

La médiation, ou la réalisation non contentieuse du droit

LE MONDE DU DROIT

22 JUILLET 2020



INTERVIEWS

Le Professeur Fayez Hage Chahine (ci-après, FHC) expose sa vision de la médiation à l'avocat David Lutran (ci après, DL) à l'occasion d'un entretien à Beyrouth le 28 décembre 2019.

DL : Quelle est l'utilité du droit à l'heure où nombreux sont ceux qui déplorent qu'il soit devenu bavard et excessivement technique du fait de la prolifération réglementaire ?

FHC : Le droit, à mon avis, devrait être envisagé sous l'angle de son utilité, puisque les hommes vivant en société ne peuvent s'en passer, conformément à l'adage : « *Ubi societas ibi jus* » (là où il y a une société, il y a du droit). Le droit est indispensable. Il s'agit surtout d'éviter l'abus de son utilisation et les méfaits de son inflation.

Pour restituer son utilité au droit, il s'agit de l'appliquer avec mesure et discernement comme son symbole – la balance – l'indique.

DL : Les modes amiables doivent-ils être perçus comme un remède à la prolifération normative et aux difficultés qui en découlent pour permettre de rendre une justice intelligible et efficace ?

FHC : L'amitié exclut le droit a dit Aristote. Les modes amiables constituent un démenti à cette affirmation dans la mesure où ils marquent un abandon des solutions de la loi dans leur rigidité technique au profit du bon sens et de l'équité.

Les jugements, en France comme au Liban, sont rendus « au nom du peuple ». Plus les solutions du litige sont intelligibles et efficaces, plus on est près du peuple au nom duquel les décisions sont rendues.

DL : Les conflits judiciaires sont très longs, les réponses qui y sont apportées imparfaites. Quelle est l'utilité du conflit ? Quelles sont ses potentialités ? Comment l'avocat devrait-il appréhender le conflit ? Pourquoi une résolution contentieuse plutôt qu'amiable (et vice versa) du conflit ?

FHC : Tout conflit est en soi détestable. Il faut utiliser tous les moyens en vue de l'éviter. Le procès est l'*ultimum subsidium*, l'ultime recours.

L'avocat doit appréhender le conflit comme pouvant déboucher non seulement sur la saisine du juge – cette voie n'étant pas fatale – mais sur d'autres saisines, qu'il s'agisse d'un arbitre ou d'un médiateur. Il doit se placer sur le terrain de l'intérêt légitime du client, et non sur celui de son propre intérêt. S'il trouve qu'il est plus opportun pour le client de s'orienter vers la voie amiable, il ne devrait pas hésiter à le conseiller de choisir cette voie.

Mon expérience d'avocat libanais me conduit à constater que les clients, au Liban à tout le moins, n'apprécient pas beaucoup l'avocat « rapace », qui allume le feu en ne proposant qu'une seule option : le procès.

DL : « Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès » dit le proverbe. Pourquoi ? Où se situe la supériorité qualitative de la médiation par rapport au procès ?

FHC : Ce proverbe rappelle un proverbe chinois selon lequel « celui qui va au tribunal pour récupérer le coq finira par vendre la vache ». Comme il renvoie au proverbe libanais selon lequel « l'accord à l'amiable est le seigneur des jugements ».

Cette sagesse populaire qui est, semble-t-il, universelle, suffit à mettre en relief la supériorité qualitative de la médiation par rapport au procès. Il s'agit de recouvrer son droit dans la paix. C'est la meilleure manière de régler les problèmes dans les rapports des individus entre eux et dans leurs rapports avec la société.

DL : Expliquer la médiation par le droit pourrait-il contribuer à son plus grand développement ?

FHC : Dans la médiation, le droit est relativisé, assoupli mais il n'est jamais abandonné. Ce qui est mis à l'écart est la sécheresse de la technicité, le « juridisme ».

La situation du médiateur se rapproche de celle de l'arbitre amiable-compositeur qui statue en équité sans être affranchi d'appliquer les principes généraux et les règles d'ordre public.

Le droit pourrait contribuer au plus grand essor de la médiation, dans la mesure où il constitue la « colonne vertébrale » de la solution trouvée avec l'aide du médiateur. La solution a besoin de l'autorité du droit pour mettre fin au litige, de manière efficace et durable.

DL : Qu'est-ce que la réalisation non contentieuse du droit ?

FHC : C'est une opération par laquelle le titulaire d'un droit obtient satisfaction en dehors d'un procès. Elle se rencontre, par exemple, dans l'hypothèse où le débiteur, l'emprunteur, paie à son créancier, le prêteur, le montant de la dette à l'échéance sans qu'il y soit contraint par un jugement.

La réalisation non contentieuse du droit relève du « normal » alors que la réalisation contentieuse du droit relève du « pathologique ».

DL : Quelles qualités attendre d'un médiateur dans l'intérêt du dossier ? A quel moment survient la confiance dans la médiation ?

