

L'intégration de la médiation dans le champ de la justice en Italie : analyse socio-juridique d'une réforme

*Paola LUCARELLI** et *Annalisa TONARELLI***

**Bringing Mediation into the Trial:
Socio Legal Analysis of the Italian Reform**

**La integración de la mediación en el campo de la justicia en Italia:
análisis socio-jurídico de una reforma**

**A integração da mediação no campo da justiça na Itália:
análise sociojurídica de uma reforma**

把调解纳入司法——意大利司法改革的法社会学分析

Résumé

Au cours de la dernière décennie, la question de l'efficacité de l'accès à la justice a été portée à l'attention du législateur, d'abord européen, puis italien. Elle a été comprise comme une garantie de protection effective des droits, de rapidité du processus, de limitation des coûts, et donc d'une disponibilité juste et impartiale du système de justice pour le citoyen et pour l'entreprise. C'est pourquoi l'Italie a tenté de mettre en place une réforme de

Abstract

During the last decade, the question of the efficiency of access to justice has been brought to the attention of the legislator, first European, then Italian. It has been understood as a guarantee of effective protection of rights, speed of the process, limitation of costs, and therefore as a fair and impartial availability of the justice system for the citizen and for the company. Therefore, Italy has tried to implement a justice reform aimed at

* Paola Lucarelli est professeure de droit à l'Université de Florence; elle est l'auteurice des sections 1, 2 et 3.

** Annalisa Tonarelli est professeure de sociologie à l'Université de Florence; elle est l'auteurice des sections 3, 4 et 5.

la justice visant à introduire des modalités de résolution des différends alternatives à la justice ordinaire, déjà largement diffusées dans d'autres pays, telles que la médiation, la négociation assistée et l'arbitrage. Résultant d'une approche interdisciplinaire associant juristes et sociologues, la présente contribution propose une analyse des processus et des enjeux entourant l'introduction de la médiation dans le système juridique italien.

Resumen

En el curso de la última década, el tema de la eficacia del acceso a la justicia ha sido puesto a la consideración del legislador, primero europeo, luego italiano. Esta se entendió como una garantía de protección efectiva de los derechos, rapidez del proceso, limitación de costos y, por lo tanto, de una disponibilidad justa e imparcial del sistema de justicia para el ciudadano y la empresa. Es por eso que Italia ha intentado implementar una reforma de justicia destinada a introducir mecanismos alternativos de resolución de conflictos a la justicia ordinaria, que ya se usa ampliamente en otros países, como la mediación, la negociación asistida y el arbitraje. Como resultado de un enfoque interdisciplinario que asocia a juristas y sociólogos, esta contribución ofrece un análisis de los procesos y retos relacionados con la introducción de la mediación en el sistema jurídico italiano.

摘要

近十年来, 获得司法服务的效率问题先后引起了欧洲和意大利立法者的关注。它被理解为保证有效的权利保障、程序迅捷、限制成本, 从而让公民和企业公平、公正地使用司法系统。因此, 意大利试图进行司法改革, 计划引入已经在其他国家大范围实施的替代性纠纷解决机制, 如调解、辅助协商、仲裁等。本文采用结合了法学和社会学的跨学科研究方法, 分析了意大利法律系统引入调解机制的过程和问题。

introducing alternative dispute resolution methods to ordinary justice, already widely used in other countries, such as mediation, assisted negotiation and arbitration. Resulting from an interdisciplinary approach associating jurists and sociologists, this contribution offers an analysis of the processes and issues surrounding the introduction of mediation in the Italian legal system.

Resumo

No curso da última década, a questão da eficácia do acesso à justiça foi trazida a atenção do legislador, primeiro o europeu, depois o italiano. Ela foi compreendida como uma garantia de proteção efetiva dos direitos, de celeridade processual, de limitação dos custos e, portanto, de uma disponibilidade justa e imparcial do sistema de justiça para o cidadão e para a empresa. É por isso que a Itália tentou implementar uma reforma da justiça visando a introduzir modalidades de resolução de conflitos alternativas à justiça comum, já amplamente difundidas em outros países, tais como a mediação, a negociação assistida e a arbitragem. Resultando de uma abordagem interdisciplinar que associa juristas e sociólogos, a presente contribuição propõe uma análise dos processos e desafios em torno da introdução da mediação no sistema jurídico italiano.

Plan de l'article

Introduction	217
I. La sociogenèse de la réforme et ses enjeux	219
II. Le monde juridique : frein ou levier pour la diffusion d'une culture de la médiation ?	222
III. La réforme comme hybridation du champ juridique	224
IV. Les forces dans le champ : le cas du repositionnement des avocats	227
Conclusion	231

Au tournant des années 1980, les travaux de Mauro Cappelletti et Bryant Garth ont beaucoup circulé dans les milieux juridiques et universitaires du monde entier¹. De l'émergence du mouvement *Access to Justice* jusqu'à aujourd'hui, on ne peut cependant pas considérer que les professionnels du droit aient embrassé, de manière consciente et constante, la promotion et la diffusion des modes alternatifs de résolution des différends. Bien au contraire, il y a eu de longues périodes d'inattention, voire d'indifférence, envers les modèles et instruments de la prévention et du règlement des différends, des périodes parfois interrompues par des contributions doctrinales concernant les expériences réalisées dans d'autres pays ou par des interventions sporadiques du législateur². Ceci a eu pour effet de maintenir le procès comme voie privilégiée, et presque exclusive, pour permettre aux individus et aux entreprises d'obtenir justice.

