**DES MOTS ET DES ACTES**

***Avocat*** et ***médiateur***, deux postures antinomiques ? Comment un avocat culturellement construit pour « surfer » sur la conflictualisation d’une situation exposée par son client, pour épouser les positions de ce dernier, les justifier et donc les défendre afin de les faire triompher sur celles de l’adversaire (car il s’agit bien dans son esprit d’adversaire), comment cet avocat peut-il s’intéresser aux modes amiables de règlement des différends ?

Comment s’intègre t’il dans cette nouvelle forme de pacification de la vie sociale où gagner pour gagner n’est plus l’essentiel…

Comment, même, pour aller plus loin, et en provoquant le sens commun du justiciable et de l’ensemble des acteurs judiciaires, l’avocat peut-il concourir au développement et devenir le promoteur naturel des modes amiables de règlement des différends ?

Il ne le peut pas seulement, il le doit. L’article 3.7.1 du code de déontologie des avocats européens dispose que *« l ‘avocat doit essayer à tout moment de trouver une solution au litige du client qui soit appropriée au coût de l’affaire et il doit lui donner, au moment opportun, les conseils quant à l’opportunité de rechercher un accord ou de recourir à des modes alternatifs pour mette fin au litige ».*

Les objectifs et la performance sont ailleurs que dans l’usage du glaive.

Les ***juges*** doivent, eux aussi, en être convaincus : « *Il faut que le juge aime la justice au point de vouloir rectifier plutôt que de trancher, qu’il préfère la balance au glaive*[[1]](#footnote-2) ».

Tels sont les défis, en ces périodes de crise et de besoin de restauration du dialogue, que juges, avocats et médiateurs doivent impérativement se lancer, tous ensemble, afin de tendre vers une justice apaisée.

**Avant de vous donner mon point de vue sur la coopération nécessaire entre ces trois acteurs incontournables de la promotion des modes amiables de règlement des différends (II.), je souhaite évoquer l’état du contentieux familial (I.) qui illustrera, selon moi, mon propos.**

**I. Etat des lieux du contentieux familial (médiation et droit collaboratif)**[[2]](#footnote-3):

Pourquoi, aujourd'hui, l’utilisation de ces outils de négociation que sont les modes amiables de règlement des différends n’est-elle pas encore satisfaisante ?

1. **Pour la médiation :** la médiation familiale progresse, notamment grâce au mécanisme de double convocation qui incite à la médiation. Toutefois, elle ne renvoie que sur la nécessité de se rendre à un rendez-vous d'information à la médiation ; or les justiciables s'y rendent le plus souvent seulement pour satisfaire à la demande du greffe mais, généralement, aucune véritable médiation ne se met en place parce qu'ils s'y rendent sans leur avocat, ne sont donc pas en confiance pour s'exprimer et encore moins pour trouver des accords.

**Les justiciables en concluent que la médiation ne peut aboutir alors qu'en réalité elle n'a pas pu se mettre en place.**

Il faut, pour que les chances d’un recours au processus de médiation augmentent que :

* la présence de l'avocat soit obligatoire en matière de médiation familiale,
* une formation des avocats en matière de médiation soit généralisée parce que sans les acquis des techniques de négociation raisonnée permettant de guider son client, d'échanger avec l’autre partie et de comprendre le travail du médiateur,  la présence de l'avocat sera certes rassurante pour le client mais son action ne sera pas optimisée.

Les formations mises en place à l'Ecole de la Médiation du Barreau de Paris en 2013 tendent vers cet objectif.

1. **Pour le droit collaboratif**: dans le même esprit que la médiation familiale, l'accord est global et donc efficace et pérenne. Il l'est d'autant plus que seuls les praticiens de droit collaboratif peuvent traiter ce type de dossier et qu'ils sont nécessairement formés à la technique de négociation raisonnée. Notons que, contrairement à la médiation, ce processus intervient avant toute saisine du juge ce qui est aussi une des raisons pour lesquelles les discussions peuvent être encore plus sécurisées (aucune des parties n'a exposé ses prétentions par écrit et  les discussions démarrent sur un terrain vierge de tout contentieux exprimé).

**Avec le rapport Delmas-Goyon sur le Juge du XXIème siècle, un grand pas a été accompli puisque la promotion d’une culture de la médiation et du droit collaboratif a été reconnue comme un dispositif à mettre en place dans les universités, à l’ENM et dans les écoles d’avocats, comme le barreau de Paris l’a d’ores et déjà effectué en créant l’Ecole de la médiation en 2013.** L’enseignement qu’elle dispense a pour objectif de familiariser l’avocat avec l’outil de la médiation (et prochainement du droit collaboratif) pour conseiller utilement son client, dans tous les domaine du droit, et l’accompagner, après l’avoir préparé à cheminer sur la voie du règlement amiable en utilisant la négociation raisonnée, à des fins stratégiques, mais aussi de recherche des intérêts et des besoins. Des troncs communs de formation et les échanges sur les retours d’expérience de tous les acteurs de ces modes alternatifs, font partie des fondamentaux nécessaires à leur développement. Juges, médiateurs et avocats se retrouveront utilement dans ces formations.

