

Jean A. Mirimanoff

Les principes de la Mediation

Pour éclairer la problématique de l'universalité de la médiation dans le contexte européen, l'expérience de la Croix-Rouge nous servira de repère.... A la suite des trois principales avancées précitées et de celles d'autres continents sans doute, la nécessité d'établir par un large consensus un accord universel sur les principes de la médiation deviendra de plus en plus évidente....Pour favoriser de nouvelles avancées dans ce domaine, il convient manifestement de changer d'approche, de chercher à cerner les principes d'une manière plus globale, plus interdisciplinaire, plus scientifique et avec des acteurs de toute provenance et de tous les continents.

Zitiervorschlag: Jean A. Mirimanoff, Les principes de la Mediation, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2010/4

Table des matières

Avantpropos

1. Le traité de Westphalie (1648) : une médiation aboutie
2. La XXème Conférence de la Croix-Rouge (1965) : consécration de principes universels
 - 2.1. Genèse et essor
 - 2.2. Humanité
 - 2.3. Impartialité
 - 2.4. Neutralité
 - 2.5. Indépendance
 - 2.6. Absence de pouvoir ou humilité
 - 2.7. Confidentialité
3. Les instruments du Conseil de l'Europe (1998 - 2007)
 - 3.1. Les Recommandations
 - 3.2. Les Avis
 - 3.3. Les Lignes directrices
4. Le Code de Conduite Européen (UE) pour les Médiateurs (2004)
5. Tentative de synthèse
 - A. Les principes substantiels
 - 5.1. Humanité de la médiation
 - 5.2. Impartialité ou multipartialité du médiateur
 - 5.3. Liberté et autonomie
 - 5.4. Responsabilité
 - B. Les principes dérivés ou fonctionnels
 - 5.5. Indépendance du médiateur
 - 5.6. Neutralité du médiateur
 - 5.7. Humilité ou absence de pouvoir du médiateur
 - 5.8. Confidentialité, confiance et confidences
 - 5.9. La médiation : une ou multiple ?

Conclusion

Avantpropos

[Rz 1] Pour éclairer la problématique de l'universalité de la médiation dans le contexte européen, l'expérience de la Croix-Rouge nous servira de repère. Plusieurs raisons nous y invitent : l'identité entre plusieurs principes de la Croix-Rouge et de la médiation, la position de tiers de la Croix-Rouge dans le conflit, les souffrances humaines auxquelles elle doit faire face, et la reconnaissance de l'universalité de la Croix-Rouge et de ses principes par la communauté internationale.

[Rz 2] Le commentaire de Jean Pictet¹ nous servira ainsi de trame :

« La Croix-Rouge a proclamé son unité et son universalité. Or, ces notions ne peuvent se fonder que sur la ressemblance. Si les hommes diffèrent, la nature humaine est partout semblable. Et rien n'est plus

répandu que la souffrance : tous les hommes y sont exposés et y sont sensibles au même titre.

Mais si l'on connaît aujourd'hui l'unité du psychisme humain, on ne croit plus qu'il y ait une seule civilisation valable et digne de ce nom. On admet, au contraire, le pluralisme des cultures et la nécessité de s'en approcher, de les étudier en profondeur. On s'aperçoit alors que les principes humanitaires appartiennent à tous les peuples et qu'ils plongent des racines dans tous les terrains fertiles. Lorsque l'on réunit et que l'on compare les diverses morales, que l'on élimine les scories, c'est-à-dire ce qu'elles ont de particulier, il reste au fond du creuset un métal pur, qui est le patrimoine commun de l'humanité. »

[Rz 3] Ayant rappelé la genèse de ces principes lors de la Conférence de la paix de Westphalie (I), constaté leur consécration internationale par la XXème Conférence de la Croix-Rouge (II) et leur rejaillissement au sein du Conseil de l'Europe (III) et de l'Union Européenne (IV), une première synthèse en sera tentée (V) avant de conclure.

1. Le traité de Westphalie (1648) : une médiation aboutie

[Rz 4] Le traité de Westphalie termina la guerre de Trente ans qui mit à feu et à sang la plupart des pays européens. Il constitue le démenti le plus cinglant à ceux qui affirment encore aujourd'hui que la médiation ne trouve pas d'origine en Europe. En effet, le préambule du traité fait expressément référence et à la médiation entreprise et à son médiateur, le représentant vénitien Alvise (Aloisius) Contarini. Le texte proclame que la paix avait été rendue possible grâce à son intervention et à ses efforts (à lui) et qu'il avait « rempli sans relâche la mission d'un médiateur pendant presque cinq ans en demeurant indépendant vis-à-vis des exigences des Parties »².

[Rz 5] Comprenant plus de vingt pays, la médiation entreprise représente l'une des plus complexes de notre histoire. La République de Venise avait été chargée par les belligérants de lui déléguer à cette fin un diplomate parce qu'elle avait opté pour la neutralité pendant le conflit³.

