

L'alternativité, entre mythe et réalité?

**Regards croisés sur les Modes alternatifs de règlement de conflits
(Droit, histoire, anthropologie)**

Colloque international CHAD – CEJEC – CDPC

(Université Paris Nanterre – 23 et 24 mars 2017)

L'expression « *Modes alternatifs de règlement des conflits* », désignée par l'acronyme « MARC », est apparue au milieu des années 1990 comme un équivalent français à la notion américaine d'*Alternative Dispute Resolution*. De telles expressions ne sont pas dénuées d'ambiguïté. Ne serait-ce que par les notions d'infra-para-extrajudiciaires qu'elles impliquent. Qualifier d'« alternatives » les transactions, médiations et autres conciliations, c'est d'abord postuler leur alternance au modèle étatique, ensuite présupposer que ces méthodes conduisent avec succès à une certaine « justice ».

Nombreux sont les travaux que les MARC ont déjà suscités. Mais la loi du 18 novembre 2016 dite « de modernisation de la justice » les plaçant plus encore sous les feux de la rampe, il est à penser que leur étude va s'intensifier dans un futur proche. Or, les questions afférentes sont nombreuses, qui interrogent notamment la place des MARC dans l'arsenal judiciaire existant, leur capacité à s'imposer comme véritable alternative et le danger qu'il y aurait à laisser prospérer de telles justices « à l'ombre de l'Etat ». La critique est ici pleine de sens, et rejoint une de celles qui s'expriment peut-être le plus fortement en terre de *civil law*. Les modes alternatifs de résolution des conflits n'appartiendraient pas à la tradition civiliste, et leur essor menacerait l'essence même de notre droit, notre représentation de la justice comme un service public, l'idée que la justice est du ressort de l'Etat parce que seul l'Etat serait en mesure d'assurer la défense des droits des citoyens. On le voit, par-delà les questions techniques touchant au fonctionnement des justices alternatives, la matière soulève des questions de fond et pose une problématique fondamentale : qu'est-ce que juger et à qui confier la tâche de résoudre les conflits ?

Si les travaux déjà parus font une large part aux considérations techniques suscitées par la pratique des MARC, l'histoire est souvent conviée, de part et d'autre des traditions, à des fins de légitimation. A l'argument historique s'ajouterait celui de l'anthropologie juridique puisque les sociétés qu'elle considère pratiquent encore des modes anciens de résolution des litiges basés sur l'échange et la parole, une justice « douce » qui s'attache non pas tant à juger qu'à réconcilier, pacifier. A l'opposé, en pays de droit civil, le modèle d'une justice publique est exalté comme garant des droits des citoyens, et l'histoire judiciaire en déroule le processus, l'accaparement par le roi puis par l'Etat des prérogatives de dire le droit. Mais en l'occurrence, s'agissant du modèle français, les sources montrent le caractère outrepassé du schéma proposé et la vitalité d'autres voies de résolution des litiges quelle que soit la période considérée.

Le témoignage de l'histoire permet de rendre compte d'une autre difficulté inhérente au concept même de justice alternative : parmi les nombreux qualificatifs qui désignent ces autres façons de faire avec le conflit, le mot fort est bien sûr « alternative ». Venu du latin *alternus* qui implique l'idée de choix, d'avoir une option entre une chose ou une autre, ce choix existe-t-il vraiment ? Or, les études ont bien montré comment l'essor des voies alternatives aux Etats-Unis dans les années 60 coïncide avec un mouvement de protestation, une critique de l'Etat et la volonté de promouvoir contre une justice verticale des réseaux horizontaux sur fonds de solidarité et de communautarisme. La terminologie en témoigne. Là où les Anglo-Saxons évoquent et

s'emploient à pratiquer une "*restorative justice*", le vocabulaire français s'en tient à une prudente médiation envisagée dans le sillage de l'Etat.

L'objectif de ce colloque international est, sans renoncer à une analyse technique, de privilégier une approche interdisciplinaire en déployant la problématique des MARC dans le temps et l'espace. Plusieurs pistes seront explorées.

