

Michele DE GIOIA & Mario MARCON (dir.)

L'essentiel de la médiation

**Le regard des sciences humaines
et sociales**

Ce PDF est destiné à être utilisé à des fins administratives (dossier de recherche, bourse, etc.). Toute autre utilisation du fichier, et particulièrement la mise en ligne sur quelque site ou plateforme que ce soit, est strictement interdite.

Information bibliographique publiée par « Die Deutsche Bibliothek »
« Die Deutsche Bibliothek » répertorie cette publication dans la « Deutsche Nationalbibliografie » ; les données bibliographiques détaillées sont disponibles sur le site <https://dnb.de>

Soutien financier de l'Université de Padoue dans le cadre du projet de recherche « Ontoterminologie de la médiation. Une contribution à la médiation et aux nouvelles politiques sociales » (BIRD161093/16).

Parrainage de l'Institut de Médiation Guillaume-Hofnung (IMGH, <https://www.mediation-imgh.com/>).

ISBN 978-2-8076-1086-6 (Print)
E-ISBN 978-2-8076-1087-3 (ePDF) • E-ISBN 978-2-8076-1088-0 (EPUB)
E-ISBN 978-2-8076-1089-7 (MOBI) • DOI 10.3726/b16164
D/2019/5678/48

Cette publication a fait l'objet d'une évaluation par les pairs.

© P.I.E. PETER LANG S.A.
Éditions scientifiques internationales
Brussels, 2020
1 avenue Maurice, B-1050 Bruxelles, Belgique

Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite par quelque procédé que ce soit, sans le consentement de l'éditeur ou de ses ayants droit, est illicite. Tous droits réservés.

www.peterlang.com

Le droit français malade de DTLA ? Les effets sur la médiation

Michèle GUILLAUME-HOFNUNG
Centre d'Études Interdisciplinaires, Université
Paris-Sud 11,
Université Paris 2 Panthéon-Assas, IMGH*

Ils ne mouraient pas tous, mais tous étaient frappés.
Jean de La Fontaine, *Les animaux malades de la peste*

Avant donc que d'écrire apprenez à penser.
Selon que notre idée est plus ou moins obscure,
L'expression la suit, ou moins nette, ou plus pure.
Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement,
Et les mots pour le dire arrivent aisément.
Boileau, *Art poétique*, Chant I, v. 147–207

Introduction

Le berceau linguistique de cet ouvrage est le lieu idéal pour s'interroger ensemble sur certains troubles collectifs du langage en général et du langage juridique en particulier. Je me trouve très en phase avec les propos de Londei dans la préface à ce volume, citant Bourdieu à propos de l'altération de l'acte de parole si cher à Habermas dans sa théorie de l'agir communicationnel.

Le langage verbal même s'il ne représente qu'une partie minoritaire de la communication se doit d'être fiable.

* Institut de Médiation Guillaume-Hofnung (IMGH, <http://www.mediation-imgh.com/>).

Sous l'intitulé « Le droit français menacé de DTLA ? Les effets sur la médiation », la présente contribution invite à un exercice d'ontotermologie et d'orthotermologie de la médiation. Il me faut d'abord expliquer ce que recouvre l'expression de mon invention « DTLA » à laquelle j'ai recours pour caractériser une maladie, hélas bien réelle, que j'ai diagnostiquée dans mon secteur professionnel, celui du droit : la *Dégénérescence Terminologique Liée à l'Anomie*.

Le terme *dégénérescence*, qui indique la perte d'une qualité substantielle propre, se justifie hélas pour décrire la maladie qui frappe la terminologie juridique française. Sa rigueur en faisait la qualité substantielle. Si la France a continué à rayonner bien après la chute militaire et politique de l'Empire, c'est par la qualité rédactionnelle des codes napoléoniens. C'est une grande source d'émotion et de fierté de constater à l'occasion de voyages ou d'études de droit comparé, combien des pays aussi éloignés de la France que la Chine et l'Iran conservent dans leurs systèmes juridiques des pans entiers inspirés des codes français du XIX^e siècle.

C'est avec beaucoup de tristesse que j'ai vu apparaître les indices qu'une possible maladie en train de se développer au sein de ce secteur qui faisait la fierté de notre pays, celui de la culture juridique. J'en ai noté les premiers symptômes, j'en ai suivi la progression, j'ai dû constater que le droit français ressentait les premières atteintes d'une maladie invalidante. En raison des similitudes avec les symptômes, le mode d'évolution puis le stade final de cette maladie naissante avec la *Dégénérescence Maculaire Liée à l'Âge*, la DMLA, je lui ai donné le nom de DTLA. La DMLA commence par des taches qui brouillent la vue, se poursuit par une déformation des lignes qui deviennent sinueuses, la cécité en constitue la phase terminale.

L'anomie, l'incapacité à concevoir, à hisser sa pensée au niveau du concept, et de le nommer, de l'identifier, l'incapacité à définir, constitue la phase terminale de la DTLA. Le mal va au-delà des malfaçons que souhaite éviter le très officiel *Guide de légistique* co-écrit par le Secrétariat général du Gouvernement et le Conseil d'État (2018) à l'intention de tous ceux qui participent à la rédaction des projets de textes normatifs. Le guide veille à éviter, exemples à l'appui :

- les pronoms et possessifs pouvant renvoyer à plusieurs référents ;
- les constructions susceptibles de plusieurs analyses syntaxiques en raison de ponctuations défectueuses ;
- l'abus des subordonnées, des doubles négations, ou des phrases imbriquées ;

- la surutilisation des conjonctions logiques (*et, ou, soit, donc*) ;
- le manque de rigueur dans le placement des adjectifs ne permettant pas d'identifier le substantif auquel ils se rapportent ;
- la sous-utilisation des renvois à la ligne et la numérotation des items et des paragraphes.

Ces malfaçons pour gênantes qu'elles soient n'atteignent pas le degré de gravité de la DTLA. La *Dégénérescence Terminologique Liée à l'Anomie* qui menace tout un pan de notre droit depuis quelques années risque de faire perdre à la France ses chances de *leadership* juridique, économique, diplomatique en ce qu'elle prive le droit français de sa qualité substantielle. À un moment où plus que jamais Paris se veut *Place de droit* et où grâce au Brexit elle le pourrait, il serait dommage que cette maladie l'en empêche. C'est pourtant ce qui risque de se produire si elle ne l'extirpe pas, et perd la source principale de l'attractivité que le système juridique français exerçait : sa rigueur terminologique fondement de la fiabilité des régimes juridiques. La tendance à simplement transposer en l'*idiome* français la *langue* juridique anglo-saxonne conduira à brève échéance à préférer l'original anglo-saxon.

La France vit encore sur sa réputation et les pays francophones continuent à faire confiance au modèle maternel, souvent à juste titre. Mais il est un secteur dans lequel ce mal sournois et invasif, introduit au cœur de nos textes des mots vides de sens, sans qu'on l'ait ni diagnostiqué ni perçu sa dangerosité. Il s'agit de la *médiation* que les textes étouffent dans la nébuleuse des Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (MARC). Sous l'appellation MARC, ils transplantent et diffusent par le véhicule de l'idiome français un ensemble mal maîtrisé par eux, issu de l'*Alternative Dispute Resolution*. L'exemple de la médiation offre, hélas, une démonstration de la pathologie et de ses conséquences. Le malade a d'autant moins de chance de se soigner que le malade valorise la maladie en la prenant pour du pragmatisme. Puisse le néologisme DTLA proposé en titre de cet article inciter les juristes francophones à une mobilisation salutaire, sans laquelle ils laisseront passer, tout en respectant l'idiome et sans se rendre compte qu'ils altèrent la langue, un cheval de Troie menaçant notre système juridique et juridictionnel.

Par politesse, je ne m'appesantirai que sur le cas français, mais qu'il me soit permis de rappeler que nous appartenons au prestigieux ensemble du droit romano-germanique, cœur du droit continental, dont les juristes romains ont fourni les fondements. Les Italiens avaient eu

la sagesse de ne pas légiférer en matière de médiation, puis, se croyant en retard, ils se sont livrés au virus, au point de se fourvoyer avant nous sur la piste létale de la « médiation obligatoire » avec le zèle excessif des convertis récents.

