

**Sylvie WEGELIN**

# **JUSTICE RÉPARATRICE ET MÉDIATION**

**Propositions de coopération  
entre le Pouvoir judiciaire genevois  
et les professionnels de la médiation**

**HAUTE ÉCOLE DE TRAVAIL SOCIAL (HETS)  
CENTRE D'ÉTUDES ET DE FORMATION CONTINUE (CEFOC)**

**D.A.S. EN MÉDIATION DE CONFLITS  
SPÉCIALISATION DANS LE CHAMP FAMILIAL 2014-2015**

**Juin 2015**

## **TABLE DES MATIÈRES**

I.	INTRODUCTION.....	4
II.	MÉDIATION ET JUSTICE RÉPARATRICE .....	8
III.	DÉFINITION .....	11
3.1	Justice « rétributive » ou justice des sanctions .....	11
3.2	Justice réparatrice ou justice participative .....	11
3.3	Médiation.....	12
3.3.1	Comment aborder un conflit dans sa globalité ? .....	14
3.4	Conciliation .....	15
IV.	CADRE LÉGISLATIF DE LA MÉDIATION CIVILE ET PÉNALE .....	16
V.	ORGANISATION DE LA MÉDIATION À GENÈVE .....	19
5.1	Références législatives .....	19
5.2	Relations entre médiateurs et magistrats .....	20
5.3	Qui paie les honoraires du médiateur ? .....	20
5.4	Coût de la médiation.....	21
VI.	ORGANISATION JUDICIAIRE DES TRIBUNAUX.....	22
6.1	Tribunal civil .....	22
6.2	Tribunal de la protection de l'adulte et de l'enfance .....	22
6.3	Ministère public .....	22
6.4	Tribunal des mineurs .....	22
VII.	ENQUÊTE AUPRÈS DES JUGES GENEVOIS.....	23
7.1	Quelques faits édifiants et surprenants .....	23
7.2	Causes et conséquences de ces faits .....	24
7.2.1	Enquêtes sur les liens entre le Pouvoir judiciaire et les médiateurs.....	24
7.2.2	Juridictions civiles : TPI et TP AE.....	25
7.2.3	Juridiction pénale des mineurs : TMin.....	29
VIII.	OBSTACLES MAJEURS À LA MÉDIATION .....	33
8.1	Résistance des avocats.....	33
8.2	Résistance des parties .....	34
8.2.1	Juridictions civiles (TPI et TP AE) .....	34
8.2.2	Juridiction pénale des mineurs (TMin) .....	36
8.3	Taux de réussite performant de la conciliation.....	37
8.4	Absence d'une organisation faîtière des médiateurs à Genève .....	38

8.5	Tableau officiel des médiateurs assermentés.....	38
8.6	Conclusion des obstacles à la médiation .....	38
IX.	RECOMMANDATIONS.....	39
9.1	Résistance des avocats et des parties à tenter une médiation .....	39
9.2	Résultats très performants des juges conciliateurs .....	39
9.3	Impossibilité légale d'ordonner une médiation, en particulier en droit familial .....	40
9.4	Prévenir l'enlisement du conflit .....	40
9.5	Collaboration entre le juge, le médiateur et les avocats .....	41
9.6	Coût de la médiation.....	42
9.7	Durée du processus de médiation .....	42
9.8	Taux d'échec des quelques affaires médiées sur proposition des juges civils .....	43
9.9	Opacité du tableau des médiateurs accrédités à l'Etat de Genève.....	43
9.10	Absence d'une organisation faîtière des médiateurs à Genève .....	43
X.	PERSPECTIVES.....	45
XI.	CONCLUSION.....	48
	BIBLIOGRAPHIE .....	49

## I. INTRODUCTION

A l'issue d'un long parcours judiciaire, j'ai ressenti l'envie de me tourner vers la médiation. Ce mémoire est le témoignage de ma nouvelle réflexion qui fait suite à des années de magistrature au sein du Pouvoir judiciaire de Genève.

Nommée juge à la Chambre des Tutelles, actuellement Tribunal de la protection pour l'adulte et l'enfant (TPAE) en avril 1981, à l'âge de 27 ans, je n'ai bénéficié d'aucun encadrement ou de formation à la magistrature<sup>1</sup> et j'ai assumé une lourde responsabilité pour une si jeune magistrate inexpérimentée. Au fil des années, j'ai découvert la charge de magistrat judiciaire avec comme seul soutien les échanges entre collègues.

### Particularité de mon parcours judiciaire

La particularité de mon parcours judiciaire, qui est sans doute unique, est d'avoir exercé toutes les activités dévolues par la loi dans le domaine de la protection des mineurs :

- en qualité de juge au sein du *Tribunal tutélaire*, dont le rôle est de veiller à la protection physique et morale du mineur, ainsi qu'à la bonne gestion de son patrimoine par ses parents,
- en qualité de juge au sein du *Tribunal de 1<sup>re</sup> instance*, dont l'activité représente plus de 60% d'affaires familiales, impliquant le prononcé et l'organisation des séparations parentales et la prise en compte prioritaire de l'intérêt des enfants,
- en qualité de juge au *Tribunal des mineurs*, dont le souci prioritaire est de connaître et de comprendre les raisons des infractions commises par les jeunes en rupture, en vue d'assurer leur insertion sociale et professionnelle et leur protection.

La justice est habituellement symbolisée par un bandeau, un glaive et une balance qui soulignent que la mission du juge est de rendre des décisions équilibrées et équitables, avec le recours possible à la force de l'Etat qui en garantit le respect. Le juge exerce sa fonction dans un cadre institutionnel où les « justiciables » comparaissent en *audience*, terme venant du latin *audientia* qui signifie entendre, du verbe *audire*, écouter.

On peut alors se demander si la fonction de juge est compatible avec l'écoute et l'empathie. Le juge est-il un facilitateur de la communication et de la compréhension des intérêts divisant les parties ?

Le doute est permis.

En trente-deux années de pratique, comme juge des tutelles, juge civil et juge pénal, j'ai rendu des milliers de jugements, fondés sur ce que nous appelons la « vérité judiciaire ». Cette vérité découle de l'instruction des procédures et passe par le prisme très sélectif et déformant de l'audition des parties. Elle est soumise à l'imprévisibilité des témoignages, des rapports d'expertises, des évaluations des services sociaux et à l'analyse des pièces produites. A quoi

---

<sup>1</sup> Le CAS en magistrature, délivré par l'Université de Neuchâtel, a été mis en place par l'Académie suisse de magistrature en 2007.

s'ajoutent encore l'intervention des avocats dont le rôle peut être aussi bénéfique que désastreux, suivant l'éthique de leur pratique, en particulier dans les affaires familiales.

J'ai rendu mes décisions suivant le processus judiciaire consistant à faire correspondre un état de fait, établi au cours de la phase probatoire, avec l'application de la loi. J'espérais toujours que le jugement rendu correspondait au mieux à mon sentiment d'une solution équitable.

En marge du procès, en particulier dans les affaires familiales, il y avait une autre attente de la part des plaideurs, de nature psychologique et affective, à laquelle, je ne prêtais pas une grande attention, faute de temps et de formation. De plus les souffrances des plaideurs, celles de leurs enfants et de leur entourage ne se traduisaient pas en termes juridiques. Ainsi, leur vécu émotionnel n'avait tout simplement pas sa place dans les offres de preuves.

Voici des propos récurrents que j'entendais souvent dans des procédures de divorce : « Madame la juge, j'ai tellement mal d'avoir été abandonnée, je ne comprends pas la décision de mon mari et je ne supporte pas de vivre maintenant une garde alternée qui me prive de mes enfants à mi-temps. »

A ce genre de plainte, je ne pouvais accorder que quelques minutes d'écoute et je suggérerais parfois un appui thérapeutique. Pour le juge, le litige à trancher n'était pas la souffrance de l'épouse délaissée ou le vide de sa maison quand les enfants étaient chez leur père, mais les modalités du divorce, dans le respect des droits de chacune des parties.

Aux revendications des conjoints venait encore s'ajouter la question de ce que la loi appelle « l'intérêt prioritaire des enfants ». Ni le juge, ni les avocats, ni les plaideurs, ne s'accordent sur la définition de cette notion et de son contenu. Faute de réponse concordante ou cohérente, le juge, très souvent, renvoie « cette formidable patate chaude » au Service de protection des mineurs. Dans des situations particulièrement tendues, le magistrat peut encore recourir à des médecins psychiatres ou à des psychologues, lesquels, après une anamnèse familiale, répondent à une série de questions sur la base desquelles le juge pourra formaliser un jugement et répondre enfin à l'attente des parties.

Comme on peut le constater, les attentes des parties sont autrement plus vastes que les points litigieux que la justice doit traiter.

C'est particulièrement le cas en matière familiale ou dans les situations qui impliquent des relations durables, telles que celles du voisinage, du travail, des liens successoraux, de la copropriété, de l'école. Dans ces litiges, le procès a très souvent pour origine la souffrance et la mauvaise communication des parties. Trouver une solution, par exemple à une rupture conjugale très contentieuse, impliquerait une toute autre qualité d'écoute que les parties ne peuvent attendre et recevoir d'un juge. La procédure n'offre en effet pas cet espace là. Par conséquent, les attentes des plaideurs, réduites à l'objet du litige et traduites en termes juridiques, se résument à des états de fait et des positions à défendre, en fonction de leurs moyens de preuve et du droit applicable.

*Dans un tel contexte, les conjoints, les enfants, les familles ne trouvent pas dans l'institution judiciaire un lieu de réparation et d'apaisement.*

Ainsi que le rappelle le proverbe : « La vérité se trouve au fond du puits. » Elle implique des recherches en profondeur, alors que l'administration de la justice se limite à examiner les

éléments objectifs du dossier (les faits et le droit) sans intégrer la perception et le ressenti des plaideurs.

Comment alors redonner aux justiciables leurs places ? Comment leur donner la parole que les avocats s'approprient ? Les parties restent souvent silencieuses devant le juge, parce qu'elles ne connaissent ni les règles, ni les usages de la procédure et ne savent pas ce qu'il est pertinent de dire en justice.

En tant qu'avocats et juges, nous avons été formés aux outils du combat judiciaire, mais nous sommes peu sensibilisés à construire la paix. Notre logique est d'abord celle de l'affrontement, pas celle du compromis.<sup>2</sup> Nous ne savons rien des techniques de la communication non violente et nous avons peu de connaissance et d'intérêts dans les domaines de la psychologie et de la philosophie du droit. De ce fait, nous ne regardons pas suffisamment les sources et les causes des conflits.

Le vocabulaire juridique illustre bien la violence et le climat hostile qui peuvent dominer le combat judiciaire : le « demandeur » attaque le « défendeur » avec l'idée de le faire « craquer ». On traîne en justice son adversaire. On gagne ou on perd un procès. On écrase son rival dans un affrontement des positions. On manipule l'interprétation des pièces et des témoignages en sa faveur. On écarte du dossier les faits qui ne servent pas sa cause. Autant de stratagèmes qui humilient, blessent et déstabilisent la partie adverse en vue de gagner la bataille judiciaire.<sup>3</sup>

De leur côté, les avocats ne plaident pas pour trouver un terrain d'entente, ni une solution équitable, mais argumentent pour que leur client ait raison. Le rapport au conflit est dans la rivalité et le pouvoir. L'autre, la partie adverse, est vue comme un ennemi. Le juge arbitre celui qui sortira vainqueur de ces procédures souvent déshumanisées. Il dégage de l'analyse des faits retenus des solutions objectives basées sur la norme.

Juges et avocats ne se préoccupent pas non plus des retombées sociales, économiques ou psychologiques de l'application de la loi sur le perdant. Pourtant, l'humiliation, la perte d'estime de soi, la colère, le sentiment d'injustice, le désir de vengeance, les traumatismes et les dégâts collatéraux sur les enfants et les membres de la famille, sont autant de dommages et de sources de souffrance qui en disent long sur une justice dont de nombreux plaideurs ressentent « qu'elle n'est pas juste ».

Devant ce constat aussi décourageant que désastreux, je me suis progressivement mise en quête d'une approche alternative de la résolution de conflit, en particulier pour tous les litiges mettant en cause des plaideurs unis par des liens familiaux et affectifs ou des intérêts commerciaux et relationnels.

C'est dans ce contexte que je me suis intéressée à la justice réparatrice<sup>4</sup> et à la médiation.

---

<sup>2</sup> Avec une nuance en faveur du développement de la conciliation au sein du pouvoir judiciaire, depuis l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure civile (art 202 et ss CPC) et un taux de réussite de l'ordre de 30 à 40 %.

<sup>3</sup> Ces observations sont partagées par le témoignage de Mme la juge Béatrice Blohorn, juge du travail, dans son livre « Justice et médiation », Edition le cherche-midi, 2006.

<sup>4</sup> Voir page 11 les définitions de la justice réparatrice et de la médiation.

Pour ce faire, avec d'autres magistrats du Pouvoir judiciaire, j'ai bénéficié :

- d'une première formation à la médiation en novembre 2006, donnée à Genève par le CMAP, Centre de médiation et d'arbitrage de Paris,
- à l'occasion de diverses rencontres avec des médiateurs, j'ai été sensibilisée à une notion beaucoup plus globale du conflit,
- enfin, plusieurs séjours au Québec, mon pays natal, m'ont permis de découvrir que le monde judiciaire québécois avait déjà, depuis une vingtaine d'années, intégré les outils de la médiation et œuvré en faveur d'une justice dite « réparatrice ou participative » en lieu et place de notre conception toujours actuelle de la justice « rétributive ou répressive ».

Enfin, à l'âge de 60 ans, j'ai choisi de mettre un terme à trente-deux années de carrière judiciaire pour entreprendre une formation en médiation familiale et pénale au sein de la HETS, Haute Ecole de Travail Social. J'ai observé le clin d'œil amusé de mes collègues qui ne se sont pas privés de souligner que de tous les magistrats du Tribunal des mineurs, j'étais celle qui avait envoyé le moins de procédures en médiation. C'était bien vrai !

Je peux ainsi témoigner qu'il est difficile, mais pas impossible d'ouvrir son regard à d'autres modes de résolution de conflit et de s'intéresser plus particulièrement au concept de la justice « réparatrice ou participative », dont la médiation est l'un des outils essentiels.

Pour assurer une continuité entre mes anciennes fonctions de juge et ma nouvelle formation en médiation, *j'ai voulu que ce mémoire aborde spécifiquement la question des liens entre le Pouvoir judiciaire genevois et les milieux de la médiation familiale et pénale pour mineurs.*

Mon objectif est de comprendre les obstacles à la médiation et de promouvoir une approche alternative de la résolution de conflit axée sur *la restauration du lien entre les justiciables.*

J'espère ainsi contribuer à la réflexion entre les magistrats et les médiateurs pour favoriser une meilleure coordination et complémentarité de leurs fonctions entre eux.

## II. MÉDIATION ET JUSTICE RÉPARATRICE

Née en 1953, mon enfance a été marquée par le respect que nous avons de nos parents, de l'école, de la religion, de toute forme d'autorité et de hiérarchie. Le but de notre éducation était la discipline, le respect des principes et des références communes. Nous ne parlions pas publiquement de nos émotions et de nos difficultés par pudeur et par souci de discrétion. Lors de son cours donné en octobre 2014 à Genève, dans le cadre du DAS en médiation familiale à la HETS, Haute Ecole de Travail Social, Johan DEKLERK, criminologue au Département de Droit Pénal et de Criminologie à Louvain (Belgique), a brièvement décrit que l'époque de l'après-guerre était marquée par *un consensus des valeurs*. Nous partagions la même idée du bien et du mal. Socialiser voulait dire discipliner et punir. Nous étions dans le conformisme, sous peine d'exclusion. « Le contexte était vertical, impératif et autoritaire ».

Dans un tel environnement, je comprends que la justice « rétributive », reposant sur l'autorité de l'Etat représentée par un juge actif et expert du droit devant chercher la « solution juste » pouvait être perçue comme efficace et acceptable. Les justiciables pouvaient ressentir un sentiment de satisfaction parce que les forces et les faiblesses de leurs dossiers avaient été correctement évaluées et arbitrées.

Puis nous avons vécu le tournant de mai 1968 avec le combat des classes sociales, la révolte des étudiants menée au nom des opprimés, toutes catégories confondues : femmes, handicapés, homosexuels, immigrés, colonisés. Les nouvelles valeurs étaient centrées essentiellement autour de l'individu et le droit au bonheur. C'était le combat contre les pouvoirs installés, contre le capitalisme et la prise de pouvoir par de nouvelles générations pleines de rêves pour un futur intégrant les droits sociaux et l'autogestion des entreprises. On parlait d'une nouvelle scolarité (mixité), d'une plus grande participation au pouvoir, de l'émergence des mouvements féministes, de la libération sexuelle, de l'émancipation des minorités (notamment homosexuelles), de la lutte contre la pauvreté (Restos du cœur, Médecins sans frontières), soit autant de combats contre toutes les forces réactionnaires. « Les relations sociales sont sorties du mode directif et hiérarchique pour devenir relatives et participatives ». La société s'est construite sur un mode binaire entre, d'un côté, les opprimés et de l'autre côté, les détenteurs de toutes les formes de contrainte et de pouvoir. Chacun pouvait discuter et motiver son point de vue et proposer des changements de règles. Toujours selon le professeur DEKLERK nous étions dans l'époque du « dissensus », soit une société qui opposait anciennes et nouvelles idées, anciennes et nouvelles générations.