- Les ADR à l'épreuve des concepts

Les « alternatives » visées par les MARC ne sont pas des moyens de sortir des sentiers battus, comme le mot « alternative » semblait le signifier. Le but de ce colloque international est de revenir sur ces justices atypiques, souvent décrites comme sans État, de montrer comment les cultures envisagent la résolution de leurs litiges. Car derrière la réflexion sur les MARC, s'ouvre le chantier des interrogations quant à leurs fondements et expressions. Ainsi, la question des préfixes « infra », « para » ou « extra » judiciaire qui sont loin d'entraîner une adhésion unanime des juristes et des théoriciens. Certes, les formules modernes sont heureuses, mais leur modernité masque souvent un profond héritage historique. Tout cela ne ramène-t-il finalement la question des MARC à la question d'une société qui s'autorégule par les valeurs d'un pré-droit. Honneur, foi, respect de la parole donnée ne constituent-ils pas, dès lors, le véritable socle de l'alternativité ?

- Aux origines de *l'Alternative Dispute Resolution* – Le droit, les mouvements critiques, l'alternative attitude et l'utilisation de l'Histoire

Il s'agit de restituer le contexte idéologique dans lequel se sont épanouies les *Alternative Dispute Resolution*, les liens qu'elles entretiennent avec le mouvement critique qui s'est développé de part et d'autre de la Manche. Si la critique des institutions de l'Etat providence conduit à remettre en cause le schéma normatif ou l'emprise de l'Etat en matière judiciaire et les fonctions du jugement, les déclinaisons de la critique diffèrent selon les traditions normatives. A la *restorative justice* anglo-saxonne, la terminologie française préfère le mot « médiation ». Les mots ont un sens. Pour les partisans de la *restorative justice*, ce sont les fonctions mêmes de la justice publique qu'il faut remettre en question et la meilleure voie serait de se passer de l'Etat pour résoudre un litige, d'appeler les parties à s'y adonner elles-mêmes et à y coopérer avec l'assistance d'un tiers intercesseur, un homme de bonne volonté.

- ADR et la distinction civil law/common law. Les justices alternatives menacent-elles la structure des droits continentaux ou ne font-elles que renouer avec une pratique ancienne ?

Il est courant d'évoquer la différence fondamentale entre les pays de *Common Law* et les pays de droit romain, entre des pays ouverts aux organisations citoyennes et d'autres marqués par l'Etat providence, soumis au primat de la loi et à la méthode déductive. Souvent envisagées comme relevant de l'univers de *common law*, les justices alternatives qui grandissent dans les pays civilistes contribueraient à dénaturer l'équilibre interne des droits continentaux. Les nouvelles orientations données à l'histoire judiciaire incitent à nuancer le propos. Les modes alternatifs de résolution des conflits appartiennent aussi à notre histoire. Occultés dans le contexte positiviste du XIXe siècle, ils resurgissent aujourd'hui.

Les témoignages de telles pratiques sont en effet anciens. Rappelons que récemment, on a proposé de voir dans la vieille *lex Rhodia de iactu* le fondement de l'arbitrage en matière maritime. Comme si la doctrine ressentait le besoin d'insister sur cet ancrage historique. Cela vaut aussi pour les schémas issus la France des XIIIème et XIVème siècles où malgré l'essor de la monarchie capétienne, les modes de conciliation et d'arbitrage n'en disparaissent pas pour

autant, et l'Ancien régime où ces modes participent à la critique de l'arbitraire des juges, de l'engorgement des cours, de l'insuffisance de la justice publique. A partir de 1789, la Révolution a ouvert un nouveau champ pour les modes alternatifs de règlement des différends : une justice nouvelle voit le jour où l'arbitrage, la conciliation, la transaction apparaissent comme des instruments en accord avec les idéaux de la nouvelle idéologie. On se souviendra ainsi que dès juillet 1790, le député Prugnon affirmait à l'Assemblée que « rendre la justice n'est que la seconde dette de la société. Empêcher les procès c'est la première ».

Les MARC nourrissent donc souvent la critique de la justice, critique encore formulée en leur temps par Villon, d'Aubigné ou Voltaire. Le déploiement des modes dits alternatifs entre aussi en conjonction avec le phénomène d'engorgement de la justice étatique, voire du tout étatique. D'où une dérive du concept.

