

LES PROCEDURES PACIFIEES

Catherine GINESTET

Professeur à l'Université Toulouse Capitole - (IDP)

Journée d'étude relative à « La Paix »

Coorganisée par l'Institut de Droit Privé, Faculté de droit et de science politique (UT Capitole) et la Faculté de droit canonique de Toulouse (ICT).

Pour le juriste, dans son acception la plus courante, le terme *procédure* renvoie naturellement au procès. Il s'agit par exemple de guider la marche du procès civil pour mettre en œuvre les droits subjectifs, pour résoudre un litige.

Sous cet éclairage et dans une première approche, l'expression *procédures pacifiées* apparaît alors de prime abord comme un parfait **oxymore**. Traditionnellement en effet le procès est présenté en droit français comme un combat entre le demandeur et le défendeur qui s'opposent. Ne parle-t-on pas de « duel judiciaire », expression bien belliqueuse. Dans ce contexte, l'idée même de paix semble totalement exclue. Trancher un litige par un acte d'autorité fait *a minima* un insatisfait, souvent les deux parties.

Pourtant, une telle présentation ne recouvre qu'une part de la réalité. Elle s'avère à l'analyse trop simpliste et dénature les choses. L'on sait par exemple qu'il « entre dans la mission du juge de concilier les parties » (C. proc.civ., art. 21), idée qui jure avec la représentation classique du procès. Changeons donc de paradigme.

A l'instar de certains dictionnaires, qui donnent une définition plus compréhensive, il faut admettre que la procédure est « toute manière de procéder juridiquement » et de parvenir à un résultat juridique. Il est alors possible d'affirmer qu'il existe des *procédures sans procès*, des processus sans procès. L'on songe ici immédiatement aux MARD qui doivent permettre une justice consensuelle et la restauration du lien social. Ces modes de règlement des différends sont dits aujourd'hui plus volontiers *amicales* que *alternatifs*. Tout comme d'ailleurs les ADR de Common Law qui évoluent, glissant de *Alternative Dispute Resolution* vers *Appropriate Dispute Resolution*. L'accent est mis sur le caractère volontaire, pacifique du processus d'où chaque partie doit sortir gagnante.

Dans cette seconde approche, l'expression *procédures pacifiées* apparaît alors comme une **tautologie**, un pléonasme. Dans un mode amiable, la paix semble devoir régner sans partage. A leur sujet, le Doyen Cornu reprenait par ailleurs la formule « Justice et paix s'embrassent »¹.

Les organisateurs de la journée d'étude ont-ils donc volontairement posé un faux sujet ? Plus exactement, est-ce un sujet de circonstance ? Certainement pas, car au-delà de la caricature qu'il faut laisser de côté, il permet de dessiner les contours de toutes les formes de justice. C'est

¹ « L'art du droit en quête de sagesse », p. 187. Reprise du psaume 84.11 de la Vulgate.

en réalité un *magnifique sujet*, à la fois technique, sémiologique et herméneutique... pour le moins.

Comme le yin et le yang sont deux forces à la fois opposées et complémentaires qui forment la base de la médecine chinoise, le procès étatique d'un côté et les MARD de l'autre composent cette justice plurielle² qui doit répondre aux attentes des justiciables et promouvoir la paix sociale. Pacifier c'est précisément ramener à l'état de paix, remettre en ordre ; le droit est l'outil, la justice, la finalité ultime.

Au-delà des apparences et des représentations classiques, la réalité est donc nécessairement complexe et subtile, c'est tout l'intérêt de ce thème. **Le prétoire n'est pas systématiquement une arène ; les MARD ne sont pas toujours un havre de paix.** L'amiable précède le contentieux, qui peut lui-même se terminer par un accord des parties. Avoir besoin d'une homologation de l'accord pour parvenir à le faire exécuter en dit long sur la volonté des parties dans certains cas. Très souvent les techniques s'entremêlent. Est-ce nouveau ? A la vérité, nous renouons avec notre histoire. Les deux tendances évoquées existent depuis fort longtemps. L'institution du juge de paix³ est à cet égard évocatrice.

Alors pour mieux cerner ces procédures et mesurer leur caractère pacificateur, nous allons répondre à deux questions : Comment pacifier ? Avec quel but final ?

I – PACIFIER, COMMENT ?

Selon la forme de justice retenue, l'enjeu sera soit de dépassionner le débat judiciaire, soit de résorber le conflit derrière le litige.

