

# Libres propos sur la médiation (notamment familiale), sur le progrès réalisés et sur les progrès qui restent à réaliser

Berne, le 8 avril 2022 (via zoom)

Gian Paolo Romano

Professeur ordinaire, Université de Genève

Mesdames et Messieurs,

Je tiens à remercier votre Secrétaire général pour son aimable invitation.

C'est un plaisir d'intervenir au sein de l'« *Association suisse pour la médiation familiale* ».

M. Auerbach m'a demandé de partager quelques réflexions sur cette activité que vous pratiquez au quotidien et que l'on appelle « *médiation* ».

Stephan – pour les amis – m'a suggéré de « *prendre un peu de hauteur* », tout en m'autorisant à choisir l'angle de vue qui me convenait davantage.

\*\*\*

Je commencerai par rappeler que la médiation intervient entre deux ou plusieurs *personnes*, deux ou plusieurs *êtres humains*.

Ces êtres humains peuvent agir pour eux-mêmes, mais aussi au nom d'autres entités.

La médiation dite « *commerciale* » intervient entre deux *entreprises*.

La médiation *interétatique* entre deux *États*.

Le terrible conflit russo-ukrainien cherche des médiateurs.

Même lorsque les parties à la médiation sont deux personnes dites « *morales* » – sociétés commerciales ou États – la médiation intervient toujours entre êtres humains.

Disons alors d'emblée quelques mots simples au sujet des êtres humains que nous sommes.

Quelques données *anthropologiques*.

Le prix d'une bonne médiation, c'est une *anthropologie lucide*.

Le droit lui-même – j'y reviendrai – devrait être le fruit d'une *anthropologie*.

Car le droit aspire à satisfaire à des *besoins humains*.

\*\*\*

Nous en éprouvons de multiples :

certains vitaux (nourriture, logement, soins, etc.) ;

d'autres, *objectivement*, moins vitaux : vivre dans une maison avec *piscine* par exemple.

Mais les besoins moins vitaux peuvent être, *subjectivement*, tout aussi importants pour la personne qui les éprouve.

Les besoins humains sont en *expansion constante*, comme l'univers selon la théorie du Big Bang.

Nous avons *besoin* de satisfaire à nos intérêts, de réaliser nos projets, de combler nos aspirations.

Je me plais à rappeler la phrase inscrite dans le préambule de la Constitution vaudoise, qui évoque l'« *épanouissement de chacun dans une société harmonieuse* ».

Nous tendons à l'*épanouissement de nous-mêmes*.

La Charte des Nations Unies – sur laquelle je reviendrai – parle de l'aspiration des hommes et des femmes à des « *meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande* ».

\*\*\*

Pour nous *épanouir*, et élever nos *condition de vie*, nous évoluons au sein d'une *série de communautés* :

des plus petites aux progressivement plus vastes.

C'est un terme saisissant que celui de « *communauté* ».

Il désigne un *ensemble de personnes* qui ont quelque chose en « *commun* », qui *partagent* quelque chose.

La *famille* est la *première* communauté qui nous accueille.

Il y a une année, mon épouse et moi, nous avons eu un enfant, Leonardo.

Nous formons une *famille nucléaire*, classique.

Mais on peut entretenir une notion *élargie* de famille.

Nous avons fêté la première bougie de Leo et... nos deux familles étaient là : grands-parents, tantes, oncles...

Ensuite, nous évoluons dans la communauté des *voisins* qui habitent le même quartier.

Il faudra sous peu s'ingénier à déplacer la *citerne du gaz*, qui dessert une quinzaine de maisons, dont la nôtre.

Et nous avons dû, avec nos voisins, nous réunir à plusieurs reprises.

Comme tout résident suisse, nous vivons dans une *commune*.

Pour mon épouse et moi, c'est la commune de Bassins, dans le Canton de Vaud.

Le terme « *commune* » renvoie aussi à « *ce qui est commun* ».

Même racine en allemand : « *Gemeinde* » (de « *gemein* »).

Encore, nous évoluons au sein des communautés *professionnelles*.

Pour moi, d'l'Université de Genève.

On parle de communauté *universitaire*, qui englobe les étudiant-e-s, les professeur-e-s, les assistant-e-s...

Je fais aussi partie de la communauté *académique* des spécialistes de droit international.

N'oublions pas le secteur privé : sociétés *commerciales* par exemple.

A la racine de « *société* », le terme « *socius* », le « *partenaire* », l'« *allié* ».

celles et ceux qui sont « *liées* » par une communauté de destin.

Le *travail* au sein d'un organisme, public ou privé, s'inscrit dans un *groupement humain*.

Le terme « *collectivité* » (« *cum* » et « *legere* »), désigne le fait de « *recueillir ensemble* », de *travailler ensemble* (la terre, à l'origine).

Puis il y a les associations *professionnelles*.

Telle l'Association suisse pour la médiation familiale !

« *Association* » renvoie lui aussi à « *socius* ».

« *Confédération* » a une signification semblable : « *cum* » et « *foedus* », celles et ceux qui font un « *foedus* », un pacte.

C'était d'abord, pour la Suisse, le « Pacte fédéral » de 1291.

Car les communautés humaines sont organisées en *sociétés* étatiques.

Un État est d'abord une communauté, un *groupement humain* : *peuple* et *population*.

La Constitution du Canton et de la République genevoise rappelle le « *contrat social* » que le peuple genevois s'est résolu à « *renouveler* ».

« République » : c'est la chose *publique*, et donc la *chose commune*.

La France, l'Italie, l'Allemagne, et 24 autres États européens forment une « *union sans cesse plus étroite entre les peuples* ».

C'est le but du Traité de l'Union européenne.

On est passé, au fil des décennies, d'une « *Communauté européenne* » à une « *Union européenne* ».

L'idée d'« *union* » atteste d'une forte *intégration* encore entre les parties de l'Union, entre les « membres » (« *État-membre* »).

La Suisse reste-elle étrangère à cette mouvance ?

Le Conseil de l'Europe, organisation supra-nationale plus ancienne encore, dont la Suisse est membre, évoque aussi l'idée d'« *union sans cesse plus étroite entre les peuples d'Europe* ».