Le particularisme ou l'absence de particularisme du droit divise les épistémologues du droit (Atias 1985), mais que le droit ait un statut épistémologique particulier ou non, il partage avec toutes les disciplines la nécessité de signifier. Le droit s'exprime par des mots, qui ont parfois la noblesse du *concept* ou la roture des simples *notions*, dont l'ensemble constitue la terminologie juridique. Sous son intitulé, la présente communication invite à un exercice d'ontoterminologie et d'orthoterminologie de la médiation dans le vocabulaire véhiculé par le droit. Les limites de son champ figurent dans son intitulé, la contribution s'inquiète uniquement de la dégénérescence de la terminologie juridique, elle ne s'émeut pas du caractère protéiforme de la médiation.

On peut en effet concevoir que la médiation étant multidisciplinaire fasse l'objet de plusieurs définitions. Un certain nombre de contributions présentées dans cet ouvrage appartiennent à des domaines autres que le domaine juridique. Il n'entre pas dans l'intention de ma contribution de combattre une diversité légitime.

En revanche, quand il s'agit du droit positif, les institutions publiques, au premier rang desquelles figure l'État, élaborant des normes qui entraînent des obligations, imposent des comportements, conditionnent les actions qui s'y réfèrent, se doivent d'utiliser des termes ayant du sens et plus encore *un* sens. La perte de sens et la perte de substance qui en résultent minent les politiques publiques. La qualité des textes n'est pas toujours à la hauteur de la vaste ambition normative de ses auteurs. En particulier dans l'exemple retenu pour la présente étude : celui de la médiation. Les politiques publiques grignotent les innovations civiques. Un ensemble complexe de raisons parfois contradictoires ou pour le moins paradoxales explique le prurit normatif qui les accompagne. Angoissées par ce qu'elles n'ont pas engendré, les institutions les phagocytent. Comme le disait Cocteau, « puisque ces mystères me dépassent feignons d'en être l'organisateur » (1928). Parfois, leur intervention répond aux demandes des auteurs des innovations : demande de reconnaissance, demande de protection. Parfois aussi les interventions publiques nourrissent, sans toujours le savoir, les stratégies de récupération des groupes de pression, inquiets de l'innovation. Par définition, ce qu'elles vont encadrer n'est pas connu puisqu'il s'agit d'une innovation. Au lieu de procéder

méthodiquement, par observation les pouvoirs publics agissent de manière quasiment réactionnelle. Toutes les sources de *biais cognitifs* concourent alors à nourrir la DTLA.¹

Cette contribution n'a d'autre ambition scientifique que d'inviter les nombreux domaines que réunit l'ouvrage à réfléchir ensemble sur les quelques idées que j'ébauche. Comment peut-on se croire juriste et affirmer que la médiation est une variété de conciliation ? Que penserait-on de Buffon s'il affirmait que les pommes sont une variété de poire ? Une différence de nom indique une différence de nature et si on veut exprimer des nuances on peut recourir à des sous-catégories qui constitueront autant de variétés. Les appellations *pomme golden*, *pomme reinette* attestent de la richesse de ce fruit et de la capacité de la langue française à la restituer sans dénaturer la pomme. Mais là s'arrête le jeu avec la réalité : une pomme n'est pas une variété de poire. Ma contribution repose sur la volonté déterminée de sortir la médiation, un des concepts majeurs de la pensée humaine, du rôle de supplétif de politiques publiques construites sur un manque de solidité terminologique.

Avant d'être atteints de DTLA, les juristes comme les linguistes savaient ce que parler veut dire, d'autant que le parler est action. Les mots révèlent et induisent un état d'esprit, un état d'esprit débouche sur des actes. Les impensés et les indicibles en constituent la chambre noire. Les aveuglements de la pensée débouchent sur l'incapacité du mot, qui lui-même mine l'action. *Ce n'est pas seulement l'idiome qui souffre, c'est la langue qui défaille*. Peu à peu s'installe une terminologie de l'absurde, une terminologie de l'absence de sens, favorisant l'émergence d'un législateur camusien pour des conséquences kafkaïennes.

La première partie dressera le tableau clinique général de la DTLA. Mais pour kafkaïennes qu'elles soient les conséquences n'en sont pas moins concrètes : la perte de sens n'est pas perdue pour tout le monde, les usurpateurs s'en nourrissent. Les experts en médiation autoproclamés, les médiateurs autoproclamés, les formateurs autoproclamés l'entretiennent, pas nécessairement par machiavélisme, juste par manque de modestie et par facilité. La seconde partie décrira les ravages de la maladie sur la médiation. La médiation contemporaine court à sa perte si on ne réagit pas.

¹ Deux biais en particulier : les biais qui découlent de la précipitation, les biais qui découlent du manque de sens.

1. Tableau clinique général de la DTLA

La présente contribution met l'accent sur les failles terminologiques du droit français, mais il serait étonnant qu'un seul pays, la France, en soit frappé, et dans ce pays un seul secteur celui du droit. Les maladies se développent sur un organisme affaibli, on parle d'un mauvais état général. La DTLA se développe dans un contexte général éclairant.

Il ne s'agit pas de faire preuve d'un conservatisme étriqué renouant avec la posture aristocratique critiquée par Tocqueville, comme le rappelle Londei dans le présent ouvrage, mais au contraire de déplorer un rétrécissement lexical. La vie et l'enrichissement d'une langue sont faits d'ajouts de mots d'origines multiples. Il ne s'agit pas ici de livrer un combat d'arrière-garde déplorant l'inclusion de mots d'origine étrangère tels que *week-end* ou *kiffer* pour n'en choisir que deux, l'un d'introduction ancienne, l'autre récente. On aime ou on n'aime pas et *in fine* certains s'élimineront, d'autres s'implanteront durablement. La langue française a, de si nombreuses fois, traversé la Manche pour y féconder la langue anglaise qu'elle doit bien accepter la réciproque. Le contexte général de la DTLA se dessine par le repérage de symptômes diffus dont l'accumulation crée les conditions d'un risque de déficit et de confusion de pensée.

Un tableau clinique doit signaler les symptômes associés à la maladie, les effets de celle-ci et essayer d'en détecter les causes principales.

1.1. Les symptômes perceptibles dans le langage courant

Ils vont du rabougrissement lexical à l'édulcoration trompeuse, en passant par l'inversion syntaxique, la précision inepte, les impropriétés majorées car traduisant le flou de la pensée.

1.1.1. Le rabougrissement lexical général

La cannibalisation par *sur* au détriment des autres prépositions telles que *à*, *dans*, *vers*, *pendant* en fournit un exemple éclairant :

- « j'habite sur Paris » alors qu'il faudrait dire « j'habite Paris » ;
- « je remonte sur Paris » alors qu'il faudrait dire « je remonte vers Paris » ;
- « je ne serai pas sur Paris demain » alors qu'il faudrait dire « je ne serai pas à Paris demain » ;
- « je suis sur mon ordinateur » au lieu de « devant mon ordinateur ».

Elle contribue à réduire le nombre de mots non dans le sens d'un allègement louable de la phrase mais de son appauvrissement. Par exemple, un cuisinier vous commentera un plat : « on est sur du salé-sucré », le sommelier vous affirmera : « on est sur du tannique ». Dans l'acception invasive du mot *sur*, « on est sur » ne signifie pas nécessairement qu'« on se trouve posé sur » ou « en élévation », mais par exemple qu'on goûte un plat qui combine des saveurs salées et sucrées ou un vin dont le goût de tanin est prononcé. En déclenchant le message du répondeur d'un correspondant qui ne peut vous répondre, vous vous entendrez dire que « vous êtes sur le téléphone portable de Untel » : vous vous surprenez à vérifier que vous n'écrasez de votre poids un si fragile et si coûteux objet.