A – Dépassionner le débat judiciaire

L'instance doit être un dialogue contradictoire et non un duel. La procédure est là pour le régler et permet de prendre du recul sur les faits bruts. Les problèmes vont être nommés en les qualifiant, des actes seront réalisés lesquels vont relater les difficultés concrètes et proposer de possibles solutions ; toutes les écritures, les conclusions vont permettre de dérouler l'argumentation, possiblement de convaincre le juge. Ceci dans un certain laps de temps qui devrait pouvoir apaiser les choses. Il faut trouver le temps juste, écarter les moyens dilatoires, éviter les lenteurs, préférer la rapidité de certaines procédures à la précipitation. C'est le débat idéal, servi par les règles du procès équitable.

Mais toute chose a son revers. Le choix de la qualification peut ne pas être compris par les parties, ce qui est particulièrement vrai dans le procès pénal quand les victimes restent dans l'incompréhension de la qualification retenue. Les actes présentent les arguments bien sûr, mais la technicité prend alors le pas sur tout le reste, l'aridité du droit supplante les sentiments, les émotions (c'est fait pour cela). Le temps cristallise en outre les passions, fige les postures et

² C. Calmettes, « Les règlements amiables des différends à l'épreuve des principes directeurs du procès - Etude de droit processuel », Thèse soutenue à l'université Toulouse Capitole en décembre 2022.

³ Centre d'Histoire des régulations sociales, (dir.) J. G. Petit, « Une justice de proximité : la justice de paix (1790-1958) », Note de synthèse, Mission de recherche Droit et Justice, Décembre 2002.

l'affaire s'envenime. Le juge va trancher enfin dans le strict périmètre de sa saisine, il ne lui revient ni de conseiller les parties, ni de prévoir les difficultés ultérieures.

Aujourd'hui, même si le débat est contenu, la décision rendue suscite trop souvent des contestations. La vérité judiciaire n'est plus nécessairement acceptée dans ce contexte. Certains préfèrent les « tribunaux médiatiques » aux tribunaux judiciaires, justement parce qu'il n'y règne ni droit, ni procédures mais seulement l'exacerbation des passions et des idéologies.

Certains avocats ne sachant par ailleurs que dire à un client déçu incrimineront trop souvent le juge, ce qui est bien sûr désastreux. Ce juge s'isolera dans sa tour d'ivoire, se retranchera derrière des règles, ce qui l'éloignera un peu plus des préoccupations des justiciables.

Pourtant, tous les acteurs ont un rôle crucial à jouer.

L'avocat d'abord, en usant du droit bien sûr, mais aussi en mettant en œuvre tous les principes déontologiques de sa profession. Il ne doit pas ajouter du malheur au malheur, il ne doit pas connoter l'adversaire. Il ne doit pas se faire juge de ses actes, aussi condamnables soient-ils. Ne pas stigmatiser (par des formules parfois peu amène dans des écritures), agir avec humanité, en conscience et avec délicatesse sont des étapes indispensables à la pacification du litige.

Le juge aussi, par son éthique, doit faire preuve de pondération et favoriser la sérénité des débats. Il ira jusqu'à concilier lui-même, ou désigner un conciliateur de justice. Il montrera - même en appel - qu'un bon accord vaut mieux qu'un mauvais procès. Il va s'efforcer de canaliser les passions. Selon certains processualistes⁴, bon nombre de magistrats ont une perception positive de la mission pacificatrice du juge, lequel *in fine* doit trancher le litige, sous peine de déni de justice, mais uniquement le litige.

B – Faire émerger le conflit derrière le litige⁵

L'objectif est ici d'aller plus loin : retrouver le conflit derrière le litige juridiquement circonscrit. Parce que le litige résulte de la cristallisation du conflit, si l'on dénoue le conflit, le litige se résorbera de lui-même. Ni *infra petita*, ni *ultra petita* pour appréhender le conflit dans toutes ces dimensions, sans exclusive.

Dans des domaines où les parties sont appelées à se revoir (au sein d'une même famille), à travailler ensemble sur la durée (un client et son fournisseur), ou parce qu'elles sont voisines, il est impératif de dépasser le litige. Dans le conflit de voisinage, le litige porte sur le fait de couper -ou pas- un arbre qui gêne le voisin ; en réalité et au tréfonds, le problème est ailleurs, dans un manque de considération de l'un pour l'autre par exemple. Le litige porte sur la propriété d'un bien de famille, mais en réalité le problème au cœur du conflit est ailleurs, dans les relations personnelles des uns et des autres.

