé, un espace où chaque partie livre des aspects d'elle-même, de sa vie, des aspects qu'elle ne publierait pas nécessairement. En proposant un dispositif confidentiel, la médiation vient indéniablement dire quelque chose de l'intimité du conflit. Intimité qui est invitée par ce dispositif particulier à se redéployer à son rythme lors du processus de médiation, permettant aux protagonistes du conflit d'y puiser les ressources nécessaires à son apaisement.

¹¹ www.cfm-fbc.be/fr/content/confidentialite.

Enfin, en proposant un espace confidentiel, le médiateur garantit la sécurité des échanges, aidant par là les parties à se sentir aussi à l'aise que possible lors des entretiens. À cet égard, il serait intéressant de questionner les médiateurs : considèrent-ils, considèrent-elles, le conflit comme un espace sécurisé ?

5. Développement à propos des qualités et rôles du médiateur en relation avec le conflit

a. Les qualités

a) *L'indépendance*¹² est l'état de quelqu'un qui n'est tributaire de personne sur le plan matériel, moral ou encore intellectuel. Dit autrement, il s'agit de quelqu'un qui apprécie une situation en toute liberté, sans se laisser influencer par ses appartenances politiques, religieuses, par des pressions extérieures ou par ses intérêts propres, et qui est donc libre de toute sujétion. Le médiateur est libre par rapport aux parties et à leur conseil, mais aussi par rapport à toute personne ou entité susceptible de l'influencer.

Il est des conflits qui ne peuvent être médiés. C'est cependant la médiation qui révèle le vrai visage du conflit. Grâce à son indépendance, le médiateur pourra « renvoyer » les parties à elles-mêmes, notamment à leur propre liberté de rester en conflit (avec l'autre et avec soi-même). L'on verra ci-après un exemple en matière civile.

L'on pense, par exemple, aux conflits qui offrent des « avantages collatéraux » pour les parties (ou l'une d'entre elles) plus grands que la paix ou aux conflits qui impliquent des parties qui présentent une dépendance affective (notamment la « malséparation »¹³), ou à une partie qui souffre d'un trouble émotionnel « bloquant » sa capacité à l'autodétermination (notamment à évaluer les risques pour elle-même et pour ses proches d'une procédure judiciaire¹⁴) ou encore à une partie qui ment¹⁵.

b) *L'impartialité* est l'état de quelqu'un qui décide sans prévention ni préférence. À l'inverse, la partialité s'entend de celui qui, dans ses décisions, prend parti en raison d'une prévention ou d'une préférence. Si le médiateur ne décide pas, ne tranche pas, ne donne pas son avis quant au fond du problème, il prend cependant sans cesse des décisions quant au cadre de la médiation. Par exemple, dans certains cas délicats (comme ceux de harcèlement allégué), il décide à quelle partie il donnera la parole en premier, par quelle partie il commencera les *caucus* (entretiens séparés), qui il encouragera à parler davantage et quelle partie il

¹² www.larousse.fr/dictionnaires/francais/ind%C3%A9pendance/42534.

¹³ J. VAN HEMELRIJCKE, *La malséparation*, Paris, Payot, 2016.

¹⁴ M. MIKOLAJCZAK, J. QUOIDBACH, I. KOTSOU et D. NÉLIS, *Les compétences émotionnelles*, Paris, Dunod, 2009, pp. 228-229.

¹⁵ L'on pense à un cas où un commerçant disait à l'autre qu'il lui avait payé un « pas-de-porte » de 100.000 euros et que l'autre le niait.

contiendra émotionnellement. L'impartialité implique que le médiateur, en dépit du contenu du conflit et de la personnalité des parties, traite celles-ci de manière égale, sur le même pied, avec le même respect, la même distance «émotionnelle», en leur accordant la même empathie, la même attention. Comme le disent volontiers les psychologues, il s'agirait plutôt en l'occurrence de la recherche d'une multi-partialité, assumée et équilibrée, que d'une impartialité de nature objective, juridique, théorique sinon idéale, et pour tout dire impossible à respecter¹⁶. C'est «une attitude intérieure toujours en éveil: *ne uter*, ni l'un ni l'autre, ni oui ni non, ni moi ni l'autre, ni masculin ni féminin, mais aussi l'un et l'autre, vie et mort, activité et passivité en même temps confondus et séparés, entrelacés dans un conflit élaboratif»¹⁷. Simplement dit, le médiateur est un véhicule «creux» à la disposition des parties qui accueille en son sein *tout et son contraire*, le conflit au sens large de ses clients, pour permettre à ceux-ci de s'en détacher et aller vers autre chose. On revient à cette notion d'intimité relevée ci-avant. C'est peut-être parce que le «médiateur-véhicule» ne se sent pas *menacé* par les différences, les reliefs, les contradictions, inhérents à tous les êtres humains, que les parties osent se montrer telles qu'elles sont, sans se sentir, à leur tour, *menacées*.

À cause de cette «intimité» (pourtant contrôlée), en dépit de la mise sous tension (par le médiateur) de son appareil psychique en vue de favoriser des mouvements pluri-directionnels simultanés (= multi-partialité), il est des conflits qui «résonnent» chez lui. En effet, parfois, le médiateur *éprouve, ressent, visualise des images*. Quelque chose surgit, fait irruption en lui, qui vient d'ailleurs (de lui? d'une des parties?), et qui s'impose, d'abord comme sensation brute (une émotion), puis comme représentation (une pensée). Ces processus sont au cœur même du transfert et de la résonance¹⁸. Le conflit des parties, ou en tout cas un de ses aspects, devient un moment *le conflit* du médiateur.

c) La *neutralité* est le fait pour le médiateur de n'influencer les parties ni sur la définition du problème, ni sur la solution du problème défini par elles¹⁹. La neutralité est une caractéristique inhérente à la médiation qui la distingue d'autres modes de résolution de conflits²⁰. Elle a une influence sur la manière dont le médiateur mène son processus et sur les outils qu'il utilise pour arriver à bon port: un accord intégratif. Elle est de nature à permettre à l'autodétermination des parties d'exister, autre caractéristique de la médiation. Mais surtout, la neu-

¹⁶ J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *Droit et pratique de la médiation*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

¹⁷ Patrick Miller cité par Serge Hefez in « Contre-transfert et résonance: le thérapeute en présence du patient », *Cahiers critiques de thérapie familiale et de pratiques de réseaux*, 2010/2, n° 45, pp. 157-169, www.cairn.info/revue-cahiers-critiques-de-therapie-familiale-2010-2-page-157.htm#.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ C. SMETS-GARY et M. BECKER, « La neutralité, un enseignement à l'intention du médiateur ? », in B. INGHELIS, *La médiation autrement*, coll. Les dossiers du Journal des Tribunaux, vol. 109, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 159-171.

²⁰ Dans tous les autres modes: droit collaboratif, conciliation, arbitrage, procédure judiciaire, la neutralité fait défaut.

tralité autorise une définition large du conflit si tel est le désir des parties. Le médiateur laisse le champ libre à celles-ci d'amener en médiation ce qu'elles perçoivent de la réalité objective et qu'elles considèrent comme « le conflit ».

Quand les parties ont été recadrées par un professionnel du droit préalablement à la médiation (qui modifie leur perception de leur conflit en litige), il est de la responsabilité du médiateur de donner cette chance aux parties d'en (re)venir à leur conflit. Celui-ci, en effet, contient toutes les racines *nécessaires* à la compréhension de la situation d'un point de vue émotionnel et « égoïtique ». Derrière chaque émotion, un besoin ou une valeur se cache, qui a été ou qui est en danger, en relation avec un ou plusieurs sujets qu'il faut, dans la médiation, mettre à plat pour le passé ou régler pour le présent ou l'avenir.

Le médiateur, outre les qualités dont il doit faire preuve (indépendance, impartialité et neutralité), a un rôle, comme on va le voir ci-après. Pour pouvoir l'exercer, il doit disposer de « matière première », à savoir : le récit du conflit par les parties avec des faits, des émotions et des aspects identitaires.

b. Les rôles

i. Facilitateur de communication

Une cause majeure et quasi universelle des conflits est la mauvaise communication entre les parties : elles ne s'écoutent pas l'une l'autre mais s'écoutent elles-mêmes, elles font des suppositions et ne posent pas de questions, elles s'identifient à ce qui est dit en ramenant tout propos à leur personne et à leur manière de voir le monde, elles s'expriment à demi-mot en ne prenant pas la responsabilité de se faire comprendre, elles n'accordent pas d'attention suffisante à la communication non verbale (postures du corps et des membres, expressions du visage, signes vocaux) qui pourtant sert à indiquer relativement clairement les émotions derrière le discours factuel²¹.

Le simple fait de raconter chacune leur histoire du conflit au médiateur (indépendant, impartial et neutre) avec un début, un milieu et une fin (le médiateur invitant les parties à suivre une certaine chronologie) en présence de l'autre partie, et d'entendre le médiateur reformuler lesdites histoires (les faits et les émotions), permet à l'information de circuler et de faire coexister deux ou plus d'histoires, de réalités objectives, de façon non conflictuelle. En effet, le médiateur ne fait pas *se heurter* les histoires mais les inclut dans une Histoire plus vaste constituée des différentes réalités objectives. Il met en relief pour chacune la légitimité de son récit et de son ressenti.

Quand le médiateur pose des questions de clarification, il s'approche du cœur du conflit : il va où « ça fait mal », où les parties d'une certaine manière souffrent, où leurs émotions les torturent, où leur vision du monde, de la situation, de l'autre

²¹ F. KOURILSKY, *Du désir au plaisir de changer*, Paris, Dunod, 2008, pp. 145-175.

et de soi n'arrive pas à ordonner ce qui se passe de façon paisible. Le médiateur y « va » car là se trouvent les intérêts, les besoins, les enjeux identitaires, les valeurs qui éclairent de façon constructive les raisons des problématiques constitutives du conflit.

Quand le médiateur, avec l'aide et la validation des parties, recadre le conflit en termes de sujets à mettre à plat ou à régler et en intérêts (ce qui est important pour les parties), le conflit est transformé. Les parties sortent de l'obscurité des sous-bois dans lesquels elles n'avaient aucune vision, toutes « ligotées » qu'elles étaient dans leur perspective mentale et par leurs émotions, et grimpent sur la colline pour découvrir la forêt. Une nouvelle vision de la réalité apparaît, *incluant* de nouvelles perspectives : la leur mais aussi celle de l'autre et le contexte. Cette nouvelle vision est assortie de nouvelles émotions plus supportables, plus pacifiques, car elle est inclusive et non exclusive, non empreinte de la volonté de lutte, d'attaques. Aucune histoire, personne ne va disparaître ou avoir tort. *L'existence* des parties n'est pas menacée : elles et leur bagage, en constante évolution, vont coexister. Le médiateur va les aider à exploiter leurs différences pour élaborer une solution.

ii. Guide vers une solution élaborée par les parties

L'autodétermination des parties étant la clef de voûte du processus de médiation (les parties *choisissent* la médiation plutôt qu'un autre mode de résolution de conflit, les parties en personne *expliquent* leur perspective et *expriment* leur ressenti, les parties *décident* ce qu'elles veulent voir régler dans la médiation et *valident* ce qui est important pour elles), il est logique qu'elles soient celles qui explorent les pistes de solution et puis les combinent pour atteindre un accord acceptable pour chacune d'elles.

Le principe de l'autodétermination rappelle à tous que si nous sommes dans un conflit, nous l'avons cherché : nous sommes coresponsables dans le déroulé conflictuel. À une infime exception près, un peu comme « il n'est pas possible de ne pas communiquer »²², il n'est pas possible de ne pas contribuer à la création d'un conflit interpersonnel. Cela ne correspond pas à notre vécu : pourtant... ne rien dire, ne rien faire contribue autant que dire ou faire. Ce préliminaire étant accepté par le médiateur, les parties sont responsabilisées et non rendues responsables. La responsabilisation dans le conflit, paradoxalement, offre une plus grande liberté aux parties pour le futur : elles peuvent changer ce qui n'a pas fonctionné et, le cas échéant, « se changer » ou en d'autres termes faire en sorte, chacune séparément ou ensemble, que ce qui s'est produit ne se reproduise plus. Avec l'aide du médiateur et surtout grâce aux outils que celui-ci utilise, les parties vont utiliser leur créativité, créer de toutes pièces une solution multifacette (reflet de leur conflit multifacette) en prenant en compte leurs différences révé-

²² Paul WATZLAWICK, Janet H. BEAVIN et Donald D. JACKSON, *Une logique de la communication*, 1967, Norton, trad. Seuil, 1972.

lées, légitimées, au cours de la médiation. En résumé, le pendant de la responsabilisation des parties dans le déroulement du conflit est la responsabilisation des parties dans la recherche des issues et la cocréation d'une solution sur mesure.

B. La pratique : que nous révèle la médiation du conflit ?

1. Exemple en médiation civile

Un litige est pendant devant le juge de paix en vue d'une expulsion pour loyers non payés par Yvan, le défendeur, qui oppose comme défense que des travaux programmés de longue date n'ont pas été effectués. La demanderesse est une société immobilière dont les actionnaires et administrateurs sont ses parents, Georges et Yvette, sa sœur Laure, son frère Albert ainsi que lui-même.

Yvan s'est opposé, à propos de la gestion de la société immobilière, à son père qui, à son avis, décide seul sans consulter les autres administrateurs. Un avocat intervient pour Yvan et attaque Georges. Celui-ci souffre mal la contradiction d'autant qu'elle est rendue publique, sortie du champ purement familial. Sous des dehors de justice et d'égalité entre ses trois enfants, il assigne Yvan devant le juge de paix.

Yvan et Georges ne se voient plus, ne se parlent plus, au grand dam de la maman, Yvette, qui souffre profondément de la situation. Des dires de cette dernière, Yvan et son père se ressemblent, s'aiment et se haïssent tour à tour. Yvette est entre son mari et son fils, sans aucun pouvoir. Elle a d'autant moins de pouvoir que rien n'est à son nom mais au nom de son mari et au nom de la société immobilière. Laure qui, un moment, était proche d'Yvan a pris le parti de son père. Depuis, Georges a fait une donation aux enfants de Laure et lui paie un salaire pour s'occuper de la gestion quotidienne de la société immobilière. Yvan en conçoit un ressentiment vis-à-vis de sa sœur.

Au-delà de ces faits recueillis dans la médiation, en parallèle, le médiateur constate un faisceau d'actions et de propos qui lui font réaliser que le système familial et les individus ne veulent pas changer et que les parties font en sorte d'aspirer le médiateur « dans leur champ magnétique » pour rendre impossible la médiation :

- Albert qui ne veut pas participer à la médiation influence les autres parties en dehors de la médiation ; notamment, un *e-mail* apparemment peu aimable de Georges à propos de Jeanne envoyé à Albert est *forwardé* par ce dernier à Jeanne ;
- Yvan change d'avocat pendant la médiation et puis change à nouveau d'avocat un peu plus tard ;
- les parties n'envisagent pas de se voir dans le cadre de la médiation qui a commencé via des *caucus* ;

- Georges menace de ne plus participer aux réunions avec son épouse Yvette et Laure, une menace qu'il met à exécution dès la deuxième réunion ;
- Georges, Yvette et Laure qui ont le même avocat ont des intérêts opposés inconciliables et personne n'a l'oreille de Georges qui est le décideur ;
- des actes guerriers sont posés par Georges et par Yvan en contrariété avec les engagements pris dans le protocole de médiation et la menace explicite de reprendre la procédure devant le juge de paix vient polluer les tentatives de travail.

