

LA FORMATION DES AVOCATS EN FRANCE ET EN BELGIQUE : LA PLACE DE LA MÉDIATION*

Safia Bouabdallah**

Résumé / Abstract	47
Introduction	49
I. La référence en clin d'œil à la médiation lors de la formation universitaire	66
II. La promotion en trompe-l'œil de la médiation lors de la formation professionnelle	78
Conclusion	85

* Cet article est la version écrite et remaniée d'une contribution orale présentée lors du Congrès international de sociologie du droit, Congrès ISA/RCSL 2013, dans l'atelier *Mediation or Mediations: its Rationales, Issues, Appraisals*, dirigé par J.-P. Bonafe-Schmitt.

** Maître de conférences en droit privé, CERCRID, UMR-CNRS 5137, Université Jean Monnet de Saint-Etienne, Université de Lyon, <safiabouabdallah@univ-st-etienne.fr>.

© 2014 Revue d'arbitrage et de médiation, Volume 4, Numéro 1.

La formation des avocats en France et en Belgique : la place de la médiation

Safia Bouabdallah

RÉSUMÉ

Les discours français et belges relatifs à la crise de la justice civile présentent un important point de convergence, celui de la promotion de la médiation. Bien loin de la résistance passée à l'introduction de ce mode de résolution des conflits, les juristes français et belges s'accordent aujourd'hui pour promouvoir la médiation ; en témoigne l'abondante littérature juridique en ce sens. Mais au-delà de ces discours, les résistances pratiques demeurent, et les avocats tardent à devenir ces acteurs attendus de la médiation. Comment expliquer ce contraste entre « le dire » et « le faire » ? Une réponse peut être trouvée dans l'examen de la formation juridique des avocats. Cet article, grâce à l'étude des documents pédagogiques à destination des étudiants et des avocats, souhaite montrer comment la formation des juristes peut constituer un redoutable obstacle ou un puissant vecteur à l'entrée des avocats dans le processus de médiation.

ABSTRACT

The discourses about the crisis of civil justice, in France and Belgium, seem to converge on a particular issue: the promotion of mediation. Despite historic resistance to mediation, this alternative dispute resolution mode seems to be today the best way to settle disputes. The reading of academic and professional journals shows that French and Belgian lawyers, underlining typical advantages of mediation over civil litigation, are strongly in favour of the mediation. But saying it and actually putting it into practice are two very different things. Indeed, lawyers have not yet become real promoters of the mediation. How do we explain this gap between theory and practice (the difference between

“saying and doing”)? In our view, the answer to this question may be found in the legal education of lawyers. This article – by examining training materials for students and lawyers – explores how the legal education can be an obstacle or a major vector for the entry of the lawyers in the mediation process.

INTRODUCTION

1. Un constat : la crise de la justice civile. La justice, ce cadeau de Zeus aux hommes¹, a pour de nombreux justiciables français, confrontés aux affres d'une procédure juridictionnelle, perdu beaucoup de ses vertus olympiennes. Comme le relève un magistrat, « depuis des années, interrogés sur le fonctionnement de la justice, les Français portent un jugement sévère, souvent inexact, parfois injuste. Mais il n'en demeure pas moins que la justice est considérée comme trop lente, trop chère, compliquée, trop lointaine, souvent incertaine, si ce n'est partielle. Ce sentiment ne cesse de s'accroître et de s'accréditer dans l'esprit du public »². En effet, dans nombre de contentieux, il faut bien convenir que pour mener à bien un procès, « il faut aujourd'hui avoir l'optimisme de don Quichotte, la patience de Pénélope et la fortune de Monte-Cristo »³. Et force est de relever que les justiciables qui parviennent à surmonter les travers de cette justice « en crise »⁴, complexe, lente, coûteuse, n'obtiennent pas toujours, avec la décision du juge, la résolution pleine et entière de leurs différends. C'est un truisme de le souligner, mais cet aspect est très souvent décevant pour nombre de requérants : le juge n'a pas vocation, ni mission de résoudre le différend, source du litige⁵ ; dans le cadre de son *imperium*, il s'applique uniquement à trancher des prétentions juridiques contradictoires par la stricte application de la règle de

1. Platon, *Protagoras*, Paris, Flammarion, 1967, Chap XII aux pp. 53-54.
2. G. Pluyette, « La médiation judiciaire », *Gazette du Palais*, 1998, doct., 702 et s.
3. J.-M. Vautour, « La fonction du jugement » dans *Les visages de la loi*, C. Samet et S. Tzitzis (dir.), Paris, éd. L'Atelier de l'Archer, 2000 à la p. 159.
4. L. Cadet, « Civil justice reform: access, cost and delays, the French perspective » dans A.A.S. Zuckerman (dir.), *Civil justice in crisis*, Oxford, Oxford University Press, 1999 à la p. 291 ; Ch. Jarrosson, « La médiation et la conciliation : essai de présentation » (1999) *Droit et Patrimoine* 36 ; P. Estoup, « Conciliation judiciaire et extrajudiciaire dans les tribunaux d'instance » (1986) *Gazette du Palais* 288 ; J.-M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Rapport au garde des sceaux, La documentation française, 1997 à la p. 19 ; M.-C. Rivier (dir.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Un objet nouveau dans le discours des juristes français ? » dans P. Chevalier, Y. Desreumaux, Ph. Milburn (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, La documentation française, Mission de Recherche Droit et Justice, 2003 à la p. 30.
5. A. Jeammaud, « Conflit, différend, litige » (2001) 34 *Droits* 15 et s.

droit. C'est ainsi qu'un conflit peut se cristalliser en termes juridiques pour permettre aux parties de franchir toutes les étapes du processus juridictionnel, sans jamais parvenir à s'éteindre au même rythme que l'épuisement des voies de recours. Ces conflits qui demeurent intacts, en dépit d'un procès, sont légion et viennent même ressurgir de manière insupportable avec l'inexécution des décisions portant devenues définitives, laissant ainsi la partie lésée bien démunie et en proie à un doute au combien légitime quant à l'intérêt d'une justice sans effectivité des décisions prononcées⁶. Et si les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme ont conduit le législateur français, soucieux de consacrer un accès au juge « non pas théorique et illusoire, mais concret et effectif »⁷, à développer des dispositifs destinés à faciliter l'accès au juge, l'accès au(x) droit(s) et l'exécution des décisions de justice⁸ ; en la matière, l'optimisme ne peut pas encore être de mise. Tous ces outils sont encore loin d'avoir converti leurs destinataires en justiciables convaincus⁹.

2. Un discours : la médiation, la voie à privilégier pour assurer la célérité et la qualité de la justice civile. Cette réalité contentieuse, doublée du « spectre d'une société contentieuse »¹⁰, a été un terreau propice à la réception de la médiation, de cette figure emblématique des désormais classiques modes alternatifs de règlement des conflits, empruntés aux droits anglo-saxons¹¹. Comme le relève Ch. Jarrosson, « d'un point de vue culturel, il ne faut pas perdre de vue cette évidence que le développement des modes alternatifs de règlement des conflits est une

6. CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/Grèce*, *RTD civ.*, 1997 à la p. 1009.

7. CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/Irlande*, série A, n° 32, § 24.

8. S. Guinchard, *Droit processuel*, Paris, Dalloz, 2013, n° 290 à 297.

9. Des études récentes ont souligné les limites des dispositifs d'accès au Droit et à la justice, notamment pour les personnes les plus vulnérables. Voy. Ph. Warin, C. Chauveaud et P. Mazet, *Des fabriques d'accès au(x) droit(s)*, Rapport de recherche pour le Programme « Droit et pauvreté » de la MIRE-DREES et l'ONPES, 2010 ; N. Fieulaine, N. Kalampalikis, V. Hass, *Usages du droit et représentations de la justice. Enquête sur le (non) recours au droit*, Rapport de recherche Mission Droit et Justice, 2009.

10. L. Cadiet, « Le spectre de la société contentieuse » dans *Écrits en l'honneur de G. Cornu*, Paris, P.U.F., 1994 à la p. 29 et s.

11. Voy. notamment, Ch. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale » (1997) *R.I.D.C.* 326 ; G. Cornu, « Rapport de synthèse sur les modes alternatifs de règlement des conflits » (1997) *R.I.D.C.* 313 ; H. Brown et A. Marriot, *ADR Principles and Practice*, Londres, Sweet & Maxwell, 1993 ; Ch. Samson et J. Mc Bride, *Solution de rechange au règlement des conflits*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993 ; M.-C. Rivier (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits : un objet nouveau dans le discours des juristes français ?*, Rapport du Cercriid, GIP droit et justice, 2001 ; P. Chevalier, Y. Desvevises, Ph. Milburn (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, La documentation française, 2003 ; Th. Clay, L. Cadiet, E. Jeuland, *Médiation et arbitrage, Alternative dispute resolution : alternative à la justice ou justice alternative ? : Perspectives comparatives*, Paris, Litec, 2005.

réponse – un antidote – aux défauts ou excès de la justice du pays considéré »¹². Et dans cette recherche d'une justice de qualité et de régulation des flux contentieux, la médiation – qui a vocation à offrir aux parties les moyens de régler elles-mêmes leurs différends en dépassant la seule réponse juridique imposée par un tiers disant le droit – est aujourd'hui présentée par la communauté des juristes comme une puissante alternative au processus juridictionnel. Il est ainsi communément retenu que cette recherche d'une solution « la plus apte possible à permettre le maintien d'une convergence des intérêts entre les parties »¹³, « apparaît comme le procédé de règlement des conflits le moins traumatisant, qui préserve l'avenir. C'est une forme de justice plus rapide, plus simple et moins coûteuse, mieux adaptée à certains litiges et confidentielle »¹⁴. En effet, grâce à la médiation, les parties deviennent maîtresses de leurs destinées et s'appliquent à trouver, grâce à l'entremise d'un tiers médiateur, la réponse adéquate à même de résoudre leur conflit, et ce, dans toutes ses dimensions – juridiques et extra-juridiques – en renouant, autant que faire se peut, une communication apaisée¹⁵. Contrairement aux contraintes imposées par les procédures judiciaires, cette « justice douce »¹⁶ offre ainsi le temps et l'espace nécessaires à l'expression et à la résolution de tous les aspects du conflit. Il n'est donc pas question pour les parties de préférer « un mauvais arrangement, plutôt qu'un bon procès », pour reprendre l'adage célèbre. Le processus de médiation « a le même but que la justice réglée : dire le droit, rendre la justice par un processus négocié plutôt qu'au moyen d'un processus imposé »¹⁷.

12. Ch. Jarrosson, « La médiation et la conciliation : essai de présentation » (1999) *Droit et patrimoine* 39.
13. G. Flécheux et P. Lafarge, « La médiation » dans *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000 à la p. 301.
14. C. Jarrosson dans *Les développements de la médiation*, Colloque organisé par le Conseil d'État le 4 mai 2011, La Documentation française, Paris, 2012 à la p. 56.
15. J.-F. Perrin et P. Widmer (dir.), *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits*, Genève, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 1992 ; J.-F. Six, *La dynamique de la médiation*, éd. Desclée de Breuwer, 1995 ; J.-F. Six et V. Mussaud, *Médiation*, Paris, Seuil, 2002 ; P. Milburn, *La médiation, expérience et compétences*, Paris, La Découverte, 2002 ; J. Faget, *Accès au droit et Médiation*, Mission de recherche Droit et Justice, GERICO, 2000, n° 12 aux pp. 25-26 ; E. Le Roy, « La médiation, mode d'emploi » (1995) 29 *Droit et société* 39 ; F. Steffek et H.J. Klaus, *Mediation: rechtstatsachen, rechtsvergleich, regelungen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.
16. J.-P. Bonafé-Schmitt, *La médiation : une justice douce*, Syros-Alternatives, 1992.
17. L. Genêt, « La médiation familiale » dans *Séparation de fait – Commentaires pratiques*, Kluwer, version du 1^{er} septembre 2000, suppl. 5 à la p. 17. Voy. égal. E. Serveirin, « Le médiateur civil et le service public de la justice » (2003) *RTD civ.* 229 et s. ; L. Cadiet, « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation » dans *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle, Mélanges Cl. Champaud*, Paris, Dalloz, 1997 aux pp. 123 et s. ; J.-P. Bonafé-Schmitt, « La médiation : du droit imposé au droit négocié ? » dans

3. Pourtant, la promotion de la médiation en matière civile¹⁸ s'est d'abord réalisée, en France, sans le concours des gens de justice. La médiation, qu'elle soit « créatrice », « rénovatrice », « préventive », « curative »¹⁹, se devait même de s'éloigner du périmètre de la justice étatique et du Droit, pour participer à l'émergence d'une nouvelle source de normativité²⁰. Les structures de médiation se sont ainsi développées à l'initiative de professionnels du secteur social, de résidents de certains quartiers ou d'associations de parents, désireux avant tout de construire un lieu de préservation et de renforcement du lien social²¹. Comme l'explique M. Guillaume-Hofnung, cette « innovation sociale » est partie « d'initiatives discrètes, dispersées, qui progressivement [se sont intégrées] dans un réseau associatif »²². Il est vrai que si les juristes étaient déjà familiers de cette justice négociée, les transactions et les arbitrages étant depuis longtemps choses courantes et fort communes dans le champ commercial, l'idée d'étendre ces règlements amiables au-delà des relations d'affaires n'a pas tout de suite séduit les professionnels du droit. En effet, si le monde des affaires est le terrain d'élection des arrangements et des négociations contractuels entre professionnels²³, les entreprises ayant ainsi très tôt permis à la médiation de connaître un certain succès²⁴, d'autres matières, pétries de considérations d'ordre public, se prêtaient *a priori* plus malaisément à un face à face équilibré entre les parties. Mais fort du succès des pratiques développées par

F. Ost, P. Gérard et M. Van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996 aux pp. 419 et s.

18. Ici, la matière « civile » est entendue au sens du droit des obligations, du droit des biens, du droit commercial, du droit de la famille, à l'exclusion de la matière sociale et des questions pénales.
19. J.-F. Six, *Le temps des médiateurs*, Paris, Le Seuil, 1990 à la p. 164.
20. J.-P. Bonafé-Schmitt et J.-C. Robert, *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, GIP droit et justice, 2001 ; J.-P. Bonafé-Schmitt, « La médiation : du droit imposé au droit négocié ? » dans F. Ost, P. Gérard, M. Van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996 à la p. 419 et s.
21. J.-P. Bonafé-Schmitt, « France. La médiation. Un nouveau mode de régulation sociale », GLYSI, Atelier de sociologie juridique, CNRS, Université Lyon II, <<http://www.globenet.org/archives/web/2006/>> ; Y. Morhain (dir.), *Médiation et lien social*, Hommes et Perspectives, 1998 ; B. Castelain et F. Kinet, « A.D.R., médiations, lien social et accès au droit », *Bull. ass.*, 2003, liv. 3 aux pp. 29-40.
22. M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, Paris, P.U.F., 2000 à la p. 66.
23. Voy. not. P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, Paris, 2001.
24. Même si les entreprises françaises sont encore loin de la systématisme constatée aux États-Unis dans l'utilisation des MARC, voy. not. l'enquête menée par le cabinet d'avocat Fidal et l'American Arbitration Association, <fidal.fr/les-expertises/reg...> ; A. Stimec, « La médiation et l'entreprise en France : état des lieux et perspectives », en ligne : <auchampdespossibles.org/pdf/entreprise4_fr.pdf>.

les acteurs économiques, ceux du champ social²⁵, des expérimentations prétérielles en matière familiale et de conflits collectifs du travail²⁶ et surtout, d'un désarroi persistant face aux maux chroniques de la justice civile, les gens de justice se sont emparés de cette question, au point d'en devenir, à présent, de véritables chantres. L'abondante littérature juridique en témoigne : pas un colloque, un rapport, un article, une réflexion sur la justice civile qui ne conduisent leurs auteurs à faire la promotion des modes alternatifs de règlement des conflits et plus particulièrement de la médiation.