Il existe pourtant aujourd'hui en Italie un phénomène socioculturel dont Cappelletti et Garth pourraient être fiers, un projet innovant qui a été mis en place à Florence à partir de 2018 : des tribunaux, des universités, des municipalités et des organisations publiques et privées sont en effet engagés dans une réforme pour la justice, qui peut être qualifiée de « coexistentielle », et dont la visée est de rendre plus accessible la médiation des conflits³. Promue par l'Université de Florence, cette expérience a vu des stagiaires – diplômés en droit et spécialisés en médiation – travailler auprès de juges avec la tâche d'évaluer des dossiers d'affaires pendantes afin d'identifier ceux qui étaient le plus susceptible d'être réglés au moyen d'une médiation. En dix mois, les stagiaires ont examiné 6 480 dossiers et en ont soumis 3 720 aux juges comme étant potentiellement médiables. Sur cette base, les juges ont ordonné la médiation dans 1 296 cas ; les parties ont effectivement eu recours à la médiation dans 686 cas et 495 parmi eux ont abouti à un accord (dans ou hors du dispositif de médiation). Les données issues d'une recherche empirique qui a accompagné ce projet⁴ montrent

¹ MAURO CAPPELLETTI et BRIAN GARTH, « Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective », (1978) 27-2 *Buffalo Law Review* 181.

² La première tentative sérieuse en Italie s'est concrétisée par la conciliation d'entreprise en 2003, qui a produit plus d'études juridiques que la pratique de la conciliation professionnelle ; voir *Décret législatif n° 5 du 17 janvier 2003*, J.O. 22 janvier 2003.

³ Voir notamment les projets Nausicaa 1 et 2, « Giustizia Semplice », expérimentés à la Cour de Florence et à la Cour d'appel de Florence.

⁴ Les données de l'enquête ont notamment été recueillies par des entretiens semi-structurés avec des stagiaires (9), des juges (8), des avocats (20) et par des entretiens avec deux groupes de discussion regroupant 20 courtiers inscrits auprès des organismes

ainsi que, depuis le début de ce dernier, le nombre de dossiers déposés a diminué. Si ce projet eu un effet direct sur la déflation du contentieux judiciaire, la recherche a également permis de constater l'existence d'un effet indirect de celui-ci : le fait que des avocats perçoivent de plus en plus la médiation comme la voie la plus appropriée pour résoudre un litige n'est pas sans lien avec la *gouvernance partagée* du projet qui a contribué à promouvoir une connaissance plus large de la médiation et de son potentiel parmi les partenaires du projet⁵.

Le projet de Florence, qui s'est diffusé depuis dans d'autres villes italiennes, peut manifestement être vu comme une manière originale de faire face aux problèmes récurrents qui affectent depuis plusieurs années l'administration de la Justice en Italie. Une recherche menée dans le cadre de ce projet pilote a été l'occasion d'entrer en contact avec une pluralité de dimensions impliquées par la réforme de la justice dont il accompagnait la mise en œuvre : la poursuite continue de solutions visant à rationaliser et à accélérer le contentieux en matière de justice civile ; le caractère public ou privé des réformes politico-législatives visant à introduire les modes de prévention et de règlement des différends ; l'articulation législative entre procès et médiation qui peut être surtout oppositive ou plutôt intégrative et complémentaire ; les rôles des professionnels impliqués dans la médiation ; et enfin la valeur sociale de la médiation dans sa fonction de liaison des rapports sociaux. Conséquemment, de nombreuses pistes ont émergé lors de la phase d'analyse. La ferme volonté de maintenir l'orientation interdisciplinaire de la recherche, au carrefour du droit et de la sociologie, nous a toutefois confronté à un défi de taille dans le cadre de la présente contribution. C'est pourquoi nous avons fait le choix de diviser le texte en deux plans d'analyse, le premier étant de nature plutôt juridique et le second davantage sociologique. Afin d'articuler ces deux perspectives, nous avons décidé de mettre l'accent sur des processus et des enjeux entourant l'introduction de la médiation civile et commerciale dans le système de justice italien, tout en exposant le statut névralgique des professionnels du droit dans la mise en forme et dans la mise en œuvre de cette réforme.

partenaires du projet. Par ailleurs, des entretiens informels ont eu lieu à plusieurs reprises avec les participants dans la salle de contrôle.

⁵ Le projet a réuni plusieurs partenaires : l'Université de Florence, la Cour de Florence, la Ville métropolitaine de Florence, la Chambre de commerce de Florence, CR Firenze Fondation, l'Organisation de médiation.

I. La sociogenèse de la réforme et ses enjeux

La première réforme visant à introduire la médiation civile et commerciale en Italie a été une directive adoptée en 2008 qui imposait aux États membres de l'Union européenne d'adopter une procédure pour régler les litiges transfrontaliers⁶. Dans le respect de cette injonction, de nombreux pays ont eu l'occasion de réglementer la médiation des conflits internes. Ce fut le cas du législateur italien qui a adopté une loi de délégation, puis un décret législatif délégué en matière de médiation civile et commerciale, profitant ainsi de l'occasion pour agir sur le grave problème des contentieux judiciaires⁷.