Les parties restent sur leurs positions, n'envisagent pas de se voir, ni de faire chacune leur *mea culpa*, encore moins des excuses, de faire un pas chacune dans la direction de l'autre, ne fût-ce que symboliquement pour permettre de sortir du champ de la désolation et de pouvoir s'occuper chacune de soi (Georges est âgé, Yvette en mauvaise santé et Yvan sans emploi).

Finalement, pour les parties, il est hors de question de faire coexister deux ou cinq histoires et de se responsabiliser : tout est de la faute des autres. La médiation révèle que les parties, à ce moment de leur vie, ont plus à gagner à rester en conflit qu'à trouver la paix ou, du moins, une paix apparente, sage, parfois en gardant les distances nécessaires pour ne pas souffrir (trop) et prendre soin, si pas de son âme, de sa vie.

2. Exemple en médiation commerciale

Trois associés (Boris, 50 ans, Aliocha, 50 ans et Kevin, 40 ans) se disputent, en réalité deux (Aliocha et Kevin) contre un (Boris). Chacun a son avocat. Kevin est d'avis que Boris doit quitter l'entreprise car il dysfonctionnerait dans sa vie privée, ce qui aurait des répercussions graves sur les équipes (certains membres menaceraient de démissionner). La solution judiciaire de Kevin est la procédure d'exclusion qu'il brandit du début jusqu'à la fin de la médiation.

Le conflit révélé par la médiation s'avère délicat.

Boris et Aliocha ont étudié à l'université ensemble et, très vite après, ont constitué plusieurs sociétés. Leur amitié date de plus de trente ans. Ils sont complémentaires : Boris est le créatif/entrepreneur, Aliocha le minutieux/faiseur. Aliocha est le parrain du fils de Boris.

Kevin, de dix ans leur cadet, a rejoint les sociétés il y a quatre ans. Deux ans plus tard, des problèmes ont surgi entre associés. La dyade Boris et Aliocha est cassée mais les deux amis se témoignent toujours beaucoup de respect. Kevin, par contre, ne manque pas d'être virulent et impatient vis-à-vis de Boris, comme si ce dernier le menaçait dans ce qu'il était et qu'il y avait urgence à l'éliminer.

Boris et Aliocha sont au « midi de la vie » comme disait Carl Gustav Jung²³ mais chacun gère ce passage à sa manière. Boris, sur le plan privé, a vécu une rupture

²³ C.G. Jung cité par D. LEVINSON, *The Season of a Man's Life*, New York, Alfred A. Knopf, 1978, p. 4.

avec son épouse, puis avec une compagne subséquente et, sur le plan professionnel, il cherche un moyen de relever un nouveau challenge qui le stimule. Aliocha semble stable sur tous les plans et a en vue, clairement, d'arrêter de travailler dans cinq ans. Kevin, plus jeune, est encore dans la vision de la vie comme « une éternelle pente ascendante, avec pour seule perspective l'horizon lointain »²⁴.

La particularité de ce moment de vie pour Boris et Aliocha et leur lien, devenu ténu à cause de la triade, mais pourtant encore là, ont permis de passer tous les obstacles dans la médiation : sentiment de rejet de Boris, impatience irrespectueuse de Kevin, tristesse et colère de Boris et Aliocha de l'échec d'une séparation. Ces trois hommes ont réussi à laisser derrière eux (dans la salle de médiation) leurs émotions et leur conflit pour aller vivre/prendre – on l'espère pleinement – ce que le futur pouvait leur offrir.

3. Exemple en médiation sociale

Une salariée, Lucie, d'une grosse structure se fait licencier sur-le-champ, doit réunir ses affaires personnelles devant son équipe et se fait reconduire à la barrière de l'entreprise. Après trente ans de service, sans aucune explication de l'employeur (la lettre de rupture ne sera pas motivée), la vie de Lucie s'écroule. Une indemnité de préavis conséquente lui est versée. Commence, néanmoins, une quête judiciaire pour obtenir une copie de son dossier, pour comprendre les raisons de son licenciement. Les éléments de ce dossier – qu'elle obtient par voie de Justice – l'amènent à penser qu'elle dérangeait ses supérieurs hiérarchiques par son attitude intransigente en matière d'éthique. Son sens de la justice en est si bafoué qu'elle envisage de porter plainte pénalement contre ces derniers. Un projet de plainte est envoyé à l'entreprise par les avocats de Lucie.

En médiation, Lucie dépose ses trente ans de loyaux et passionnés services, son perfectionnisme et son franc-parler, la souffrance d'avoir du jour au lendemain perdu son identité et d'être traitée comme une ennemie, la souffrance de sa famille impliquée, malgré elle, émotionnellement. Elle a besoin de comprendre, elle a besoin d'explications. Elle est si abîmée qu'elle n'envisage même pas la possibilité de retrouver un emploi. Elle veut réparation. L'employeur écoute et montre un certain degré d'empathie. Il finira, sans donner d'explications en détail, par reconnaître « qu'il aurait eu moyen de faire mieux » (du côté de l'employeur), qu'il y avait des plaintes contre Lucie même si son évaluation annuelle n'en avait rien fait paraître. L'employeur se dit néanmoins ouvert à parler d'une réparation.

Un *caucus* avec Lucie et ses avocats permet de lui faire prendre conscience – comme dans un processus de maturation/de responsabilisation – qu'elle n'obtiendra rien de plus en termes d'information ou d'aveux de la part de son employeur, que personne ne remet en question sa version des faits, qu'elle peut

²⁴ I. YALOM, *La thérapie existentielle*, Paris, Le livre de poche, 2017, p. 328.

entendre sans l'accepter que des plaintes ont été faites à son encontre, que « parler de réparation » signifie que l'employeur, sans qu'il soit besoin de qualifier les faits, reconnaît quelque chose...

Des chiffres sont ensuite, lors d'une autre séance, avancés en termes d'options, de part et d'autre, qui, bien entendu, diffèrent considérablement.

Le conflit a été mis en perspective, les émotions reconnues. Lucie doit maintenant se projeter, décider ce qu'elle veut pour elle-même et pour sa famille. L'entreprise, quant à elle, doit évaluer ses risques et ceux de ses cadres. Il s'agit d'une autre facette de cette fameuse maturation/responsabilisation qui dans la phase de négociation/décision porte le nom de « point de passage transactionnel »²⁵. Il s'agit de ne pas se tromper, se leurrer. C'est le moment où une partie décide de renoncer à gagner sur tous les plans, de mettre un point final au conflit, de tourner la page.

Comme on le voit dans ces trois cas (civil, commercial, social), le conflit révélé par la médiation est complexe, intime et nécessite une fameuse dose de *courage* de la part des parties pour accepter le processus de responsabilisation nécessaire pour arriver à une issue. Se reconnaître comme coconstructeur du conflit, « cocontribueur » des problèmes, c'est se voir sous un angle qui n'est pas nécessairement flatteur, c'est admettre que nous ne sommes pas parfaits, que nous avons parfois tort. Une fois reconnues et admises ces zones d'ombre, il faut en plus, dans le cadre de la médiation, coconstruire une solution, donner de soi et vouloir finalement aller vers l'inconnu, une situation neuve dans laquelle il est question, *a priori*, d'être plus « responsable » !

4. Exemples en médiation familiale

a. « Nous voulons la médiation ! »

Monsieur a quitté Madame et Madame est bien contente. Elle vénère la nouvelle compagne de son ancien mari et lui souhaite bonne chance. Mais voilà, durant la vie de famille, Madame a mis sa carrière professionnelle à l'arrière-plan pour s'occuper de leur fils gravement malade depuis sa naissance. C'est difficile d'entendre aujourd'hui le père réclamer une garde égalitaire alors qu'il n'a pas joué de rôle de parent durant les premières années de la famille. Le père, quant à lui, est las d'attendre le bon vouloir de la mère pour voir davantage son fils et se dit harcelé par Madame qui surveille ses faits et gestes dès qu'il héberge leur enfant. En entretien préalable individuel, rien ne laisse entrevoir de rapprochement entre les parents séparés. Aucun n'envisage de changer de position, aucun n'est prêt à partager les motivations et les besoins qui sous-tendent ses positions. Aucun n'a de proposition, seulement des demandes.

²⁵ J.-E. BEURET, « De la négociation conflictuelle à la négociation concertative : un "Point de Passage Transactionnel" », *Négociations*, 2010/1, n° 13, pp. 43-60, www.cairn.info/revue-negociations-2010-1-page-43.html.

Aux deux parents, j'écris ce même SMS : « Je ne vous cache pas qu'après vous avoir rencontrés l'un et l'autre, les chances que vous parveniez tous les deux à vous entendre dans l'intérêt de votre fils sont, selon moi, faibles. »

Les deux parents m'écrivent cependant vouloir essayer. Alors qu'ils n'étaient d'accord sur rien, les voilà d'accord d'entamer la médiation, malgré mon avis. Au cours des deux rencontres de médiation qui ont suivi, les parents se sont accordés sur une date précise à laquelle commencerait l'hébergement égalitaire.

b. Souvenir d'enfance

La confidentialité permet d'accueillir l'intimité de la vie de familles, de la vie de parents souvent séparés au moment de la médiation, d'accueillir l'intimité de la vie de couple parfois. Il y a aussi les souvenirs d'enfance (qui nous rappellent que nous apprenons à être parent au contact de nos parents, au contact de nos éducateurs) qui viennent, au rythme des parents, au rythme des membres de la famille, colorer les espaces de médiation familiale.

Brigitte et Pierre, parents séparés, évoquent en médiation le souvenir des visites de Pierre chez deux tantes. Il s'y réfugiait lorsque son père était violent, il y trouvait tendresse et écoute. Cela a pris du temps pour parler de cette violence. C'est cependant cette évocation du besoin de protection de Pierre lorsqu'il était enfant qui justifie qu'aujourd'hui, les parents s'accordent pour que leurs trois enfants ne rendent visite à leurs grands-parents qu'en présence d'un adulte en qui Brigitte et Pierre ont confiance.

c. Confidentialité de la forme du conflit

Voici la copie d'un *e-mail* en provenance d'un avocat :

« Cher Monsieur,

J'ai l'honneur d'être le conseil de Madame, née le ... à ..., de nationalité ..., employée, domiciliée à

Celle-ci m'indique que vous avez reçu ma cliente ainsi que Monsieur en médiation familiale.

Malheureusement, depuis la signature des conventions, les parties n'ont réussi à s'entendre de sorte qu'un litige est actuellement pendant devant le Tribunal de la famille.

Vous trouverez en pièce jointe un *mail* que vous avez envoyé aux parties en date du Voyez-vous un inconvénient à ce que je produise ce document devant le Tribunal de la famille ?

Dans la mesure où le *mail* ne contient aucune information concernant le fond mais plutôt la forme ainsi que l'organisation de la réunion et que la réunion qui a suivi a abouti à la signature d'un accord, je suppose que vous ne verrez pas d'obstacle à ce que je le produise.

Pour votre parfaite information, le conseil de M., Me ... me lit en copie.

Dans l'attente de vous lire, je vous prie de croire, cher Monsieur, aux assurances de ma considération distinguée.

X»

Je refuse bien entendu la production devant le tribunal de l'*e-mail* évoqué par le conseil de Madame. Mais j'évoque ici sa demande pour illustrer l'étendue de la confidentialité qui touche jusqu'à la forme de la médiation. Je pense que le conflit reste également confidentiel dans la forme. C'est particulièrement le cas de la violence conjugale.

C. Le paradoxe : l'entente de médiation écrite

Alors que, on vient de le voir, la médiation permet d'entrer dans l'intimité des parties où rien n'est moins juridique, l'article 1732 du Code judiciaire dispose que : « Lorsque les parties parviennent à un accord de médiation, celui-ci fait l'objet d'un écrit daté et signé par elles et le médiateur. [...] Cet écrit contient les engagements précis pris par chacune d'elles. »

Cet écrit revêt la plupart du temps la forme d'un contrat. Le droit qui avait pris une place accessoire au cours de la médiation reprend tout son pouvoir à la fin du processus. De plus, le médiateur, devant signer l'accord, devient responsable de la qualité de cette étape difficile.

On voit au moins trois raisons à cette « légalisation ».

Idéalement, les parties exécutent volontairement et spontanément l'accord. Il est donc utile pour elles qu'il soit documenté. L'expérience montre que, avant la loi de 2005 qui a introduit cette obligation d'une entente de médiation écrite, les accords n'étaient pas toujours matérialisés et donc pas toujours exécutés. Le médiateur étant le meilleur témoin de l'accord atteint, il doit, depuis lors, prendre, en fin de processus, un nouveau rôle de professionnel du droit ou du moins s'adjoindre un tel professionnel afin d'accompagner la transformation de l'accord global en un contrat.

Dans le cadre des médiations extrajudiciaires, il est toutefois prévu que les parties ou l'une d'entre elles peuvent/peut faire homologuer l'accord de médiation par le juge compétent (article 1733 du Code judiciaire). Ce même article prévoit que le protocole de médiation (et non l'accord de médiation...) est joint à la requête. Ceci étant, l'accord lui-même, ou à tout le moins les engagements précis des parties, devra figurer au dossier, sans quoi le juge pourra difficilement homologuer un accord, faute de contenu !

Dans le cadre des médiations judiciaires, à l'expiration de sa mission, le médiateur doit informer par écrit le juge de ce que les parties sont arrivées ou non à un accord (article 1736, alinéa 2, du Code judiciaire).

II. Dans le contexte de la médiation locale

A. Une responsabilité collective

La médiation locale interroge quant à elle au premier plan la responsabilité de la collectivité dans l'émergence des conflits et dans l'effritement des liens sociaux en proposant une résolution amiable via des services publics. En effet, chacune des dix-neuf communes de la Région de Bruxelles-Capitale compte son propre service public de médiation de conflits. Service qui propose des médiations aux personnes en proie à un conflit avec un enjeu relationnel, cela aussi bien au sein du couple, de la famille, du voisinage, voire du quartier, que du logement ou du lieu de travail. L'ensemble du territoire de la Région est donc couvert par une offre gratuite²⁶ de médiation dite de première ligne.

Nommée à l'origine « médiation locale », cette initiative est née de l'investissement d'une magistrate du Parquet de Bruxelles et de la mise en place d'un cadre réglementaire via une circulaire²⁷ approuvée en 1998, adaptée en 2006, et actuellement en révision. Il s'agissait à l'époque de proposer une alternative au classement sans suite, par le parquet, des dossiers de petite ou moyenne importance²⁸. Si aujourd'hui, la moitié des services publics de médiation relève d'une initiative locale (le plus souvent la commune) et non plus du parquet, l'acte de naissance de la « médiation publique bruxelloise » colore encore de manière forte la philosophie d'intervention de ses médiateurs. Ils sont mandatés par l'autorité publique pour prendre soin des liens sociaux abîmés en proposant aux citoyens un espace pour envisager une résolution amiable de leur conflit et, de manière plus générale, pour témoigner rapidement d'une attention sociétale aux conflits qu'on aurait tendance à délaisser malgré leur prise de connaissance par la police ou le parquet.