Aujourd'hui, ce « dissensus » s'est aggravé et a conduit à une grande fragilité du lien social. Le pouvoir, l'autorité, la religion ou les revendications des minorités ne sont plus des références suffisantes pour nous relier. Nous avons passé du « dissensus » à l'« assensus », pour reprendre toujours les termes du professeur DEKLERK. L'« assensus », que je comprends comme une recherche d'ajustements entre les différents protagonistes pour aplanir les divergences de pensées, de valeurs, de croyances et de besoins. La verticalité, l'autorité ne fonctionnent plus. Ainsi, la concertation, la négociation, la médiation deviennent les nouveaux modes de communication pour construire de façon permanente des solutions qui paraissent adaptées aux besoins de chacun.

Nous pourrions comparer les fondements de notre société actuelle à un rhizome, c'est-à-dire un tissage complexe de liens, de combinaisons, de rapports, mais sans aucun centre de référence ou d'autorité institutionnelle. Cette quête individuelle, privée des autorités parentales, sociales



et culturelles, a toutefois produit une nouvelle génération d'individus supportant mal l'échec et la frustration, ce que l'historien et sociologue américain Christopher LASH décrit comme l'invasion de la société par le Moi.<sup>5</sup>

Johan DEKLERK relève qu'auparavant l'homme adoptait une « éthique externaliste », en référence aux normes sociales. Maintenant il adopte une « éthique internaliste », définissant lui-même son bien et son mal, ce qui signifie que les expériences individuelles seraient plus décisives et mieux acceptées qu'un cadre normatif qui n'apporte plus de réponses justes à l'individu.

Dans les années 1980, le développement de l'individualisme a produit une figure de l'homme qui aspire d'abord au plein épanouissement de soi, aux biens matériels, au droit d'être heureux et reconnu dans ses besoins, avec une attente croissante à l'égard de l'Etat pour la réparation de toute injustice subie. La souffrance naguère cachée demandait maintenant à être reconnue, pour ne pas dire à être sacralisée.<sup>6</sup>

Ce nouveau mode de pensée n'est plus en phase *avec une justice tournée essentiellement vers la sanction* et pourrait expliquer le développement de nouveaux modèles de résolution de conflit avec notamment l'émergence de la médiation et pour corollaire une ouverture à la justice dite « réparatrice ou participative ». Howard ZEHR, sociologue et criminologue américain, a été l'un des pionniers de ce changement de paradigme dans le courant des années 1980. Il a relevé la faible capacité des programmes de resocialisation des auteurs de crimes et l'insuffisance criante de la prise en charge des victimes. Celles-ci ne trouvaient ni leur place, ni un espace de parole dans un formalisme judiciaire classique.<sup>7</sup>

C'est en particulier dans mes fonctions de juge du divorce que j'ai maintes fois expérimenté que la décision judiciaire apportait des solutions, mais ne résolvait pas les conflits familiaux qui persistaient et s'aggravaient. Le déroulement de la procédure jusqu'à la notification d'un jugement ne permettait pas aux époux de s'écouter, de se comprendre, d'intégrer leurs besoins et ceux de leurs enfants. Le jugement mal compris et mal accepté finissait même par détruire les relations familiales avec son cortège d'affrontements dans l'exécution ultérieure des décisions, en particulier celles liées à la prise en charge des enfants.

*Face à ce constat, la médiation est devenue une vraie alternative à la résolution des litiges.*

La médiation n'est certes pas la panacée pour tout contentieux, mais dans les litiges qui ont une dimension psychologique importante (famille, voisinage, succession, travail, école), préserver la relation entre les parties devrait être un objectif essentiel, pour ne pas dire primordial. Ne pas tenir compte de cet aspect prédominant du conflit entraîne à des résultats désastreux, malgré la satisfaction momentanée et réservée à une seule des parties, d'un jugement rendu selon les préceptes de la loi.

C'est en particulier dans mes fonctions de juge tutélaire que j'ai été témoin du désespoir de certains pères dont les droits étaient bafoués par les stratégies d'une ex-épouse délaissée et frustrée de ne pas avoir été entendue dans sa souffrance. Souvent, celle-ci utilisait l'enfant pour

<sup>5</sup> Christopher LASH, la culture du narcissisme, Ed Champs essais 1979.

<sup>6</sup> Guillaume ERNER, la société des victimes, Editions la Découverte, Paris 2006

<sup>7</sup> Howard ZEHR, la justice restaurative : pour sortir des impasses de la logique punitive. Labor et Fides, 2002.

satisfaire son besoin de vengeance. Ce mode relationnel que les psychologues appellent « syndrome d'aliénation parentale » ne trouve pas de réponse adéquate en justice.

En effet, les moyens juridiques du parent lésé sont le dépôt d'une plainte pénale et la saisine du Tribunal de la protection de l'adulte et de l'enfant (TPAE). En charge d'un conflit familial aussi lourd, impliquant parents, enfants et familles proches, le juge fait appel à des assistants sociaux, des curateurs, des experts et des thérapeutes. Il en résulte une multiplication d'interventions judiciaires, un temps d'attente trop long et des frais importants pour le parent privé de son enfant. De son côté, la justice est confrontée à ses limites face, par exemple, à l'impact psychologique fort d'une mère vindicative qui parfois « s'arrange » pour rompre toute relation entre le père et l'enfant.

Les limites de la justice se ressentent également lorsqu'une personne, s'estimant victime, attend de la partie adverse et de la justice une écoute particulièrement attentive au cours de l'instruction de la procédure. Si celle-ci n'est pas entendue, comme c'est fréquemment le cas en justice, le risque est grand de la voir sombrer dans la victimisation, c'est-à-dire une attitude qui implique un refus d'assumer sa part de responsabilité dans les échecs de sa vie, un complexe de persécution, une focalisation sur la responsabilité de l'autre pour tous ses malheurs, un besoin constant de vengeance, un sentiment d'échec et de culpabilité, soit autant de comportements et de ressentis destructeurs contre lesquels aucune décision de justice ne peut venir à bout.<sup>8</sup>

On comprend mieux ainsi, par les limites du droit, que les décisions judiciaires rendues par des juges aux affaires familiales, surchargés de procédures et peu formés aux questions psychologiques, conduisent souvent à des impasses dramatiques dans les domaines du droit du divorce et de la filiation.

Il était temps pour moi d'entamer ma propre réflexion sur la nécessité d'une culture différente de la prévention et du règlement des différends, en particulier dans le domaine du droit de la famille.

---

<sup>8</sup> *La complexité du statut de la victime dans la dialectique de la violence*  
<http://ayiluc.over-blog.org/article-4535520.html>

### III. DÉFINITION

#### 3.1 Justice « rétributive » ou justice des sanctions

1. La justice appelée « rétributive » ou justice des sanctions se base sur l'idée de rendre à chacun sa juste rétribution. L'avocat tente de réduire les motivations de son client à ce qui est uniquement pertinent juridiquement, tandis que le juge se préoccupe de récompenser ou punir, selon la valeur des actes, sans s'occuper du contexte ou de l'équité. Cette conception écarte la victime du processus judiciaire, l'Etat intervenant pour son compte, par la seule priorité d'appliquer la loi.

Jean Guy BELLET, professeur de droit à l'Université de McGill, Montréal, donne la définition suivante de la justice du droit :

« Les Tribunaux contrôlent la légalité des actes privés ou publics et arbitrent les litiges entre citoyens ou entre l'Etat et les citoyens, en appliquant les règles du droit en vigueur.(...) Ce paradigme repose sur une triple confiance collective : confiance en l'existence d'une société suffisamment homogène pour entretenir une vision consensuelle du bien commun ; confiance en la puissance d'un Etat capable de contrôler et de diriger au centre de la société ; confiance dans une rationalité permettant d'énoncer des règles de droit supérieures aux autres normes sociales en précision et validité puis d'en assurer une application neutre et systématique par les fonctionnaires de l'Etat et par les juges».<sup>9</sup>

Ainsi et selon cette conception, la justice du droit est contradictoire, formelle, procédurale et repose sur l'autorité.<sup>10</sup> Le juge, les avocats et, pour les procédures pénales, le Ministère public, sont les acteurs principaux du procès pour négocier et favoriser le règlement du conflit. Le justiciable reste en retrait du procès. Sa parole est peu entendue en audience, les débats portant essentiellement sur *l'objet du litige*, alors que le besoin d'écoute des plaideurs dépasse souvent largement le cadre du contentieux à trancher.

#### 3.2 Justice réparatrice ou justice participative

La justice est dite « réparatrice » lorsque son souci prioritaire est d'apporter une forme de réparation et de restauration du lien entre les parties au conflit.

En ce sens, la justice « réparatrice » part du constat que les parties concernées par un procès civil ou pénal ne sont pas uniquement motivées par le résultat de la procédure au sens de l'application de la loi. Elles veulent aussi une solution qui leur paraisse juste et équitable,<sup>11</sup> au regard de la complexité humaine. Ainsi la sanction de l'acte ou la solution imposée par le droit, doit être complétée par une dynamique de réconciliation des personnes.

---

<sup>9</sup> Jean-Guy BELLEY : « Une justice de la seconde modernité : proposition de principes généraux pour le prochain code de procédure civile » (2001) 46 RD McGill 317 aux pages 358-359.

<sup>10</sup> Jean François ROBERGE, *la justice participative, changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Editions Yvon Blais 2011, page 12.

<sup>11</sup> La sentence est juste au sens de l'application de la loi, mais peut ne pas l'être au sens de l'équité, ce qui explique le sentiment d'être victime d'une injustice.

L'avocat qui privilégie la justice réparatrice recherche la *complexité des motivations* de son client et de l'autre partie au différend. Demandeur et défendeur participent ensemble à un processus de création de solutions mutuellement applicables qui prend en compte tous les aspects du conflit.<sup>12</sup>

Le sociologue et criminologue Howard ZEHR est l'un des initiateurs les plus connus de ce changement de perspective. Il a mis en évidence que pour tout procès pénal, quatre dimensions sont à considérer par les dommages causés : la victime, le délinquant, les relations entre la victime et le délinquant et enfin la communauté, Ces quatre dimensions doivent être prises en compte et réparées par la justice.<sup>13</sup> Selon la définition minimaliste de Tony Marshall, criminologue anglais, « la justice réparatrice est un processus au cours duquel toutes les parties ayant un enjeu lié à l'infraction se rassemblent pour régler conjointement les conséquences de l'infraction et ses implications futures ». <sup>14</sup>

La justice participative a ainsi pour objectif de donner aux parties une plus grande capacité de collaborer à la création de la solution au différend, dans un esprit de coopération et de respect. Il importe que les parties relatent les faits, mais elles doivent également exprimer leurs intérêts et leurs besoins réciproques. En d'autres termes que chacun entende et comprenne le point de vue de l'autre. La justice « réparatrice » porte aussi une attention plus grande à la prévention des litiges pour éviter l'escalade de la violence qui se traduit souvent par l'enlèvement des positions qui sont ensuite difficilement réconciliables.

### 3.3 Médiation

Le mot médiation, dérive étymologiquement du verbe latin « mediare » : s'entremettre, partager, être au milieu.

Le site internet de l'Etat de Genève définit la médiation comme « un processus de résolution amiable d'un conflit dans lequel une tierce personne (le médiateur), sans parti pris, intervient auprès des parties pour les amener à renouer le dialogue et à rechercher elles-mêmes une solution à leur différend. La médiation peut jouer un rôle entre deux personnes lorsque la relation est dégradée et lorsque la communication ne passe plus entre elles. Les médiateurs professionnels offrent à toutes les personnes confrontées à une situation conflictuelle un lieu de communication et d'échange. Le médiateur n'est ni juge ni arbitre. »<sup>15</sup>

Les nouvelles directives de la Fédération suisse des avocats (FSA) pour la médiation, entrées en vigueur le 1er juillet 2005, ont pour leur part adopté la définition suivante : « La médiation est une procédure extrajudiciaire de résolution des litiges, dans laquelle un ou plusieurs tiers indépendants et impartiaux (médiateurs / médiatrices) aident les parties impliquées dans un conflit à le régler par elles-mêmes et de façon amiable, par la voie de la négociation. »<sup>16</sup>

Enfin selon la Conférence de La Haye de droit international privé, on peut définir la médiation comme « une procédure volontaire structurée par laquelle un "médiateur" facilite les

---

<sup>12</sup> Ibid, page 89.

<sup>13</sup> Camille PERRIER, la médiation en droit pénal suisse, Helbing Lichtenhahn 2011, page 32.

<sup>14</sup> Camille PERRIER, page 35 ; [http://www.arpegeasbl.be/site/FCK\\_STOCK/File/La\\_justice\\_restauratrice.pdf](http://www.arpegeasbl.be/site/FCK_STOCK/File/La_justice_restauratrice.pdf)

<sup>15</sup> <http://www.ge.ch/dse/justice/?rubrique=mediation>

<sup>16</sup> <http://mediation.sav-fsa.ch/Reglement.1394.0.h>

communications entre les parties à un conflit, ce qui leur permet de prendre la responsabilité de la recherche d'une solution à leur conflit ».<sup>17</sup>

Aborder, pas à pas, tous les aspects du conflit implique en médiation le choix d'un support méthodique, d'un processus, dont l'un des plus connus est celui de la « roue de FIUTAK ».<sup>18</sup> Je n'en donne ici qu'un très bref résumé, le propos de ce mémoire n'étant pas d'expliquer ce qu'est la médiation, mais de comprendre si son utilisation fait sens au Tribunal et peut être améliorée au sein de l'administration de la justice civile et pénale à Genève.

Je rappellerai donc très brièvement que le médiateur, adepte d'une méthode standardisée de médiation, comme on peut le voir par exemple chez Thomas FIUTAK, utilise un processus se divisant en quatre phases :

- **le quoi** : ce sont les explications initiales du médiateur sur le processus qu'il met en place. Ce sont également les données fournies par les parties qui révèlent leur perception des faits,
- **le pourquoi** : ce sont les besoins exprimés et non exprimés, entendus et non entendus, les valeurs, les priorités, les ressentis, les intérêts qui existent derrière les positions des parties,
- **le comment** : c'est, après un long temps de réflexion, d'écoute et de compréhension réciproque, l'aide apportée aux parties pour quitter le passé, en vue de la construction d'un avenir possible. C'est le temps de l'approfondissement des causes du conflit pour rechercher le plus grand nombre de solutions possibles répondant aux besoins et aux intérêts réciproques de chacun. Lors de cette étape, il importe de ne rien écarter et d'explorer toutes les possibilités,
- **le comment finalement** : c'est le temps de la reprise de toutes les solutions dégagées jusqu'à ce qu'une solution mutuellement satisfaisante se mette en place, débouchant ainsi sur un accord.

Ces quatre phases font appel à la rigueur du médiateur, à sa diplomatie, son impartialité, sa créativité et son intuition, mais avant tout, à des techniques très spécifiques de la communication. Le médiateur accompagne « ce qui fait problème ». Il intervient par le jeu des questions ouvertes ou fermées, par son habileté à créer du doute, c'est-à-dire à remettre en question la compréhension des faits par les parties. Par l'organisation des échanges, par la reformulation et la vérification des compréhensions, il amène les parties à sortir des malentendus, à entendre le point de vue de l'autre, à passer de la confrontation à la collaboration. Le médiateur doit également témoigner d'une grande capacité à rester calme et surtout être conscient des émotions qui circulent. Il doit sentir quand les problèmes des médiés entrent trop en résonance avec les siens.

---

<sup>17</sup> MEDIATION et CULTURE / Paris (version du 5.3.12) Comment introduire la médiation dans notre culture judiciaire ? Exposé lors de l'AG du GEMME, Groupement européen des magistrats pour la médiation, du 11 mai 2012 à Paris, « Regards croisés sur la médiation judiciaire ».

<sup>18</sup> Thomas FIUTAK, le médiateur dans l'arène, Edition Erès 2012.

Le conflit est souvent porteur de destruction. Il peut engendrer un mécanisme d'escalade illustré par l'échelle de GLASL.<sup>19</sup> Il s'agit d'un tableau expliquant que plus un conflit dégénère, plus il sera difficile de le résoudre. En ce sens, tout litige impliquant des attentes psychologiques de la part des parties et de leurs proches devrait être abordé *le plus rapidement possible* pour éviter une escalade de la violence. Car plus on tarde, plus il est difficile de résoudre un conflit.

### 3.3.1 Comment aborder un conflit dans sa globalité ?

Pour illustrer cette question, je trouve éclairante l'image de l'entonnoir, cet objet de forme conique, terminé par un tube. La justice travaille dans la petite ouverture de l'entonnoir qui permet de régler le litige en ne prenant que les faits essentiels et pertinents à la résolution juridique du cas. J'ai lu avec amusement que les commerciaux parlent de « questionnaire en entonnoir » quand ils veulent manipuler leur interlocuteur et l'amener à adopter un point de vue et une conclusion. La justice ferait-elle de même en réduisant le conflit à un litige pour trouver une issue à la procédure par la simple application de la norme ?

Si la justice se cantonne « dans le tube de l'entonnoir », la médiation, en revanche, s'appuie exclusivement sur la participation active des médiés. En remontant à la surface de l'entonnoir les parties comprennent que l'origine de leur conflit est à chercher dans toute la dimension subjective de leur propre vécu. Avec le concours du médiateur, les médiés expriment leurs demandes, leurs valeurs, leurs besoins et leurs sentiments.

Ainsi, par exemple, des conjoints confrontés à un divorce « bagarre » pourront, grâce à la médiation, déconstruire leur relation plutôt que de la détruire :

- en prenant la responsabilité de trouver leurs propres solutions, tout en respectant les besoins psychologiques de leur enfant et la loi,
- en accordant une place à tous les acteurs en cause (parents, enfants, grands-parents, famille au sens large du terme), parce que le processus de médiation permet d'élargir le cercle des intervenants,
- en donnant un espace de parole libre à leurs enfants,
- en rétablissant un lien de confiance et de communication,
- en préservant mieux le respect et la durabilité du jugement parce qu'il sera conforme aux accords négociés en médiation.