Tout au long de la décennie suivante, cette réforme qui a visé l'introduction de la médiation a souvent été justifiée en alléguant l'importance d'accroître la compétitivité du pays par une amélioration de l'efficacité de la justice civile. D'où la création d'une politique d'incitation destinée à prévenir les contentieux judiciaires, à en réduire le nombre et à en accélérer la procédure⁸. Dans la première version d'un décret adopté en 2010⁹, le législateur a mis en place quelques principes-clés : la procédure de médiation en tant que condition procédurale dans les litiges récurrents entre personnes privées¹⁰ ; l'autorité du juge pour inviter les parties à tenter une médiation (aussi bien en première instance qu'en appel) ; l'obligation de

⁶ Directive n° 52 du 21 mai 2008 CE du Parlement Européen du Conseil, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, J.O.U.E. L136 du 24 mai 2008.

⁷ Voir Loi n° 69 du 18 juin 2009, J. O. 19 juin 2009 ; Décret législatif n° 28 du 4 mars 2010, J.O. 5 mars 2010.

⁸ À titre d'illustration : de 2003 à 2009, il y a eu dans les tribunaux de toutes les instances une augmentation de 32 %, pour atteindre 5 081 910 affaires pendantes de contentieux ordinaires, de travail, de famille et de juridiction volontaire. Mais ce qui contribue le plus à l'image négative de la performance de la justice italienne, c'est la durée des procès, peut-être plus que le nombre d'affaires pendantes qui dépend également du taux de contentieux dans notre pays par rapport à la population et à d'autres facteurs liés à l'organisation de la justice.

⁹ Décret législatif n° 28 du 4 mars 2010, mettant en œuvre l'article 60 de la loi n° 69 du 18 juin 2009 relative à la médiation en matière civile et commerciale (ci-après « Décret législatif 28/2010 »).

¹⁰ Succession héréditaire, droits de propriété, copropriété, bail, prêt, location d'entreprise, accord familial, division, réparation des dommages causés par les véhicules, responsabilité médicale, diffamation dans la presse, contrats bancaires, assurances et contrats financiers.

l'avocat de fournir des informations analytiques et prouvées dès la signature d'un contrat avec son client, sous peine d'annulation du mandat professionnel; des sanctions pour les parties qui refusent de participer à la médiation sans justification; la prise en charge de tous les frais juridiques du procès, dans le cas où le jugement relatif correspond au contenu de la proposition du médiateur, par la partie qui a refusé la proposition; la création d'un système articulé d'accréditation, et donc de contrôle public, des organismes de médiation et des organismes de formation à la médiation. Comme nous pouvons le constater, l'objectif de cette réforme se caractérise bien par une volonté de réduire les litiges pendants devant les tribunaux¹¹.

Plusieurs dispositions de cette réforme ont donné lieu à des débats houleux, tels que des impératifs et des sanctions orientés exclusivement vers la réduction du contentieux judiciaire, un système d'accréditation professionnelle désordonné et une formation gravement déficiente et inadéquate. Mais c'est sans l'ombre d'un doute l'obligatorité de la tentative de médiation qui a constitué le principal frein à la diffusion de cette nouvelle institution depuis 2010. Les associations du Barreau ont en effet formulé de nombreuses critiques à cet égard: violation du droit fondamental à une défense, atteinte au principe de l'égalité devant la justice, grave entrave à l'accès à la justice, voire même déni de justice. Ces associations ont porté l'affaire devant la Cour constitutionnelle qui, en 2012, a déclaré inconstitutionnelle la disposition du décret qui prévoyait le caractère obligatoire de la tentative de médiation¹². Cet arrêt a obligé le législateur à intervenir de nouveau à deux autres reprises, en 2013, afin de légitimer une fois pour toutes l'obligatorité de la tentative de médiation¹³. Parallèlement, deux autres obligations ont été ajoutées: celle de la participation de l'avocat à la médiation et celle de la finalisation de la phase d'initiation de la procé-

¹¹ En revanche, c'est le même rapport explicatif du *Décret législatif 28/2010* qui a précisé en ce qui concerne l'article 5 que «le paragraphe 1 entend ainsi étendre la condition de recevabilité à une vaste série de relations, dans l'hypothèse que seule une telle extension peut garantir une véritable impulsion déflationniste à la nouvelle discipline et contribuer à la diffusion de la culture du règlement extrajudiciaire des litiges», ainsi que proposer le même fondement pour d'autres dispositions du décret.

¹² L'Arrêt n° 272 du 24 octobre 2012 (J.O. 12 décembre 2012), reposait sur la base d'un excès de délégation par rapport à la *Loi n° 69 du 18 juin 2009, portant délégation au gouvernement pour réorganiser le procès administratif*.

¹³ Avec le *Décret n° 69 du 21 juin 2013*, J.O. 21 juin 2013, modifié ensuite par la *Loi n° 98 du 9 août 2013*, J.O. 20 août 2013.

dure¹⁴. Une nouvelle norme d'obligation s'est par ailleurs superposée à la première: la capacité attribuée aux juges d'ordonner une rencontre des parties devant le médiateur si leur comportement, la nature de l'affaire ou l'état de l'enquête le justifient, que ce soit en première instance ou encore en appel.

