

Entre récupération et mimétisme: les impasses à l'évolution de la médiation

Camila Silva Nicácio

Dès mon premier contact téléphonique avec Mylène Jaccoud, que je remercie sincèrement pour l'organisation de cette conférence et pour cet honneur de venir parler ce jour, je pressentais le défi de parler de « l'é-vo-lu-tion » de la médiation dans le cadre d'un forum « mon-dial ». Le staccato est à dessein. L'intérêt que je porte à l'anthropologie, notamment à l'anthropologie du droit, m'impose de la prudence à l'égard d'un mot tel que « l'évolution ». Souvent reliée à l'idée d'un progrès matériel, humain, culturel et moral inexorable, l'évolution a pendant longtemps été la seule voie à parcourir pour arriver à la « vraie » civilisation, sous-entendu à l'époque, à l'Europe et les États-Unis. C'est ainsi que beaucoup d'autres nations, le Brésil y compris, considérées comme nations du « tiers-monde » ou « périphériques », se sont développées comme un reflet toujours imparfait, caricatural, pâle et en devenir du Nord, au lieu de revendiquer une histoire tout simplement autre, originelle et originale. Néanmoins, en faisant sa propre autocritique, l'anthropologie mit finalement quasi cent ans pour accoutumer l'humanité à la diversité des cultures et des formes de vie. L'évolution est hasardeuse.

Voilà pourquoi je parlerai désormais de « développement » de la médiation.

Toutefois il me faut encore poser une dernière mise en garde : les médiations étant inscrites dans des contextes culturels divers, leurs développements ne sauraient être homogènes. Au contraire, la diversité règne aussi en maître à cet égard. La même contemporanéité qui témoigne de l'avancement de l'institutionnalisation des pratiques, doit rendre compte d'exemples où l'informalité est encore d'actualité. Alors que dans un pays la médiation familiale jouit d'un grand succès, dans un autre on n'y verra que l'écho d'une pratique ancienne en manque de légitimité. Alors qu'ici la médiation remplit le rôle d'une contre-culture, là-bas, elle est pointée du doigt comme une justice de deuxième catégorie, une justice à rabais... Les développements sont différents, le monde est un et plusieurs à la fois.

J'évoquerai alors « les » médiations.

Mais, serait-ce toute comparaison, ou réflexion plus générale sur les médiations, vouée, depuis le départ, à l'échec, compte tenu de la diversité des pratiques et des contextes? Là, il me faudra répondre par la négative car, en dépit des diversités de tous les genres, l'expérience humaine connaît quelques « lieux-communs ». Concernant ce propos, j'en évoquerai deux. Le premier, d'ordre anthropologique, fait référence au fait que toute culture « théâtralise ou met en scène une figure de Vérité en laquelle elle croit ». Le second, de nature plutôt sociologique, tient trait au besoin de cohésion, c'est-à-dire, des liens - inhérent à toute société. Par la suite, je sonderai de façon brève ces lieux-communs pour y revenir plus loin.

Psychanalyste et historien du droit, Pierre Legendre nous rappelle que les fondements dogmatiques à l'origine de chaque culture (« civilisation » dira-t-il) sont les éléments par lesquels ces cultures se constituent et se maintiennent. D'après ses mots, « la logique de l'architecture dogmatique qui soutient la vie des hommes et des civilisations » (2016, p. 42) serait basée, ici dans ce que l'on appelle de façon très imprécise l'*Occident*, sur la chrétienté et son Dieu unique, notre Père, « divinité à vocation universelle ». De ce même socle, c'est-à-dire l'amour de l'unique, l'amour de l'Un, nommé par ailleurs « monolatrie », émergeraient l'État et son droit, tous aussi uniques. Ainsi, le rapport est établi, d'après l'anthropologie juridique de Michel Alliot: le droit et sa justice sont des avatars laïques de Dieu, le juge en étant sa personnification. À en juger par un épisode déjà daté, repris aussi par Legendre (1989), qui a consterné le Québec du début des années quatre-vingt, quand le Caporal Lortie s'introduisit dans l'Assemblée Nationale et tenta de tuer le « gouvernement », sous prétexte que celui-ci avait le visage de son « père ».