[Rz 6] Comme l'a relevé Duss-von Werdt, cette médiation fait ressortir plusieurs traits modernes : une médiation par navettes, avec une diplomatie fondée sur la confidentialité des entretiens, menée de manière neutre et impartiale, avec certaines séances en co-médiation. En soumettant à

¹ Les principes fondamentaux de la Croix-Rouge, Institut Henri Dunant, 1979, p.9 ss ; Jean Pictet, ancien vice-président du CICR, a été l'un des grands penseurs de ce mouvement au siècle dernier et le pionnier de la « Réaffirmation et développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés » ; la Conférence diplomatique de ce nom a adopté deux Protocoles additionnels aux quatre Conventions de Genève, Protocoles applicables dans les conflits armés internationaux et non internationaux : cf. Jean A. Mirimanoff, *Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, in: Revue belge de droit international, 1974.

² Joseph Duss-von Werdt, *Homo mediator, Geschichte und Menschenbild der Mediation*, Klett-Cotta, Stuttgart, 2005, p. 33- 43, traduit de l'allemand par l'auteur.

³ Pour se préserver vis-à-vis de l'Empire ottoman ; la Confédération des cantons suisses, dont les sympathies allaient selon les confessions vers les deux camps, était restée neutre, aussi par nécessité.

ses autorités ses projets d'instructions, Contarini énonçait clairement ces concepts et modes de conduite, dégageant pour la première fois de manière expresse et consciente

les principes de la médiation.

2. La XXème Conférence de la Croix-Rouge (1965) : consécration de principes universels

2.1. Genèse et essor

[Rz 7] Le développement du droit international à la fin du XIXème siècle, en particulier du droit de la guerre et de la neutralité, allait favoriser la réinvention des principes découverts par Contarini. Avec un autre acteur comme tiers : la Croix-Rouge, confrontée elle aussi aux belligérants. Ayant pour vocation de proposer ses services en faveur des victimes des Parties aux conflits armés, la Croix-Rouge, et tout particulièrement le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), devait d'abord se fixer à soi-même après le premier conflit mondial et ensuite se voir fixer des principes, c'est-à-dire « *des règles, fondées sur le jugement et l'expérience, qu'une communauté adopte pour guider sa conduite* »⁴. Ce fut une longue germination, qui aboutit à la XXème Conférence internationale de la Croix-Rouge à Vienne en 1965, à laquelle nos pays ont participé. La communauté internationale adopta alors sept principes fondamentaux sur lesquels repose l'action de la Croix-Rouge : **humanité, impartialité, neutralité, indépendance, bénévolat, unité et universalité**. C'est à Jean Pictet que l'on doit de les avoir commentés de manière fouillée et précise, après une réflexion mûrie par l'expérience d'une vingtaine d'années dans l'institution, et celle d'un siècle pour l'organisation de Genève. Un résumé en sera tiré pour les quatre premiers principes⁵, que l'on retrouvera, explicitement ou implicitement, formulés trois décennies plus tard dans les résolutions adoptées par un autre forum : le Conseil de l'Europe, et dans un autre contexte : la médiation interne.

2.2. Humanité

« Née du souci de porter secours sans discrimination aux blessés des champs de batailles, la Croix-Rouge, sous son aspect international et national, s'efforce de prévenir et d'alléger en toutes circonstances les

⁴ Cf Jean Pictet, *op.cit.*, note 1, p. 9

⁵ Le temps et l'espace manquent pour comparer le principe d'unité dans le monde de la Croix-Rouge et celui de la médiation. La médiation est à la fois une et multiple. Une dans ses principes, multiples dans ses modalités d'expression : interne et internationale ; conventionnelle et judiciaire ; civile, pénale ou administrative ; prud'homale, scolaire ou de voisinage ; inter ou intra -entreprises, etc. Quant au bénévolat, il se rencontre dans plusieurs formes de médiation, de quartier par exemple ou à l'occasion de manifestations sportives.

souffrances des hommes. Elle tend à protéger la vie et la santé ainsi qu'à faire respecter la personne humaine. Elle favorise la compréhension mutuelle, l'amitié, la coopération et une paix durable entre tous les peuples. »

[Rz 8] C'est le principe essentiel, avec celui d'impartialité qui lui est « *étroitement relié* ». La neutralité et l'indépendance sont des principes dérivés, en ce sens qu'ils « *rendent possibles la mise en œuvre du principe essentiel et permettent de faire passer, sans déformation, les principes substantiels dans la réalité des faits.* » Neutralité et indépendance appartiennent donc au domaine des moyens.

[Rz 9] La Croix-Rouge présuppose et propose une certaine vision du monde, au centre de laquelle se situe le respect de la personne humaine, une philosophie optimiste qui marque par ses actes la foi en l'existence, ce que proclame sa devise : *inter arma caritas*.