L'ensemble des États du monde forment une communauté interétatique bien plus vaste que les « *deux Europes* ».

La « *communauté internationale* » n'est-elle pas formée par l'ensemble des communautés *nationales* ?

Les Nations Unies...

N'est-ce pas l'Union de pratiquement tous les peuples de la terre ?

« *Nous, peuples des Nations Unies* » : préambule, magnifique et solennel, de la Charte.

La Déclaration universelle des droits de l'homme évoque « *tous les membres de la famille humaine* ».

Le regretté Kofi Annan aimait à parler de la « *grande famille humaine* ».

Notion très *extensive* de famille : plus large que la « *famille* » à laquelle s'intéresse votre Association !

Yuval Harari signale nous partageons une *grand-mère commune*, née il y a fort longtemps (4 ou 5 millions d'années ?) : une primate *femelle*.

L'idée de « *grande famille humaine* » reflète aussi une *vérité biologique*.

\*\*\*

Nous évoluons dans des communautés, car nous avons besoin d'interagir avec nos semblables.

Les hommes, les femmes, les enfants, sont des êtres *relationnels*.

Et ils le sont car ils sont *rationnels*.

Je le vois chez Leonardo : il a besoin d'interagir.

Il a déjà sa *rationalité*, en devenir rapide.

Il a déjà ses *communautés* : la famille en Suisse, la famille en Italie, la crèche...

En tant qu'êtres humains, nous avons besoin les uns des autres.

Nous sommes *interdépendants*.

L'interdépendance est largement la conséquence de notre *rationalité*.

Nous avons besoin d'*affection*, de *procréation* : union d'un homme et d'une femme.

Nous avons besoin d'*objets* assemblés par d'autres êtres humains.

Nous avons besoin de *consommer* des produits que d'autres fabriquent.

On parle de « société de *consommation* ».

La *division du travail* caractérise les sociétés humaines.

Pensons au désespoir que chacun éprouverait s'il devait réaliser seul les objets dont il se sert au quotidien : l'ordinateur, sa brosse à cheveux.

Division du travail qui est aussi *internationale*.

Le *groupement* humain que nous appelons « Suisse » a besoin de pétrole extrait par des membres de cet autre groupement qu'est la Russie sur son propre territoire.

Les Égyptiens dépendent à 80% du maïs et du blé provenant d'Ukraine et de Russie.

45% de la nourriture consommée par les Suisses vient de l'étranger.

Une des disciplines que j'étudie, c'est le *droit international privé*.

Relations *familiales* entre ressortissants et résidents de pays différents.

Relations *commerciales* entre entreprises ayant leur siège de pays différentes.

Relations *sociales* entre personnes évoluant sur des territoires différents.

Les « *réseaux sociaux* » permettent la création de réseaux *transfrontaliers*.

Ils multiplient nos possibilité de *socialiser*, de créer des communautés.

La *communauté* de mes contacts LinkedIn ou Facebook est une communauté internationale, formée par des personnes vivant sur des territoires différents.

\*\*\*

Les communautés humaines se donnent des autorités, des organismes, des institutions.

Par le biais desquels elles se donnent des *règles de droit*, des *normes juridiques*.

La commune de Bassins se donne des règles *communales* :

gestion des crèches, organisation des déchets...

Ce sont des choses importantes !

Le Canton de Vaud se donne des règles *cantonales* : la loi fiscale par exemple.

La Confédération se donne des règles *fédérales* : le Code civil, le Code pénal, tant d'autres.

Deux États se donnent des règles internationales, interétatiques.

La Suisse et la France sont liées par des centaines de traités.

La gestion des eaux frontalières du Rhône qui fournissent de l'eau et de l'électricité à milliers de résidents helvétiques et français suppose *trente instances bi-nationales*.

Il y a aussi les normes *privées*.

Mon épouse et moi, nous nous donnons des normes :

« *ce matin, c'est moi qui garde Leonardo, cette après-midi, c'est toi* ».

L'entreprise Ikea se donne des normes, pour régir les relations avec son personnel et avec ses clients.

L'Association suisse pour la médiation familiale se donne aussi des normes qui régissent les cotisations, etc.

Ces normes *privées* doivent, pour être *juridiquement* valables, être ajustées aux règles de droit que font les autorités *publiques*.

\*\*\*

Ces règles et normes gouvernent et façonnent les interactions humaines.

On peut en décrire la *tâche* de plusieurs manières.

Elles déterminent les *attentes légitimes* que les membres d'une communauté peuvent avoir à l'égard des autres :

qu'elles déterminent ce que je peux m'attendre de mon épouse, de mon employeur, de mon voisin, du conducteur de la voiture qui vient de gauche, de l'administration communale ;

ce que mon épouse, mon employeur, mon voisin, etc. peuvent s'attendre de moi.

On peut dire que ces règles et normes recherchent la *justice* des relations humaines : *suum cuique tribuere*.

Ou qu'elles déterminent le *mode de coopération* le plus efficace des membres des différentes communautés, qu'elles ajustent nos *espaces de liberté*.

On peut aussi dire qu'elles visent à *prévenir* les *conflits* entre ces membres.

Car les interactions humaines peuvent être violentes, destructrices.

Je fais souvent observer à mes étudiant-e-s que la « *proximité* », qui *lie* les hommes et les femmes membres d'une communauté, est source de sécurité, de bien-être, de bonheur, d'épanouissement de soi.

Mais elle peut être aussi de beaucoup détresse, de tensions, de conflits, de malheur.

C'est l'ambivalence de la *proximité*.

Il suffit d'observer les interactions au sein de la *famille* (au sens étroit), *première communauté* où nous évoluons.

Vous en faites l'expérience tous les jours.

Le terme « *conjoint* », « *conjugal* » n'a-t-il la même racine que le terme « *joug* », qui désigne la domination, la contrainte ?

Selon un adage italien, « *parenti, serpenti* » :

les parents, au sens de *Verwandte*, peuvent être aussi vicieux que des serpents.

Souvent les *pires ennemis* ont été auparavant les *meilleures amis* : les partenaires *au travail*, les partenaires en *affaires*.