4. Les discours des magistrats français traduisent nettement l'engagement de ces acteurs clés du système français en faveur du développement de la médiation. L'ancien premier président de la Cour de cassation, G. Canivet, souligne ainsi que grâce au développement de la médiation « émerge une conception moderne de la Justice, une Justice qui observe, qui facilite la négociation, qui prend en compte l'exécution, qui ménage les relations futures entre les parties, qui préserve le tissu social ». Les critiques liées aux dangers d'une médiation sans informations suffisantes sur le droit²⁷ sont ainsi balayées, les magistrats soulignant que les médiations sont conduites « à la lumière du droit et sous la protection de la justice »²⁸. Les parties ont en effet la liberté d'être aidées par leurs conseils²⁹ et en toutes hypothèses, le juge assure un rôle de gardien de la légalité à l'occasion de l'homologation de l'accord conclu entre les parties³⁰. De plus, les magistrats français tendent à développer une mission « d'ingénierie sociale »³¹ par la pro-

25. *Study on the use of Alternative Dispute resolution in the European Union*, Rapport soumis à la Commission européenne le 16 octobre 2009, <http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_study.pdf>.

26. <http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/hors_serie_2074/mediation_8925.html>.

27. E. Serverin, « L'échec de la médiation familiale » dans *L'Express*, 26 avril 2004 ; F. Ruellan, « Pour une justice plurielle dans le respect du droit », *JCP*, 1999, I, 135.

28. J.-M. Sauvé, « Séance d'ouverture » dans *Les développements de la médiation*, Colloque organisé par le Conseil d'État le 4 mai 2011, Paris, La Documentation française, 2012.

29. P. Clément-Cuzin, « Quelle place pour l'avocat ? » dans *De la rupture négociée du contrat de travail à la médiation judiciaire*, *Semaine sociale Lamy*, n° 1100, suppl. ; A. Schneebalg et E. Galton, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Paris, Economica, 2003.

30. Cass.fr. (Soc.), 18 juillet 2001, nos 99-45.534 et 99-45.535 : « le juge n'est pas tenu d'homologuer l'accord qui lui est soumis par les parties mais doit vérifier qu'il préserve les droits de chacune d'elles ». Le Conseil d'État français retient la même solution, voy. CE (Ass.), 6 décembre 2002, Lebon à la p. 433.

31. M. Storme, « L'activisme du juge dans le domaine de la procédure – Une étude comparative » dans J. Linsmeau et M. Storme (dir.), *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil*, Bruxelles, Kluwer et Bruylant, 1999 à la p. 21.

motion de ce mode de règlement amiable, en devenant l'interface active entre les parties et la médiation. L'expérience menée au sein de la Cour d'appel de Paris, consistant en une politique proactive d'information des parties par les magistrats et un médiateur bénévole³², a même conduit de hauts magistrats à encourager cette expérimentation pour permettre – à plus ou moins long terme – aux juges judiciaires d'intégrer la médiation au fonctionnement des juridictions³³. Autres illustrations notables de cet intérêt à la médiation, près d'une centaine de magistrats français sont membres actifs du groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMM) et d'éminents magistrats publient désormais des ouvrages donnant les clés des « Arts et techniques de la médiation »³⁴ ou des articles destinés à promouvoir ce procédé. Cette adhésion des magistrats judiciaires pour la médiation est au demeurant largement partagée par les magistrats administratifs, en témoigne, la tonalité générale très favorable à la médiation donnée par la Haute juridiction administrative. Le Conseil d'État français, déjà dans son étude de 1993, « régler les conflits autrement »³⁵, et plus récemment dans son étude remise au premier ministre aux fins de faciliter la transposition de la directive européenne n°2008/52 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, se positionne nettement en faveur du développement de la médiation³⁶.

5. Les avocats ne sont pas totalement en retrait de cette entreprise de promotion de la médiation. Ces acteurs privilégiés de la justice contentieuse, pourtant traditionnellement les plus rétifs au développement d'un modèle de justice libéré de l'âpreté des controverses juridiques, tendent désormais, eux aussi, à en faire l'éloge. Il est évident qu'au-delà des intentions nobles qui guident, à n'en pas douter, les avocats à se transformer en chantre d'une justice douce, les projets relatifs au développement de la médiation civile sont certainement de puissants et prosaïques moteurs aux intentions nouvelles de ces professionnels. En effet, selon certains, l'activité de médiateur permettrait, surtout pour ceux exerçant dans de petites structures individuelles, d'adosser à leur

32. D. Ganancia, *Gazette du Palais*, 27-28 mai 2011 à la p. 14.

33. *Médiation : enjeux et perspectives à la Cour d'appel de Paris*, Colloque organisé le 1^{er} avril 2011 à la Cour d'appel de Paris, *Les Annonces de la Seine*, n° 23, 11 avril 2011 ; J.-C. Magendie, *Célérité et qualité de la justice, La médiation : une autre voie*, Rapport au garde des Sceaux, Paris, La documentation française, 2008 à la p. 80.

34. G. Pluyette, S. Bensimon et M. Bourry d'Antin, *Arts et techniques de la médiation*, LexisNexis, Paris, 2004.

35. *Régler les conflits autrement : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 4 février 1993.

36. *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, Rapport du Conseil d'État, Paris, La documentation française, 2010.

activité principale de nouveaux segments d'activité³⁷. Cet investissement dans la médiation constituerait, en outre, un moyen efficient d'améliorer l'image de ces professionnels à l'égard du public, en démontrant qu'ils savent s'adapter aux besoins et attentes de chacun, et ce même en dehors du cadre juridictionnel. Mais quelles que soient les intentions poursuivies – concourir « à l'accès à la justice et aux droits »³⁸ ou défendre des intérêts corporatistes – les discours favorables à la médiation se diffusent, notamment par l'intermédiaire des actions militantes des centres de médiation et d'arbitrage avec l'appui de nombreux barreaux ou grâce à des publications spécifiques à destination de la communauté professionnelle. En effet, signe significatif de cet engouement pour la médiation, dans les revues juridiques destinées aux praticiens, on peut désormais lire que la médiation est « un outil de prévention et de pacification des litiges à consommer sans modération »³⁹, ou retrouver régulièrement des « Chroniques de Droit des modes alternatifs de règlement des conflits »⁴⁰. Des avocats participent même activement à la sensibilisation des étudiants à la médiation par leurs enseignements au sein de masters spécialisés en droit de l'arbitrage et de la médiation, ou par leur présence, par exemple, au sein du jury du Concours international francophone de médiation, organisé sous l'égide du Centre d'arbitrage et de médiation de Paris. L'ordre des avocats de Paris a même proclamé l'année 2013, « année de la médiation », car selon les propos du bâtonnier « la médiation est un processus alternatif de la décision judiciaire qui doit être développée car elle est garante des liens sociaux, elle restaure la confiance entre toutes les parties. Une politique volontariste de l'État et des corporations professionnelles est indispensable à l'évolution de cet exercice du droit. Les avocats, en particulier, doivent comprendre l'intérêt qu'ils ont à y participer. Ils ne doivent pas rester des spectateurs passifs »⁴¹.

Bref, les juristes français, qu'ils fassent œuvre savante ou qu'ils s'interrogent sur les meilleurs moyens de renouveler leurs pratiques

37. J. Faget, « L'accès au droit : logiques de marché et enjeux sociaux » (1995) *Droit et Société* 367-378 ; O. Favereau (dir.), *Les avocats, entre Ordre professionnel et Ordre marchand*, Paris, Gaz.Pal., Lextenso, 2010 ; Th. Wickers et Ch. Jamin, « L'avenir de la profession d'avocat » (2010) 132 *Revue Commentaire* 985.

38. Art. 6, al. 1^{er} du décret du 12 juillet 2005 relatif à la déontologie de l'avocat.

39. E.-A. Télémaque, « La médiation en propriété intellectuelle : un outil de prévention et de pacification des litiges à consommer sans modération », *Gazette du Palais*, 11 mars 2008, n° 71 aux pp. 8 et s.

40. Chroniques rédigées par J.-Ph. Tricoit dans la *Revue de l'arbitrage* depuis 2007.

41. C. Féral-Schuhl, Bâtonnier de l'ordre des avocats de Paris dans *Colloque Génération médiation, la justice change. Et vous ?*, Maison du Barreau, Paris, 25 octobre 2012.

professionnelles, s'accordent pour considérer la médiation comme « la voie » à privilégier pour garantir « la célérité et la qualité de la justice »⁴².

6. Cette quasi-unanimité de la communauté juridique française en faveur du développement de la médiation, parée de toutes les vertus d'une justice apaisée, a été puissamment encouragée par les recommandations du Conseil de l'Europe⁴³, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁴, les règles européennes⁴⁵ et par les nombreuses interventions législatives œuvrant en ce sens. L'engouement pour les procédés non juridictionnels a en effet conduit le législateur français, tout entier préoccupé à résoudre le problème de l'encombrement des juridictions, et ce, à moyen constant, à promouvoir, nettement, cette justice réalisée hors des prétoires. La médiation a ainsi conquis ses lettres de noblesse en prenant place au cœur des procédures judiciaires⁴⁶, et plus récemment, en voyant son caractère conventionnel expressément consacré dans le Code de procédure civile⁴⁷. Le législateur s'est également appliqué à développer cette alternative au juge dans bien des domaines, à tel point que le droit actuel traduit un véritable « foisonnement des médiations »⁴⁸, tant il est fait appel à la médiation afin de régler les conflits les plus divers : familiaux, conjugaux, du travail, les différends nés entre l'administration et ses usagers, ou encore ceux liés à la commission d'une infraction pénale, à l'application du droit bancaire, du droit de la santé, du droit au logement, du droit de la consommation ou du droit de l'environnement⁴⁹. Et les initiatives du législateur devraient même être renforcées en matière civile avec la

42. J.-Cl. Magendie, *Célérité et qualité de la justice, La médiation : une autre voie*, Rapport au garde des Sceaux, La documentation française, Paris, 2008 ; S. Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au garde des Sceaux, La documentation française, Paris, 2008.

43. E. Serverin, « Quels lieux pour la médiation civile en Europe ? », 30 novembre 2000, CJ-EJ (2000), 6 REV. ; CEPEJ, Analyse de l'évaluation de l'impact des Recommandations du Conseil de l'Europe en matière de médiation, Strasbourg, 3 mai 2007.

44. CEDH, 6 décembre 2011, *Cengiz Kiliç c. Turquie*, requête n° 16192/06.

45. *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, Rapport du Conseil d'État, La documentation française, Paris, 2010.

46. S. Guinchard, *Institutions juridictionnelles*, Paris, Dalloz, 2013, nos 43-46 et 938 ; S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 2013, nos 890 et s. et 1063 et s.

47. Art. 1530 du *Code de procédure civile* (depuis la transposition de la directive européenne sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale par le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012).

48. Ch. Jarrosson dans *Les développements de la médiation*, Colloque organisé par le Conseil d'État le 4 mai 2011, Paris, La Documentation française, 2012 à la p. 50.

49. Cette énumération est loin d'être exhaustive, voy. « Annexe » dans *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, Rapport du Conseil d'État, La documentation française, 2010.

possible généralisation des unités de médiation civile au sein des tribunaux⁵⁰, et l'admission d'un recours à la médiation obligatoire sous peine d'irrecevabilité de l'instance en matière de contentieux familial⁵¹. La médiation ne cesse donc d'être un processus « au goût du jour »⁵².

Le législateur s'est également attaché à fixer quelques principes directeurs pour guider au mieux l'action des médiateurs⁵³, qui doit assurer sa mission en toute confidentialité, faire preuve de célérité dans la conduite de la médiation, d'indépendance et d'impartialité à l'égard des médiés. Le législateur a ainsi relayé une partie des initiatives d'associations de médiateurs soucieuses de fixer des règles déontologiques et s'est appliqué, dans le cadre de la transposition de la directive européenne de 2008⁵⁴, à encourager « l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite et l'adhésion à ces codes, par les médiateurs et les organismes fournissant des services de médiation »⁵⁵. L'époque serait donc « le temps des médiateurs »⁵⁶.

7. La pratique limitée de la médiation par les gens de justice.

Toutefois, si l'on s'éloigne des discours des juristes et que l'on s'aventure sur le terrain de leurs pratiques, force est de constater que l'entrée effective et massive des professionnels du droit dans le champ de la médiation tarde à se réaliser. Le nombre de médiations judiciaires demeure encore limité. Par exemple, en matière familiale, en dépit du pouvoir offert au juge de renvoyer les parties au dépassement de leurs vérités respectives sous le regard expert d'un médiateur⁵⁷ et d'une

50. B. Rault *et al.*, « Recommandations en faveur d'une implantation de la médiation civile dans les juridictions » dans J.-Cl. Magendie, *Célérité et qualité de la justice : La médiation : une autre voie*, Paris, La documentation française, 2008 aux pp. 77-88.