Même si l'obligatorietà, plus précisément la double obligatorietà (par la loi et par le juge), est depuis demeurée en vigueur, de nombreuses interprétations juridiques ont tenté d'en réduire la portée. Certains interprètes ont fait valoir qu'il revenait toujours aux parties de déterminer leur intérêt de participer à une véritable tentative de médiation. D'autres interprètes sont même parvenus jusqu'à faire accepter la possibilité de l'*opt out*, c'est-à-dire le droit de chaque partie de ne pas entamer la médiation après avoir rempli l'obligation de se présenter à la première réunion informative devant le médiateur¹⁵. La validation de cette ligne interprétative a permis à la fois de satisfaire les tenants de la médiation et d'apaiser les craintes de ses opposants. Depuis au moins cinq ans toutefois, une jurisprudence plus constructive a graduellement commencé à se diffuser qui prescrit au minimum l'obligation d'une tentative effective de médiation. La presque totalité des décisions judiciaires, qui se prononcent sur l'opportunité de cette tentative, stipulent que celle-ci est respectée si les parties s'engagent effectivement dans une médiation au-delà de la séance d'information préalable, dès lors insuffisante en elle-même. Cette interprétation a mis l'accent sur le fait qu'un régime d'obligatorietà est incompatible avec le simple refus des parties qui ne peuvent conséquemment décider elles-mêmes (bien qu'elles soient quand même autorisées à faire valoir de sérieuses raisons à l'impossibilité de poursuivre): s'il n'est pas obligatoire d'aller au-delà de la première réunion, il faut minimalement qu'une discussion soit entamée sur le fond du litige¹⁶.

¹⁴ «Lors de la première rencontre, le médiateur clarifie aux parties la fonction et les modalités de réalisation de la médiation. Le médiateur, toujours dans la première réunion, invite ensuite les parties et leurs avocats à s'exprimer sur la *possibilité* d'entamer la procédure de médiation et, dans le cas positif, procède au développement» (art. 8 du *Décret législatif 278/2010 réformé*).

¹⁵ Giuseppe DE PALO, *A Ten-Year-Long «EU Mediation Paradox»: When an EU Directive Needs To Be More...Directive*, Parlement européen, novembre 2018, en ligne: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL_BRI\(2018\)608847_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL_BRI(2018)608847_EN.pdf)> (consulté le 17 juillet 2020).

¹⁶ La décision Cass. civ. Sez. III 27 mars 2019, n° 8473, qui contient un *obiter dictum* à cet égard en contradiction avec l'adresse jurisprudentielle en vigueur. Voir Paola LUCARELLI,

Voilà donc ce qu'en est venu à prescrire la norme d'obligation : les parties ont le devoir d'essayer la médiation. Cette orientation contribue alors à réduire l'opposition entre l'autonomie et l'obligatorité. En effet, cette obligation peut être envisagée comme une manière de promouvoir l'autonomie des citoyens ou, pour le dire autrement, comme un exercice d'autonomie destiné à permettre aux citoyens de prendre conscience de leurs propres problèmes et d'être responsables de leur résolution, le tout dans leurs propres intérêts. Cette opposition peut même être dépassée en considérant que cet exercice d'autonomie conférée par la tentative de médiation permet d'assurer l'accès à la justice ; c'est en effet par cette entrée, *non pas secondaire mais bien principale*, que les parties pourront, en cas d'impasse, mobiliser les tribunaux et déléguer au juge le pouvoir de trancher leur litige.

II. Le monde juridique : frein ou levier pour la diffusion d'une culture de la médiation ?

À ce stade, il faut bien admettre que la portée et les effets bénéfiques de la réforme visant à introduire la médiation civile et commerciale ont été fortement affaiblis par les choix réglementaires retenus pour l'intégrer dans le système juridique, c'est-à-dire l'orientation interprétative très restrictive de l'obligatorité, la préparation inadéquate des acteurs du monde juridique et surtout l'image de la médiation qui prévalait parmi eux : un rite dépourvu de la condition préalable à toute justice, à savoir une véritable confrontation entre les parties. Mais les statistiques actuellement disponibles à propos de la justice et de la médiation apportent quand même des éclairages intéressants pour envisager autrement l'efficacité de cette réforme¹⁷. En effet, le volume des litiges civils a commencé à diminuer pour la première fois en une décennie : de 5 081 910 procès en instance en

«La sentenza della Corte di Cassazione 8473/2019: un raro esempio di uroboro», (2019) *Judicium* (à partir duquel certaines considérations sont rapportées dans cette contribution). Sur ce point, dans ce volume, voir Teresa FRANZA, «La mediazione demandata fra problemi interpretativi e false convinzioni : la sentenza della Cassazione 7 marzo 2019, n. 8473», dans Paola LUCARELLI (dir.), *Mediazione dei conflitti: una scelta condivisa*, Torino, Utet Giuridica, 2019.

¹⁷ Cf. MINISTÈRE DE LA JUSTICE (ITALIE), *Statistiques*, en ligne : <www.giustizia.it> (consulté le 17 juillet 2020).

2009¹⁸, on est passé à 2 896 671 au premier trimestre de 2019, ce qui représente ainsi une réduction de 43 %. Au cours de la même période, les procédures de médiation ont enregistré une croissance constante, bien que les tentatives de médiation réelles soient toujours égales à 50,4 % et qu'un accord soit atteint dans 44,8 % des cas.

