

[4 | 2023]

ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

RENÉ RALL / PIERRE-DOMINIQUE SCHUPP / MARC LABBÉ /
MORITZ MAURER

SAV im Austausch mit internationalen
Berufsorganisationen /
L'importance, pour la FSA, d'entretenir
des échanges avec les organisations
professionnelles internationales

SEITE / PAGE 151

TANO BARTH

Opportunités et défis de l'informatique
pour l'avocat

SEITE / PAGE 171



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

1898-2023
125
Jahre

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA	147
IM FOKUS DES VORSTANDS SAV	148

THEMA / QUESTION DU JOUR

SAV im Austausch mit internationalen Berufsorganisationen / L'importance, pour la FSA, d'entretenir des échanges avec les organisations professionnelles internationales	
René Rall Einleitung	151
René Rall Introduction	153
Pierre-Dominique Schupp Le Conseil des barreaux européens (CCBE)	155
Marc Labbé La Fédération des Barreaux d'Europe (FBE)	158
Moritz Maurer AIJA – Die Vereinigung von und für junge Anwältinnen und Anwälte	160
Christian Lippuner Organtätigkeit in Immobiliensitzgesellschaften	165
Patrick Sutter / Carmen Kamm-Licini Anwältin, Unternehmerin, Anwaltsverbandspräsidentin und Familie ohne Fremdbetreuung: «Ja, bitte»	167

ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU

Tano Barth Opportunités et défis de l'informatique pour l'avocat	171
Guillaume Choffat La médiation dans tous ses états	181

RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE

	188
--	-----

SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX

Der SAV teilt mit / La FSA vous informe	190
---	-----

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
26. Jahrgang 2023 / 26^e année 2023
ISSN 1422-5778 (Print)
e-ISSN 2504-1436 (Online)

Erscheinungsweise / Parution
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitervorschlag / Suggestion de citation
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par
Stämpfli Verlag AG
Schweizerischer Anwaltsverband /
Fédération Suisse des Avocats

Co-Chefredaktion / Co-rédacteurs en chef
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vl)
Koehnergasse 6, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40
peter.vonins@bern.law

RA Dr. iur. Patrick Sutter
Sammelenweg 93, CH-8808 Pfäffikon SZ
Tel. 055 410 73 73
ps@sutter.legal

**Kontakt Verlag /
Contact maison d'édition**
Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
www.staempfliverlag.com
anwaltsrevue@staempfli.com
revueavocat@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)
Livia Kunz, MLaw (LKu)

Sekretariat SAV / Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321,
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16
info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces
Stämpfli AG
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 82
mediavermarktung@staempfli.com

Auflage / Tirage
10 286 Exemplare / exemplaires
(notariell beglaubigt / authentifié par
un notaire)

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Periodika
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88
zeitschriften@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.
Les membres de la FSA s'adressent
directement à la FSA pour leurs **change-
ments d'adresse**.

Preise / Prix
Jährlich / Annuel:
CHF 255.-, EUR 291.- (Print und Online);
CHF 195.-, EUR 195.- (Online)
Studenten / Etudiants: CHF 135.-
Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 32.-, EUR 32.-
Mitglieder des SAV gratis /
Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2,5% MwSt. /
Tous les prix incluent la TVA de 2,5%
Die Preisangaben in € gelten nur
für Europa.
Les prix indiqués en € ne sont valables
que pour l'Europe.
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate
vor Ende der Laufzeit möglich. /
Résiliation de l'abonnement possible
par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de
l'abonnement.

Copyright
©Titel <<Anwaltsrevue / Revue de
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-
verband, Bern
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-
scher Anwaltsverband, Bern.
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher
noch nicht im Druck erschienene Original-
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-
schliessliche Recht zur Vervielfältigung
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-
verband übergeht. Jede Verwertung und
Vervielfältigung bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /
Tous droits réservés. La revue est protégée
par la législation sur le droit d'auteur.
Ne sont publiées que des contributions
originales qui n'ont pas encore été diffu-
sées sous forme imprimée. Les contribu-
tions ne sont acceptées qu'à la condition
que le droit exclusif de reproduction et de
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.
Toute exploitation et reproduction néces-
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen
und Autoren geäußerte Meinungen und
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-
gen der Redaktion oder des SAV decken. /
Les opinions exprimées dans cette revue
par les auteurs sont personnelles et n'en-
gagent ni la rédaction ni la FSA.

LA MÉDIATION DANS TOUS SES ÉTATS

OU COMMENT TENTER DE GUÉRIR LES BLESSURES ÉMOTIONNELLES

GUILLAUME CHOFFAT

Avocat, CAS en médiation et résolution des conflits

Mots-clés: médiation, conflits, gestion, émotions

La médiation (qu'elle soit réussie ou infructueuse) demeure un outil puissant pour la résolution des conflits et la diminution de la violence dans les rapports interpersonnels. Cette méthode alternative de résolution des conflits permet également un renforcement de la posture professionnelle de ceux qui la pratiquent ou la recommandent, tant les magistrats que les avocats et les parties. Bien que la médiation reste encore insuffisamment utilisée, elle représente toutefois une plus-value certaine pour tous les praticiens de la «relation d'aide» qui pourraient y avoir recours.