-ADR et anthropologie du droit - L'emprunt aux techniques traditionnelles. Avantages et inconvénients.

En septembre 1999, une recommandation du Conseil de l'Europe préconisant la médiation en matière pénale a directement posé le lien entre les ADR et les pratiques traditionnelles de résolution des litiges. La référence à l'anthropologie y est explicite, la mise en garde ne l'est pas moins puisqu'il y est rappelé que la justice alternative prend sens dans des sociétés communautaires relativement égalitaires. Parce qu'elle consacre la médiation, le consensus, elle suppose une solidarité des groupes et un équilibre entre eux qui seul peut garantir la résolution juste du litige.

Que penser de la survie des modes traditionnels de règlement des conflits une fois la communauté mise en contact avec un ordre juridique institutionnalisé ? Les travaux de l'anthropologie montrent l'emprise des modes étatiques et la propension des médiateurs et conciliateurs autochtones à se doter spontanément d'une autorité imitant celle des agents de l'Etat, alors même que juridiquement aucune délégation de pouvoir ne leur a été faite¹. Ailleurs (en République Démocratique du Congo par exemple) où l'on a fait valoir le cumul des pouvoirs dont bénéficient les chefs coutumiers qui exercent tout à la fois des fonctions juridictionnelles et administratives, le recours aux preuves irrationnelles - telle l'ordalie -, le caractère inhumain de certains châtiments, les amènent à réclamer la suppression des juridictions coutumières et leur remplacement par des tribunaux de paix².

- ADR, management et privatisation de la justice

Les considérations managériales ne sont pas à l'écart de la promotion des ADR. Après la Seconde Guerre Mondiale, en Amérique du Nord, le volume des procès civils est en pleine expansion. Dans les années 70, face à la désaffection populaire pour l'administration de la justice et pour endiguer la surcharge des tribunaux, la solution retenue est passée par la déjudiciarisation des petits litiges. Le message était alors clair : les dysfonctionnements de la justice publique témoigneraient de la nécessité d'en finir avec le postulat d'une justice attribut de la souveraineté de l'Etat. Il faut la soumettre au marché de la concurrence et admettre l'ouverture de cabinets privés spécialisés dans la résolution des conflits.

- ADR – L'alternative existe-t-elle ?

¹ M. STRATHERN, *Official and Unofficial Courts : Legal Assumptions and expectations in a Highland Community*, Canberra, 1972

² « Les juridictions coutumières dans le système judiciaire congolais : une réforme pour la bonne administration de la justice », rapport de l'*Open Society Institute. Africa Governance Monitoring & Advocacy Project* (<http://www.afrimap.org/english/images/paper/Les-juridictions-coutumieres-dans-le-systeme-judiciaire-congolais%28fin%29.pdf>).

Beaucoup de critiques ont été émises relativement à la possibilité même de concevoir et surtout de pratiquer une justice alternative dans le cadre de l'Etat. Dans les pays de tradition civiliste, on connaît l'emprise de l'Etat et sa propension à attirer pour les accaparer les pratiques autonomes. Mais une fois institutionnalisé, formaté, que reste-t-il du modèle alternatif ? Même dans les pays de *common law*, n'y a-t-il pas une certaine utopie à croire à la possibilité d'une justice alternative ? Dès lors que son domaine d'application doit demeurer limité à la petite criminalité, que reste-t-il de son horizon théorique ? L'histoire et l'anthropologie – à l'aune des précédents romains ou coloniaux – seront ici sollicitées comme exemples capables de répondre à la difficile question de savoir si des pratiques proprement alternatives ont pu exister, si d'autres façons de traiter la litigiosité ont pu se développer à l'écart des institutions.

Mais l'on a par ailleurs pu dénoncer le conformisme de ces modes de résolution des litiges qui, parce qu'ils consacrent les valeurs du vivre ensemble de communautés en viennent à culpabiliser ceux qui voudraient s'en écarter. Une analyse genrée des ADR mène aux mêmes conclusions, comme l'attestent procédures internes de médiation prévues en matière de harcèlement sexuel par la loi du 17 janvier 2002, abrogée en janvier 2003 (article 1152-6 du Code du travail).