En ce qui concerne le besoin de cohésion (je devrais dire : besoin d'un minimum de cohésion), il est question de revenir sur un *a priori* en sciences sociales, accepté de manière assez générale, malgré de fréquentes controverses : l'homme est un être social. Si on en retient la formule, tout en faisant abstraction des positions qui lui sont contraires, nous devons non seulement comprendre le risque d'éclatement auquel les sociétés s'exposent lorsque le tissu social est écorché, mais surtout l'impossibilité de vie sociale elle-même qui en découle, puisque il n'y a pas de « moi » sans « vous ». L'individu à proprement parler n'existe pas. En inversant la perspective la plus courante, Tzvetan Todorov pose alors la question de comprendre non pas la « place de l'homme dans la

société », mais celle « de la société dans l'homme », cet homme qui, comme unité basique du politique, se construit toujours par rapport à une altérité plus ou moins radicale. Que peut signifier à cet individu l'exigence de ne connaître que la « vie en commun » ? (TODOROV, 2013, p. 11). « Exigence » parce que la vie en commun le dépasse : ce n'est pas par « intérêt » ou par « vertu » que l'homme vit avec ses égaux, mais tout simplement parce qu'il n'y a pas d'existence possible en dehors de la vie sociale. Le sujet et la société s'entre-appartiennent.

Mes réflexions autour des développements des médiations côtoient ces deux problèmes de fond et les questions qui en découlent directement sont les suivantes: peut-on changer les fondements dogmatiques qui nous soutiennent ; dans notre cas, l'idolâtrie d'un seul dieu, un seul État, un seul droit, et en ce qui nous intéresse plus directement, une seule justice ? Y aurait-il de la place pour de la médiation dans un contexte ainsi dogmatiquement structuré ? Si oui, laquelle ? La place de l'alternativité ? De la concurrence ? De la soumission ? À quel coût, la médiation peut-elle interagir avec la justice officielle au nom de leur objectif commun de régulation sociale? Au prix de la dénaturation ? De la récupération ? Du mimétisme institutionnel?

Par ailleurs, faute de ne pas pouvoir revenir à un « Eldorado » communautaire perdu, comment la médiation pourrait-elle contribuer à la création d'un nouveau type de lien, à l'ère du paroxysme du développement technologique ? Alors que tout semble être mis en œuvre « contre les liens » ou au service d'un « amour liquide », ainsi que le disait Zygmunt Baumann, peut-on imaginer un type nouveau, non seulement de société, mais aussi de « communauté », comme indice de partage véritable ? Ironie ou pas, « communauté » c'est exactement le mot repris par un réseau social comme Facebook pour désigner le « groupe », la « bande », la « clique »... De nouveaux liens ? De nouvelles façons d'en tisser ? Quel rôle y jouerait donc la médiation ?

Avant d'essayer d'y répondre, entrons dans le vif du sujet. Dans le monde occidental, depuis des décennies, la médiation est encouragée comme un outil prometteur pour la résolution des conflits. Dans certains domaines, nous pouvons même convenir d'un « excès » de médiation, du moins au niveau de la communication qu'il en est fait. Effectivement, on en parle beaucoup. Dans une grande partie des cas, son principal

promoteur c'est l'État lui-même, notamment en France et au Brésil, en ce qui concerne mon observation la plus directe.

Mais il y a des particularités intéressantes. Voyons cela d'un peu plus près. Dans mon pays comme ailleurs, au-delà d'un dilemme classique de sociologie juridique, la réalité sociale se transforme en permanence sous l'influx de règles et de normes juridiques, tout en les inspirant, en les modifiant, en les abandonnant à la limite, par désuétude ou par oubli. C'est ainsi que le droit change la vie sociale en même temps qu'il en subit ses inflexions. Le développement des pratiques de médiation s'inscrit dans cette dynamique. Son institutionnalisation, par le biais d'action des pouvoirs judiciaire, législatif et exécutif, est fortement expressive, alors que le développement des expériences citoyennes, sujet d'innombrables organisations et associations, ne se fait pas moins remarquer, notamment dans le secteur privé.