Faut-il y voir l'influence anglo-saxonne qui *sur*-utilise le *on* ? *On board* qui correspond au français *à bord* ; *on duty* qui correspond au français *au travail* ou *en service* ; *on the go* qui correspond au français *prêt à partir*, par exemple ? Quoi qu'il en soit, le remplacement de 10 mots par *sur* conduit arithmétiquement à un rabougrissement lexical.

1.1.2. L'édulcoration lexicale trompeuse

Ce procédé remplace un mot à connotation dramatique par un autre d'apparence moins grave ou moins violent qui non seulement ne change pas la réalité, mais empêche de s'en défendre. On n'ose plus dire qu'une personne est *morte*, on dira qu'elle est *disparue*. C'est à la fois inexact juridiquement et inefficace psychologiquement.

Inexact car la disparition obéit à une définition juridique précise qui diffère de celle de la mort. La disparition est une absence qui en raison des circonstances qui l'entourent, laisse à penser à un décès, mais va imposer une période de latence avant de conclure au décès. Dans *disparition*, le décès n'est pas certain, et lorsqu'on ne retrouve pas le corps, seul un jugement permet au bout d'un temps, de l'établir et d'ouvrir la succession. En droit pénal, la disparition inquiétante donne même lieu à ouverture d'enquête.

Inefficace psychologiquement car l'absence est pour les proches souvent décrite comme plus douloureuse qu'une mort clairement certaine. Dans la disparition, l'incertitude de la mort n'édulcore pas la réalité. Elle crée une torture par l'espérance, et rend impossible le début du processus de deuil.

La formule « X nous a quittés » ne vaut guère mieux. Elle donne à la mort, même subie, un caractère volontaire et transforme le chagrin du deuil en celui de l'abandon.

La peur de dire se manifeste aussi par le recours intempestif au *peut-être* et au *un peu* accompagnant les verbes d'action : « On pourrait peut-être dire, on pourrait peut-être faire, voir, penser... » ; « On va un peu... »

1.1.3. La précision inepte ou destructrice de sens

Celle qui abolit le sens au lieu de le soutenir. L'expression *sans domicile fixe* en fournit un exemple notable. Elle supplante l'expression *sans logis* qui avait le mérite de la clarté. Elle indiquait crûment que la personne ne possédait aucun domicile. L'adjonction de l'adjectif *fixe* laisserait entendre que la personne en a plusieurs, tellement agréables qu'elle ne sait lequel choisir pour s'y fixer. Elle contribue d'ailleurs à l'édulcoration.

Celle qui détruit le sens. Elle résulte de l'utilisation de l'adjectif qualificatif avec pour effet d'« atomiser » le substantif. L'éthique pâtit beaucoup de ce dépeçage par voie d'adjectif. Le recours aux adjectifs tels que *médicale*, *commerciale*, *scientifique*, etc., accrédite l'idée de possibles différences de nature entre elles et vient justifier des singularités parfois dérogatoires au détriment du socle éthique commun. Il trouve son écho dans le pluriel anglo-saxon *ethics* qui révèle la pluralité des éthiques.

1.1.4. L'inversion lexicale

Elle résulte de l'invasion des phrases commençant par *au niveau de*. Alors que le *niveau* constitue une indication de hauteur, il fait de plus en plus fréquemment l'ouverture de phrases dont la structure s'inverse, s'alourdit et le plus souvent perd en clarté et en richesse. L'affirmation qui pourrait s'exprimer clairement : « cet aliment manque de goût » devient : « au niveau du goût, ce n'est pas terrible ». À la fois alourdissement sans profit et même source d'imprécision et souvent d'appauvrissement. Elle conduit le plus souvent à remplacer des verbes variés à la voie active par la voie passive utilisant uniquement le verbe *être*. Même quand la formule n'utilise pas la forme passive, il en résulte une impression de pensée à rebours et de toute façon lourde : « au niveau des papiers, ils se chargent de tout » au lieu de « ils se chargent de tous les papiers ».

1.1.5. Les impropriétés lexicales majorées

L'emploi d'un terme pour un autre entraîne bien sûr des gênes, même s'il constitue un des ressorts du comique. Molière l'a utilisé. Elles sont bien pardonnables lorsqu'elles résultent d'un manque de moyens lexicaux : l'enfant qui s'exerce, l'étranger qui s'initie, la personne socialement et culturellement démunie. Les ressemblances entre deux mots ne diffèrent que d'une lettre en constituent une source importante. Par exemple *percepteur* au lieu de *précepteur*, *recouvrir* au lieu de *recouvrer*.

Les impropriétés majorées concernent celles qui révèlent une confusion de la pensée elle-même. « Le soi-disant coupable proclame son innocence » signifie littéralement celui qui se dit lui-même (*soi-disant*) coupable proclame son innocence. Le *préssumé coupable*, formule impropre qui porte atteinte au principe à valeur constitutionnelle de présomption d'innocence. Il conviendrait de dire *souçonné*.

Supporter au lieu de *soutenir* : *supporter* veut dire « tolérer à contrecœur ».

La *problématique* remplace à tort le *problème*, ce qui signale le rétrécissement du champ de la réflexion et le raccourcissement du raisonnement. Le contenu déborde le contenant : « je rencontre une problématique » n'annonce le plus souvent que la rencontre d'un problème.

L'impropriété qui révèle une désorientation conduisant à prendre la science qui étudie le phénomène pour le phénomène lui-même : les *conditions météorologiques* au lieu de *climatiques*. L'instrument de mesure absorbe la substance : « On annonce une mauvaise météo pour ce week-end » au lieu de : « On annonce un mauvais temps ». La météo est assimilée au temps, comme si le thermomètre s'assimilait à la fièvre.

Il y a l'impropriété prétentieuse et cosmétique qui remplace un mot qu'on veut masquer par un mot qu'on estime plus valorisant : le *processus* remplace la *procédure*. L'impropriété cosmétique entraîne *de facto* la dégradation du mot usurpé. Le *concept* de telle ou telle émission de télé-réalité paraît certainement plus noble que le mot *déroulé* ou *maquette*, fait tomber de haut le *concept* que Hegel plaçait au sommet des outils de la pensée humaine.

Quand le *référentiel* supplante le *critère*. Le référentiel est initialement un système de repérage dans l'espace et dans le temps. Le référentiel se présente nécessairement comme un ensemble qui s'espère cohérent. Le critère lui est spécifique et précis : il permet de reconnaître. Préférer le mot

référentiel au *critère* crée immanquablement du flou. Il figure pourtant au cœur des politiques publiques. L'emprise du flou s'étend jusqu'au cœur des tentatives de définitions courantes. Trop souvent, la définition d'un verbe ne commence pas par « action de », trop souvent la définition d'un substantif commence par un verbe, trop souvent une paraphrase approximative ou des exemples tiennent lieu de définition.

1.2. Le déficit majoré du langage juridique

Dans le chapitre préliminaire de l'édition de 1985 de son ouvrage *Épistémologie juridique* précité, Christian Atias, analysant la période 1900–1930, souligne que le changement de siècle correspond « à peu près à la naissance de “l'idéal scientifique” des juristes [...] la réflexion sur les concepts et les méthodes est florissante » (1985 : 14). Puis, la spécialisation et la montée en puissance des praticiens, le développement notable de l'informatique conduisent à confondre multiplication des travaux doctrinaux avec rigueur. Il en résulte une « crise du droit » (1985 : 16). De manière quasiment simultanée, une de nos plus grandes juristes Mireille Delmas-Marty dans son ouvrage *Le flou du droit* (1986) déplorait qu'une brève période de 12 ans (1974–1986) ait suffi pour « brouiller l'image unitaire et homogène produite par l'histoire » dans le domaine pourtant caractérisé par la rigueur de sa terminologie, le droit pénal.

L'apparition de la DTLA révèle une dégradation de l'idéal scientifique. Le déficit du langage juridique va bien au-delà du phénomène de « flexibilité du droit » accompagnant les fluctuations sociales, et signalé par le Doyen Carbonnier (2001). La DTLA affecte la capacité à être du droit puisque le droit produit des normes, mais ne peut plus le faire faute de savoir trouver les mots nécessaires à la rédaction des normes.