Bien que la réforme introduisant la médiation en Italie ne soit pas parfaite, elle semble ainsi connaître une certaine effectivité. La loi est toutefois en elle-même incapable de résoudre tous les problèmes qu'elle engendre ou tous ceux qu'elle a passé sous silence. Le changement doit également passer par un apprentissage de la médiation, aussi bien de la part des citoyens que de celle des juristes, afin que puisse véritablement s'enraciner une culture de la médiation. Idéalement, il faudrait parvenir à promouvoir, en amont, une éducation citoyenne à la gestion des conflits dès l'enfance dans la famille ou à l'école. Cet apprentissage concerne également les juristes, eux dont la culture professionnelle est davantage imprégnée par la voie judiciaire que par la recherche de solutions à l'amiable dans le cadre d'une confrontation ouverte, collaborative et constructive¹⁹. Ils doivent être préparés à accueillir et à valoriser cette autonomie de leurs clients, en transformant leur manière de concevoir le service juridique. Il leur faut comprendre que les différends appartiennent avant tout à leurs clients et non pas exclusivement à eux-mêmes. Ce qui implique la maîtrise de stratégies appropriées, soit pour aider les clients à prévenir et à gérer leurs problèmes relationnels, en veillant à prévenir les abus et à rééquilibrer les asymétries, soit encore pour évaluer l'opportunité de remettre la résolution du litige entre les mains d'un juge quand une solution pacifique semble impossible ou lorsque les conditions pour que les parties décident librement ne sont pas réunies. C'est dire à quel point la formation des juristes est importante pour favoriser l'acquisition d'une « maturité collective » en matière de prévention et de résolution des différends²⁰.

Ce dernier point est un enjeu particulièrement fondamental considérant la part de responsabilité qui incombe aux acteurs du monde juridique

¹⁸ La référence concerne le litige ordinaire, le litige du travail, le litige familial et la juridiction volontaire.

¹⁹ Paola LUCARELLI et Laura RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di governo e gestione del cambiamento*, Torino, Utet Giuridica, 2016.

²⁰ Louise OTIS, «La conciliation judiciaire à la Cour d'appel du Québec», (2003) 1-2 *Revue de prévention et de règlement des différends* 1, 3.

dans les difficultés qu'a connues la réforme de la justice italienne lors de sa mise en œuvre. D'une part, de nombreux avocats ont évité de recourir à la médiation pour résoudre les problèmes de leurs clients; ils craignaient un rétrécissement du marché des services juridiques, une diminution des revenus et une perte de prestige. D'autre part, les magistrats se considéraient plutôt étrangers à la procédure, occupés qu'ils étaient par les millions d'affaires en instance devant les tribunaux; quelques-uns parmi eux s'inquiétaient tout de même de voir leur rôle et leurs prérogatives professionnelles remis en cause. Tout en envisageant la médiation comme un exercice d'autonomie, certains médiateurs percevaient néanmoins l'obligatorité comme une limitation de la libre volonté des individus; il faut mentionner en passant que leurs démarches pour obtenir une meilleure reconnaissance de leurs compétences se sont plus souvent qu'autrement avérées vaines, ce dont témoigne le fait qu'ils ont parfois été victimes d'humiliation plus ou moins explicites (comme accepter de travailler sans rémunération, par exemple). Seules quelques universités ont enfin saisi l'occasion pour introduire des cours de médiation dans la formation juridique et mener des projets de recherche; ces initiatives n'ont cependant attiré qu'un petit nombre de personnes qui, principalement intéressées par le droit procédural, se sont très vite lassées de la médiation pour se tourner de nouveau vers le procès.

Il importe alors d'essayer de mieux comprendre les postures adoptées par les acteurs du monde juridique, et plus particulièrement celles des avocats, face à l'intégration de la médiation opérée par la réforme de la justice civile en Italie, par l'entremise d'une analyse sociologique de cette intégration.

III. La réforme comme hybridation du champ juridique

Dans son texte intitulé *La force du droit*, le sociologue Pierre Bourdieu évoque l'existence d'un « processus de constitution appropriative »²¹ dans le champ juridique. Ce processus correspond à l'« appropriation » par le champ juridique de pratiques en usage dans d'autres champs sociaux, avec comme conséquence importante la création de nouvelles opportunités dans le marché des services juridiques pour les professionnels du droit. De manière très intéressante, Bourdieu fait explicitement référence dans son

²¹ Pierre BOURDIEU, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales* 1986.64.12.

texte à l'assimilation de procédures préjuridiques de résolution des conflits par le système judiciaire²².

La réforme de la justice italienne dont il a été question jusqu'à présent peut ainsi être analysée sociologiquement en mobilisant quelques outils conceptuels forgés par Bourdieu. Opérée par le haut et sujette à l'action de certains *veto players*²³, cette réforme peut effectivement être interprétée à partir du processus d'« appropriation » dont parle Bourdieu dans la mesure où il s'agissait d'intégrer dans le système juridique l'institution de la médiation afin de réduire et de rationaliser le contentieux juridique. Pour mieux comprendre cette réforme, ce qui l'a rendu possible ainsi que les problèmes qu'elle a rencontrés, il importe de reconnaître qu'elle a consisté à rapprocher deux champs qui étaient distincts à l'origine, régis par des logiques particulières et peuplés par des agents spécialisés.

Pour mettre en évidence ces particularités spécifiques, il convient de retracer les points saillants du « champ juridique » selon Bourdieu²⁴ à la lumière de ce qui a pu être découvert à propos du « champ de la médiation » durant notre enquête sur la réforme de la justice italienne :

- *Légitimité* : La justice repose sur un rapport de compétitivité entre des professionnels auxquels est attribué le monopole de « dire le droit » sur la base de compétences techniques sanctionnées par une formation spécialisée. La médiation reconnaît de son côté une légitimité aux profanes qui, à partir de leurs compétences expérientielles, peuvent participer activement à la résolution de leurs conflits, l'espace aménagé pour la subjectivité des parties étant l'un des éléments essentiels pour parvenir à un accord.
- *Responsabilité* : Dans le domaine de la justice, les litiges sont pris en charge par les avocats et par les juges qui vont qualifier juridiquement l'expérience ordinaire des profanes, ces derniers devant ainsi renoncer à la gestion directe des problèmes qui les concernent. Dans le

²² *Id.*

²³ Pour une analyse détaillée du rôle joué par les groupes professionnels ayant des intérêts spécifiques dans le contexte plus large des réformes de la justice, y compris en Italie, voir Cécile VIGOUR, *Réformes de la justice en Europe: entre politique et gestion*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2018.