En tout état de cause, quelque soit la technique utilisée pour parvenir à un accord, l'homologation par le juge lui-même est indispensable pour les raisons suivantes :

* du fait de son autorité naturelle et symbolique qui n'appartient qu'à lui,
* parce qu'il est le seul à pouvoir être garant du consentement des parties,
* parce que l'audition possible de l'enfant dans toute procédure de séparation qui le concerne est une obligation légale et qu'elle ne peut être utilement déléguée,
* enfin parce que le mariage est un acte fort (et les débats récents l'ont rappelé) et que supprimer le rôle du juge revient à l'affaiblir.

Comme le souligne le Président Marc JUSTON, les accords écrits peuvent et devraient être rédigés en deux parties :

* les accords passés sur les prétentions formulées devant le Juge aux affaires familiales, qui sont de sa compétence,
* et ceux qui interviennent, en cours de médiation, sur d’autres questions qui intéressent plus généralement la vie familiale (voir article ci-après).

Or, qui mieux que l’avocat peut accompagner son client sur ce terrain de façon à faire la différence entre ces questions d’importance égale pour les parties, même si seules les questions du ressort du JAF, constitutives du litige qui lui est soumis, peuvent donner lieu à homologation.

Mais, toute la partie cachée du conflit, la partie cachée de l’iceberg, mérite un traitement qu’il ne faut pas laisser « à côté », au risque de voir resurgir le conflit après l’homologation de l’accord de médiation.

Processus structuré de règlement amiable et outil innovant de pacification sociale, la médiation doit-elle **rester facultative ou devenir obligatoire ?**

En l’état actuel, c’est le principe de **liberté** qui fonde toute démarche de médiation.

Liberté à chaque étape du processus de médiation qui repose sur la compréhension, sur l’accès et l’adhésion sans contrainte à cette voie moderne de prévention et de résolution des différends : *liberté* de le mettre ou non en œuvre, *liberté* de le poursuivre ou de l’interrompre, *liberté* de construire par « soi-même », avec l’aide du médiateur, l’accord de médiation mettant fin au différend, *liberté* de soumettre, ou non, au juge l’accord final pour homologation, etc.

Les propositions de tentative de médiation obligatoire ne répondent pas nécessairement au principe de libre adhésion d’entrée dans le processus de mode alternatif de règlement du conflit :

* autant l’obligation d’information, à condition qu’elle se déroule en présence de l’avocat - à moins bien entendu que les parties elles-mêmes en aient convenu autrement – pourrait devenir obligatoire à peine d’irrecevabilité de la demande qui pourrait être soulevée d’office par le juge,
* autant l’obligation de recourir à une médiation, préalablement à tout recours contentieux, ne paraît pas, à ce jour, avoir démontré le caractère performant de son principe et surtout le caractère durable (si ce n’est définitif) de la solution mise en place.

Pour ce faire, la fonction de juge aux affaires familiales et le métier d’avocat doivent évoluer en se formant à la médiation et en utilisant la médiation familiale.

Face à la multiplication des divorces et des séparations, le juge aux affaires familiales ne peut plus se contenter de prendre des décisions, sans préalablement faire le maximum, de concert avec les avocats et les médiateurs, pour que les couples qui se séparent dans le conflit, reprennent le dialogue, dans l’intérêt des enfants.

**Le juge aux affaires familiales doit être le chef d’orchestre de ce changement de culture**. Il doit avoir, au même titre que l’avocat, un rôle pédagogique et **d’incitation à la médiation familiale.**

**Le juge et l’avocat doivent en comprendre les mécanismes, les enjeux et la spécificité et se former, ensemble.**

**II. La médiation du côté de l'avocat, du médiateur et du juge :** *les enjeux, les difficultés, comment l’avocat et le médiateur doivent se situer par rapport au juge.*

1. le rôle de l’avocat relève depuis toujours de l’éthique inhérente à son exercice professionnel, consistant à donner le conseil adapté à son client dans une situation exposée par ce dernier, l’objectif étant de répondre à ses attentes par des moyens éclairés :

* une solution négociée est-elle envisageable ?
* quel type de solution veut-on obtenir (normée juridiquement ou créative économiquement) ?
* la poursuite des relations entre les parties a t’elle une importance ?
* quel est l’impératif temporel ?
* les enjeux économico financiers (même dans une médiation familiale), faire le calcul de la BATNA « *best alternative to a negociated agreement*»,
* y a t’il des voies judiciaires subordonnées (clauses contractuelles) ?
* y a t’il un risque quelconque à choisir d’abord un recours à un mode amiable de résolution du conflit ?[[3]](#footnote-4)

Tous les conflits ne sont pas susceptibles d’être résolus miraculeusement en recourant au processus médiation. La crédibilité de ce mode amiable repose en partie sur le diagnostic et l’éthique. Il y a des situations pré contentieuses ou contentieuses où les avocats, les juges, décèlent un contexte émotionnel - aux côtés des aspects juridiques – qui justifie que l’on tente un passage préalable à tout autre mode de règlement du litige par la case médiation.