Cette médiation de type généraliste, exercée par une quarantaine de médiateurs professionnels et organisée par le pouvoir judiciaire, invite, tout comme le faisait la posture singulière tenue par le tiers médiateur, à s'interroger sur la déspecialisation juridique de la formation des médiateurs.

B. La médiation, aussi pour prévenir

Un autre aspect du conflit est mis au jour, selon moi, par la médiation locale. Les services bruxellois se sont regroupés en 2011 au sein d'une plateforme²⁹ qui a

²⁶ Mais subventionnée, les médiateurs ne sont pas bénévoles.

²⁷ Circulaire du 2 novembre 1998 du parquet du procureur du Roi – Bruxelles.

²⁸ N. PHILIPPART et J. DE LATHOUWER, « La médiation en Belgique: le réseau des médiateurs de Bruxelles-Capitale, à travers l'expérience de deux de ses membres », in *Pour une Médiation Arc-en-Ciel*, actes du colloque du 16 octobre 2019, Université Paris-II Panthéon-Assas, pp. 15-16.

²⁹ Dénommée poétiquement « Réseau des Services Publics de Médiation de Conflits interpersonnels de la Région de Bruxelles-Capitale ». Ce nom complexe traduit sans doute les compromis que les différents services qui le composent sont régulièrement amenés à faire en son sein.

choisi de se référer à la définition de la médiation de Michèle Guillaume Hofnung comme cadre commun d'intervention. Or, cette définition souligne que la médiation permet de prévenir les différends. Il est à souligner à cet égard que la plupart des services de médiation publics bruxellois sont insérés, justement, dans les dispositifs de prévention communaux et de nombreux services du réseau bruxellois poursuivent l'objectif de prévenir le conflit avant son déploiement. La médiation, outil de prévention des conflits, viendrait-elle dire que, tout comme la fumée pour le feu, il n'est pas de conflit sans signes avant-coureurs ?

C. De la mobilisation personnelle à rechercher des issues au conflit ?

Enfin, le mode de saisine des médiations locales bruxelloises donne un éclairage singulier au conflit. Voici les statistiques du service de médiation locale de la commune d'Ixelles. Depuis dix ans, il y a eu 2.259 situations conflictuelles accueillies. Parmi celles-ci, 1.418 provenaient d'une orientation policière ou judiciaire (police locale ou parquet) soit directe, soit indirecte³⁰.

Cette année 2019 encore, et malgré l'objectif du service de favoriser les modes de saisine spontanée, près de la moitié des situations conflictuelles lui sont parvenues via la police ou le parquet. Les protagonistes du conflit auraient tendance à privilégier, pour résoudre leur conflit, le recours à une instance disposant d'une autorité. Y aurait-il un certain désinvestissement personnel des protagonistes du conflit au moment des tentatives de résolution ?

Notons encore que les différentes circulaires du parquet bruxellois soulignent que les services de médiation locale sont compétents dès lors qu'il y a un enjeu relationnel entre les parties au conflit. Cette condition de saisine nous aide sans doute à différencier le litige du conflit déjà abordé. Les médiateurs locaux considèrent, quant à eux, que tout conflit comporte nécessairement un enjeu relationnel.

Conclusion

Les praticiens de la médiation ont, si pas la chance, du moins l'opportunité de se positionner des deux côtés du miroir. En tant que professionnels, ils accompagnent de l'extérieur un processus amiable de résolution de conflit tandis que, dans « la vie de tous les jours », ils désamorcent et activent les conflits de l'intérieur. Ils sont dès lors bien placés pour rendre compte de l'isomorphisme qui reproduit, en partie du moins, sur une autre scène, les caractéristiques du conflit.

La médiation, influencée par le droit et la psychologie, propose de responsabiliser, grâce à l'intervention d'un tiers neutre, impartial et indépendant, les acteurs

³⁰ Rapports annuels d'activité du service de médiation local 2008-2018. Ixelles-Prévention.

du conflit en supposant que tous les protagonistes ont la compétence d'élaborer des issues satisfaisantes. Cette responsabilisation individuelle n'enlève pas une responsabilité collective à l'enkystement de certaines situations conflictuelles dans lesquelles des médiateurs publics peuvent être amenés à intervenir. Dans tous les cas, la médiation prend soin de la relation entre les parties, tandis que ses différentes définitions (législatives et théoriques) – c'était notre angle d'approche tout au long de cet exposé –, aideraient, outre à clarifier un cadre d'intervention singulier, à mieux comprendre le conflit et son éventuelle fonction.

C'est d'ailleurs parce qu'il est question de conflit et non de litige que les parties sont sollicitées à être acteurs dans l'élaboration de l'apaisement relationnel. Sollicitées; non forcées. Car la médiation est volontaire. Tout comme le serait le conflit? En tant que médiateurs, nous le pensons, et soulignons au passage que c'est notre totale externalité qui caractérise le conflit comme nécessairement limité. C'est aussi en défendant, sans contestation, la stricte confidentialité que la loi et les médiateurs sécurisent leur dispositif tout comme est sécurisé, parfois de manière dangereuse, le conflit lui-même.

L'accord final, l'apaisement du conflit est aussi éclairé par loi relative à la médiation qui écarte pour un temps le conflit de la sphère juridique avant de valider formellement son dénouement, comme s'il fallait le contenir pour qu'il ne se défasse pas trop facilement. Il est bon sans doute de se méfier de la puissance du conflit et de sa potentielle réactivation.

Mais si, en guise de conclusion, nous devons retenir un aspect du conflit, ce serait sans nul doute la créativité dont font preuve les hommes et les femmes pour se disputer. Les exemples pratiques présentés, les différentes sphères du droit qui promeuvent la médiation, la diversité des thématiques et des relations traitées par les médiateurs locaux, toute cette variété nous laisse penser qu'il n'existerait pas de sujet, qu'il n'existerait pas de type de relation pour lesquels l'être humain ne pourrait se disputer. Le conflit, lieu de créativité, appelle les médiateurs et les penseurs de la médiation à faire preuve, à leur tour, de créativité dans l'accompagnement des protagonistes du conflit vers son apaisement.

L'approche du conflit par le droit collaboratif

Voyage au centre d'un processus de résolution amiable des conflits

Anne-Marie BOUDART

*Avocate au barreau de Bruxelles
Signataire de la Charte de droit collaboratif
Médiatrice agréée en matière familiale*

et

Carine VANDER STOCK

*Avocate au barreau de Bruxelles
Signataire de la Charte de droit collaboratif
Médiatrice agréée en matière familiale*

Introduction

Mode amiable de résolution des conflits, le processus de droit collaboratif constitue une méthode de négociation particulière.

Le Code judiciaire, en son article 1738, le définit comme étant un processus volontaire et confidentiel de *règlement des conflits* par la négociation impliquant *des parties en conflit*¹ et leurs avocats respectifs, lesquels agissent dans le cadre d'un mandat exclusif et restreint d'assistance et de conseil en vue d'aboutir à un accord amiable.

Cette définition suscite plusieurs réflexions.

- Le droit collaboratif suppose que chacune des parties fasse choix d'un avocat personnel spécifiquement formé à ce processus. La procédure contentieuse n'y a pas sa place, le mandat des avocats étant limité (« exclusif et restreint ») à l'assistance et au conseil dans la seule optique d'un accord amiable et mutuellement acceptable pour les parties. D'emblée, l'essence même du droit collaboratif met l'accent sur l'approche différente du conflit qu'il entend déployer.
- Selon la loi, le processus implique « des parties en conflit », ce qui cible déjà son champ d'application à la gestion et à la résolution du conflit.

Est-ce à dire que le droit collaboratif n'entre pas dans la sphère de la prévention ? Certainement pas. Dans la présente contribution, nous verrons comment l'approche novatrice du droit collaboratif œuvre également à la prévention des conflits notamment futurs.

¹ C'est nous qui soulignons.

- Le dictionnaire Larousse définit le *conflit*, notamment, comme une violente opposition de sentiments, d'opinions ou encore comme l'expression d'exigences internes inconciliables, telles que désirs et représentations opposés et plus spécifiquement de forces pulsionnelles antagonistes.

Le *litige* quant à lui, est défini comme une contestation donnant lieu à procès ou à arbitrage.

La définition légale fait référence au *conflit* et non au *litige*. Lorsqu'il est judiciairisé ou quasi judiciairisé, le différend ne pourrait-il plus être géré et/ou résolu par le biais du droit collaboratif ? Assurément non.

Si les avocats sont formés au droit collaboratif, le processus peut être entrepris avant ou en cours de procédure, ce qui rejoint du reste les dispositions de l'article 1740 du Code judiciaire qui ouvrent au juge la possibilité, à la demande **conjointe** des parties, de leur ordonner de tenter de régler leur litige par un processus de droit collaboratif.

Comment le droit collaboratif approche le conflit en vue de sa prévention, de sa gestion et de sa résolution ?

Cette question est à la fois précise et vaste. Nous limiterons notre contribution aux pans les plus représentatifs du processus.

Après l'analyse des moments de rencontres entre le droit collaboratif et les phases du conflit, nous examinerons comment les différents socles du processus collaboratif approchent le conflit.

Nous évoquerons également la dynamique du processus et la mise en œuvre singulière de certains outils liés à notre sujet d'étude.

I. « *Quand Harry rencontre Sally* » ou quand et comment le droit collaboratif et son état d'esprit rencontrent le conflit

A. *Le droit collaboratif, à quel moment du conflit ?*

Le conflit se construit par phases qui président à sa naissance et à son amplification² :

- un contexte difficile, une absence de communication ou à tout le moins une mauvaise communication ;
- un événement déclenchant qui dépend ou non de la volonté d'un ou des protagonistes ;
- la désignation d'un coupable, responsable des avatars ;

² J. FAGET, *Médiations : les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse, Éditions Érès, 2015, p. 21 ; M. MONROY et A. FOURNIER, *Figures du conflit. Une analyse systématique des situations conflictuelles*, Paris, PUF, 1997.

- la riposte de celui désigné comme coupable;
- la disqualification réciproque;
- la reconstruction sélective de l'histoire par chacun, avec comme conséquence des désaccords profonds;
- la poursuite de plus en plus importante de la disqualification réciproque avec la référence à des principes ou à des valeurs non respectés (loi, morale...);
- la certitude de chacun d'être dans « son bon droit »;
- l'entretien de la boucle d'escalade du conflit.

Le processus collaboratif est rarement mis en œuvre dans les premières phases du conflit. Il intervient généralement dans son avant-dernière, voire sa dernière étape, ce qui implique de devoir gérer et résoudre un conflit engagé dans une dynamique propre qui a déjà formé et transformé ses acteurs³.

Dans certaines situations, le conflit sera même profondément ancré – « vorace, insatiable, destructeur, qui réclame toujours plus »⁴ –, absorbant en l'état toute la substance de vie des parties – « intérêts, préoccupations, affectivité, temps, finances, sécurité »⁵.

Le droit collaboratif n'est-il alors qu'un mode « de gestion et de résolution » des conflits et non de prévention ? Nous ne le pensons pas.

D'une part, rien ne fait obstacle à l'entame d'un processus de droit collaboratif pour la prévention d'un conflit. Une plus grande information des justiciables quant à l'existence de ce processus permettrait sans doute de rendre moins exceptionnelle sa mise en œuvre en amont de l'escalade conflictuelle.

D'autre part, même dans les situations de conflits déjà bien engagés, le processus va s'attacher à gérer et à résoudre les difficultés existantes, mais également à prévenir le différend de deux manières : au sein même du processus et également dans l'avenir. La prévention du conflit futur sera d'autant plus fondamentale dans les situations où les parties sont amenées à rester en lien ou en contact ultérieurement (relations professionnelles, décisions parentales, voisinage...). Elle constituera alors un sujet à part entière de la négociation collaborative, en phase avec le mandat des avocats collaboratifs qui implique de travailler dans l'optique d'un accord durable.

Cet aspect de prévention du conflit futur est mis en évidence dans une étude réalisée par la professeure Julie Macfarlane au Canada sur le droit collaboratif en matière familiale⁶:

« Dans l'ensemble des causes [...] ayant fait l'objet de cette étude et qui ont été résolues, les clients ont obtenu ce à quoi ils avaient droit et même plus à bien des

³ M. MONROY et A. FOURNIER, *ibid.*, p. 12.

⁴ *Ibid.*, p. 131.

⁵ *Ibid.*, pp. 131-132.

⁶ Étude réalisée à l'initiative du Comité de recherches en sciences humaines du Canada et du Ministère de la Justice du Canada, sur le « phénomène » du droit familial collaboratif et confiée à la professeure Julie Macfarlane.

égards. En outre, nombre d'ententes comprenaient des clauses à valeur ajoutée, notamment des plans détaillés et créatifs pour favoriser la contribution *continue* des deux parents aux décisions touchant leurs enfants et faciliter les relations quotidiennes, différents arrangements pour le versement de la pension alimentaire et une meilleure communication entre les parties opposées (un facteur tout particulièrement important lorsque celles-ci veulent *continuer* à partager les responsabilités parentales). »⁷

B. L'état d'esprit, quelle approche du conflit ?

Pierre angulaire du droit collaboratif, l'état d'esprit approche le conflit dans une dynamique spécifique de coconstruction, qui caractérise cette méthode de négociation par rapport à la négociation dite traditionnelle.

Comme tout mode amiable de résolution des litiges, le droit collaboratif remet les personnes au cœur du processus. Il est fondé sur l'idée que les parties impliquées dans le conflit sont compétentes et disposent des ressources personnelles pour élaborer des solutions acceptables pour elles, avec un soutien professionnel approprié et spécialisé.

Les parties sont ainsi replacées dans une position de compétence.

Ce postulat est largement inspiré des enseignements de la psychologie humaniste de Carl Rogers⁸. Il invite l'avocat collaboratif à approcher le conflit d'une manière particulière :

- l'avocat favorise l'autonomie et la responsabilité des personnes, en leur redonnant l'initiative de déterminer leurs orientations et leurs choix ;
- il est avant tout à l'écoute du client : de ses difficultés, de ce qu'il vit, de ce qu'il ressent, de ses émotions, de ses besoins, des enjeux qui sont à l'œuvre pour lui dans les points de négociation ;
- il ne se focalise pas immédiatement sur les solutions ; au préalable, certains détours sont indispensables pour identifier les priorités, les besoins et les enjeux de chacune des parties.

L'avocat collaboratif apporte ainsi un soutien juridique, mais aussi humain, pour aider les clients à traverser le conflit, en s'appuyant sur leurs compétences et en les encourageant à prendre une part active dans les négociations.

La mise en place d'une relation de confiance basée sur le respect de chacun est au centre du processus, dans une optique de « gagnant-gagnant ».

Celle-ci a exposé les résultats de son étude ainsi que ses conclusions en 2005, à la suite de trois années d'étude (2001, 2002 et 2003) de situations concrètes de droit familial collaboratif au Canada et dans certains États des États-Unis, dont notamment Minneapolis, foyer du droit collaboratif, où Stuart Webb – avocat qui a créé le droit collaboratif – a formé le premier groupe d'avocats collaboratifs en 1990.

⁷ www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/2005_1/.

⁸ C. ROGERS, *Le développement de la personne*, Paris, Dunod, 1968.

Le processus collaboratif se construit dans une qualité relationnelle « avec » l'autre et non « contre » l'autre⁹.

Ce tissage d'un relationnel de qualité est à l'œuvre de manière constante, permettant progressivement à chacune des parties de lâcher les armes et le combat.

