



HAL
open science

Les mots pour nommer la justice : la justice participative

Morgane Reverchon-Billot

► To cite this version:

Morgane Reverchon-Billot. Les mots pour nommer la justice : la justice participative. Université d'été 2023 : Langue, Langage et Droit, Jun 2023, Poitiers, France. hal-04525328

HAL Id: hal-04525328

<https://hal.science/hal-04525328>

Submitted on 28 Mar 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LES MOTS POUR NOMMER LA JUSTICE : LA JUSTICE PARTICIPATIVE¹

MORGANE REVERCHON-BILLOT

Maître de conférences

Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, Institut Jean Carbonnier

UNIVERSITE D'ETE, JUIN 2023, LANGUE, LANGAGE ET DROIT

Précisons d'emblée que l'adjectif « participatif » est assez original et peu répandu. Le tout premier article qui a démontré l'existence d'une telle justice en France a été publié en janvier 2021². Il a révélé que la justice participative est le concept qui désigne l'ensemble des processus de résolution des différends impliquant que les parties soient personnellement mises en relation pour co-construire une solution. Le consentement des parties y est omniprésent, non seulement lors de l'enclenchement du processus participatif, mais également au moment de son déroulement et de son issue.

Cette définition rappelle une notion plus connue, plus familière : celle de modes amiables de résolution des litiges.

On peut dès lors se demander, si les modes amiables existent déjà, pourquoi créer la justice participative ? Quel est l'intérêt de consacrer le concept de justice participative par rapport à la notion de modes amiables ?

Nous verrons dans un premier temps le passage de la notion de modes amiables de résolution des litiges au concept de justice participative, c'est-à-dire la genèse de la justice participative (I).

Nous dégagerons ensuite les critères de qualification du concept de la justice participative pour une pleine compréhension du concept (II).

I. GENESE DE LA JUSTICE PARTICIPATIVE

Pour comprendre le concept de justice participative (B), il faut d'abord s'intéresser à la notion de modes amiables de résolution des litiges (A).

A. LA NOTION DE MODES AMIABLES DE REGLEMENT DES LITIGES

De nombreuses discussions existent sur le choix des mots : résolution ou règlement, des conflits, litiges ou différends³... Peu importe ici, toutes ces expressions sont utilisées pour désigner les différents modes qui ont pour point commun de permettre une résolution du litige sans que le juge le tranche, sans qu'il rende une décision. Il s'agit de la conciliation et de la médiation, qui peuvent être judiciaires ou extrajudiciaires, de la procédure participative ou

¹ La forme orale de l'intervention a été largement conservée. Pour aller plus loin : M. REVERCHON-BILLOT, « La justice participative : naissance d'un vrai concept », *RTD civ.* 2021, n° 2, p. 297.

² *Op. cit.*

³ Sur les différentes expressions utilisées V° L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 3^e éd., Dalloz 2019, p. 17 et s ; Ch. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale » *RIDC*, 1997, n°2, p. 326.

encore du droit collaboratif⁴. Il convient de dire quelques mots de chacun de ces modes pour une pleine compréhension du sujet⁵.

La conciliation

La conciliation est un processus visé par l'article 21 du Code de procédure civile. On a tendance à oublier ce texte, mais il dit clairement : « il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Le premier conciliateur est donc le juge. Sa mission est double : trancher le litige et concilier les parties.

Le juge peut également choisir de déléguer sa mission à un conciliateur de justice. Ce dernier est un bénévole – bien souvent un retraité – qui est nommé par le président du tribunal judiciaire. Le processus est assez simple. Les parties sont réunies par le conciliateur pour un rendez-vous d'environ trente minutes, aux heures de permanences, dans des lieux publics : mairies, maisons de la justice et du droit, palais de justice⁶... À l'issue de celui-ci, elles s'accordent ou non sur une solution. Le conciliateur bénéficie d'une petite formation à l'Ecole nationale de la magistrature, mais il ne maîtrise pas les différents outils de communication. Ce mode est souvent adapté pour résoudre les litiges peu complexes aux faibles enjeux financiers. C'est une forme de service public.