51. Pour l'instant ce dispositif est expérimenté dans plusieurs juridictions pilotes jusqu'au 31 décembre 2013 ou 2014 aux termes du décret n° 2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale et de l'arrêté du 16 mai 2013 désignant les juridictions habilitées à expérimenter la tentative de médiation familiale préalable à toute demande de modification de décisions relatives aux modalités de l'exercice de l'autorité parentale, à la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ainsi qu'aux dispositions contenues dans la convention homologuée. Voy. not. *Procédures*, 2011, comm. 16, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.*, 2010 à la p. 265, obs. N. Fricero ; *Rev. arb.*, 2011 à la p. 216, obs. J.-Ph. Tricoit.

52. Conseil économique et social, avis adopté au cours de sa séance du 11 juillet 2001, <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/014000547/0000.p>> et M. Castillo (dir.), *Les médiations : la justice autrement ?*, Arghos diffusion, 2011.

53. Art. L.131-1 et s. du *Code de procédure civile*.

54. Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive.

55. Directive 2008/52/CE, 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JOUE n° L 136, 24 mai 2008.

56. J.F. Six, *Le temps des médiateurs*, Paris, Le Seuil, 1990.

57. Art. 255 et 373-2-10 du Code civil, en matière de divorce et d'autorité parentale. Et cette injonction du juge n'est pas susceptible de recours (art. 1180-3 du *Code de*

« tonalité favorable » des juges à la médiation, en pratique, les magistrats « se révèlent généralement de très faibles utilisateurs, à la fois en nombre de Tribunaux concernés et en proportion d'affaires renvoyées »⁵⁸. Et si les réticences des juges à recourir à la médiation n'ont pas encore toutes été levées, le même constat peut être dressé s'agissant des avocats. Certes, incontestablement, ces professionnels du droit occupent une place quasi-monopolistique dans le règlement amiable du contentieux de l'entreprise⁵⁹. Les opérateurs économiques, qui souhaitent conserver un rôle actif dans le règlement de leurs différends en toute discrétion et rapidement, trouvent de nombreux bienfaits dans la médiation⁶⁰, en témoigne, la stipulation de plus en plus fréquente de clauses de médiation préalable⁶¹. En revanche, dans d'autres contentieux civils, notamment en matière familiale, ce sont essentiellement les acteurs du champ social qui œuvrent très majoritairement comme médiateurs⁶².

procédure civile). Voy. H. Croze, « Invitation à la médiation » (2006) *Procédures*, repère n° 7.

58. C. Moreau, B. Munoz-Perez et E. Serverin, « La médiation familiale et les lieux d'exercice du droit de visite dans le secteur associatif en 2003 », *Infostat Justice*, n° 84, 2003 ; *1995-2005 : dix ans d'application de la médiation judiciaire en matière civile et commerciale*, Colloque organisé par le Groupement européen des magistrats pour la médiation (Gemme), Paris, 8 déc. 2005, *Gazette du Palais*, 14-15 juin 2006 ; J. Clavière-Schiele, « Restitution d'expérience des chambres sociales à la Cour d'appel de Paris » dans J.-Cl. Magendie, *Célérité et qualité de la justice – La médiation : une autre voie*, 2008 aux pp. 36-39 (<http://www.anm-mediation.com/wp-content/uploads/2011/10/Rapport-de%CC%81finitif-du-groupe-de-travail-Magendie-sur-la-me%CC%81diation1.pdf>).
59. C. Moreau, B. Munoz-Perez et E. Serverin, *La médiation civile en chiffres*, situation au 31 octobre 2001, Direction des affaires civiles, cellule Études et recherches, déc. 2002 aux pp. 31 et s. (<http://www.justice.fr>) ; B. Oppetit, « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique » (1995) *Justices* 53 et s.
60. F. Vincke, « Le caractère prospectif de la médiation. Une expérience adossée à l'évolution américaine » dans *La médiation en matière commerciale*, Actes du Colloque organisé par le Centre de Médiation de l'Ordre des Avocats au Barreau de Liège, 1^{er} octobre 1999, Éd. Jeune Barreau de Liège, pp. 15-30 ; P.-P. Renson, *La médiation civile et commerciale. Comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010 ; J.-F. Guillemin, « Les médiateurs contractuels » dans *Les médiateurs en France et à l'étranger*, Paris, Société de législation comparée, 2001 à la p. 71 ; J.-F. Guillemin, « Reasons for choosing alternative dispute resolution » dans A. Ingen-Housz (dir.), *ADR in Business. Practice and issues across countries and cultures*, Bruxelles, Kluwer, 2011.
61. Ces clauses de médiation préalable ont été validées par la Cour de cassation, Cass.fr. (Civ. 1^{re}), 8 avril 2009, *D.*, 2009, 1284, obs. X. Delpech ; *JCP*, 2009, n° 26, 43 à la p. 20, note O. Cuperlie. Et la Haute juridiction admet qu'elles peuvent être invoquées même en cours d'instance, voy. Cass.fr. (Civ. 2^e), 16 décembre 2010, n° 09-71.575, *D.*, 2011 à la p. 172 ; *Rev.arb.*, 2011 à la p. 229, obs. J.-Ph. Tricoit.
62. C. Moreau, B. Munoz-Perez et E. Serverin, *La médiation judiciaire civile en chiffres. Situation au 31 octobre 2001*, Ministère de la Justice, Direction des Affaires civiles et

Ces données quantitatives illustrent la réserve des praticiens, et notamment des avocats, à s'engager nettement en qualité de médiateur. Et cette réserve interpelle tant elle tranche avec les discours que ces gens de justice peuvent avoir sur la médiation. Pourquoi vanter les mérites de la médiation, si au final ils en font peu, voire pas du tout ? Comment expliquer ce décalage entre un discours quasi-unanimiste, et la réalité, qui témoigne d'une résistance certaine au développement de cette « autre justice »⁶³ ? Comment expliquer cette contradiction entre les discours et les pratiques ?

8. La formation des avocats : frein au développement de la médiation ? Certains auteurs relèvent, à juste titre, que les avocats sont confrontés à des obstacles déontologiques qui viennent nécessairement limiter leur entrée dans la médiation. Il peut, en effet, être parfois difficile d'assurer la compatibilité du rôle de médiateur, facilitateur des échanges et de la communication des parties, avec la posture traditionnelle de ces professionnels, représentants des intérêts exclusifs d'un client dans un cadre contradictoire⁶⁴. De plus, des éléments plus prosaïques viennent renforcer ces réserves. Si certains avocats soulignent, à l'invitation de leurs confrères, que « si les avocats ne se positionnent pas aujourd'hui comme spécialistes de la médiation, un marché énorme va leur passer sous le nez »⁶⁵. À l'inverse, d'autres relèvent que les clients potentiellement concernés par la médiation ne se bousculent pas pour engager une médiation⁶⁶, d'une part, parce que la médiation est encore trop peu connue du public, d'autre part, parce que les justiciables ne partagent pas l'engouement actuel des juristes pour la médiation, les dysfonctionnements de la justice n'ayant pas encore ce rôle de repoussoir joué par la justice américaine, onéreuse et imprévisible, puissante incitation au recours aux MARC outre-Atlantique⁶⁷. De plus, certains avocats proposent habilement, pour éviter d'être dépossédés d'une partie d'un contentieux rémunérateur, de contourner le secteur concurrentiel de la médiation pour lui préférer un mode de règlement amiable dans lequel l'avocat retrouve, seul, tout son empire. C'est ainsi que l'intérêt bien

du Sceau, décembre 2002 aux pp. 16 et s. Le Comité national des associations et services de médiation (CNASMF) relève également que 93 % des médiateurs familiaux sont des travailleurs sociaux.

63. J.-P. Bonafé-Schmitt, *La médiation : une autre justice*, Syros, 1992 à la p. 210.
64. H. Croze, « L'avocat peut-il tout faire ? » (2009) 10 *Procédures*, repère 9.
65. Cité par E. Boccara, « Panique au pays des MARL » dans *Gazette du Palais*, 13 avril 2010, n° 103 à la p. 3.
66. Constat des avocats lors de nos entretiens. Pour des éléments plus approfondis, voy. A. Bastard, *Les démarieurs*, Paris, La Découverte, 2002 à la p. 151.
67. B. Hanotiau, « Arbitrage, médiation, conciliation : approches d'Europe continentale et de Common Law » (1996) 2 *R.D.A.I./I.B.L.J.* 203 et s.

compris des avocats ne serait pas à la promotion de la médiation, mais davantage à celui du droit collaboratif⁶⁸ et des conventions participatives⁶⁹ qui font des avocats des acteurs imposés de ces processus négociés⁷⁰.

9. Ces éléments sont, à n'en pas douter, de puissants freins au développement de la médiation. Mais pourquoi ces réserves déontologiques et ces stratégies concurrentielles apparaissent si décisives pour les avocats français ? La question mérite d'être posée car si l'on s'éloigne du cadre hexagonal, ces obstacles apparaissent moins insurmontables qu'il n'y paraît de prime abord. En effet, les avocats d'autres pays sont confrontés aux mêmes difficultés et parviennent pourtant à s'inscrire activement dans la médiation sans compromettre leur déontologie, ni sacrifier leur activité libérale sur l'autel d'une justice sans procès. C'est notamment le cas des praticiens belges, la commission fédérale de médiation indiquant dans son premier rapport d'activité paru en 2011 que parmi les 1053 médiateurs agréés depuis 2005, près de la moitié sont des avocats⁷¹. Pourtant, exception faite des entreprises⁷², les justiciables belges éprouvent les mêmes réticences que les français à recourir à la médiation et en pratique, cette activité n'est pas plus rémunératrice qu'en France, puisque « 50 médiateurs se partagent 2 500 médiations par an soit 65 % du marché et que 40 % des médiateurs n'ont jamais effectué de médiation »⁷³. Mais ces données n'ont pas été des obstacles décisifs au développement de la figure de l'avocat-médiateur. Cette divergence interpelle l'observateur car les situations française et belge présentent de fortes similitudes. Pour des raisons historiques, la Belgique a emprunté le modèle de justice français, connaît les mêmes principes directeurs du procès, les mêmes professions de justice, les mêmes règles déontologiques, ce pays a connu les mêmes errements

68. Ch. Butruille-Cardew, *Le droit de la famille collaboratif (Collaborative Law)*, Paris, Dalloz, 2007 aux pp. 29 et s. Des avocats se sont regroupés au sein d'une association pour promouvoir le droit collaboratif, <www.droit-collaboratif.org/association-francaise-des-praticiens-du-droit-collaboratif>.

69. La procédure participative prévue aux articles 2062 à 2068 du Code civil français a été instituée par la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires.

70. Voy. les articles 1528 à 1568 du Code de procédure civile français.

71. <www.lalibre.be>.

72. L-M. Henrion, « Changement d'état d'esprit face au conflit » dans *Tribunaux, barreaux et révisorat d'entreprises : actualité de leur collaboration et actualités en droit des affaires*, Journée d'études du 12 octobre 2012, Anvers, Maklu, 2012 à la p. 83 et s.

73. *Baromètre de la médiation 2012*, enquête réalisée par bMediation (<http://www.bMediation.eu>) en association avec la Commission Fédérale de médiation (<http://www.mediation-justice.be>).

de sa justice civile⁷⁴ et un engouement tout à fait similaire pour la médiation. En effet, si le législateur belge est intervenu plus tardivement que le législateur français pour réglementer la médiation, sa consécration au cœur de son Code judiciaire⁷⁵ a été un pas important dans la promotion de ce mode alternatif de règlement des litiges. L'esprit de la loi de 2005 étant clairement d'offrir aux justiciables un moyen efficient de régler leurs différends, loin de la justice contentieuse, car pour reprendre les termes du législateur, « il est important de créer un mécanisme qui permette au citoyen de résoudre ses litiges sans une intervention judiciaire, ou alors réduite au minimum indispensable. La ministre pense bien évidemment aux litiges de faible importance, mais aussi à ceux qui entraînent de grandes tensions pour les protagonistes. Chercher ensemble une solution offrira avantage de garanties pour l'avenir : les parties ne couperont pas les ponts, mais rechercheront ensemble et de manière constructive une solution qui leur apporte à chacune satisfaction. Le sentiment de frustration qu'éprouve la partie perdante d'un procès est ainsi évité »⁷⁶. Le législateur belge s'est employé au surplus à

-
74. L'État belge a été condamné à plusieurs reprises pour des délais de jugement déraisonnables, Voy. Civ. Bruxelles, 6 novembre 2001, (2002) *R.G.D.C.* 15, note H. Vuyet et K. Stangherlin, « L'État belge responsable de l'arriéré judiciaire... et pourquoi (pas) ? » ; Cass.be, 28 septembre 2006, (2006) *J.L.M.B.* 1548, notes J. Wilde-meersch et M. Uyttendaele. Et cette lenteur de la justice civile belge n'est pas le moindre de ses maux ; sur cette question, voy. par exemple, G. de Leval (dir.), *L'accès à la justice*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2007 ; P. Martens, « Préface » dans J. Cruyplants, M. Gonda et M. Wagemans, *Droit et pratique de la médiation*, Bruxelles, Bruylant, 2008 ; P.-P. Renson, « Les avocats et la médiation civile » dans *La Justice : enjeux et perspectives de demain*, Actes du congrès conjoint organisé le 18 mars 2013 par l'O.V.B. et AVOCATS.BE, Bruges, La Charte, Limal, Anthémis, 2013 aux pp. 375-376, n° 7.
75. Articles 1724 à 1737 du Code judiciaire belge. Voy. par exemple, I. Hachez, « La médiation familiale à l'heure de sa consécration légale » (2001) *Rev. trim. dr. fam.* 213-215 ; D. d'Usserl, « Replacer la médiation familiale dans un contexte historique et culturel : un exercice utile pour mieux en saisir les enjeux et – peut-être – les limites ? » (2004) *Journ. dr. jeun.* 1 ; C. Le Brun et E. Vink, « Ni avocat, ni notaire... mais médiateur familial : la pratique de la médiation familiale dans les centres de planning familial » (2005) *Divorce* 78 ; A. Thilly, « La nouvelle loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation » (2006) *R.G.D.C.* 530 ; *La nouvelle Loi sur la médiation*, Bruylant, Bruxelles, 2005 ; V. d'Huart, « La médiation dans le Code judiciaire », *Chron. not.*, Larcier, vol. XLI, mars 2005, n° 4 aux pp. 113-114 ; N. Baugniet, « Chapitre 2. Historique et bases légales de la médiation familiale : sa naissance, son évolution » dans *La médiation familiale*, De Boeck Supérieur, 2008 aux pp. 21-27, <www.cairn.info/la-mediation-familiale—9782804155353-page-21.htm> ; P.-P. Renson (dir.), *La médiation voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2008 ; P.-P. Renson, *La médiation civile et commerciale : comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010.
76. Doc. parl., Sénat, sess. 2004-2005, doc. 3-781/7.