I. Introduction

Depuis mes premiers pas dans le milieu judiciaire et la profession d'avocat, j'ai été projeté dans un monde complexe à appréhender, comprendre et maîtriser; c'était un monde fait de nombreux codes (de conduite et de communication) qui me semblaient difficiles d'accès, où les attitudes et les apparences jouaient un rôle considérable, au point de ne plus vraiment savoir quelle était ma place, ce que l'on attendait de moi, comment je pouvais ou devais me comporter, ce que j'avais le droit de dire et de penser, ou même de ressentir, de faire ou ne pas faire.

L'exigence d'intégrité et d'impeccabilité qui était une condition sine qua non pour intégrer ce nouveau monde (l'avocat doit prêter serment devant l'autorité judiciaire et jurer ou promettre d'exercer sa mission avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité) me dépassait, alors que tout ce que je voyais me semblait être une scène de théâtre où les faux-semblants sortaient souvent vainqueurs.

Pour être en adéquation avec ce monde nouveau, je devais mettre un voile sur tout un pan de ma personnalité. C'était un exercice douloureux et coûteux psychologiquement, car je provenais de lieux où l'on pouvait tout dire, crier et évacuer et où le conflit pouvait redescendre aussi vite qu'il s'était enflammé.

Avec cette entrée dans l'avocature, mes émotions revenaient régulièrement me fatiguer. Elles étaient fortement éprouvées par la prise de conscience et la peur de mes propres limites. Face à cette peur, mue ensuite en colère, puis en tristesse, je me promettais de ne plus jamais me laisser déstabiliser et perturber par des émotions né-

gatives, tout en sachant pertinemment que c'était une cause perdue d'avance.

Quelle était alors la recette miracle pour simplement faire ce que je voulais faire tout en étant serein? Comment ne pas être déstabilisé par ces émotions? Devrais-je toujours contenir mon ressenti par peur d'être maljugé ou manipulé? Comment pourrais-je «rivaliser» dans ce monde fait de compétition et où j'avais l'impression que d'autres tiraient mieux leurs épingles du jeu?

Ces questionnements et culpabilisations revenaient en boucle. Malgré aussi quelques passages en thérapie/coaching, je devais me rendre à l'évidence que j'étais simplement un humain faillible, dans une société faillible, au sein d'un système qui avait ses limites et avec lequel il fallait composer.

L'envie m'est alors venue de me confronter de plus près à la médiation et de suivre une formation agréée dans ce domaine auprès de l'Université de Fribourg. Cette idée m'avait toujours suivi depuis une dizaine d'années, jusqu'à ce que je me décide enfin à découvrir cet outil peu clair (que l'on nous présentait comme un «mode alternatif de résolution des conflits») et qui s'est avéré finalement être un soulagement et une bouffée d'oxygène.

Enfin, il était possible – tout étant un praticien du droit quotidiennement en proie à ses propres émotions et celles des autres – d'accueillir les émotions les plus profondément enfouies (les siennes et celles des autres), dans un espace de parole sécurisé, sans débordements, sans craintes et sans préjugés. Et ceci, avec le souci de répondre aux besoins ressentis par tous de compréhension, non-jugement, inclusion, appartenance, affection et, de manière

générale, de pérennisation et de continuation des liens. La société humaine repose sur la connexion, l'interaction et la relation, qu'elle soit conjugale, parentale, maternelle, paternelle, filiale, fraternelle, familiale, amoureuse, sexuelle, amicale, professionnelle, confraternelle, commerciale, financière, etc.

La présente contribution ne prétend pas à l'exhaustivité, mais elle émane avant tout d'une réflexion personnelle intense menée pendant ma formation à la médiation et qui a été appuyée par quelques sources et références bibliographiques. Elle n'a donc pas la prétention du vrai ou du faux, du juste ou de l'injuste, du correct ou de l'incorrect, de l'exact ou de l'inexact. Elle vise essentiellement et humblement à permettre à celles et ceux pour qui ce préambule ferait résonance de s'intéresser d'un peu plus près, eux aussi, à cet outil, thérapeutique, cathartique et apaisant, qu'est la médiation.

Nous rappellerons donc d'abord brièvement le cadre légal et d'où vient l'impulsion pour implémenter un processus de médiation (II. A.) et quelles sont les principales étapes du processus de médiation (II. B.). Dans un deuxième temps, avant de conclure (III.), nous concentrerons la réflexion sur les aspects psychologiques de la médiation (II. C.) et sur les qualités indispensables du médiateur (II. D.).

II. Analyse des aspects juridiques et psychologiques d'un processus de médiation

Du latin «*mediare*» – qui signifie être au milieu de ou s'interposer –, la médiation selon son sens premier réside dans l'action de servir d'intermédiaire entre deux êtres. Il s'agit donc d'un moyen indirect par lequel on fait connaître un message ou une intention ou d'une entremise pour mettre d'accord deux ou plusieurs personnes, d'où le caractère dit «*multipartial*» de la médiation.