La déformation subie par le terme *sûreté* en peu de temps ne laisse pas d'inquiéter. La sûreté est la garantie dont dispose chaque personne contre l'arbitraire du Pouvoir, par exemple d'une arrestation, d'un emprisonnement ou d'une condamnation. Sa première garantie procédurale moderne figure dans la Loi britannique d'Habeas corpus de 1679 qui enjoint au policier ou au geôlier de présenter à un juge, la personne arrêtée ou détenue.

Par son caractère sélectif, l'article 2 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789, souligne son importance : « Le

but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. » Par essence, la sûreté est une garantie contre les pouvoirs publics.

La sécurité, quant à elle, est une mission incombant aux autorités publiques particulièrement de police, qui ont une obligation de protéger les biens et les personnes contre les atteintes provenant d'autres membres de la société ou d'une puissance extérieure. La loi de rétention de sûreté du 25 février 2008, malgré son incontestable utilité, est une monstruosité terminologique. Elle permet de retenir dans des centres fermés les auteurs de crimes pédophiles qui, ayant été condamnés à 15 ans de réclusion ou plus, seront considérés comme encore dangereux à leur sortie de prison avec un risque persistant de récidive. Cette mesure de « rétention de sûreté » sera prononcée par une juridiction pour une durée d'un an et pourra être renouvelée si la personne est toujours considérée comme dangereuse. Dans ces centres de rétention, les personnes devront bénéficier d'une prise en charge médicale et sociale particulière. Pourront également être placées dans ces centres les personnes qui se seraient soustraites aux obligations qui peuvent désormais leur être imposées une fois leur peine accomplie (port du bracelet électronique ou injonction de soin). Autrement dit, elle permet au nom de la sécurité de porter atteinte à la sûreté. Il aurait donc fallu l'intituler loi de rétention de *sécurité*. Les annonces dans les aéroports propagent la confusion en diffusant en continu des messages informant des mesures prises « pour des raisons de sûreté » alors qu'il s'agit de mesures de « sécurité ».

1.3. Les conséquences politiques

Qu'il s'agisse de l'état du langage courant ou de l'état du langage juridique, le rabougrissement lexical produit des risques d'appauvrissement du débat démocratique. Les risques de déficit et d'imprécision font plus que de blesser les oreilles des puristes. Les mots induisent tout autant qu'ils révèlent un univers de sens. Un appauvrissement langagier ne peut rester sans conséquences ni sans perte de sens politique quand il affecte ce qu'on nomme « élite ». Les conséquences politiques au sens strict, mais aussi au sens large, par altération d'éléments essentiels pour la vie de la Cité, comme le droit, ou l'économie, devraient attirer l'attention. La seconde partie détaillera les conséquences létales de la DTLA sur la médiation.

Les conséquences politiques, quant à elles, sont d'autant plus graves que le tableau clinique concerne un pan stratégique de la société et de la langue, celui de la langue du droit. Il ne stigmatise pas une partie généralement injustement déconsidérée de la population, ni le langage parlé jugé plus relâché que la langue écrite.

Le tableau clinique ici présenté ne cible pas en effet les 10 % de la population objet des constations inquiétantes du linguiste Alain Bentolila, relayées par de nombreux sites tels qu'*Atlantico*, *Le Monde*, *Le Figaro*². On perçoit bien sûr, le risque politique de l'exclusion massive, 10 % ce n'est pas rien, d'une partie de ceux qui représentent l'avenir du pays ; mais pour nous le risque est plus grave car l'appauvrissement atteint des acteurs majeurs, supposés faire partie des élites. Les décideurs, les informateurs, les formateurs n'en sont pas indemnes. Je vous invite à repérer le nombre de *sur* à la place d'une autre préposition, prononcés dans votre milieu professionnel composé de chercheurs et de formateurs.

Bien sûr, la présente contribution tient compte du nécessaire décalage entre la langue écrite et la langue courante parlée étudiée dans les travaux de linguistes comme Françoise Gadet (2007) (en particulier le chapitre 2 consacré aux relations entre oral et écrit) ou Claire Blanche-Benveniste (1990). La DTLA est une maladie qui se fait sentir dans la langue écrite, jusqu'au cœur des normes. La contribution se concentre sur la DTLA qui affecte les faiseurs de droit et les faiseurs d'idées. Elle concerne les chaînons de l'élaboration des textes normatifs, et des formateurs de la pensée que sont par exemple les journalistes. Il n'est pas certain que le droit français soit en mesure d'enrayer la maladie dans un avenir proche en raison du rôle décroissant des facultés de droit dans la formation des porteurs du titre de juriste.

Les réflexions sur l'évolution de la formation des juristes s'orientent vers une remise en cause des formations académiques assurées par les facultés de droit. On prête une plus grande efficacité à des études supérieures de courte durée mais sous le regard de professionnels. Le poids grandissant des Instituts d'Études Politiques (IEP) en affaiblissant les facultés de droit amplifie la tendance à surestimer la pratique au détriment de la théorie fondamentale. La formation des juristes est à

² Il convient de lire à cet égard l'article « La vie avec 500 mots de français, un emprisonnement social qui menace de plus en plus de jeunes » (voir les Références sitographiques).

repenser, et devrait probablement revenir vers le berceau structurant des facultés de droit.

Les réflexions sur la compétitivité du droit français s'inscrivent souvent dans le sens d'un rapprochement entre le droit continental et le droit anglo-saxon à l'intérieur d'une grande profession du droit dont le modèle est le juriste d'entreprise.

1.3.1. *L'atrophie de la pensée, résultat de la novlangue générale*

Une fois de plus, *1984*, le roman de George Orwell, enrichit la réflexion. Le principe de la novlangue, langue officielle du pays imaginaire d'Océania, que décrit son roman, repose sur la diminution systématique du nombre de concepts contenu dans la langue, avec l'intention délibérée de réduire la finesse de la pensée. Il en résulte une atrophie de la pensée qui sert les desseins totalitaires des maîtres d'Océania. Par une mécanique inexorable, moins les habitants disposeront de mots pour s'exprimer moins ils pourront penser. Sans compter que le manque de mots engendre la violence physique contre autrui ou contre soi-même.

Dans une œuvre plus scientifique que le prophétique *1984*, *La politique et la langue anglaise* (1946), Orwell déplore, analyse les causes et évalue les conséquences politiques de la décadence de la langue : « Ce mélange de flou et de pure incompétence est la caractéristique la plus marquante de la prose anglaise moderne. » Il est savoureux de souligner qu'elle date de 1946. Ayant découvert ce texte à un moment où j'avais pratiquement terminé ma contribution, je fus frappée de découragement. Qu'espérer de l'impact de mon travail devant l'impuissance de ce texte lucide et percutant d'un des auteurs les plus lus au monde ?

1.3.2. *L'effet Tour de Babel*

L'effet Tour de Babel rejoint la préconisation de Platon dans le Livre VI de la *République*. L'incapacité de parler ensemble rend impossible l'action concertée. L'épisode de la Tour de Babel figure dans l'Ancien Testament (Genèse 11,1-9). Pour déjouer le risque d'une nouvelle destruction de l'humanité par un nouveau déluge, les hommes se mirent à construire une tour si haute que la montée des eaux ne pourrait les atteindre. Ce plan d'action concertée pour déjouer les desseins de Dieu fut mis à mal par l'arme linguistique totale. Un matin au réveil, ils constatèrent qu'ils ne parlaient plus la même langue. Dès lors, ils ne purent se comprendre

et faute de coordination ils ne purent achever la construction de ce qui pourtant devait les sauver.

Platon, lui, préconise dans le Livre VI de la *République* de ne jamais mettre ensemble un nombre trop élevé d'esclaves parlant la même langue. S'ils pouvaient se parler, ils pourraient *s'entendre* pour se révolter.

Dans les deux cas, l'incapacité à parler fait le jeu du pouvoir, qu'il soit divin ou humain.