Les relations au milieu du travail sont tout aussi délicates qu'au sein de la famille : ne dit-on pas « *mon entreprise, ma deuxième famille* » ?

Les Russes et les Ukrainiens ne sont-ils pas partie de la *même famille* ?

N'est-ce qu'une telle *proximité* qui a déclenché cette guerre fratricide ?

Le plus la relation entre deux personnes, physiques ou morales, est *étroite*, le plus le conflit peut être *intense*, et *destructeur*.

Cela vaut aussi de la relation entre *deux peuples*.

Les conflits ne prennent pas naissance entre personnes qui n'ont rien *en commun*, qui sont *étrangers*, *éloignés* l'un de l'autre.

Ce qui est *commun*, c'est aussi l'objet d'antagonismes, de rivalités entre les êtres humains, : un territoire, des ressources, de l'argent, la garde de l'enfant commun...

\*\*\*

Je souhaiterais insister sur la *prévention* comme inhérente aux règles et normes que se donnent les communautés humaines.

Prévenir des *conflits*, c'est préserver l'*harmonie interindividuelle*.

Et l'*harmonie interindividuelle* concourt à l'*harmonie collective*, à cette « *société harmonieuse* » qu'évoque la Constitution vaudoise.

Quelques exemples.

Droit *pénal* : il aspire à *prévenir* des interactions violentes, des délits, des violations graves des mode de coopération :

entre *l'homme et la femme* (violences conjugales), entre *voisins*, entre les usagers de la *voie publique*, entre le *contribuable* et l'*administration fiscale* (fraude fiscale), etc.

Mais les règles de droit *civil* ou *administratif* ou *constitutionnel* visent aussi à prévenir les conflits.

Les règles sur les *contrats de bail* et les normes qui y sont inscrites aspirent à signaler qui entre le bailleur et le preneur de bail doit payer pour telle ou telle réparation.

Les normes que se donne l'Association suisse pour la médiation familiale répartissent les *compétences* entre les organes.

Les règles sur le *partage des compétences* entre le Canton et la Confédération signalent qui peut prendre quelles mesures anti-Covid :

préventions des *conflits* entre les États-cantons et les pouvoirs de l'État.

Des règles de *droit international* inscrites dans la Convention de la Haye de 1980 aspirent à *prévenir* les enlèvements d'enfants ;

d'autres règles de *droit international* à éviter que les armées d'un État envahissent le territoire d'un autre et portent atteinte au droit à l'intégrité physique et patrimoniale des êtres humains qui l'habitent.

Ces règles sont au cœur du droit et de l'ordre international, de la Charte des Nations Unies.

Le grand-père de mon filleul, Alessandro, a dû fuir sa ville, Chernichiv, en toute précipitation. Peu après, le bâtiment où il avait investi ses économies a été bombardé.

\*\*\*

On ne le dit pas assez souvent : au cœur de vastes pans du droit, il y a une volonté de *prévention*. Les familles, les sociétés commerciales, les universités, les communes, les Cantons, les États, se donnent des règles pour prévenir les *conflits entre leurs membres*.

*Sécurité juridique* comme moyen pour réduire le risque d'incertitudes, de désaccords, de contentieux.

Le plus les êtres humains *savent* quels sont leurs droits et leurs obligations, le moins il y a le risque qu'ils soient en *conflit*.

A cette maxime d'expérience, je voudrais en ajouter une autre :

le plus les êtres humains *adhèrent* aux règles qui gouvernent leurs interactions, le plus ils les perçoivent comme *justes, justifiées, équitables*, le moins il y a le risque qu'ils soient en *conflit*.

\*\*\*

Un conflit peut dégénérer en *guerre ouverte* : état de nature.

Le conflit entre le régime russe et le gouvernement ukrainien a provoqué une *guerre terrible* : retour à l'état de nature *international*.

Un conflit entre êtres humains peut générer un « *litige* ».

« *Litige* » est un terme à *coloration juridique*.

Il renvoie à une *procédure* pour le *trancher*.

Le mode qui, pour les juristes, est *traditionnel*, c'est le *mode judiciaire*.

C'est un élément intégrant du « *contrat social* » :

renonciation à la violence *privée* et soumission à une *autorité publique*, et au monopole de la contrainte qu'elle détient.

Les autres modes sont qualifiés d'*alternatifs* : ne dit-on, en anglais, « *alternative dispute resolution* » ou « *ADR* » ?

Le terme « *litige* » suggère un *mode plutôt judiciaire* de composition.

Le *juge* est un tiers, neutre et impartial, souvent qui a une certaine *formation*, qui tranche le litige que l'une des parties lui soumet.

C'est un *intermédiaire*, quelqu'un qui se *met au milieu*.

Cela vaut aussi pour cet autre mode « *juridictionnel* » de résolution des différends qu'est l'*arbitrage*.

En tant qu'arbitre, je m'assois *au milieu* des deux parties.

Le juge ou l'arbitre doivent ou devraient entretenir une *équidistance*, une distance *égale* des deux parties :

distance géographique, distance culturelle, distance émotionnelle.

Un juge ne devrait pas avoir beaucoup *plus en commun* (sous l'angle de sa nationalité, de sa religion, de ses opinions politiques, etc.) avec une partie qu'avec l'autre.

Il ne doit pas avoir des *intérêts en commun* avec une partie.

A défaut, il est *conflit d'intérêt*, et il est disqualifié.

\*\*\*

Mais ce n'est pas de cet intermédiaire-juge qu'il est question aujourd'hui.

C'est de l'intermédiaire-*médiateur*, *médiatrice*.

Le terme « médiateur » renvoie à une position « *intermédiaire* ».

En allemand, « *Vermittler* », celui qui se *met au milieu*.

« *Mittel* », c'est le « *milieu* » mais aussi le « *moyen* » (« *medium* », en latin ; les « *média* », sont les moyens de communication).

La « médiation » est un *moyen* pour rétablir la communication, pour « *aplanir* » des aspérités.

« *Schlichterin* » en allemand est celle qui *aplanit*.

Les parties à la médiation, avons-nous dit, sont toujours des *êtres humains*.

Alors même que les *parties formelles*, au sens du droit, sont des personnes morales – entreprise, États –, la médiation intervient entre des êtres humains.