---

<sup>19</sup> <http://www.quint-essenz.ch/fr/topics/1085>

Echelle d'escalade des conflits selon Friedrich GLASL économiste autrichien, allant du « win-win (degrés 1 à 3) au « win- loose » (degrés 4 à 6) et enfin au « loose- loose » (degrés 7 à 9).

1. Durcissement: confrontation des points de vue, mais les parties en présence croient encore pouvoir trouver des solutions par le biais de la discussion
2. Débats: polarisation, formation de groupes, violences verbales
3. Actions: dichotomie entre comportement verbal et non-verbal
4. Coalitions d'images: propagation de rumeurs, recherche d'alliés à sa cause
5. Perdre la face: attaques personnelles directes et publiques, tentatives d'isolement de l'adversaire
6. Stratégies de menaces: menaces et ripostes, forte augmentation du stress
7. Attaques limitées de dénigrement: les adversaires sont déshumanisés, un petit préjudice est déjà perçu comme une victoire
8. Eclatement: destruction de facteurs vitaux pour le système, le système ennemi est désintégré
9. Déchéance mutuelle: point de non-retour, recherche de l'anéantissement de l'autre au prix de son propre anéantissement.

### 3.4 Conciliation

L'article 3 du statut de GEMME, Groupement européen des magistrats pour la médiation, section suisse ([www.gemme.ch](http://www.gemme.ch)) définit la conciliation comme «un mode informel de résolution des litiges, obligatoire ou facultatif, conduit par un conciliateur désigné - magistrat - indépendant, neutre et impartial, mode au cours du déroulement duquel il peut suggérer ou proposer une solution aux parties si elles n'y sont pas parvenues elles-mêmes ».

Il y a malheureusement souvent une confusion entre médiation et conciliation. J'entends souvent des juges évoquer le fait *qu'ils font eux-mêmes de la médiation*, dès lors que les parties trouvent avec leur aide des accords en audience. La différence essentielle entre la médiation et la conciliation est d'abord centrée sur l'objet du litige. Le juge conciliateur se concentrera uniquement sur les conclusions des parties alors que le médiateur va intégrer tous *les aspects possibles du conflit*.<sup>20</sup> Ensuite, dans la recherche d'un accord, le juge pourra se montrer directif et proposer des solutions, ce qui est contraire à l'approche et à la déontologie du médiateur qui est garant d'un processus dont le but est de donner la parole et le choix des solutions aux *seuls* médiés, sur tous les aspects du conflit qu'ils souhaitent aborder. Une conciliation n'est donc pas une médiation.

---

<sup>20</sup> La partie rétrécie de l'entonnoir pour le juge et tout le contenu de l'entonnoir pour le médiateur.

## IV. CADRE LÉGISLATIF DE LA MÉDIATION CIVILE ET PÉNALE

Les principales bases légales régissant l'activité des médiateurs sont le CC, Code civil (RS 210) art 314 al.2 CC; le CPC, Code de procédure civile (RS 272), art. 213 ss et 297 al.2 CPC ; la LOJ, loi genevoise sur l'organisation judiciaire (RS E 2 05), articles 66 à 75 ; la PPMIn, Procédure pénale des mineurs (RS 312.1), art 17 PPMIn et le RMed, règlement genevois relatif aux médiateurs pénaux et civils (RS E 2 05.06).

Le nouveau Code de procédure civile entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 a mis fin à l'application de 26 lois cantonales de procédure civile. Le droit fédéral laisse une plus grande place à différents modes de résolution des conflits. Le Message du Conseil fédéral relatif au CPC souligne à ce sujet que « le renforcement du règlement extrajudiciaire des litiges est valorisé, parce que l'action judiciaire doit être l'ultime moyen de pacifier une situation litigieuse, que le Tribunal n'est pas une société commerciale, mais une autorité dont la mission est de régler les conflits que les parties ne peuvent, au besoin avec l'aide de tiers, résoudre seules. *Le règlement amiable a donc la priorité*, non parce qu'il allège les tribunaux, mais parce qu'en général, les solutions transactionnelles sont plus durables et subséquentement plus économiques du fait qu'elles peuvent tenir compte d'éléments qu'un tribunal ne pourrait retenir ».

L'exercice de la fonction de médiateur assermenté est subordonné à une autorisation du Conseil d'Etat qui statue sur préavis d'une Commission de préavis dont les membres sont désignés par ses soins. Les articles 66 à 75 de la nouvelle LOJ, organisation judiciaire genevoise applicable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011 et le RMed, règlement genevois relatifs aux médiateurs civils et pénaux, définissent les conditions que les candidats doivent remplir pour figurer sur le tableau officiel (âge, formation, expérience professionnelle).

Je retiens pour l'essentiel de cet ensemble législatif que :

Les Tribunaux civils ne peuvent que *conseiller*, (art 214 CPC) ou *exhorter* (art 314 al.2 CC ; 297 al.2 CPC) les parties à tenter une médiation. La relation entre le juge et le médiateur est dominée par la confidentialité du processus (art 216 CPC) avec pour conséquence que le juge du TPI ou du TPAE ne connaît que rarement le nom du médiateur choisi, ne sait rien du déroulement du processus et, par un respect mal interprété de la confidentialité de la médiation, ne reçoit aucune information relative aux causes de l'échec en cas de retour de la procédure (art 166 al.1 litt. d CPC).

*A noter toutefois un arrêt intéressant du Tribunal fédéral (5A\_457/2009), reconnaissant que l'article 307 al.3 CC constitue une base légale suffisante pour ordonner une médiation lorsque l'intérêt de l'enfant le justifie, même contre la volonté des parents. Le Tribunal Fédéral reconnaît ainsi le bénéfice de la médiation, même contrainte, que le juge des affaires familiales ou le juge tutélaire peut ordonner lorsque l'enfant doit être protégé du conflit parental.*

Le Ministère public ne dispose plus de base légale dans le nouveau CPP (Code de procédure pénal) entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 pour recourir à la médiation. L'article 317 P CPP qui



prévoyait pourtant un vaste recours à la médiation a été refusé à l'issue de la phase parlementaire, au profit d'une disposition régissant la conciliation (art 316 CPP), avec classement de la procédure en cas d'accord.<sup>21</sup> Le canton de Genève a toutefois introduit par le biais de l'article 34A LACP<sup>22</sup>, loi d'application du Code pénal, la possibilité de recourir à la médiation et d'obtenir, en cas d'arrangement entre les parties, un classement du dossier, par renvoi, par analogie à l'art 316 CPP.<sup>23</sup> Des discussions sont en cours au sein du Ministère public pour soumettre certaines procédures à la médiation, soit en particulier des infractions de petite et moyenne importance entre des personnes amenées à se revoir, des conflits sur les lieux de travail et encore des événements de la vie quotidienne ayant dégénéré. Par cette initiative, on peut constater que la médiation démarre progressivement pour les prévenus majeurs.

Le Tribunal des mineurs, pour sa part, a la compétence, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007, *d'ordonner*<sup>24</sup> une médiation en se fondant sur les articles 8 et 21 al.3 DPMIn, droit pénal des mineurs, dispositions abrogées et remplacées depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, par l'entrée en vigueur de la nouvelle PPMIn, procédure pénale des mineurs. L'article 17 PPMIn donne la compétence au juge des mineurs d'engager une procédure de médiation dans les cas suivants :

- il n'y a pas lieu de prendre de mesures de protection ou l'autorité civile a déjà ordonné les mesures appropriées,
- les conditions fixées à l'article 21 al.1 DPMIn ne sont pas remplies.

L'article 5 al.1 litt b PPMIn dispose que la médiation réussie entraîne obligatoirement la renonciation à toute poursuite pénale.

A la différence du juge civil (TPI) et du juge des tutelles (TPAE), le juge pénal des mineurs peut *ordonner* une médiation, le cas échéant sans même entendre l'auteur et la victime et choisir lui-même le médiateur. Le juge pénal des mineurs reste en contact avec le médiateur pour vérifier que le processus de médiation suit son cours, notamment par souci de respecter *le principe de célérité* qui domine le droit pénal des mineurs. Il doit, en effet, y avoir un lien d'immédiateté entre l'acte commis et la réaction sociale, sans quoi le jeune auteur ne saisira pas que l'intervention judiciaire ou celle du médiateur est liée à son acte. Le temps qui s'écoule n'est pas neutre. Il favorise l'oubli et plus le jeune s'éloigne du moment où il a « fauté », plus il a l'impression de gagner en impunité.

<sup>21</sup> Birgit SAMBETH GLASNER et Florence PASTORE, la médiation en matière pénale pour les adultes à l'ère du code de procédure pénale unifié / [http://www.altenburger.ch/uploads/tx\\_altenburg](http://www.altenburger.ch/uploads/tx_altenburg)

<sup>22</sup> **Art 34A LACP**

<sup>1</sup> *En lieu et place d'une conciliation (art. 316, al. 1, phr. 1, et al. 2, CPP), le Ministère public peut inviter le prévenu et le plaignant ou le lésé à engager une médiation au sens des articles 66 et suivants de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010.*

<sup>2</sup> *L'article 316, alinéa 3, CPP s'applique par analogie.*

<sup>3</sup> *Le Ministère public peut également procéder selon l'alinéa 1 lorsqu'une exemption de peine au titre de l'absence d'intérêt à punir selon l'article 52 CP entre en ligne de compte*

<sup>23</sup> **Art. 316 CPP**

<sup>1</sup> Lorsque la procédure préliminaire porte exclusivement sur des infractions poursuivies sur plainte, le ministère public peut citer le plaignant et le prévenu à une audience dans le but d'aboutir à un arrangement à l'amiable. Si le plaignant fait défaut, la plainte est considérée comme retirée.

<sup>2</sup> Si une exemption de peine au titre de réparation selon l'art. 53 CP<sup>1</sup> entre en ligne de compte, le ministère public cite le lésé et le prévenu à une audience dans le but d'aboutir à une réparation.

<sup>3</sup> Si la conciliation aboutit, mention doit en être faite au procès-verbal signé des participants. Le ministère public classe alors la procédure.

<sup>4</sup> Si le prévenu fait défaut lors d'une audience selon l'al. 1 ou 2 ou si la tentative de conciliation n'aboutit pas, le ministère public mène l'instruction sans délai. Il peut, dans les cas dûment justifiés, astreindre le plaignant à verser dans les dix jours des sûretés pour les frais et les indemnités.

<sup>24</sup> *Il faut relativiser la notion de contrainte.* Le juge des mineurs peut *engager* lui-même le processus de médiation en ordonnant une médiation et en choisissant le médiateur, mais les parties restent libres de ne pas y adhérer. Le fait que le magistrat prenne cette initiative a toutefois un impact très fort sur le fait que les parties tentent la médiation, avec un taux de réussite très satisfaisant.

Comme on vient de le voir, la médiation peut être proposée par le juge civil (TPI/TPAE). Les deux juridictions pénales, le Ministère public pour les majeurs et le Tribunal des mineurs pour les moins de 18 ans sont à l'opposé l'un de l'autre. Le MP ouvre une petite porte à la médiation tandis que le juge des mineurs l'ordonne depuis plusieurs années déjà.

## V. ORGANISATION DE LA MÉDIATION À GENÈVE

### 5.1 Références législatives

L'exercice de la fonction de médiateur assermenté est subordonné à une autorisation du Conseil d'Etat (art 66 LOJ).

Une Commission de préavis en matière civile et pénale, composée de sept membres, à savoir le Secrétaire général du Département de la sécurité et de l'économie, deux anciens magistrats du Pouvoir judiciaire et quatre médiateurs, donne au Conseil d'Etat son préavis sur les demandes d'inscriptions, sur les radiations à effectuer, sur la conformité de l'activité des médiateurs à leur serment et aux règles de déontologie ou encore sur une éventuelle sanction disciplinaire, telle avertissement, blâme, amende, radiation (article 68 LOJ).

La Commission de préavis, renouvelée dans sa nouvelle composition en septembre 2014, examine les candidatures des médiateurs en fonction des critères posés à l'article 67 LOJ. Les nouveaux membres de la Commission sont soucieux de veiller à une meilleure qualité de la formation et de la pratique des candidats. Ils ont par conséquent renforcé leurs exigences en étant plus stricts dans l'interprétation des différentes conditions posées par la loi pour obtenir l'accréditation, au tableau des médiateurs. Faute de directives précises, l'examen des candidatures me paraît soumis à un large pouvoir d'appréciation des examinateurs.

En particulier, la Commission évalue :

- *la formation des candidats* (art 67 litt b LOJ), soit un diplôme universitaire ou une formation jugée équivalente,
- *leur expérience professionnelle* (art 67 litt c LOJ) le souci de la Commission étant de vérifier que le candidat a une expérience de la vie active,
- *les connaissances suffisantes dans le domaine d'exercice de la médiation* (art 67 litt d LOJ). La Commission ne se réfère pas à une liste nominative de formations reconnues, telles la FSM, Fédération suisse des médiateurs ou l'ASM, Association suisse des médiateurs, dont les critères d'admission posent des exigences sévères. Le seul critère imposé est de justifier de 120 heures de formation de base comprenant des analyses de conflit et des différents modes de sa résolution, une connaissance du processus de la médiation (technique et déroulement), des connaissances juridiques suffisantes dans les domaines choisis, une conscience des limites de la médiation et une compréhension de la posture du médiateur,
- *les qualifications et aptitudes particulières en matière de médiation*. Le candidat doit pouvoir démontrer une connaissance et une expérience professionnelle suffisante des domaines dans lesquels il souhaite apparaître comme médiateur spécialisé (famille, droit du bail, voisinage, succession). Enfin, la Commission a le souci de vérifier que le candidat a bien suivi des formations continues après l'obtention d'un diplôme de formation.

Le Conseil d'Etat tient à jour le tableau des médiateurs assermentés (article 74 LOJ). Cette fonction est déléguée à la Commission de préavis, mais je n'ai pas connaissance que des mises à jour soient effectuées régulièrement, la Commission se fiant à la diligence des médiateurs pour transmettre tout changement dans leur situation ou intervenant sur « dénonciation ».

## 5.2 Relations entre médiateurs et magistrats

Les médiateurs du Canton de Genève se regroupent en associations diverses, telles la Maison genevoise de médiation, la Chambre des médiateurs de Genève, l'Antenne de médiation ASTURAL, le Cabinet de médiation PR, l'Office protestant de consultations conjugales et familiales (OPCCF), Esprit d'entente et bien d'autres. Certains pratiquent individuellement sous leur sigle personnel.

A ce jour le Pouvoir judiciaire genevois et les professionnels de la médiation n'ont pas trouvé de modalités ou établi un protocole facilitant les échanges relatifs à leurs différentes attentes et leurs besoins respectifs.

Les juges du TPI soulignent qu'ils reçoivent fréquemment des « flyers » et des comptes rendus d'activités de divers médiateurs. Ils sont également souvent sollicités pour des entretiens par des associations ou des particuliers dont le but est de promouvoir leurs propres activités de médiateurs. Les contacts entre juges civils et médiateurs sont rares en raison des demandes disparates et le peu de disponibilités des magistrats concernés.

Le Tribunal des mineurs a pour sa part établi sa propre directive, s'ajoutant à celle établie par le Conseil d'Etat et avalisée par le plenum des juges le 17 octobre 2011. Celle-ci fixe le cadre et les modalités de la mise en œuvre de la médiation prévue à l'article 17 PPMIn, dans le canton de Genève. Les médiateurs qui souhaitent figurer sur ce tableau doivent être inscrits au tableau officiel du Conseil d'Etat et justifier d'une formation spécifique dans le domaine de l'accompagnement des mineurs. La relation entre le juge et le médiateur implique d'abord la transmission de la copie du dossier pénal au médiateur. Le juge impartit un délai de l'ordre de un à trois mois pour conduire la médiation en tenant compte des spécificités de la cause. Le médiateur rend compte régulièrement et par écrit de l'état d'avancement du processus. Le juge peut en tout temps s'enquérir de l'avancement de la médiation.

Des réunions entre les juges du Tribunal des mineurs et les médiateurs sont organisées une à deux fois par année pour orienter la mise en œuvre et l'évolution de la médiation pénale des mineurs.

## 5.3 Qui paie les honoraires du médiateur ?

**En matière civile** : la législation fédérale pose le principe que les honoraires du médiateur sont à charge des parties, avec toutefois des exceptions à relever :

Trois séances de médiation sont à charge du Pouvoir judiciaire lorsque les parties sont « *exhortées* » par le TPAE à tenter une médiation (art. 314 al. 2 CC et art 17 al. 2 LACCS), *cela indépendamment de la situation financière des parties.*

Par analogie, la gratuité de la médiation est possible devant le juge du Tribunal de 1<sup>er</sup> instance, en charge d'une procédure concernant le droit des enfants qui n'est pas de nature patrimoniale, mais pour autant que *les parents ne disposent pas des moyens nécessaires* et que le juge « *recommande* » le recours à la médiation (art. 218 al. 2 CPC).