Les quatre piliers de la négociation raisonnée que sont le pôle humain, le pôle des besoins / des enjeux / des intérêts, le pôle des options et le pôle des décisions en constituent la colonne vertébrale.

L'avocat collaboratif s'engage à gérer le conflit de manière créative, dans le respect des priorités et des besoins des deux parties – et non pas uniquement de son seul client – en vue de dégager des solutions mutuellement acceptables.

Il travaille de concert avec son confrère, comme garant et animateur du processus. Sa posture s'en voit modifiée pour instaurer un réel climat de collaboration¹⁰.

Les avocats œuvrent ensemble pour aller au-delà de la partie *émergée* de l'iceberg¹¹ – que constituent les faits et les positions de chacun – et mettre en lumière la partie *immergée*, la dimension latente que constituent les priorités, besoins, valeurs, enjeux... de chacune des parties.

Ce travail progressif de coconstruction se fait de manière transversale, au sein de chacun des systèmes du processus (voy. *infra*) et transcende chacune des étapes du processus.

L'état d'esprit fondateur du droit collaboratif est dès lors marqué par :

- la prise en compte du contexte humain et l'importance qui lui est donnée;
- la mise en œuvre d'une méthode de négociation polarisée autour d'un travail d'équipe avec le client et le confrère;
- la mise en évidence des besoins, priorités, enjeux des deux parties: ceux du client et ceux de l'autre partie;
- une structuration de la négociation différente des méthodes classiques;
- un objectif commun poursuivi par les avocats collaboratifs: œuvrer au service de la négociation et de l'accord mutuellement acceptable.

« Celui qui veut changer le monde doit commencer par se changer lui-même. »¹²

L'avocat collaboratif est par conséquent amené à se « réoutiller »¹³ et à opérer plusieurs ajustements.

⁹ Cette posture rejoint celle décrite par Frank Martin: « [...] le paroxysme de la crise remet en cause les *diktats* de la concurrence; la brutalité ne fait plus recette, la réussite par l'écrasement d'autrui se heurte à un constat de faillite. Par ailleurs, l'essor d'une société de partage fait de plus en plus l'actualité. Et s'il était temps de fonder le retour à la "croissance" (notre avenir) sur des valeurs plus constructives que destructives? En clair [...], tentons de déposer – lucidement – les armes au profit de la performance de la non-violence, de forces humaines, sociales, politiques et économiques imparables: l'attention, la communication, la compréhension, l'envie de faire et d'avancer avec – et non contre – les autres. [...] On a tout et tous à y gagner... » (Fr. MARTIN, *Le pouvoir des gentils*, Paris, Eyrolles, 2015, p. 11).

¹⁰ S. ANGEL, *Réfléchissez avant de divorcer*, Paris, Odile Jacob, 2016.

¹¹ Voy. sur la métaphore de l'iceberg, J. FAGET, *Médiations: les ateliers silencieux de la démocratie*, op. cit., p. 182.

¹² SOCRATE.

¹³ P. H. TESLER, *Collaborative Law*, 2^e éd., Chicago, American Bar Association, 2008, pp. 23 et s.

1. Des ajustements dans sa posture

De manière instinctive, des personnes en conflit ont tendance à s'enfermer dans une spirale de reproches et d'accusations réciproques qui débouchent sur l'escalade, source pour chacune d'émotions négatives, parfois très fortes (colère, déception, amertume...), qui impactent considérablement leur relation et conduisent, à terme, à une absence de communication et à l'impossibilité de régler le différend.

L'avocat traditionnellement « gladiateur » va venir soutenir et appuyer le point de vue de son client en tentant de lui « faire gagner le maximum ».

Il procède généralement de la manière suivante :

- remise en cause du point de vue de l'autre partie avec la volonté de « le balayer » au maximum ;
- menaces et pression ;
- critique des priorités et enjeux de l'autre partie ;
- rejet et exclusion des demandes de l'autre ;
- volonté d'obtenir un maximum en proposant un minimum ;
- absence d'empathie à l'égard de l'autre partie.

L'avocat collaboratif adopte une tout autre posture, tant à l'égard de l'autre partie que de son confrère.

Comment ?

- Par l'empathie, c'est-à-dire la capacité à pouvoir comprendre la manière dont l'autre vit la situation. Entrer en empathie avec son client *et* avec l'autre partie, témoigner une attention et une considération à chacun.
- Par la prise en compte des priorités et enjeux de chacun en vue de construire ensemble des solutions mutuellement acceptables et durables.
- Par l'instauration et le maintien d'une relation de qualité entre les parties et dans le processus.

Cela ne veut pas dire que le conflit ne peut pas s'exprimer, tout au contraire. Le droit collaboratif lui offre un lieu d'expression, un lieu où il peut se dire, où il peut en être fait le récit. Mais il s'agira de modifier profondément la *manière* dont il va s'exprimer¹⁴ : dans un climat humain, respectueux de chacun, sans imposition ou menace, dans un climat de compréhension mutuelle et de travail d'équipe.

2. Des ajustements dans le discours et le langage

Le vocabulaire du combat où les mots ont remplacé les armes¹⁵ et qui forge le langage quotidien des avocats – souvent de manière inconsciente – tel que

¹⁴ A.-M. BOUDART (avec la collaboration de C. VANDER STOCK), *Droit collaboratif*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 45.

¹⁵ P. MARTENS, Préface de l'ouvrage de J. CRUYPLANTS *et al.*, *Droit et pratique de la médiation*, Bruxelles Bruylant, 2008, p. VI.

« mon adversaire », « la partie adverse », « l'affrontement de vos points de vue »... cède la place à un autre lexique : « mon confrère », « mon collègue », « l'autre partie », « vous partagez un point de vue différent »...

3. Des ajustements dans la relation avec le client

La complémentarité et l'esprit d'équipe investiront la relation avec le client. La manière de recevoir celui-ci, de l'écouter, de mener les rendez-vous est fondamentalement adaptée.

4. Des ajustements dans la relation avec le confrère

D'adversaire à collègue, il n'y a pas « qu'un seul pas » : penser en termes d'équipe, poursuivre des objectifs communs, préparer ensemble les réunions, envisager une coopération, une relation de confiance, être partenaires dans un processus commun (voy. *infra*).

5. Des ajustements dans la relation avec l'autre partie

La création d'un climat de confiance, d'empathie, de bienveillance et de respect avec l'autre partie est indispensable.

6. Des ajustements dans le processus de la négociation

Le droit collaboratif constitue un chemin ponctué d'étapes permettant une réelle élaboration d'un accord mutuellement acceptable, éclairé et durable. Des tâches spécifiques sont assignées à chacune de celle-ci en vue de gérer le conflit.

Ces étapes balisent le chemin de la déconstruction de l'univers conflictuel.

Ces ajustements vont être autant de socles pour appréhender différemment le conflit.

II. « Un air de famille » ou les socles communs d'approche du litige au droit collaboratif et à la médiation

A. *L'éthique du droit collaboratif : la bonne foi, la transparence, la loyauté et la confidentialité*

L'éthique du droit collaboratif, confirmée par les dispositions de l'article 1741, § 1^{er}, 2^o, du Code judiciaire, participe de manière importante à l'approche du conflit : chacune des parties s'engage à collaborer loyalement à la négociation et à collaborer activement à la communication de toutes les informations utiles à la résolution du conflit, le tout dans un espace sécurisé par la confidentialité.

B. *Les principes d'une communication efficace, un « nouveau souffle »*

Le conflit s'inscrit toujours dans un contexte de communication difficile, voire d'absence de communication :

- une absence d'écoute réelle de part et d'autre : chacun fait valoir son point de vue tout en n'écoutant pas vraiment l'autre ; lorsque l'une des parties parle, l'autre est déjà dans la recherche de la réponse à apporter, dans les arguments à faire valoir ; l'argumentation n'ouvre pas à l'écoute et ne rend pas disponible à l'autre ;
- une absence de compréhension mutuelle ;
- une disqualification de l'autre et de son point de vue : chacun juge négativement l'autre, lui attribue des intentions, interprète ses propos ; l'autre est rendu responsable de toutes les difficultés ;
- un manque de prise en considération des préoccupations et des priorités de l'autre ;
- l'absence d'égalité entre les parties : chacune tente de prendre un maximum de temps de parole, de voir son point de vue le plus largement pris en considération.

Ces échanges sont contre-productifs, stériles, perpétuent le conflit, car ils ne font qu'enfermer davantage chaque protagoniste dans sa « bulle »¹⁶, avec l'impossibilité accrue de chaque camp de s'ouvrir au point de vue de l'autre.

Pour mettre en place un autre climat de négociation, et dès lors une autre manière pour les parties en conflit de s'exprimer, le processus collaboratif intègre les principes d'une bonne communication, créant un climat propice à l'écoute et à la compréhension mutuelle.

Ces principes sont expliqués par chaque avocat collaboratif à son client. Ils sont rappelés lors de la première rencontre à quatre. Ils font partie intrinsèque du processus et du cadre de celui-ci, tout comme en médiation.

Quels sont-ils ?

¹⁶ Chr. PETICOLLIN, *Savoir écouter, ça s'apprend*, Genève, Éditions Jouvence, p. 44.

1. Parler en « JE »

Chacun est invité à s'exprimer en « je », à parler pour lui et à éviter le « tu qui tue », qui place l'autre d'emblée dans une position de « coupable » ou de « fautif », le « tu » qui « fige l'autre avant même qu'il n'ait parlé »¹⁷.

Ce principe permet à chaque partie de se réapproprier ce qui lui appartient. Il introduit la « subjectivité » dans le propos. Chacun peut reprendre la responsabilité de ses propos, redevenir acteur – et non victime – de ce qui lui arrive, de ce qu'il ressent. Corrélativement, l'autre ne se sent plus continuellement attaqué. Un espace de communication et d'échange peut alors s'amorcer.

2. Respecter la parole de l'autre

La parole de chacun sera respectée sans être interrompue.

3. Un temps de parole équivalent et une place équivalente

Pour permettre aux parties de se sentir pleinement exister dans le processus, un temps de parole équivalent et une place équivalente seront assurés à celles-ci, avec une attention identique et de même valeur accordée à chacun des points de vue et des « paysages ».

4. Parler un langage courtois, « audible » par l'autre

Ce principe vise l'engagement à proscrire les insultes et les injures. Il invite également les personnes à adopter un langage « audible » ou « entendable » pour l'autre, c'est-à-dire à éviter des propos qui – bien que civilisés – visent à toucher l'autre.

Souvent, les parties se connaissent bien avant l'entame du processus (système de relation préexistant : voy. *infra*) et sont conscientes de leurs points sensibles. Il arrive que le langage soit courtois, mais qu'elles « se cherchent : chacune connaît bien la zone sensible de l'Autre. Elles se font souffrir en remuant le couteau dans la plaie. »¹⁸ Les parties pratiquent ainsi le « jeu de fléchettes », lançant leurs mots aussi tranchants que des couteaux. « Ils blessent et laissent des cicatrices qui alimentent le conflit. »¹⁹

« Chacun sait qu'il existe des mots-cibles, qui font mouche et qui, même apparemment anodins, déclenchent des réactions disproportionnées. »²⁰

¹⁷ Cl. DENIS, *La médiatrice et le conflit dans la famille*, Toulouse, Éditions Érès, 2015 (2001), p. 194.

¹⁸ Cl. BONNELLE, *La dynamique du conflit au cœur de la pratique d'une médiatrice familiale*, Toulouse, Éditions Érès, 2016, p. 84.

¹⁹ *Ibid.*, p. 84.

²⁰ M. MONROY et A. FOURNIER, *Figures du conflit. Une analyse systématique des situations conflictuelles*, *op. cit.*, p. 78.

Évoquer ces difficultés de communication, en début de processus, rend attentif aux scénarios qui se jouent et se rejouent en appuyant « là où ça fait mal ».

L'objectif n'est pas d'évincer le conflit de l'espace collaboratif, mais de lui donner, comme précisé par ailleurs, un autre mode d'expression que l'agression et l'attaque qui ne feront qu'entretenir le cycle de violence.

5. Tenter sincèrement de comprendre le point de vue de l'autre

Il s'agit sans doute du principe le plus difficile à mettre en œuvre pour les parties : tenter de comprendre le point de vue de l'autre. Il leur est demandé d'essayer de se « mettre dans les chaussures de l'autre » et de comprendre ce qui le motive, sa manière de percevoir les choses, « d'aller visiter sa bulle ». C'est une invitation à « voyager dans le monde de l'autre », à accepter provisoirement de porter « ses lunettes », à regarder par « sa fenêtre » de perception.

Beaucoup de personnes ne différencient pas la compréhension du point de vue de l'autre et l'adoption de celui-ci, comme si comprendre impliquait nécessairement d'être d'accord. Les avocats collaboratifs vont clarifier ce principe de communication en rassurant leur client sur le fait qu'il n'implique pas de renoncer à son point de vue personnel, à ses besoins, à ses priorités.

C. « Pas à pas », le processus collaboratif fait de temps et d'étapes

Pour perdurer, le conflit se nourrit d'une « logique fermée, excluant tout regard objectif distancié »²¹.

Ponctué d'étapes, comme la médiation, le droit collaboratif va permettre une distanciation, en faisant du temps un allié essentiel à la résolution du conflit.

Le temps permet en effet d'introduire ou de réintroduire la réflexion, la mise en perspective, la distance, la nuance et la complexité, là où le conflit a créé une « logique dichotomique », un « réductionnisme bipolaire », un « univers en noir et blanc »²².

Au fil du temps et des étapes du droit collaboratif, les parties sont appelées à clarifier, identifier, exprimer, nuancer leurs besoins, leurs attentes, leurs ressentis.

Ainsi, elles sont (re-)mises en mouvement et, dans une approche « méta », amenées à s'interroger et à porter leur réflexion sur ce qui leur arrive, sur leurs interactions conflictuelles.

Les parties entrent dans le processus et n'en ressortent pas les mêmes. Ce qui pouvait apparaître difficile, voire impensable au départ, va évoluer. Le temps met en chemin. Il permet d'intégrer, d'accepter, d'avancer.

²¹ Ibid., p. 130.

²² Ibid., p. 127.

Le processus collaboratif prend ce temps nécessaire à l'élaboration de l'accord²³, sans précipitation, pression ou action/réaction qui accordent trop d'importance à l'immédiat et pas suffisamment à l'avenir et à la réflexion.

III. « Entre deux rives » ou les socles particuliers d'approche du conflit dans le droit collaboratif

A. Les systèmes composant le droit collaboratif et leurs interactions

Le processus collaboratif, système en tant que tel, est composé de plusieurs sous-systèmes (ensembles et sous-ensembles) qui coexistent et dont certains sont préexistants à l'entame du processus, alors que d'autres naissent et s'éteignent avec lui²⁴.

Ainsi, comme dans la « théorie des ensembles », chère au mathématicien Georges Papy²⁵, le système collaboratif s'articule autour de systèmes et de sous-systèmes qui s'imbriquent totalement ou partiellement.

a) Le système « partie – partie » : ce système préexiste toujours à l'entame du droit collaboratif et sera partiellement imbriqué dans celui-ci²⁶.

Le conflit trouve généralement son origine dans le dysfonctionnement de ce système, lequel a ses propres codes, notamment de communication.

L'analyse de ce système fait partie intégrante du processus de droit collaboratif.