2.3. Impartialité

« Elle ne fait aucune distinction de nationalité, de race, de religion, de condition sociale ou d'appartenance politique. Elle s'applique seulement à secourir les individus à la mesure de leur souffrance et à subvenir par priorité aux détreffes les plus urgentes. »

[Rz 10] Outre les idées de non discrimination et de proportionnalité, l'impartialité implique non pas une abstention (ce qui serait confondre impartialité et neutralité), mais au contraire une action sans prévention, c'est-à-dire sans faveur. L'impartialité suppose que le tiers appelé à intervenir jouisse d'une double liberté : « *vis-à-vis de soi-même et vis-à-vis du monde* ».

[Rz 11] La dernière tend à se confondre avec l'indépendance ; quant à la liberté intérieure, « *elle est plus difficile encore à conquérir : la passion, les complexes psychiques, les idées reçues faussent le comportement des êtres et, ce qui est grave, le plus souvent à leur insu* ».

2.4. Neutralité

« Afin de garder la confiance de tous, elle s'abstient de prendre part aux hostilités et, en tout temps, aux controverses d'ordre politique, racial, religieux ou philosophique. »

[Rz 12] C'est donc une notion essentiellement négative, contrairement avec la précédente avec laquelle elle est souvent confondue : « *le neutre refuse de se prononcer, l'impartial choisit selon des règles préétablies* ». L'abstention d'entrer dans la controverse représente aussi un premier pas vers le chemin de la paix. Ne pas prendre parti, c'est garder le silence, un des aspects de **la confidentialité** dont il sera question plus bas.

2.5. Indépendance

[Rz 13] « *La Croix-Rouge est indépendante...* ». Elle doit garder son autonomie.

[Rz 14] L'indépendance externe, par rapport aux parties, est un gage de sa neutralité à leur égard. L'indépendance interne rejoint ce qui a été évoqué à propos de l'impartialité.

2.6. Absence de pouvoir ou humilité

[Rz 15] Il ne s'agit pas d'un principe reconnu, mais d'une constante entourant le rôle du tiers qu'est la Croix-Rouge en période de conflits armés, concept qui rejoint celui de l'indépendance. L'autorité accordée à son action est d'ordre moral, et non politique, et découle de la confiance que les Parties lui accordent dans chaque cas particulier.

2.7. Confidentialité

[Rz 16] Il ne s'agit pas non plus d'un principe reconnu comme tel, mais d'un concept dérivé de la neutralité et de l'indépendance. Sans la confidentialité entourant les contacts en aparté ou les négociations à plusieurs, la confiance des Parties au conflit est souvent impossible à établir.

* * *

[Rz 17] L'un des grands mérites du Commentaire de Jean Pictet, cité souvent ci-dessus, consiste à nous permettre de mieux cerner ces principes, de mieux les distinguer entre eux, d'en découvrir les diverses facettes, et d'en faire ressortir l'interdépendance. Ils auront surtout dans notre contexte l'avantage de mieux éclairer leurs correspondants dans la médiation, qu'elle soit internationale ou interne, parce qu'ils ont mûri pendant plus d'un siècle avant leur adoption, à l'épreuve de la dure réalité des souffrances humaines, celles des victimes des conflits armés. Par comparaison, les principes mentionnés dans les instruments du Conseil de l'Europe ont été introduits sans le même recul, sans les mêmes réflexions nourries par une longue expérience, et sans l'universalité que représente la XXème Conférence de la Croix-Rouge. De plus, il n'existe pas encore au sein du Conseil de l'Europe de Guide ou de Commentaire à leur sujet. Cela peut expliquer leur apparition partielle dans certaines résolutions, une certaine incohérence et un certain flou entre ces concepts dans ce nouveau contexte.

3. Les instruments du Conseil de l'Europe (1998 - 2007)

3.1. Les Recommandations

[Rz 18] Le Conseil de l'Europe a adopté quatre recommandations concernant la médiation :

- La Recommandation No R (98)1 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la médiation familiale

- La Recommandation No R (99) 19 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la médiation en matière pénale
- La Recommandation Rec(2001) 9 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées
- La Recommandation Rec(2002) 10 du Conseil des Ministres aux Etats membres sur la médiation en matière civile

[Rz 19] Dans la partie concernant le processus, la première recommandation indique que le médiateur est « *impartial dans ses rapports avec les parties* » et « *neutre quant à l'issue du processus de médiation* », les discussions durant la médiation étant « *confidentielles* ». Dans la partie concernant l'organisation il est précisé que « *la médiation ne devrait en principe pas être obligatoire* ».

[Rz 20] Dans la partie concernant la définition, la deuxième recommandation parle du « *consentement libre* » des parties à y participer ou non, et « *d'un tiers indépendant (médiateur)* ». Dans la partie sur les principes généraux il est précisé que « *les discussions relevant de la médiation sont confidentielles* ». Dans sa partie sur le traitement des affaires individuelles, il est indiqué que « *la médiation devrait se dérouler de manière impartiale* ».

[Rz 21] Dans la partie concernant la réglementation des modes alternatifs, la troisième recommandation précise qu'elle devrait « *assurer l'indépendance et l'impartialité des [...] médiateurs* ». Il est indiqué que « *la conciliation ou la médiation peuvent être imposées par la loi* ». Il est fait état de « *l'observation d'une certaine discrétion* ».