**En matière pénale** : Les frais de la médiation pour les majeurs sont à charge des parties, sous réserve que celles-ci bénéficient d'une assistance juridique à cet effet. En matière de justice pénale des mineurs, les frais de la médiation sont à charge de l'Etat.<sup>25</sup>

#### Règlement sur l'assistance juridique

L'article 2 du RAJ, règlement sur l'assistance juridique (E 2 05. 04) prévoit que « l'assistance juridique est réservée aux procédures relevant des juridictions étatiques du canton. *Elle peut inclure le recours à un médiateur assermenté* au sens des articles 66 et ss. LOJ, loi sur l'organisation judiciaire. »

Cette disposition est à mettre en lien avec l'article 63 LOJ selon laquelle : « Toute personne physique domiciliée dans le Canton de Genève et susceptible d'intervenir comme partie dans une procédure, dont la fortune ou les revenus ne sont pas suffisants pour lui assurer l'aide ou les conseils d'un avocat, d'un avocat stagiaire, *ou d'un médiateur assermenté en dehors d'une procédure administrative ou judiciaire*, peut requérir l'assistance juridique. L'assistance juridique est octroyée si celle-ci est nécessaire et que le demandeur poursuit un intérêt digne de protection ».<sup>26</sup>

L'assistance juridique n'est toutefois qu'un prêt consenti par l'Etat, dont le remboursement peut être exigé dès que le bénéficiaire est en mesure de le faire. La créance du canton se prescrit par 10 ans à compter de la fin du procès (art. 123 CPC et 4 du RAJ, règlement sur l'assistance juridique, E 2 05.04).

## **5.4 Coût de la médiation**

Le tarif horaire des médiateurs est usuellement fixé en début du processus et les honoraires sont partagés par les parties, souvent selon un pourcentage correspondant à leurs ressources financières. Les coûts varient entre CHF 40.- et CHF 250.- de l'heure, selon les revenus des médiés et la pratique des médiateurs. Il n'y a pas de tarif officiel, sauf pour les médiateurs rémunérés par l'Etat. Ceux-ci soumettent leur note d'honoraires au magistrat ayant ordonné ou proposé la médiation qui en arbitre le montant, usuellement selon un tarif horaire de CHF 200.-de l'heure.

---

<sup>25</sup> Curieusement, je n'ai pas trouvé de loi d'application cantonale genevoise prévoyant la gratuité de la médiation pénale des mineurs, contrairement aux législations d'autres cantons, tels Fribourg RS 134.11 : art 38 ; Vaud RS 312.05.5 : art 14 ; Valais RS 314.2 : art 11.

<sup>26</sup> L'assistance juridique couvre ainsi les frais d'une médiation en cas de revenus insuffisants et d'intérêt digne de protection, comme le précise aussi l'article 63 LOJ. Faute de jurisprudence liée au fait que très peu de personnes recourent à cette aide financière, le greffe de l'assistance juridique estime pouvoir rémunérer cinq médiations dont le coût ne devrait pas dépasser CHF 1500.- avec renouvellement possible si les conditions le justifient. A souligner que la prise en charge des frais du médiateur n'est pas liée à l'existence d'une procédure en cours, mais il doit y avoir un lien entre la médiation et une future procédure pour laquelle les parties souhaitent trouver un accord.

## **VI. ORGANISATION JUDICIAIRE DES TRIBUNAUX**

### **6.1 Tribunal civil**

Cette juridiction, composée de 23 chambres, se divise en trois sections : le Tribunal de 1<sup>re</sup> Instance, le Tribunal des Baux et loyers et la Commission de conciliation en matière de Baux et loyers.<sup>27</sup>

Le TPI (Tribunal de 1<sup>re</sup> instance) se compose de 19 chambres, dont deux sont partagées par quatre magistrats. Les juges civils du TPI tranchent les litiges opposant les particuliers, découlant par exemple de leurs rapports contractuels, mais surtout, ils traitent des affaires du droit des personnes et de la famille (divorce, mesures protectrices de l'union conjugale, actions alimentaires, succession).

### **6.2 Tribunal de la protection de l'adulte et de l'enfance**

Le TPAE (Tribunal de la protection de l'adulte et de l'enfance), composé de sept magistrats, est appelé à instruire de façon collégiale les situations d'adultes qui présentent un besoin de protection. Il est également l'autorité compétente en matière de mesures de protection des enfants, lorsque les parents ne sont pas adéquats dans les soins et l'éducation de leur enfant.

Trois juges sont en charge des dossiers relatifs aux mineurs pour ordonner toutes les mesures de protection en faveur des enfants (curatelle d'assistance éducative, de surveillance des droits de visite, de représentation des mineurs en cas de conflit d'intérêt).

### **6.3 Ministère public**

Le MP (Ministère public), regroupant le Procureur général, quatre premiers procureurs et 39 procureurs, est responsable de l'exercice uniforme de l'action publique. A cette fin, le Procureur général définit la politique présidant à la poursuite des infractions. Le Ministère public reçoit les plaintes et les dénonciations d'infractions pénales. Il est chargé de conduire la procédure préliminaire (instruction), puis de soutenir l'accusation lors du procès.<sup>28</sup>

### **6.4 Tribunal des mineurs**

Le TMin (Tribunal des mineurs) est composé de 7 juges de carrière (dont 2 à demi-charge), 6 juges suppléants et de 12 juges assesseurs (6 médecins et 6 spécialistes de l'éducation). Sa fonction est de poursuivre et juger les infractions commises par les mineurs âgés de 10 à 18 ans au moment de l'acte. Le juge des mineurs est également autorité d'exécution des peines et mesures prononcées, ces dernières pouvant durer jusqu'à l'âge de 22 ans. La justice pénale des mineurs, essentiellement centrée sur l'auteur, privilégie les mesures d'encadrement et de protection, (mesure d'assistance personnelle, traitement ambulatoire, placement en foyer ouvert ou fermé), en vue de la prévention et de la réinsertion sociale du jeune délinquant.

---

<sup>27</sup> Mon mémoire portant sur la médiation pénale et civile, je n'ai pas ciblé les juges du Tribunal des Baux et Loyers et de la Commission de conciliation en matière de Baux et Loyers (CCBL).

<sup>28</sup> Définition du site de l'Etat de Genève : <http://ge.ch/justice/ministere-public>

## VII. ENQUÊTE AUPRÈS DES JUGES GENEVOIS

### 7.1 Quelques faits édifiants et surprenants

1. Le 2 avril 2014, le député Frédéric HOHL adresse une question écrite au Grand Conseil de Genève pour s'étonner du fait que le Pouvoir judiciaire dispose depuis dix ans d'une législation favorable à la médiation et que très peu de magistrats recourent à ce mode de règlement amiable des conflits. Il regrette le peu d'enthousiasme des magistrats à promouvoir la médiation, suppose que ceux-ci n'ont pas suivi de formation dans ce domaine et relève que la médiation permettrait à l'Etat de Genève l'économie de 2 ou 3 postes de juges.<sup>29</sup>

2. Les juges du TPI (Tribunal de I<sup>re</sup> Instance) et du TPAE (Tribunal pour la protection de l'adulte et de l'enfant) ne peuvent que *conseiller* (art 214 al.1 CPC) ou *exhorter* (art. 297 al. 2 CPC) les parties à tenter une médiation. Je peux pour ma part évaluer très approximativement que les magistrats du TPI et du TPAE ont proposé à la médiation autant de procédures que les juges du TMin (Tribunal des mineurs), soit environ 8 procédures par année et par juge. Pour les juges civils, à peine un tiers de leurs propositions ont été suivies par les plaideurs et sur ce tiers, *le taux d'échec* des médiations tentées a été de l'ordre de 80%. Au contraire, la presque totalité des procédures pénales des mineurs ont été médiées, avec un taux de réussite de l'ordre de 80%.

3. Le juge pénal des mineurs a le pouvoir *d'ordonner* la médiation, ce qu'il fait très souvent en se basant uniquement sur le rapport de police, sans même entendre le jeune auteur et le plaignant. Le juge des mineurs *choisit* lui-même le médiateur en fonction de sa propre appréciation des compétences de celui-ci. Le nombre de médiations ordonnées par les juges des mineurs est, comme indiqué, dans des proportions identiques à celui que les juges civils proposent, c'est-à-dire environ 8 procédures par juge. Les refus d'aller en médiation sont très rares, vu *l'injonction* du juge donnée généralement dès l'ouverture de la procédure. Le *taux de réussite* des médiations pénales approche les 80% selon les dernières statistiques, données pour les années 2011 à 2014.<sup>30</sup>

4. Le juge civil n'a aucune idée de la suite qui sera donnée à sa proposition de médiation. Il n'établit aucun contact avec le médiateur et ne lui transmet aucune information relative à sa procédure. Le juge ne connaît que très rarement le médiateur. Il obtient des renseignements sur le suivi du processus selon le bon vouloir des parties. Les avocats me paraissent peu consultés par les médiateurs, comme ils le devraient, afin de conseiller leurs clients et comprendre avec eux le processus de médiation.

5. Il arrive fréquemment que le juge civil *exhorte* les parties à tenter une médiation pour certains aspects du conflit (garde des enfants, autorité parentale conjointe, modalités du droit de visite), mais qu'il garde à juger les questions financières (pensions alimentaires, partage des

<sup>29</sup> <http://www.ge.ch/grandconseil/data/texte/Q03735.pdf>

<sup>30</sup> Statistiques données par le greffe du Tribunal des mineurs pour la période de 2011 à 2014 :

- Moyenne des procédures envoyées en médiation de 2011 à 2014 : 49
- Médiations abouties 38
- Médiations ayant échoué 11
- Taux de réussite 77 %
- Durée moyenne d'une médiation environ 3 mois
- Coût par médiation : en moyenne sur les 20 dernières factures : CHF 1600.-

avoirs LPP, liquidation du régime matrimonial), ce qui a pour conséquence qu'une *vraie* médiation n'est pas possible : celle-ci n'a de sens que si la totalité de la problématique peut être réexaminée. Lors d'une médiation, les parties au conflit doivent en effet aborder tous les aspects de leurs conflits souvent indissociables les uns des autres, en vue de s'exprimer avec de nouvelles perspectives. En aucun cas, la médiation ne devrait être comprise comme un « *outil* » servant à terminer le travail du juge. Faute de tout pouvoir remettre à plat, le médiateur a peu de moyens pour réussir sa médiation.

6. Le taux de conciliation des affaires civiles ordinaires a progressé de façon spectaculaire depuis l'entrée en vigueur du nouveau CPC au 1<sup>er</sup> janvier 2011, avec l'instauration de 4 demi-chambres de conciliation uniquement affectées à la conciliation. Selon les dernières statistiques du Pouvoir judiciaire, les chambres de conciliation ont concilié en 2014, 675 affaires sur 1956 procédures, soit un taux de réussite de 34%. A relever que la durée moyenne du traitement des procédures en conciliation est de 99 jours, avec une à trois audiences pour le magistrat conciliateur.

7. Les procédures familiales font l'objet d'une tentative de conciliation directement devant le juge du fond.<sup>31</sup> En 2014, les juges ont traité environ 1300 procédures de divorce, dont environ 70% sur requête commune, et environ 30% sur requêtes unilatérale ou avec accord partiel.

8. Les juges traitent en moyenne 800 requêtes de MPUC, mesures protectrices de l'union conjugale. Il n'y a pas de statistiques relatives aux procédures de MPUC conciliées. Les magistrats interrogés évaluent toutefois leur taux de conciliation à 30%.<sup>32</sup>

Comme on peut le constater, les magistrats des juridictions civiles restent très à l'écart du processus de médiation, contrairement à leurs collègues, juges des mineurs, qui engagent d'autorité une médiation. Les juges civils proposent néanmoins des médiations mais sont confrontés au refus des parties et de leurs conseils et à un taux d'échec important, au contraire de l'expérience très positive des juges du Tribunal des mineurs. Le juge du TPI fait en revanche une expérience très positive des audiences de conciliation.

En analysant ces observations, on est en droit de se demander si la question du député Frédéric HOHL soumise au Conseil d'Etat repose sur des fondements corrects.

## **7.2 Causes et conséquences de ces faits**

### 7.2.1 Enquêtes sur les liens entre le Pouvoir judiciaire et les médiateurs

Pour mieux cerner les obstacles entravant le recours à la médiation dans le domaine de la justice familiale et du droit pénal des mineurs, j'ai soumis un questionnaire adapté à la charge civile ou pénale des magistrats.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> On parle du « juge du fond » pour désigner le magistrat compétent pour décider des droits des parties, relativement à l'objet du litige.

<sup>32</sup> <http://ge.ch/justice/comptes-rendus-de-lactivite> : compte rendu de l'activité du pouvoir judiciaire en 2014.

<sup>33</sup> Par souci de confidentialité, les résultats et statistiques tirés de cette enquête ne peuvent être consultés que sur demande.



C'est ainsi que j'ai rencontré :

- les trois-quarts des juges du Tribunal de I<sup>re</sup> Instance (TPI), soit la section du Tribunal civil essentiellement en charge des procédures familiales,
- les trois juges du Tribunal de la protection de l'enfance et de l'adulte (TPAE) en charge de la protection des mineurs,
- les sept magistrats du Tribunal des mineurs.

Mon questionnaire aux magistrats a porté essentiellement sur :

- leur connaissance du processus de médiation,
- leur recours à la médiation (critères et proportions),
- leurs expériences à propos de la médiation.

J'ai distingué les juridictions civiles, le TPI (Tribunal de I<sup>re</sup> Instance) et le TPAE, (Tribunal de la protection de l'adulte et de l'enfant) *qui n'ont pas le pouvoir d'ordonner une médiation*, du TMin (Tribunal des mineurs), *qui a la compétence*, à tous les stades de la procédure, d'envoyer les parties en médiation et de choisir le médiateur. En d'autres termes, il est important de retenir que le juge pénal des mineurs peut choisir un médiateur et « contraindre »<sup>34</sup> l'auteur et la victime à tenter une médiation. Le juge civil et le juge des tutelles ne peuvent que « conseiller » ou « exhorter » les parties à tenter une médiation.

## 7.2.2 Juridictions civiles : TPI et TPAE

### **A. Connaissance du processus de médiation des juges civils.**

Dans leur très grande majorité, les juges civils du TPI et TPAE ont suivi des formations ou des sensibilisations à la médiation, que ce soit dans le cadre de cours donnés par le Pouvoir judiciaire (NeMeCo, négociation, médiation, conciliation), ou une formation délivrée par l'Université de Neuchâtel, dans le cadre du CAS en Magistrature<sup>35</sup> ou des journées CEDIDAC<sup>36</sup> sur la médiation à Lausanne. En conséquence, les juges civils connaissent assez bien la différence entre la conciliation et la médiation.

#### Qu'est-ce qu'une médiation réussie ?

Selon la littérature (FIUTAK, SALZER, FISCHER, URY, PATTON), une médiation est réussie lorsqu'elle débouche sur un accord entre les parties. Les médiateurs s'accordent toutefois à reconnaître que la reprise du dialogue entre les parties au conflit représente déjà « un pas en avant », vers un arrangement possible.

Les magistrats, à juste titre et dans la définition qu'ils donnent d'une médiation *réussie*, ont majoritairement répondu que les parties avaient nécessairement trouvé un *arrangement* mettant fin à leur litige par le dépôt de conclusions d'accord ou le retrait de la demande. Pour le juge

<sup>34</sup> Sur la notion de contrainte, voir note 24.

<sup>35</sup> Le Certificat d'études approfondies en magistrature (CAS en magistrature), mis en place par l'Académie suisse de la magistrature, est un titre académique postgrade conforme au système de Bologne et équivalent à 12 crédits ECTS. Il est délivré par l'ensemble des Facultés de droit des Universités suisses et par la Fondation pour la formation continue des juges suisses. <https://www2.unine.ch/magistrature/page-8731.html>

<sup>36</sup> Centre du droit de l'Entreprise (CEDIDAC), Faculté de Droit, des Sciences criminelles et de l'Administration publique, Université de Lausanne.

civil, l'accord se traduira par l'homologation d'une convention (art. 217 CPC) ou par le retrait de la demande. Pour le juge pénal des mineurs, l'accord en médiation impliquera le classement de la procédure (art 17 al.2 PPMIn).

## **B. Recours à la médiation**

A une ou deux exceptions près, tous les juges civils et les juges tutélaires interrogés ont proposé aux parties de tenter des médiations. Leur motivation à proposer une médiation était pour l'essentiel en lien avec la *nature du litige* et/ou leur *connaissance du processus de la médiation*.

Ce premier constat dément ainsi formellement l'idée que les juges civils ne trouvent pas d'intérêt à la médiation ou y sont opposés.

### 1) Critères pour proposer la médiation

Les juges retiennent, comme critères prioritaires pour proposer une médiation, les litiges concernant les liens familiaux (divorce, demandes de contribution d'entretien, actions successorales), mais également les affaires commerciales et les litiges de voisinage.

Je pensais que les critères suivants pourraient faire obstacle à une médiation :

- le fait d'avoir tenté sans succès une conciliation,
- des relations très tendues et agressives entre les parties,
- une trop grande complexité du dossier,
- le souci de ne pas perdre la maîtrise de la procédure.

A ma grande surprise, je me suis trompée sur ces points, puisque seule une minorité des juges considère les critères susmentionnés comme excluant la médiation. *La majorité en revanche pense qu'il n'y a en principe aucune procédure qui fasse obstacle à la médiation.*

Certains juges privilégient une approche plus intuitive des cas pouvant être médiés sans que la nature du litige ne soit déterminante. Par leur expérience judiciaire, les juges évaluent en audience les procédures dans lesquelles les aspects financiers ne leur paraissent pas seuls en cause. J'observe ainsi que dès que le magistrat sort du cadre strict de la demande déposée en justice pour s'ouvrir à une approche plus systémique du conflit, telle que le propose la médiation, les perspectives d'arrangement du contentieux par une médiation s'élargissent à presque toutes les procédures.