Les codes, règles et mécanismes de fonctionnement de ce système ne peuvent en effet être ignorés car, de manière consciente ou inconsciente, les parties auront tendance à les reproduire dans les autres systèmes du processus.

Les avocats s'attacheront à comprendre son fonctionnement, avant la survenance du conflit. Dans la phase où chacun fait part de son récit, de son vécu, seront identifiés tout ce qui a participé à tisser ce système, tout ce qui y a fait sens et ressources pour les parties avant l'élément déclencheur du conflit, en vue de s'appuyer sur ce potentiel pour gérer et résoudre le conflit actuel.

b) Le système « avocat – avocat » : ce système peut préexister à la mise en œuvre du processus de droit collaboratif. Il est possible en effet que les avocats se connaissent. Si tel n'est pas le cas, compte tenu du contexte dans lequel s'inscrit leur intervention, ils se rencontreront pour préparer la première réunion à

²³ « Prendre du temps pour en gagner après ».

²⁴ A.-M. BOUDART (avec la collaboration de C. VANDER STOCK), *Droit collaboratif*, op. cit., pp. 241 et s.

²⁵ Mathématicien belge qui développa dans les années 1960 un programme pédagogique dit de *Mathématique moderne*, s'appuyant sur la théorie des ensembles, le concept d'application et les structures algébriques.

²⁶ Pas totalement puisque les parties continueront bien souvent à avoir des contacts entre elles en dehors du processus ou après sa clôture.

quatre²⁷, au cours de laquelle la signature du protocole de droit collaboratif formalisera l'engagement de recourir au processus.

Ce système est partiellement imbriqué dans le processus. Il en constitue l'un des moteurs.

c) Le système « avocat – client » : ce système se met en place lors de la première entrevue avec le client, soit avant l'entame du processus²⁸. Parfois le client et l'avocat se connaissent avant le processus.

Par conséquent, ce système sera soit complètement, soit partiellement imbriqué dans le processus.

d) Le système « avocat de l'une des parties – l'autre partie » : ce système va naître à l'entame du processus collaboratif et en principe s'éteindre avec lui. Il est totalement imbriqué dans le processus.

Il constitue indéniablement une des particularités du droit collaboratif dans la gestion du conflit dès lors que celui-ci s'appuie sur la relation de confiance et d'empathie que l'avocat d'une partie développera avec l'autre partie.

e) Le système « parties – avocats », lors des réunions plénières : ce système naît et s'éteint avec le processus.

f) Le système du processus collaboratif lui-même qui naît et s'éteint avec le processus.

L'interrelation entre ces ensembles instaure une dynamique particulière de gestion et de résolution du conflit.

Tout d'abord, les questions qui sous-tendent le processus sont abordées par chacun des systèmes avec des éclairages complémentaires et indispensables à la négociation.

Il en est ainsi de la phase de narration, étape essentielle à la compréhension du conflit et à l'identification des enjeux. Elle est entamée lors du colloque singulier entre l'avocat et son client (donc dans le système « avocat – client »). Elle se poursuit en réunion plénière où les autres systèmes prennent le relais pour livrer un éclairage plus complet – voire différent – d'une situation qui sera décryptée par tous les intervenants au processus, lesquels, compte tenu de l'unité de temps et de lieu, recevront la même information.

Par ailleurs, ces systèmes interagissent les uns avec les autres : un mode de fonctionnement d'un système va affecter les autres systèmes²⁹. Ainsi, si la relation entre parties s'est construite sur une position plus « haute » de l'une des parties, il est à craindre qu'au niveau du déroulement du processus, ce déséquilibre se présente dans la relation et s'installe aussi entre les avocats ou lors des réunions

²⁷ Préparation qui ne porte que sur le processus et non sur le fond du dossier.

²⁸ Pour rappel, les parties s'engagent dans le processus et les règles de celui-ci s'imposent à elles à partir de la signature du protocole lors de la première réunion plénière.

²⁹ Dénommé en psychologie systémique l'isomorphisme.

plénières. L'avocat de la partie « plus dominante » pourrait ainsi avoir tendance à occuper plus de place ou à prendre « le lead ».

Cette vision systémique de la théorie des ensembles – avec leur plus ou moins grande imbrication – apporte une perspective intéressante quant à l'approche du conflit.

D'une part, elle représente une grille de lecture précieuse pour comprendre la dynamique du conflit ainsi que les difficultés rencontrées dans un ou plusieurs systèmes.

D'autre part, elle constitue un outil au service de la résolution du conflit.

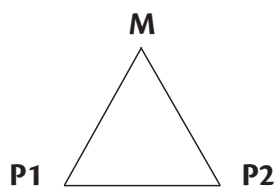
Les différents systèmes, par leur activité conjointe et réciproque, par leur interaction avec les autres systèmes et avec eux-mêmes, génèrent une multiplicité d'implications, chaque élément intervenant directement – ou indirectement – sur d'autres et sur lui-même.

Par l'interconnexion des éléments, la vision systémique du processus collaboratif permet d'impulser des modifications évolutives qui vont venir soutenir la gestion du conflit telles que :

- retisser de la confiance dans le système « partie – partie », par la mise en œuvre de leviers de la confiance déployés dans un ou plusieurs autres systèmes (notamment dans le système du processus, de l'équipe à quatre, dans le système « avocat – l'autre partie », dans le système « avocat – avocat »);
- gérer une difficulté présente dans un système par les ressources d'un autre système;
- modifier le fonctionnement d'un système en vue d'impacter le fonctionnement d'un autre système qui pose difficulté;
- déployer des ressources dans un système au service d'un ou d'autres systèmes, insuffler du positif d'un système à l'autre.

B. La partialité comme levier et outil d'une autre approche du conflit

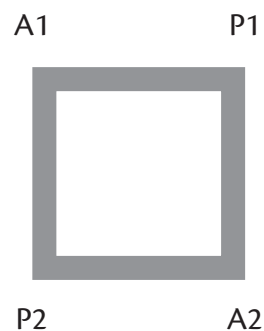
La médiation s'inscrit dans la triangulation qui se crée entre les parties et le(s) médiateur(s).



Il n'est pas anodin de représenter cette triangulation par un triangle équilatéral dont chacun des côtés est égal.

Ainsi, le(s) médiateur(s) se trouve(nt) au sommet d'un triangle à équidistance de chacune des parties, ce qui correspond à la neutralité ou plus exactement à la pluripartialité que l'on attend de lui. Il prend la place du tiers facilitateur (pour reprendre l'expression québécoise), du tiers pacificateur, voire même du tiers catalyseur.

Le droit collaboratif s'inscrit dans un parallélépipède et plus particulièrement un carré, symbolisant ainsi l'équidistance entre les acteurs du processus, mais également l'importance égale du rôle de chacun dans la gestion du conflit.



Nonobstant cette équidistance, en droit collaboratif, l'avocat n'est pas tiers et il n'est pas neutre.

On touche ici à ce qui distingue fondamentalement les deux processus et qui donne au droit collaboratif son approche particulière : être médiateur, c'est se mettre au milieu, alors qu'être avocat collaboratif, c'est se mettre aux côtés.

On ne demande pas à l'avocat collaboratif de faire preuve de neutralité dans l'approche du conflit qui oppose son client à l'autre partie. On lui demande de l'assister, de l'accompagner, de le conseiller ; d'abord dans l'expression de ses priorités, de ses attentes et aussi dans celles de l'autre partie pour pouvoir soutenir ensuite, avec son confrère, la recherche d'options qui aboutira à une solution pérenne, juste, équilibrée rencontrant les attentes de chacun.

Le conflit y est géré par des étapes réalisées en « miroir » et en réciprocité, dans différents espaces qui constituent les systèmes mêmes du processus :

- *Les espaces singuliers de l'avocat avec son client*, lors des réunions à deux (soit de préparation des réunions plénières, soit de débriefing de celles-ci) : ces espaces de totale partialité et d'alliance entre l'avocat et son client constituent des étapes faisant partie intégrante du processus, avec une méthode de travail réalisée en « miroir » par chaque avocat avec son client, selon un canevas particulier et précis.
- *L'espace des réunions à quatre* où se déploient des outils approchant le conflit de manière particulière : le partage par tous les intervenants d'un même état d'esprit, le travail d'équipe (voy. *infra*), la création d'une relation

de confiance dans le système « avocat de l'une des parties – l'autre partie » notamment par l'écoute active et la reformulation « croisée »³⁰, ce qui a un effet levier puissant quant à la gestion et la résolution du conflit...

Le colloque singulier de l'avocat avec son client représente pour ce dernier un lieu de support important. Il mérite une attention particulière comme outil de gestion, de résolution et de prévention du conflit.

Moment de (totale) partialité et d'alliance avec le client, cet espace permet de gérer le conflit plus efficacement. L'avocat y sera à l'écoute exclusive du client, pour le soutenir, l'aider, le guider et le *coacher* dans le processus.

Il permettra à ce dernier notamment d'aider le client à faire face au stress provoqué par toute situation de conflit et qui engendre instinctivement l'un des trois états suivants³¹ :

- l'état de lutte qui favorise une attitude offensive et agressive ;
- l'état de fuite, qui crée de l'anxiété ;
- l'état d'inhibition, qui s'exprime par du découragement, de la déprime ou de l'autodévalorisation.

Est à l'œuvre, chez la personne en situation de stress, un mode mental « automatique » de règlement des difficultés, empreint de rigidité, de dichotomie (noir/blanc) et de certitude que son point de vue constitue LA SEULE réalité.

Dans cet espace dédié au client, l'avocat l'accompagnera dans une démarche d'ouverture de son champ de perception vers un mode « plus adaptatif »³² :

- explorer les différents points de vue perceptuels³³ : le point de vue du client, celui de l'autre partie, le point de vue du tiers indépendant (le tiers extérieur qui est témoin des deux premières positions tout à la fois) et le point de vue du système tout entier (les différentes composantes du système, les interactions entre elles, les tiers impactés...);
- permettre au client de prendre conscience des vécus différents de chacun et de la coexistence concomitante de leurs paysages très différents – voire contradictoires – aussi vrais l'un que l'autre et qui ne s'excluent pas ;
- introduire de la souplesse, de la complexité, de la nuance ;
- aider à relativiser certains points en dressant notamment une hiérarchie des enjeux et priorités du client ;
- pousser plus loin la réflexion ;
- travailler avec le client à définir des objectifs raisonnables en phase avec l'objectif du processus : dégager un accord acceptable pour chacun (donc pas uniquement pour lui, mais aussi pour l'autre partie).

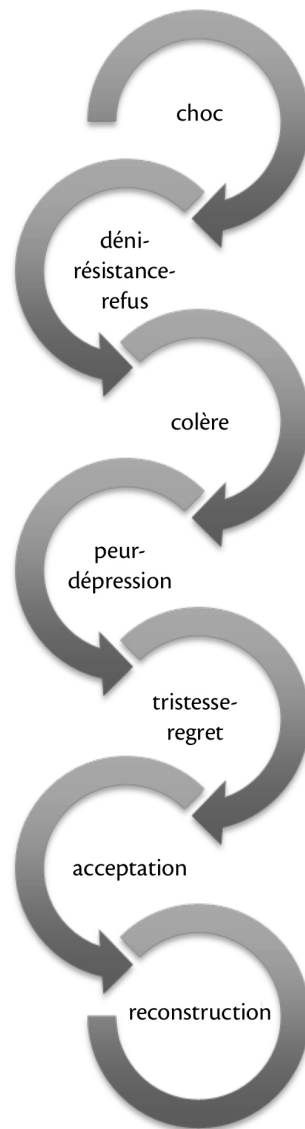
³⁰ Écoute active et empathique de l'avocat de l'une des parties à l'égard de l'autre partie et reformulation de ce qu'elle exprime de sorte qu'en réunions plénières, l'avocat reformule non pas son client, mais l'autre partie.

³¹ J. FRADIN et Fr. LE MOUILLEC, *Manager selon les personnalités*, Paris, Eyrolles, 2014, p. 15.

³² J. FRADIN, *L'intelligence du stress*, Paris, Eyrolles, 2017, pp. 57 et s.

³³ St. BAVISTER et A. VICKERS, *La PNL mode d'emploi*, Paris, Leduc.s Éditions, 2008, pp. 173 et s.

C'est également dans cet espace privilégié que l'avocat soutiendra le client dans les phases de tout processus de changement qu'implique le conflit et qui peuvent être représentées schématiquement comme suit :



L'avocat, sans neutralité aucune, y recueille les confidences du client, ses états d'âme, ses rancœurs. Le client peut s'exprimer librement en toute confidentialité, sans que cela ne mette à mal le processus, dans un espace qui lui est totalement consacré, sans partage avec l'autre partie.

L'avocat peut le conseiller juridiquement, le soutenir humainement, lui apporter une aide personnalisée et ajustée pour gérer son stress, ses difficultés personnelles, pour lui expliquer en quoi certaines demandes ne sont pas réalistes, le

tout avec partialité, en donnant son avis et en faisant part de son point de vue personnel.

C'est un lieu d'expression libre du client, mais aussi un lieu d'exutoire, avec et en présence de son conseil « qui est acquis totalement à sa cause ».

Le rôle de l'avocat collaboratif est ici essentiel dans la gestion du conflit : dans ces colloques singuliers avec le client, il gère de nombreux aspects qui participent à la déconstruction du conflit, il prévient et anticipe des difficultés conflictuelles à venir. Il a un rôle actif et proactif dans la prévention et la gestion du conflit au sein du processus.

L'avocat collaboratif contribue également de manière active et proactive à la résolution du conflit. Il participe en effet de manière dynamique à l'élaboration des idées, dans la phase de créativité du processus.

Cette partialité est dès lors un levier prépondérant de la prévention, de la gestion et de la résolution du conflit.

Ces espaces de partialité au service de la négociation collaborative ne peuvent être comparés au *caucus* en médiation. En effet, le *caucus* ne constitue pas un espace personnel consacré à chacune des parties, ni un lieu d'expression libre ou un lieu d'exutoire où le médiateur aurait pour mission de gérer le stress de chacun ou de donner des conseils. Le médiateur ne peut se permettre d'y donner son avis, des conseils personnalisés ou de tenter d'expliquer à l'une des parties que ses demandes sont déraisonnables. « L'impartialité et la neutralité restent de mise dans tous les cas. »³⁴

Le *caucus* n'est pas non plus une étape en tant que telle du processus de médiation. « Il serait à notre sens [...] erroné, voire dangereux de penser que le *caucus* est un passage obligé dans toute médiation. Nous irions même actuellement jusqu'à dire que si l'on peut mener tout le processus sans mener d'apartés, c'est l'idéal, car l'on aura agi du début à la fin en toute transparence. »³⁵ « Nous ne voyons pas nécessairement l'utilité de disposer d'informations qui ne pourraient être par la suite révélées ni utilisées; l'on pourrait même se trouver dépositaires d'informations "encombrantes". »³⁶

La double casquette de l'avocat collaboratif, qui est tout à la fois en loyauté au client et au processus, est une ressource au service de la résolution du conflit, en ce que l'avocat agit comme conseil de son client tout en prenant une part active à la mise en œuvre du processus dont il est le garant et l'animateur.

L'avocat collaboratif n'œuvre pas dans la même dynamique que le conseil en médiation.

³⁴ C. SMETS-GARY et M. BECKER, *Médiation et techniques de négociation intégrative*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 307.

³⁵ *Ibid.*, p. 308.