promouvoir la compétence de ces acteurs grâce à un mécanisme d'agrément, indispensable pour l'exercice de cette activité dans le cadre judiciaire et à l'obtention de l'homologation judiciaire des accords de médiation⁷⁷. Pour ce faire, le législateur a confié à la commission fédérale de médiation le soin de poser les jalons d'un standard commun de formation. Et tout comme en France, cette promotion législative a été impuissante, à elle seule, à favoriser le développement de la médiation. Car si d'une manière générale, les MARC sont devenus en Belgique un « thème permanent dans toute réflexion sur la justice »⁷⁸, les gens de justice ont dans les premiers temps, hésité à recourir à la médiation, certains relevant même une hostilité certaine à l'égard de cette « institution rivale de la justice aux allures sectaires, eu égard à son caractère rituel et à la nécessité [d'y] être initié »⁷⁹ ou s'interrogeant avec circonspection sur cette « voie d'avenir aux multiples facettes ou [sur ce] miroir aux alouettes »⁸⁰. Mais dans les discours les plus récents, la médiation est désormais envisagée comme le « véritable moyen de résolution de conflits, parallèlement et en concertation avec le tribunal »⁸¹, « l'un des défis majeurs de la profession d'avocat »⁸² car « la pratique révèle que la médiation permet de régler durablement un très grand nombre de conflits, et ce de manière moins aléatoire, moins coûteuse et moins longue qu'un procès. La médiation devrait également contribuer à réduire l'engorgement de certaines juridictions, à résorber l'arriéré auquel ces dernières doivent faire face et à rationaliser le budget global alloué à la

77. <www.mediation-justice.be>.

78. J. Van Compernelle, « Le juge et la conciliation judiciaire » dans *Le contentieux interdisciplinaire*, Bruxelles, Bruylant et Kluwer, 1996 à la p. 46. Voy. également M. Van De Kerchove, « Médiation pénale et travaux d'intérêt général », *J.T.*, 1995 à la p. 61 ; E. Gaillard, « Justice étatique et modes alternatifs de règlement des différends », *M.P.J.*, décembre 1995, n° 337 à la p. 17 ; Cl. Verbraeken et Fr. Vincke, « Les méthodes alternatives de règlement des litiges », *J.T.*, 1996 aux pp. 161-167 ; M.Th. Meulders-Klein (dir.), *Familles & Justice. Approche comparative et prospective*, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 1997 ; I. Van Kerckhove, « La médiation. Les enjeux actuels de la médiation familiale », *J.T.*, 1999 à la p. 249 ; J.-L. Fagnart (dir.), *La médiation : l'accès au droit : « une justice pour tous »*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2002 ; *Orientations*, n° 8-9, août-septembre 2003 aux pp. 1-21 ; J. Cruylants, M. Gonda et M. Wagemans, *Droit et pratique de la médiation*, Bruxelles, Bruylant, 2008 ; P.-P. Renson, *La médiation civile et commerciale. Comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010.

79. P. Martens, « Préface » dans J. Cruylants, M. Gonda et M. Wagemans, *Droit et pratique de la médiation*, Bruxelles, Bruylant, 2008 aux pp. VI et s.

80. P.-P. Renson (dir.), *La médiation voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes*, Louvain-La-Neuve, Anthémis, 2008.

81. Rapport de la commission fédérale de médiation, 2011.

82. P.-P. Renson, « Les avocats et la médiation » dans *La tribune flash*, 25 avril 2013, <www.avocat.be>.

justice, sans pour autant déshumaniser celle-ci »⁸³. Ces discours sont relayés par les instances ordinales belges nettement engagées dans la promotion de la médiation auprès de leurs membres, grâce à l'organisation de sessions de formation à la médiation et qui invitent expressément leurs membres à « examiner avec leurs clients, préalablement à toute introduction d'une action en justice ou au cours de celle-ci, la possibilité de résoudre leurs différends par le recours à la médiation, et de leur fournir, à cette occasion, toutes les informations qui leur permettront de bien apprécier l'intérêt de ce processus »⁸⁴. Quant aux magistrats belges, s'ils sont très officiellement invités à « croire en la médiation et à la pratiquer »⁸⁵, certains considèrent d'ores et déjà que « si les mentalités n'ont pas encore totalement mûri, il n'est cependant pas outrancier de soutenir que la médiation devrait, dans un monde idéal, s'imposer comme le mode principal de règlement des conflits »⁸⁶, en témoignent d'ailleurs les expérimentations pilotes menées dans plusieurs juridictions et le projet de création de permanence de médiation au sein des juridictions civiles.

10. Ce bref regard comparatif franco-belge permet d'emblée de ne pas céder à la tentation de penser les réserves françaises comme allant de soi, sur le mode de l'évidence, et vient d'un seul coup donner beaucoup d'étrangeté à la situation française. En effet, pourquoi les avocats belges parviennent-ils à composer avec les mêmes difficultés que les juristes français sans qu'il ne s'agisse pour eux d'obstacles insurmontables ? Pourquoi ces mêmes obstacles ont-ils une résonance si forte auprès des avocats français ? *A priori*, l'on peut supposer que ces réserves françaises masquent un élément plus souterrain, plus diffus, plus

83. P.-P. Renson, « La médiation, une alternative permettant d'éviter les aléas, le coût et la durée des procès », 28 février 2011, <<http://www.justice-en-ligne.be/article273.html>> ; P.-P. Renson, *La médiation civile et commerciale : comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010 ; P.-P. Renson, « La copropriété, un terreau fertile pour la médiation » dans J.-P. Lannoy et C. Mostin (dir.), *De la prévention à la résolution des conflits en copropriété*, Bruxelles, Larcier, 2013 à la p. 344.

84. Recommandation de l'ordre des avocats francophones et germanophones en matière de médiation du 9 mai 2005.

85. Conseil supérieur de la justice, « Croire en la médiation et la pratiquer. Débat d'idées sur la médiation en matière familiale, civile, commerciale et sociale », Bruxelles, 30 avril 2010, <http://www.csj.be/sites/5023.b.fedimbo.belgium.be/files/press_publications/2010-04-30-fr-mediation.pdf>.

86. B. Guévar, « Le point de vue d'un magistrat du Tribunal de commerce de Charleroi sur la médiation commerciale » dans *La Tribune flash*, 25 avril 2013, <www.avocat.be> ; F. Bayard et M. Gonda, « Au Tribunal de commerce de Liège, magistrats et avocats se mobilisent pour promouvoir la médiation » dans *La Tribune flash*, 25 avril 2013, <www.avocat.be>.

décisif peut-être, qui pourrait constituer une clé d'explication aux résistances françaises. Mais si ces résistances ne puisent pas leurs sources uniquement dans la loi, dans les règles déontologiques ou dans les stratégies concurrentielles, quel pourrait en être le moteur ? Il est certain qu'il est toujours plus facile de changer la loi que la culture des juristes et c'est peut-être bien là que le bât blesse. La médiation est-elle vraiment véritablement inscrite dans le logiciel de base de tout « bon avocat » ? Et si les avocats avaient du mal à composer avec ce modèle de justice car, tout simplement, ils le connaissent mal ? En effet, si la médiation est dans l'air du temps et si paradoxalement les avocats ne sont pas largement représentés comme médiateurs, c'est peut-être que les dés sont déjà pipés pour ces professionnels, leur formation juridique ne les ouvrant que trop modestement à la médiation ? Les avocats savent-ils vraiment ce qu'est la médiation ? Posée de la sorte, cette question peut paraître bien provocatrice tant elle semble faire injure à la culture juridique de base des avocats. Mais tel n'est pas notre propos. La question qui se pose est de savoir si véritablement la formation des avocats permet à ces praticiens de disposer du savoir et du savoir-faire nécessaires à l'appréhension de la singularité de ce processus, voire à l'exercice de l'activité de médiateur. Cette hypothèse apparaît également paradoxale de prime abord, car les professeurs de droit écrivent de concert avec les avocats pour faire l'éloge de la médiation. Il apparaît *a priori* difficile de penser que les enseignements dispensés par ces acteurs ne soient pas marqués par ce même enthousiasme. C'est cet *a priori* que nous avons voulu vérifier.

Et pour souligner les traits prégnants de la situation française, l'examen de la formation française a été éclairé par un regard comparatif : l'examen de la situation française s'est fait à l'aune des pratiques d'enseignement belges. Cette approche franco-belge se justifie car, comme on l'a déjà souligné, la proximité des systèmes belge et français ouvre une porte pertinente à la comparaison. Dans ces deux systèmes juridiques, les avocats évoluent dans des situations analogues et comparables s'agissant du modèle de justice, des impératifs déontologiques et de la promotion doctrinale et législative de la médiation. De même, dans ces deux droits, les formations universitaire et professionnelle se combinent pour permettre l'accès à la profession d'avocat. En effet, pour devenir avocat en France, selon la filière étudiante classique : il faut être titulaire d'un Master en droit, réussir l'examen d'entrée dans un Centre régional de formation professionnelle d'avocats (CRFPA) pour y suivre une formation de 18 mois (cours et stages), finalisée par un examen de sortie (le Certificat d'aptitude à la profession d'avocat (CAPA) qui permet à l'étudiant de devenir avocat, de prêter serment et de s'inscrire à un

barreau⁸⁷. En Belgique, il faut également être titulaire d'un diplôme universitaire (Licence ou Master), suivre un stage de trois ans, avec obligation de formations, le tout validé comme en France par un examen de sortie (CAPA) organisé par l'Ordre des barreaux francophones et germanophone ou par l'*Orde van Vlaamse balies* (l'ordre des barreaux flamands). Ensuite, l'avocat, qu'il soit français ou belge, a une obligation de formation continue tout au long de sa carrière qui s'exerce sous le contrôle attentif de son ordre professionnel. En définitive, la seule différence notable dans les parcours belge et français semble se loger dans la formation nécessaire à la médiation des avocats belges dans la perspective de l'obtention d'un agrément. Cette exigence de formation spécifique à la médiation a-t-elle été un puissant levier à la promotion de la médiation auprès des avocats ou serait-elle indifférente à son développement ? Comment cet impératif a-t-il pu peser dans la formation des avocats belges ? Quels enseignements pourrait-on en tirer quant à la situation française ? C'est ce que nous avons voulu vérifier, fort du constat que dans la période récente les avocats belges sont beaucoup moins frileux que les avocats français à s'engager dans la médiation. Les divergences éventuelles dans les pratiques d'enseignement permettront de mieux saisir le rôle de la formation des juristes dans le développement effectif de la médiation par les avocats, voire d'envisager des pistes de réflexions fort de l'expérience belge.

11. Méthode. La question étant posée, il convient à présent de préciser la méthodologie choisie pour évaluer la place faite à la médiation dans la formation des avocats. Comme les parcours français et belges conjuguent une formation universitaire essentiellement assurée par les facultés de droit et une formation professionnelle organisée par les avocats pour les avocats, l'exploration de la place réservée à la médiation a suivi ces deux grandes étapes de la formation, les formateurs n'ayant ni les mêmes méthodes, ni les mêmes objectifs. Nous nous sommes ainsi plongés dans les programmes de cours des facultés de droit, travaillé à partir de manuels d'enseignement, de plaquettes d'exercices de travaux dirigés et de manuels destinés plus spécifiquement à préparer l'examen d'entrée dans un Centre régional de formation professionnelle d'avocats (pour la France). Ensuite, nous nous sommes intéressés aux programmes de cours offerts aux avocats stagiaires, au contenu des formations dispensées aux avocats confirmés, ainsi qu'à la réception de ces enseignements par ces professionnels grâce à des entretiens. Il faut toutefois préciser que nous n'avons pas investi le terrain des apprentissages

87. S. Guinchard, *Comment devenir avocat, les voies d'accès, les examens et les filières parallèles*, Paris, Gazette du Palais, 2013.

reçus à l'occasion des stages obligatoires, période ô combien décisive pour la formation des avocats⁸⁸, car nous sommes cantonnés à l'étude des formations ouvertes à tous les avocats.

12. L'examen de ce matériau de recherche laisse apparaître que la porte ouverte à la médiation par les législateurs français et belge est loin d'être toujours franchie par les universitaires. Les professeurs de droit, qui proposent une formation de base pour tous les juristes, se contentent bien souvent d'une simple référence en clin d'œil à la médiation, la justice contentieuse et ses acteurs tenant une place cardinale dans la formation juridique (I). Complétant la formation universitaire, les avocats qui s'appliquent à permettre aux nouvelles recrues d'acquérir des compétences plus spécifiques, nécessaires à l'exercice de leurs activités, n'offrent pas encore à la médiation une place à la hauteur de ce que les discours enthousiastes susvisés pouvaient laisser penser. La promotion de la médiation se fait ainsi en trompe l'œil, les avocats n'accédant véritablement à la connaissance du processus de médiation que grâce à des formations spécifiques accessibles au cours d'une spécialisation professionnelle (II).