Précisions que ce sont les *membre des communautés* des êtres humains que nous avons passés en revue, qui ont quelque chose en *commun*.

Médiation *familiale* : entre les membres de la même famille.

Médiation *de voisinage* : entre voisins.

Médiation au *travail* : entre collègues, entre employé et employeur.

Médiation dans les relations de *consommation* :

entre l'acheteur d'un bien ou service et l'entreprise qui le lui fournit.

Médiation *commerciale*, entre deux entreprises.

Médiation entre un citoyen et l'administration : que l'on pense au « *médiateur européen* », « *Bürgerbeauftragter* ».

Médiation *interétatique* :

le premier ministre israélien, M. Bennett, s'est offert de « *médier* » les divisions entre le régime russe et le gouvernement ukrainien.

M. Abramovich y travaille semble-t-il aussi.

La Suisse a fait souvent « *office* » de médiatrice : tradition des « *bons offices* ».

La médiation peut avoir pour objet n'importe quel *conflit* entre êtres humains, et entre les personnes morales qu'ils forment.

\*\*\*

La médiation, du moins telle qu'elle est traditionnellement entendue, et définie par bien des textes normatifs, *suppose* la naissance d'un *conflit*.

La médiation intervient en vue de *résoudre* le conflit, de *concourir* à le résoudre.

Certes, la médiation a elle aussi une *visée préventive*.

Mais c'est alors à prévenir l'*escalade*, la *propagation* du conflit qu'elle est asservie, à éviter que le conflit *monte en intensité*, en *force destructrice*.



Cela me rappelle l'objectif du droit international dit « *humanitaire* » : celui d'éviter qu'une *guerre* qui n'a pas pu être *prévenue* ne soit encore plus *meurtrière*.

*Et cet objectif est fondamental.*

Le médiation peut intervenir à tout moment au cours du déroulement du conflit.

Vous avez beaucoup plus d'expérience que moi.

La médiation peut intervenir *très tôt*, lorsque le conflit est à un *stade embryonnaire*.

La médiation peut intervenir *très tard*, lorsque le conflit a déjà *proliféré*, et fait des *ravages*.

Car un conflit peut passer par *plusieurs phases*.

Il est utile d'étudier l'évolution du conflit, le *séquençage* du conflit, son *phasage*.

Et déjà définir quand il prend naissance.

\*\*\*

J'avais proposé à Stephan de faire un bilan des *progrès réalisés* dans le domaine de la médiation.

A la suite de l'éclatement de la guerre, j'ai un peu ajusté l'orientation.

Mais je vais dire quelques mots de ces progrès.

J'en évoquerais trois.

Premier progrès : la *prise de conscience* des bienfaits de la médiation me paraît *croissante*.

Je ne dis pas qu'elle est *suffisante*.

Je dis qu'elle est *croissante*.

Cela d'abord chez les hommes et les femmes politiques, chez les responsables des processus législatifs.

Quelques exemples.

Directive européenne « *sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale* ».

Elle date de 2008.

C'est un beau texte.

Nous avons coutume de penser que les *directives européennes*, ce sont des textes *techniques* comportant des normes sur l'étiquetage des mozzarellas par exemple.

Cela ne correspond pas toujours à la réalité.

La Directive sur la médiation insiste sur l'importance de l'accès à la justice.

Mais elle nous dit que

« *L'objectif de garantir un meilleur accès à la justice... devrait englober l'accès aux modes de résolution des litiges tant judiciaires qu'extrajudiciaires* ».

Le *droit d'accès à la justice* ne se recoupe pas avec le *droit d'accès au juge*, le *droit au tribunal*.

Il est *plus vaste* : il englobe le *droit d'accès au médiateur ou à la médiatrice*.

Une communauté qui organise le droit d'accès à la médiation est une communauté qui *améliore* pour ses membres le *droit d'accès à la justice*.

Quels sont les *bienfaits* qu'ils peuvent en retirer ?

La Directive cite la « *solution économique et rapide* » et la « *préservation d'une relation amiable et durable* ».

Avantages *fondamentaux* : pour les parties au conflit, leur entourage, la collectivité.

Je ne dirais que quelques mots.

« *Solution économique* » : à qualité égale, une solution *moins dispendieuse* pour les parties est une solution *préférable*.

Combien de personnes sortent de procédures judiciaires *financièrement ruinées* ou presque ?

Cela est particulièrement terrible lorsque le conflit *oppose les parents*.

L'argent qu'ils dépensent pour se faire la guerre, c'est de l'argent en moins pour payer les études à *leurs enfants*.

Peut-on sérieusement contester, qu'à qualité égale de solution du conflit, il est plus conforme à l'intérêt de l'enfant qu'un père paie pour des *soins pour son enfant* qu'il paie pour *son propre avocat* ?

Les coûts directs et indirects des procédures judiciaires prolongées *donnent le vertige*.

Ces coûts risquent d'être beaucoup *plus élevés* lorsque la famille est *internationale*.

On le dit pas assez !

Les affaires intra-européennes ne sont pas rares où les enfants pris en otage de conflit ont subi jusqu'à *trente* procédures judiciaires dans deux « *fors* » différents.

Italie et Autriche, Allemagne et Espagne, France et Hongrie, etc.

La perception de l'absence de neutralité, d'équidistance, d'un juge mono-national fait que la lutte intervient devant les *juges de plusieurs pays*.

Chaque parent se précipite à saisir *le sien*.

Et déjà, à cause de cette perception, un parent est tenté de *déplacer l'enfant* pour fuir un État dont les juges peuvent lui être hostiles.

Et pour se « *réfugier* » sur le territoire de l'État dont les juges seront plus bienveillants.

Enlèvements internationaux !

Combien de mères brésiliennes, turques ou russes, quittent la Suisse (la France, l'Italie, les États-Unis, etc.) avec leurs enfants bi-nationaux pour se placer sous l'orbite des autorités de leur pays d'origine ?

Les coûts d'un enlèvement international sont colossaux.

Parfois plus de *cinquante professionnels* s'affairent à essayer d'y remédier :

autorités consulaires, autorités centrales, autorités policières, médiateurs, avocats, juges, pédo-psychiatre...