²⁴ Cf. P. BOURDIEU, préc., note 21.

domaine de la médiation, il revient plutôt aux profanes de prendre en charge le règlement de leurs différends.

- *Langage*: Le champ judiciaire se caractérise par l'utilisation d'un langage *ésotérique* – à travers lequel les notions communes changent de signification –, qui cristallise le pouvoir symbolique découlant du monopole de « dire le droit ». La conversion de la réalité sociale dans le langage juridique est donc centrale. Le champ de la médiation impose plutôt, pour sa part, de ramener le langage juridique au langage ordinaire, afin que les profanes puissent bien comprendre ce qui se déroule; l'accord obtenu peut ensuite faire l'objet d'une formalisation juridique.
- *Formalisation*: Le formalisme rationnel (ou rationalisant) du droit contribue à l'efficacité symbolique du rituel judiciaire destiné à renforcer l'autorité de l'acte d'interprétation dont sont dépositaires les juristes. Le travail des professionnels est nettement moins formalisé dans le domaine de la médiation, puisqu'ils doivent plutôt accompagner les profanes dans la prise en charge de leurs différends.
- *Latitude*: Les stratégies mises en œuvre par les agents dans le champ judiciaire sont balisées par les strictes limites des paramètres procéduraux prévus par la loi. Dans le domaine de la médiation, en revanche, le fond du différend peut être élargi à d'autres éléments absents au départ, tandis que les solutions peuvent être recherchées bien au-delà de ce qui est strictement prévu par la loi (même si ces solutions devront être juridiquement sanctionnées par la suite).

À la lumière de ces différences, il devient plus facile de comprendre les transformations nécessaires à l'intégration du champ de la médiation dans le champ de la justice. Et ces transformations affectent plus directement les professionnels du droit habitués à penser et à agir au tribunal. Parmi ceux-ci, c'est assurément le rôle des avocats qui est plus particulièrement mis à l'épreuve. Leur mandat professionnel subit un changement radical et leur capital culturel un important renouvellement. Plutôt que d'organiser la défense de son client, l'avocat en médiation est appelé à « préparer le client afin qu'il puisse s'aider lui-même »²⁵. Un tel accompagnement oblige

²⁵ « Vous n'êtes plus le paladin du client qui va au tribunal avec son épée tirée mais vous devenez son assistant sur le terrain qui l'aide à guider l'accord qu'il peut trouver dans le litige » [Avocat 05].

par ailleurs l'avocat à affiner son expertise. Pour faire face aux dynamiques qui surviennent en contexte de médiation, il doit non seulement adapter les compétences techniques habituellement à sa disposition, mais également développer des compétences relationnelles afin d'être capable de gérer, par exemple, l'émotivité d'un client ou de l'autre partie. Une telle redéfinition ne concerne toutefois pas uniquement les avocats. De fait, même les magistrats, qui évaluent la médiabilité des litiges, sont appelés à réinterpréter leur rôle d'une manière qui brouille les frontières du champ juridique tel qu'il a été traditionnellement conçu²⁶. Cette transformation des rôles et des expertises entraîne une redistribution des pouvoirs entre tous les acteurs impliqués dans la médiation, y compris donc les profanes, et la mise en place de relations davantage basées sur la coopération que la compétition. Dans un tel contexte, il n'est alors pas étonnant que les professionnels du droit aient opposé une résistance à l'intégration de la médiation dans la justice. Et, de ce point de vue, toute une série de mesures prévues dans la réforme, à commencer par la disposition déjà mentionnée de l'obligatorité, peuvent être considérées comme des ficelles mises en place pour consolider l'intégration entre les deux champs.

IV. Les forces dans le champ : le cas du repositionnement des avocats

En introduisant la médiation dans le champ juridique, un des objectifs de la réforme de la justice en Italie a été d'accroître le contrôle des parties sur leurs problèmes en leur octroyant un nouveau rôle dans le processus de résolution. Si la culture de la médiation parvient à imprégner la société civile, c'est toutefois à travers le filtre des institutions et des acteurs traditionnellement associés à l'administration de la justice et auxquels les citoyens ont tendance à déléguer les pouvoirs. Loin d'atténuer le mécanisme de délégation, la réforme a en effet attribué une nouvelle centralité aux avocats qui l'avaient pourtant si obstinément entravé. Supposés être en charge de la résolution de leurs différends, les citoyens doivent encore

²⁶ « Quand je propose la médiation ou la conciliation, je veux que les parties soient personnellement présentes pour interagir avec elles et cela est aussi très apprécié émotionnellement aussi parce que je choisis d'utiliser un langage qui leur est accessible. [...] Puis, il y a le moment où il est nécessaire de revenir à la décision du juge et à son langage formel parce que l'homme de la rue croit tout simplement avoir raison, mais au final il y a le droit » [Juge 04].