1.3.3. *La perte du sens du droit*

Le droit est un élément fondamental de la vie de la Cité. Parmi tous les écrits le soulignant, le témoignage du Doyen Vedel reste un des plus éclairants. En 1990, *Droits*, la revue de théorie juridique, avait consacré ses numéros 10 et 11 à l'aventure de « définir le droit ». Elle avait pour cela convoqué les plus grands juristes tant de droit français que de droits étrangers. Pourtant, dans son avant-propos, le Professeur S. Rials, directeur de la revue, ne pouvait que constater l'échec de la tentative de définir le droit, en l'absence de définition fiable unanimement acceptée. Dans sa contribution à l'aventure, le Doyen Vedel compensait la faille béante de son statut épistémologique par l'invocation politique fondamentale : « Si je sais mal ce qu'est le droit dans une société, je crois savoir ce que serait une société sans droit ! » (1990). Propos qu'il devait répéter et éclairer d'un jour plus personnel le 13 mars 1999, lors de la réception de son épée d'académicien : il en avait eu la preuve lors de sa captivité durant la Seconde Guerre mondiale :

Le droit des camps était certes rugueux et comportait une inégalité foncière entre les gardiens et les captifs. Mais c'était du droit... Et voici qu'en 1945 nous fûmes libérés... nous fûmes confrontés aux martyrisés venus des camps d'extermination... C'est pourquoi, lorsqu'un jour je fus invité par une de nos savantes revues à donner ma définition du droit, je répondis que j'étais incapable de dire en toute rigueur ce qu'est le droit mais que je savais très bien ce que peut être un monde sans droit.

Il est donc politiquement grave de constater la tendance du droit à perdre une de ses caractéristiques substantielles : l'intelligibilité. Cela constitue en outre, la violation d'un objectif à valeur constitutionnelle imposé par le Conseil constitutionnel dans sa Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 : l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi.

Le considérant de principe de sa Décision 2006–540 DC du 27 juillet 2006 (J.O., 3 août 2006, p. 11541) réaffirme en termes particulièrement nets :

Il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34. Le plein exercice de cette compétence ainsi que l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi qui découle des articles 4, 5, 6, et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. Il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi.

On mesure les risques encourus par les libertés publiques quand dans un État de droit, une partie essentielle de la hiérarchie des normes fait faillite.

Après avoir évoqué les principaux symptômes, les conséquences de la maladie, une recherche de ses causes pourrait contribuer à la juguler.

1.4. Ses conditions d'élaboration expliquent sa déficience

Plusieurs sciences sociales apportent un éclairage intéressant sur les conditions d'élaboration de la loi. Le cadre constitutionnel ne suffit pas à les appréhender ni globalement ni finement. La science administrative permet d'appréhender le poids du rôle des cabinets dans l'élaboration des textes, qu'il s'agisse des décrets, voire des lois. Les ministres n'ont ni le pouvoir législatif ni le pouvoir réglementaire, pourtant ils jouent un rôle déterminant dans l'élaboration des textes réglementaires (Wiener 1970). Leur rôle s'étend à la confection de la loi, tant ils pèsent sur les premières étapes de son élaboration.

Un pourcentage écrasant de lois étant d'origine gouvernementale, on peut affirmer qu'en grande partie les étapes décisives de la confection des lois sont pilotées par le personnel administratif à la charnière du politique et du technique qui composent les cabinets ministériels et la haute administration.

Le pourcentage diminue depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui facilite l'adoption des propositions d'origine

parlementaire mais il reste massif. Jusqu'à la 12^e législature, il était de 80 %, il a été de 70 % sous la 13^e pour passer à 60 % sous la 14^e, c'est-à-dire sous la législature précédente. Ainsi, malgré cette inflexion de la courbe, seuls 40 % des textes de lois définitivement adoptés trouvent leur origine dans le Parlement.

Aujourd'hui, la conception de la plupart des lois se fait lors d'une des séances hebdomadaires du Conseil des ministres lors de la partie A consacrée aux textes de portée générale. Les services et le cabinet du ministre plus spécialement chargé de la rédaction élaborent un avant-projet de loi. Des réunions interministérielles, présidées par un membre du cabinet du Premier ministre, font travailler ensemble des représentants des ministres intéressés afin d'obtenir l'accord de l'ensemble des ministres intéressés. On comprend la déperdition de sens quand on sait que plus de mille réunions interministérielles se tiennent chaque année. Le texte issu de l'accord est examiné par le Conseil d'État avant de devenir un texte examiné par le Conseil des ministres qui le valide en tant que projet de loi. Ce projet sera transmis par le secrétariat général du Gouvernement au service de la séance de l'assemblée concernée. La phase parlementaire, la plus connue car la plus publique, ne commence on le voit qu'après un déjà long périple générateur de risque langagier.

Or la machine gouvernementale fonctionne dans des conditions peu propices à la rigueur terminologique en raison de la précipitation, des tensions, de la multiplication des acteurs. Les rédacteurs œuvrant dans les cabinets ministériels sont des collaborateurs qui y font un passage au sortir d'une école (École Nationale d'Administration, ou École Nationale de la Magistrature). Ils attrapent un sujet au passage, se conduisent en expert, et quand ils commencent à peu près à connaître le sujet, quittent cette fonction éminemment provisoire. Le caractère provisoire résulte soit de ce qu'il ne sert que de tremplin que l'on quitte une fois la promotion obtenue, ou de la précarité politique du ministre.

On doit à Jacques Fournier qui fut secrétaire général du gouvernement un ouvrage qui, sur la base de sa pratique au sommet du fonctionnement de l'État, décrit très substantiellement les méthodes du travail gouvernemental (1987)³.

Le recours aux ordonnances aggrave le poids des structures ministérielles. On le verra dans la seconde partie, la médiation l'a subi

³ Voir aussi Baranger (2018).

à l'occasion de l'ordonnance 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation transposant la directive européenne n° 2013/11 du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation.

S'il ne faut pas surévaluer le poids de l'appareil normatif de l'Union européenne, en général⁴, on verra qu'il a considérablement pesé sur la médiation.

Les garde-fous qui devraient contribuer à la qualité des lois sont mis en échec par la dérive terminologique. Prenons le cas de l'exigence d'étude d'impact ajoutée à l'article 39 par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 à la traditionnelle transmission pour avis obligatoire au Conseil d'État. Elle oblige le Parlement à faire une étude d'impact avant d'adopter une nouvelle loi. Comment des évaluateurs autoréférentiels *dépourvus de définition de ce dont ils vont évaluer l'impact* peuvent-ils se repérer afin de produire une évaluation solide ? *Qui gardera les gardiens ?*

L'affaiblissement terminologique du droit étatique produit des inconvénients dans tous les secteurs de l'activité sociale. Il est pourtant paradoxal qu'il affecte d'une manière particulièrement dure celui de la médiation. En effet, la médiation n'étant pas du droit et de plus pour certains ayant vocation à remplacer le droit imposé par le droit négocié, et se présentant pour tout un pan de la doctrine comme une alternative à la justice institutionnelle, elle aurait pu se croire à l'abri. Or on assiste à une invasion de la médiation par le droit, certains juristes allant même jusqu'à douter qu'on puisse être médiateur si on n'est pas juriste. Ils tiennent en mépris les « femmes relais », pourtant pionnières des pratiques de médiation, et mettent en doute leur qualité de médiatrices.

En réalité, il n'y a rien de paradoxal à cela. Comment les États pourraient-ils laisser se développer des pratiques concurrentes sans les récupérer en les dénaturant ?

N'oublions pas que si la médiation s'est autant développée depuis une quinzaine d'années c'est en grande partie face à l'insatisfaction procurée par les modes institutionnels et juridiques de traitement des conflits. Autrement dit elle s'inscrit dans une logique de déni de l'appareil juridique traditionnel pour lui substituer un « autre droit ». (Faget 2000 : 25)

⁴ À ce propos, voir l'étude de Terra Nova en janvier 2010 intitulée : *Normes européennes, loi française : le mythe des 80 %*.

Les partisans de la médiation pénale ont pris conscience de l'impasse mais ils sont moins écoutés des pouvoirs publics que lorsqu'ils la promouvaient.