Dans les deux hypothèses décrites précédemment, la conciliation est judiciaire. Les parties peuvent aussi d'elles-mêmes, indépendamment de la saisine du juge, contacter directement un conciliateur de justice. La conciliation est alors dite extrajudiciaire.

La médiation

La médiation ensuite, est un processus plus structuré. Il est mené par des médiateurs qui bénéficient le plus souvent d'une solide formation. De plus en plus d'avocats se forment à la médiation. La médiation se déroule en principe sur plusieurs rendez-vous. Lorsqu'elle se déroule en une seule fois, si par exemple les parties sont loin ou très occupées, la journée entière est bloquée. Le médiateur s'adapte aux contraintes d'emploi du temps des parties et les réunit dans des lieux privés : centres de médiation, maisons des avocats... Il s'agit ici d'un contrat de prestation de service (et non d'un service public comme pour les conciliateurs). Ce mode s'adapte aux litiges complexes, ceux lourds d'émotions (succession, divorce) ou ceux aux enjeux financiers importants (droit des affaires)⁷.

Lorsque le juge oriente les parties vers un médiateur, la médiation est judiciaire. Lorsque le processus est mené en dehors de toute procédure, elle est extrajudiciaire.

⁴ M. REVERCHON-BILLOT, « L'essor de la résolution amiable des différends (1992-2022) », in *30 ans de l'équipe de recherche en droit privé, 30 ans de droit privé*, Coll. Travaux de la Faculté de droit de Poitiers, diff. LGDJ, à paraître.

⁵ L. CADIET, « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *RLR* 2011, n° 28, p. 166.

⁶ M. DOUCHY-LOUDOT et J. JOLY-HURARD, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Médiation et conciliation, 2013, act. juill. 2019 ; M. REVERCHON-BILLOT, « Conciliation et médiation : des modes amiables concrètement différents », *Procédures*, déc. 2021, n° 12, p. 8.

⁷ M. DOUCHY-LOUDOT et J. JOLY-HURARD, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Médiation et conciliation, *préc.* ; M. REVERCHON-BILLOT, « Conciliation et médiation : ... », *art. préc.*

La procédure participative assistée par avocat

La procédure participative est ici menée par des avocats. Il n'y a plus de tiers neutre et impartial comme le sont le conciliateur et le médiateur. Chaque partie est assistée d'un avocat et elles vont œuvrer conjointement à l'élaboration d'un accord mettant un terme au différend qui les oppose. Tous vont signer une convention de procédure participative, dans laquelle les conditions du processus vont être précisées⁸.

Le droit collaboratif

Le droit collaboratif enfin, est l'importation d'une pratique anglo-saxonne ; il existe en dehors de tout texte. Il s'agit à nouveau d'un processus dans lequel les parties sont chacune assistées d'un avocat. Il faut impérativement que les deux avocats soient formés au droit collaboratif pour que le processus puisse être mis en œuvre. Cela rend ce type de processus assez rare. Il s'agit en plus d'un mode coûteux, la « rolls des modes amiables ». C'est en matière familiale qu'il est le plus utilisé. Il implique de suivre cinq étapes⁹ :

1) Chacune des parties commence par raconter sa version des choses, son ressenti sur la situation.

2) La deuxième étape consiste en la recherche et l'expression des intérêts, besoins, préoccupations, valeurs, moteurs silencieux des parties (IBPVMS).

3) La troisième étape est consacrée aux éléments objectifs. Il s'agit de collecter un maximum d'informations et de les partager avec les protagonistes pour que tous soient parfaitement éclairés. Les avocats procèdent à l'analyse factuelle et juridique (si besoin avec l'aide de tiers sachants), soulignant toutes les incidences juridiques et financières de la situation.

4) La quatrième étape est dédiée aux options. C'est-à-dire que les parties vont lancer toutes les idées de solutions qui leur viennent à l'esprit, même les plus originales. Il faut ici ouvrir le champ des possibles.