Ces aspects, qui mettent en évidence le rôle déterminant de l’avocat en médiation, comme conseil, prescripteur et accompagnateur, sont approfondis lors de l’enseignement dispensé par **l’Ecole de la médiation du barreau de Paris** que j’ai mise en place, dans le cadre de la formation continue des avocats, sous le bâtonnat de Madame le bâtonnier Christiane FÉRAL-SCHUHL, pour la 1ère fois en 2013.

On ne peut qu’encourager l’avocat qui a décelé dans le dossier de son client une part d’émotion, telle que l’application stricte de la loi ne fera vraisemblablement aucun « gagnant », de s’en entretenir avec le juge qui, de par son autorité, amènera vraisemblablement plus facilement les parties à accepter de passer par une médiation.

1. le rôle du médiateur : il arrive que seule la présence d’un tiers qualifié permette de débloquer le conflit et d’aboutir à une solution durable. Lui-seul, par l’utilisation de la méthode à laquelle il a été formé, aidera à dépasser les violences et le blocage psychologique pour arriver à l’apaisement, pour faire opérer un basculement des positions vers les besoins et les valeurs ; lui seul pourra tenter d’établir un pont entre les parties, avec la mise à plat des sentiments. Le médiateur tempèrera la relation et gèrera les émotions.
2. le rôle du juge : le débat de fond, comme le souligne justement Benoit HOLLEAUX, conseiller référent à la médiation devant les chambres sociales de la Cour d’appel de Paris, invite à repenser l’office du juge, vu traditionnellement comme un répartiteur de droits, un décideur instrument de la force légale, alors qu’il convient – et, en ma qualité d’avocat j’adhère à son analyse - de le considérer davantage comme un facilitateur de paix sociale par la rectification d’une situation conflictuelle avec la participation active des parties et de leurs avocats, pouvant être aidées par un tiers neutre et impartial.

Cette approche plus dynamique de la coopération entre les juges, les avocats et les médiateurs pour moderniser l’acte de juger, qui consiste précisément à essayer de traiter les causes du conflit et à restaurer la paix sociale, s’inscrit dans un modèle étatique en ce que la médiation judiciaire n’est pas une forme de « *justice parallèle ou accessoire* », comme elle ne procède en rien d’une prétendue « *stratégie d’évitement du juge* », puisque sa mise en œuvre répond, à des conditions bien précises et toujours sous le contrôle du juge, qui doit rester actif tout au long du processus[[4]](#footnote-5).

**Alors en conclusion,** ou plus exactement en ouverture d’un débat que tous les promoteurs et acteurs de la médiation comme mode amiable de règlement des différends doivent rechercher plutôt qu’éviter, je citerai le Professeur Charles JARROSSON :

« *Dès lors qu’il y a litige et que les parties ont la libre disposition de leurs droits, le recours à la médiation est possible*[[5]](#footnote-6) ».

Le Doyen Paul ROUBIER énonçait déjà en 1951 que le bon juriste n’est pas un simple technicien du droit, et il ne manquait pas de professer que « *dans la conscience de l’homme civilisé, à côté de la notion de ce qui est strictement juridique… il y a ce qui est juste, c’est-à-dire ce qui constitue la valeur morale suprême dans les relations entre les hommes… Faut-il se résigner à un divorce entre ce qui est juste et ce qui est juridique ?*[[6]](#footnote-7)*».*

**Tels sont les défis, en ces périodes de crise et de besoin de restauration du dialogue, que juges, avocats et médiateurs doivent impérativement se lancer, ensemble, afin de tendre vers une justice apaisée.**

**Michèle JAUDEL**

**Avocat à la Cour d’appel de Paris**

**Responsable de la création de l’Ecole de la médiation du barreau de Paris**

**Médiateur formé agréé au CMAP**

1. *Citation du 1er président Pierre Bellet reprise par le 1er président Pierre Drai in Mélanges dédiés au professeur Roger Perrot, Le délibéré et l’imagination du juge, dalloz, janv. 1996.* [↑](#footnote-ref-2)
2. *En partie d’après une étude réalisée par Charlotte Butruille-Cardevv, avocate et présidente de l’AFPDC, avec la collaboration de Carine Denoit-Benteux, avocate ancien membre du Conseil de l’ordre au barreau de Paris.* [↑](#footnote-ref-3)
3. *L’avocat en médiation- CMAP centre de médiation et d’arbitrage de Paris.* [↑](#footnote-ref-4)
4. *Forum réflexions Semaine sociale Lamy 14 mai 2012 – Benoit Holleaux, conseiller, magistrat référent médiation pour les chambres sociales de la cour d’appel de Paris.* [↑](#footnote-ref-5)
5. *Conférence de Lyon du 26 septembre 1995, médiation et conciliation : définition et statut juridique, Gazette du Palais 2ème semestre 1996, p.952.* [↑](#footnote-ref-6)
6. *Théorie générale du droit, 1951, Doyen Paul Roubier.* [↑](#footnote-ref-7)