La liste est longue des personnes qui sont rémunérées par l'*argent public*.

\*\*\*

Je reviens à la Directive : « *Solution plus rapide* » du conflit.

*Ceteris paribus*, une solution *plus rapide* est une solution *préférable*.

Un conflit qui *traîne* est un conflit qui laisse des marques plus profondes, des traumatismes plus durables.

Parfois nous oublions que notre existence « terrienne » n'est pas éternelle.

Nous sommes de *passage* ici.

Une amie me dit souvent : « *life is just a ride* ».

S'embourber dans un contentieux *qui se chronicise* n'est en général pas conforme à nos intérêts *bien compris*.

La lecture de certains arrêts révèlent que les parents d'un enfant ont lutté pour la garde pendant 13 ans !

L'enfant entre-temps devient *adulte*.

Le temps nécessaire pour que les juges et les avocats fassent leur travail porte n'arrête pas... *la biologie*.

Les parties qui se séparent (deux parents, deux partenaires en affaire, employeur et employé) veulent *se reconstruire, passer à autre chose*.

S'agissant des parents qui divorcent, chacun d'eux peut vouloir retrouver un bonheur affectif.

Dans trois affaires où j'ai été consulté ces dernières années, une des personnes en litige est *décédée* au cours de procédures sans fin qui l'opposait à son adversaire.

Une de ces procédures se poursuivait depuis plus de *quatre ans*.

L'autre depuis *dix ans*.

Parfois, c'est la tension et le stress accumulé à cause des conflits qui accélère la fin de vie.

Dans une de ces affaires, le médecin n'a pas pu exclure que la crise cardiaque a été *favorisée* par ces tensions continues.

*Dégradation de la santé* des parties au conflit : on n'en parle pas suffisamment.

\*\*\*

La Directive cite aussi la « *préservation d'une relation amiable et durable* ».

Un mode de résolution qui parvient à rétablir une *certaine harmonie* entre les êtres humains est un mode *plus conforme* à l'objectif de favoriser « *l'épanouissement de chacun dans une société harmonieuse* ».

L'*entente sociale* est une condition de la *paix sociale*.

La *paix sociale* est l'objectif premier de l'organisation de la vie en société.

Et de l'*ordre juridique*.

La préservation d'une relation (en tout cas relativement) *harmonieuse* est fondamentale dans *bien de situations*.

Cela est d'abord important au sein d'une famille.

Ne dit-on de l'enfant qu'« *il est une éponge* » ?

Quand ses parents vont bien, il va bien, quand ses parents vont mal, il va mal.

Quand sa mère ou son père est triste, le risque est que l'enfant soit triste.

L'insistance sur la dissociation entre l'*intérêt de l'enfant*, qui serait *prioritaire*, et l'intérêt de sa *maman*, ou de son *papa*, qui serait *secondaire*, me laisse dubitatif.

Le bonheur des enfants dépend largement du bonheur des parents, de leur entourage.

La séparation des parents est un traumatisme pour les enfants car elle est un traumatisme pour les parents, et aussi pour les *parents des parents*, qu'il ne faudrait pas oublier dans l'équation.

Il faut alors sauver ce qui peut l'être.

Comme dans une guerre, le droit humanitaire cherche à sauver ce qui peut l'être : à protéger les civils, leurs maisons, les personnes les plus vulnérables.

La préservation de la relation entre les parents sera toujours importante pour les *enfants*, même quand les enfants seront *adultes*.

Les parents de mon épouse se sont séparés il y a longtemps.

C'était dur pour eux, et pour leurs quatre enfants, âgés aujourd'hui de trente à quarante ans.

Mais ils ont réussi à préserver une *relation amiable*, et même *amicale*.

Leurs enfants, dont mon épouse, en bénéficient.

Leurs petit-fils, Leonardo, en bénéficie.

Ses grands-parents, divorcés, passent quelques heures par semaine *ensemble* avec lui.

Autre volet de la vie familiale :

la préservation de relations harmonieuses est importante entre les *frères et sœurs* qui partagent une *succession*.

N'est-ce que pas là exaucer les « *premières dernières volontés* » de leur père ou mère ?

La plupart des êtres humains sains d'esprit ne souhaitent pas que leur trépas entraînera une *dégradation* des relations entre leurs *proches*.

Ils redoutent la *désintégration* de leurs familles.

La perspective « *après moi le déluge* » ne les séduit pas.

Pas plus que ne les enchante l'idée qu'une partie de leurs économies d'une vie servira à financer la guerre entre leurs proches.

S'ils se doutent qu'ils en sera ainsi, ils ne vont peut-être pas « *reposer en paix* ».

Leur « *sommeil éternel* » en sera perturbé.

La préservation d'une certaine *cordialité relationnelle* est aussi importante entre *voisins*.

Les querelles entre voisins peuvent être terribles.

Souvent, les voisins en conflit ne se parlent plus.

Ils essaient de ne pas se rencontrer *dans le pallier*.

Pour ne pas avoir affaire l'un avec l'autre, ils désertent l'assemblée des copropriétaires, ou la « *fête des voisins* ».

Pour ce qui est des relations *de travail* ou de *consommation*, le tableau est, je pense, plus diversifié.

Une procédure judiciaire a opposé un ancien assistant de l'Université de Genève à la Faculté de droit.

L'ancien assistant a gagné la procédure.

Mais il a dû quitter la Faculté.

Et il y a peu de chance qu'il sera un jour recruté par elle en tant que professeur.

La préservation de la relation est moins importante dans *certain*s contrats de consommation.

Cela dépend du type de contrat : c'est le cas pour ceux qui sont à *exécution instantanée*.

Concluons sur ce point : si les parties parviennent à s'entendre, à rétablir une certaine harmonie entre elles, cela concourt à l'harmonie sociale et l'épanouissement de chacun.

\*\*\*

La prise de conscience des bienfaits de la médiation a conduit les législateurs nationaux à la *promouvoir*.

En Italie, une loi de 2012 a introduit la *médiation obligatoire* dans beaucoup de domaines.

L'objectif : « *ridurre l'alto livello del contenzioso civile e promuovere il ricorso a procedure extragiudiziarie* ».