5) La cinquième et dernière étape est enfin réservée aux offres : chaque partie va formuler trois offres de règlement qui doivent répondre aussi bien à ses intérêts qu'à ceux de l'autre. En partant des options envisagées à l'étape 4. Il est surprenant de constater que bien souvent les offres sont identiques ou concordantes, ce qui permet d'élaborer une solution qui convienne à tous.

Voilà donc les différentes manières dont les parties peuvent régler leur litige sans qu'un juge le tranche.

De la notion de modes amiables au concept de justice participative

Il existe de nombreux écrits sur ces différents modes, des ouvrages mêmes, qui s'attellent à les traiter tous ou se concentrent sur un ou deux d'entre eux¹⁰. Il est surprenant de constater, alors même qu'ils présentent de nombreux points communs, puisqu'ils s'affranchissent d'une décision rendue par le juge, qu'ils ne sont jamais envisagés de manière globale, de manière systémique¹¹ : l'expression de « modes amiables de règlement des différends » est une simple

⁸ D. D'AMBRA, « Ch. 438 : Procédure participative assistée par avocat », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et européen* (dir. S. GUINCHARD), Dalloz action 2021, 10^e éd., n° 438.12, p. 1260.

⁹ <https://www.droit-collaboratif.org/processus-collaboratif-1>.

¹⁰ N. FRICERO et *alii*, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz 2017/2018 ; S. AMRANI-MEKKI et *alii*, *Guide des modes amiables de résolution des différends 2020/2021*, LexisNexis 2020.

¹¹ L. CASAUX-LABRUNEE l'emploie de manière plus globale mais sans aller jusqu'à la conceptualisation (« La confiance dans le règlement amiable des différends », *Droit social*, 2019. 617).

notion. Or il nous semble que dans le contexte actuel de promotion et de développement de l'amiable, nous ne pouvons nous en satisfaire, nous ne pouvons nous contenter d'une approche notionnelle de modes qui peuvent parfois se substituer à la justice des juges. Il est dès lors impératif d'aller au-delà des spécificités de chaque mode amiable, de s'extirper de l'approche notionnelle¹² pour les penser de manière globale. Nous allons donc, ainsi que nous y invite Hegel, dépasser l'« instrument d'analyse qu'est la notion juridique, pour nous interroger sur ce que pourrait nous apporter, comme moyen d'une connaissance plus approfondie des institutions, la recherche de leurs concepts »¹³. Partons donc à la recherche du concept de justice participative.

B. LE CONCEPT DE JUSTICE PARTICIPATIVE

Un élément de la justice plurielle

Nous considérons, comme d'autres, que l'amiable peut constituer une autre forme de justice. Ainsi que l'écrit Loïc Cadiet, ce type de règlement est l'« élément nécessaire devant être intégré à [la justice des juges] pour former un tout complet, de manière que rien d'essentiel ou d'utile ne lui manque »¹⁴. L'amiable et la justice juridictionnelle constituent les éléments d'un tout complet qu'il nomme la justice plurielle. Cette justice plurielle est celle qui offre, « à chaque type de conflit, son mode de solution approprié, les uns n'excluant pas les autres et, pour un même conflit, susceptible d'évoluer dans le sens d'un apaisement ou, au contraire, d'une aggravation, il doit être possible d'aller de l'un à l'autre et *vice versa*, ce que la loi doit assurer de manière flexible en recourant, notamment, à la technique des passerelles dans une gestion fine de l'orientation des affaires »¹⁵. Cornu et Foyer avaient déjà perçu cette réalité : « [l]e mouvement en faveur d'une justice alternative (conciliation, médiation) montre bien que l'Etat n'est pas perçu comme la source unique ni toujours préférable de justice »¹⁶.