[Rz 22] Dans la partie concernant le processus, la quatrième recommandation indique que le médiateur devrait agir « *de manière impartiale et indépendante* », et qu'il « *n'a pas le pouvoir d'imposer une solution aux parties* », après avoir rappelé que « *les informations relatives au processus sont confidentielles* ».

[Rz 23] Ainsi le principe d'impartialité apparaît (avec des libellés différents) dans toutes les recommandations, celui d'indépendance et celui de la confidentialité (avec des libellés différents) dans trois d'entre elles, celui de neutralité qu'une fois, tandis que le caractère libre du processus (avec des libellés différents) est retenu trois fois, mais peut être exclu dans le cas de la médiation administrative.

3.2. Les Avis

[Rz 24] La Conférence européenne des juges sur « le Règlement précoce des litiges et le rôle des juges » ne s'est pas prononcée sur ces principes dans ses conclusions finales⁶.

⁶ Strasbourg, Conseil de l'Europe, Conclusions du 25 novembre 2003.

[Rz 25] Le Conseil Consultatif de Juges Européens (CCJE) dans son avis à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur « le procès équitable dans un délai raisonnable et le rôle des juges en prenant en considération les modes alternatifs de règlement des litiges » (MARL)⁷ aborde fragmentairement certains principes dans sa partie relative aux MARL. Le ch. 151 reconnaît aux parties *la faculté de refuser la médiation*, le ch.154 admet que *les opérations de médiation et les déclarations des parties sont confidentielles* en matière civile et administrative, la question restant ouverte pour les documents, le ch. 161 traite de *l'impartialité des juges qui, médiateurs*, ne doivent s'acquitter de ces tâches que dans les affaires autres que celles sur lesquelles ils sont chargés de statuer.

3.3. Les Lignes directrices

[Rz 26] La Commission Européenne pour l'Efficacité de la Justice (CEPEJ) a adopté le 7 décembre 2007 à Strasbourg trois Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre des Recommandations existantes concernant :

- la médiation en matière pénale CEPEJ (2007) 13
- les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées CEPEJ (2007) 14 et
- la médiation familiale et en matière civile CEPEJ (2007) 15.

[Rz 27] Dans la partie intitulée « code de conduite » de ces Lignes il est indiqué que « *Les Etats membres devraient prendre des mesures pour garantir, au sein de leurs Etats, l'unité des concepts, du champ d'application et des garanties des grands principes de médiation (respectivement des MARL pour la deuxième) , tels que la confidentialité, en adoptant des mesures législatives et/ou en développant des codes de conduite pour les médiateurs (respectivement pour la deuxième : lorsqu'elle s'applique) ».*

[Rz 28] Les principes sont ainsi renvoyés à la législation ou à la pratique nationale, seule la confidentialité étant mentionnée nominalement dans les Lignes directrices.

[Rz 29] L'intérêt de ces Lignes directrices réside essentiellement dans les mesures concrètes et précises de mise en œuvre qu'elles suggèrent tant pour le secteur public que pour le secteur privé, en particulier sur le plan de l'information, de la sensibilisation et de la formation, étant évident - comme l'expérience nationale l'enseigne dans de nombreux pays - que la loi à elle seule n'a pas ou guère d'impact dans les habitudes du monde judiciaire et universitaire, tous acteurs confondus. Ces Lignes constituent un bon point d'appui vis-à-vis des autorités nationales, souvent absorbées par d'autres priorités.

* * *

[Rz 30] Le mérite des instruments du Conseil de l'Europe consiste à avoir su nommer les principaux principes de la médiation et à les avoir consacrés pour la première fois dans des textes de portée européenne. Pourtant leur vision judiciaire devait forcément conduire à l'impasse et au renvoi aux législations nationales, car la médiation, par essence se situe sur un autre plan que les modes traditionnels de résolution des litiges, avec des caractéristiques, des objectifs et des méthodes propres qu'une vision à la fois globale et multidisciplinaire permettra de mieux reconnaître.

4. Le Code de Conduite Européen (UE) pour les Médiateurs (2004)

[Rz 31] De son côté, mais plus tard, l'Union Européenne s'est intéressée à son tour aux « modes **alternatifs** de résolution des conflits »⁸, d'abord en publiant en avril 2004 un document de réflexion appelé le « Livre vert », puis en organisant en juillet 2004 le lancement d'un code de conduite pour les médiateurs, et enfin en adoptant le 21 mai 2008 une résolution sur la médiation en matière civile et commerciale visant, notamment dans les relations transnationales, à assurer un cadre juridique stable contribuant à mettre la médiation à égalité avec la procédure civile.

[Rz 32] Faute de temps et de place, nous nous limiterons à un survol du code, qui est applicable à « *tous les types de médiation en matière civile et commerciale* ».