Chose intéressante : c'est une *Loi pour la relance de l'économie* » qui s'en est chargée.

Favoriser la médiation est conforme à une gestion saine des finances publiques.

En France, la loi de « programmation de la justice » de 2018-2022 aspire (je cite) au « *développement de la culture du règlement amiable des litiges* ».

En 2016, la Commission européenne a mis en place une plateforme électronique sur la *résolution amiable des litiges résultant du commerce électronique*.

Chaque mois, des milliers de litiges sont résolus par ce biais.

Ce sont des *organismes de médiation* qui offrent un tel service.

\*\*\*

Les Nations Unies ne sont pas en reste.

En 1958, l'ONU s'était donné une convention internationale en *matière d'arbitrage*.

C'est l'un des textes les plus largement ratifiés.

L'idée de cet instrument était d'encourager le *commerce international*.

Si vous êtes CEO d'une entreprise suisse, et que vous exportez des montres en Chine, vous ne souhaitez pas que, dès l'apparition des premières difficultés, votre partenaire chinois puisse *courir vers le juge chinois*.

Vous pouvez craindre que le juge chinois puisse ne soit pas *tout à fait neutre*.

Clause arbitrale : tribunal arbitral, nommé ensemble par les parties, formés par trois personnes.

Gage d'équidistance géographique, culturelle.

Mais – attention ! – cette *clause arbitrale* est aujourd'hui souvent assortie d'une *clause de médiation*.

La *médiation* comme *mode privilégié* de composition des différends est conforme à l'esprit et à la lettre d'un nombre de plus en plus important de *contrats internationaux*.

Ce sont les *opérateurs eux-mêmes* qui s'en réclament.

Les Nations Unies en ont tiré les conséquences.

En 2019, l'Assemblée générale a adopté, à Singapour, une (je cite) « *Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation* ».

Quelques passages du préambule :

« Conscientes de l'utilité que présente la médiation en tant que mode de règlement amiable des litiges... ».

« Convaincues que l'adoption d'une convention sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation... contribuerait à l'harmonie des relations économiques internationales... ».

« Harmonie des relations économiques internationales ».

On constate aujourd'hui à quel point cette harmonie, si gravement perturbée par la guerre en Ukraine, et par les sanctions réciproques, est précieuse.

Et fragile.

Des millions de personnes sont à *risque alimentaire*.

\*\*\*

*Fazit* : reconnaissance progressive – nationale, européenne, et internationale – des bienfaits, individuels et collectifs de la médiation ;

et par conséquent de la nécessité de la *promouvoir*.

On aurait pu évoquer, en Suisse, la reconnaissance au niveau *cantonal*.

Mais je préfère en venir au *deuxième* progrès :

*professionnalisation* des médiateurs et médiatrices.

Cela me paraît une bonne chose.

Votre profession mobilise beaucoup de *savoir différents*.

Je n'ai pas consulté les programmes de formation.

Mais je pense qu'il faudrait, dans l'idéal, inclure un module en *droit*, un module en *politiques publiques* et en *finances publiques*, un module en *anthropologie sociale* et *culturelle*, en *psychologie*, et aussi probablement en *médecine*, et au besoin en histoire des *religions*.

Des connaissances en *théologie* sont également un atout (clin d'œil à Stephan).

Suis-je trop ambitieux ?

En tout cas, formation *interdisciplinaire* s'il en est une.

Puis – et c'est le *troisième* progrès – spécialisation, « sectorialisation ».

Car je pense que, selon le domaine, la médiation mobilise des *savoirs sectoriels*.

Les médiateurs dans le domaine des relations *de travail* devraient connaître le droit du travail, les pratiques de travail, les sensibilités qui se jouent dans le milieu du travail.

Les médiateurs en relation de *consommation* devraient connaître les règles de droit, les pratiques, la psychologie des consommateurs.

La plateforme européenne sur le règlement des litiges *en ligne* propose des *organismes de médiation spécialisés* selon le secteur concerné.

Des organismes se chargent de la médiation entre les parties à un *contrat de voyage*.

D'autres dans la médiation entre les *concessionnaires* et les *acquéreurs de voiture*.

Cela permet aux professionnels que vous êtes de connaître les règles de droit, y compris celles qui ont été posées par la jurisprudence pertinente, et l'incertitude qu'elles laissent subsister.

Je pense qu'il y aura, dans quelques années, des *(semi-)tribunaux numériques*.

*Algorithmes* qui devraient permettre *aux parties, et aux médiateurs*, de se faire une idée plus précise de ce que dirait un juge s'il était saisi.

\*\*\*

Constatons alors que, si beaucoup a été fait, beaucoup peut encore l'être.

Et disons quelques mots sur les progrès qui restent à réaliser.

Un premier obstacle à un essor plus rapide de la médiation tient à ce que les conflits, et leur *judiciarisation*, sont *lucratifs* pour *quelques catégories professionnelles*.

Ces catégories peuvent avoir *beaucoup d'influence*.

Ils peuvent avoir des *intérêts corporatifs* à ce que les choses n'avancent pas... trop vite !

Cicero disait « *mors tua, vita mea* » : « *Ta mort, c'est ma vie* ».

Cynisme ou réalisme ?

Il m'arrive de rendre des consultations dans des affaires tout aussi *terribles* que *lucratives*.

Une dizaine de fois par an.

L'année dernière, après la naissance de Leonardo, nous avions besoin d'une *nouvelle voiture*.

J'ai dit à mon épouse :

« *Tu vois, maintenant, j'aimerais bien qu'on me sollicite un avis de droit* ».

Mon vœu a été exaucé.

Une étude d'avocats genevoise me contacte en urgence.

Un oligarque kazakh proche du pouvoir veut divorcer de son épouse russe.

Ils vivent entre Genève et Astana.

Son épouse va jusqu'à craindre que son mari la fasse assassiner.

Il ne le fait pas dans la dentelle.

Elle saisit le tribunal de Genève.

Lui saisit un tribunal kazakh.

Si le divorce avait été *à l'amiable*, je n'aurais pas eu cet argent pour me payer une *nouvelle voiture familiale* (que je n'ai toujours pas acheté, car je n'ai pas encore été payé).