Le règlement amiable est une justice : analyse étymologique

L'analyse étymologique du substantif « justice » révèle que le juge n'est pas indispensable pour faire œuvre de justice. Le terme est issu du latin *justitia*¹⁷ ou *justitarius*¹⁸ et renvoie à « la vertu morale par laquelle on rend à chacun ce qui lui appartient »¹⁹ : le juge peut rendre la justice, mais il existe d'autres « façons de faire "œuvre de justice" »²⁰. Pour Soraya Amrani-Mekki, « [l]a justice amiable conduit ainsi à penser une justice « hors la loi » qui demeurerait justice même sans juge et sans droit »²¹ ; pour Loïc Cadiet, « la justice hors le juge ne cesse pas d'être une justice. Elle participe du système de justice ; elle contribue même à en

¹² M. DOUCHY-LOUDOT et J. JOLY-HURARD, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Médiation et conciliation, *rép. préc.*, n° 2 : « Modes alternatifs de règlement des conflits. Notion ».

¹³ F.-P. BENOIT, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la philosophie du droit de Hegel », in J.-M. GALABERT et M.-R. TERCINET (dir.), *Mél. G. PEISER*, P.U.G., Hors collection, 1995, p. 27.

¹⁴ CNRTL, V° Complément.

¹⁵ L. CADIEU, « L'accès à la justice. Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice », *D.* 2017, p. 522.

¹⁶ G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd., Puf 1996, p. 90.

¹⁷ B. DE ROQUEFORT, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Vol. 1, 1829, V° Justice.

¹⁸ A. SCHELER, *Dictionnaire d'étymologie française d'après les résultats de la science moderne*, 1862, V° Justice.

¹⁹ T. HOBBS, *Léviathan*, trad. F. TRICAUD et M. PECHARMAN, Paris, Sirey, 1971, pp. 121 : « Justitia est Voluntas constans suum cuique tribuendi ».

²⁰ L. CASAUX-LABRUNEE, « La liberté de se réconcilier », in *Mél. J.-P. LABORDE*, Dalloz, 2015, p. 601.

²¹ S. AMRANI-MEKKI, « Chantier de l'amiable : concevoir avant de construire », *JCP G* 2018, suppl. n°13, p. 63.

définir le nouveau modèle »²². Cette vision est largement répandue au Canada. Dès 2004, la commission du droit affichait l'ambition de transformer les rapports humains par la justice participative²³. De nombreux travaux doctrinaux ont ensuite été consacrés au sujet²⁴, permettant de définir la justice comme « l'ensemble des mécanismes de régulation sociale inspirés de la vertu morale, par laquelle on rend à chacun ce qui lui appartient, et qui tente de pacifier les relations entre les différents acteurs de la société »²⁵.

Selon ces auteurs, la justice réside aussi bien dans la justice des tribunaux que dans la justice participative.

Le règlement amiable n'est pas une justice : les freins culturels

Certains doutent de l'affirmation. Pour un auteur, les réformes visant à encourager le règlement amiable ne renforcent « ni la « justice de près » ni la « justice de loin » si chères à Paul Ricœur »²⁶ ; ils craignent qu'une privatisation de la justice aboutisse à une privation des justiciables²⁷. Les craintes doivent être entendues et exploitées pour une meilleure conceptualisation. Elles s'expliquent sans doute par notre culture et notre héritage : comme l'écrit Morel, « [d]ans les civilisations modernes, c'est à l'Etat qu'incombe la mission de trancher les litiges mettant en jeu des intérêts privés, de protéger les droits des particuliers lorsqu'ils sont méconnus ou contestés »²⁸. La justice hors le juge reste perçue comme étant celle des « sociétés primitives »²⁹.

Tout règlement amiable n'est pas une justice

Il convient toutefois d'être vigilant : certains modes amiables ne peuvent être qualifiés de justice ; certains processus constituent une véritable justice quand d'autres ne méritent pas de recevoir une telle qualification. Il est des cas dans lesquels la manière dont le mode amiable est mené ne permet pas de « rendre à chacun ce qui lui appartient et de pacifier les relations sociales ». Il en va ainsi lorsque par exemple des pressions sont exercées sur les parties, lorsque la solution leur est dictée par un tiers avec des phrases du type : « allez, on coupe la poire en deux », ou encore lorsqu'elles sont simples spectatrices de négociations menées entre avocats. Pour que l'amiable constitue une forme de justice, il faut que les parties prennent activement part au processus, qu'elles y participent. Voilà pourquoi le concept à explorer est celui de justice participative.