Le but de la médiation n'est pas de convaincre ou de résoudre un conflit à la place des parties. Il est avant tout d'essayer de restaurer ou guérir une relation ou des liens abîmés. De permettre de libérer, par la parole, des émotions bloquées et gouvernées par des systèmes de pensées et des échelles de valeurs divergeant et limitant. De permettre à chaque partie d'entendre et de tenir compte d'un autre point de vue que le sien. De sortir de schémas purement oppositionnels et de renverser des perspectives. De se dire tout simplement les choses qui n'ont pas pu être dites avant en apprenant à s'écouter et se voir soi-même et l'autre aussi. Tout ceci, avec pour finalité de créer les conditions pour que les parties soient remises en capacité de trouver des solutions négociées émergeant d'elles-mêmes et de clarifier leurs positionnements, attentes, besoins et intérêts.

La médiation est donc un mode alternatif de résolution des conflits qui peut intervenir dans tous les domaines de la vie où une interaction humaine et des rapports de force existent entre deux ou plusieurs individus et dès qu'un conflit ou de la violence naît entre ces individus. La médiation concerne donc au minimum deux personnes ou des groupes de personnes.

En lien avec des litiges dits civils, la médiation peut être nécessaire pour apaiser et ramener un lien fonctionnel, de la collaboration et de la communication entre des gens pris en conflit au sein de relations diverses. Il peut s'agir de relations amoureuses (ou d'amitiés), conjugales, familiales ou successorales. Ou encore de relations professionnelles (entre des collaborateurs, avec ou sans implication de la hiérarchie, que cela soit au sein d'entreprises privées ou d'administrations publiques), d'affaires commerciales (relations entre co-contractants, partenaires commerciaux, membres de conseils d'administration, actionnaires, organes de gouvernance, etc.), entre des locataires (avec ou sans implication des propriétaires), entre des voisins copropriétaires. Voire même de relations entre divers partenaires dans les milieux de la santé (assurés versus assurances), dans le domaine de l'environnement, etc.

En matière pénale (que cela soit en droit pénal des adultes ou des mineurs), la médiation peut trouver du sens pour permettre à des victimes d'infractions de purger des traumatismes émotionnels causés par les infractions subies en confrontant les auteurs desdites infractions aux conséquences de leurs comportements sur la vie de leurs victimes. Il ne s'agit pas d'un processus de culpabilisation, mais au contraire, de responsabilisation. On parle alors de justice restaurative ou restauratrice, à savoir un processus (avec une valeur ajoutée élevée et intéressante pour la bonne marche de la société) devant permettre aux victimes de reconquérir leur liberté de vivre (tout en reprenant leur part de responsabilité), et aux auteurs d'éviter les récidives en comprenant, par la prise de conscience de leurs actes et non la simple sanction de l'État, l'impact et les conséquences de leurs comportements sur l'autre et eux-mêmes.

1. L'impulsion de la démarche de médiation et le cadre légal

La mise en œuvre d'un processus de médiation et de son bien-fondé doit s'examiner d'abord à la lumière du contexte de la relation entre les parties et du stade de développement de leur litige. Mise en perspective d'une procédure judiciaire, la médiation peut intervenir avant, pendant ou après un processus judiciaire, les enjeux n'étant alors pas les mêmes pour les protagonistes. Ainsi, selon le stade d'avancement du litige, l'impulsion de la démarche ne sera pas la même non plus. Cependant, que l'on se trouve avant, pendant ou après une procédure judiciaire, les parties restent toujours totalement maîtresses de l'objet de leur conflit et de la manière dont elles souhaitent le résoudre.

La première impulsion pour entreprendre un travail de médiation est celle des parties elles-mêmes qui peuvent, à tout moment, choisir de faire appel, de façon librement consentie, à l'aide d'un médiateur qu'elles désigneront d'un commun accord. Si une procédure judiciaire est déjà engagée, les parties gardent la liberté de requérir du juge qu'il suspende leur procédure pendant une certaine durée afin de leur permettre de tenter de résoudre leur affaire

entre elles, avec le médiateur de leur choix. Les avocats jouent alors un rôle déterminant pour amener leurs clients à ce type de réflexion et pour leur offrir la possibilité de prendre leurs responsabilités pour tenter de parvenir au bout de leur conflit de façon extrajudiciaire.

À cet égard, rappelons que le Code de procédure civile suisse (ci-après: «CPC») permet, au stade de la conciliation déjà (qui est un prérequis procédural dans quasiment toutes les procédures civiles à l'exception des procédures de divorce et de mesures protectrices de l'union conjugale notamment), de remplacer la conciliation par une médiation conformément à l'art. 213 CPC. Lorsque la procédure a déjà été engagée sur le fond et dépassé le stade de la conciliation, la médiation peut être requise conformément à l'art. 214 al. 1 et 2 CPC qui prévoit que, en tout temps, soit le juge peut conseiller aux parties de procéder à une médiation, soit les parties peuvent requérir du juge qu'il accepte l'ouverture d'une procédure de médiation. La procédure reste alors suspendue jusqu'à la révocation de la requête de médiation ou jusqu'à la communication de la fin de la médiation (cf. art. 214 al. 3 CPC), étant rappelé que l'art. 126 CPC permet au tribunal d'ordonner la suspension de la procédure pour des motifs d'opportunité, la médiation entrant dans ces motifs au même titre qu'une autre procédure (par exemple pénale ou administrative) menée parallèlement à la procédure civile.