³⁶ *Ibid.*, p. 309.

D'abord et contrairement à l'avocat collaboratif, l'avocat-conseil en médiation ne doit pas être spécifiquement formé (à la médiation ou à un autre mode amiable de résolution) pour assister son client.

Ensuite, l'avocat en médiation ne s'engage pas à négocier dans un état d'esprit particulier ou à suivre certaines étapes qui seraient fixées en « réciprocité et en miroir » avec le conseil de l'autre partie. Il ne prend pas d'engagement spécifique ni de risque, pouvant poursuivre son intervention en cas d'échec de la médiation.

Enfin, l'avocat-conseil en médiation ne participe pas au processus en tant qu'animateur de celui-ci. Il n'est pas l'un des angles de la triangulation même s'il assiste ou accompagne son client, partie active au processus. À l'inverse, l'avocat collaboratif est l'un des côtés indispensable et nécessaire du parallélépipède.

L'implication, la participation et la (co)responsabilité de l'avocat collaboratif dans le processus sont donc très différentes de celles du conseil en médiation.

Cette affiliation au client et au processus constitue pour l'avocat collaboratif un levier et un outil au service d'une gestion différente du conflit, tout comme la partialité qui permet dans bien des cas de surmonter les impasses et les obstacles conflictuels rencontrés dans le processus.

C. Le travail d'équipe, « le premier cercle »

Au centre du processus collaboratif, le travail d'équipe se décline à plusieurs niveaux.

- Le travail d'équipe « avocat – client » : cette équipe fonctionne sur le principe fondamental de la complémentarité et de l'interdépendance des compétences du client et de celles de l'avocat.
- Le travail d'équipe « avocat – avocat » : les avocats veillent ensemble au bon déroulement du processus et au respect de ses principes. Ils forment une équipe à valeur égale et mettent en œuvre tout ce qui fait sens dans cet esprit d'équipe :
 - travailler en confiance et de manière collégiale ;
 - préparer conjointement le déroulement de la première rencontre à quatre et de celles subséquentes ;
 - préparer et présenter ensemble une question juridique posée par les parties ;
 - partager et se répartir de manière équilibrée les tâches ;
 - travailler de manière transparente et de bonne foi ;
 - mener des réflexions quant aux outils à mettre en place pour aider les parties à sortir des impasses ;
 - se poser des questions en équipe sur le fonctionnement du processus dans une optique d'humilité et de remise en question.
- Le travail d'équipe « partie – partie » : cette équipe est en général très atteinte par le conflit et souvent en état de « non-fonctionnement » au

début du processus. Elle va être remise en mouvement, au fur et à mesure du processus collaboratif, par la reconnexion des parties avec tout ce qui a fait ressource positivement dans leur équipe avant l'élément déclencheur du conflit. Les compétences conjointes et d'équipe des parties sont ainsi remobilisées dans la négociation comme ressources au service de l'élaboration d'un accord mutuellement acceptable.

- L'équipe à quatre : les avocats et les parties poursuivent un objectif commun dans un même état d'esprit de coconstruction. Les énergies sont concentrées dans la même direction : identifier ce qui est important pour chacun, créer un espace sécurisé de négociation, trouver des réponses aux questionnements, imaginer ensemble des idées... Le principe de la pensée parallèle y sera pleinement de mise. « La pensée parallèle signifie qu'à tout moment, tout le monde regarde dans la même direction. [...] Dans la pensée traditionnelle, si deux personnes ne sont pas d'accord, elles se lancent dans une discussion où chacune essaie de prouver que l'autre a tort. Dans la pensée parallèle, les deux visions, même si elles sont contradictoires, sont mises en parallèle. »³⁷

L'équipe de quatre regroupe les différentes sous-équipes ainsi que les individualités, composantes qui interagissent entre elles. Comme le soulignait Roger Mucchielli, avec la « quadrette, l'équipe prend des dimensions nettement plus grandes et devient capable de missions très supérieures au trio »³⁸ ou au duo.

Les compétences de l'équipe ne s'additionnent pas simplement, elles se mutualisent, se potentialisent, s'accroissent et se renforcent. Dans cette optique, le travail d'équipe ouvre à l'idée que chaque membre de l'équipe est vu comme une ressource pour chacun des autres membres.

La vision de l'autre partie s'en voit modifiée fondamentalement par rapport à celle déployée dans l'univers conflictuel qui implique la construction d'une représentation négative et dévalorisante de l'autre, la disqualification de sa personne, de ses compétences et de ses intentions³⁹.

Pour que le travail d'équipe soit efficace, « chacun de ses membres doit être conscient des motivations sous-jacentes des autres et vouloir que les autres atteignent leurs buts tout autant que lui »⁴⁰.

La réussite du processus est dès lors liée à la détermination de chaque membre de collaborer au travail collectif et d'y apporter sa contribution.

Ce travail d'équipe implique la mise en place d'une appartenance suffisante au processus collaboratif par notamment :

- l'instauration d'une sphère de confiance avec le tissage d'un climat émotionnel et humain respectueux ;

³⁷ E. DE BONO, *Les six chapeaux de la réflexion*, Paris, Eyrolles, 2013, p. 15.

³⁸ R. MUCCHIELLI, *Le travail en équipe*, Paris, ESF Sciences humaines, 2019, p. 48.

³⁹ M. MONROY et A. FOURNIER, *Figures du conflit. Une analyse systématique des situations conflictuelles*, op. cit., pp. 55 et s.

⁴⁰ R. MUCCHIELLI, *Le travail en équipe*, op. cit., 2019, p. 33.

- l'amélioration de la communication et de la relation entre les parties, qui nécessite une certaine proximité et un espace sécurisé commun, permettant de développer une affiliation au processus collaboratif et au travail en commun, une sorte d'approvisionnement⁴¹ ;
- l'établissement de « ponts » entre les parties, amenant la reconnaissance de points communs et de partage réciproque ;
- la valorisation de la coconstruction dans la réalisation de la tâche.

Un juste milieu sera recherché entre l'appartenance nécessaire au processus et le « trop d'appartenance » ou le « trop peu de distance » entre les parties. L'absence totale ou partielle de distance peut en effet constituer une vraie difficulté dans certains processus, où l'une des parties pourrait accepter des solutions avec un manque de recul évident par rapport à l'autre, ce que Roger Fischer et Daniel Shapiro qualifient de « manipulation par affiliation »⁴².

Par conséquent, une appartenance suffisante au processus sera mise en œuvre pour le fonctionnement optimal du travail d'équipe, tout en veillant à ce que chacun conserve un espace individuel de pensée et de réflexion pour permettre l'élaboration de solutions réellement acceptables et pérennes. À nouveau, à cet endroit, les espaces singuliers et de partialité de l'avocat collaboratif avec son client seront d'une aide précieuse.

Dans certaines situations, le processus collaboratif impliquera de travailler à la fois l'appartenance – au niveau du processus en tant que tel et sur le fond notamment pour la gestion des relations futures entre les parties – et la « désappartenance » sur d'autres plans. Tel est notamment le cas, dans les affaires familiales, lors de séparation ou de divorce, où il sera nécessaire de travailler la « désappartenance » et le deuil par rapport au « couple conjugal » et, en même temps, l'appartenance par rapport, d'une part, à l'équipe collaborative et, d'autre part à l'équipe parentale pour construire une parentalité conjointe dans l'intérêt des enfants. Dans certaines situations, ce travail « en appartenance – désappartenance » peut s'avérer très difficile et délicat, notamment dans les situations de séparation vécue comme « subie » par l'un des partenaires. Là encore, les espaces de colloques singuliers avec le client seront indispensables pour l'accompagnement et le soutien du client.

Le travail d'équipe suppose, en tout état de cause, une reconnaissance de l'autre, de sa personne, de sa participation et de sa compétence, outre une loyauté envers l'équipe, avec l'acceptation des principes et de l'éthique sur lesquels les membres se sont accordés (en l'espèce les principes et l'éthique du processus collaboratif). Il participe pleinement au processus et vient renforcer son état d'esprit fondateur. Il est l'un des piliers de la prévention, de la gestion et de la résolution du conflit dans le processus.

⁴¹ Guy Ausloos, conférence donnée à Bruxelles le 20 octobre 2014 sur la compétence des familles.

⁴² R. FISCHER et D. SHAPIRO, *Gérer ses émotions, c'est aussi tenir compte de celles des autres*, Paris, Robert Laffont, 2008, p. 88.

D. Le retrait, une autre manière d'appréhender le conflit

En application de l'article 1743, § 3, du Code judiciaire, si le processus se termine avec ou sans accord, les avocats collaboratifs mettent fin à leur mission et ne peuvent plus intervenir dans une procédure contentieuse opposant les mêmes parties « dans le contexte du litige ayant fait l'objet du droit collaboratif »⁴³.

Le retrait de l'avocat en cas d'échec du processus est souvent perçu, au départ, comme un frein par les avocats eux-mêmes en raison de la peur de perdre le client ou de « l'abandonner au milieu du gué », si aucun accord ne peut être dégagé. Un bémol doit d'emblée être apporté : le taux de réussite du processus collaboratif est de l'ordre de 80 à 90 % et, dès lors, le retrait ne s'impose que rarement.

Par ailleurs, tous les avocats qui ont fait l'expérience d'un dossier collaboratif arrivent à la même conclusion : travailler en équipe, mettre en évidence les priorités et les enjeux des deux parties, gérer les émotions, entrer en empathie avec l'autre partie et créer avec elle un lien de confiance impliquent une proximité avec l'autre partie qui ne permet plus réellement, en cas d'échec du processus, de poursuivre la procédure à son encontre⁴⁴.

Pierre angulaire du processus collaboratif, le retrait assure la cohérence complète de celui-ci :

- il permet de créer un espace sécurisé de négociation puisque rien de ce qui se dira ne pourra être utilisé en procédure « contre » l'une des parties ;
- il donne le ton sur les intentions de chacun : cet engagement fort, lié au processus, démontre que chacun est prêt à collaborer pour trouver un accord mutuellement acceptable ;
- il constitue un levier important des négociations ;
- il crée d'emblée une manière d'appréhender le conflit :

« La transformation qui intervient souvent dans la capacité de l'avocat à trouver des solutions créatives à des problèmes délicats dans la pratique collaborative doit être *expérimentée* pour la vivre, la comprendre et constater ses effets en pratique. La clé essentielle pour entrer dans cet "hyperespace créatif" est l'engagement de retrait et l'exclusion du contentieux. Sans ceux-ci, vous pouvez obtenir quelque chose de cordial et de raisonnablement efficace dans la résolution du dossier, mais vous n'avez pas de droit collaboratif. Quand la marge d'action des avocats exclut le passage devant le tribunal, le mode de pensée évolue depuis "bon, on pourra toujours voir ce que le juge fera de ce problème" vers "si je ne parviens pas à trouver un moyen de résoudre ce problème, que les trois autres personnes pourront trouver acceptable, j'aurai échoué et le processus sera terminé".

En droit collaboratif, si je ne peux pas trouver une solution adéquate et acceptable aux besoins légitimes de l'autre partie et qui soit également acceptable pour mon client, le processus s'arrête.

⁴³ A.-M. BOUDART (avec la collaboration de C. VANDER STOCK), *Droit collaboratif*, op. cit., p. 85.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 54, 328 et s.

Pour toutes ces raisons, dans un processus collaboratif impliquant des points difficiles, intervient souvent un moment clé où chacun autour de la table reconnaît que, soit les quatre personnes en présence s'accordent sur une solution, soit le processus s'arrête et il appartient à quelqu'un d'autre de prendre les décisions. À ce stade, contrairement aux négociations conflictuelles qui s'orientent vers le contentieux, il advient fréquemment que les deux parties et les deux avocats ouvrent un mode créatif de résolution des problèmes dans lequel tous construisent à partir des idées qui émergent autour de la table. Dans cette situation, des solutions créatives peuvent voir le jour, lesquelles n'auraient pas été imaginées dans un processus conventionnel.

Le processus collaboratif favorise une autre façon de penser, imaginative à un plus haut niveau, de la part des quatre participants. Aucun de ces effets n'est inaccessible dans un accord négocié traditionnel, mais rien dans la relation avocat/client traditionnelle ne les encourage comme le fait le droit collaboratif. »⁴⁵

E. « Tous en scène », un espace pour la gestion des tiers « recrutés » par le conflit

La dynamique du conflit est extensive et, tôt ou tard, des tiers entrent en scène. Un conflit bien construit recrute des alliés, confidents, arbitres, conseillers bien (ou mal) intentionnés, des agents doubles, des donneurs d'avis ou de leçons... qui contribuent à entretenir, voire à renforcer la dynamique conflictuelle, parfois même à l'insu des protagonistes⁴⁶.

Il est important, dans les modes amiables, d'identifier très rapidement les parties prenantes invisibles au processus et qui risquent d'avoir ou qui ont déjà une influence plus ou moins importante sur la négociation.

Il peut s'agir de proches, de parents, d'enfants, de la compagne, du compagnon, de l'avocat de la compagne ou du compagnon, d'un comptable, d'investisseurs, bref, de toute personne avec qui l'une des parties va évoquer le processus ou vers laquelle l'une des parties va se tourner pour avis ou conseil sur tout ou partie des points de la négociation.

On sait qu'il est contre-productif de travailler « contre » ces tiers « pilotes à distance » et que l'influence de ceux-ci peut, dans certaines situations, mettre à mal le processus de négociation.

Le droit collaboratif, de par sa structure, offre un lieu de gestion de ces tiers.

⁴⁵ P. TESLER, *Droit collaboratif : ce que c'est et pourquoi les avocats en droit de la famille ont besoin de le connaître*, Traduction de base réalisée par Charlotte Butruille-Cardew et Frédéric Garcia (figurant dans le polycopié de la formation en droit collaboratif suivie à Paris en 2007) et adaptée par nos soins.

⁴⁶ M. MONROY et A. FOURNIER, *Figures du conflit. Une analyse systématique des situations conflictuelles*, op. cit., pp. 92-93.

Ainsi, lorsque l'influence du tiers est importante, l'avocat évaluera avec le client l'opportunité d'inviter celui-ci lors d'une ou plusieurs réunions en son cabinet, dans le contexte desquelles il s'agira bien entendu de respecter la confidentialité liée du processus.

Dans la plupart des situations, il apparaît que le tiers est inquiet devant la situation. Le fait de le recevoir, de lui donner un espace d'expression, afin qu'il se sente entendu, compris et rassuré, permettra très souvent de transformer le pilote en un allié précieux.

F. «Le cinquième élément», la dynamique de travail des «5 C»⁴⁷

L'état d'esprit, central dans le droit collaboratif, instaure une dynamique permanente de coconstruction et de coresponsabilité qui se manifeste :

- à tous les *niveaux* de relations : dans la relation de l'avocat avec son client, dans la relation entre confrères, entre les parties, dans les réunions à quatre, au niveau plus global du processus lui-même ;
- à toutes les *étapes* du processus.

Cette dynamique crée une interdépendance entre les acteurs du droit collaboratif et invite chacun à participer activement au processus en apportant sa pierre, indispensable à l'édifice de l'accord global. La participation ainsi que l'implication active et constante de tous les protagonistes constituent une des clés de sa réussite.

Dans les formations en droit collaboratif, on a coutume d'expliquer la dynamique de travail du droit collaboratif par les «5 C» :

- collaboration ;
- confiance ;
- coconstruction ;
- coélaboration ;
- coresponsabilité.