²² L. CADIET, « L'accès à la justice [...] », art. préc. V° également du même auteur : « Une justice contractuelle, l'autre », in Mél. J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 2001, p. 177. V° également : J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, thèse, PUAM 2003, n° 6.

²³ Commission du droit du Canada, *La transformation des rapports humains par la justice participative*, Ottawa, Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2003.

²⁴ J.-F. ROBERGE, *La justice participative. Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Yvon Blais, 2011 ; L. MARQUIS, « Dynamisme, justice participative et droit québécois », *Revue de prévention et de règlement des différends*, 2007, v. 5, n° 2 ; M. THERIAULT, « Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la justice participative », *La revue du barreau du Québec*, 2015, Tome 74, p. 1.

²⁵ S. A.-L. HOUNTOHOTEGBE, *Repenser la procédure civile. Les enjeux théoriques de l'accès à la justice et l'hypothèse de la régulation sociale par l'intégration des modes extrajudiciaires de prévention et de règlement des différends (PRD)*, thèse dactyl. 2017, Université de Sherbrooke, p. 58.

²⁶ M. MEKKI, « Le "citoyen au cœur du service public de la justice" : info ou intox ? », *Gaz. Pal.* 6 déc. 2016, p. 3.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd., Librairie du recueil Sirey 1949, n° 1.

²⁹ *Ibid.*

Il est impératif de poser des critères de qualification de la justice participative. Le processus de règlement du litige doit présenter certains critères pour être qualifié de justice participative. À défaut il est un simple mode amiable de règlement des litiges.

II. QUALIFICATION DE LA JUSTICE PARTICIPATIVE

Le processus de résolution amiable peut être qualifié de justice participative lorsque deux critères cumulatifs sont remplis. D’abord la justice participative implique une mise en relation des parties (A), ensuite la justice participative repose sur le consentement des parties (B).

A. LA MISE EN RELATION DES PARTIES

Objet de la mise en relation

La mise en relation n’a pas pour objet de trouver directement une solution, mais de permettre aux parties d’œuvrer ensemble à sa co-construction. Cela implique que les parties soient présentes en personne³⁰. Elles ne peuvent donc pas mandater un tiers qui les représenterait et agirait à leur place. Si tel était le cas, il s’agirait de simples négociations et non d’une véritable justice participative. L’objet tel que délimité exclut également du champ de la justice participative la pratique qui consiste, pour un tiers, à proposer directement une solution à laquelle les parties peuvent adhérer. Certains conciliateurs de justice fonctionnent parfois de la sorte. L’hypothèse, bien qu’elle soit proche, est à distinguer de celle dans laquelle le tiers formalise et exprime ce sur quoi les parties pourraient être d’accord à l’issue de leurs échanges³¹.

Forme de la mise en relation

La mise en relation prend en principe la forme d’une mise en présence physique des parties. L’impossibilité d’une mise en relation physique fait-elle obstacle à la justice participative ? Après avoir longuement hésité, nous arrivons à la conclusion que non. Il est apparu que le critère devait être suffisamment souple pour offrir au plus grand nombre la possibilité de bénéficier de la justice participative. Le critère peut ainsi être rempli dans le cas d’une mise en relation par visioconférence³². Le système permet aux parties d’être virtuellement en présence l’une de l’autre puisqu’elles peuvent toutes se voir sur un même écran. Le tiers facilitateur devra toutefois adapter ses méthodes. L’analyse de la communication non-verbale par exemple, reposant sur la gestuelle et la posture des parties, sera nécessairement limitée puisque la visibilité des parties est réduite. Des médiateurs témoignent même de médiations se déroulant uniquement par des rencontres unilatérales lorsque les parties refusent d’être physiquement dans la même pièce. Cette pratique ne les empêche pas de trouver un accord ; elle peut même leur permettre de se rencontrer physiquement à l’issue du processus. Il est donc envisageable que le tiers fasse le lien entre les deux parties et permette leur mise en relation sans qu’elles soient réellement ou virtuellement réunies. En revanche, celles-ci ne sauraient être représentées par leur avocat : cela contreviendrait au principe de présence³³.