Il faut permettre aux personnes de pouvoir continuer à vivre en bonne intelligence en dépassant le prétexte juridique. La technique pour y parvenir : le dialogue, l'écoute, trouver des points d'intérêts communs, des convergences permettant de rapprocher les parties.

⁴ Y. Strickler, A. Varnek, « Procédure civile », Bruylant, collection Paradigme, 10^eéd. 2021 p. 215, note 535

⁵ A. Jammaud, « Conflit/Litige », Dictionnaire de Culture juridique PUF ; « Conflit, différend, litige », *in* « Mots de la justice », Droits 2002, t.34, PUF, p.15

Le processus des MARD est pensé pour cela avec pour exemple caractéristique les *caucus* : ce sont des apartés entre chacune des parties et le médiateur où la parole pourra se libérer et cette technique -bien menée- va permettre de rapprocher les parties, de trouver des terrains d'entente.

Mais, bien des écueils peuvent survenir et mettre à mal le processus. Certains ne jouent pas le jeu en ne se présentant pas à la séance d'information sur ces modes amiables ou en gonflant artificiellement le seuil en dessous duquel les MARD doivent être tentés. Certains y viennent trop tard par manque d'information : un contentieux ancien, des rancunes tenaces ne permettent alors plus de purger les relations. La maladresse de certains professionnels peut aussi tout gâcher (avocats méfiants, médiateurs, conciliateurs peu formés). Suffit-il d'avoir comme on le disait du juge de paix « les lumières de l'expérience et un bon jugement... l'habitude des contestations »⁶ ? Sans doute pas. On notera qu'en matière familiale, les médiateurs sont formés et détenteurs de diplômes.

Au surplus, le réflexe de contestation ou de mauvaise foi mène à l'inexécution de l'accord amiable. Trouver enfin un accord qui ne peut être exécuté renvoie au juge et à un nouveau litige.

Enfin, cette forme de justice ne peut pas résoudre tous les litiges. Écoutons le Doyen Carbonnier qui voyait poindre en droit positif « une sorte d'acharnement, non pas thérapeutique mais conciliatoire, réconciliatoire, unanimiste, qui voit le fin mot de la justice civile non plus dans un échange d'argumentations rationnelles et une pesée de ces argumentations, mais dans un échange de baisers de paix à tout prix ».⁷

Contraindre à faire la paix peut mener à la guerre... La pacification ne peut se faire à marche forcée. Le choix dans la voie utilisée est donc primordial et guidé par les textes.

II – PACIFIER, DANS QUEL BUT ?

La réponse semble être dans la question. Mais en réalité, elle ne l'est pas tout à fait. Si l'apaisement est toujours recherché, aussi bien par le juge que par les faiseurs de solutions, le but ultime est de rendre une justice de qualité, doublée du sentiment d'accès à la justice pour le justiciable.

A - Rendre une justice de qualité

En 2008, le Recteur Guinchard remettait au Garde des Sceaux de l'époque un rapport intitulé « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée ». Réfléchissant au mode de traitement des affaires et au critère d'intervention du juge, le rapport soulignait la nécessité de remettre le juge au cœur de son activité et le justiciable au centre du système judiciaire. Le défi était « de

⁶ R. Colson, « La fonction de juger », p.107, note 6, HAL Id : halshs-00402659 ; F. Ost, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice » in « Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements », Bruxelles, Presses de l'Université Saint Louis, 1983, disponible sur <https://books.openedition.org/puls/7532>, chapitre 9, § 78.

⁷ J. Carbonnier, « Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile » in « Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre » Presses universitaires Paris Nanterre, 2012, accessible sur <http://books.openedition.org/pupo/2709>

passer d'une justice qui trouve sa légitimité exclusivement dans l'application de la loi, à une justice plus attentive aux besoins des citoyens » (p.35)

Il s'agit de remettre le juge au cœur de son activité. Si sa fonction juridictionnelle est au cœur de sa mission, elle ne rend pas compte de l'intégralité de son rôle. Il a aussi une fonction de régulation, notion qui n'a pas la même signification chez tous les auteurs. Mais, c'est la fonction juridictionnelle qui nous intéresse puisqu'elle renvoie à l'office du juge.

Depuis 1976, une conception dynamique du juge est mise en avant par le Code de procédure civile. L'office du juge n'est plus aujourd'hui corseté dans le principe de légalité. La part d'équité progresse. Le pouvoir d'appréciation du juge s'amplifie face au repli de l'État et au recul de la loi. L'office du juge s'étend à tel point que l'on a pu écrire qu'il était illisible⁸, notamment parce que la loi est souvent incertaine et les droits toujours plus nombreux et de valeurs équivalentes. Le juge ne va pas toujours trancher ou juger, mais il va prendre des décisions, ordonner des mesures selon des situations qu'il apprécie librement par la pesée des intérêts en présence (ex, en référé pour décider de prendre une mesure ou non, en fonction des intérêts en présence).