Dans les procédures menées par-devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) ou le tribunal civil, lorsque l'objet du litige est la protection de l'enfant au sens des articles 307 ss du Code civil, le recours à la médiation est prévu aux articles 314 al. 2 CC et 297 al. 2 CPC. Rappelons que le Tribunal fédéral et la doctrine considèrent la médiation comme une mesure de protection de l'enfant au sens de l'art. 307 al. 3 CC, de sorte qu'il peut aussi s'agir d'une mesure prononcée par l'autorité pour œuvrer à la protection des mineurs.

L'organisation de la médiation est toujours du ressort des parties (art. 215 CPC), qui devront se mettre d'accord sur le choix du médiateur et contacter ce dernier, ensemble ou séparément, pour fixer une première séance, puis un calendrier des séances suivantes. Le travail des avocats est donc d'inviter leurs clients à tenter la médiation et à ne pas intervenir dans le processus sauf si leur présence est requise par les parties elles-mêmes et le médiateur. Ce peut être le cas, par exemple, lorsque des questions techniques nécessitent l'expertise des avocats, ou dans des situations de forts conflits et de pertes de confiance ou lorsque l'on se trouve en présence d'enjeux financiers importants.

La médiation est confidentielle (cf. art. 216 al. 2 CPC: «*Les déclarations des parties ne peuvent être prises en compte dans la procédure judiciaire*») et le médiateur peut refuser de collaborer à l'administration des preuves dans la procédure judiciaire (cf. art. 166 al. 1 let. d CPC). Il en résulte que les parties et le médiateur ne pourront divulguer au tribunal que le nombre de séances, les thématiques gé-

nérales abordées, le stade d'avancement du processus ou le résultat de la médiation à l'issue du processus (accord de médiation ou non des parties). Le contenu des échanges ne devra jamais, et sous aucun prétexte, être divulgué dès lors que cela causerait une nouvelle rupture des liens de confiance. Sur le plan déontologique, rappelons que l'avocat qui violerait la règle de la confidentialité de la médiation peut s'exposer à une dénonciation au Bâtonnier de l'Ordre des Avocats, voire même à l'Autorité disciplinaire (Chambre des Avocats dans le Canton de Vaud ou Commission du Barreau à Genève) pour violation des principes de diligence (exercer sa profession avec «*soin et diligence*») et d'indépendance de l'avocat ou même de son secret professionnel (la violation du secret professionnel étant pénale de surcroît, cf. art. 321 CP).

La médiation n'étant pas gratuite (au même titre qu'une procédure judiciaire bien plus coûteuse d'ailleurs), l'art. 218 CPC prévoit que les frais de la médiation sont en principe à la charge des parties (al. 1), sauf dans des affaires concernant le sort des enfants où les parties ont droit à la gratuité de la médiation (al. 2) pour autant qu'elles ne disposent pas des ressources nécessaires (let. a; condition d'indigence) et que le tribunal recommande lui-même le recours à la médiation (let. b; dans ces cas, les tribunaux exhortent les parties à la médiation).

Enfin, à l'issue du processus de médiation, si les parties sont arrivées à un accord, alors elles en informent le juge, en principe par l'entremise de leurs avocats respectifs, et lui communiquent les modalités de leur accord, que ce soit sous la forme d'un courrier au tribunal ou d'une convention à proprement parler. Le juge peut ensuite ratifier l'accord des parties qui a les mêmes effets qu'un jugement entré en force (cf. art. 217 CPC), étant précisé que le tribunal devrait convoquer le plus souvent une audience pour s'assurer du contenu, de la faisabilité et de la conformité de l'accord à des règles impératives (notamment le principe de «l'intérêt supérieur de l'enfant»).

Dans l'hypothèse où la médiation n'aboutit pas à un accord extrajudiciaire, il y a quand même toujours lieu de garder à l'esprit, tant pour les parties que pour les avocats, que le processus aura souvent permis de décanter le litige, de clarifier les positions des uns et des autres, d'offrir un lieu de parole et d'écoute aux parties, d'adoucir aussi le ton dans la procédure et de favoriser parfois même l'émergence de solutions transactionnelles judiciaires.

2. Réflexion sur les principales étapes du processus de médiation

Même s'il n'y a pas de modèle type de ce qu'un cycle de médiation devrait être, les spécialistes, praticiens et enseignants du domaine ont mis en lumière un dénominateur qui devrait être commun à chaque médiation afin de sécuriser les parties et de poser/fixer un cadre là où le chaos risquerait de faire échouer le processus.

C'est ainsi que l'on relève l'existence de quatre phases, voire même d'une cinquième phase si l'on considère que le point de catharsis du processus est une phase à part en-

tière¹. Pour ma part, je considère qu'il existe même six phases, la première étant la phase préparatoire du processus de médiation en vue de l'accueil des médiés.