Ces «5 C» vont aborder d'une manière différente la gestion et la résolution du conflit, et ce dès la mise en œuvre du processus.

En effet, au moment où le droit collaboratif est initié, une constante s'impose : chacun des protagonistes a le sentiment de subir le conflit ou de ne réagir qu'aux attaques de l'autre (lecture linéaire), sans voir sa propre participation à la coconstruction d'un contexte conflictuel enchevêtré dans de multiples facteurs imbriqués entre eux et s'alimentant réciproquement dans une interaction mutuelle⁴⁸. C'est là que réside un des défis du processus collaboratif : mettre en

⁴⁷ A.-M. BOUDART (avec la collaboration de C. VANDER STOCK), *Droit collaboratif*, op. cit.

⁴⁸ M. MONROY et A. FOURNIER, *Figures du conflit. Une analyse systématique des situations conflictuelles*, op. cit., p. 10 ; L. LANDRY BALAS (dir.), *L'approche systémique en santé mentale*, Aix-en-Provence-Marseille, PUM, 2008, p. 71.

lumière les interactions complexes et dynamiques qui ont façonné et coconstruit la spirale conflictuelle. C'est redonner aux parties la responsabilité partagée de leur histoire et de leur conflit ; c'est leur redonner une place d'acteur de leur vécu présent et passé.

Ensuite, les « 5 C » seront au centre du travail d'équipe et du fonctionnement du processus pour (re)donner aux parties une place d'acteur de leur futur.

Le processus ne peut fonctionner sans cette *coélaboration* fondamentale et sans la *coresponsabilité* qui va de pair.

Cette dynamique collaborative conduit à mettre en œuvre une autre approche du conflit : chacune des parties est (re)mise en situation de coauteur, coacteur, coécrivain et coresponsable de l'univers conflictuel passé, de sa déconstruction actuelle et de l'écriture des modalités futures.

G. Le processus et ses outils en tant qu'approche différente du conflit

Dans cette section, nous nous attacherons aux réunions de préparation que l'avocat tient avec son client avant les réunions plénières ainsi qu'aux débriefings à l'issue desdites réunions, d'abord avec le client et ensuite avec le confrère.

Ces étapes du processus nous intéressent particulièrement en ce qu'elles ouvrent à une autre manière de prévenir, gérer et résoudre le conflit, sujet de notre étude.

Toutes les réunions plénières sont préparées en amont avec le client, et certaines d'entre elles (notamment la première réunion de préparation avec le client) sont balisées de tâches précises que chacun des avocats déploiera en « miroir » avec son client.

Nous avons vu que ces réunions sont essentielles à la réussite du processus.

Elles permettent d'anticiper, de prévenir des questions conflictuelles et de mieux les gérer. Ces réunions préparent non seulement le client aux réunions plénières, mais aussi l'avocat : il va recueillir des informations très importantes, notamment sur les questions sensibles pour son client et également pour l'autre partie. En effet, la préparation lors de ces réunions ouvre sur le paysage du client, *mais aussi* sur le paysage de l'autre partie (ce que le client sait qui sera sensible pour l'autre partie sur les points de la négociation). Il permet donc à l'avocat d'anticiper plusieurs difficultés ou points de conflit qui risquent de se présenter et de disposer d'un temps de réflexion pour s'y préparer. Lorsque certains points s'avèrent très sensibles, il peut également contacter son confrère pour réfléchir ensemble aux outils qui pourraient être mis en œuvre en vue de les prévenir et de les gérer au mieux.

Après chaque réunion plénière, un débriefing rapide a lieu avec le client (comment s'est-il senti dans la réunion ? A-t-il mal vécu certains moments ?...). Ensuite, un débriefing rapide a lieu également entre avocats dans les jours qui suivent avec, en toile de fond, une réflexion sur la manière d'améliorer la méthode.

Conclusion, « Sans arme, ni haine, ni violence »

On l'a vu, les étapes qui jalonnent le processus participent indéniablement à une autre approche du conflit. L'objectif final du droit collaboratif est de mettre en exergue les fonctions du conflit, par une méthode de travail particulière et novatrice qui permet de réfléchir à la manière de pouvoir remplir ces fonctions et de les gérer autrement. De la sorte, la relation peut alors évoluer, et le conflit peut céder la place et s'éteindre.

Se pose la question de ce qui « fait tiers » dans ce processus, puisqu'aucun des avocats n'est neutre et impartial.

Assurément, plusieurs éléments y contribuent :

- le processus en tant que tel qui constitue une colonne vertébrale avec le cadre qu'il institue et qui assure différentes fonctions : contenante, délimitante, symbolique, transitionnelle et d'étayage⁴⁹ ;
- l'état d'esprit qui est la clé de voûte de la négociation ;
- les principes fondateurs avec les lignes de force que sont le travail d'équipe et le retrait, piliers fondamentaux de référence et leviers de la prévention, de la gestion et de la résolution du conflit ;
- et aussi, à défaut d'accord, le risque de voir un juge imposer une décision qui ne satisfait personne.

En guise de note finale, qu'il nous soit permis de partager ces extraits de l'ouvrage de Bernard Fournier :

« Le secret du quatuor se cache derrière cette réalité toute simple : quatre instruments de la même famille, semblables et complémentaires sont associés de manière à ne faire plus qu'un. »⁵⁰

« À travers leur répartition entre quatre instruments, les seize cordes du quatuor ne sont [pas] au service [...] de pensée indépendante [...], mais d'une pensée unifiée [...] qui s'exprime à travers la coopération des quatre voix. »⁵¹

⁴⁹ Voy. sur ces fonctions, A.-M. BOUDART (avec la collaboration de C. VANDER STOCK), *Droit collaboratif*, op. cit., 2018, pp. 244-245.

⁵⁰ B. FOURNIER, *L'esthétique du quatuor à cordes*, Paris, Fayard, 1999, p. 15.

⁵¹ *Ibid.*, p. 25.

Propos conclusifs

Jean-Louis RENCHON

*Professeur émérite de l'Université catholique de Louvain et de l'Université Saint-Louis - Bruxelles
Professeur invité à l'Université catholique de Louvain et à l'Université Saint-Louis - Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles*

1. En créant au sein du Centre de droit privé de l'Université Saint-Louis - Bruxelles le *Groupe de recherche interdisciplinaire sur les modes de gestion des conflits*, ses initiateurs n'entendaient pas seulement contribuer à développer la connaissance à propos des spécificités des différents modes de gestion des conflits. L'objectif était aussi de prendre le temps de réfléchir à ce que sont les conflits humains.

On enseigne traditionnellement à nos étudiants, en Faculté de droit, que les règles de droit qu'ils vont découvrir les unes après les autres au fur et à mesure de leur parcours universitaire sont destinées à prévenir les conflits, à réguler les conflits et/ou à résoudre les conflits.

Mais pense-t-on à s'interroger sur l'existence de ces conflits, sur la nature conflictuelle des relations humaines, sur les multiples formes de conflit, sur l'intensité des conflits dans les différentes organisations humaines, sur les causes des conflits, sur leurs effets pour les personnes qui les vivent et les traversent... ?

À vrai dire, rarement...

2. Ce deuxième colloque de notre groupe de recherche a donc délibérément été entièrement dédié au conflit. Qu'est-ce que le conflit ? Que peuvent nous en dire, à partir du regard de leurs disciplines respectives, les scientifiques représentants de diverses sciences humaines ? Que peuvent nous en dire les praticiens représentants de divers modes juridiques de gestion des conflits ?

On aurait sans doute pu étendre la palette des intervenants et solliciter les hommes et femmes politiques (ils en connaissent manifestement quelque chose des conflits *a priori* insolubles...), les responsables des départements des ressources humaines des entreprises et des institutions publiques ou privées, les thérapeutes de couple, les assistants sociaux, les conseillers de l'aide à la jeunesse, les services de police de proximité...

Il y a donc du pain sur la planche pour notre groupe de recherche, et nous aurons à débattre de l'étendue de notre champ d'analyse.

Dans l'immédiat, bien que nous ayons déjà fait preuve d'ambition en ayant réuni lors de cette journée des intervenants aux profils aussi diversifiés, nous avons malgré tout circonscrit le contenu de notre colloque aux modes d'intervention dans les conflits qui ont *a priori* une dimension juridique, ne fût-ce que parce qu'ils sont expressément organisés dans le Code judiciaire. Notre colloque a donc incontestablement eu un contenu juridique, même si l'apport pluridisciplinaire de nos collègues psychologues, sociologues, philosophes, historiens ou des médiateurs et des avocats collaboratifs aura été particulièrement précieux.

3. On se pose généralement la question de savoir s'il peut y avoir un intérêt, à la fin d'un colloque, à encore tenir des propos de synthèse, dès lors que celui qui s'y essaie prend généralement la précaution d'indiquer qu'il ne lui sera pas possible de résumer en quelques minutes des contributions qui ont été particulièrement denses et qu'il risque dès lors de n'exprimer que des considérations très générales qui ne feront que répéter ce qui a déjà été dit et bien dit.

On échappe cependant difficilement à ce rituel dont la signification profonde est, en réalité, probablement fort différente de l'intitulé qui est donné à cette intervention finale.

Il s'agit peut-être simplement, comme après une agréable soirée entre amis lors de laquelle 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 ».

Merci à celles et ceux qui ont organisé ce moment de rencontre et à celles et ceux qui nous ont permis d'apprendre et de comprendre ce que nous ignorions ou ce que nous n'avions pas encore correctement appréhendé. Nous sommes en effet conscients de tout ce qu'ils ont investi, intellectuellement et humainement, du meilleur d'eux-mêmes, et nous avons de la chance d'avoir pu être là pour recevoir et recueillir ce qu'ils nous ont ainsi magistralement donné. Il est alors élémentaire de prendre au moins quelques instants pour leur dire chaleureusement notre immense merci.

Au revoir, parce que nous allons nous quitter en ayant conscience aussi que ce moment s'achève, qu'il a nécessairement été unique, qu'il ne se reproduira jamais tel quel, 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...

Je pourrais donc très bien clore de cette manière ce colloque et, dès lors, m'arrêter ici, avec ces deux mots magnifiques : « merci » et « au revoir ».

4. Un zeste de culpabilité à l'égard de celles et ceux qui attendaient peut-être l'un ou l'autre propos conclusif m'a cependant amené à prendre aussi le temps de relever quelques points saillants qui ont, à mes yeux, été mis en lumière lors de ce colloque.

Ce sera nécessairement subjectif, puisqu'il s'agit de ce qui m'a personnellement le plus frappé et de ce que j'ai bien voulu entendre et retenir.

Mais peut-être ne s'agira-t-il ici aussi, en définitive, que d'une manière de dire à nos intervenants, qui ont au surplus produit des textes écrits remarquables, « merci » pour ce que j'ai mieux compris, et « au revoir », c'est-à-dire j'espère vous revoir, afin que vous puissiez m'aider – nous aider – à encore mieux comprendre ce qu'il en est des conflits humains, de tous les conflits humains.

5. Et d'abord, avec une unanimité presque parfaite, vous nous avez rappelé que le conflit relève par essence de la condition humaine et est intrinsèque au lien social.

Le conflit est, d'une part, pour chacun d'entre nous, presque nécessairement intrapsychique, dès lors que nous sommes inévitablement façonnés, le plus souvent à notre insu, par des exigences internes contradictoires, comme l'a bien montré Mauricio Garcia, et plus la dimension latente de ces conflits intrapsychiques restera inconsciente, plus le conflit, nous a-t-il dit, sera « coriace ».

Le conflit est, d'autre part, pour reprendre les termes de Luc Van Campenhout, la « *substance même de la vie sociale et de la vie tout court qui est faite d'épreuves où les humains se confrontent les uns aux autres* ».

Et même, lorsque des solutions peuvent être élaborées, lorsque des accords peuvent être négociés, lorsque des décisions sont prises et imposées, celles-ci resteront fragiles, et le conflit pourra resurgir tôt ou tard.

Dans une perspective comparable mais qui est encore davantage susceptible d'interpeller les juristes généralement en quête de la sécurité juridique qu'apportent à leurs yeux des règles de droit claires et précises, François Ost nous a décrit la règle de droit comme étant elle-même par nature conflictuelle, au sens où la signification d'une règle de droit n'est jamais acquise et où elle prête par essence à discussion, interprétation, controverse, réévaluation, remise en cause..., en manière telle qu'un conflit sur des prétentions opposées peut le plus souvent se doubler d'un conflit sur la règle de droit elle-même¹.

6. En deuxième lieu, nous avez-vous bien réexpliqué, la démocratie est par elle-même un système politique qui non seulement accepte de reconnaître l'existence des conflits humains mais, plus fondamentalement, génère les conflits, en ce que ce système politique laisse délibérément la place à la « *division* » (François Ost) et à l'affrontement des opinions, des prétentions, des intérêts...

À la différence des régimes totalitaires qui entendent imposer une Vérité unique à laquelle chacun est tenu de se soumettre², un régime démocratique fait par

¹ Dominique Mougenot a cependant bien mis en évidence le rôle de prévention des conflits qui peut résulter de la prévisibilité de la jurisprudence, de la lisibilité de la jurisprudence et de l'accessibilité à la jurisprudence.

² Il n'y a d'ailleurs pas que les régimes politiques qui peuvent être totalitaires. Un système de pensée peut être totalitaire lorsqu'il prétend exclure tout autre système de pensée. Un être humain peut se

essence le deuil de l'Unité et de l'Harmonie entre les êtres humains, et accepte de se confronter à la difficulté permanente de tenter de concilier des points de vue qui peuvent être très différents³, et, dès lors, de dégager des compromis, avec le risque d'ailleurs d'être perçu comme dangereux par ceux qui rêvent de vivre dans un monde ordonné et sécurisant ou par ceux qui estiment détenir la juste perception de ce qui est Vrai et Bien.

La possibilité qui nous est offerte dans une démocratie de nous opposer les uns aux autres, y compris en des termes qui peuvent être virulents, est une chance exceptionnelle à l'échelle de l'Histoire et représente, pensons-nous, un triomphe de la Vie au regard des systèmes totalitaires qui conduisent systématiquement à l'asservissement, à l'exclusion, à l'emprisonnement et à la mort.

7. Dans le même temps, une société démocratique prend en compte la nécessité de « civiliser » l'affrontement inévitable entre les prétentions et les revendications des uns et des autres, grâce à des institutions et des valeurs communes, elles-mêmes pensées et organisées démocratiquement, qu'elle aura veillé à mettre en œuvre.