Je suis moi aussi partie du *système*, opérateur de cette *industrie du conflit*.

Les gagnants de la guerre russo-ukrainienne sont les fabricants du matériel de guerre.

Le Conseil fédéral veut conserver ce qui reste de la neutralité et refuse l'envoi des armes.

Mais des armes de fabrication suisse circulent sur les territoires du monde où sévit des guerres.

On a pu lire sous la plume de certains soi-disant spécialistes en géopolitique que les gagnants de la guerre en Europe sont les *Américains* ou les *Chinois*.

Je n'aime pas cette façon de présenter les choses.

Faut-il réellement croire que la *maman américaine ordinaire* se réjouit de la détresse de la *mamans ukrainienne ordinaire* ?

C'est négliger notre *humanité commune*.

Mais il est vrai que certaines *entreprises américaines* voient leur profit augmenter :

producteurs de « GNL », de blé.

Évoquons la terrible « NRA ».

La « *National Rifles Association* » s'est toujours opposée à une législation qui restreint l'usage des armes : *intérêts catégoriels*.

\*\*\*

On comprend alors que les personnes qui vivent d'un *conflit* ne puissent pas se faire les initiateurs de réformes qui réduisent *leur influence, l'utilité de leur savoir-faire*.

Peut-on s'attendre d'un fabricant de lunettes qu'il s'engage dans une campagne de prévention contre la myopie ?

Soyons anthropologues !

L'instinct d'autoconservation nous conduit à vouloir auto-conserver nos privilèges.

Les conflits entre les êtres humains font vivre d'autres êtres humains.

Les avocats qui font du *contentieux*, les conseils qui font des expertises à produire devant les *tribunaux*.

*Quid* des juges ?

On peut penser qu'eux aussi vivent des conflits.

Les associations des magistrats s'opposent à des suppressions de poste résultant de la diminution des litiges.

Car dans certains pays, les réformes qui favorisent la médiation, sous l'angle de la réduction de la *litigiosité*, ont plutôt bien fonctionné.

En France, baisse depuis cinq ans de 20% du contentieux dans les relations de travail.

Il est cependant des décisions rendues par des juges britanniques qui frappent par leur humanité.

Dans l'une d'elles, on lit ceci :

« *Le plus tôt les parents, avec leurs avocats, déposeront les armes et parviendront à trouver d'autres manière d'exercer leur responsabilité parentale, le mieux ce sera pour tout le monde* ».

Dans une autre affaire concernant un contentieux financier post-conjugal, le juge britannique est aller jusqu'à dire :

« *J'implore Monsieur et Madame de s'asseoir autour de la table et de se mettre d'accord* ».

Voici un passage en langue originale :

« *Phenomenal costs are being spent, a phenomenal amount of court time worldwide has already been taken up, and very long delays are in contemplation...* » ; « *sooner or later they need to sit down and discuss money. I implore them to do so before this appalling litigation gets yet further out of control* ».

Les décisions britanniques sont plus *humanisées* que les décisions suisses ou allemandes.

*Styles judiciaires* différents.

\*\*\*

Je viens à un *deuxième obstacle*.



Chez les juristes, les professeurs de droit, qui sont des « *influenceurs* » du droit, est répandue l'idée selon laquelle le « *triomphe du droit* », c'est dans la *décision de justice*.

Des collègues enseignent que le triomphe du *droit international*, ce serait dans le procès devant la Cour internationale de justice.

Si un État saisit la Cour à l'encontre d'un autre État, c'est que des *tensions* existent.

La saisine de la Cour est vécue comme un *acte inimical*.

Ce n'est pas tout à fait les relations de « *bon voisinage* » entre nations dont parle la Charte des Nations Unies.

*Droit pénal :*

on insiste sur la fonction de la peine qui est de *prévenir*, mais on se prend ensuite à l'enseigner à partir du moment où une infraction a été commise, et dans la perspective du procureur en charge de la poursuite ou du juge en charge du procès.

*Droit des contrats :*

j'étais à une conférence à Lausanne.

Une Collègue, spécialiste connue, a dit à un moment donné « *ce serait le juge qui reconduira le contrat à équité* ».

*Droit international privé :*

on se gargarise de l'intérêt de l'enfant, mais on le présente à travers le prisme des *décisions de justice*.

Les diapositives de mes cours sont truffés de mentions « ATF », « CJEU », « CEDH ».

Seulement, ces enfants ont subi des *années de procédures*.

Ce qui est *a priori* contraire à leur meilleur intérêt.

Il faut désolidariser « *justice* » et « *juge* ».

Une composante de la justice est la *sécurité juridique*, qui consiste à ne pas aller devant le juge pour connaître nos droits et nos obligations.

Nos droits perdent beaucoup de valeur si on ne peut les exercer qu'après avoir dépensé de l'argent, passer par un contentieux.

L'*absence de sécurité*, c'est déjà une injustice, plus ou moins grande, selon les cas.

Mais il faut apporter une nuance, de taille.

Le rôle du « *procès* » comme laboratoire de mise au point de la règle juste, la plus équitable, la plus sensible aux sinuosités du réel n'est pas à sous-estimer.

Une *nouvelle loi* crée inévitablement quelques incertitudes quant à son application.

C'est la rançon de son *caractère général et abstrait*.

Pensons aux nombreuses incertitudes soulevées par les lois portant mesures anti-Covid.

Les « ATF » sont importants pour trancher ces incertitudes.

En tranchant l'incertitude au départ d'une affaire concrète, mettant en cause deux êtres humains en chair et en os, on *prévient le retour des mêmes litiges*.

On épargne à d'autres êtres humains la nécessité de passer par les *mêmes malheurs*.

Les décisions de justice, notamment des cours suprêmes, s'inscrivent dans la *prévention*.

Un peu comme les maladies qu'attrape Leonardo aujourd'hui renforcent son système immunitaire, et l'empêcheront de retomber *malade* demain.

On espère, en tout cas !

\*\*\*

J'en viens à une autre réserve.

Si une autorité *publique* n'est pas là, une partie ne pourrait-elle *abuser* de la force pour imposer sa vision à l'autre ?