Ainsi, la première phase consiste à réfléchir à la manière dont le médiateur va accueillir les médiés, comment il va organiser l'espace de médiation (disposition des sièges, table, réflexion sur le lieu où chaque participant au processus, y compris le médiateur, sera assis, préparation de l'énergie du lieu) et comment il va se préparer lui-même aussi intérieurement (au début de chaque processus, le médiateur est un vide ou une page blanche que les parties rempliront de leur histoire; autrement dit, selon le paradoxe du vide, «moins le médiateur en sait, plus il est efficace, car le vide sert les intérêts de tous»²).

C'est donc grâce au vide que le processus peut fonctionner dès lors que lorsque les parties se rendront compte en cours de processus que le médiateur ne sait rien fondamentalement et qu'il ne prend aucune position, chaque médié trouvera alors un moyen de réfléchir plus en profondeur à la situation et devra apprendre à se mettre en capacité d'exprimer ses intérêts et ses besoins, notamment, afin de mener un dialogue qui permettra de dégager des options et des solutions d'accord.

La deuxième phase est celle de l'ouverture de la séance qui permet au médiateur de présenter le cadre du processus aux médiés et à ces derniers de communiquer la perception qu'ils ont de leur réalité. Ainsi, dans cette deuxième phase, le médiateur se présente lui-même (identité, profession, expérience du domaine, formation, etc.), ainsi que sa fonction («*je suis là pour vous accompagner à retrouver un dialogue et une façon de communiquer saine et sereine pour chacun*»). Le médiateur peut aussi rappeler la raison pour laquelle les parties sont ici, ainsi que le but de la médiation («*mon but est de vous offrir un espace de parole sécurisé et de favoriser votre retour à une communication, un dialogue et une collaboration fonctionnels afin de vous aider à retisser un lien de confiance autour des sujets qui vous lient; mon but n'est pas de trouver des solutions, mais de créer une rencontre, entendre et recevoir la parole de chacun, la reformuler pour qu'elle soit entendue et comprise par l'autre partie, quitter vos souffrances et vous aider à faire une synthèse des enjeux pour vous aider à trouver des solutions ou des accords par vous-mêmes*»).

Dans cette seconde phase de création du lien de confiance, il est important que le médiateur rappelle les principes de confidentialité, multipartialité et neutralité afin de renforcer la liberté de parole des parties dans l'espace de médiation. Le médiateur peut informer également que le travail peut se faire en plusieurs séances, que le contenu de la médiation reste confidentiel (y compris vis-à-vis d'une autorité judiciaire; tant le médiateur que les parties et leurs avocats, s'il y en a, ne sont pas autorisés à renseigner le juge sur le contenu d'une médiation, ni à utiliser ce contenu en procédure, et tous doivent se limiter à indiquer si un accord est trouvé ou non et le nombre de séances effectuées ou à effectuer). Le médiateur peut aussi indiquer aux parties que trop de débordements ne seront pas propices au retour à un bon fonctionnement re-

lationnel, mais que tous les efforts doivent être tentés en bonne intelligence et selon le principe de responsabilité de chacun.

Ainsi, dans cette seconde phase, le médiateur devra veiller à donner le même temps de parole à chaque partie et devra les guider en leur fournissant des explications et en leur posant des questions pour clarifier leur situation³.

La troisième phase du processus de médiation doit «*permettre aux parties de se poser des questions l'une à l'autre pour tester leur représentation de la réalité et commencer à vérifier et comprendre quels peuvent être leurs véritables intérêts*»⁴.

La quatrième phase correspond au «point de catharsis», c'est-à-dire l'identification par les médiés des émotions attachées aux intérêts en jeu; l'expression des émotions est un moment qui se situe entre l'écoute de l'histoire de chacune des parties et la recherche des options. Il s'agit d'un espace-temps positif et porteur d'une énergie transformatrice du processus relationnel où il faut veiller à ce que l'escalade des émotions ne devienne pas une phase d'intimidation et où des limites claires doivent être respectées tout en gardant à l'esprit que «*les bénéfiques de la catharsis dépassent largement les risques*»⁵.

Après quoi, les parties entrent dans une cinquième phase où elles explorent leurs différentes options sans se laisser enfermer dans les difficultés de leur passé et, idéalement, il faudrait tenter de rechercher un maximum d'options à ce stade du processus⁶.

Enfin, la sixième et dernière phase doit permettre d'instaurer un plan d'action par lequel les parties choisissent ensemble, parmi toutes les options réfléchies, celles qui peuvent aboutir à la conclusion d'un accord réaliste et durable. C'est souvent à ce moment que des discussions sont menées sur des points de détail plus subtils qui n'ont pas été pensés et abordés jusque-là. Un accord durable peut alors émerger et être conclu lorsque les médiés peuvent répondre aux questions: «*qui fait quoi, quand et comment?*» et qu'ils peuvent déterminer quelles seraient les conséquences pour chacun en cas de non-respect de l'accord⁷.