### 2) Critères des juges pour ne pas proposer le recours à la médiation

Pour la grande majorité des juges, il est inutile d'envoyer en médiation des dossiers pour lesquels la solution juridique paraît évidente ou encore lorsque les parties veulent absolument que la justice tranche en leur faveur.

Malheureusement, nombreux sont encore les juges qui considèrent que l'absence de relation entre les parties est une raison pour renoncer à la médiation.

Quelques magistrats ont insisté sur les rapports trop déséquilibrés entre les parties et craignent que le plus faible ne perde la protection de ses droits. Une meilleure connaissance des

techniques de la médiation leur permettrait de comprendre que la médiation rétablit justement un équilibre. Ajoutons à cela que les avocats travaillent avec le médiateur.

Selon la vision de la plupart des juges, le coût des procédures est principalement induit par les honoraires des avocats, bien plus que les émoluments de justice.<sup>37</sup> Pour cette raison les plaideurs, une fois la procédure introduite en justice, résistent souvent à toute proposition de médiation impliquant des dépenses supplémentaires, ce qui est regrettable.

En conséquence et malgré une littérature abondante soulignant que l'intervention d'un médiateur est un gain de temps et d'argent pour les plaideurs, les juges constatent au contraire que les arguments du rendement économique et de la rapidité du processus de médiation ne paraissent pas crédibles pour les parties, lorsque celles-ci sont déjà devant les tribunaux, car elles n'ont pas davantage une bonne compréhension du processus de médiation.

### 3) Critères procéduraux

Je voudrais répéter ici que le juge civil n'intervient absolument pas dans la mise en place d'une médiation proposée. Il n'a pas d'autres outils que de *suggérer* aux parties de chercher un accord avec le concours d'un médiateur. Il n'intervient pas dans le choix du médiateur, ne lui transmet pas les pièces essentielles de la procédure et ne reçoit par la suite aucune information du processus mis en place, ce qui est très regrettable.

Il y a trois possibilités de retour du dossier, après une proposition de médiation :

- le dossier revient parce que les parties ont renoncé à tenter une médiation,
- le dossier revient parce que la médiation a échoué,
- le dossier revient avec un accord trouvé dont le juge doit vérifier la légalité pour ratification.

Le juge ignore tout du déroulement de la médiation. En particulier il n'a aucune information sur les causes d'un éventuel échec de la médiation. Plusieurs magistrats ont relevé à ce sujet que certains médiateurs manquaient de connaissances juridiques en droit de la famille et ne sollicitaient pas le concours d'un avocat pour vérifier la conformité légale des accords trouvés.<sup>38</sup> Il en résulte que ce sont les juges qui doivent alors corriger les accords et se heurtent à l'incompréhension des parties. A noter toutefois que les juges ont observé ces deux dernières années que les conventions soumises étaient mieux rédigées et plus conformes aux exigences du droit du divorce.

La durée des médiations proposées par les juges civils est également un critère qui ne favorise pas le recours à la médiation. Selon l'expérience des magistrats, les délais observés sont malheureusement de 3 à 6 mois et parfois même 8 mois, contrairement aux médiations

---

<sup>37</sup> Corinne NERFIN, la lettre du Conseil, Ordre des avocats, n° 46, juin 2007, page 3 [http://www.odage.ch/document\\_download.php?id=45](http://www.odage.ch/document_download.php?id=45): Selon la COMTAX, Commission de taxation des honoraires d'avocat, un taux horaire de base de CHF 400.- à 450.- est admis, sous réserve du temps consacré à l'affaire, la complexité du dossier, la responsabilité assumée, le résultat obtenu et la situation du client, soit autant de critères pouvant justifier une hausse ou baisse du tarif horaire.

Les honoraires d'avocats en Suisse : [http://www.fbe.org/IMG/doc/Jean\\_Heim-honoraires\\_en\\_suisse.doc](http://www.fbe.org/IMG/doc/Jean_Heim-honoraires_en_suisse.doc)

<sup>38</sup> A titre d'exemple d'accords non homologables: une convention demandant la ratification de pensions alimentaires déterminées par un pourcentage du revenu du père ; une clause prévoyant que les habits de l'enfant seraient rendus nettoyés ; une convention d'accord signée par le seul médiateur ; une clause prévoyant une pénalité de X francs par heure pour le père en cas de retard pour ramener l'enfant.

habituelles qui se limitent à environ trois mois.<sup>39</sup> Pour cette raison, les parties qui acceptent une médiation sur proposition du juge s'opposent fréquemment à ce que l'instruction de la procédure soit suspendue, comme le prévoit l'art 214 alinéa 3 CPC. Pour répondre à ce souci de célérité, la tendance majoritaire des juges qui encouragent la médiation est de convoquer à 3 mois une nouvelle audience en vue de rassurer les parties sur le fait que l'instruction de la demande sera rapidement reprise en cas d'échec de la médiation.

### C. Expérience de la médiation

Les magistrats ont tous relevé le *taux d'échec très important (environ 80%)* des quelques rares affaires médiées. Malgré ce bilan très négatif, il est étonnant qu'ils persistent encore à proposer de nouvelles médiations. La plupart des juges interrogés ont toutefois manifesté leur étonnement face à ce taux d'échec et leur découragement à proposer de nouvelles affaires.

Les raisons de ce bilan négatif seront analysées au chapitre VIII.

Il n'existe pas de statistiques en matière de médiation au sein du Pouvoir judiciaire, à l'exception de celles tenues par le Tribunal des mineurs.<sup>40</sup>

Selon les estimations du Pouvoir judiciaire relatives au Tribunal de I<sup>er</sup> Instance, une dizaine d'affaires seulement serait partie en médiation courant 2013, sur proposition des juges. Seules deux d'entre elles ont abouti à un accord.<sup>41</sup>

Les réponses, certes très approximatives des juges à la question d'évaluer le nombre de dossiers qu'ils ont proposés à la médiation, me permettent de retenir, sur une note plus optimiste, que les 19 juges du TPI ont suggéré, en moyenne chacun, 6 à 8 procédures pour une médiation. Ce chiffre tient compte d'une grande disparité entre les magistrats. C'est ainsi qu'environ 120 à 150 dossiers, principalement en droit de la famille ont été proposés à la médiation par les juges ces dernières années, dont un tiers à peine a été suivi par les parties. Sur ce tiers d'affaires médiées, les résultats positifs seraient de l'ordre de 20%, soit le même pourcentage que celui relevé par le Pouvoir judiciaire en 2013.

J'en conclus que les magistrats ne sont pas réfractaires à la médiation, mais qu'ils pourraient mieux en connaître le contenu et le déroulement pour sensibiliser davantage les parties et leurs conseils à la particularité et au bénéfice de ce mode alternatif de résolution des conflits. De nombreux juges trouvent injuste que l'on pense qu'ils n'ont pas été sensibilisés à la médiation et qu'ils refusent d'y recourir. En ce sens, l'interpellation du député Frédéric HOHL au Conseil d'Etat, (Q 3735 A) a suscité des réactions d'étonnement, pour ne pas dire de vive indignation que je peux partager. La tendance de nombreux juges va d'ailleurs dans le sens d'encourager la médiation en intervenant davantage auprès des plaideurs. Ils réalisent également le besoin de

<sup>39</sup> Voir Birgit SAMBETH GLASNER, Plaidoyer, novembre 2011: « En moyenne, une médiation nécessite trois à cinq séances de trois heures et il n'y a pas besoin de consacrer du temps pour des écritures »: <https://www.plaidoyer.ch/article/d/lavocat-peut-devenir-un-coach-de-mediation> ; Vincent TILMAN, enquête de « médiation », juin 2012, auprès de médiateurs belges indiquant qu'une médiation familiale dure en moyenne 5 sessions de 1h20 à 2h : <http://www.justice-en-ligne.be/article487.html> ; CIMA, centre de médiation et d'arbitrage à caractère interprofessionnel fondé en 2004 par l'ordre des avocats du Barreau de Lyon indiquant qu'en règle générale, une médiation dure de un à trois mois et nécessite de 3 à 6 entretiens avec un médiateur. Idéalement, le médiateur arrive à un accord entre les protagonistes après avoir rencontré les deux parties séparément puis ensemble. <http://www.cima-mediation.com/p-faq.php>.

<sup>40</sup> Voir note 29.

<sup>41</sup> Q 3735 A Réponse du Conseil d'Etat à la question écrite de M. Frédéric HOHL ; Médiation judiciaire en matière civile : un état des lieux nécessaire, date du dépôt juin 2014.

perfectionner leurs connaissances et leur compréhension de la médiation pour mieux motiver leurs propositions.

C'est en éclairant le contenu de la médiation auprès de tous les acteurs concernés qu'un véritable choix de médiation pourra se faire, en toute connaissance de cause. Ceci est valable pour le juge, le médiateur, l'avocat et les parties.

### 7.2.3 Juridiction pénale des mineurs : TMin

#### **A. Connaissance du processus de médiation**

Tous les juges du Tribunal des mineurs ont suivi une ou plusieurs formations leur donnant une idée du processus de médiation. Grâce à celles-ci, ils peuvent différencier *conciliation* et *médiation*. Pour les juges, une médiation *réussie* implique pour le jeune auteur une prise de conscience de l'infraction commise, une perception des lésions physiques et/ou psychologiques subies par la victime et la négociation d'une forme de réparation. Il leur paraît également essentiel que la victime soit entendue dans sa souffrance et puisse tourner ensuite la page, sans crainte de représailles. Pour la victime, le fait de se confronter à l'auteur, de pouvoir mesurer la sincérité de ses regrets et ne plus craindre de représailles se révèle très bénéfique. Sa peur s'apaise pendant le processus de médiation. Comme l'a souligné de façon très pertinente un magistrat : « Savoir se parler permet ensuite de pouvoir s'ignorer courtoisement. »

Autre aspect important pour les juges des mineurs : ils attendent aussi qu'auteur et victime trouve un accord permettant le classement de la procédure (art 17 al.2 PPMIn), sans quoi ils ne considèrent pas la médiation comme étant réussie.

#### **B. Recours à la médiation**

Le juge pénal des mineurs engage en moyenne 8 médiations par année, mais il y a entre les magistrats des disparités marquées. Le taux d'affaires référées par les juges des mineurs est similaire au taux des juges civils (TPI et TP AE), selon les estimations résultant de mon enquête.<sup>42</sup> Mais la grande différence provient du fait que lorsqu'un juge civil propose une médiation, à peine un tiers des parties l'accepte, alors que l'injonction du juge pénal des mineurs est suivie d'effet dans presque tous les cas, avec un taux de réussite très favorable d'environ 80%.

Les raisons en sont que :

- le juge pénal a le pouvoir *d'engager* la médiation et de *choisir* le médiateur selon ses compétences,
- il délègue le plus souvent le dossier au médiateur en début de procédure, sans même avoir entendu l'auteur, la victime et les avocats,
- le médiateur prend connaissance de toute la procédure envoyée par le juge,

---

<sup>42</sup> Cf. note 29.

- le juge est tenu informé du suivi de la médiation pour ce qui concerne la participation des médiés, l'évolution du processus et les motifs de retard,<sup>43</sup>
- la médiation est gratuite (payée par l'Etat),
- le Tribunal a établi des directives régissant ses liens avec les médiateurs formés au droit pénal des mineurs. Une rencontre entre les juges et les médiateurs s'organise au moins une fois par année.

Au contraire, le juge civil ne peut que suggérer la médiation, à un stade déjà avancé du contentieux. La médiation est à charge des parties et le juge ne reçoit aucune information sur le déroulement du processus.

### Critères retenus

D'une façon générale, les juges pénaux ne mentionnent pas de catégorie de délits plus appropriés que d'autres à la médiation. La gravité de l'infraction n'est pas un motif pour renoncer à référer en médiation l'auteur présumé et la victime. En particulier, il est intéressant de noter que les juges recourent à la médiation pour des crimes d'abus sexuels et de viols. Ces procédures sont souvent caractérisées par le fait qu'il sera difficile d'établir si le jeune auteur a eu la conscience et la volonté de commettre un délit sexuel. Quant à la victime, souvent tout aussi jeune, la définition de la violence sexuelle est perçue très différemment, en fonction d'une autre réalité que celle de son « agresseur ». Le manque de preuves pourrait alors justifier une « non entrée en matière » (art. 3 PPMIn et 310 CPP) ou un classement de la procédure (art. 319 CPP).

En ce sens, l'application des normes juridiques, en particulier la présomption d'innocence, pourrait apporter une réponse catastrophique aux différents protagonistes. Le jeune auteur présumé comprendrait que la justice est basée sur l'opposition des parties, impliquant pour lui une attitude de fuite et un refus de responsabilisation. Pour la victime, le risque serait de nier son besoin d'être informée, d'être considérée et d'obtenir la réparation de ses blessures psychologiques et enfin, la possibilité de se questionner également sur son éventuelle attitude de provocation.

---

<sup>43</sup> **Article 7 : Transmission du dossier (selon les directives du TMin, avalisée par le plenum le 17 octobre 2011)**

1. Le processus de médiation commence formellement par la transmission de la copie du dossier pénal au Médiateur. Le dossier sera retourné à la Juridiction à la fin de la médiation, quelle qu'en soit l'issue.
2. Le Juge impartit au médiateur un délai raisonnable, de un à trois mois, pour conduire la médiation, en tenant compte des spécificités de la cause, en particulier de la nature de l'infraction et de la situation personnelle des participants. Ce délai peut être prorogé sur demande motivée du médiateur au Juge.
3. Durant tout le processus, le Juge reste maître de l'action pénale. Il peut en tout temps s'enquérir de l'état d'avancement de la médiation.

Pour ces motifs, les magistrats du Tribunal des mineurs n'hésitent pas à recourir à la médiation dans ces procédures, malgré la gravité objective des infractions supposées.<sup>44, 45</sup>

### C. Expérience de la médiation au Tribunal des mineurs

Le Tribunal des mineurs bénéficie d'une législation qui permet au juge « *d'engager* » la médiation (art. 17 PPMin), sans l'accord des parties, dès l'ouverture de la procédure pénale et à tous les stades.<sup>46</sup> Cette possibilité d'ordonner une médiation permet au magistrat d'évaluer, selon son appréciation du dossier, si une médiation favorisera la prise de conscience de l'auteur de ses infractions et la réparation du dommage. Quant aux parties, elles sont libres de refuser la médiation, mais l'injonction du juge est en générale suffisante pour les persuader de rencontrer le médiateur désigné.<sup>47</sup>

Le droit *d'ordonner* une médiation est ressenti de façon très positive par les juges des mineurs. Le bénéfice prioritaire de l'injonction de la médiation est en effet de favoriser une première rencontre du jeune auteur et de la partie plaignante avec un médiateur. Dès réception du mandat le médiateur convoque les parties. Il doit ensuite se montrer suffisamment convaincant pour que le processus de médiation se mette en place. Le taux de réussite des médiations particulièrement remarquable (environ 80%) s'explique en grande partie par le fait que le juge des mineurs peut non seulement *engager* la médiation mais encore *choisir* le médiateur, selon ses compétences. Au fil des années, les juges ont trouvé que certains médiateurs étaient plus performants que d'autres pour convaincre les parties d'entrer en médiation et la réussir.

J'ai pu constater que les magistrats sont sensibilisés par les *solutions créatives* qui ressortent de l'interaction entre les parties en cours de médiation. Grâce à la médiation, les mineurs trouvent des arrangements bénéfiques pour eux-mêmes, les plaignants et parfois même pour la collectivité. On peut prendre comme exemple le cas d'une violente altercation entre un jeune auteur et un habitant d'une commune suite à des tapages nocturne. Sous la houlette du médiateur, auteur et plaignant ont interpellé ensemble le maire qui avait déjà reçu d'autres plaintes du voisinage pour excès de bruit. Grâce à la médiation ordonnée par le juge des mineurs, le maire a discuté avec les médiés et a ensuite mis à disposition un local pour les loisirs des jeunes. La médiation a ainsi mis un terme au conflit et a favorisé une solution pour le confort de tous les habitants du quartier.

Cette approche du conflit a ainsi ouvert d'autres perspectives que la résolution du seul litige et a permis de créer du lien entre les habitants.

---

<sup>44</sup> [https://depot.erudit.org/bitstream/003051dd/1/CRC\\_2005\\_N41.pdf](https://depot.erudit.org/bitstream/003051dd/1/CRC_2005_N41.pdf), Pour plus d'informations, voir notamment la médiation et les victimes d'actes criminels, publication aout 2005, dans les Cahiers de recherches criminologiques n°41, Centre international de criminologie comparée, (CICC), Université de Montréal.

<sup>45</sup> Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2015, FF 2006 page 1251 : « A relever que contrairement au « *plea-bargaining* » connu dans les législations anglo-saxonnes, ni la conciliation, ni la médiation ne présupposent l'admission par le prévenu de sa culpabilité au sens pénal du terme. Les négociations portent ici uniquement sur la meilleure manière de sortir du conflit. »

<sup>46</sup> RS 312.1. Procédure pénale des mineurs (PPMin)

**Art. 17 Médiation :**

<sup>1</sup> L'autorité d'instruction et les tribunaux peuvent en tout temps suspendre la procédure et charger une organisation ou une personne compétente dans le domaine de la médiation d'engager une procédure de médiation dans les cas suivants:

- a. il n'y a pas lieu de prendre de mesures de protection ou l'autorité civile a déjà ordonné les mesures appropriées;
- b. les conditions fixées à l'art. 21, al. 1, DPMIn<sup>1</sup> ne sont pas remplies.

<sup>2</sup> Si la médiation aboutit à un accord, la procédure est classée.

<sup>47</sup> Voir à ce sujet note 24.