I. LA RÉFÉRENCE EN CLIN D'ŒIL À LA MÉDIATION LORS DE LA FORMATION UNIVERSITAIRE

13. La formation des avocats en France et en Belgique passe par une solide formation universitaire. Cette étape est d'importance car elle est le préalable indispensable à l'entrée dans la profession d'avocat, le diplôme universitaire étant la condition première de ce parcours professionnel. Les trois premières années de licence à la faculté de droit, comme dans toutes les formations universitaires, permettent aux étudiants d'appréhender les matières juridiques dites fondamentales, celles considérées comme indispensables à l'apprentissage de la discipline et à l'approfondissement ultérieur de certaines matières à l'occasion d'un Master. Les universitaires français et belges s'accordent pour envisager leurs enseignements dans une perspective « non professionnalisante ». Il ne s'agit pas pour eux de former d'ores et déjà des futurs praticiens, car comme le rappellent avec justesse des universitaires belges : « L'université prépare l'étudiant à la vie active de façon indirecte. La formation qu'elle assure doit rendre capable d'acquérir par soi-même et grâce à l'expérience du milieu du travail, les qualifications spécifiques que requièrent les diverses professions auxquelles mènent

88. *L'apprentissage au sein des cabinets d'avocats*, CURAPP, Rapport GIP Justice, 1998.

les études en sciences humaines »⁸⁹. Cette exigence première de diplôme signifie que tous les impétrants disposent des connaissances juridiques de base acquises pendant les trois premières années de licence et de celles liées à une spécialisation offerte à l'occasion du master. Les systèmes belge et français, contrairement aux modèles de *common law*, ont ainsi donc fait le choix de déléguer une part importante de la formation de ses praticiens aux facultés de droit⁹⁰. Cette délégation étant même souvent bien plus longue que l'exigence de diplôme de master le laisse entendre. En effet, la majorité des candidats belges et français à l'avocature sont le plus souvent titulaires d'un master⁹¹. Et quant aux étudiants français, ils préparent ensuite leur examen d'entrée au sein d'Instituts d'Etudes judiciaires (IEJ), intégrés aux facultés de droit, pendant deux ans en moyenne. L'avocat stagiaire qui entre dans un CRFPA a donc déjà un parcours initial de près de sept années d'études. L'avocat stagiaire belge n'a pas à subir ces contraintes temporelles liées à la préparation d'un examen d'entrée puisque la voie est directe entre l'université et le stage. Mais quoi qu'il en soit, il faut avoir « fait son droit » pour envisager la carrière d'avocat. La manière dont les universitaires traitent de la médiation va donc avoir une importance certaine dans l'appréhension des futurs praticiens de ce modèle de justice. Les enseignants en droit viennent à la fois délivrer des savoirs et des savoir-faire⁹², des connaissances juridiques techniques mais également une certaine manière de penser et de réfléchir⁹³. Cet apprentissage juridique laisse-t-il vraiment une place suffisante à l'appréhension de la médiation ? C'est la question que nous nous sommes posée en examinant les différents supports de cours, tout au long de ce parcours universitaire, pour mieux cerner la manière dont les enseignants abordent le thème de la médiation. Et l'étude de la documentation collectée témoigne d'une approche pour le moins parcellaire de ce dispositif que ce soit lors des enseignements magistraux ou des séances de travaux dirigés.

89. Facultés Universitaires Saint-Louis, « Le projet universitaire », <<http://www.fusl.ac.be/fr/51.html>>.

90. C. Jamin, *La cuisine du droit. L'École de Droit de Sciences Po : une expérimentation française*, Paris, Lextenso, 2012.

91. Pour la France, <http://cnb.avocat.fr/Etre-avocat-en-France-Acces-a-la-profession-d-avocat_a1447.html>. Pour la Belgique, voy. l'étude réalisée par V. Vandiest et M. Kaiser, « Évaluation par le Barreau de Bruxelles de la formation universitaire en droit », en ligne : <www.barreaudebruxelles.be>.

92. F. Ost et M. Van de Kerchove, « La doctrine entre « faire savoir » et « savoir faire » » (1997) *A.D.L.* 31 ; A. Sériaux, « La notion de doctrine juridique » (1994) 20 *Droits* 70 ; O. Beaud, v° « Doctrine » dans D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., Paris, 2003 à la p. 384.

93. E. Mertz, *The Language of Law School. Learning to "Think like a Lawyer"*, Oxford, Oxford University Press, 2007. Voy. L. Israël, « L'apprentissage du droit. Une approche ethnographique », *Droit et société*, 2013/1, n° 83 aux pp. 177-192.

14. Une description de la médiation dans l'ombre de la justice, dans les manuels d'enseignement. Il faut relever d'emblée qu'en France, au cours des quatre premières années de formation universitaires, il n'existe pas de cours consacrés à la médiation. Ce n'est véritablement qu'au sein de certains masters II spécialisés dans la médiation, l'arbitrage, le droit processuel, le commerce international ou le droit économique, que de tels enseignements sont proposés, avec au demeurant une approche rarement pratique ou pluridisciplinaire⁹⁴. Les enseignements belges sont pour leur part plus en phase avec leurs discours de promotion des MARC en général, et de la médiation, en particulier. Si comme en France, des enseignements spécialement dédiés à la médiation peuvent être suivis dans le cadre de certains Master II, depuis quelques années, plusieurs facultés de droit ont mis en place pour leurs étudiants du baccalauréat et de master I des cours d'initiation au MARC, voire des journées pratiques de simulation de médiation⁹⁵. Mais si ces enseignements témoignent de l'engagement notable des enseignants belges, ces cours sont le plus souvent optionnels ; ils ne figurent donc pas encore dans le cursus de tous les étudiants en droit. Tout au long de ce cursus de base des étudiants, la question de la médiation n'est donc abordée avec les étudiants qu'à l'occasion d'autres enseignements. Et premier constat significatif, l'item « médiation » ne figure pas dans les index alphabétiques des manuels d'enseignement français, à quelques reprises dans les manuels belges et rares sont ceux qui y font une référence directe dans le plan général de leurs ouvrages ou de leurs cours. La seule manière d'accéder aux passages relatifs à la médiation consiste à la lecture attentive de cette littérature juridique et plus précisément des passages consacrés à la justice civile. Et un constat s'impose : lorsque les enseignants abordent ce thème central de la justice, c'est-à-dire l'examen de son organisation, de ses acteurs, de son fonctionnement et de ses productions, leurs développements n'offrent qu'une place très limitée à la médiation. Les pratiques discursives des enseignants dans des matières considérées comme fondamentales dans la formation juridique permettent de s'en convaincre.

15. Le cours d'introduction au droit. Ce cours de première année permet de donner une vue d'ensemble du système juridique, de comprendre quelles sont les sources du droit, leur hiérarchie, leurs

94. Pour une exception notable, voy. le Master II *médiation* proposé à la faculté de droit et de science politique de l'université Lumière Lyon 2.

95. Par exemple, les cours proposés aux facultés de droit de Louvain, de l'Université libre de Bruxelles et les initiatives de la faculté de droit de Liège, qui a décidé d'insérer dans le cours de droit judiciaire, un module de formation sur les modes alternatifs de règlement des conflits et de mettre en place une journée complète d'initiation aux techniques de médiation dans le cadre de la formation en expertise judiciaire.

combinaisons possibles, et de connaître les grands acteurs de ce système, les gens de justice en faisant évidemment partie. La description de l'organisation juridictionnelle constitue le cœur des développements, l'existence des modes alternatifs de règlement des litiges n'étant soulignée que de manière accessoire, voire complètement occultée. Par exemple, dans des développements consacrés, à la « réalisation des droits », un auteur n'envisage que la seule « réalisation judiciaire » et en aucune façon les MARC ne sont cités comme un mode à part entière de réalisation des droits, à tel point que ses acteurs ne sont tout simplement pas mentionnés. Les étudiants doivent savoir que les « auxiliaires de justice » sont « les greffiers, les huissiers, les notaires », mais nulle mention du médiateur⁹⁶. Un autre professeur éclaire uniquement ses lecteurs quant à l'existence et au fonctionnement de l'arbitrage, sans jamais investir le terrain des autres MARC⁹⁷. Et quant aux auteurs plus prolixes sur cette justice alternative, il ne s'agit que de brèves incursions dans cet univers du règlement amiable. Il s'agit surtout de permettre aux étudiants de comprendre qu'il y a autre chose à côté de la justice prononcée par un juge. Cette autre chose se déclinant en différents procédés qu'il convient de distinguer les uns des autres, mais sans jamais dépasser cet état des lieux⁹⁸. Le rôle exact du médiateur étant pour le moins galvaudé. C'est ainsi que des enseignants concèdent que « les conciliateurs et médiateurs » sont des « auxiliaires des juges », mais soulignent que les seules auxiliaires des parties sont « les avocats et les officiers ministériels » ; le médiateur ne trouve donc grâce que comme accessoire de la justice, et en aucun cas pour ce qu'il est, un intermédiaire entre les parties, ni pour la spécificité de ses missions. En effet, ces mêmes auteurs relèvent que « les conciliateurs et médiateurs civils, ces particuliers, jouissent d'une certaine expérience dans le domaine juridique » – donc exit les compétences non juridiques – « ont une mission identique, à savoir s'efforcer de faciliter le règlement amiable des différends portant sur les droits dont les intéressés ont la libre disposition » – cette simplification gomme les différences substantielles entre le rôle du médiateur et du conciliateur, car selon les auteurs « leur différence réside dans le caractère payant (médiateur) ou gratuit (conciliateur) de leur mission » –

96. R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2011. Voy. également O. Corten et A. Schaus *Le droit comme idéologie : introduction critique au droit belge*, Bruxelles, P.U.B., 2009.

97. G. Cornu, *Droit civil, Introduction au droit*, Paris, Montchrestien, 2007, n° 159 ; R. Encinas de Munagorri et G. Lhuillier, *Introduction au droit*, Paris, Flammarion, 2002 à la p. 237.

98. J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, Paris, P.U.F. à la p. 159 ; Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale*, Paris, Defrenois, 2004, n° 146 ; I. Rorive et B. Frydman, *Introduction au droit et à la méthodologie juridique*, Bruxelles, P.U.B., 2004 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2012, nos 713 et s.

la ligne de démarcation entre ces deux MARC ne réside pas en substance dans ces considérations pécuniaires, mais les étudiants doivent s'en contenter⁹⁹. De la même manière, d'autres professeurs réduisent le rôle du médiateur à celui d'auxiliaire du juge en expliquant que « les cours d'appel et la cour de cassation établissent chacune des listes de techniciens qui, à l'occasion d'un litige, peuvent se voir désigner en qualité d'experts judiciaires par le juge. Comme, les conciliateurs de justice et les médiateurs, ils n'exercent par leur office d'auxiliaire à titre professionnel »¹⁰⁰. Ce regard distancié des enseignants belge et français se prolonge dans d'autres enseignements, pourtant *a priori* plus propices à une ouverture sur la médiation.

16. Le cours de droit de la famille. Ce cours n'est pas non plus l'occasion de développements plus substantiels, alors même que la médiation familiale apparaît aujourd'hui comme l'un des terrains d'élection de cette justice amiable. Les seuls développements significatifs ont pu être relevés dans un ouvrage belge, le *Précis de droit de la famille* rédigé sous la direction du professeur A.-Ch. Van Gysel¹⁰¹, l'éditeur mettant d'ailleurs en avant ces développements comme un aspect original de ce manuel, puisque ce « précis contient naturellement l'étude des sujets classiques que l'on peut attendre d'un tel ouvrage [...]. Mais il présente aussi des aspects plus originaux, tels une analyse du droit judiciaire de la famille, de la médiation familiale et autres Modes Alternatifs de Règlements des Conflits [...] »¹⁰². Mais ce manuel fait figure d'exception, car dans la majorité des ouvrages consultés, les enseignants préfèrent nettement insister sur l'étude du contentieux du divorce, c'est-à-dire préciser les modalités de la rupture, les mesures provisoires, le juge compétent, les conséquences patrimoniales et extra-patrimoniales du divorce. Et dans cet océan de considérations juridiques, précises et techniques, certains n'abordent tout simplement pas l'hypothèse de la médiation familiale¹⁰³, d'autres ne relèvent que subrepticement la possibilité offerte aux parties de recourir à la médiation. Par exemple, sur plus de vingt pages consacrées à la procédure de divorce, quatre lignes suffisent pour aborder la médiation et indiquer qu'« outre le report de la conciliation dans un délai maximum de 6 mois, le juge peut

99. B. Beignier et C. Bléry, *Cours d'introduction au droit*, Paris, Montchrestien, éd. 2006-2007 ; *ibid.*, éd. 2012.

100. Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale*, Paris, Defrenois, 2004 à la p. 114.

101. A.-Ch. Van Gysel, *Précis de droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

102. <http://fr.bruylant.larciergroup.com/titres/124587_2/precis-de-droit-de-la-famille.html>.

103. G. Cornu, *Droit civil, La famille*, Paris, Montchrestien, 2006 ; P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz-Action, Paris, 2007 ; A. Batteur, *Droit des personnes et de la famille*, Paris, L.G.D.J., 2003.

enjoindre les parties à rencontrer un médiateur familial (art. 255, al. 2 C.civ.) la mesure de médiation n'étant ensuite suivie que de l'accord des époux »¹⁰⁴. Les auteurs sont rares à être un peu plus précis et à envisager les bienfaits de la médiation. Un auteur français explique par exemple, que « le juge peut d'abord proposer une mesure de médiation. Si les époux sont d'accord, il désigne un médiateur pour y procéder. Le juge peut également imposer aux époux, non pas de recourir à la médiation, mais de rencontrer un médiateur dont la mission sera d'informer les époux sur l'objet et le déroulement de la médiation. L'avantage que l'on peut retirer éventuellement d'une médiation consiste bien sûr en la reprise du dialogue entre les époux qui ne parvenaient plus à s'entendre. Un autre avantage réside dans l'accélération de la procédure »¹⁰⁵. On le voit, en plus d'être brefs, ces passages consacrés à la médiation sont nettement juridico-centrés, c'est-à-dire que les auteurs traitent uniquement des aspects juridiques de la médiation. Il s'agit de rappeler aux étudiants que la loi impose une étape de conciliation obligatoire en matière de divorce pour faute, et que le juge dispose d'une faculté de recourir à la médiation pour les manuels les plus récents, rien de plus. Et si les enseignants conviennent volontiers que les haines tenaces et les rancœurs sourdes entre ex-conjoints causent bien des difficultés aux parties, c'est pour mieux rappeler que ces souffrances viendront éprouver les futurs praticiens du droit et de la justice qu'ils seront un jour. Par exemple, des auteurs soulignent qu'en dehors de l'égide du juge, point de salut, puisque, avec la médiation, « on sort du droit, même mou ; on entre dans l'équité et le dialogue. Ce qui peut avoir d'immenses avantages, si le médiateur a les qualités de négociateur. Le danger c'est le verbalisme ou la consécration d'un rapport de forces, ou la cupidité du médiateur, ou une perte de temps par une stratégie d'atermolements : tout le monde n'est pas bon, gentil et de bonne foi. La loi encourage la médiation. La meilleure des médiations est celle qui est pratiquée par le juge lui-même »¹⁰⁶. En aucun cas, il ne s'agit d'élargir le champ des possibles vers la médiation conventionnelle. Ce même horizon contentieux est également le seul privilégié dans bien d'autres matières.