La médiation civile répond aux mêmes logiques. Michele De Gioia et Mario Marcon concluent, avec clarté et pertinence, leur étude par le constat :

Notre étude lexicale montre, pour l'instant, la primauté du discours du droit sur le nouveau discours de la médiation civile. La déjudiciarisation et l'autonomisation linguistique du processus de médiation n'auraient donc pas eu lieu. Elle ne s'est pas encore dépouillée – d'un point de vue linguistique – d'une contamination juridique. (2013 : 41)

Cela contribue aux ravages de la DTLA sur la médiation.

2. Les ravages de la DTLA sur la médiation

La DTLA affecte principalement les juristes et les professionnels fabriquant la norme juridique. En effet, il n'est pas question à peine de tuer la liberté de penser de faire grief à ceux qui, appartenant à différents champs, « voient la médiation à leur porte ». Cet ouvrage rassemble plusieurs disciplines qui ne vont pas utiliser le terme *médiation* de manière strictement uniforme, cela constitue une de ses richesses.

Cette seconde partie ne prétend ni à l'exhaustivité, ni à l'académisme, ni, pour certains passages, à une totale nouveauté par rapport à mes études précédentes. Dans la mesure où ces travaux m'ont aidée à mieux prendre conscience de la maladie et à repérer ses vecteurs de diffusion, on retrouvera dans ce qui suit (de manière synthétique, pour que ce ne soient pas des redites) des éléments présentés dans deux colloques précédents (Guillaume-Hofnung 2014, 2017). Enfin, profitant du riche contexte de cet ouvrage, elle se voudrait *surtout* une invitation à l'intensification de recherches pluridisciplinaires pour relire avec le recul des années un certain nombre d'ouvrages emblématiques de la négligence terminologique. Ma seconde partie sollicite l'aide de linguistes pour, par exemple, des analyses statistiques de l'occurrence des approximations terminologiques de textes officiels ou doctrinaux signalés dans cette seconde partie. Elle sollicite l'aide de sociologues et de psychologues, mais aussi d'historiens des sciences pour saisir les stratégies personnelles et individuelles qui concourent au maintien du flou terminologique tout en le déplorant, même si le caractère massif de cette déploration est récent. La DTLA est

suffisamment néfaste pour que plusieurs disciplines s'y attellent et pour qu'on salue les préconisations salutaires de Fabrice Vert (2010) dans sa synthèse du rapport Magendie « Bien nommer pour bien faire ».

Voici des pistes et l'indication de sources à exploiter.

2.1. Sa diffusion virale

La diffusion virale du mot *médiation* permet de repérer la diffusion virale de la DTLA. Elle commence dans les pratiques avant de s'installer dans le cœur des textes.

2.1.1. La diffusion de pratiques réunies sous le terme bannière médiation

On peut suivre la diffusion virale à la trace. L'implicite jamais revisité s'accorde sur le circuit, le désaccord concerne les dates, les années 1970 ou les années 1980.

L'arrivée du virus en Europe via le Canada se manifeste d'abord dans des pratiques protéiformes et foisonnantes. Ces pratiques qui, au départ du Nouveau Monde, ne portent pas nécessairement le nom de *médiation* progressent en Europe dans une sorte de valise non pas diplomatique mais terminologique : l'*Alternative Dispute Resolution*. Elles n'ont rien de blâmable en soi, elles révèlent un désir d'innovation, de mieux faire, de mieux tenir compte des aspirations individuelles. Deux contentieux en avaient particulièrement besoin : le domaine familial et le domaine pénal.

2.1.1.1 Le domaine familial

Le cheminement de la *médiation* s'explique par deux principaux facteurs. L'embarras des juges face à des contentieux intimes mettant en jeu l'avenir des enfants dont les parents se disputent la garde à l'occasion du divorce a beaucoup favorisé le recours à des auxiliaires. Il a facilité l'introduction des pratiques canadiennes, présentées dans un cadre de confiance et de proximité professionnelle par des partenaires côtoyés traditionnellement à l'occasion de missions d'enquêtes sociales ou d'expertises psychologiques. Ces professionnels en eurent l'idée à l'occasion d'une conférence organisée à l'Unesco, en 1987, autour de Lorraine Filion, par une association de parents séparés/divorcés sur les conséquences financières du divorce et ses impacts sur les enfants. Lorraine Filion fit à cette occasion ses premiers émules en France,

inspirés par son parcours de travailleuse sociale puis de chef du Service d'expertise psycho-sociale du Centre jeunesse de Montréal auprès de la Cour supérieure et animatrice d'un groupe d'entraide pour enfants de parents séparés. Elle avait ensuite évolué vers une pratique de conciliation déléguée, qui prit la forme du service public de médiation familiale au tribunal de Montréal au Québec dont elle devint la responsable. Peu après la conférence à l'Unesco se déroula un voyage d'études pour faire connaître à une délégation française les pratiques du service public de médiation-conciliation familiale de Montréal. À son retour, la délégation fut à la faveur de la formation intensive de 5 jours ainsi reçue et de colloques, le vecteur de diffusion du modèle canadien. L'Association pour la promotion de la médiation familiale (APMF) s'inscrit dans ce mouvement. Elle organisa en 1990 à Caen le colloque de lancement en réunissant 700 professionnels du monde psycho-social et juridique venus de 14 pays différents. L'action des associations de pères divorcés, après l'embarras des juges aux affaires familiales, constitue le deuxième facteur du désir d'alternative. La méfiance des pères divorcés à l'égard de la justice confiant l'enfant à la mère, a fait d'eux d'ardents partisans d'une autre justice. L'ouvrage de Lucienne Topor (1992), très représentatif de ce courant, en décrit bien, en toute bonne foi, la progression. L'adhésion au modèle québécois, paré des qualités du pragmatisme, a joué un rôle décisif dans la confusion terminologique. La faille terminologique provient de l'utilisation indifférenciée des termes *médiation* et *conciliation* ainsi que de l'utilisation de la formule inclusive *familiale* là où il ne s'agissait que de rupture de conjugalité (Babu & Bastard 1990, Bastard & Cardia-Vonèche 1995).

2.1.1.2. *Le domaine pénal*

Le terme *médiation* s'y installe, mû par deux moteurs pas nécessairement homothétiques : le besoin de désengorger les tribunaux, qui correspond à une préoccupation managériale, et le désir des individus de se réapproprier la solution de leurs conflits, qui correspond à un besoin de libération par rapport aux pouvoirs (Bonafé-Schmitt 1998).

2.1.1.3. *La médiation, un concept sans autonomie*

D'une manière générale, il se dégage de la littérature relative aux pratiques de modes alternatifs l'impression que la médiation n'est jamais pensée dans son *autonomie conceptuelle*. Au mieux, la médiation relève

d'un désir d'une autre justice, par exemple le courant qui associe la médiation à la justice restaurative. « Depuis ses débuts au Canada et dans le monde occidental, il y a maintenant une trentaine d'années, la justice restaurative est apparue comme une nouvelle façon de faire justice, remettant en question la réaction pénale au crime » (Strimelle 2008).

L'auteure pose la question essentielle : « Comment assurer la viabilité et l'efficacité d'une alternative au pénal au sein du pénal lui-même ? » (*ibid.*). Son analyse sur le risque « d'ingestion du restauratif par le pénal » (*ibid.*) rejoint celle des auteurs qui dès le début prévoyaient et redoutaient les effets récupérateurs de la justice douce, et l'institutionnalisation qu'elle ne manquerait pas de provoquer (Six 1990, Guillaume-Hofnung 1995).

La remarque de Strimelle, écrite à propos du Québec, décrit une logique transposable à l'Europe :

Les mouvements affiliés à la justice restaurative n'ont pas toujours de contrepois, de force ou de ressources suffisantes pour résister aux tendances récupératrices du système actuel, qui, comme on l'a vu dans l'exemple du projet de justice coopérative, a tendance à reformuler ou à évacuer les aspects rénovateurs et extrémistes du programme de façon à ce qu'ils se conforment au cadre de référence pénal. De ce fait, les médiateurs œuvrant au sein de ces projets mixtes peuvent se sentir tirillés entre des impératifs de survie et de rentabilité, accroissant leur dépendance à l'institution, et leur souci de développer et de faire connaître une nouvelle manière de faire justice. (Strimelle 2008 : 75)

« La tendance "alternatophagique" du système pénal constituant un obstacle au développement de programmes réformateurs pris dans un sens plus large que celui de simples diverticules » (Noreau & Martire 2003).