Tout au long du processus de médiation, le médiateur devrait prêter attention à différentes choses comme: le choix des mots et les reformulations pour ne pas attiser le conflit; dépolluer l'émotionnel; ne pas trop s'attacher au récit; poser des questions ouvertes; garder à l'esprit que son objectif n'est pas de trouver des solutions à la place des médiés, mais de les guider sur le chemin de leur propre solution en créant et facilitant la rencontre et le dialogue.

1 THOMAS FIUTAK, *Le médiateur dans l'arène, Réflexion sur l'art de la médiation*, Toulouse 2019, édition érès, p. 33.

2 THOMAS FIUTAK, *op. cit.*, p. 32.

3 THOMAS FIUTAK, *op. cit.*, p. 35.

4 THOMAS FIUTAK, *op. cit.*, p. 35.

5 THOMAS FIUTAK, *op. cit.*, pp. 35-36.

6 THOMAS FIUTAK, *op. cit.*, p. 35.

7 THOMAS FIUTAK, *op. cit.*, p. 35.

Il y a lieu d'inclure les médiés avec patience et bienveillance dans leur processus et ramener de la bienveillance dans leur rapport. Il est bienvenu de privilégier un rythme de parole calme, lent, doux, posé et apaisant afin de permettre au processus de respirer en ménageant, au besoin, des blancs et des silences.

Le médiateur doit être attentif aussi au respect de l'équilibre du temps de parole, de l'attention et des questions à chacun (le médiateur doit s'intéresser à toutes les parties de la même manière, sans jugements ni parti-pris; il revient toujours vers chaque partie et peut interrompre une partie au profit d'une autre puis revenir à chacun).

La finalité du processus est toujours de viser la reconstruction d'un lien de confiance, du dialogue et le retour à un rapport fonctionnel et collaboratif pour chacun. D'identifier les besoins et les intérêts de chaque partie au processus afin de clarifier les positions des parties (le médiateur peut s'adjoindre l'aide des parties pour les clarifications, ce qui permet aussi d'inclure ces dernières pleinement dans leur processus). D'explorer le négatif exprimé par chacun pour permettre à chacun de mieux se comprendre et se respecter. De nommer les enjeux et ce qui se passe pour chaque partie pour ensuite parvenir à nommer ce qui se passe entre les parties elles-mêmes.

Enfin, il est intéressant encore de se rappeler que les comparaisons devront être évitées le plus possible, car elles seront toujours génératrices de conflit dès lors que lorsque l'on entre dans un mécanisme de comparaisons, soit on dévalorise, soit on survalorise l'autre, ce qui entraîne inéluctablement de la compétition, de la violence et de la peur, des valeurs peu propices à l'émergence d'accords et de paix.

3. Aspects psychologiques de la médiation comme outil de résolution des conflits

La psychologie joue un rôle primordial dans le processus de médiation qui doit permettre de purger, comme une catharsis, les émotions des médiés afin d'ouvrir ces derniers à de nouvelles perspectives de coopération, de les sortir de leurs croyances réciproques négatives et de recréer du lien entre eux.

Ainsi, les émotions sont la quintessence même du conflit et elles occupent une place centrale dans les processus conflictuels, voire même sont omniprésentes; d'ailleurs, les facteurs qui déclenchent les émotions comme la non-atteinte des objectifs poursuivis ou la perception d'un décalage entre ce que nous désirons et la réalité à laquelle nous faisons face, sont les mêmes que les facteurs qui déclenchent les conflits, de sorte que «reconnaître que nous sommes en conflit revient à reconnaître que nous avons été bousculés émotionnellement»⁸.

Les émotions (peur, colère, tristesse, joie, dégoût, culpabilité, regret, honte, mépris, fierté, etc.) sont des réponses à l'évaluation d'une situation spécifique par un individu⁹. Elles agissent sur les niveaux physiologiques (activation du système nerveux), cognitifs (modulation du contenu de la pensée, orientation de la motivation, modification de la profondeur de l'analyse) et interpersonnels

des individus, affectent leurs tendances comportementales, et même si elles sont négatives parfois (colère, peur, tristesse, culpabilité, mépris, regret, honte), elles peuvent tout de même, sous certaines conditions, accroître chez les parties la recherche de solutions positives¹⁰. Cependant, de manière générale, la surcharge émotionnelle (ou inondation émotionnelle) rend difficile, pour celui qui la subit, l'analyse claire et objective d'une situation¹¹.

La fonction première des émotions est donc d'orienter et de coordonner les actions des individus pour qu'elles répondent efficacement et de manière adaptée aux spécificités de l'environnement¹², même si l'on constate qu'il existe une différence, parfois importante, entre ce que les gens souhaitent faire et ce qu'ils font dans la réalité¹³. Une autre fonction des émotions est de transmettre à autrui des informations concernant notre état d'esprit ou nos intentions, d'éclairer sur les valeurs morales et les idéologies qui animent les parties, de révéler des questions identitaires et d'informer sur le type de relation que les parties entretiennent¹⁴. Certaines variables affectent encore l'expression des émotions comme le facteur culturel, le statut ou le pouvoir de la personne (une personne subordonnée aura tendance à réprimer ou camoufler ses sentiments vis-à-vis d'une personne hiérarchiquement supérieure), les objectifs poursuivis par les parties (si l'expression émotionnelle n'est pas nécessairement automatique et si les personnes sont capables d'en garder partiellement le contrôle, alors il est possible qu'elles choisissent d'utiliser l'expression des émotions de manière stratégique pour atteindre certains buts)¹⁵.