104. M. Douchy-Oudot, *Droit civil, Introduction, Personne, famille*, Paris, Dalloz, 2007 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2, *La famille*, Paris, P.U.F., 1993, n° 57 et 220 ; J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, Paris, L.G.D.J., 1993, n°s 1100-1103 ; Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010.

105. V. Bonnet, *Droit de la famille, Paradigme*, 2009. Voy. également, Ph. Malaurie, L. Aynès et H. Fulchiron, *Droit civil, La famille*, Defrenois, Paris, 2004, n°s 20 et 1297 ; A. Duzel, J.-Ch. Brouwers et Q. Fischer, *Le droit du divorce*, Larcier, Bruxelles, 2007 aux pp. 29-34.

106. Ph. Malaurie, L. Aynès et H. Fulchiron, *Droit civil, La famille*, Defrenois, Paris, 2004, n° 20.

17. Le cours de droit des contrats et de droit commercial. Le droit commercial créé par les commerçants et pour les commerçants a depuis ses origines permis aux procédés non juridictionnels de règlement des conflits de rayonner. Les enseignements rappellent évidemment l'importance des MARC pour les entreprises soucieuses de gagner du temps et de l'argent, mais les professeurs insistent bien davantage sur l'arbitrage et absolument pas sur la médiation¹⁰⁷. La médiation ne trouve place dans les exposés que par le prisme des clauses de médiation, dans le cadre d'une comparaison avec les clauses d'arbitrage. Cette approche est également celle retenue dans de nombreux cours de droit des contrats. Encore une fois, la médiation n'intéresse pas l'enseignant pour elle-même, mais elle ne revêt un intérêt que par rapport à un modèle plus proche du modèle juridictionnel, celui de l'arbitrage. En effet, l'arbitre, à l'instar du juge, impose sa solution qui peut se fonder sur l'équité, mais qui le plus souvent sera l'œuvre d'une riche réflexion juridique. Les enseignants semblent ainsi bien plus à l'aise avec un MARC dans lequel le droit et donc le juriste continuent à avoir une véritable emprise, et où il n'y a pas à composer avec d'autres savoirs que le leur, ceux de la psychologie ou de la communication nécessaires pour mener à bien une médiation. Il y a également des considérations plus prosaïques qui peuvent expliquer cet intérêt marqué pour l'arbitrage et ce rôle marginal offert à la médiation. Les professeurs de droit sont en effet nombreux à cumuler leur activité d'enseignant avec celle d'avocat ou d'arbitre et peuvent ainsi éclairer leurs enseignements de cette expérience pratique. En revanche, la figure du « professeur-médiateur » n'est pas encore très fréquente.

Cette appréhension tout en clair-obscur de la médiation est encore relayée dans le cours par excellence sur la justice civile, le cours de procédure civile.

18. Le cours de procédure civile. Là encore, force est de constater la place réduite offerte à la médiation. Certains ne consacrent que quelques lignes à la question de la médiation, uniquement pour souligner « qu'en matière de médiation, l'article 131-12 du nouveau Code énonce que « le juge homologue à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent. L'homologation relève de la matière gracieuse ». Grâce à ces dispositions, la partie n'a plus à craindre d'avoir accepté la conciliation ou la médiation en vain et de devoir quelque temps plus tard recommencer un procès »¹⁰⁸. De même, un enseignant belge, qui

107. Voy. par ex. F. Dekeuwer-Défossez, *Droit commercial*, Paris, Montchrestien, 2004 aux pp. 80 et s. ; S. Piedelièvre, *Actes de commerce, Commerçants, Fonds de commerce*, Paris, Dalloz, 2008 aux pp. 27 et s.

108. Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 2006, n° 1163.

consacre plus d'une centaine de pages au *Droit judiciaire privé*, aborde la médiation par une simple note de bas de page, l'auteur renvoyant les étudiants à la lecture d'un article¹⁰⁹. Les développements plus significatifs sont toutefois la règle. Les processualistes français et belge ont évidemment pris le tournant des MARC ou des « modes volontaires de résolution des conflits »¹¹⁰. Les auteurs insistent alors systématiquement sur les défauts de la justice contentieuse, avec le triptyque classique – coût, lenteur, complexité – pour souligner l'existence de ces modèles alternatifs qui permettent d'éviter la justice et donc ses difficultés. Mais les auteurs ne poursuivent pas leur raisonnement en soulignant les qualités propres de la médiation. Dans ces développements, la médiation est uniquement envisagée sous l'angle juridique, la médiation judiciaire occupant même une place quasi-monopolistique. Cette présentation est « juridique » dans le sens où les auteurs synthétisent les textes de loi relatifs à ce procédé, les exposés se limitant à éclairer les étudiants quant à l'articulation des règles légales et jurisprudentielles. Par exemple, les auteurs présentent la médiation « dans le contentieux privé » uniquement en indiquant quelle loi et quel décret ont institué la médiation judiciaire, les pouvoirs et devoirs des parties, les pouvoirs et devoirs du médiateur, la durée et l'issue de la médiation, l'homologation possible de l'accord de médiation par le juge. Quant à l'hypothèse de la médiation conventionnelle, elle est essentiellement envisagée par le biais contractuel, avec l'examen des clauses d'arrangement amiable. Ces présentations rappellent fortement celles consacrées au processus juridictionnel, ce dernier étant traditionnellement ordonné autour des mêmes idées : le rôle respectif du juge et des parties / versus le rôle du médiateur et des parties ; la durée de l'issue du jugement / versus la durée et l'issue du jugement, les qualités d'indépendance et d'impartialité du juge / versus les qualités d'impartialité et de confidentialité du médiateur. Il y a un parallélisme des approches tout à fait net, la

109. H. Boularbah, *Droit judiciaire privé*, Syllabus, 2007-2008, t. I à la p. 7 : « Voy. P. Van Leynseele et F. Van de Putte, « La médiation dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2005 aux pp. 297 et s. ».

110. Pour la France, voy. J. Foyer, *Procédure civile*, Thémis, Paris, P.U.F., 1996 aux pp. 45 et s. ; H. Croze, C. Morel et O. Fradin, *Procédure civile, Manuel pédagogique et pratique*, Paris, Litec, 2001, nos 136 et s. ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, nos 421 à 424 ; P. Julien et N. Fricero, *Droit judiciaire privé*, Paris, L.G.D.J., nos 742 à 749 ; J.-P. Scarano, *Institutions juridictionnelles*, Paris, Ellipses, n° 33 ; S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 2008, n° 891. Pour la Belgique, voy. H. Boularbah, *Cours du procès civil*, 3^e année, Université de Liège ; G. De Leval et F. Georges, *Précis de droit judiciaire*, t.I, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Larcier, 2010 ; G. Marchal et J.-Fr. Van Drooghenbroeck, *Droit judiciaire*, Université catholique de Louvain, Syllabus, 2009-2010 ; H. Boularbah, *Droit judiciaire privé : questions spéciales*, Cours Ulg 2012-2013.

compréhension de la médiation s'opérant en rapport avec le processus juridictionnel. Et dans cette œuvre de mise en ordre des textes et de la jurisprudence, les auteurs n'envisagent en aucune façon les compétences plurielles que le médiateur doit déployer pour mener à bien ses missions. D'ailleurs, un seul ouvrage mentionne la possibilité pour un juriste d'être médiateur en relevant que « certains avocats et notaires exercent les fonctions de médiateurs. Par exemple, Lyon a vu la création d'une chambre de médiation notariale aux fins de règlement des conflits notamment lors des liquidations de régimes matrimoniaux et de successions »¹¹¹. En France comme en Belgique, ce n'est donc que dans le cadre d'une spécialisation affirmée offerte en master que l'étudiant en droit peut s'aventurer dans cette *terra incognita*.

19. Les enseignants en droit s'arrêtent aux portes de la médiation. Il n'est donc pas encore question d'envisager la médiation comme une donnée de base, fondamentale, à la formation initiale des étudiants. Il n'est pas question d'inviter les étudiants à franchir cette étape avec les parties et d'envisager plus avant le processus de la médiation, à l'aune, par exemple, du processus judiciaire, qui lui fait l'objet de développements significatifs. L'étudiant doit savoir que la médiation existe, qu'elle ne doit pas être confondue avec la conciliation ou l'arbitrage, mais ça s'arrête là. La définition de la médiation proposée par le dictionnaire *Vocabulaire juridique* est à cet égard emblématique de l'approche retenue par la presque quasi-totalité des enseignants. L'étudiant en droit doit savoir qu'il s'agit d'un « mode de solution des conflits consistant, pour la personne choisie par les antagonistes (en raison le plus souvent de son autorité personnelle), à proposer à ceux-ci un projet de solution sans se borner à s'efforcer de les rapprocher, à la différence de la conciliation, mais sans être investie du pouvoir de le leur imposer comme décision juridictionnelle, à la différence de l'arbitrage et de la juridiction étatique »¹¹². Il n'y a rien de plus à ajouter, ni même de réflexions à mener sur cette autre justice, notamment sous l'angle des sciences métajuridiques, en envisageant ces questions à l'aune de la philosophie, de la théorie du droit, de la sociologie du droit ou de la psychologie. Les enseignants en droit demeurent sur cette question encore rétifs à composer avec d'autres savoirs que le leur. Certes, contrairement aux programmes français, les facultés de droit belges sont plus ouvertes aux sciences sociales, les étudiants pouvant suivre, dès la première année, de solides enseignements en psychologie, en philosophie, en sociologie et en sciences politiques. Mais comme en France, quand il s'agit d'enseigner du droit, les professeurs de droit demeurent tous entiers

111. J.-P. Scarano, *Institutions juridictionnelles*, Paris, Ellipses, n° 33.

112. « Médiation » dans G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 2014.

concentrés sur la seule approche juridique de leur matière, les éléments historique, sociologique, philosophique et même de droit comparé ne dépassant jamais le cadre introductif de leurs cours. Car même si la Belgique est le berceau de l'œuvre d'éminents théoriciens en faveur d'une théorie du droit critique et interdisciplinaire¹¹³, et que si, comme le relèvent certains, « les temps sont révolus où l'on se gaussait, dans certains couloirs facultaires étroitement positivistes, de la théorie du droit critique et interdisciplinaire qu'appelaient de leurs vœux, il y a trente ans, Michel van de Kerchove et François Ost. La crédibilité qu'ils ont donnée à leur programme de travail par le nombre et la qualité de leurs études est devenue une évidence ». Il n'y a toutefois pas eu d'effet de contagion quant au contenu des cours de droit, « les collègues invitant leurs étudiants à « faire du droit », et « rien que du droit », dans leur mémoire de fin de cycle en « master » sont encore trop nombreux aujourd'hui »¹¹⁴. En Belgique, comme en France, cette « distance et parfois le dédain des facultés de droit à l'égard de l'intrusion sociologique »¹¹⁵ semble encore faire obstacle à l'approche pluridisciplinaire que mérite la médiation. Pour les enseignants en droit, la médiation mérite donc explication en ce qu'elle ne doit pas être confondue avec d'autres modes de résolution des conflits, mais la problématique de la mobilisation nécessaire d'autres savoirs est ainsi complètement occultée. D'emblée, l'attention de l'étudiant est donc centrée sur les seules considérations juridiques et l'idée que deux modèles de justice coexistent est relayée avec tant de faiblesse qu'au final, le modèle contentieux dispose d'une primauté absolue.

20. Cette primauté du modèle contentieux est au surplus largement renforcée par les exercices académiques qui permettent l'approfondissement du cours magistral et l'évaluation des étudiants au cours des séances en groupe classe, de travaux dirigés ou de séminaires. Les supports pédagogiques de ces cours (dans toutes les matières déjà citées) font une place de choix à l'étude des décisions de justice, que ce soit pour la résolution des classiques études de cas ou du

113. M. Van de Kerchove et F. Ost, « Possibilité et limites d'une science du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 1, 1978 aux pp. 1-39 ; M. Van de Kerchove et F. Ost, « Avant propos : pour une épistémologie de la recherche interdisciplinaire en droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 8, 1982 aux pp. 1-7 ; M. Van de Kerchove et F. Ost, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des FUSL, 1987 aux pp. 25-95 ; M. de Kerchove et F. Ost, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002 aux pp. 449-488.

114. H. Dumont et A. Bailleux, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes » (2010) *75 Droit et société* 277.

115. B. Dupret, *Droit et sciences sociales*, Paris, Armand Colin, 2006 à la p. 67.

commentaire d'arrêt. Les fiches d'exercices distribuées sont très souvent une succession de décisions de justice dans lesquelles les étudiants devront puiser les éléments nécessaires à leurs réflexions. Cet intérêt particulier pour les arrêts s'explique aisément eu égard à la place de la jurisprudence dans les systèmes belges et français. Dans ces droits de la famille romano-germanique dans lesquels la loi tient une place primordiale comme source de droit, la jurisprudence joue également un rôle important, que les enseignants s'appliquent à présenter lors de leur exposé du droit positif. Et pour mieux comprendre l'œuvre de la jurisprudence, la lecture, l'analyse, le commentaire des arrêts constituent autant d'étapes incontournables dans la maîtrise et la critique des questions de droit étudiées. C'est ainsi que dès la première année, les enseignants invitent les étudiants à entreprendre l'étude de décisions de justice. C'est donc par le prisme de la norme juridique (légale ou jurisprudentielle) qu'il convient d'appréhender une ou des solutions en droit, évinçant par là même l'idée de l'existence d'une autre source de normativité, comme celle créée par les parties au cours des médiations.