« s'appuyer » sur des professionnels issus du monde juridique. Dans ces conditions, les transformations culturelles espérées grâce à l'expérience de la médiation sont largement dépendantes de l'intérêt des avocats à son égard. C'est pourquoi il est particulièrement important de porter attention au point de vue des avocats pour réfléchir aux opportunités et aux limites de la réforme, eux qui ont dû se repositionner dans le champ juridique en raison de l'introduction de la médiation civile et commerciale.

Si les données précédemment mentionnées tendent à montrer que la position des avocats face à la réforme est encore ambivalente, elle qui leur a pourtant attribué un statut de « relais » entre le champ de la médiation et le champ juridique, la multiplication des médiations volontaires et l'accroissement des ententes indiquent qu'un repositionnement de leur part est en cours. Malgré une résistance tenace, plusieurs éléments portent en effet à penser que les avocats s'érigent graduellement en véritable levier pour la mise en œuvre de la réforme. Entre autres, les avocats semblent percevoir de plus en plus les nouvelles opportunités professionnelles offertes par la médiation. Comme le souligne notamment une des personnes interviewées, plus la médiation fonctionne et plus les acteurs ont intérêt à la faire fonctionner²⁷.

Les avocats ont eu tendance à percevoir le champ de la médiation à partir de la position qu'ils avaient acquise dans le champ juridique et des *habitus* qu'ils devaient y mettre en œuvre. Ils ont d'abord éprouvé de la difficulté à abandonner les prérogatives de leur rôle traditionnel et à adapter leurs façons de faire (que ce soit par manque de confiance, par absence de connaissance, etc.), tant la médiation impliquait pour eux, comme nous l'avons mentionné précédemment, un renversement de perspective et un changement d'*habitus*. Divers facteurs ont cependant contribué à induire un changement d'attitude des avocats à l'égard de cette institution. Une des causes de leur hostilité provenait de la fameuse norme d'obligation qu'ils considéraient comme une violation de la liberté de choix de leurs clients. Tant l'obligatorité de la médiation que son imposition par le juge ont toutefois eu pour effet de permettre aux avocats de se familiariser avec cette institution, d'en apprendre les règles de fonctionnement, de les utiliser plus fréquemment et de les maîtriser plus aisément. Ce qui leur a

²⁷ « Si vous comprenez la valeur de cette procédure et acquérez des compétences recon- nues, vous pouvez vous faire une réputation d'avocat qui clôt toutes les médiations et fidéliser vos clients » [Avocat 20].

également permis de constater la professionnalisation croissante des médiateurs et d'apprécier leur capacité grandissante à résoudre des conflits. Une autre cause de l'opposition initiale des avocats tenait à des enjeux économiques. Ceux-ci considéraient que la rémunération était trop faible en comparaison de la quantité de travail à effectuer pour accompagner les clients en médiation, affectant par le fait même selon eux la possibilité d'obtenir un revenu constant dans le temps. Principalement deux facteurs ont contribué à modifier l'évaluation des avantages économiques de la médiation par les avocats, qui est à mettre en lien avec les changements majeurs qui ont affecté le profil socio-économique des avocats et de la transition générationnelle à l'œuvre dans leur profession²⁸. Le premier a été un décret ministériel qui a considérablement augmenté les honoraires versés pour l'assistance judiciaire en médiation²⁹. Cet ajustement des tarifs a surtout encouragé une attitude plus constructive de la part des avocats qui peinaient à acquérir un revenu élevé grâce à l'activité judiciaire traditionnelle. Les nouveaux tarifs, combinés à une plus grande certitude d'encaissement, ont rendu la médiation plus attractive pour eux. Le second facteur est lié à l'impact de la crise économique qui, en augmentant l'incertitude et en diminuant la solvabilité des clients, a remis en question le critère de rémunération différée sur lequel est traditionnellement fondée la profession. La médiation a alors été perçue positivement par les jeunes avocats dans ce contexte, mais souvent à partir d'une logique instrumentale, comme une manière de s'affirmer sur le marché très concurrentiel des services juridiques. Issus en grande majorité de classes sociales plus modestes, ils partagent une idée de la profession beaucoup moins liée aux statuts et ils ont pour la plupart eu la possibilité de s'initier à la médiation grâce à une formation universitaire partiellement renouvelée.

Les attitudes des avocats à l'égard de la médiation ne se laissent pas aisément réduire à une dichotomie entre opposants et partisans, ni même entre opportunistes et idéalistes³⁰. Certains parmi eux ont certes tendance à percevoir la médiation à partir d'une posture plus instrumentale, en considérant les nouvelles opportunités qui s'offrent à eux sur le marché

²⁸ Franca ALACEVICH, Andrea BELLINI et Annalisa TONARELLI, *Una professione plurale: il caso dell'avvocatura fiorentina*, Firenze, Firenze University Press, 2017.

²⁹ *Décret ministériel n° 37 du 3 août 2018*, publié au *Journal officiel* n° 96 du 26 avril 2018 et en vigueur depuis le 27 avril 2018 (tel que modifié par le *Décret ministériel n° 55/2014*).