Mais la maladie se déclare vraiment quand les rédacteurs de textes normatifs recourent sans retenue scientifique au mot *médiation*.

2.1.2. *Le virus entre dans les textes*

La DTLA progresse dans le cœur des textes sans rencontrer l'anticorps de la modestie ou de la raison. Elle repose sur le désir du mot *médiation* qui l'emporte sur le sens de l'effort intellectuel.

Dans le domaine juridique, la DTLA a suivi une progression virale. L'arrivée en Europe, via le Canada, plus précisément le Québec pour les pays francophones, de l'*Alternative Dispute Resolution* née aux États-Unis aurait pu donner lieu à une greffe enrichissante si elle avait rencontré un organisme sain. Les pays européens auraient pu, sur la base d'une

terminologie fine, faire un tri judicieux au sein des modes alternatifs. Ils auraient pu percevoir que la conciliation se prêtait particulièrement bien au besoin de désengorger les tribunaux. Ils auraient pu percevoir que le régime juridique de la conciliation s'y prêtait bien sans qu'elle s'en trouve dénaturée. L'essence de la conciliation, la recherche de l'accord amiable est en effet le cœur de la conciliation, qui elle-même se définit comme l'accord amiable auquel parviennent les parties, soit directement, soit à l'aide d'un conciliateur. Les juristes européens auraient ainsi pu percevoir que la conciliation était LE mode alternatif par excellence, et qu'il n'y avait aucune nécessité de faire appel au mot *médiation*. Et lorsque par un manque de logique perceptible dans la Directive 2008/52 du 21 mai 2008 ils ont envisagé que le juge pouvait lui aussi pratiquer les modes alternatifs, ils auraient là encore trouvé appui dans la tradition juridique qui prévoit qu'il entre aussi dans la mission du juge de concilier. Autrement dit, l'usage du mot *médiation* dans les textes ne s'imposait aucunement. Les pays européens auraient pu retirer tous les bénéfices de l'ADR par l'usage du seul mot *conciliation*. La quasi-totalité des normes élaborées dans l'ensemble mental appelé MARC ou Modes Alternatifs de Règlement des Différends (MARD) ne perdrait rien en substance si d'un bout à l'autre on y remplace le mot *médiation* par le mot *conciliation*. Le droit gagnerait en revanche en rigueur et en efficacité à cet exercice d'ontoterminologie et d'orthoterminologie.

Le point de départ de la maladie se situe dans les années 1990. La Chancellerie se lança dans une activité normative vibronnaire guidée par une illusion de pragmatisme. Une expression prévalait dans les services centraux : « Peu importe le mot, ce qui compte, c'est de faire. » Les premiers textes porteurs du virus proviennent du silo judiciaire qui a promu, on l'a vu plus haut, le terme *médiation* via l'univers mental dominé par le droit anglo-saxon de l'*Alternative Dispute Resolution*. Les juristes conseillers de la Chancellerie et les services promoteurs du terme *médiation* cherchaient à désengorger la Justice par les MARC.

Le terme *médiation*, grâce aux valeurs humanistes que les pionniers lui avaient insufflées, avait le vent en poupe. La belle initiative civique, surgie des sociétés civiles avec une identité novatrice, fut récupérée mais surtout déformée. Mus par le désir du mot et désinhibés par l'alibi du pragmatisme, les juristes le propagèrent à contresens dans une longue suite de textes : la loi du 4 janvier 1993 instituant la « médiation » pénale, la loi du 8 février 1995 instituant la « médiation » judiciaire. Le mal nommé s'étendit à d'autres secteurs : la multiplication de « médiateurs

institutionnels maison », la loi du 4 mars 2002 instituant la « médiation dans l'hôpital », la loi du 18 novembre 2016 sur la procédure de « médiation administrative » et l'ordonnance du 29 novembre 2016. Elles ont toutes en commun de confondre *médiation* et *conciliation* et de faire prévaloir la spécificité du secteur dans lequel elles l'insèrent sur la nature spécifique de la médiation. La déformation de la nature de la médiation entraîne l'enfermement dans un régime juridique inadapté, élaboré en silo et qui aura bientôt raison de sa nature innovante.

2.2. Textes à visiter

Si des études ultérieures devaient s'intéresser aux premiers temps de la médiation contemporaine, il serait intéressant de consulter un certain nombre de documents qui reflètent bien tant les discussions terminologiques que leur prétériton.

La période a été marquée par une opposition entre le courant représenté d'un côté par Jean-François Six (1990) et moi-même (Guillaume-Hofnung 1995) et de l'autre côté le courant bien représenté par les ouvrages de Jean-Pierre Bonafé-Schmitt (1992) et d'Hubert Touzard (1977).

Le « *Séminaire Médiation* » organisé de novembre 1989 à juin 1991, avec l'aide du ministère de la Justice, le ministère de la Recherche, l'Université Lumière-Lyon II, la Maison des Sciences de l'Homme, serait une source précieuse (Bonafé-Schmitt & Le Roy 1991). Il est particulièrement intéressant de noter que la question qui surgit encore maintenant, comme si à chaque fois on semblait la découvrir, a été posée dès la première réunion. Rien d'étonnant à ce que j'en sois l'auteure⁵ : « Ma question est relative à la nécessité d'approfondir la terminologie de *médiation* et *conciliation*, car, vous l'avez vu aujourd'hui, tour à tour on a utilisé l'un ou l'autre. » Elle n'est pas restée sans écho, mais force est de constater qu'elle est restée sans effet.

Le numéro spécial de la revue *Droit et société*, n° 29 (1995), consacré à la médiation, reflète la crispation entre les deux courants dans la mesure où, à aucun moment, il ne mentionne ni l'ouvrage pourtant de référence de Jean-François Six ni l'existence d'une divergence doctrinale.

⁵ Voir la page 48 du document photocopié établi sous la direction de Bonafé-Schmitt & Le Roy, décembre 1991.

Un document reflète bien à la fois la confusion terminologique entre *médiation* et *conciliation* et son absence d'autonomie par rapport au modèle dont on la veut alternative. Il s'agit du *Code de déontologie du médiateur* (C.A.M. Rhône Alpes) adopté par les Centres et Associations de Médiation Rhône Alpes, puis étendu à toute la Fédération Nationale des Centres de Médiation lors de son A.G. de 2005. Il définit la médiation comme un mode alternatif de règlement des conflits et utilise un vocabulaire plus empreint du champ lexical du procès que de la médiation. Ce code commun à tous les barreaux a été en vigueur jusqu'à l'adoption du *Code national de déontologie du médiateur* qui, à l'issue d'une âpre négociation de plusieurs mois, a commencé à exfiltrer la médiation de cet univers mental proposé à l'ouverture de la négociation (2009).

Il est intéressant aussi de lire pour son indifférence terminologique Vettovaglia *et al.* (2010). Il sera bien difficile de saisir les caractéristiques communes fédérant les contributions qui constituent cet ouvrage de 911 pages. L'introduction de Jean-Pierre Vettovaglia annonce qu'« une première partie consacrée aux concepts⁶ tente une approche terminologique ainsi qu'une typologie de la médiation et place la médiation dans le contexte des crises et des conflits contemporains » (2010 : 5). Le chapitre III, confié à Joseph Maïla, qui conclut la deuxième partie, s'interroge : « Y a-t-il une spécificité de la médiation en Francophonie ? » (2010 : 342 et ss.).

Un bon ouvrage étant un ouvrage qui contient les germes du futur, il y aurait dans ces quelques références matière à réflexion.