### La médiation est-elle trop clémente pour l'auteur ?

Pour répondre à l'idée trop répandue que la médiation permet à l'auteur d'échapper au verdict et à la sanction, les juges observent que suivre un processus de médiation implique pour le mineur un lourd investissement en temps et en efforts psychologiques. Les adolescents ont de la peine à entamer un travail introspectif sur les motifs de leurs actes. Ils acceptent difficilement l'entièreté de leur responsabilité et ressentent de la peur et de la honte à se confronter à leur victime et à ses parents. La reconnaissance des conséquences de leur comportement souligne le rôle éducatif que peut avoir la médiation : « Le fait d'entrer dans une logique de dialogue avec sa victime entraîne une meilleure prise de conscience des actes commis et de leurs conséquences, et ainsi une meilleure acceptation de la nécessité d'une réparation. Les bénéfices de cette prise de conscience précoce sont également visibles en termes de prévention de la violence, les mineurs ayant bénéficié d'une médiation ont comparativement moins tendance à commettre à nouveau une infraction de même nature ».<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> [https://www.fr.ch/ww/fr/pub/functions/toutes\\_les\\_actualites.cfm?fuseaction\\_pre=Detail&NewsID=49727](https://www.fr.ch/ww/fr/pub/functions/toutes_les_actualites.cfm?fuseaction_pre=Detail&NewsID=49727) : site officiel de l'Etat de Fribourg : Bureau de la médiation pénale pour mineurs (BMPM) qui a vu défilé en dix années d'existence 900 affaires dont 75% ont abouti à un accord.



## VIII. OBSTACLES MAJEURS À LA MÉDIATION

Le rôle d'une chambre du Tribunal de 1<sup>re</sup> Instance comporte en moyenne 150 procédures, dont 70% d'affaires familiales (divorces, mesures protectrices de l'union conjugale, actions alimentaires).<sup>49</sup> Les 3 juges du TPAE traitent en moyenne 3300 dossiers, dont 2470 relatifs aux mesures de protection des mineurs.<sup>50</sup> On peut ainsi constater que les propositions ou les exhortations des juges civils et tutélaires à recourir à la médiation (en moyenne 6 à 8 par année) sont très faibles. Elles sont peu suivies par les parties et les résultats des médiations tentées sont souvent très décevants (80% environ selon les réponses à mon enquête).

Quant au Tribunal des Mineurs, il est très difficile d'évaluer le nombre exact des dossiers traités. Une procédure peut en effet rester au rôle du juge pénal des années, en raison de la récidive possible du jeune auteur. D'autre part, le prononcé des mesures de protection (assistance éducative, traitement ambulatoire, placement en foyer), que le juge des mineurs peut maintenir jusqu'à l'âge de 22 ans, ne permet pas la clôture du dossier aussi longtemps que la mesure n'est pas levée. J'ai relevé que la moyenne des procédures envoyées en médiation est également de l'ordre de 8 par année et par juge. Ces médiations ordonnées sont presque toutes traitées par un médiateur désigné par le juge, contrairement aux médiations suggérées par les juges civils. Les médiations ordonnées obtiennent un taux de réussite très encourageant de 80%. De ce fait, les juges des mineurs sont davantage séduits et motivés par la médiation que leurs collègues du TPI et TPAE.

### 8.1 Résistance des avocats

L'opposition des avocats au renvoi d'un dossier en médiation joue un rôle important et même déterminant dans le fait que nombre de magistrats civils et tutélaires ne proposent pas le recours à la médiation ou que leur proposition est refusée par les parties. Presque tous les juges ont souligné ce point. « Ce n'est pas la nature du litige, mais la personnalité de l'avocat qui dicte le choix de renoncer à la médiation », précise un juge de longue expérience.

Les avocats ne sont malheureusement pas formés à la médiation, pour laquelle ils témoignent peu d'intérêt. De ce fait, ils ne comprennent pas les enjeux qui pourraient leur être favorables. Enfin, une activité concurrentielle à la leur provoque trop souvent chez eux un réflexe de défense contre la médiation.

J'ai ainsi entendu presque tous les magistrats civils répondre que ce n'est pas la nature du litige ou leur manque d'intérêt pour la médiation qui freine leur envie de proposer un règlement amiable du conflit aux parties, mais essentiellement l'opposition très marquée des avocats qui déconseillent à leurs clients toute tentative de médiation, une fois la procédure engagée.

Les juges du Tribunal des mineurs font le même constat face à l'opposition des avocats : « On lui retire son dossier et son gagne-pain et même le punch de l'attaque », commente un juge.

A quoi s'ajoute que le défenseur du plaignant craint que l'auteur de l'infraction s'en tire à trop bon compte et que son client victime ne soit pas suffisamment protégé. Le juge pénal des

---

<sup>49</sup> Compte rendu de l'activité du pouvoir judiciaire en 2014, page 30 et ss : (<http://ge.ch/justice/comptes-rendus-de-lactivite>).

<sup>50</sup> Compte rendu de l'activité du pouvoir judiciaire en 2014, page 40.

mineurs est toutefois moins confronté aux avocats que ses collègues des juridictions civiles. Les avocats interviennent peu dans le domaine de la justice pénale des mineurs. De plus la médiation est souvent ordonnée dès l'ouverture du dossier, sans aucune audition du plaignant et de l'auteur présumé et par conséquent de leurs éventuels avocats.

Vu les témoignages recueillis, on peut constater que le chemin sera encore long pour convaincre les avocats qu'ils ont tout intérêt à collaborer avec le médiateur, collaboration qui est déjà fructueuse depuis plus de vingt ans dans les pays anglo-saxons.

## **8.2 Résistance des parties**

### 8.2.1 Juridictions civiles (TPI et TPAE)

#### **Durée de la médiation**

La médiation est décrite comme un processus beaucoup plus rapide que la procédure judiciaire. Les arguments usuellement avancés par les médiateurs concernent la surcharge des tribunaux, le temps d'attente entre le dépôt des requêtes et les convocations du juge ainsi que les délais pour obtenir un jugement. Au contraire, le processus de médiation est beaucoup plus souple. Il est entièrement oral et n'implique pas d'échange d'écritures entre les avocats. Après 3 à 5 séances de médiation, de deux à trois heures chacune, les parties trouvent en général un accord qui met fin à leur contentieux.<sup>51</sup>

Les magistrats du TPI, TPAE et TMin ont une expérience de la médiation différente, puisqu'ils indiquent un temps d'attente de trois à six mois et parfois même plus long, pour le retour du dossier de médiation.

Les statistiques du Pouvoir judiciaire démontrent, par ailleurs, que les MPUC (mesures protectrices de l'union conjugale) sont instruites et jugées dans un délai moyen de 108 jours et qu'un divorce sur requête unilatérale, c'est-à-dire un divorce contentieux, trouve une réponse judiciaire dans un délai moyen de 270 jours, soit moins d'une année. L'administration de la justice, dans les litiges familiaux, ne présente ainsi pas la lenteur décriée. Elle paraît au contraire plus rapide que la médiation aux yeux de certains magistrats et avocats.

En conséquence, les arguments de la lenteur de la justice et de la rapidité de la médiation sont, ici, réfutés.

#### **Coût de la médiation et report du jugement devant les juridictions civiles**

Les magistrats observent qu'avant d'introduire une demande en justice, les parties ont tenté des pourparlers d'arrangement avec l'aide de leurs conseils. Ces démarches, parfois très longues, engendrent des honoraires d'avocats souvent importants. De plus, le dépôt d'une demande en justice implique le paiement d'émoluments, dont le tarif des greffes a été revu à la hausse avec

---

<sup>51</sup> Birgit SAMBETH GLASNER, Plaidoyer, novembre 2011: <https://www.plaidoyer.ch/article/d/lavocat-peut-devenir-un-coach-de-mediation>

l'entrée en vigueur du nouveau règlement le 1<sup>er</sup> janvier 2011, en même temps que le nouveau Code de procédure civile.<sup>52</sup>

Une fois la procédure déposée, les justiciables ne veulent plus recourir à la médiation. Ils ressentent déjà une grande lassitude liée à la rudesse des affrontements et sont pris dans l'engrenage des frais judiciaires. Malheureusement les parties et leurs conseils ne voient pas dans la médiation la seule opportunité qui leur est donnée de se parler. La médiation leur apparaît comme une charge financière supplémentaire, puisqu'elle est à leur frais. Elle suspend de plus la procédure et implique un report de jugement.

Ce contexte donne bien la mesure des difficultés que les juges rencontrent lorsqu'ils proposent une médiation.

Un exemple récurrent est encore celui des MPUC (mesures protections de l'union conjugale) qui représentent environ un tiers des affaires familiales pendantes devant les tribunaux civils. Ces requêtes font l'objet d'un émolument modeste de CHF 200.-. Elles sont instruites selon la procédure sommaire (art. 271 CPC). Les juges tentent de concilier les parties (art. 273 al.3 CPC) et obtiennent des accords complets ou partiels dans la grande majorité de leurs dossiers. La durée de ces procédures dépasse rarement trois mois. Les avocats ne sont pas exclus des audiences et sont satisfaits de conserver leur statut de défenseur.

On comprend alors mieux que les couples séparés recourent fréquemment à ces « pré-divorces » pour régler rapidement les premières modalités de leur séparation et qu'ils négocient ensuite avec leurs avocats les différents aspects de leur contentieux. Ce sont ces mêmes avocats qui, il faut le rappeler, n'encouragent que rarement la médiation.

Ainsi et par le seul versement d'un modeste émolument de CHF 200.-, les conjoints sont entendus par un juge qui tente, parfois au cours de plusieurs audiences, de les concilier. En cas d'échec, les parties sont « en droit » de recevoir une réponse judiciaire à moindre frais et dans un délai rapide.

*L'idée de tenter une médiation dans les MPUC est par conséquent majoritairement perçue par les juges, les avocats et les plaideurs comme une perte de temps et d'argent, soit le contraire des arguments plaidés en faveur de la médiation, puisque le taux de réussite de la conciliation est élevé, que la procédure est rapide et le coût très modeste.*

L'argument de l'avantage économique de la médiation n'est pas non plus pertinent pour la grande majorité des procédures familiales. La possibilité d'une rétrocession des émoluments de justice prévue par la procédure, en cas de retrait de la demande en justice ou dépôt d'une convention d'accord, ne concerne en effet qu'une petite minorité de plaideurs fortunés. Les procédures dans lesquelles les demandeurs auront versé des émoluments de justice importants, de l'ordre de CHF 10 000.- par exemple, sont très rares. La très grande majorité des plaideurs disposent de revenus moyens à faibles, avec pour conséquence que leurs conclusions en paiement de pension alimentaire ou en liquidation de leur régime matrimonial portent sur des montants modestes. Ceci a pour corollaire des émoluments de justice dépassant rarement

---

<sup>52</sup> Règlement fixant le tarif des frais en matière civile (RTFMC) RS : E 1 05.10, en particulier l'article 30 RTFMC déterminant les émoluments pour les requêtes en divorce avec accord partiel ou demande unilatérale.

CHF 1500.- à CHF 2000.-. Pour de tels litiges, la restitution partielle des émoluments versés par les parties sera insignifiante, en cas d'accord ou retrait de la demande.

Dans les procédures judiciaires, notamment les affaires familiales, ce sont en réalité les honoraires d'avocat qui représentent le coût le plus important des frais de justice.

Au vu de ce qui précède, les magistrats observent que :

- si les plaideurs sont au bénéfice de l'assistance juridique et n'ont pas à payer les frais d'une médiation, ils seront plus réceptifs à la tenter,
- si les plaideurs sont fortunés, ils n'objecteront pas à prendre en charge les honoraires d'un médiateur, s'ajoutant à ceux de leurs avocats,
- reste en revanche la très grande majorité des plaideurs, dont le budget est déjà fortement entamé par les dépenses inhérentes à l'organisation d'une vie séparée et le coût de la procédure. Pour ces familles, toute nouvelle dépense est à éviter. Ils attendent prioritairement que le juge tranche le litige et n'envisagent plus, à ce stade de leur contentieux, que la médiation puisse leur apporter une solution rapide et une économie d'argent.

C'est ainsi que la majorité des juges civils interrogés évaluent que la médiation est un *désavantage économique*, lorsque son recours intervient tardivement, surtout après le dépôt d'une demande en justice. A ce moment-là, le conflit a pris trop d'ampleur.<sup>53</sup> Les plaideurs ne manifestent aucune volonté de se parler et encore moins de partager des dépenses supplémentaires liées à une médiation, souvent trop longue et incertaine, selon l'expérience des Tribunaux.

Les magistrats ont en conséquence une perception de la médiation très différente selon que les parties entament un processus de règlement amiable *avant toute procédure judiciaire* ou qu'elles sont invitées à tenter cette démarche *après le dépôt de la demande en justice*.

Ces affirmations peuvent faire débat et sont largement contestées dans les pays anglo-saxons.

### 8.2.2 Juridiction pénale des mineurs (TMin)

#### **Durée de la médiation**

La durée moyenne de la médiation pénale des mineurs est de 3 à 6 mois également. Mais le taux de réussite de 80% a pour conséquence que les juges n'ont pas le sentiment d'une perte de temps.

De plus, les juges des mineurs ne sont pas concernés, comme leurs collègues du Tribunal de 1<sup>re</sup> Instance par la durée d'une procédure. Comme déjà mentionné, les mesures de protection qu'ils ordonnent ne clôturent pas le dossier, mais maintiennent au contraire le suivi de la procédure pendant des mois, voire des années.

---

<sup>53</sup> Pour rappel, l'échelle d'escalade d'un conflit de Friedrich GLASL, note 19, page 12.

En revanche, les juges déplorent vivement la loi qui interdit de recourir à la médiation lorsque le jeune prévenu doit être encadré par une ou plusieurs mesures de protection (art. 17 al.1 litt.a PPMIn). Cette obligation légale et regrettable semble être un frein sérieux à la médiation pénale des mineurs. Le souhait d'obtenir un changement législatif sur ce point a été clairement affirmé par les juges.

### **Coût de la médiation au Tribunal des mineurs**

La médiation pénale des mineurs est prise en charge par l'Etat. La *gratuité* de la médiation en supprime un des principaux obstacles. Les juges ne sont toutefois pas insensibles à la question du budget de l'Etat, mais soulignent que toute la législation pénale des mineurs induit des coûts importants. En particulier les placements en foyers, (CHF 750.- à CHF 780.- par jour pour un établissement fermé), les traitements ambulatoires, l'assistance éducative, la mise en place de cours de prévention routière, de cours de civilité sexuelles, d'information sur les addictions, sont autant de mesures qui coûtent cher et grèvent le budget de l'Etat. Par conséquent, les coûts induits par la médiation, évalués en moyenne à CHF 1600.- pour une procédure médiée, paraissent dérisoires. Les juges des mineurs soulignent de plus l'effet préventif de la médiation, certains relevant qu'ils retrouvent rarement en audience les jeunes qui se sont confrontés à cette « épreuve », qui a consisté à devoir parler d'eux-mêmes et affronter le vécu de la victime.

### **8.3 Taux de réussite performant de la conciliation**

Le nouveau CPC (Code de procédure civile) a passablement renforcé le recours à la conciliation.<sup>54</sup> Le Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 souligne la volonté du législateur de « faire une large place aux méthodes de règlement extrajudiciaire des litiges et d'instituer cette manière d'antichambre des prétoires. L'action judiciaire doit être l'ultime moyen de pacifier une situation litigieuse. »<sup>55</sup>

Les audiences de conciliation en vue de résoudre les litiges sont organisées devant un premier magistrat (art 197 CPC). Avec la réforme de 2011, le Tribunal civil a créé des chambres de conciliation dont le taux de réussite pour 2013 est de l'ordre de 30 % pour le Tribunal de 1<sup>re</sup> Instance et de 45 % pour la Commission en matière de Baux et loyers. Ces simples statistiques expliquent pourquoi les juges civils sont plus sensibles à la conciliation. Ils l'estiment plus efficace et moins chère que la médiation, dont le taux de réussite est d'environ 20% pour les rares procédures ayant fait l'objet d'une médiation.

En revanche, les audiences préliminaires de conciliation, dans les domaines du droit de la famille, sont tenues directement par le juge du fond.<sup>56</sup> Celui-ci n'a pas la même liberté de parole par crainte de préjuger du résultat de la procédure.

Les juges des mineurs recourent également davantage à la conciliation (art 16 DPMIn, droit pénal des mineurs) en convoquant le plaignant et l'auteur, en particulier pour les délits qui se poursuivent uniquement sur plainte. Dans ces cas-là, l'auteur s'engage souvent à réparer le dommage, ce qui est suffisant pour la signature d'un accord.

On doit relever ici la performance et le grand succès des juges conciliateurs.

---

<sup>54</sup> Pour la définition de la conciliation, voir page 15.

<sup>55</sup> FF, Feuille fédérale, 2006 6840 et ss.

<sup>56</sup> Pour la définition du juge du fond, voir note 31.

## 8.4 Absence d'une organisation faîtière des médiateurs à Genève

Au Tribunal, les juges reçoivent beaucoup de publicité ou des demandes d'entretien de médiateurs ou d'associations de médiateurs, dont le souhait est de leur transmettre des informations sur leurs activités. La prolifération de telles démarches donne à la magistrature l'impression forte qu'il y a une rivalité entre les médiateurs qui parlent en leur nom, au lieu de défendre un concept général de la médiation. « Il n'y a pas d'organisation faîtière et les structures ne sont représentantes que d'elles-mêmes, ce qui ne facilite pas les échanges » explique un juge de l<sup>re</sup> Instance.