FHC : Les qualités du médiateur sont les suivantes : l'impartialité, l'intelligence, la culture (et notamment la culture juridique), le bon sens, la patience (« avoir du souffle »), être « proche du cœur », l'intuition (qui permet de comprendre l'état d'âme des parties), la sagesse, avoir une bonne mémoire, et savoir être ferme sans verser dans l'agressivité.

Il est important d'opérer un dosage entre ces diverses qualités.

Cette question du dosage me rappelle l'intervention d'un professeur chinois francophone d'économie politique lors d'une conférence à l'université Saint Joseph de Beyrouth.

A la question posée : « *pourquoi le gouvernement chinois a-t-il réussi à mettre en place un plan de réforme économique alors que beaucoup d'autres pays n'ont pas réussi à le faire ?* », le conférencier avait répondu : « *parce que le gouvernement chinois n'a pas utilisé la technique de l'architecte (la règle, le compas, les angles, les lignes, la forme géométrique, etc...) mais celle du cuisinier (les dosages suivis de dégustations)* ».

DL : Vous distinguez l'autorité de la chose jugée de l'autorité de la chose convenue ? Qu'est-ce que cela veut dire ?

La solution trouvée à la suite de la médiation doit être respectée.

L'accord final issu de la médiation qui formalise la solution des parties à leur litige n'est pas un accord comme les autres résultant de la seule rencontre de l'offre et de l'acceptation.

En effet, il est le résultat d'un effort humain collectif accompli par plusieurs acteurs : les parties, leurs avocats s'ils ont été impliqués dans la médiation, le médiateur, le juge (en cas de médiation judiciaire et/ou d'homologation de l'accord issu de la médiation), les experts et autres « sachants » éventuellement sollicités pour les besoins de la médiation.

La « *force obligatoire* » de l'accord issu de la médiation mérite d'être appelée « *autorité* », à l'instar d'un jugement, et la solution à laquelle on arrive par la voie de la médiation mérite d'être appelée « *chose* », comme en matière de jugements.

Seulement cette chose, au lieu d'être « *jugée* », est « *convenue* ».

DL : Quel serait le symbole de la médiation ?

FHC : La paix, ou la balance sans le glaive.

DL : La « *vérité judiciaire* » est par essence relative. La médiation peut-elle faire triompher « le vrai » ? Dans l'affirmative, de quel « vrai s'agit-il » ?

FHC : Si la vérité judiciaire est par essence relative, la vérité issue de la médiation l'est a fortiori, d'autant plus qu'elle découle d'une convention soumise au principe de l'effet relatif. D'ailleurs, le rôle de la médiation n'est pas d'instaurer le vrai dans l'absolu mais de résoudre les conflits de façon concrète en les envisageant dans leurs aspects réels.

DL : L'essor de la médiation va-t-il impacter la façon dont la justice sera rendue ? Comment voyez-vous l'articulation entre les modes dits alternatifs et la justice judiciaire à l'avenir ? Entre la médiation et l'arbitrage ?

FHC : L'impact de la médiation sur la façon dont la justice est rendue interviendra, à mon sens, dans un second temps.

Dans un premier temps, la justice étatique doit favoriser la justice issue de la médiation comme elle l'a fait pour la justice arbitrale. L'essor de la médiation dépend du respect accordé par la justice étatique aux solutions résultant de la médiation. Cet essor, une fois réalisé, impactera la façon dont la justice sera rendue.

L'article 1194 du Code civil français dispose que « *les contrats obligent non seulement à ce qui est exprimé mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* ». Par ailleurs, la Cour de cassation accorde de plus en plus un rôle aux principes généraux du droit, en ce qu'elle casse des arrêts des cours d'appel en visant ces principes au lieu de viser un texte de loi.

L'impact de l'essor de la médiation sur la façon dont la justice sera rendue se traduira par une importance accrue accordée par la justice étatique à l'équité, aux usages et aux principes généraux du droit.

Quant à l'articulation entre la médiation et l'arbitrage, je crois que la médiation sera à l'arbitrage ce que fut ce dernier à la justice étatique. Les parties ont fait appel à l'arbitrage en vue d'éviter la lenteur et le coût de la justice étatique. Or, l'arbitrage est devenu à son tour long et coûteux. Il est donc légitime de penser que les parties choisiront la médiation pour éviter cette lenteur et ces coûts.

DL : Faut-il faire de la médiation un préalable obligatoire au procès judiciaire ?

La réponse à cette question dépend de la source du caractère obligatoire du recours préalable à la médiation : la loi ou l'accord des parties.

Dans le premier cas, le recours préalable obligatoire ne sera imposé qu'en vertu d'un texte spécial explicite d'interprétation stricte, le principe étant la liberté contractuelle. Ceci évoque la notion de « *contrat imposé* » (comme l'assurance automobile), qui n'est applicable qu'en vertu d'un texte d'exception considéré comme étant d'ordre public.