Conclusion

Quand le droit dénature la médiation au lieu de la soutenir, quand la maladie du droit majore le désagrément et quand les lois sur la médiation sont inconstitutionnelles, heureusement il y a l'Université. Mais le risque demeure, il s'aggrave même en raison de l'ambition croissante de labellisation qui saisit certains acteurs et les décideurs. Les politiques publiques confondent contrôle et garantie, en oubliant que le contrôle ne vaut garantie que s'il repose sur des bases scientifiques sérieuses. La terminologie, qui est le fil conducteur des travaux organisés

⁶ Au pluriel dans le texte.

en collaboration entre l'Université de Padoue et l'IMGH, constitue le fondement de la démarche scientifique.

J'avais à titre de boutade, devant l'avancée vibrationnaire normative en matière de médiation, lancé un jour la question : « Serais-je un jour poursuivie pour exercice illégal de la médiation ? » Ce n'est plus impensable. Ce sera alors l'occasion de soulever l'exception d'inconstitutionnalité des textes. Mais j'espère que cela restera à l'état de boutade.

Références bibliographiques

- ATIAS, C. (1985), *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental.
- BABU, A. & BASTARD, B. (dir.) (1989), « La médiation dans tous ses états », *Le Groupe Familial*, 125.
- BARANGER, D. (2018), *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, Gallimard.
- BASTARD, B. & CARDIA-VONÈCHE, L. (1990), *Le divorce autrement : la médiation familiale*, Paris, Syros-Alternatives.
- BLANCHE-BENVENISTE, C., BILGER, M., ROUGET, C., VAN DEN EYNDE, K. & MERTENS, P. (1990), *Le français parlé. Études grammaticales*, Paris, CNRS.
- BONAFÉ-SCHMITT, J.-P. (1992), *La médiation : une justice douce*, Paris, Syros-Alternatives.
- BONAFÉ-SCHMITT, J.-P. (1995), « Le mouvement du "Victim-Offender Médiation" : l'exemple du Minnesota Citizen Council on Crime and Justice », *Droit et Société*, 29, 57–77, https://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1995_num_29_1_1316 (dernière consultation : 03/01/2019).
- BONAFÉ-SCHMITT, J.-P. (1998), *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- BONAFÉ-SCHMITT, J.-P. & LE ROY, É. (dir.) (1991), *Séminaire Médiation*, Lyon, Glysi / Paris, Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris.
- CARBONNIER, J. (2001), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.

- DE GIOIA, M. & MARCON, M. (2013), « Médiation civile et terminologie juridique. Un regard croisé français-italien », dans De Gioia, M. (dir.), *Autour de la traduction juridique*, Padoue, Padova University Press, 7–46.
- DELMAS-MARTY, M. (1986), *Le flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF.
- Dossier « *La médiation* », *Droit et Société*, 29, https://www.persee.fr/issue/dreso_0769-3362_1995_num_29_1?sectionId=dreso_0769-3362_1995_num_29_1_1315 (dernière consultation : 03/01/2019).
- FAGET, J. (2000), « Accès au droit et médiation », Recherche subventionnée par le GIP « Mission de recherche Droit et Justice », Association GERICO, 12.
- FOURNIER, J. (1987), *Le travail gouvernemental*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques-Dalloz.
- GADET, F. (2007), *La variation sociale en français*, 2^e éd., Paris, Ophrys.
- GUILLAUME-HOFNUNG, M. (1990), « Vers l'institutionnalisation de la médiation », dans Six, J.-F., *Le temps des médiateurs*, Paris, Seuil, 259–268.
- GUILLAUME-HOFNUNG, M. (2014), « La survie de la médiation et ses impératifs théoriques », dans De Gioia M. (dir.), *Pratiques communicatives de la médiation. Actes du colloque international (Padoue 6–7 décembre 2012)*, Berne, Peter Lang, 13–38.
- GUILLAUME-HOFNUNG, M. (2015 [1995]), *La médiation*, 7^e éd. mise à jour, Paris, PUF, coll. Que sais-je ? 2930.
- GUILLAUME-HOFNUNG, M. (2016), « Pour un statut épistémologique garant de la médiation », dans De Gioia, M., Agresti, G. & Marcon, M. (dir.), *Études de linguistique appliquée*, 181, *Médiation et droits linguistiques. Actes du Colloque international, Université de Padoue, 23 janvier 2014*, Paris, Klincksieck-Didier Érudition, 23–34.
- NOREAU, P. & MARTIRE, R. (2003), « De l'institutionnalisation de la justice réparatrice », dans Jaccoud, M. (dir.), *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences ?*, Paris, L'Harmattan, 209–225.
- ORWELL, G. (2005 [1946]), « La politique et la langue anglaise », dans *Tels, tels étaient nos plaisirs et autres essais*, Paris, Champ Libre.
- PLATON (2002), *La République*, Paris, Flammarion.

- SECRETARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT & CONSEIL D'ÉTAT (2017), *Guide de légistique*, 3^e éd., Paris, La Documentation française.
- SIX, J.-F. (1990), *Le temps des médiateurs*, Paris, Seuil.
- STRIMELLE, V. (2008), « La justice restaurative : une innovation du pénal ? », *Champ pénal / Penal Field*, numéro spécial *Séminaire Innovations pénales, La justice, ses formes et ses modèles*, <https://journals.openedition.org/champpenal/912> (dernière consultation : 03/01/2019).
- TOPOR, L. (1992), *La médiation familiale*, Paris, PUF.
- TOUZARD, H. (1977), *La médiation et la résolution des conflits*, Paris, PUF.
- VEDEL, G. (1990), « Indéfinissable mais présent », *Droits*, 11, 67–71.
- VETTOVAGLIA, J.-P., DU BOIS DE GAUDUSSON, J., BOURGI, A., DESOUCHES, C., OULD LEBATT, E.H., MAÏLA, J., SADA, H. & SALIFOU, A. (dir.) (2010), *Prévention des crises et promotion de la paix*. Vol. 1 : *Médiation et facilitation dans l'espace francophone : théorie et pratique*, Bruxelles, Bruylant.
- WIENER, C. (1970), *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, coll. Bibliothèque de droit public 93.

Textes officiels

- CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Décision 99–421 DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99421DC.htm> (dernière consultation : 03/01/2019).
- CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Décision 2006–540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540DC.htm> (dernière consultation : 03/01/2019).
- Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:FR:PDF> (dernière consultation : 03/01/2019).

Ordonnance 2015–1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2015/8/20/EINC1512728R/jo/texte> (dernière consultation : 03/01/2019).

Loi 93–2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000178780&categorieLien=id> (dernière consultation : 03/01/2019).

Loi 95–125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000350926> (dernière consultation : 03/01/2019).

Loi 2002–303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015&categorieLien=id> (dernière consultation : 03/01/2019).

Loi 2016–1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/11/18/JUSX1515639L/jo/texte> (dernière consultation : 03/01/2019).

Œuvres littéraires

COCTEAU, J. (1928), *Les Mariés de la Tour Eiffel*, Paris, Gallimard.

ORWELL, G. (1972), *1984*, Paris, Gallimard, coll. Folio.

Références sitographiques

Atlantico.fr, « La vie avec 500 mots de français, un emprisonnement social qui menace de plus en plus de jeunes », <https://www.egaliteetreconciliation.fr/La-vie-avec-500-mots-de-francais-35652.html> (dernière consultation : 03/01/2019).

Code national de déontologie du médiateur, <http://www.anm-mediation.com/images/anm/documents/code-de-deontologie.pdf> et <http://www.mediation-imgh.com/wp-content/uploads/2017/04/doc2-code-national-deontologie-mediateur.pdf> (dernière consultation : 03/01/2019).

FEKHL, M. & PLATT, T. (2010), *Normes européennes, loi française : Le mythe des « 80% »*, http://tnova.fr/system/contents/files/000/000/681/original/mythe_0.pdf?1436780079 (dernière consultation : 03/01/2019).

VERT, F. (2010), « Les sept enseignements de la Commission Magendie sur la médiation », *Les Annonces de la Seine*, lundi 11 avril 2011, numéro 23, 8–9, http://issuu.com/adls/docs/les_annonces_de_la_seine_23-2011_1302700841 (dernière consultation : 25/02/2019).