21. De plus, pour mener à bien la résolution d'un cas pratique ou commenter avec pertinence un arrêt, les règles de méthodologie juridique enjoignent aux étudiants français et belges de s'éloigner du champ du conflit et de toute proximité avec les parties. Ce faisant, les enseignants éloignent irrésistiblement les étudiants de la compréhension de la médiation et de la figure du médiateur. En effet, la médiation est une « justice compréhensive » qui repose sur « l'intercompréhension entre les parties, sur la mise en œuvre d'un échange réparateur qui permet la prise en compte de la souffrance, des besoins des parties »¹¹⁶, et au cours de laquelle le médiateur tient une place très différente de celle d'un juge ou d'un avocat. Désigné par les parties, il se voit confier une « mission polymorphe et polyvalente dans l'exploration des voies d'apaisement »¹¹⁷, en intervenant comme un facilitateur du dialogue, pour permettre aux parties de trouver la voie de la réconciliation, sans jamais pouvoir imposer son point de vue¹¹⁸. Or très loin de ce positionnement, l'idée qu'il puisse y avoir une pluralité de réponses à destination des parties, la réponse juridique n'étant que l'une d'entre elles, n'est pas transmise aux étudiants en droit. Bien au contraire, ces étudiants sont constamment imprégnés d'une culture de « Chicaneau », dans laquelle

116. J.-P. Bonafé-Schmitt, « L'évaluation des activités de médiation de quartier » (2004) 6(3) *Esprit Critique* 148, <<http://www.espritcritique.org>>.

117. « Médiation » dans G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., Paris, 2014.

118. J.-F. Six et V. Mussaud, *Médiation*, Paris, Seuil, 2002 ; P. Milburn, *La médiation, expérience et compétences*, Paris, Éd. La Découverte, 2002 ; J. Faget, *Accès au droit et Médiation*, Mission de recherche Droit et Justice, GERICO, 2000, n° 12 aux pp. 25-26 ; E. Le Roy, « La médiation, mode d'emploi » (1995) 29 *Droit et société* 39.

« l'un veut plaider toujours, l'autre toujours juger »¹¹⁹, l'étudiant devant s'appliquer à uniquement penser et se justifier par référence à la seule normativité juridique. Pour ce faire, il convient d'évoluer dans un univers éthéré et de jongler avec les règles juridiques, qu'elles soient législatives ou jurisprudentielles, pour parvenir à proposer et/ou critiquer une solution juridique. Dans cette entreprise abstraite, il n'est pas question de prêter trop d'attention aux faits, car la qualité du juriste est son objectivité. L'acquisition de ce raisonnement juridique est un apprentissage déterminant, « le but de la démonstration juridique [étant] d'établir qu'une thèse est conforme au droit, qu'une prétention ou une solution est bien (ou mal) fondée en droit. C'est ce qui fait le raisonnement juridique le plus pur, le plus strict, revêt la forme d'un syllogisme »¹²⁰. Par exemple, dans le cas pratique, il faut se concentrer sur les faits pertinents et évacuer tous les éléments du conflit qui ne sont pas traduisibles en termes juridiques. L'opération intellectuelle de « qualification » qui permet de donner à un fait, une chose, une étiquette juridique pour pouvoir ensuite lui appliquer le régime juridique pertinent, conduit nécessairement à se détacher des souffrances et émotions éprouvées par les parties qui sollicitent conseils, car ces données – en devenant catégories juridiques – perdent d'un coup d'un seul leur substrat émotionnel, toute substance tragique. De même, dans le commentaire d'arrêt, le rappel des faits tient en quelques lignes, évacué dès l'introduction ; le conflit des parties ne sert que de prétexte à des réflexions abstraites sur l'interprétation de la loi. Dans ces exercices académiques, les aspects émotionnels ou ceux liés à une mauvaise communication entre les parties sont d'emblée gommés et la réflexion juridique se forge loin de ces considérations jugées mineures. Cet intérêt pour « l'émotionnel » ne réapparaît en tant que tel qu'à l'occasion d'autres exercices, lors de simulations de plaidoiries d'avocats, car au cours de ces joutes verbales l'étudiant peut s'emparer d'aspects plus factuels, mais ce regard porté intervient uniquement dans une dynamique rhétorique.

22. Au final, dès l'entrée à la faculté de droit, et cela ne se dément que modestement au cours des années, il est clairement notifié aux étudiants en droit que le cœur de leurs études va résider dans leur capacité à entrer dans la controverse, à défendre un point de vue juridiquement, dans une perspective de conseil auprès d'une partie, l'idée de rendre justice étant envisagée à l'aune de la justice contentieuse. Ce champ de réflexion de l'étudiant conduit nécessairement à réduire la place de la médiation à peau de chagrin. Ce MARC n'est évoqué que modestement lors des cours magistraux, n'est jamais approfondi en TD (ou de manière

119. Racine, *Les plaideurs*, Acte I, scène 5.

120. G. Cornu, *Droit civil, Introduction au droit*, Paris, Montchrestien, 2007 à la p. 106.

tout à fait exceptionnelle). La porte de la médiation n'est ainsi qu'à peine entrouverte, restant même le plus souvent close, donnant ainsi l'impression que ce territoire n'est pas celui du droit, et donc certainement pas celui du juriste. Ce « non-dit » participe de l'idée que le professionnel du droit n'investit pas ou très peu ce champ de la médiation, et que dès lors l'apprenti juriste n'a rien à y faire pendant ses études ; dès à présent, ce dernier a mieux à faire : se concentrer sur des choses plus sérieuses, la maîtrise des règles juridiques, dont les aspects sont d'une complexité parfois assez redoutable, il faut en convenir. Il n'est donc pas question de s'appesantir longuement sur la réalité de la médiation, sur cette éclipse faite au contentieux, qui demeure l'affaire d'autres professionnels, ceux du secteur social. C'est une sorte d'au-delà amiable, éloigné de la réalité de l'étudiant en droit qui n'ignore pas son existence (dans le meilleur des cas), mais qui le garde bien à distance. C'est imprégné de cette image floue de la médiation, que les étudiants belges et français entreprennent leur entrée dans la profession d'avocat.

II. LA PROMOTION EN TROMPE-L'ŒIL DE LA MÉDIATION LORS DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE

23. Pendant longtemps, il faut le reconnaître, les formations relatives à la médiation n'étaient absolument pas chose courante pour les avocats. Ce n'est que depuis quelques années, qu'un tournant semble s'opérer. D'une part, les avocats belges et français encouragent les nouvelles recrues à mieux connaître les MARC, une sensibilisation à la médiation étant développée à destination des avocats stagiaires. D'autre part, les avocats « titulaires » disposent d'une offre de formation de plus en plus large, leur permettant d'acquérir une véritable spécialisation à la médiation.

24. Une sensibilisation à la médiation. Une formation limitée et décevante selon certains avocats stagiaires. La période probatoire de l'avocat stagiaire est l'occasion de formations spécialement dédiées à ces futurs praticiens. Il s'agit d'attirer l'attention du stagiaire sur les connaissances et les compétences incontournables à l'exercice de leur future activité. Et à cette occasion, la question de la médiation mérite dorénavant l'attention des avocats stagiaires. La consultation des programmes de cours destinés à ces étudiants permet en effet de relever l'existence de conférences sur ce thème, en France et en Belgique. Mais il faut relever d'emblée que ce pas fait vers la médiation n'est pas toujours synonyme d'une approche circonstanciée de ce processus si singulier. En effet, en l'absence de standard commun de formation, l'hétérogénéité est de mise. Certains barreaux se contentent d'enseignements brefs (quelques heures de conférences sur la totalité de la

formation dans la majorité des cas), et/ou optionnels. Et même pour ceux développant des programmes plus denses, il ne s'agit pas de mettre les stagiaires en condition de médiation, mais d'une simple initiation à ce procédé. Ces cours ne sont pas l'occasion de créer les conditions d'une simulation de résolution d'une affaire, par exemple. Les propos restent généraux, certains diront même trop « théoriques », ce qui rappelle parfois amèrement l'approche retenue à l'université¹²¹.

25. Le rôle de conseil de l'avocat dans la médiation. Lors de cette sensibilisation à la médiation, il est surtout question d'attirer l'attention des futurs praticiens sur leur rôle de conseil dans la médiation. Avant la médiation : l'importance d'informer les clients quant à l'existence de la médiation. Pendant la médiation : il s'agit de souligner les difficultés de leur rôle traditionnel de conseil auprès d'un client qui ferait le choix d'une médiation. Et ces questions ne sont pas les plus simples à résoudre, car l'avocat, « vu comme porte-parole de son client et « gladiateur » » doit s'effacer pour devenir « le partenaire de son client et même « d'une équipe » dont l'objectif commun est de dégager des accords sur mesure, acceptables, durables et satisfaisants pour tous les protagonistes »¹²². Après la médiation : l'avocat grâce à son expertise doit rédiger le protocole d'accord.

La médiation est ainsi avant tout appréhendée par le prisme du respect des impératifs déontologiques de l'avocat et de leurs compétences juridiques. La médiation n'est pas envisagée en premier lieu comme une prestation de services à part entière qui pourrait être proposée par ces professionnels. Cette approche de la médiation renforce l'idée que l'avocat n'a pas à se défaire de son rôle de garant des intérêts d'une partie, travaillant ainsi dans le « trou du souffleur », pour emprunter à la métaphore théâtrale. Ce faisant, l'avocat stagiaire n'a pas prioritairement à envisager jouer un autre rôle que celui de spécialiste du droit.

26. La figure de l'avocat négociateur. Et quand on l'invite à changer de posture et à se penser intervenir lui aussi en qualité de médiateur, c'est plutôt la figure du médiateur rompu aux négociations commerciales qui est promue. Les manuels français de déontologie ne contiennent pas, par exemple, d'entrée au mot « médiateur », mais invitent l'élève avocat à s'interroger quant à son rôle éventuel lors d'une négociation. Ce type de médiation permet, par l'attention portée aux considérations

121. Critiques assez générales, voy. not. Rapport d'étape sur la formation initiale à l'École de formation du Barreau, <<http://leblogdepatrickmichaud.blogspot.com/media/01/00/2067880837.pdf>>.

122. A.-M. Boudart et H. de Stexh, « Conclusions » dans *La Tribune flash*, 25 avril 2013, <www.avocat.be>.

juridiques, de ne pas totalement désarmer les avocats de leur pouvoir symbolique au profit d'une approche plus thérapeutique, qui a l'air de rebuter certains juristes. Les ouvrages sur la médiation rédigés par des juristes insistent d'ailleurs sur cette « approche pratique du processus de médiation, intégrant les techniques de négociation raisonnée »¹²³. Comme le relèvent plusieurs auteurs, dans ces matières, les avocats « semblent privilégier une intervention brève et structurée de résolution de problème, basée sur leur expertise juridique alors que la perspective systémique couramment utilisée dans le champ de la thérapie familiale est souvent adoptée par les intervenants psychosociaux »¹²⁴. Les avocats demeurent ainsi marqués par la spécificité de leur parcours initial et peinent à mobiliser d'autres savoirs à égalité avec ceux de leur champ de spécialisation juridique. Tout dans la médiation « thérapeutique » apparaît étranger à l'avocat : les modes de réflexion, de penser, la place faite aux émotions, les voies d'expression, le timing. Il est ainsi tentant pour ces praticiens de se réapproprier le processus de médiation en s'appuyant sur leurs savoirs juridiques et leur activité de conseil. Cette démarche qui semble convenir pour certains conflits commerciaux, l'adhésion des entreprises à ce type de médiateur étant gage de son efficacité, apparaît néanmoins plus difficile à tenir dans d'autres contentieux civilistes, comme par exemple celui de la famille. L'entreprise de (re)construction d'un lien entre les parties interroge nécessairement la formation des avocats qui veulent développer cette activité en investissant l'espace des médiateurs déjà formés aux sciences sociales. N'auraient-ils pas besoin de compléter leur formation juridique par une approche sur les aspects émotionnels du divorce, par exemple ? Les avocats ne sont-ils pas là confrontés à la nécessité de dépasser la seule mobilisation de leurs connaissances juridiques pour offrir une aide appropriée aux médiés ?

27. En Belgique, la réponse est assurément positive. En effet, depuis la loi du 21 février 2005, se former spécialement à la médiation est une exigence légale¹²⁵, la formation à la médiation étant la condition *sine qua non* à l'obtention d'un agrément indispensable à l'exercice de cette activité dans le cadre judiciaire et à l'obtention de l'homologation judiciaire des accords de médiation. La commission fédérale de la

123. W. Ury et R. Fisher, *Comment réussir une négociation*, Paris, Éditions du seuil, 1982 ; J. Cruyplants, M. Gonda et M. Wagemans, *Droit et pratique de la médiation*, Bruxelles, Bruylant, 2008 ; C. Smets-Gary et M. Becker, *Médiation et techniques de négociation intégrative. Approche pratique en matière civile, commerciale et sociale*, Bruxelles, Larcier, 2012 ; A. Bridoux, *Les écrits en médiation selon le Code judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2011.

124. J. Lévesque, *Méthodologie de la médiation familiale*, Eres, 1998 à la p. 75.

125. Loi du 21 février 2005 relative à la médiation générale, M.B., 22 mars 2005.

médiation, composée de quatre juristes et de deux non-juristes, encadre strictement les enseignements dispensés, et ces 90 heures minimales de cours sont marquées par une solide formation en sciences sociales¹²⁶. Et conséquence tout à fait notable de cette approche pluridisciplinaire de la formation à la médiation, c'est son effet d'entraînement ; cette approche pluridisciplinaire a rejailli sur les formations hors programme d'agrément proposées aux avocats stagiaires et à tous les avocats dans le cadre des formations permanentes. Ces formations sont en effet principalement assurées par des avocats agréés et ces derniers s'attachent à organiser des ateliers pratiques pour mieux faire comprendre l'originalité de la médiation¹²⁷. La mise en place d'un standard commun de formation aux médiateurs a eu ainsi des effets en chaînes dans la formation des avocats : des avocats se sont formés à la médiation et ils ont, au-delà de leur clientèle, valorisé leurs nouveaux savoirs et savoir-faire en le transmettant – dans le cadre de la formation permanente – à leurs collègues. Les avocats-médiateurs agréés jouent ainsi un rôle clé dans la promotion de la médiation et du médiateur auprès de leurs collègues, novices ou expérimentés. Et ces initiatives sont relayées auprès des universitaires, qui pour certains sont déjà engagés dans la formation des médiateurs agréés, et trouvent dans ces avocats-médiateurs de puissants alliés à la promotion de la médiation auprès de leurs étudiants en droit.