[Rz 33] Ce document représente une nouvelle avancée de la résolution amiable en Europe : il reprend et renforce *sur le plan européen* dans le cadre de l'UE les principes de la médiation, les complète et tente de les élaborer davantage, tant de manière explicite qu'implicite. C'est ainsi qu'il nomme et définit l'*indépendance* et la *neutralité* (ch.2.1), l'*impartialité* (ch.2.2), la *confidentialité* (ch.3.1. par. 2), en faisant aussi référence à d'autres principes importants dans le texte : la *liberté* des parties tant vis-à-vis du processus que de l'accord final (ch.3.3 par.1 et 2), et la *responsabilité* du médiateur quant à ses devoirs d'information (ch.1.2, et ch.3.2 par 2).

[Rz 34] Etabli par des médiateurs, le texte s'est bien dégagé du carcan réducteur de la judiciarisation, et a approfondi la réflexion sur les concepts. Il n'établit cependant pas - encore - la hiérarchie mentionnée par Pictet entre principes substantiels et principes fonctionnels ou dérivés, et peine à faire le départ entre l'indépendance et la neutralité, le caractère

⁷ CCJE (2004) OP No 6, du 22-24 novembre 2004.

⁸ Une terminologie différente de celle de « résolution **amiable** » employée par la Chambre de Commerce internationale (Preamble of ADR Rules of ICC, in : Schäfer/Verbist/ Imhoos, ICC Arbitration in Practice, Kluwer Law int. 2005, appendix 8) et une partie de la doctrine (cf. Thierry Garby, La Gestion des conflits, CMAP-Economica, Paris, 2004, p.8 et 51 : la médiation est une alternative à la négociation). A vrai dire seul l'arbitrage est l'alternative à la procédure civile.

négatif de ce dernier principe ne ressortant pas, ou pas assez, de la rédaction actuelle. Et, plus étonnamment de la part de médiateurs confrontés à la souffrance humaine, le principe clef, celui de l'humanité de la médiation, est totalement passé sous silence.

[Rz 35] Ce code est d'autant le bienvenu que les pratiques et les législations nationales présentent une vaste diversité de situations : entre d'un côté l'absence de code et de législation nationale et de l'autre la présence de l'un et de l'autre, et au milieu de tout cela un choix de principes dans lesquels on rencontre le plus souvent l'impartialité et la confidentialité⁹.

5. Tentative de synthèse

[Rz 36] A la suite des trois principales avancées précitées et de celles d'autres continents sans doute, la nécessité d'établir par un large consensus un accord universel sur les principes de la médiation deviendra de plus en plus évidente. Il appartiendra donc à un forum international comprenant des représentants issus de tous les milieux concernés de s'atteler à la tâche, par exemple la Conférence Internationale de Médiation pour la Justice (CIMJ/ICMJ, Montréal/Paris)¹⁰.

[Rz 37] On tentera une première esquisse dans cette perspective, avec comme principes substantiels : humanité, impartialité, liberté et responsabilité, et comme principes fonctionnels ou dérivés : indépendance, neutralité, humilité et confidentialité, faute de pouvoir traiter de l'unité, principe encore assez éloigné.

A. Les principes substantiels

5.1. Humanité de la médiation

« 1. La personne humaine est au cœur de la médiation et la médiation au cœur de la personne humaine.

2. La médiation a pour **objectif** de rétablir ou d'améliorer le dialogue entre les parties, de manière à leur permettre de trouver à leur différend ou problème une solution mutuellement avantageuse.

3. La médiation a pour **effet** d'atténuer, de mettre fin ou de prévenir les souffrances ou les préoccupations des parties. »

[Rz 38] Il est important, ne serait-ce déjà que pour contrer

la tendance à judiciaireiser - donc à dénaturer - la médiation, de dégager par ce principe ses caractéristiques, objectifs et méthodes propres.

[Rz 39] Ad al.1. D'une part le processus de médiation va s'intéresser surtout aux personnes, à leurs émotions, valeurs, besoins, préoccupations et intérêts, tandis que la procédure civile ou arbitrale¹¹ se concentrera sur les faits pertinents et le droit applicable, dans le cadre restreint des conclusions des parties en dehors desquelles il n'est pas admis de s'aventurer¹².

[Rz 40] D'autre part le processus va conduire chacune des parties à une introspection, à un voyage au sein de soi-même, pour s'y découvrir et reconnaître l'autre.

[Rz 41] Ad 2. La médiation ne partage donc pas l'objectif - restreint - de la procédure civile ou arbitrale consistant à « résoudre le litige », mais la tâche du médiateur vise essentiellement à permettre aux parties à renouer, reconstruire ou préserver leurs liens. Son objectif tend à reconstruire l'avenir, celui de la procédure à régler le passé.