Le pouvoir judiciaire brésilien, hanté par une accumulation exorbitante de procès et par une lenteur chronique (le dernier diagnostic rend compte d'un « embouteillage » de 70%), joue un rôle décisif dans la promotion de la médiation, tentant à la fois de « désengorger » les tribunaux et de contribuer à bâtir une politique de pacification sociale. Par l'intermédiaire de résolutions normatives et de campagnes institutionnelles, plusieurs initiatives ont alors été incorporées dans le panorama juridique et judiciaire brésilien par des juristes désireux de trouver une « solution » à cette crise d'accès à la justice et d'encourager le passage d'une culture du jugement à celle de l'accord ou de la composition des différends.

Par ailleurs, dans la sphère du pouvoir exécutif, les dernières éditions d'un vaste Programme National des droits humains (2002 et 2009) ont établi la médiation, et par la suite la justice restaurative, au sein des stratégies pour le développement d'un système de justice plus « accessible et efficace ». Dans ces programmes, il a été par exemple fixé comme priorité, la formation de policiers à la médiation, ainsi que la création de services de médiation dans des zones sensibles, et la formation de ce que l'on appelle des « médiateurs communautaires » ou « médiateurs de quartier ».

À son tour, le pouvoir législatif, a contribué de façon décisive à l'institutionnalisation de la médiation, suite à un long processus de discussion législative qui a abouti à l'édition

d'un Nouveau Code de procédure civile et d'une loi spécifique portant sur la médiation, tous les deux datant de 2015. Ces législations misent sur le passage de la médiation, de simple « alternative », à « mode premier » de résolution de conflits, la rendant obligatoire avant toute procédure judiciaire.

Les trois pouvoirs considérés, nous nous rendons compte que le souci de qualité (et par là même de quantité) de l'accès à la justice, compris ici de façon restreinte comme « accès aux tribunaux », a dominé (et domine toujours) le débat sur le développement de la médiation au Brésil, étant à l'origine de plusieurs actions. Dans cette perspective, c'est le droit, ou plus largement les pouvoirs institués, qui créent des conditions pour une inflexion dans les pratiques sociales, en encourageant des alternatives à l'action d'État. Ici le terme "alternative" ne saurait pas être figuratif, car la médiation a été longtemps considérée (et cela demeure) comme une alternative à la justice officielle. Ce n'est qu'après les deux législations mentionnées plus tôt que l'on essaie de changer la donne.

Dans le secteur privé, des organisations et associations agissent depuis très longtemps dans la direction d'autres choix pour faire face tant au déficit de participation des citoyens aux processus de prise de décision, qu'aux problèmes structureaux du système traditionnel de justice, voire du coût excessif ou de la morosité. C'est-à-dire que, sans attendre le réveil nonchalant des juristes, administrateurs ou législateurs, la médiation était déjà présente dans l'expérience sociale en tant que pratique citoyenne, promouvant, à son tour, des changements dans la loi et dans les institutions.

Alors, que cela soit par la promotion directe de l'Etat ou par l'initiative citoyenne des groupes et des individus, la médiation est de plus en plus connue au Brésil : s'étalant des banlieues aux cabinets d'avocats, des écoles aux hôpitaux, des entreprises aux organismes humanitaires internationaux, du pouvoir judiciaire à proprement parler aux groupes militants en *advocacy*. Par des voies directes et indirectes de l'institutionnalisation, un premier pas semble ainsi avoir été accompli dans le sens de la vulgarisation de la médiation, ce qui nous renvoie à une réflexion sur son avenir. Quel sera le sens de son développement ?

Les réponses à une telle question doivent interroger, je le crois, deux idées centrales, liées, à leurs tours, aux deux « lieux-communs » culturels que j'ai évoqués plus tôt. La première

idée se réfère à la façon dont laquelle justice officielle et médiation vont s'associer. La seconde, en appelle à la possibilité qu'ont, au sein des médiations, les logiques de l'autonomie et de la solidarité à s'articuler.