La personne faible ne serait-elle prête à accepter un compromis qui lui est plus défavorable *que ce à quoi elle aurait le droit* ?

Les *relations humaines* sont parfois *asymétriques*.

homme et femme ; employeur et employé ; grande entreprise et petite entreprise, etc.

Si la *médiation* suppose une *négociation*, la crainte est que la partie *plus forte* puisse contraindre l'autre à un accord « *léonin* » pour elle.

« *Léonin* » vient de lion : on peut craindre que la partie forte se taille la « *part du lion* ».

Retour à la *loi de la jungle* ?

Je prendrai un cas sur lequel Stephan a travaillé.

Enfant suisse et algérien enlevé par le père algérien de Suisse vers l'Algérie.

Père teigneux, sinon menaçant ?

Un juge, aussi parce qu'il peut *intimider* le père, en tant qu'*autorité*, n'est-il pas le *meilleur garant* d'un équilibre des forces, et donc de l'équité du processus et donc de la solution ?

Une médiation est organisée.

La maman, résident en Suisse, est presque contrainte à accepter un compromis (humiliant ?) :

que la fille grandisse à titre principal en Algérie en échange de quoi la maman pourra passer quelques semaines ou mois par an avec la fille en Suisse.

S'il y avait eu une vraie justice internationale, la maman aurait probablement eu le droit de vivre avec la fille *en Suisse*.

Le création de tribunaux *transnationaux* favoriserait une médiation internationale plus équitable.

A défaut d'une telle justice internationale, le résultat a été *plus modeste*, même s'il est meilleur que la rupture de tout contact entre la mère et la fille.

La Directive européenne de 2008 tend à exclure de son champ d'application les *relations inégales*.

Elle le fait en évoquant les droits dont les *parties n'ont pas la libre disposition*.

On cite souvent le *droit de la famille* et le *droit du travail* comme exemples de ces domaines.

Un Règlement Bruxelles II-*bis* vient d'être réformé.

La promotion de la médiation aurait pu être plus franche.

Mais des voix se sont élevées redoutant qu'une personne coupable de *violences familiales* puisse se tirer d'affaire – échapper aux poursuites – moyennant une *médiation*.

Ce qui est un peu paradoxal, c'est que la médiation semble, chez les législateurs, susciter moins de réserve dans le domaine *commercial*, alors que l'enjeu de la préservation des relations amiables y est souvent moins important que dans le domaine *familial*.

Il faudrait réfléchir à comment surmonter ce paradoxe.

\*\*\*

Je souhaiterais aborder un tout dernier point.

J'ai évoqué l'existence de catégories professionnelles qui *vivent des conflits*.

J'ai évoqué les *avocats* qui font du contentieux ;

les *professeurs* qui font des avis de droit ;

les *arbitres* qui tranchent en tant que « *juges privés* ».

Ne faudrait-il pas intégrer les... *médiateurs* et les *médiatrices* ?

Ne sont-ils « partie du système », de cette *industrie du conflit* ?

M. Auerbach m'a autorisé à vous « *challenge* ».

La médiation, avons-nous dit, intervient lorsqu'un différend a *pris naissance*.

Le but est d'abord, d'en *prévenir* l'*escalade*, l'*intensification*, puis de tâcher de le résoudre.

Il s'agit d'un mode *alternatif* de solution – justement – des *différends*.

Bien sûr, si un conflit surgit, il vaut mieux qu'il soit résolu à l'amiable.

Mais ne vaudrait-il mieux que le conflit soit *prévenu*, qu'il *ne surgisse même pas* ?

J'ai souligné l'importance de la *prévention*.

Elle est au *cœur* de tant de mécanismes sociétaux, et d'améliorations sociétales.

De tant de pans du *droit*, même si les juristes n'en sont pas toujours conscients.

Prenons une médiation entre époux qui veulent divorcer.

Si médiation il y a, c'est que le *conflit* est là, au moins au stade « embryonnaire ».

Si le conflit est déjà là, une partie du mal est là.

Il faut bien sûr *prévenir la prolifération du mal*.

Un conflit entre parents, même résolu en quelques semaines, par l'intermédiaire d'une médiatrice, laisse tout de même des *marques* chez les enfants.

L'expérience d'une grossesse non désirée et que l'on se résout à interrompre est traumatisante.

Il vaut mieux intervenir *en amont*, pour éviter la grossesse, histoire d'éviter d'avoir à intervenir *au stade embryonnaire*.

Songeons une fois de plus au conflit russo-ukrainien.

On espère une issue diplomatique, fruit d'une médiation, des « *bons offices* ».

Mais d'énormes tragédies auront été consommées : beaucoup trop de décès, de destructions.

Une guerre, il vaut mieux la *prévenir* qu'avoir à y remédier lorsqu'elle est en cours.

Je pense que les médiateurs et médiatrices devraient aussi s'engager dans la *prévention de la naissance des conflits*.

Comment ?

Dans les *écoles*, dans les *universités*, dans les *milieux du travail*.

Celles et ceux qui sont spécialisés en *médiation commerciale* pourraient se charger des modules au sein des hautes écoles de gestion ou d'économie, des MBA.

Il faut apprendre aux futurs chefs d'entreprises l'intérêt de développer la culture des relations commerciales harmonieuses, des relations de travail harmonieuses.

Et il faudrait donner des cas pratiques, des témoignages.

Des spécialistes en médiation familiale interviendrait dans des *cours de parentalité*.

Et il faudrait rendre *presque obligatoires* ces cours.

Le médiateur et la médiatrice élargiraient ainsi l'éventail de leurs compétences.

Non plus uniquement *résoudre* les conflits, mais œuvrer pour le *prévenir*.

Je suis conscient que c'est parfois déjà le cas, mais il faudrait accompagner la mouvance.

Cela promet d'être gratifiant tout autant que frustrant.

Frustrant parce qu'un conflit prévenu est un conflit qui ne se voit pas : c'est le *néant*.

Et le *néant*, on ne sait pas trop qui en a le mérite.

Il peut ne pas donner autant de satisfactions professionnelles que de voir un conflit résolu par son « *intermédiaire* ».

Mesdames et Messieurs, je vous remercie de votre attention.