[Rz 42] Ad 3. Il est frappant de constater - souvent fortement - la manifestation de la souffrance humaine des parties : elle peut s'exprimer librement dans le processus, alors qu'elle n'est pas « appropriée » ou « pertinente » dans la procédure civile ou arbitrale. Étonnamment les émotions y apparaissent aussi pour les personnes juridiques. La diminution ou la fin des souffrances ou des préoccupations humaines n'est que la conséquence du processus, le médiateur n'étant pas le thérapeute des parties, mais celui qui leur accorde toute son empathie, et qui facilite l'expression parfois libératrice de leurs émotions.

[Rz 43] Confrontées toutes deux à la souffrance humaine, la Croix-Rouge et la médiation se trouvent en situation de symétrie inversée : la Croix-Rouge tend à atténuer les souffrances humaines, ce qui peut avoir pour effet de contribuer à reconstruire les liens entre les Parties au conflit, tandis que la médiation tend à reconstruire les liens des parties, ce qui peut avoir pour effet de contribuer à atténuer leurs souffrances¹³.

⁹ Cf. Jayne Singer and Cameron Mc Canna, The UE Mediation Atlas : Practice and Regulation, CEDR, 2005, l'impartialité y étant souvent confondue avec la neutralité, comme semble-t-il au Canada : Hélène de Kovachich, Guide pratique de la Médiation, Carswell, 1997, p.31, ch.1.5.1. Le Règlement suisse de médiation commerciale des Chambres de commerce suisses mentionne à son art. 12 l'indépendance, la neutralité et l'impartialité du médiateur, et à son art. 18 la confidentialité de la médiation et des séances, des observations, déclarations ou propositions faites devant le médiateur par les parties.

¹⁰ Fondée le 17 novembre 2009 à Paris, au Palais du Luxembourg.

¹¹ Et la conciliation traditionnelle.

¹² Interdiction de statuer *ultra petita*.

¹³ Sur le principe d'humanité cf. encore : Hans Haug, Les principes fondamentaux du mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge, Institut Henry Dunant, Gd P. Haupt, Vienne, 1993 ; André Durand, *Quelques remarques sur l'élaboration des principes de la Croix-Rouge chez Gustave Moynier*, in : Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet, éd. par Christophe Swinarski, CICR et Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1984, p. 861 ss, not. p. 866 et 867 ; Jacques Meurant, *Principes fondamentaux de la Croix-Rouge et humanisme moderne*, in : Etudes précitées, p. 893 ss ; Jacques Moreillon, *Du bon usage de quelques Principes fondamentaux de la Croix-Rouge*, in : Etudes précitées, p.913 ss

5.2. Impartialité ou multipartialité du médiateur

« 1. Le médiateur s'engage à servir les parties de manière équitable dans le processus, sans établir entre elles de distinction de caractère défavorable.

2. Il en assure la bonne conduite, en tenant compte des circonstances du cas d'espèce, y compris des éventuels déséquilibres de rapports de force et du droit protégeant la partie la plus faible. »

[Rz 44] Selon Jean Pictet cité plus haut, « l'impartial choisit selon des règles préétablies », et selon le code de l'UE (ch.2.2 et ch. 3.1 par 4) il doit « tenir compte des circonstances du cas d'espèce », les deux textes étant ici combinés pour traduire l'idée d'une aide, d'une action positive sous-jacente : la multipartialité, soit l'empathie accordée de manière « équitable » aux parties, ce qui ne signifie pas de manière mécaniquement identique¹⁴.

5.3. Liberté et autonomie

« 1. Les parties sont libres d'accepter ou de refuser d'entrer dans le processus, et peuvent le quitter en tout temps. Elles demeurent également libres d'accepter ou de refuser les solutions qui en émergent, sans avoir à motiver leur choix.

2. Le médiateur est libre dans la même mesure d'entamer, de poursuivre, et de suspendre le processus ou d'y mettre fin. »

[Rz 45] La liberté d'accepter ou non le processus caractérise la médiation et la distingue de la conciliation préalable obligatoire.

[Rz 46] La question du caractère volontaire de la médiation familiale fait débat, certaines législations d'Etats américains l'ayant rendue obligatoire pour les parents, la question pouvant se poser en Europe pour la médiation familiale transnationale¹⁵. L'injonction faite aux parents par le juge ou le législateur de se rendre à une séance d'information sur la médiation familiale, comme le prévoit la législation française¹⁶, constitue une réponse appropriée et un compromis équilibré entre le besoin de protection de l'enfant résultant de

l'effet pacificateur du processus d'une part et la liberté des parents d'autre part.

[Rz 47] Le médiateur pourra se retirer lui aussi du processus sans avoir à en justifier. Ce sera le cas en particulier lorsqu'il constate ou a des raisons suffisantes de croire que la présence de l'une des parties repose sur de la contrainte ou que, de toute autre manière, le consentement d'une partie d'entrer ou de rester dans le processus, ou son consentement vis-à-vis de la solution qui en émerge est vicié. Il en va de même en cas de comportement déloyal ou délictuel de l'une des parties.

5.4. Responsabilité

« 1. Les parties ont le devoir de s'engager de bonne foi dans le processus et de s'y comporter de manière transparente, ainsi que d'en respecter la confidentialité. Elles sont responsables de son issue.