Cette analyse permet ainsi de conclure que les émotions et le conflit sont inextricablement liés, et que reconnaître l'existence d'un conflit revient à reconnaître l'existence d'émotions négatives¹⁶. Il y a donc une importance évidente, en médiation, à ouvrir la possibilité aux parties d'exprimer leurs émotions de façon à permettre de «*contrecarrer le processus de rumination*»¹⁷ et de «*pallier les effets négatifs de la répression émotionnelle*»¹⁸, étant rappelé en outre que l'une des raisons pour lesquelles les parties en conflit optent pour la médiation plutôt que pour d'autres stratégies de gestion, c'est parce qu'au travers de la médiation, elles espèrent obtenir une forme de soutien émotionnel par la reconnaissance de leur vécu (particulièrement dans des contextes, par exemple pro-

8 STÉPHANIE DEMOULIN, *Psychologie de la médiation et de la gestion des conflits*, Bruxelles 2021, édition Mardaga supérieur, p. 183.

9 STÉPHANIE DEMOULIN, *op. cit.*, p. 187.

10 STÉPHANIE DEMOULIN, *op. cit.*, p. 189.

11 STÉPHANIE DEMOULIN, *op. cit.*, p. 195.

12 STÉPHANIE DEMOULIN, *op. cit.*, p. 199.

13 STÉPHANIE DEMOULIN, *op. cit.*, p. 199.

14 STÉPHANIE DEMOULIN, *op. cit.*, p. 203.

15 STÉPHANIE DEMOULIN, *op. cit.*, pp. 206-208.

16 STÉPHANIE DEMOULIN, *op. cit.*, p. 208.

17 STÉPHANIE DEMOULIN, *op. cit.*, p. 211.

18 STÉPHANIE DEMOULIN, *op. cit.*, p. 211.

fessionnels ou conjugaux, où les parties ont dû réprimer leurs ressentis)¹⁹.

Aussi, le conflit, contrairement à la violence, peut être constructif lorsqu'il ne détruit ou n'instrumentalise pas l'autre, et la médiation comme outil de résolution du conflit suppose que chacun des médiés puisse exprimer son point de vue, accueillir celui de l'autre et garder une ouverture à la vision et à la part d'ombre de l'autre.

Enfin, rappelons encore que la médiation est donc également un excellent complément à une procédure judiciaire lorsque les parties sont en litige devant un tribunal, dès lors qu'un juge ne tiendra jamais compte de tout l'aspect émotionnel sous-jacent au litige et se concentrera exclusivement, en principe, sur la résolution de l'affaire d'un point de vue strictement juridique.

4. Réflexion personnelle sur les qualités indispensables du médiateur

Pour accomplir sa mission, le médiateur doit, d'une certaine façon, pouvoir agir (positivement) sur l'inconscient des parties et leur permettre de révéler des émotions et ressentis parfois profondément enfouis et dont elles n'ont souvent même pas conscience. Les rôles du médiateur seront donc le soutien, la clarification et l'identification des émotions ressenties, la prévention des débordements et la régulation émotionnelle²⁰, étant précisé que les conflits sont une puissante source de stress qui menace l'image que les individus ont d'eux-mêmes et réduit leur confiance en eux²¹.

Pour ce faire, le médiateur doit bien se connaître lui-même face à la violence et au monde des émotions pour ne pas se laisser tordre et dévier de son axe.

Ainsi, pour que le médiateur puisse agir utilement dans l'intérêt d'autrui, il s'avère donc nécessaire à mon sens, voire même indispensable, qu'il ait effectué un travail introspectif ou thérapeutique constructif (analyse du rapport à la famille, aux amis, (ex-)conjoint, (ex-)partenaires, enfants, milieu professionnel, etc.), qu'il soit notamment capable d'analyser, prendre conscience et comprendre les dangers/déséquilibres pouvant exister en raison de différences de systèmes de vie, de croyances, de cultures, de valeurs, d'intérêts, de besoins, de niveaux d'empathie et d'intégrité, de connaissance et conscience de soi et du monde, et, également, qu'il intègre à sa compréhension de soi et de l'autre les mécanismes de projection, transfert et résonance.

Cela suppose donc que le médiateur, en plus de son expérience de vie personnelle, devrait avoir de bonnes notions de psychologie des relations humaines et qu'il ait conscience de la peur de la violence et des blessures qui peuvent surgir de différentes façons selon le type de relation qu'il est occupé à tenter de «soigner» (couple, professionnelle, etc.): culpabilité, manipulation, humiliation, honte, maltraitance, négligence, jeux de pouvoir, rapports de domination/soumission, menace, agression, invasion, écrasement, pression, mépris, rabaissement, dévalorisation, absence de reconnaissance, radicalisation, diabolisation, harcèlement, auto-sabotage, rumination mentale,

manque de confiance en soi, manque d'estime de soi, préjugés, égo/orgueil, fierté déplacée, mensonge par action ou omission, mauvaise foi, fuite, non-dits, médisance, malveillance, hypocrisie, discours non alignés aux actes, promesses non tenues, compétition, paranoïas, sentiment de persécution, jalousies, envies, abandons, rejets, séparations, ruptures, perversion narcissique, calculs et stratégies, dissimulations et manques d'informations, dysfonctionnements organisationnels et structurels, prises de pouvoir arbitraire et unilatérale, omerta du silence, perte de légitimité, alliances et mésalliances, conflits d'intérêts, limites de communication franchissables ou non, etc.