28. En France, la situation est beaucoup plus ambiguë. À l'inverse, en France, mis à part les exigences de diplôme posées pour médiateurs familiaux, la loi française ne réserve pas l'accès à la qualité de médiateur à ceux justifiant d'un diplôme ou d'une formation en médiation. Et pour certains avocats français, nul besoin d'exiger que leur formation juridique soit renforcée par des formations spécifiques dispensées par des spécialistes de la communication et de la psychologie. Ils rappellent qu'ils ne sont pas des experts froids de la qualification juridique et de la rédaction d'actes ; qu'ils endossent nécessairement un rôle de psychologue de fait pour leurs clients, de « psychologues, malgré eux », confrontés quotidiennement à la nécessité d'entendre et d'écouter les petits et grands maux du public qu'ils accueillent. Pour mener à bien leurs missions, ils se doivent déjà d'être attentifs à la généalogie des difficultés de leurs clients, d'être capables de traduire en mots leurs attentes. Ils se plaisent à souligner qu'ils travaillent eux aussi

126. <http://www.just.fgov.be/bemiddeling_mediation/fr/mediateur/competences.html> ; <www.mediation-justice.be>.

127. Par exemple, la *Semaine de la médiation* organisée par l'association des juristes de Namur, 28 mars–2 avril 2011 ; les cycles de formations à la médiation civile et commerciale organisés par le Barreaux de Bruxelles, <http://www.barreauxdebruxelles.be/images/Bar_pdf/prog_bmediation_24.pdf>.

à la paix des ménages et sont déjà depuis longtemps les artisans de médiations informelles. Par exemple, les avocats n'hésitent pas à conseiller, particulièrement pour les parties amenées à devoir entretenir des relations à l'issue d'un procès, l'arrêt d'une procédure juridictionnelle au profit d'un règlement amiable, sans attendre que les rancœurs accumulées au cours de l'instance viennent de toute façon compromettre l'exécution du jugement par le perdant¹²⁸. L'expérience pratique de ces professionnels leur donnerait en quelque sorte, de manière presque nécessaire, l'intelligence émotionnelle suffisante pour parvenir à inscrire des médiés dans un débat raisonné, débarrassé au possible des oripeaux de la colère et du ressentiment. Au surplus, ces professionnels soulignent qu'ils savent par essence composer avec la règle du secret, co-substantielle à l'exercice de leur profession, se soumettre au respect des règles déontologiques et garantir leurs clients d'éventuelles défaillances par la souscription obligatoire d'assurance professionnelle. Ces gens de justice auraient ainsi une vocation « quasi-naturelle » à l'exercice du rôle de médiateur. Ce faisant, certains avocats français sont frappés par un syndrome curieux, celui du « médiateur naturel »¹²⁹, pour reprendre la belle formule de M. Guillaume-Hofnung. Cette vision, qui apparaît en filigrane ou plus nettement de certains entretiens menés avec des avocats, est d'ailleurs une position très officiellement retenue par le Conseil national de l'ordre des avocats français qui refuse de reconnaître une spécialisation « médiation » des avocats, alors que la mention « arbitrage » vient d'être consacrée par la récente réforme de 2012¹³⁰. Ce positionnement valide évidemment l'idée que ce mode de règlement des litiges peut être mis en œuvre par toute la profession, sans qu'aucune formation supplémentaire ne soit nécessaire. Cette position pourrait se défendre si les avocats français, empruntant à l'expérience nord-américaine, envisageaient un rapprochement de leurs activités avec celles des médiateurs du secteur social grâce aux pratiques de co-médiation¹³¹, voire la collaboration de manière plus pérenne au sein d'une même structure sociétale. Mais à l'heure française, où les avocats ont le plus grand mal à envisager s'associer avec des professionnels du chiffre, voire à organiser des rapprochements avec d'autres professionnels du droit¹³², ce type de collaborations dans des « cabinets

128. G. Braudo, « Propos sur la médiation en matière civile » dans *Gazette du Palais*, 14-15 avril 1995 à la p. 2.

129. M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, Paris, P.U.F., 2000 à la p. 4.

130. <cnb.avocat.fr/Dossier-special-Specialisations_r121.html>.

131. L. Berube, « La collaboration interdisciplinaire : une clé essentielle pour le développement de la médiation familiale » dans L. Laurent-Boyer (dir.), *La médiation familiale. Collectif multidisciplinaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998 aux pp. 113 et s.

132. Voy. par ex. D. Jansen, *Cabinets d'avocats*, Paris, Dalloz, 2010, n° 134 ; V.E. de Lamaze, « Un premier pas vers l'interprofessionnalité capitalistique des professions libérales », *JCP*, G, 2011, 440.

de justice participative à vocation interdisciplinaire » peut apparaître comme le comble de l'exotisme, d'autres y verront même une certaine forme d'hérésie. Mais serait-il si facile de se détacher ainsi, sans formation aucune, du paradigme juridique initial qui a forgé ce professionnel et d'envisager « naturellement » les litiges d'un point de vue où la règle de droit n'est plus souveraine ?

29. Les avocats français investis dans la médiation s'accordent pour considérer que l'idée qui voudrait que tout avocat peut agir comme médiateur est non seulement erronée mais également dangereuse pour la qualité de la prestation de services proposée aux parties. Car si les qualités d'écoute et de communication inhérentes à l'activité de ces professionnels sont réelles, elles demeurent insuffisantes pour permettre d'endosser le rôle de médiateur. Le fait que ces juristes puissent se targuer d'avoir appris sur le terrain à composer, voire à gérer, plus ou moins bien d'ailleurs, les émotions de leurs clients, ne leur permet certainement pas de disposer du savoir et du savoir-faire nécessaires à la conduite d'une médiation. Les parties ne viennent pas avec un discours clair et limpide sur leur vécu, leurs motivations, leurs souhaits. Le vrai et le faux, les dits et les non-dits s'entremêlent souvent dans leurs dires ; des rapports de force et de domination peuvent guider les relations entre les parties et venir polluer le débat. Le médiateur doit parvenir à dénouer tous ces nœuds qui entravent la communication des parties et cela exige des compétences précises. Comme l'explique M. Guillaume-Hofnung, le médiateur « par une question pertinente, au bon moment, une maïeutique qui demande d'une grande puissance personnelle en même temps qu'un relatif effacement, va acheminer [les médiés] vers la solution »¹³³. Et cet effacement du médiateur qui doit œuvrer « désarmé »¹³⁴, c'est-à-dire sans exercer aucun pouvoir sur les parties, peut apparaître comme une difficulté supplémentaire pour les avocats. Ils se doivent de se défaire de leur positionnement traditionnel et de l'inévitable influence induite par le prestige de leur profession. Ce rôle ne peut certainement pas s'improviser en s'appuyant uniquement sur une expérience de consultations juridiques. Et cela d'autant plus, que les juristes français ne peuvent en aucune manière s'appuyer sur d'éventuelles connaissances en psychologie ou en sociologie acquises au cours de leur formation initiale. Ces professionnels ne peuvent donc compter que sur leur expérience pratique et leur conscience professionnelle qui les conduira vers l'auto-formation, pour mener à un bien une médiation, ce qui semble bien insuffisant. C'est ainsi que même si en France peut être médiateur qui veut, des avocats plaident pour une spécialisation nécessaire des avocats à la médiation.

133. M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, Paris, P.U.F., 1995 aux pp. 69-70.

134. J.-F. Six, *Le temps des médiateurs*, Paris, Le seuil, 1990 à la p. 197.

30. Pour l'instant, ces avocats s'organisent entre eux ou avec d'autres professionnels pour permettre à leurs membres d'éprouver à quel point « un bon médiateur a une passion sans limite de la complexité des choses. Rien ne le rebute plus que les idées simples. [...] Il cherche alors à débusquer des aspects mal connus d'une situation, à l'ouvrir pour la reconstruire. Ce ne sera que par cette exploration de différents registres que des possibilités nouvelles surgiront en médiation »¹³⁵. En effet, pour mettre à mal ce syndrome du médiateur naturel, de nombreux barreaux ont créé des lieux de partage d'expériences, de promotion et de formation à la médiation. Par exemple, l'association des médiateurs européens, créée sous l'impulsion du barreau de Paris et de magistrats parisiens, propose des formations intensives à la médiation. De même, en province, des initiatives similaires sont menées. Et les universités ne sont pas en reste, quelques facultés de droit ayant déjà mis en place des diplômes universitaires (DU) de médiation¹³⁶. Mais là encore, l'hétérogénéité est de mise, en l'absence de standard commun de formation, les organisateurs sont évidemment libres de fixer le nombre d'heures minimales, de saupoudrer les connaissances juridiques des avocats d'éclairages en psychologie et sociologie ou d'imposer une maîtrise à part égale des différentes disciplines pour permettre aux avocats de se confronter à la pluridisciplinarité nécessaire à la pratique de la médiation.

31. De plus, il est important de relever que cette spécialisation n'est entreprise en France qu'à la seule initiative de l'avocat, libre de suivre et surtout de payer la formation adéquate. Et cet aspect pécuniaire est loin d'être négligeable dans l'attrait de ces enseignements auprès des avocats. Car il faut le rappeler, la médiation n'est pas vraiment rémunératrice dans les nouveaux contentieux visés, les médiateurs libéraux du secteur social peinent pour certains à véritablement vivre de cette activité. Dans ce cadre concurrentiel, il est ainsi difficile d'imaginer que grâce à ces compétences nouvellement acquises, l'avocat puisse disposer rapidement d'un retour sur investissement par un afflux de clientèle. Dans ce contexte, on comprend mieux pourquoi les jeunes avocats, qui n'ont pas encore réussi à se constituer une clientèle solide, ne se précipitent pas au sein de ces formations, avec comme seul espoir des retombées financières nulles ou très aléatoires. Car même si le coût de la médiation peut être pris en charge par l'aide juridictionnelle¹³⁷, l'avocat

135. J. De Munck, « La crise de l'État : la médiation comme symptôme et comme remède » dans *La médiation et les conflits de voisinage*, Service de médiation de quartier de la ville de Charleroi, 1999 à la p. 18.

136. Par exemple, à la faculté de droit de Nice, de Panthéon-Assas (Paris 2), de Paris Descartes (Paris 5).

137. Circulaire du 12 janvier 2005, NOR : JUS J 05 90 001 C.

débutant n'a pas forcément envie de multiplier les dossiers d'aide juridictionnelle en matière civile comme il peut déjà le faire en matière pénale, et d'accélérer ainsi sa précarisation. Il est vrai que les formateurs en médiation pourraient facilement rétorquer que de jeunes avocats participent pourtant à ces formations. Mais sans prétendre faire œuvre statistique, les jeunes avocats rencontrés avouent que dans le cadre de leur obligation de formation continue, un calcul très trivial était parfois fait. Le choix pour ces formations ayant été principalement guidé par le coût moindre de certaines de ces formations par comparaisons à d'autres enseignements. Ces journées de formations étaient plus l'occasion de retrouver des collègues dans un cadre convivial, à moindre coût, qu'une volonté assumée de changer de point de vue dans le traitement des conflits. Ces considérations expliquent certainement que ce sont principalement les avocats aguerris et motivés, qui disposent déjà d'une clientèle, qui sont les plus représentés dans les formations les plus longues (et les plus onéreuses) car ces derniers peuvent espérer en retirer les bénéfices les plus importants. Grâce à ces spécialisations, ils peuvent diversifier leurs activités et offrir un service supplémentaire à une clientèle déjà constituée.

CONCLUSION

En définitive, la formation française des avocats témoigne des ambivalences des juristes français, engagés dans un mouvement de promotion de la médiation, tout en se révélant très réservés à former effectivement les étudiants en droit à ce mode de règlement amiable. En effet, si à la suite des initiatives législatives, d'éminents magistrats et processualistes français vantent les mérites de la médiation, d'une manière générale, les universitaires tardent à reconnaître dans leurs enseignements une part privilégiée à ce mode de règlement des conflits. Ensuite, à l'occasion de leur formation professionnelle, les avocats hésitent encore à investir ce territoire du règlement amiable ou s'y appliquent de manière assez dispersée, évoluant par tâtonnements et ajustements successifs, en l'absence d'un standard commun de formation. C'est ainsi qu'en pratique, bien loin des discours législatifs et scientifiques très favorables à la médiation, ceux des formateurs continuent à assurer au modèle de la justice contentieuse une place si hégémonique, qu'au-delà de cet univers contentieux, terrain d'élection de l'avocat, la médiation conserve un aspect assez lunaire : ce mode de règlement des contentieux, comme une lune gravitant autour de sa planète, n'est compris que dans un rapport d'auxiliaire à la justice, avec une face qui reste obstinément cachée aux regards, les juristes français ayant bien du mal à composer avec les enseignements en sciences sociales seuls à même d'appréhender toute la complexité de ce processus. À l'inverse, les

avocats belges sont plus nettement engagés à explorer cet au-delà contentieux. Grâce aux exigences légales de formation des médiateurs agréés, la médiation semble être parvenue à conquérir efficacement le terrain de la formation des avocats. En effet, forts de cette reconnaissance légale, les avocats-médiateurs agréés ont pu promouvoir la médiation auprès de leurs confrères et ils s'appliquent désormais à convaincre les universitaires de tous ses bienfaits. Cette voie belge pourrait constituer un intéressant modèle à suivre pour tous les avocats français qui souhaiteraient dépasser le cadre de l'éloge discursif de la médiation et investir plus nettement ce périmètre jusqu'à présent monopolisé par les acteurs du champ social. Une telle évolution vers un standard commun de formation, en imposant uniquement un renforcement des initiatives professionnelles déjà engagées, pourrait produire des effets en chaîne tout à fait notables sur la formation professionnelle et universitaire des impétrants avocats, voire de proche en proche sur la culture des juristes français.