De plus, les magistrats ne sont pas bien renseignés sur les tarifs souvent variables appliqués par les médiateurs. Or, c'est bien la question du coût de la médiation qui est presque toujours abordée en audience par les parties et leurs conseils.

Une plus grande information des honoraires demandés par les médiateurs, voire une harmonisation des couts pratiqués dans le cadre des médiations proposées par le Pouvoir judiciaire serait hautement souhaitable.

## 8.5 Tableau officiel des médiateurs assermentés

Pour rappel, il existe un tableau officiel des médiateurs assermentés à Genève. La Commission compétente pour donner son préavis relatif à l'inscription des médiateurs civils et pénaux sur le tableau officiel du Conseil d'Etat a été instaurée en 2005, avec la modification de la loi de procédure civile introduisant, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2005, la médiation civile devant les Tribunaux. Les critères d'admission des médiateurs sont devenus plus sélectifs depuis l'entrée en fonction des nouveaux membres de la Commission élus en septembre 2014. A ce jour toutefois, les conditions permettant d'obtenir une inscription sur le tableau des médiateurs assermentés ne sont pas très claires. La nouvelle Commission n'a en effet pas encore défini de directives pour une interprétation transparente des exigences posées à l'article 67 LOJ. Il en résulte un sentiment d'inégalité de traitement à l'endroit des nouveaux candidats et un manque de contrôle des compétences pour les médiateurs déjà inscrits. Ce grand flottement dessert le monde de la médiation.

## 8.6 Conclusion des obstacles à la médiation

- La résistance des avocats et des parties à tenter une médiation,
- les résultats très performants des juges conciliateurs,
- l'impossibilité légale du juge civil à ordonner une médiation, en particulier dans le droit familial,
- le coût de la médiation qui s'additionne aux dépenses déjà engagées,
- la durée du processus de médiation constatée par les Tribunaux genevois,
- le taux d'échec des quelques affaires médiées,
- l'opacité du tableau des médiateurs accrédités par l'Etat de Genève,
- l'absence d'une organisation faîtière des médiateurs à Genève,

sont autant d'arguments expliquant pourquoi la médiation peine à se développer au sein du Pouvoir judiciaire genevois.

## IX. RECOMMANDATIONS

### 9.1 Résistance des avocats et des parties à tenter une médiation

L'article 7 des Us et Coutumes du Barreau genevois<sup>57</sup>, ainsi que d'une manière générale les codes de déontologie des avocats favorisent le recours à toute solution transactionnelle pour mettre fin à un contentieux, mais le recours aux modes de règlement non juridictionnels ne semble pas encore acquis à Genève. La « judiciarisation » du contentieux reste encore la règle.

L'avocat ne saisit en effet pas encore qu'il est un acteur important de la médiation. Expert du droit, il peut évaluer les péripéties, les difficultés et les aléas inhérents à toute procédure judiciaire pour mesurer l'intérêt d'une solution négociée. L'avocat devrait aussi percevoir les bénéfices psychologiques et matériels pour son client de ne pas rester figé sur ses positions et il devrait ouvrir le débat sur tous les aspects du conflit.

**Recommandation** : Introduire des modules de formation sensibilisant magistrats et avocats à la nécessité de privilégier les modes de résolution alternatifs des conflits avant toute procédure judiciaire, comme le préavisent le code de déontologie des avocats et le Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse.<sup>58</sup>

### 9.2 Résultats très performants des juges conciliateurs

Les juges du Tribunal de 1<sup>re</sup> Instance sont convaincus de l'utilité de la conciliation par son taux de réussite important. Le juge conciliateur n'est pas autorité de jugement en cas d'échec d'un arrangement. De ce fait, il parle librement aux parties pour souligner les aléas inhérents à toute procédure, la durée et le coût d'un procès eu égard aux enjeux économiques. Il évalue aussi l'issue probable du litige en fonction du droit. L'investissement personnel du magistrat conciliateur est important puisqu'il peut parfois consacrer jusqu'à trois audiences pour favoriser un accord. Les avocats assistent leurs clients et restent acteurs du processus. Enfin l'audience de conciliation est tarifée d'un modeste émolument fixé entre CHF 100.- et CHF 200.-, soit des frais nettement moins importants que le recours à une médiation.

Les procédures du droit de la famille font également l'objet d'une tentative de conciliation, mais ces affaires sont directement portées devant le juge du fond.<sup>59</sup> Ce magistrat n'aura par conséquent pas la même liberté de s'investir et de proposer des solutions, par souci de ne pas préjuger la décision qu'il pourra prendre, en cas d'échec de la conciliation. Le recours à la médiation est par conséquent plus volontiers proposé dans le cadre des procédures de droit familial, parce que le juge conciliateur est limité dans son intervention. D'autre part, ce même juge expérimente que les parties ont besoin d'exprimer leurs besoins affectifs et émotionnels pour surmonter leur conflit, ce que seule la médiation peut leur offrir, au contraire de la conciliation.

---

<sup>57</sup> L'article 7 des Us et Coutumes du Barreau genevois pose le principe du devoir de modération et d'information de l'avocat : *celui-ci doit autant que possible favoriser les solutions transactionnelles. Il n'engagera pas de procès sans s'être rendu compte qu'un arrangement n'est pas possible. Il informe le client des risques, des difficultés, du coût prévisible et de l'évolution de l'affaire dont il ne doit garantir l'issue.*

<sup>58</sup> FF 2006 6841.

<sup>59</sup> Pour cette notion, voir note 31.

**Recommandation :** Mieux cerner la différence entre conciliation et médiation pour évaluer de façon plus pertinente laquelle des deux procédures doit être proposées aux parties. Ces deux modes de règlement des conflits ne poursuivent pas les mêmes objectifs de sorte que les critères de sélection ne sont pas les mêmes. En conciliation, le juge intervient et propose des solutions. En médiation, les parties trouvent elles mêmes leurs solutions en ouvrant le débat sur tous les aspects matériels et émotionnels de leur conflit.

### 9.3 Impossibilité légale d'ordonner une médiation, en particulier en droit familial

Les réponses à mon questionnaire corroborent le fait que :

- plus le contentieux s'aggrave, moins un accord négocié semble possible,
- un jugement donne certes une réponse à un litige, mais rajoute du conflit au conflit,
- les magistrats sont souvent mal informés du processus et du contenu de la médiation pour argumenter en sa faveur,
- exhorter ou conseiller la médiation n'est pas un outil suffisant pour inciter les parties à trouver un arrangement avec le concours d'un médiateur lorsqu'elles sont déjà engagées dans un processus judiciaire.

Sensibiliser les parents à la souffrance et au besoin de protection de l'enfant est une priorité dans les séparations à haut conflit. En cas de dysfonctionnement familial grave, l'enfant peut vivre des conflits de loyauté, connaître des changements déstabilisants dans son mode de vie, tels une garde alternée, un déménagement, un changement d'école, la perte de ses amis. L'enfant peut être utilisé comme moyen de pression dans le conflit, voire même être privé de toute relation avec l'un de ses parents.

Aucune décision judiciaire ne peut rétablir le dialogue entre des parents, seul garant de l'intérêt de l'enfant.

**Recommandation :** Appliquer la jurisprudence du Tribunal fédéral (5A 457 2009) permettant depuis 2009 d'ordonner une médiation à titre de mesure de protection de l'enfant. Organiser des modules de formation destinés aux avocats et aux magistrats sur les aspects psycho-sociaux de la parentalité après rupture et sur les besoins de l'enfant en cas de séparation parentale.

### 9.4 Prévenir l'enlèvement du conflit

De manière générale, il importe d'intervenir avant qu'un conflit ne s'enlise. Je rappelle l'échelle de GLASL qui souligne que passé un certain degré de violence, l'écoute de l'autre devient très difficile, voire impossible. En particulier, il serait souhaitable que la *procédure ordonne*, pour les divorces contentieux et avant la saisine du juge, la participation obligatoire des parents à une séance d'information sur la coparentalité après rupture, tout comme il serait souhaitable d'offrir aux parents quelques séances de médiation, à charge de l'Etat, pour les soutenir dans une reprise de dialogue.

A défaut de moyens de contraintes légaux, il faudrait que les magistrats aient une connaissance plus approfondie du processus de la médiation. Cela leur permettrait de mieux en saisir le bénéfice et par voie de conséquence de mieux argumenter en faveur de son recours. Pour convaincre, il faut être convaincu.



**Recommandation :** Sensibiliser les magistrats à la nécessité de préserver les enfants du conflit parental autrement que par une décision judiciaire, dont le bien-fondé est souvent contesté par un parent et par conséquent non respecté. Recourir le cas échéant à l'injonction de médiation, validée par le Tribunal Fédéral à titre de mesure de protection.

## 9.5 Collaboration entre le juge, le médiateur et les avocats

J'ai relevé le taux d'échec important des médiations proposées par les juges civils.

L'amélioration du taux de réussite de la médiation, alors qu'une procédure est déjà pendante devant le Tribunal, implique de négocier les bases d'une nouvelle collaboration entre le juge, le médiateur et les avocats. Je trouve regrettable que les magistrats, à l'exception des juges du Tribunal des mineurs qui ont mis en place leur propre directive, n'obtiennent aucune information relative au processus de médiation qui s'organise à leur demande. Il est tout aussi contreproductif que le médiateur ne reçoive aucune information du juge concernant les points litigieux à traiter. Enfin les grands absents du processus de médiation sont souvent les avocats auxquels les médiés ne cessent pourtant de se référer pour valider un accord, montrant par cette dépendance qu'ils ne sont pas acteurs du processus.

A l'occasion de différents stages pendant ma formation, j'ai observé que les médiés ne savaient souvent pas expliquer les points litigieux sur lesquels ils devaient « travailler ». Le médiateur de son côté ne comprenait pas la nature du litige en cours (MPUC, divorce ou encore une procédure devant le TPAE), que les parties ne savaient pas préciser.

Le RMed, règlement relatif aux médiateurs garantit les règles de déontologie de la médiation (confidentialité, neutralité, impartialité du médiateur). Ces principes n'interdisent toutefois pas que le médiateur, *pour autant que les médiés l'acceptent*, pose un cadre ouvrant un espace de collaboration avec le juge, les conseils des parties et si nécessaire encore, le Service de Protection des mineurs, le curateur de l'enfant, voire tout autre intervenant utile.

Les avantages d'une telle collaboration seraient de clarifier les identités et les fonctions professionnelles de chacun en vue d'un travail interdisciplinaire indispensable à la réalisation d'objectifs communs (résolution des conflits, responsabilisation des parents, intérêt des enfants). Le partage des compétences permettra la complémentarité et l'articulation des actions de chacun et non leur concurrence et leur opposition.

Un échange entre le médiateur et le juge, *sur les aspects formels du processus de médiation*, donnera un meilleur cadre à la médiation et peut être une plus grande motivation aux parties. Enfin juge, avocats et médiateur apprendront, à travers ces échanges, à mieux cerner leurs besoins réciproques et leurs pratiques.

**Recommandation :** Avant d'entamer le processus de médiation, le médiateur devrait, en accord avec les parties :

- informer le juge qu'il est mandaté par les parties,
- obtenir du juge des informations pour mieux cerner le cadre judiciaire dans lequel il doit faire sa médiation,
- proposer que les avocats participent au processus de médiation,

- s'assurer le concours, en tant que de besoin, des intervenants socio-éducatifs ou de toute autre personne jugée utiles,
- rendre au juge un bref rapport relatif au processus de médiation, dans un délai à définir avec le magistrat. Ce rapport devra se limiter, pour des raisons de confidentialité, aux aspects formels, sans aborder le contenu de la médiation.

## 9.6 Coût de la médiation

A Genève, 57% des mariages se terminent par un divorce.<sup>60</sup> Selon les statistiques communiquées par le greffe du TPI, pour l'année 2014, les chambres civiles ont traité 897 divorces par consentement mutuel et 362 requêtes unilatérales ou avec accord partiel, à quoi s'ajoutent encore 782 requêtes en MPUC, mesures protectrices de l'union conjugale.

Pour mieux comprendre à quel point une rupture conjugale est dévastatrice, j'ai pris comme référence l'échelle d'évaluation du stress que les médecins HOLMES et RAHE ont dressé en 1967. Cette échelle, notée de 10 à 100 points, est utilisée pour calculer le niveau de stress induit par un changement de vie, allant de la mort d'un proche à la remise d'une simple contravention. Elle évalue le risque que la santé d'un individu soit affectée au cours de l'année à venir. Basée sur 42 événements traumatisants survenus au cours des deux années précédentes, le divorce est mentionné en position deux comme facteur de stress, sur une liste de 47 événements.<sup>61</sup>

Une rupture conjugale est donc un facteur de stress particulièrement important.

**Recommandation :** Pour favoriser l'apaisement du conflit dans les procédures de divorce contentieux, l'Etat devrait accorder la gratuité de quelques séances de médiation aux parties, indépendamment de leur situation financière. L'intérêt de l'enfant, en particulier, justifie, sans autre commentaire, cet investissement modeste, pour pallier aux souffrances et aux conséquences de la maltraitance induite par le conflit parental. Une médiation réussie met fin aux dépenses judiciaires, aux honoraires d'avocat et surtout évite les frais collatéraux induits par conflit familial (stress, souffrances psychologiques, absentéisme professionnel et scolaire, frais médicaux).

## 9.7 Durée du processus de médiation

Les juges ont évoqué leur expérience de la durée moyenne de 3 à 6 mois pour une médiation. Ces délais inhabituels résultent de plusieurs facteurs et notamment du fait que les affaires proposées à la médiation sont particulièrement contentieuses. Les parties ont déjà vécu des années de discorde et de malentendu. Le rétablissement d'une communication minimale entre les parties implique un processus long et difficile. Il sollicite un investissement important du médiateur et des parties pour l'organisation de nombreuses séances de médiation.<sup>62</sup>

**Recommandation :** Le médiateur devrait expliquer au magistrat et aux avocats les raisons d'un processus dépassant les trois mois usuels et s'assurer de la suspension de la procédure

<sup>60</sup> <http://www.ge.ch/statistique/tel/publications/2008/analyses/an-cs-2008-37.pdf>

<sup>61</sup> Echelle de HOLMES et RAHE : <http://sante-medecine.commentcamarche.net/faq/1530-calculer-son-niveau-de-stress>

<sup>62</sup> La question de savoir si un trop lourd contentieux des parties est un obstacle à la médiation fait débat dans le monde de la médiation. Certains médiateurs affirment au contraire que la médiation permet enfin aux conjoints, pris dans un lourd contentieux, de se confronter, d'exprimer leurs émotions et surtout de se reparler dans un cadre sécurisé, ce qui permet ensuite la négociation de solutions.

au sens de l'article 214 al.3 CPP. Il devrait encore être attentif à ne pas glisser dans une démarche de « coaching parental » ou une approche thérapeutique qui pourraient, en revanche, être proposées en parallèle à la médiation.

## 9.8 Taux d'échec des quelques affaires médiées sur proposition des juges civils

Le peu de succès des médiations civiles décourage les magistrats d'y recourir. Ce constat décevant est multifactoriel : tardiveté de la mise en place du processus, gravité particulière des conflits, travail interdisciplinaire insuffisant.

**Recommandation :** Comprendre la nécessité d'une collaboration interdisciplinaire (juge, avocat, assistant social, curateur de l'enfant) sans quoi les chances de succès de la médiation me semblent totalement compromises.

## 9.9 Opacité du tableau des médiateurs accrédités à l'Etat de Genève

La seule référence des juges et du public pour le choix d'un médiateur sont les tableaux civils et pénaux des médiateurs accrédités par le Conseil d'Etat de Genève.<sup>63</sup> Le contrôle de la formation et de la pratique des médiateurs est soumis à de plus grandes exigences depuis la nomination des nouveaux membres de la Commission de préavis, entrée en fonction le 1<sup>er</sup> septembre 2014.

Cependant la liste actuelle des médiateurs ne donne aucune indication des formations suivies. La mise à jour des tableaux ne semble pas opérationnelle. Enfin il ne semble pas que les médiateurs accrédités justifient de formations continues, ni d'un nombre d'années clair d'expérience de la vie active, ni d'un minimum de pratique.

Il me semble important que la Commission de préavis définisse plus clairement quels sont les critères de sélection exigés pour une inscription aux tableaux des médiateurs accrédités (formation de base, formation à la médiation, expérience pratique, formation dans des domaines particuliers, notamment du droit, pour justifier d'une spécialisation, par exemple en droit du divorce et de la filiation). Il se pose également la question d'un contrôle des compétences et des qualifications des médiateurs figurant déjà sur les tableaux officiels et qui ne répondraient pas ou plus aux nouvelles exigences, cela en vue d'assurer une égalité de traitement et une garantie de qualité entre tous les médiateurs inscrits.

**Recommandation :** Déterminer plus clairement les critères d'admission des médiateurs sollicitant leur inscription au tableau officiel des médiateurs agréés par le Conseil d'Etat et procéder à des mises à jours des tableaux actuels.

## 9.10 Absence d'une organisation faîtière des médiateurs à Genève

Les médiateurs, selon l'adage que « les cordonniers sont les plus mal chaussés », ont énormément de difficulté à s'entendre pour définir et proposer une collaboration constructive avec le Pouvoir judiciaire, le Barreau et d'autres institutions. Leurs démarches isolées et

---

<sup>63</sup> <http://www.ge.ch/dse/justice/?rubrique=mediation>

concurrentes auprès des Tribunaux sont perçues par les magistrats comme des plaidoyers « pro domo » et finissent par lasser. En l'état actuel des choses, on peut constater que les médiateurs n'arrivent pas à trouver un dénominateur commun entre eux pour se mettre sous un même toit.