Dans la réflexion intérieure qui doit le guider, le médiateur tendra donc aussi à se remémorer que parmi les besoins fondamentaux de l'être humain, on trouve les besoins de sécurité/rassurance, d'appartenance, d'amour, de lien et de bienveillance.

Enfin, il doit être capable de: garder suffisamment de hauteur sur ses propres émotions et celles des médiés pendant tout le processus; conscientiser ses fragilités et failles émotionnelles, peurs, méfiances et résistances, ainsi que celles des médiés; aider à lever les obstacles à la confiance; faire tomber les masques; permettre aux médiés de mettre en lumière leurs intentions réelles et cachées et de se délivrer des messages simples, clairs et propices à l'émergence d'une solution de compréhension et de collaboration entre eux.

III. Conclusion

À l'issue de cette étude, et suite à la découverte de l'univers passionnant de la médiation et de cette compréhension tout en profondeur et en douceur des mécanismes humains et psychologiques sous-jacents et inhérents à toute forme d'interaction sociale, il semble que la médiation (qu'elle soit réussie ou infructueuse) demeure un outil puissant pour la résolution des conflits et la diminution de la violence dans les rapports interpersonnels.

À mon sens même, tous les professionnels du milieu judiciaire (avocats et magistrats) – dès lors qu'ils pratiquent un métier qui s'inscrit parmi les professions de la «relation d'aide», et qui sont quotidiennement aux prises avec de nombreux cas et affaires où les émotions des parties/clients peuvent souvent déborder, et même être débordantes pour les professionnels eux-mêmes – devraient suivre des formations de renforcement de leur posture professionnelle. Pour servir les intérêts d'autrui, une excellente connaissance de ses propres forces, faiblesses, limites et émotions paraît être aujourd'hui un prérequis incontournable. La médiation est donc non seulement un excellent vecteur d'aide aux autres, mais aussi un moyen

¹⁹ STÉPHANIE DEMOULIN, op. cit., pp. 211-212.

²⁰ STÉPHANIE DEMOULIN, op. cit., p. 213.

²¹ STÉPHANIE DEMOULIN, op. cit., p. 214.

introspectif de se prémunir et se protéger contre des situations invasives ou d'abus avec lesquelles, en tant que professionnels, nous devons constamment composer.

Ainsi, l'apprentissage de soi, de l'autre, de la relation et de tous les mécanismes psychologiques, sociaux et humains inhérents à toute forme de relation, devraient aujourd'hui être considérés par tous les praticiens de la relation d'aide comme une qualité et une plus-value intéressantes. Cela leur permettrait de renforcer, en pleine conscience et confiance, leur dispositif intérieur de protection, de mieux exercer leur métier et aider l'autre et de combler, dans la foulée, ses propres faiblesses. Au travers de la médiation, on comprend aussi combien la posture, la pose d'un cadre, le respect d'un *timing*, le choix des mots, la pose d'une réflexion approfondie et fouillée, sont autant d'atouts permettant à chaque professionnel de ne pas se laisser manipuler ou culpabiliser par son propre vécu.

En conclusion, il apparaît indispensable que des associations et organisations professionnelles, à l'instar par exemple de la Fédération Suisse des Avocats ou des divers Ordres Cantonaux des Avocats, fassent, elles aussi, l'éloge de la médiation. Il s'agira de sensibiliser et d'inviter davantage leurs membres à développer leurs compétences in-

trospectives, humaines, sociales et relationnelles pour soutenir leur mission d'aide. Il conviendrait aussi de développer des systèmes hybrides, en parallèle des organismes et associations de droit privé déjà existants dans le domaine de la médiation, en créant, au sein des systèmes juridiques cantonaux, des bureaux ou offices cantonaux de médiation pouvant recevoir des mandats sur délégation des autorités judiciaires. Cela professionnaliserait la médiation et soutiendrait la légitimité et la crédibilité de ce mode alternatif de résolution des conflits. La justice serait désengorgée, ce qui favoriserait l'émergence d'accords conclus directement entre les personnes impliquées et permettrait la clôture de procédures civiles ou pénales souvent longues et coûteuses tant pour les justiciables que pour l'État.

IV. Bibliographie

STÉPHANIE DEMOULIN, Psychologie de la médiation et de la gestion des conflits, Bruxelles 2021, édition Mardaga supérieur.

THOMAS FIUTAK, Le médiateur dans l'arène, Réflexion sur l'art de la médiation, Toulouse 2019, édition érès.