³⁰ Le doyen CORNU posait déjà un tel principe en 1997 : « Les modes alternatifs de règlement des conflits – Rapport de synthèse », *RIDC*, 2-1997, p. 315.

³¹ N. FRICERO et alii, *Le guide des modes amiables [...]*, *op. cit.*, n° 131.45.

³² Sur le principe de présence, *cf infra* n° 22.

³³ A. DANET, *La présence en droit processuel*, Thèse, Dalloz 2018, Bibliothèque de la justice. V° également : E. JEULAND, « Justice numérique, justice inique ? », *Cah. Just.* 2019, p. 193.

Mise en relation facilitée par un tiers neutre

L'intervention d'un tiers impartial et indépendant peut faciliter la mise en relation des parties : il fait le lien entre elles, les aide à se parler, reformule ce qu'elles disent de manière positive pour que l'autre écoute et comprenne. Le tiers peut être un conciliateur de justice, un médiateur ou même le juge lorsqu'il exerce sa mission de conciliation des parties³⁴. Il est aussi possible que la fonction soit incarnée par un non-professionnel : un proche, un ami commun ou un membre de la famille en qui les deux parties ont confiance... Quelle que soit la configuration, le critère principal est celui de la légitimité du tiers aux yeux des parties. Il est indispensable qu'elles le reconnaissent comme tiers indépendant et impartial, capable de les aider à trouver une solution au conflit qui les oppose.

On peut se demander si la mise en relation implique nécessairement la présence d'un tiers neutre ou s'il est au contraire possible que la justice participative existe en son absence. Si l'on considère que ce tiers est indispensable alors de nombreux processus sont exclus du champ de la justice participative. En partant de la définition retenue de la justice, nous pouvons considérer que le critère de la mise en relation est rempli même en l'absence de tiers. Il s'agit en effet de « l'ensemble des mécanismes de régulation sociale inspirés de la vertu morale, par laquelle **on** rend à chacun ce qui lui appartient ». L'utilisation du pronom « on » exprime « l'idée d'animé humain » et fonctionne « toujours comme sujet ». Il peut « désigner un tiers, une autorité investie de ce pouvoir ou toute personne qui possède cette vertu et la met en œuvre »³⁵. Nous considérons que les parties elles-mêmes, accompagnées ou pas, peuvent constituer le « on » et s'entendre pour rendre à chacune ce qui lui appartient.

Elles ne sauraient en revanche s'en remettre totalement à un algorithme, celui-ci étant dépourvu d'humanité. Le raisonnement se retrouve dans la loi de programmation de la justice 2018-2022. Le texte prévoit que les services de médiation ou de conciliation en ligne « ne peuvent avoir pour seul fondement un traitement algorithmique ou automatisé de données à caractère personnel »³⁶. À défaut, il ne saurait y avoir de justice.

Mise en relation facilitée par un tiers accompagnateur

Il arrive que les parties aient besoin d'être épaulées dans leur démarche et souhaitent être accompagnées par un tiers. Il pourra les conseiller dans la co-construction de la solution. Le tiers en question peut-être un avocat. Ce sera nécessairement le cas lorsque les parties se tournent vers le droit collaboratif ou vers la procédure participative. Les statistiques montrent tout l'intérêt de leur présence également lors de médiation : « à la cour d'appel de Grenoble, les médiateurs qui faisaient participer les avocats à la médiation avaient 70 % d'accords. Ceux qui les excluaient n'en obtenaient que 30 % »³⁷. Mais les médiateurs témoignent que l'avocat a aussi le pouvoir de faire complètement « capoter » le processus.

Il est également tout à fait possible que les parties soient accompagnées par un non-professionnel : un proche, un ami, un membre de la famille ou toute personne qu'elles reconnaissent comme compétente... Il ne faut toutefois pas que la présence du tiers desserve le processus ; ce peut être par exemple le cas de celle des conjoints respectifs dans une affaire de succession opposant des frères et sœurs. Dans ce cas, le médiateur pourra avec habileté

³⁴ CPC, art. 21.