Comme Luc Van Campenhout l'a excellemment formulé, *« c'est l'inscription ou non de l'épreuve dans un cadre institutionnel, réglementaire, contrôlé – pas nécessairement la justice, mais bien sûr aussi forcément la Justice – qui déterminera le passage de l'épreuve de force à l'épreuve de justice », car, « en se référant à des valeurs et principes à prétention universelle, les institutions se placent au-dessus des individus et se posent ainsi comme tiers ».*

À cet égard, toutes les institutions d'une société démocratique, qu'il s'agisse de l'État de droit et de la Justice mais aussi de l'école, des organismes de sécurité sociale, de la police, des services d'aide psycho-médico-sociaux, des institutions culturelles ou, bien sûr, des médiations – des différentes formes de médiation – constituent des lieux *« permettant de contenir au moins partiellement la violence, de progresser vers des issues sinon acceptables, sans doute moins inacceptables et de poursuivre le processus de coopération conflictuelle ».*

8. Il reste que nos systèmes démocratiques – et leur capacité à encadrer les conflits – sont actuellement menacés, comme ils l'ont d'ailleurs déjà été en d'autres temps, par des mouvements de fond et des courants de pensée qui ont tout autant été excellemment mis en lumière par plusieurs des intervenants de cette journée.

comporter de manière totalitaire lorsqu'il ne parvient pas à accepter qu'on ne pense pas comme lui. Anne-Marie Boudart et Carine Vander Stock ont d'ailleurs lumineusement mis en lumière combien tout être humain, lorsqu'il est confronté à une situation trop douloureuse, peut s'enfermer *« dans la certitude que son point de vue constitue LA SEULE réalité »*, et comment le processus de droit collaboratif est précisément organisé pour *« permettre au client de prendre conscience des vécus différents de chacun et de la coexistence concomitante de leurs paysages très différents – voire contradictoires – aussi vrais l'un que l'autre et qui ne s'excluent pas ».*

³ Comme Coralie Smets-Gary et Jean De Lathouwer l'ont intelligemment exprimé en conclusion de leur contribution, les hommes et les femmes font preuve de créativité en se disputant, et une société démocratique permet précisément à pareille créativité non seulement de s'exprimer mais de se déployer.

Il y a, d'une part, que notre planète mondialisée est devenue, à une vitesse fulgurante, selon l'expression de Marcel Gauchet rappelée par François Ost, une « *société de marché* », promouvant la recherche du profit personnel et la satisfaction des intérêts individuels. Une telle « société de marché », à défaut d'institutions suffisamment solides pour la réguler au profit de tous et dans l'intérêt de tous, devient ainsi le vecteur d'un individualisme exacerbé qui met à mal non seulement l'impératif de solidarité entre les êtres humains, mais aussi leur rapport aux institutions existantes de plus en plus souvent délégitimées.

Il y a d'autre part – ce qui peut paraître contradictoire mais ne l'est en réalité pas – que s'est développée dans le même temps une « *mystique du consensus* », comme l'a indiqué Luc Van Campenhout en empruntant cette formule à Alain-Gérard Slama, qui tend à faire penser que les conflits seraient stériles, qu'ils peuvent aisément être résolus, qu'il suffit de les « gérer » et que chacun est en mesure de s'adapter aux difficultés de son existence.

Ce qui se joue dans ces postures et qui menace effectivement le processus de civilisation, c'est un mécanisme psychique de refoulement et de déni qui constitue précisément, comme Mauricio Garcia nous l'a très bien expliqué, un mécanisme de résistance au conflit, car il consiste à nier la réalité des rapports de force, à se dissimuler que le conflit est « *la substance même de la vie sociale et de la vie tout court qui est faite d'épreuves où les humains se confrontent les uns aux autres* », à faire croire que le marché serait apte par lui-même à réguler la confrontation des intérêts individuels, à fermer les yeux sur les dérives auxquelles conduit « *l'investissement des enjeux "Moïques" au détriment de l'investissement du « nous » de la chose publique* » et à masquer les inégalités, les injustices et la précarité matérielle et/ou psycho-affective qui affectent un grand nombre d'hommes, de femmes et d'enfants.

9. Il est vrai que le conflit, autant que la misère d'ailleurs, dérange et fait peur, et que, dans un rêve de complétude, on peut souhaiter et espérer qu'il se dénoue par la réconciliation des uns et des autres, mais le risque est alors de refuser de voir que la difficulté, voire l'incapacité pour certains de juguler leurs pulsions et/ou leurs exigences peuvent les conduire à « éradiquer l'altérité » de ceux qui deviennent leurs proies. Outre que les conflits ne sont pas nécessairement solubles, il est tant de situations où il n'y a pas d'autre alternative, sauf à se taire et se soumettre, que d'avoir le courage d'affronter l'« adversaire » et de refuser la loi – sa loi – qu'il entend imposer.

La voie est malaisée, dans une société démocratique, lorsqu'il s'agit de trouver un équilibre entre, d'une part, la recherche permanente du consensus et des compromis et, d'autre part, la nécessité de résister ou de s'opposer aux comportements délétères d'emprise et d'appropriation secrétés par la logique de la « société de marché » et la posture psychique qu'elle contribue à alimenter.

Merci pour ces clignotants que les intervenants de cette matinée ont allumés et qui nous imposent plus que jamais d'être vigilants au regard des menaces qui pèsent sur nos systèmes démocratiques (ce qui se produit actuellement aux

États-Unis tout comme peut-être aussi dans notre petite Belgique n'en est-il pas un symptôme inquiétant ?).

Mais merci aussi bien sûr aux intervenants de cet après-midi qui ont bien fait apparaître combien les différents modes de gestion juridiques des conflits qu'ils nous ont présentés sont précisément caractérisés par l'«*état d'esprit démocratique*»⁴.

Comme l'indiquait récemment le sociologue Jean-Claude Kaufmann, dans un ouvrage pessimiste mais lucide, intitulé *La fin de la démocratie*, «*nous avons un infini besoin de médiations et de régulations*», et «*toutes les institutions qui maintiennent ["esprit de la république"] sont à défendre urgemment*»⁵.

10. Je terminerai cette modeste tentative de synthèse en mettant en évidence l'apport de la contribution éclairante de Jean-Michel Longneaux pour chacun des modes de gestion des conflits – ou plus exactement des modes d'intervention dans les conflits – qui nous ont été présentés.

Comprendre qu'un conflit interpersonnel est très souvent lié, au-delà de l'objet prétendu du litige, à la souffrance d'un être humain dépossédé de son identité, de ses relations privilégiées et de ses projets d'avenir, et accepter, dès lors, que l'enjeu réel du litige est de l'ordre des affects et du psychisme peuvent effectivement aider à appréhender, avec d'autres yeux et d'autres attitudes, l'audience dans le procès civil, la conciliation, l'arbitrage, la médiation et le droit collaboratif.

Quel que soit le mode de gestion du conflit mis en œuvre, il est dès lors précieux que non seulement le professionnel puisse appréhender les incidences de pareille souffrance sur les propos et les comportements des personnes⁶ mais aussi, dans

⁴ C'est Bénédicte Inghels qui, dans sa contribution, évoque à juste titre un «*état d'esprit*» qui est susceptible de présider à la conciliation, tandis que Dominique Mougenot souligne le caractère profondément «*démocratique*» du principe du contradictoire dans le procès civil.

Au surplus, les processus de gestion des conflits qui ne sont pas confidentiels et/ou qui se clôtureront par une décision contraignante (c'est-à-dire la Justice contentieuse, la conciliation judiciaire et l'arbitrage) sont intégralement soumis aux garanties «*démocratiques*» du «*procès équitable*» (voy. les contributions de Bénédicte Inghels et de Maxime Berlingin et Jean-François Tossens).

Il reste que les menaces qui pèsent aujourd'hui sur nos institutions démocratiques pèsent particulièrement sur le service public de la Justice en manque de moyens et de temps, comme Dominique Mougenot l'a aussi mis en évidence lorsqu'il évoque, notamment, la disparition de la collégialité et les limites imposées à la recherche de la vérité par le juge.

Inversement, l'arbitrage, alors même que ce processus est plus rapide, permet de consacrer du temps à la recherche de la vérité, y compris par la voie orale. La Justice «*privée*», qui se caractérise par ailleurs par la grande autonomie contractuelle dont les parties disposent, a dès lors le vent en poupe.

De manière plus fondamentale, toutes les contributions de l'après-midi ont mis l'accent sur la place qui est donnée, dans les différents processus de gestion des conflits, à l'«*altérité*», c'est-à-dire l'aptitude au respect, à l'écoute et à la bienveillance à l'égard de ce que l'«*autre*» peut vivre, éprouver et exprimer. C'est là précisément une posture inverse à la logique de la «*société de marché*».

⁵ J. C. KAUFMANN, *La fin de la démocratie. Apogée et déclin d'une civilisation*, Paris, Ed. LLL (Les liens qui libèrent), 2019, p. 276.

⁶ On ne peut à cet égard qu'être admiratif, à la lecture de sa contribution, de la manière dont un juge de la famille – Monsieur Degryse – est parvenu à percevoir et intégrer, dans l'exercice de sa fonction, cette compréhension de la souffrance qui peut être liée à la séparation d'un couple parental.

la mesure de ce que permet chaque type d'intervention, exprimer son empathie. Une souffrance peut d'autant mieux être apaisée qu'elle aura pu être reconnue et mise en mots.

11. Ce n'est évidemment pas un hasard, compte tenu de leurs grandes qualités humaines, si les intervenants de cet après-midi ont chacun pu mettre en évidence, de manière fine et pertinente, comment ils tentent d'y parvenir.

Mais, dans le même temps, la finalité et le dispositif de chacun de ces modes de gestion des conflits sont assurément, les uns comme les autres, nécessairement limités, comme toute œuvre humaine.

Ils tendent à élaborer une décision ou un accord. Par là même, ils peuvent contribuer mais ne pourront jamais se substituer au processus psychique de deuil et de renoncement inhérent à la condition humaine⁷, si bien décrit par Jean-Michel Longneaux.

Ils n'en restent pas moins tous, les uns comme les autres, des œuvres profondément humaines, profondément démocratiques et profondément civilisatrices.

⁷ C'est précisément ce processus psychique qui ouvre à l'altérité et qui caractérise l'état d'esprit démocratique, tout en étant aujourd'hui mis à mal par la logique de la société de marché.

Table des matières

Approche historique du conflit	7
<i>Annette RUELLE</i>	
Le primat de la défense sur l'attaque	16
La montée aux extrêmes	17
Le principe de la polarité	19
 Approche sociologique du conflit	 25
<i>Luc VAN CAMPENHOUDT</i>	
Introduction	25
I. L'angle de la relation : le conflit est une forme d'association	26
A. Contexte sociologique et conception du social	26
B. Approche du conflit	28
C. Implications pour les institutions	29
II. L'angle du symbolique : le conflit est une construction sociale	30
A. Contexte sociologique et conception du social	30
B. Approche du conflit	33
C. Implications pour les institutions	34
III. L'angle de l'expérience : le conflit est une épreuve	36
A. Contexte sociologique et conception du social	36
B. Approche du conflit	37
C. Implications pour les institutions	40
Conclusion	41
Tableau récapitulatif	43
 Approches psychologiques du conflit : quelques figures actuelles	 45
<i>Mauricio GARCÍA PEÑAFIEL</i>	
Introduction	45
I. Approche classique du conflit	46
II. L'individuel et le collectif du conflit	49

III. Les nouvelles formes du conflit dans le monde du travail : ce que nous pouvons apprendre des conflits liés au harcèlement et au « burn-out »	52
IV. L'intériorisation sournoise du conflit	56
V. Le narcissisme et les difficultés de consentir à la perte. Le désir de reconnaissance	60
A. Le narcissisme	60
B. Le désir de reconnaissance	62
Conclusion	65
Approche philosophique du conflit	69
<i>Jean-Michel LONGNEAUX</i>	
I. En quoi consiste une approche philosophique du conflit ?	69
II. Le conflit comme processus	71
III. Sur quoi porte un conflit ?	74
Prévention et gestion du conflit dans la phase judiciaire contentieuse	105
<i>Dominique MOUGENOT</i>	
Introduction	105
I. Prévention	105
II. Gestion	108
A. Les caractéristiques de la gestion du litige par les tribunaux	108
B. La décision de Justice	115
Conclusion	121
Le juge et la conciliation : au cœur du conflit ?	123
<i>Bénédicte INGHELS</i>	
Introduction	123
I. Le juge et le conflit dans le procès civil	125
A. La procédure judiciaire : le conflit régulé	126
B. Les droits de l'homme : le conflit protégé	128
C. Le rituel judiciaire : le conflit médiatisé	130
D. Conclusion provisoire : le procès civil : le conflit théâtralisé	133

II. Le juge et le conflit dans la conciliation judiciaire	133
A. La conciliation et la procédure: le conflit libéré?	134
B. La conciliation et les droits de l'homme: le conflit encore protégé	137
C. La conciliation et le rituel: le conflit humanisé	143
D. Conclusion provisoire: la conciliation judiciaire: un théâtre d'improvisations?	146
Conclusions	146
 La conciliation devant la chambre de règlement amiable du tribunal de la famille	149
<i>Jean-Marie DEGRYSE</i>	
I. Cadre de l'analyse	149
II. La particularité du conflit géré en chambre de règlement à l'amiable	149
III. Le conflit conjugal	151
IV. Le conflit parental	153
V. Le rôle du juge	153
 Le conflit étudié sous le prisme de l'arbitrage	159
<i>Maxime BERLINGIN et Jean-François TOSSENS</i>	
Introduction	159
I. Certaines caractéristiques classiques de l'arbitrage de nature à percevoir la conception du conflit par ce mode de règlement des litiges	161
II. Vers davantage d'« amicalité » et d'équité dans l'exercice de l'autorité ainsi que d'emprise des parties sur la solution de leur différend	166
A. La libre détermination du droit applicable au fond	167
B. L'amiable composition	168
C. La fixation ex aequo et bono du montant de dommages et intérêts	169
D. La combinaison des qualités d'arbitre et de médiateur	170
Conclusion et synthèse quant à l'approche du conflit par l'arbitrage	172

Conflit et médiation	175
<i>Coralie SMETS-GARY et Jean DE LATHOUWER</i>	
Introduction	175
I. Dans le contexte de la médiation civile, commerciale, sociale et familiale	176
A. Le texte de la loi	176
B. La pratique : que nous révèle la médiation du conflit ?	185
C. Le paradoxe : l'entente de médiation écrite	190
II. Dans le contexte de la médiation locale	191
A. Une responsabilité collective	191
B. La médiation, aussi pour prévenir	191
C. De la mobilisation personnelle à rechercher des issues au conflit ?	192
Conclusion	192
 L'approche du conflit par le droit collaboratif	195
<i>Anne-Marie BOUDART et Carine VANDER STOCK</i>	
Introduction	195
I. « Quand Harry rencontre Sally » ou quand et comment le droit collaboratif et son état d'esprit rencontrent le conflit	196
A. Le droit collaboratif, à quel moment du conflit ?	196
B. L'état d'esprit, quelle approche du conflit ?	198
II. « Un air de famille » ou les socles communs d'approche du litige au droit collaboratif et à la médiation	202
A. L'éthique du droit collaboratif : la bonne foi, la transparence, la loyauté et la confidentialité	202
B. Les principes d'une communication efficace, un « nouveau souffle »	202
C. « Pas à pas », le processus collaboratif fait de temps et d'étapes	204
III. « Entre deux rives » ou les socles particuliers d'approche du conflit dans le droit collaboratif	205
A. Les systèmes composant le droit collaboratif et leurs interactions	205
B. La partialité comme levier et outil d'une autre approche du conflit	207
C. Le travail d'équipe, « le premier cercle »	212
D. Le retrait, une autre manière d'appréhender le conflit	215

E. « Tous en scène », un espace pour la gestion des tiers « recrutés » par le conflit	216
F. « Le cinquième élément », la dynamique de travail des « 5 C »	217
G. Le processus et ses outils en tant qu'approche différente du conflit	218
Conclusion, « Sans arme, ni haine, ni violence »	219
Propos conclusifs	221
<i>Jean-Louis RENCHON</i>	