L'avènement et le développement de la médiation semblent s'inscrire au carrefour de deux mouvements distincts : d'un côté, celui de la « contractualisation ou déjudiciarisation », selon lesquels les individus et les groupes, basés sur l'autonomie de la volonté, revendiquent la gestion de leurs propres vies, car ne voient pas dans le pouvoir judiciaire le destin unique et inexorable de la résolution des conflits; d'un autre côté, celui de la « juridicisation », et de fait, de la « judiciarisation », c'est-à-dire, l'arrivée du droit dans de larges domaines sociaux régulés par d'autres sources de régulation sociale, menant à l'augmentation du volume du contentieux. Au vue de quelques données disponibles, la réflexion autour de ces deux mouvements suggère que la médiation, bien que plus connue et incorporée dans la scène des sociétés actuelles, le cas du Brésil en dit long, ne fait pas encore objet d'un consensus, étant encore vue avec méfiance par une large partie de la population, qui ne reconnaît que dans la « justice des juges » le fondement d'autorité capable d'organiser, en la régulant, la vie sociale. En ce sens, pour que la médiation cesse d'être considérée comme une « justice au rabais », il faut qu'elle soit identifiée à un autre « mode d'expression du juste », différent de la justice officielle, ni meilleur, ni pire. Un mode qui, d'après sa propre déontologie, ses principes et sa méthodologie, répondra différemment à des questions qui sont tout aussi différemment posées. Ce d'éviter la confrontation entre médiation et justice officielle serait, ainsi, une forme de parier à l'établissement d'une dynamique de coopération – et pas plus de soumission ou de colonisation - entre elles, au profit des citoyens.

Par ailleurs, par l'articulation entre autonomie et solidarité, je fais ici référence au besoin d'associer le discours basé sur l'*empowerment* des citoyens, très récurrent quand on parle de médiation, à celui plutôt dirigé vers le soin des liens sociaux, pour lequel les pratiques de médiation semblent être bien préparées. À en juger par ses outils et son *modus operandi*, les médiations présentent la création et le maintien de la solidarité comme leur trait diacritique, et en raison de cela confirment l'impondérabilité des liens au sein de la vie politique. À l'heure actuelle, quand l'homme est décrit comme un « homme sans liens », d'après l'expression célèbre de Baumann, une telle caractéristique ne saurait pas passer inaperçue, encore moins celle du pluralisme. Or, les sociétés occidentales

contemporaines se trouvent aujourd'hui dans un carrefour entre différents types de justice et de droit. Elles sont en quête d'un modèle juridique de régulation sociale qui soit le plus adapté à la pluralité d'acteurs sociaux, d'arènes de participation et d'expression de la citoyenneté. Dans cette quête, la médiation semble jouer un rôle fondamental puisqu'elle arrive au mieux à satisfaire et à concilier les attentes croissantes d'autonomie personnelle et la nécessité de revigorer les solidarités communes. Le discours portant sur *l'empowerment* des participants va de pair avec celui afférent au maintien/à l'entretien des liens entre eux. Par ailleurs, ne pouvant et ne devant pas agir toute seule, la médiation rappelle, également, l'importance de la justice et du droit étatiques eux-mêmes. Un jugement d'adéquation étant le seul capable de juger de la pertinence ou non de ces différents modes de gestion par rapport à un cas particulier, dans le contexte de partage du grand champ de la régulation sociale, où les logiques de l'alternativité, de la complémentarité, de la substitution sont de façons égales et concurrentes agissantes. La relation étant asymétrique entre eux, compte tenu du poids des fondements dogmatiques à l'origine de l'institutionnalisation de la vie et, plus particulièrement, de la tradition juridique classique, un nouveau consensus entre juristes et non-juristes doit néanmoins advenir afin de démarquer au mieux les frontières entre des pratiques différentes, tout en mettant en valeur l'importance et l'intérêt des unes et des autres.

Alors, le développement des médiations – je rehausse ici la médiation citoyenne – dépendra de la façon dont on va les énoncer, les pratiquer, ainsi que la place que nous leur reconnaitrons dans la grande arène de la régulation sociale, pour qu'elles puissent effectivement animer des changements. Cela se fera par la formation à la médiation, par la communication ou transmission que l'on en aura, la sensibilisation des enfants - et jeunes en général - à ses principes, l'engagement de ses praticiens contre tout charlatanisme. L'État, de par ses pouvoirs, y contribuera, bien entendu ; il le fait déjà.