³⁵ S. A.-L. HOUNTOHOTEGBE, *Repenser la procédure civile*, thèse. préc., p. 53.

³⁶ Art. 4 de la Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

³⁷ *La médiation*, BICC, hors-série n° 4, 2006, éd. Journaux officiels, p. 8 s.

demander à entendre les parties seules. La question de l'égalité des armes pourra néanmoins se poser lorsque l'une des parties est assistée d'un avocat et que l'autre se présente seule ou avec un non-professionnel.

B. Le consentement des parties

Le consentement des parties à toutes les étapes du processus est indispensable pour qu'il soit qualifié de justice participative.

Consentement au processus

Il faut d'abord que les parties consentent au processus. Dès lors que la justice participative repose sur leur implication, il faut qu'elles aient la volonté³⁸ de coopérer pour résoudre leur différend, pour co-construire la solution. Le consentement des parties peut être exprimé oralement (c'est souvent le cas en matière de conciliation) ou par écrit, comme par exemple dans l'accord de médiation ou dans la convention de procédure participative. Les parties à un contrat peuvent également anticiper la survenance d'un litige futur en y insérant une clause de règlement amiable des différends³⁹. Si l'une des parties saisit le juge en contrevenant aux prévisions contractuelles⁴⁰, elle risque de se heurter à une fin de non-recevoir⁴¹. La jurisprudence considère que les parties ne peuvent renoncer, par avance, à la procédure de médiation prévue par la clause⁴². La solution est *a priori* transposable aux autres processus participatifs.

Quid de la justice participative imposée ?

On peut alors se poser la question de la qualification de justice participative dans le cas où le processus est imposé aux parties. Il arrive en effet que des dispositions spéciales imposent aux parties une tentative de résolution amiable avant que leur litige soit tranché par le juge. C'est le cas par exemple de la phase de conciliation obligatoire devant le conseil de prud'hommes, le tribunal paritaire des baux ruraux ou encore le tribunal judiciaire dans le cadre de la procédure orale⁴³. Il est en outre de plus en plus fréquent que la saisine même du juge soit subordonnée à la mise en œuvre préalable d'un processus amiable. Faut-il alors considérer qu'il ne s'agit plus de justice participative ? La réponse est assurément négative.

En réalité, dans toutes ces hypothèses, il ne s'agit pas d'imposer aux parties de régler leur litige par un mode amiable, mais simplement de tenter de le résoudre ainsi. Cela signifie concrètement que les parties sont obligées de rencontrer un conciliateur ou un médiateur qui leur expliquera en quoi consiste la conciliation ou la médiation et leur proposera d'y avoir recours. C'est à ce moment-là que les parties pourront soit consentir au processus, soit préférer confier au juge le soin de trancher leur litige. La tentative amiable obligatoire n'est pas en contradiction avec

³⁸ M.-A. FRISON ROCHE, « Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, p. 573.

³⁹ Sur le sujet V° notamment : N. CAYROL, *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, préf. F. GRUA, thèse, economica, 2001, n° 293 et s. ; N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, préf. M. MEKKI, thèse, Centre Michel de l'Hospital, 2018, n° 378 et s. ; L. CADIET, « L'effet processuel des clauses de médiation », *RDC* déc. 2003, n°1 p.182.

⁴⁰ P. GRIGNON, « L'obligation de ne pas agir en justice », in *Mél. C. MOULY*, Litec, 1998, t. 2, p. 115-130

⁴¹ G. BLOCK, « La sanction attachée au non-respect d'une clause de conciliation ou de médiation obligatoire », in *Mél. MARTIN*, Bruylant/LGDJ, 2004, p. 71.

⁴² Civ. 1^{re}, 8 avr. 2009, n° 08-10.866, Bull. civ. I, n° 78, *RTD civ.* 2009, p. 774, obs. PH. THERY ; *D.* 2010, p. 169, chron. N. FRICERO.