**Recommandation :** Trouver un moyen de représenter tous les courants de la médiation auprès des Tribunaux et du Barreau, par exemple par la création d'une Association faitière genevoise ou d'un Comité de liaison, dont la mission serait la promotion de la médiation, la formation et la déontologie des médiateurs et le développement général des modes alternatifs de résolution des conflits.

## X. PERSPECTIVES

En Suisse et à Genève la compréhension de la justice est encore très normative. Le conflit se règle par l'application de la loi. J'observe toutefois que de nombreux pays se sont ouverts à une autre vision de la justice dite « justice réparatrice ou participative » Celle-ci cherche à mieux répondre aux attentes des citoyens en faisant évoluer le rôle du juge, des avocats et des justiciables pour le développement de modes amiables de règlements des conflits, appelés ADR, alternative dispute resolution, dans les pays anglo-saxons.

Le rapport d'information du 13 février 2007 de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne détaille les arguments justifiant le développement de la médiation conventionnelle et judiciaire, relevant en particulier qu'il s'agit, en matière de justice, « d'une nouvelle étape qui bouleverse notre culture, l'expérience démontrant que lorsque les conditions sont réunies – volonté politique, cadre législatif favorable, culture judiciaire adaptée, engagement des professions concernées- la médiation fonctionne et permet véritablement un règlement efficace des conflits ».<sup>64</sup>

Il serait évidemment trop long d'aborder dans cet écrit les avancées législatives des différents pays de l'Europe en particulier la France, la Belgique, la Norvège, les Pays Bas et le Luxembourg. Je me limiterai à relater l'expérience de mon bref séjour à Montréal en septembre 2014 au cours duquel, j'ai participé :

- au **Colloque annuel de l'Association de médiation familiale du Québec**, dont les conférences et ateliers portaient essentiellement sur l'implication de l'enfant dans la médiation familiale,
- à **une séance d'information de 2 h 30 sur la parentalité après rupture**, donnée par une médiatrice familiale, Lorraine Fillon<sup>65</sup> et un avocat, dans les locaux du Palais de justice de Montréal. Cette séance est *obligatoire* pour les époux en désaccord sur l'exercice de l'autorité parentale conjointe. En cours de séance, les parents sont invités à réfléchir aux besoins de leurs enfants, petits et grands, et à la nécessité de maintenir une communication. Ils reçoivent encore toute information utile sur la nature, les objectifs et le déroulement d'une médiation. Il leur est précisé que cinq séances leur sont offertes gratuitement par le Gouvernement du Québec. Enfin, ils sont informés que le juge aux affaires familiales peut, à tout moment en cours de procédure de divorce, ordonner une médiation en référant les parties au Service de médiation familiale, lequel doit rendre un rapport au juge dans un délai de 90 jours. (art 815.2.1 CPC). Les personnes présentes à la séance d'information reçoivent une *attestation de participation* qui leur donne ensuite le droit de saisir le juge du divorce (art 814.3 du CPC québécois),
- à **un atelier sur la communication parentale après séparation** dont le but est d'aider les parents à rétablir une communication au quotidien en leur enseignant des stratégies de prévention de conflit,

---

<sup>64</sup> <http://www.assemblee-nationale.fr/12/europe/rap-info/i3696.asp>

<sup>65</sup> Lorraine FILLON est travailleuse sociale, médiatrice familiale, responsable du groupe d'enfants de parents séparés (Confidences) et du Service de médiation et d'expertise du Centre jeunesse de Montréal auprès de la Cour Supérieure où elle a œuvré de 1975 à 2012. Elle est maintenant en pratique autonome depuis juillet 2012 et offre des services de médiation familiale et coaching parental. Fondatrice de l'AIFI, elle a assumé la présidence de cette Association internationale francophone pendant dix ans et agit comme coprésidente depuis 2013.

- et enfin à **un séminaire de trois jours destiné aux juges de la Cour du Québec et de la Cour supérieure du Québec se formant aux CRA, Conférences de règlement amiable**, cela sous la direction de Jean François ROBERGE, professeur et directeur des programmes d'études supérieures en prévention et règlement des différends (PRD) à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. A cette occasion, j'ai participé, avec une trentaine de magistrats, à des formations à la médiation et j'ai assisté à des jeux de rôle au cours desquels j'ai pu vérifier que les juges ne se positionnaient pas comme conciliateurs, c'est-à-dire avec l'autorité du magistrat qui donne des conseils et propose des solutions, mais comme médiateurs, facilitant la communication et la recherche de solutions par les parties.<sup>66</sup>

#### Ce que j'ai retiré de ce séjour :

Suite à l'impulsion des autorités politiques et du Barreau québécois, dès les années 1980, la résolution des conflits intègre largement le recours à différents modes de règlement amiable (ADR : Alternative Dispute Resolution). En particulier, la médiation judiciaire est entrée par la grande porte du Palais de justice au Québec. Elle est vue comme un potentiel transformateur de la justice et de la société.

L'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile du Québec, dont l'entrée en vigueur est prévu pour la fin de l'année 2015, se caractérise par une nouvelle culture juridique faisant évoluer le rôle du juge, des avocats et des citoyens pour que tous les acteurs coopèrent à améliorer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile. Il est clairement indiqué que « les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux ». <sup>67</sup>

Les juristes québécois ont développé depuis une vingtaine d'années une autre mentalité que celle que j'ai pu observer pendant les 32 années de magistrature passées au sein du Palais de justice de Genève. Les avocats du Barreau québécois intègrent et favorisent dans leur pratique les modes alternatifs de résolution des litiges. En participant au Colloque annuel des médiateurs québécois, j'ai observé avec surprise que la très grande majorité des médiateurs étaient avocats

---

<sup>66</sup> SECTION IV : DE LA CONFÉRENCE DE RÈGLEMENT À L'AMIABLE (Code de procédure civile du Québec).

151.14. Un juge peut présider une conférence de règlement à l'amiable. Il bénéficie alors de l'immunité judiciaire.

151.15. À toute étape de l'instance, le juge en chef peut, à la demande des parties, désigner un juge pour présider une conférence de règlement à l'amiable. Dans leur demande, elles lui exposent sommairement les questions en litige.

Le juge en chef peut également, de sa propre initiative, recommander aux parties la tenue d'une telle conférence. Si elles y consentent, il désigne alors un juge pour la présider.

151.16. La conférence a pour but d'aider les parties à communiquer, à négocier, à identifier leurs intérêts, à évaluer leurs positions et à explorer des solutions mutuellement satisfaisantes.

Elle a lieu à huis clos, sans frais, ni formalités.

151.17. La conférence est tenue en présence des parties et, si ces dernières le souhaitent, de leurs procureurs. Le juge qui la préside peut rencontrer les parties séparément, si elles y consentent. Peuvent aussi y participer les personnes dont la présence est considérée, par le juge et les parties, utile au règlement du litige.

151.18. Le juge définit, de concert avec les parties, les règles applicables à la conférence et les mesures propres à en faciliter le déroulement et il établit avec elles le calendrier des rencontres.

151.19. La conférence ne suspend pas le déroulement de l'instance, mais le juge qui la préside peut, s'il le juge nécessaire, modifier le calendrier des échéances.

151.20. Les parties sont tenues de s'assurer que les personnes autorisées à conclure une entente sont présentes à la conférence ou qu'elles peuvent être consultées en temps utile pour donner leur accord.

151.21. Tout ce qui est dit ou écrit au cours de la conférence est confidentiel.

151.22. Si un règlement intervient, le juge, sur demande, homologue la transaction.

151.23. Si aucun règlement n'intervient, le juge ne peut par la suite entendre aucune demande relative au litige.

Il peut convertir la conférence de règlement à l'amiable en conférence préparatoire, si les parties y consentent.

<sup>67</sup> Projet de loi n°28, (2014), instituant le nouveau code de procédure civil du Québec :

<http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=5&file=2014C1F.PDF>

(environ 80%). Je ne connais pas le pourcentage de médiateurs qui sont avocats à Genève, en particulier dans le domaine de la médiation familiale. En prenant la liste du tableau des médiateurs civils agréés par le Conseil d'Etat, je peux retenir que 35% des médiateurs sont titulaires du brevet d'avocat. J'observe cependant encore une grande résistance du Barreau à se former et à recourir à la médiation, souvent considérée comme une « justice au rabais » ou une concurrence à leur monopole. Au Québec, les avocats se sont au contraire ouverts et formés à des modes divers de pacification des conflits qui échappent à une emprise institutionnelle pour privilégier la participation de tous les acteurs concernés par une infraction ou un litige. Les avocats québécois ont compris le changement des mentalités et se sont adaptés. Il serait temps qu'à Genève aussi, les avocats tournent la page d'une justice trop directive pour permettre à leur client d'être entendu et défendu autrement.

J'invite ici à la lecture d'un article rédigé par Maître Serge PISAPIA et Me Jean MAROIS, tous deux membres du Barreau du Québec, dont le titre est « Comment assister son client dans un processus de règlement non judiciaire de conflit, tel que la médiation civile et commerciale ». <sup>68</sup>

Cet article donne un résumé percutant et convaincant du rôle essentiel de l'avocat en charge d'évaluer la meilleure défense des intérêts de son client, devant en particulier évaluer :

- quelles sont les valeurs, besoins, intérêts du client,
- si le différend se prête, le cas échéant, à un règlement amiable du conflit, notamment par la médiation ou par une conférence de règlement amiable <sup>69</sup>,
- comment expliquer à son client le processus de médiation, ses avantages et de ses inconvénients,
- comment préciser le rôle des participants à une médiation : les parties, qui seront principalement amenées à s'exprimer, le médiateur dont le rôle est d'assister les parties dans leurs négociations et enfin l'avocat qui est amené à jouer un rôle très différent de celui qu'il adopterait devant un Tribunal. « *Le processus de médiation contrairement au procès n'est pas le forum conçu, ni approprié pour débattre du droit.* »

Redéfinir quel est le rôle du juriste dans la prévention et le règlement amiable des différends, pour une application concrète de l'article 7 du Code de déontologie des avocats <sup>70</sup>, est un nouveau défi à relever au sein du Barreau genevois.

---

<sup>68</sup> <http://www.sergepisapia.ca/PDF/Pisapia-MaroiscongresBarreau2009.pdf>

<sup>69</sup> Voir note 66.

<sup>70</sup> Voir note 57.

## XI. CONCLUSION

En rédigeant ce mémoire, j'ai été amenée à mettre en relation le monde judiciaire genevois et celui de la résolution des conflits, ce qui m'a convaincue de la nécessité d'un changement de mentalité et de culture à opérer dans notre approche de la justice.

A travers les réponses des magistrats à mon enquête et encore les réflexions de très nombreuses personnes (médiateurs, enseignants, assistants sociaux, éducateurs, greffiers, avocats), avec lesquelles je me suis entretenue, je suis arrivée à la conclusion qu'il y a une réelle urgence à offrir aux justiciables d'autres espaces que le Tribunal pour résoudre les litiges, que ce soit par l'arbitrage, la conciliation ou la médiation.

Pour reprendre l'image de l'entonnoir,<sup>71</sup> la médiation me paraît être le seul mode de résolution de conflits où les parties peuvent, en quittant la partie rétrécie de l'entonnoir (l'objet du litige sur le plan procédural), explorer leurs besoins et leurs aspirations qui ne sont pas abordés en justice. La médiation ouvre la porte au plus grand nombre de solutions possibles. Elle repose sur l'idée valorisante que les parties ont la capacité d'inventer les modalités d'une nouvelle relation et de négocier ensuite des arrangements plus créatifs que la seule référence à la loi.

La conciliation, dont je ne sous-estime pas l'importance, et encore le jugement, dont la qualité première est de mettre fin à une situation de confusion, ne permettent pas de répondre entièrement à l'attente de justice manifestée par les parties, à qui il arrive fréquemment de parler « d'une justice qui n'est pas juste ». En conciliant ou en jugeant, le juge se limite à aborder les points litigieux, la partie rétrécie de l'entonnoir, mais il oublie que les besoins du justiciable sont aussi relationnels.

Les juges genevois qui se sont prêtés à mes questionnaires sont déjà sensibilisés au bénéfice de la conciliation grâce à un taux de réussite élevé. On peut espérer que la conciliation sera un levier pour aborder maintenant la médiation qui responsabilisera davantage les plaideurs, mais surtout qui élargira le débat à des aspects autres que les points litigieux soumis à l'appréciation du juge. Les juges me paraissent ouverts à cette réflexion et plus faciles à convaincre que les avocats. Au cours de mes entretiens, je n'ai en effet pas entendu de magistrats qui écartaient vraiment la médiation de leurs procédures.

Pour ce qui est des avocats, ils n'échapperont sans doute pas au changement de culture juridique qui se profile à l'horizon et qui est déjà pratique courante en Europe, au Canada, aux Etats-Unis et en Australie. Auront-ils d'ailleurs le choix face à des clients qui ne s'inclinent plus volontiers devant une décision de justice et réclament plus de participation ?

Je gage que la nouvelle génération d'avocats qui se forme maintenant, à l'Université ou dans des Ecoles professionnelles aux modes de résolution alternatifs des conflits, verra bientôt la justice réparatrice ou participative comme une des principales voies d'avenir pour la pratique du droit. Cette forme de justice semble en effet mieux répondre à l'exigence à la fois sociale et morale de la résolution des conflits : qu'il s'agisse du droit civil, en particulier le droit de la famille centré sur la protection de l'enfant, ou du droit pénal qui doit prendre en compte les besoins des victimes, les conflits jugés, mais non surmontés, constituent pour les individus, les familles et la société, une hypothèque qui pèse sur leur avenir.

---

<sup>71</sup> Voir à la page 14.



## BIBLIOGRAPHIE

BASTARD Benoît, CARDIA-VONECHE Laura : L'institutionnalisation de l'informel : la mort d'une bonne idée? - FamPra.ch 2/2000 - p. 216 ss.

BASTARD Benoît, CARDIA-VONECHE Laura : Le divorce autrement, la médiation familiale. Paris, Syros, alternatives, 1990

BELLEY Jean-Guy : Une justice de la seconde modernité : proposition de principes généraux pour le prochain Code de procédure civile québécois. McGill Law journal, Revue de droit de Mc Gill, 2001, vol 46

BLOHORN-BRENNEUR Béatrice : Justice et Médiation, Un juge du travail témoigne, Le Cherche Midi, Paris - 2006

BONAFE-SCHMITT Jean-Pierre : La médiation : une justice douce, Syros-Alternatives, Paris 1992

CHENOU Martine, MIRIMANOFF Jean : La Médiation Civile ou Métajudiciaire, pour une nouvelle synergie et contre la confusion des genres in Semaine Judiciaire no. 10 vol. II 2003 p. 271-316

GUY-ECABERT Christine : La médiation dans les lois fédérales de procédure civile, pénale et administrative: petite histoire d'un pari sur l'indépendance, in: AJP 1/2009 47, p. 50

ERNER Guillaume : la société des victimes, Editions la Découverte, Paris 2006

DENIS, Claire : La médiatrice et le conflit dans la famille, Toulouse, Erès 2010

FISHER Roger, URY William, PATTON Bruce : Getting to Yes - in: 2nd ed. (2nd impression 1999), London – 1991

FIUTAK Thomas - Le médiateur dans l'arène - Collection Trajets - Ed. Erès - Paris – 2012

JONAS Hans, Le principe de responsabilité, Edition du Cerf, 2006

JUSTON Marc : La pratique de la médiation dans le contentieux familial du TGI de Tarascon, France, Un changement de culture judiciaire - Edimbourg 2005

JUSTON Marc : La médiation familiale : une impérieuse nécessité dans les tribunaux - Gazette du Palais, no. 270, Paris, 2004

KEHRER Brigitte: The art of conflict, or how to say yes. Janus Publishing Compagny 2009.

MORINEAU, J. La médiation pénale, une œuvre de justice. In La Croix, N°8. 9. 2005

CITOYENS ET JUSTICE, Les mesures alternatives aux poursuites et à la détention. Paris 2004

JACCOUD, M : Justice réparatrice et médiation pénale. Paris, L'Harmattan 2003

MIRIMANOFF Jean et VIGNERON-MAGGIO-APRILE Sandra : La gestion des conflits, manuel pour les praticiens, Cedidac, no. 78 Lausanne 2008

NERFIN Corinne, la lettre du Conseil, Ordre des avocats, Bulletin de l'ordre des avocats de Genève, n° 46, juin 2007

OTIS Louise : Modes alternatifs de règlement des litiges : la médiation judiciaire. La justice conciliatoire : L'envers du lent droit, un rapport sur les MARL, rapport no.6, Conférence des juges, Conseil de l'Europe - Strasbourg, novembre 2003

PERRIER Camille, la médiation en droit pénal suisse, Helbing Lichtenhahn 2011

ROBERGE Jean François, La justice participative, changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends, Editions Yvon Blais 2011

SAMBETH GLASNER B et PASTORE Florence: Réflexions sur la médiabilité. In Revue de l'Avocat n°10. Bâle 2010

SAMBETH GLASNER Birgit et PASTORE Florence : La médiation en matière pénale pour les adultes à l'ère du code de procédure pénale unifié. in: AJP 6/2010

SAMBETH GLASNER Birgit et PASTORE Florence : La médiation civile dans le code de procédure civile unifié, in Anwalt, revue de l'avocat

SALZER Jacques, PEKAR LEMPEREUR Alain, COLSON Aurélien, Méthode de Médiation : au cœur de la conciliation, Dunod 2008

TORNARE Sandrine : Lier justice et justesse : la médiation civile - Plaidoyer 6/04, p. 52 ss.

ZEHR Howard : La justice restaurative, Labor et Fides, 2002