2. Le médiateur a le devoir de s'assurer que les parties comprennent les caractéristiques du processus de médiation, de leur rôle et du sien. Il doit s'assurer que les parties donnent leur consentement à la solution retenue de manière libre et éclairée, et les inviter - le cas échéant - à consulter. Il mettra fin à la médiation si la solution envisagée lui paraît irréalisable ou contraire à la loi ou à son code de déontologie. Il interrompra la médiation s'il considère que sa poursuite a peu de chance d'aboutir. Il est responsable de la bonne conduite du processus. »

[Rz 48] Le principe de responsabilité est le corolaire de celui de liberté. Le texte s'inspire du code de l'UE (ch.3.1, 3.2).

B. Les principes dérivés ou fonctionnels

5.5. Indépendance du médiateur

« Le médiateur est indépendant. Il doit révéler aux parties tous les faits ou circonstances de nature à compromettre objectivement ou subjectivement son indépendance, ceci à tous les stades du processus. »

[Rz 49] L'indépendance et la neutralité sont les principes d'application ou dérivés de l'impartialité. Sur les aspects internes et externes de l'indépendance, on peut se reporter au passage cité plus haut sur le principe correspondant de la Croix-Rouge.

5.6. Neutralité du médiateur

« Le médiateur s'abstient de prendre part à la controverse. Il se gardera de s'exprimer sur le contenu du différend ou du problème opposant les parties ».

[Rz 50] Ce principe conduit le médiateur à ne pas agir en faveur ou en défaveur de l'une des parties. C'est une règle simple de comportement négatif, pourtant presque totalement

¹⁴ Thierry Garby, La Gestion des conflits, CMAP-Economica, Paris, 2004, p. 75, souligne la difficulté de l'équilibre à tenir dans ces situations.

¹⁵ Cf. dans ce sens Danièle Ganancia, La médiation familiale internationale – la diplomatie du cœur dans les enlèvements d'enfants, Trajets, Erès, 2008.

¹⁶ Art. 255 C civ., injonction non susceptible de recours selon l'art. 1071 al.3 CPC : cf. Béatrice Gorchs, Médiation familiale, Point de vue de l'universitaire, colloque de l'Ordre des Avocats du barreau de Chambéry, 19.3.2010. (Dans le même sens le CPC suisse à son art. 297 al.2 parle d'injonction aux parents de tenter une médiation, ce qui pourrait les conduire à devoir s'informer). De lege ferenda il est prévu d'expérimenter en France la médiation familiale obligatoire avant toute saisine du juge tendant à modifier l'exercice de l'autorité parentale et le montant de la contribution de l'enfant : Dépêches JurisClasser, mars 2010, 219.

méconnue parce que souvent confondue avec l'impartialité. La question d'un éventuel intérêt du médiateur dans l'issue de la médiation concerne donc l'indépendance du médiateur, pas sa neutralité. Il en va de même du nouveau concept de « *neutralité active* », qui à notre sens se confond avec la notion de multipartialité.

5.7. Humilité ou absence de pouvoir du médiateur

« *Le médiateur n'a aucun pouvoir de décision ni aucune autorité sur les parties. S'il exerce la fonction de magistrat judiciaire, il se déportera ou se récusera pour ne pas devoir trancher le litige si la médiation n'aboutit pas.* »¹⁷

[Rz 51] C'est le principe dérivé de la liberté des parties. L'absence de pouvoir caractérise le rôle du médiateur, selon une sensibilité généralement partagée en Europe. La médiation internationale a cependant introduit quelque doute ou confusion dans sa pratique présente¹⁸ ou passée¹⁹.

5.8. Confidentialité, confiance et confidences

« *Les parties et le médiateur s'interdisent de dévoiler à des tiers toutes les déclarations, opinions ou propositions émises lors du processus, ou de produire dans des procédures ultérieures des documents les reflétant, sauf accord écrit des parties. Les parties s'interdiront de citer leur médiateur comme témoin. Le médiateur tiendra en outre pour confidentielles l'existence du processus et l'identité des parties.* »

[Rz 52] La confidentialité est la garantie à la fois la plus sûre et la plus féconde aussi de la liberté des parties, dont elle constitue un principe dérivé, en particulier de leur liberté d'expression et de formuler, sans craintes pour le cas d'une procédure ultérieure, des propositions. Elle est la clef de voûte de la médiation civile et commerciale. Sans elle il est douteux que les parties consentent à se dévoiler de la même manière. La confidentialité engendre la confiance dans le processus, et encourage les confidences des parties devant le médiateur. Le cas échéant, pour en renforcer les effets, il y aura double confidentialité en cas d'apartés (*caucuses*). Le médiateur ne pourra alors révéler ce qu'il y a recueilli qu'avec le consentement exprès de la partie concernée.