Pourtant, des efforts contribuant à un éventuel passage de la médiation en tant que simples « alternative » à la voie judiciaire à mode « premier » de résolution des conflits, méritent quelques mises en garde. Je pense au Nouveau Code de procédure civile brésilien, mais pas uniquement, à en juger, par exemple, par la récente réforme du Code de procédure civile du Québec (en vigueur depuis 2016), qui prescrit que «les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux», ainsi que, dans le cas français, le décret du 11 mars 2015 et du

projet justice du XXIème siècle, qui incite à recourir à des modes de résolution amiable des différends, en particulier en obligeant les parties à indiquer, dans l'acte de saisine de la juridiction, les démarches de résolution amiable précédemment effectuées.

L'exemple brésilien peut à nouveau se prêter d'illustration aux difficultés qui s'annoncent. À l'origine d'un projet qui avait transformé le visage de la justice brésilienne au début des années quatre-vingt-dix, notamment par la création des tribunaux d'instances, spécialisés dans les petits litiges, le magistrat Kazuo Watanabe aurait, dix ans après, formulé l'avertissement suivant : la médiation, entraînée de manière obligatoire au cœur du procès classique, ne fera que de se transformer dans un rite protocolaire, un formalisme vidé de sens ; il faut la laisser au choix et à l'arbitre des parties et, par ailleurs, insister sur le fait que le juge, dans la phase d'instruction du procès, soit plus actif et essaie de trouver la conciliation avec les parties. L'auteur brésilien observait, en fait, que la conciliation, prévue dans le code de procédure civile de l'époque, était devenue, du fait de la pratique désengagée de juges en manque de décision, une simple formalité et que la médiation – qui ferait encore son entrée dans la législation et par conséquent dans la voie judiciaire – risquerait de pâtir de ce même danger. Parallèlement, en France, le principe de la « double convocation », puis la « convention de procédure conventionnelle » (*collaborative law* à la française) poseraient des questions semblables.

Ces « tribunaux spéciaux », compétents pour connaître des petits litiges civils et pénaux, selon des critères de l'oralité, la simplicité, l'informalité et de la célérité, ont été considérées par les professionnels du droit et par la littérature comparée comme l'une des « plus radicales innovations de la justice civile » de l'époque, puisqu'elles ont contribué à faire entrer dans les palais de justice ceux qui n'y songeaient aucunement. Cependant, ils n'ont pas tardé à connaître de nombreux problèmes concernant la croissance de la demande : une recherche assez récente démontre que le nombre de procès a augmenté de plus de 1000% depuis leur création. Cette augmentation, étroitement liée à l'élargissement de leurs compétences, aurait, d'une certaine manière, paralysé le fonctionnement des tribunaux d'instance, surtout en ce qui concerne l'adéquation, la qualité des décisions et la rapidité procédurale. La justice étatique tue sa création, comme une Médée jalouse ses enfants...

L'exemple se devrait d'être édifiant : tant qu'elle sera sous l'emprise du pouvoir judiciaire, la médiation, ainsi comme la conciliation dans le passé, sera la proie de mécanismes très forts de récupération et de mimétisme institutionnel. Le seul établissement de services (judiciaires ou pas) de médiation ne semble pas pouvoir décroître le nombre de procès devant les juges. Au contraire, des situations nouvelles peuvent y trouver une place, en quête d'un traitement judiciaire qui n'était pas possible ou accessible auparavant. Rappelons-nous de l'amour de l'Un et de son pouvoir d'attraction. Insister sur la nature particulière de la médiation en tant que mécanisme de régulation sociale basé sur le soin des relations et la promotion des solidarités, semble, pour l'instant, le seul moyen d'éviter son effacement, sa dénaturation, face à une justice qui ne sait se reproduire que par elle-même et qui ne reconnaît que ses propres fondements dogmatiques. S'il est vrai que les cultures « théâtralistent ou mettent en scène une figure de Vérité en laquelle elles croient », tentons, par des médiations authentiques, de bâtir une Vérité nouvelle qui nous rappelle notre condition commune.

Avant de conclure, j'aimerais dire que j'étais très sensible à quelques interventions d'hier, en apprenant qu'au Québec le pouvoir judiciaire connaît de moins en moins de dossiers et que les juges y sont formés autrement. Mon propos néanmoins fait référence à des contextes fort différents de celui-ci, qui peuvent d'ailleurs s'en inspirer.