Dans le second cas, le recours sera voulu par les parties conformément au principe de la liberté contractuelle. C'est-à-dire valable sauf contrariété à l'ordre public ou aux dispositions impératives de la loi. Il convient de préciser que, de plus en plus, on trouve dans la pratique des clauses compromissaires qui exigent le recours préalable à la conciliation ou à la médiation avant de mettre en mouvement le processus arbitral.

DL : Le procès dépossède-t-il les parties de leur conflit. Dans l'affirmative, pour quelles raisons ?

Je suis d'avis que le procès dépossède les parties de leur agressivité mais non de leur conflit

En effet, les articles 1, 2 et 4 du Code de procédure civile (CPC)¹ relatifs à l'objet du litige judiciaire ne permettent pas d'affirmer que le procès dépossède les parties de leur conflit puisqu'ils consacrent le principe selon lequel le procès est la chose des parties.

En revanche, dans les hypothèses où la loi consacre l'office du juge comme le font les articles 3, 8, 10, 11, 12 et 13 Code de procédure civile², on peut estimer que le procès dépossède les parties de leur conflit dans les limites des pouvoirs accordés au juge.

DL : Qu'est-ce que le « *miracle judiciaire* » ? Comment et à quel moment opère-t-il ?

FHC : La réponse à ces deux questions se trouve dans la préface de feu Jean Vassogne, alors Premier Président de la Cour d'appel de Paris, à l'ouvrage de Cezar-Bru – Hebraud – Seignolle et Odoul – « La Juridiction du Président du tribunal – tome 1- Des référés ».

Soucieux de l'efficacité de la justice, ce magistrat se faisait l'écho des préoccupations des justiciables, « *attend[ant] de leurs juges une solution à leurs litiges. Une solution, c'est-à-dire une mesure ordonnée en temps utile, même si elle doit être juridiquement rustique, de préférence à une décision savamment élaborée, mais tardive, donc inutile* ».

Solution dont la recherche se fait en commun, « *parties et avocats réunis dans le cabinet du juge* », lequel, « *en étant suffisamment savant pour être simple, suffisamment passionné pour être convaincant, sans être inquisiteur* » permet la survenance de ce « *miracle judiciaire* » qu'il appelait de ses vœux, c'est-à-dire « *l'adhésion de tous à la juste mesure* », « *une mesure qui souvent n'est pas simplement provisoire mais consacre l'extinction complète du litige* ».

DL : Pour conclure, comment envisagez-vous l'avenir de la médiation au Liban à la suite de la loi n° 82/2018 du 10 octobre 2018 ? la médiation pourrait-elle contribuer à pacifier le climat dans le pays ?

La médiation fera son chemin au Liban. Elle a de l'avenir pour les raisons suivantes.

D'une part, la médiation n'est pas contraire aux mœurs des Libanais. Le Liban est un petit pays où les gens se connaissent. Historiquement, les Libanais préféraient les solutions élaborées par les parents, les amis ou encore les notables du village aux décisions rendues par un tribunal, qui était de surcroît présidé par un juge nommé par la puissance étrangère (le Wali ottoman et plus tard le Haut-Commissaire français)

D'autre part, les jeunes avocats libanais sont de plus en plus sensibles à l'idée de médiation.

Enfin, les Libanais n'ont pas une grande confiance dans leur justice aujourd'hui. Plus cette confiance est faible, plus le recours à la médiation sera fréquent. Lors de la « révolution du 17 octobre 2019 », les Libanais ont unanimement dénoncé la corruption des magistrats protégés par les politiciens et ont fait valoir leur droit à une justice transparente, efficace et indépendante n'ayant pour maître que le droit et la conscience au sens moral du terme.

Pour conclure, je souhaiterais souligner qu'on enseigne que l'entente est l'âme des conventions, il ne serait pas faux d'affirmer qu'elle est au cœur des bonnes solutions.

Fayez Hage Chahine est Agrégé des Facultés françaises de droit, Doyen honoraire de la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université Saint-Joseph de Beyrouth et de Dubaï, Avocat aux Barreaux de Beyrouth et de Paris.

David Lutran est Avocat au Barreau de Paris, Médiateur agréé par le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP – France), référencé auprès du Centre National de Médiation des Avocats (CNMA – France) et inscrit sur la liste des médiateurs de la Cour d'appel de Paris (France).

1. Article 1 du CPC : « *Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi* ».

Article 2 du CPC : « *Les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent. Il leur appartient d'accomplir les actes de la procédure dans les formes et délais requis* ».

Article 4 du CPC : « *L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.*

Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant ».

2. Article 3 du CPC : « *Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires* ».

Article 8 du CPC : « *Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige* ».

Article 10 du CPC : « *Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles* ».

Article 11 du CPC : « *Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.*

Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime ».

Article 12 du CPC : « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.*

Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.

Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé ».

Article 13 du CPC : « *Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige* ».