⁴³ CPC, art. 820.

l'exigence de consentement au processus. Elle a pour vertu de donner au justiciable les moyens d'avoir recours à la justice participative. Bien souvent, les parties n'ont jamais entendu parler de conciliation ou de médiation, - et encore moins de procédure participative ! -, ou alors de très loin. En outre, la compétence et l'expérience du conciliateur, du médiateur ou de l'avocat peuvent permettre aux parties qui étaient, de prime abord, hostiles à ce type de justice et ne la pensaient pas adaptée à leur situation, d'y trouver un intérêt.

Consentement à l'issue du processus

Le consentement des parties est à nouveau requis pour déterminer l'issue du processus participatif. Les parties peuvent trouver un accord permettant la résolution du litige. L'accord par lequel les parties règlent leur différend « existe par lui-même et produit des effets juridiques dès l'échange des consentements des parties, sans avoir besoin d'être constaté dans un écrit »⁴⁴. Lorsque les parties consentent à des concessions réciproques, le contrat est qualifié de transaction et l'écrit est exigé à titre probatoire⁴⁵.

Le consentement des parties peut aussi permettre de clore le processus participatif sans avoir trouvé de solution. Un constat ou un procès-verbal de non-conciliation peut être dressé. L'article 1555 du Code de procédure civile envisage, par exemple, la résolution anticipée de la convention de procédure participative ou l'établissement d'un acte constatant la persistance de tout ou partie du différend.

Consentement à un accord procédural

À défaut d'accord sur le fond, le processus peut également aboutir à un accord procédural⁴⁶ : il s'agit de la requête conjointe. Par cet acte, les parties vont saisir le juge ensemble. Le consentement des parties portera donc sur la saisine du juge et l'objet du litige. Dans ce cas, les parties sont d'accord sur la subsistance d'un désaccord. Les parties saisiront le juge de ce que l'on nomme un « litige maîtrisé »⁴⁷, elles vont lui donner une vision globale et aboutie du conflit, ce qui facilitera la prise de décision. La requête conjointe permet d'étendre l'objet des modes amiables de règlement des différends⁴⁸ ; elle révèle que la justice participative ne se limite pas à la recherche d'un accord substantiel, mais qu'elle peut également viser un accord procédural.

La conceptualisation a ainsi permis de dégager des critères précis de qualification de la justice participative. À l'heure du développement exponentiel de l'offre de règlement amiable,

⁴⁴ M. DOUCHY-LOUDOT et J. JOLY-HURARD, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Médiation et conciliation, *Rép. préc.*, n° 138. Des dispositions spéciales existent : conciliation conventionnelle, art. 1540 du CPC, « La rédaction d'un constat est requise lorsque la conciliation a pour effet la renonciation à un droit » ; conciliation judiciaire, art. 130 du CPC, procès-verbal ou constat d'accord ; médiation judiciaire, art. 131-12 du CPC, constat d'accord ; convention de procédure participative, art. 1555 du CPC, écrit énonçant de manière détaillée les éléments qui en ont permis la conclusion.

⁴⁵ M. REVERCHON-BILLOT, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Transaction, juill. 2018, n° 42.

⁴⁶ Expression employée essentiellement par les spécialistes de droit international privé au sujet de la désignation de la loi applicable : B. FAUVARQUE-CAUSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de loi*, thèse, LGDJ 1997, p. 61. V° également l'expression « accord sur la juridiction dans le procès » (L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in P. ANCEL et M.-C. RIVIER (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, pp. 34 art. préc.).

⁴⁷ J. HERON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., 2012, LGDJ, n° 460.

⁴⁸ Sur le sujet V° M. REVERCHON-BILLOT, « Sauvons la requête conjointe ! », *JCP G* 2019, n° 17, doct. 469 ; « Cap sur la requête conjointe ! », *JCP G* n° 36, 2020, p. 966.

notamment en ligne, il est selon nous précieux de pouvoir dire ce qui relève de la justice et ce qui ne l'est pas.