Avec l'arrivée de l'open data et l'avènement de la justice prédictive, faut-il redouter une autre évolution de l'office du juge ? Une évolution qui se ferait en sens inverse, vers un appauvrissement du rôle du juge. Beaucoup de littérature sur ces questions, des rapports notamment⁹ insistent sur les dangers de cantonner demain la fonction juridictionnelle aux litiges dits de *haute intensité*. Tous les autres litiges pourraient subir une égalité de traitement en évitant l'aléa judiciaire par l'usage des précédents. Ils seraient de nature à développer « le déterminisme judiciaire », à brider toute inventivité du juge. Serait-ce de nature à renforcer la confiance des justiciables dans la justice ou à inciter à moins se tourner vers le juge ? L'avenir le dira, en fonction de l'usage qui sera fait de l'open data.

Le justiciable quant à lui a des attentes. Même un contentieux de masse est d'abord et avant tout pour celui qui le vit un cas personnel à ne pas négliger et peu importe qu'il se reproduise dans des milliers de dossiers. Il faut une justice qu'il comprenne, une justice intelligible.

La justice doit ainsi être porteuse de sens, à la fois pour le justiciable et pour la société. Mais elle est alors dans la distance et les symboles, plus que dans une réelle proximité du justiciable. Peut-elle atteindre son but dans ces conditions ? Peut-elle toujours apaiser ? Comment le juge peut-il parler à la fois à la société dans sa globalité et à chaque individu concerné en particulier ?

⁸ M-A. Frison-Roche, « Les offices du juge », in Mélanges Jean Foyer PUF 1997, p. 463 ; accessible sur le site <https://mafr.fr/fr/>

⁹ Rapport du cycle d'atelier sur l'« Ethique de la réutilisation des décisions de justice », mars 2022 ; L. Cadiet, C. Chainais et J.-M. Sommer (dir), S. Jobert et E. Jond-Necand (rapp.) « La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence - Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes ? », juin 2022. Les deux rapports sont accessibles sur le site de la Cour de cassation.

B – Susciter le sentiment d'accès à la justice

« La balance est le symbole [de la justice] et la proportionnalité son critère »¹⁰, mais cela fait bien plus sens pour la société que pour les parties elles-mêmes.

Dans le système canadien, les PRD (Prévention et Règlement des Différends) sont développés pour favoriser l'accès à la justice. Des études ont été réalisées pour mesurer la qualité et le sens de la réponse donnée aux justiciables¹¹. Il a été recherché quels facteurs étaient déterminants pour que les parties aient ce sentiment d'accès à la justice... qui participe de l'apaisement.

Il y en a trois, le sentiment d'équité quant au résultat et au processus utilisé, le sentiment d'utilité du processus (sorte d'analyse économique du recours au PRD) et le sentiment de support professionnel (mesure de l'implication du professionnel du droit).

L'intérêt des PRD -chez nous des MARD- est de proposer une justice plus citoyenne et plus participative que ne l'est la justice étatique. Les parties vont elles-mêmes rechercher une issue à leur différend avec l'aide du tiers facilitateur de solution.

Si l'on revient au système français, le danger est alors de renoncer au droit et à la procédure pour négocier une solution dans laquelle le juge n'interviendra qu'au stade de l'homologation, pour donner son onction à l'accord. L'office du juge s'en trouve réduit, la fonction du droit atteinte.

L'idéal est donc de recourir aux MARD sans piétiner le droit pour autant. En tant qu'élément de justice plurielle, ils doivent respecter un certain nombre de principes directeurs du procès¹². Ils ne sont donc pas une zone de non droit où ne règne que la négociation guidée par les bons sentiments... dans les meilleurs des cas.

Pour que les procédures soient réellement pacificatrices, elles doivent être de qualité, menées par des acteurs soucieux de pondération et convaincre les parties que la justice est passée.

Octobre 2022

¹⁰ L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, « Théorie générale du procès », PUF, Coll. Thémis, 3^eéd. 2019, p.106

¹¹ J.-F. Roberge, « Le sentiment d'accès à la justice et la conférence de règlement amiable », Rapport de recherche sur l'expérience des justiciables et avocats à la cour supérieure du Québec et à la Cour du Québec. Déc. 2014

¹² C. Calmettes, *op.cit.*