[Rz 53] Le médiateur sera tenu la plupart du temps de par la loi ou par son code de déontologie à son secret professionnel. Les parties s'engageront à respecter ce devoir dans leur engagement de médiation, la forme écrite étant recommandée, et des pénalités conventionnelles pouvant y figurer. La confidentialité ne doit cependant pas avoir pour effet de permettre à une partie de produire dans le processus de médiation à titre confidentiel des documents ou autres moyens

de preuves possibles dans une procédure ultérieure, ce qui lui permettrait de s'opposer abusivement à leur production ultérieure si la médiation n'aboutit pas. Si les parties conviennent en médiation d'une expertise, elles devront auparavant s'entendre sur son caractère confidentiel ou non (comme sur son caractère indicatif ou contraignant).

5.9. La médiation : une ou multiple ?

[Rz 54] Le choix entre les familles de systèmes de médiation intra ou extrajudiciaire et les systèmes hybrides relèvent de critères extrinsèques à la médiation, les différents modèles ayant été admis comme possibles au sein du Conseil de l'Europe comme de l'Union européenne²⁰. Leur choix n'a - a priori - aucune incidence sur les principes, si ce n'est que le magistrat médiateur doit pouvoir se récuser, se déporter ou se dessaisir du cas si le processus échoue, pour préserver la confidentialité.

[Rz 55] Unité et universalité des principes sont des questions interdépendantes²¹.

[Rz 56] Aujourd'hui on a fragmenté artificiellement la médiation en secteurs, ou chasses gardées : les juristes en médiation civile, pénale et administrative, les sociologues en médiation de quartier, scolaire, médicale, d'entreprise (intra ou interentreprises), les diplomates en médiation internationale ou interne, etc. L'éclatement actuel des concepts provient encore de la diversité des situations nationales, des tentatives d'élaboration non ou peu coordonnées sur le plan européen (entre le CE et l'UE), et - d'une manière générale - de l'absence de vision globale de la médiation, de ses objectifs, caractéristiques et méthodes, hormis dans la doctrine²².

Conclusion

[Rz 57] Pour favoriser de nouvelles avancées dans ce domaine, il convient manifestement de changer d'approche, de chercher à cerner les principes d'une manière plus globale, plus interdisciplinaire, plus scientifique et avec des acteurs de toute provenance et de tous les continents. C'est encore une longue marche, mais n'a-t-il pas fallu un siècle à la Croix-Rouge pour achever la sienne ? Ce qu'il y a d'encourageant avec cet exemple, c'est que sa progression s'est achevée par une réussite, alors que l'on est dans un domaine où la souveraineté, voir la survie des Etats²³, aurait pu bloquer tout

¹⁷ Cf. supra ch. 3.2, note 7, OP No 6, ch.161.

¹⁸ Par exemple le rôle des Etats-Unis dans le conflit du Moyen-Orient.

¹⁹ Par exemple le rôle de Bonaparte dans la querelle des Cantons suisses.

²⁰ Cf. Jayne Singer, *op. cit.* note 9, Jean A. Mirimanoff, *Feasibility of Mediation systems in Switzerland, Does the future belong to court-annexed (justice model) or court connected (market place model) or to hybrid mediation systems ?* in : ASA Bulletin, Vol. 27, No 3, 2009, p.466 - 487.

²¹ Cf. Jacques Meurant, *op.cit.*, note 13, p. 895.

²² Cf. par exemple les ouvrages de Joseph Duss-von Werdt, Stephen Bensimon, Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, Jacques Faget, Jacqueline Morineau, Gabrièle Planès, Jacques Salzer, Jean-François Six, et tant d'autres encore cités dans notre bibliographie sélective et raisonnée.

²³ A la XXème Conférence de Vienne de 1965, les représentants des Etats

progrès. La médiation n'implique pas les mêmes enjeux, et l'on devrait donc pouvoir arriver au moins à d'aussi bons résultats, à condition de s'y préparer suffisamment. Pour dégager des principes - substantiels et dérivés - et en laissant les modalités d'application aux Etats.

[Rz 58] La formulation et l'adoption de principes fondamentaux de la médiation sont réalisables, en gardant à l'esprit notre modèle :

*« ...la nature juridique de ces Principes reste difficile à définir ; ils constituent plutôt des modèles vers lesquels il faut tendre et non des normes juridiques susceptibles d'application directe. Leur analyse juridique ne peut être dissociée de la prise en considération des fondements moraux et philosophiques qui les sous-tendent. »*²⁴

[Rz 59] Plus que des normes juridiques, les principes substantiels que l'on a tenté de dégager : humanité, multipartialité, liberté et responsabilité ne constituent-ils pas surtout des valeurs que les personnes et sociétés humaines aiment partager ?

* * *

Parties aux Conventions de Genève de 1949 (c.à.d. la quasi-totalité des Etats de l'époque) ont adopté ces principes, aux côtés de ceux des sociétés nationales de Croix-Rouge et de Croissant-Rouge, de la Fédération de ces sociétés et du CICR.

²⁴ Jacques Meurant, *op.cit.*, note 13, p. 910.