³⁰ Cf. Jacques FAGET, *Médiations: les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse, Erès, 2015.

des services juridiques, alors que d'autres adhèrent davantage à une posture axiologique, adhérant à la « promesse » transformatrice que la médiation porte en elle. Notre recherche a cependant montré que ces diverses postures peuvent coexister dans certains cas, un même avocat pouvant être motivé par une logique ou une autre selon les circonstances (et même selon les rôles s'il est appelé à agir comme médiateur). Cette recherche a d'ailleurs permis de dépasser ces oppositions binaires en fournissant les données pour établir trois profils chez les avocats afin d'expliquer le rapport qu'ils entretiennent avec la médiation :

- Le premier profil est celui du *convaincu*. Il réunit les professionnels qui ont tendance à privilégier le recours à des stratégies de résolution des différends alternatives au procès traditionnel. Parmi eux, deux sous-catégories peuvent être distinguées : les *idéalistes* partagent pleinement les promesses de la médiation et vont même jusqu'à croire, pour reprendre les paroles d'une personne interviewée, que leur profession n'est « plus orientée pour satisfaire un intérêt privé mais pour promouvoir la paix sociale »³¹ ; n'étant pas nécessairement convaincu par la promesse transformatrice de la médiation, les *pragmatistes* sont pour leur part plutôt portés à la considérer comme une opportunité de trouver des accords satisfaisants pour leur client et économiquement avantageuse pour leur propre cabinet.
- Le second profil est celui des *simplificateurs*. Ceux-ci ont une conception plutôt banalisante de la médiation. Ce sont des avocats qui entrent dans le champ de la médiation sans pour autant adhérer à la nécessité de changer leur façon de penser et leur manière de travailler. Ils ont tendance à brouiller les frontières entre conciliation, transaction et médiation, prétendant même que les avocats « ont toujours eu à faire avec ça »³² ; ce qui change, selon eux, c'est surtout qu'on leur demande maintenant d'être « quelque peu psychologue »³³. Ce profil regroupe à la fois des *centralisateurs*, qui ont tendance à guider l'interaction vers l'accord en laissant peu de place aux parties ou au médiateur, et des *déléphants*, qui tout au contraire interprètent leur rôle plutôt passivement en se subordonnant complètement à la volonté du client ou au tiers impartial.

³¹ Entretien [Avocat 08]

³² Entretien [Avocat 10]

³³ Entretien [Avocat 18]

- Enfin, le troisième profil est celui des *détracteurs*. Il rassemble tous les avocats qui s'opposent plus ou moins directement à la médiation. Il est également possible, dans ce cas, d'entrevoir deux sous-catégories. Les *saboteurs* sont des avocats qui agissent en médiation comme ils le feraient en audience, cherchant de manière partisane à trouver un arrangement favorable au nom de leur client dans le cadre d'une interaction entre confrères ; ils agissent ainsi car les prises de parole des clients et des médiateurs risquent, selon eux, de « gâcher le filet de l'accord que les avocats sont en train de tisser »³⁴. Quant aux *négateurs*, ils considèrent la médiation comme un moyen inadéquat pour traiter les différends dans lesquels ils sont appelés à exercer leur mandat, voire même comme un instrument absolument illégitime du point de vue juridique ; dans la mesure du possible, ils essaient de ne pas entrer en médiation et, en cas d'obligation, ils s'y adonnent avec une réserve mentale qui permet très difficilement de parvenir à un accord.

*
* * *

On le constate, le succès de la réforme de la justice italienne et la diffusion plus large d'une culture de la médiation sont fortement tributaires de l'attitude des professionnels du droit à leur égard. D'où la force du projet expérimenté à Florence, évoqué précédemment, dont l'objectif ambitieux visait précisément à transformer la signification attribuée aux pratiques professionnelles des acteurs touchés par la réforme.

Il a toutefois fallu aménager les conditions propices à une confrontation et à un échange entre les représentants de tous les groupes professionnels impliqués (juges, avocats, médiateurs, université et administration locale). Pour ce faire, une méthode de recherche participative a été adoptée. Son axe reposait sur une logique circulaire – réflexion-expérimentation-réflexion –, proche en cela des *communautés de pratiques*³⁵ et de l'*expérimentation démocratique*³⁶ (deux approches qui ont justement été mises en

³⁴ Entretien [Avocat 14].

³⁵ Jean LAVE et Etienne WENGER, *Situated Learning: Legitimate Peripheral Participation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

³⁶ Charles F. SABEL et William. H. SIMON, « Democratic Experimentalism », dans Justin DESAUTELS-STEIN et Christopher TOMLINS (dir.), *Searching for Contemporary Legal Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 477.

relation avec la résolution à l'amiable des conflits³⁷). Cette méthode, de type *bottom-up*, favorise la pluralité des expériences et le partage des connaissances.

Dans le contexte d'une réforme qui a emprunté une logique plutôt *top-down*, le projet de Florence a été élaboré avec la préoccupation d'éviter toute subsomption mécanique de la médiation par la justice. Accompagnant la mise en œuvre de cette réforme, il peut être considéré comme un dispositif destiné à favoriser l'articulation harmonieuse entre le champ de la médiation et le champ juridique. Ce qui explique en partie pourquoi il a été érigé en « bonne pratique » et s'est ensuite diffusé à l'échelle nationale en Italie.

Notre analyse de projet de Florence nous porte ainsi à penser que, pour mener à terme les transformations espérées par la mise en œuvre de la réforme de la justice, tous les agents du champ doivent coopérer en vue de rehausser la reconnaissance de la médiation et de ceux qui la pratiquent. Les représentations des professionnels du droit à cet égard sont, comme nous l'avons vu précédemment, particulièrement cruciales et, à ce compte, le chemin à parcourir est encore long et parsemé d'embûches, bien que d'importantes transformations soient déjà palpables sur le terrain.

³⁷ Carrie MENKEL-MEADOW, « Deliberative Democracy and Conflict Resolution », (2006) 12-2 *Dispute Resolution Magazine* 18.