

**La médiation  
sous le regard de l'anthropologie historique du droit\***

**Pascal TEXIER,**  
*Université de Limoges  
OMIJ*

Plutôt que de retracer l'histoire des pratiques médiatrices, la présente intervention voudrait identifier les principales caractéristiques de la médiation afin de mieux saisir les différences entre pratiques médiatrices et traitement judiciaire du conflit. Pour réaliser cet objectif, on s'est appuyé sur l'anthropologie historique du droit qui met l'accent sur la dimension fonctionnelle des institutions ainsi que sur le pluralisme normatif. Après avoir distingué les médiations hiérarchiques, d'origine principalement cléricale, des médiations communautaires, l'analyse de la logique médiatrice permet de montrer comment par leurs dimensions à la fois communautaires et consensuelles, ces pratiques sont finalement assez proches des mécanismes vindicatoires, autres modes de gestion des situations conflictuelles.

La médiation a-t-elle une histoire ? La lecture de certains travaux conduirait à en douter. Pour Jean-Louis Lascoux par exemple, la médiation, en tant que pratique à part entière, serait une création du XX<sup>e</sup> siècle<sup>1</sup> largement inspirée des

---

\* Publié dans : Anne-Marie Tournepiche et Jean-Pierre Marguenaud dir., « La médiation - aspects transversaux », *Colloques et Débats*, n° 20, Paris, 2010, p. 11-18

<sup>1</sup> Jean-Louis LASCoux, *Pratique de la médiation, une méthode alternative à la résolution des conflits*, éd. ESF, 2001, 2003, 2004, 2007.

pratiques anglo-saxonnes, en usage en Amérique du Nord et plus particulièrement au Canada. Au fond, nous pourrions nous en arrêter là et conclure avec cet auteur à l'irréductible modernité de l'institution. Il est vrai que la consultation des traités de droit civil, pénal ou social, ainsi que des collections de jurisprudence montre que les juristes ne font guère usage de ce mot avant les années 80 du siècle dernier<sup>2</sup>.

Il existe pourtant chez les positivistes des voix discordantes, telle celle de Michèle Guillaume-Hofnung qui évoque une « histoire multiséculaire »<sup>3</sup> et accompagne son constat de deux remarques. Elle y voit, tout d'abord un « concept majeur de l'histoire de la pensée humaine qui figure en bonne place, au même titre que la justice, dans tous les dictionnaires de philosophie », qu'il conviendrait, selon elle, de distinguer clairement des différents modes alternatifs de règlements de conflits, conciliation ou transactions, simples notions juridiques. En second lieu, elle observe que la transposition du Canada aux pays de tradition civiliste n'a pas été réalisée selon les mécanismes d'une pure et simple réception. En effet, à côté de la fonction traditionnelle de résolution des conflits, l'Europe a développé des usages de la médiation tendant à prévenir les conflits et à créer ou restaurer du lien entre les protagonistes.

À cela, il est peut-être possible d'ajouter deux remarques supplémentaires, traduisant plus spécifiquement l'apport de l'histoire et de l'anthropologie du Droit. Reconnaître à la médiation des origines anglo-saxonnes, c'est dire que l'institution s'est développée dans le monde du *Common Law*,

---

<sup>2</sup> L'une des rares occurrences antérieures figure dans le *Répertoire pratique Dalloz*, t. 8, 1920, v° « Médiation », avec pour seule indication « voir Arbitrage international, n° 3 ». Il est vrai que depuis l'« Acte de médiation » créant la Confédération suisse en 1803, le terme appartient au vocabulaire du droit international public.

On observera qu'il existe bien une entrée « médiation » dans Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, 1987, rééd. Paris, 2001, p. 546-a, mais que dans André-Jean ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du Droit*, Paris 1993, p. 366, il n'existe que des renvois à « Action, sociologie de l' », « Alternatif », « Négociation », « Conciliation », « Conflit » et « Topique ».

<sup>3</sup> Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, « Histoire de la médiation en France », en ligne sur :

[http://archives.cnb.avocat.fr/ObservatoireProfessionAvocat/VPA\\_debat\\_mediation1.php](http://archives.cnb.avocat.fr/ObservatoireProfessionAvocat/VPA_debat_mediation1.php) (consulté le 8 juillet 2009)

système fortement marqué par les mécanismes coutumiers. En pratique cela signifie que la norme est davantage fondée sur la pratique consensuelle que sur l'autorité de l'organe qui la proclame et que, par voie de conséquence, le rôle régulateur de l'État y est moins déterminant. Cette situation est finalement assez proche de ce que nous avons pu connaître dans la France de l'ancien droit ; dès lors, l'histoire de la médiation devient celle d'une redécouverte et plus seulement celle d'une invention et il est alors légitime d'en retracer la généalogie. Pour s'en convaincre, il suffira de feuilleter la *Revue de l'arbitrage* qui publie régulièrement des articles restituant toute la profondeur du champ historique des activités médiatrices.

Sur un autre terrain, celui de l'anthropologie historique du droit qui met l'accent sur l'approche fonctionnelle plus que sur la généalogie des institutions, la médiation européenne, par les multiples usages qui en sont faits, paraît se rapprocher davantage d'un système de gestion que de résolution des conflits.

Compléter l'analyse institutionnelle par une analyse fonctionnelle présente en outre l'avantage de dépasser l'entêtante question de la définition : autant de médiateurs, autant de définition ! Car si les contextes institutionnels sont différents (l'encadrement réalisé par le contrat de travail n'est évidemment pas celui qui résulte de la loi pénale...), les mécanismes de médiation présentent entre eux de grandes analogies fonctionnelles que traduit du reste aujourd'hui le concept englobant de M.A.R.L. C'est pourquoi il peut être utile de rapprocher ce que nos disciplines ont pris l'habitude de séparer : au fond qu'est-ce qu'une transaction sinon une médiation réussie ?

Ce sont ces divers aspects que nous voudrions aborder ici en proposant en premier lieu un petit bilan historique des pratiques médiatrices, puis en second lieu en s'interrogeant sur la logique présidant à ce type d'activité.

### **La pratique de la médiation**

Celui que tente l'analyse historique des pratiques médiatrices se trouve confronté, de prime abord, avec une

difficulté terminologique<sup>4</sup>. Nous l'avons vu, le terme « médiation » est peu utilisé par les juristes avant l'époque contemporaine. Mais si le mot semble absent de l'horizon du droit, il n'en va pas de même pour la chose.

#### **Le mot**

Comme pour les ouvrages contemporains, la consultation des dictionnaires et encyclopédies du XVIII<sup>e</sup> siècle est sans appel. Ni Denisart<sup>5</sup>, ni de Ferrière<sup>6</sup>, ni Guyot<sup>7</sup> n'utilisent le terme « médiation » comme vedette de leurs dictionnaires respectifs. Le vocable est cependant bien présent dans le vocabulaire français et la consultation du Centre national de ressources lexicales et littéraire<sup>8</sup>s permet d'en trouver des traces dès la période médiévale dans des disciplines aussi diverses que la théologie, la philosophie, mais aussi les mathématiques, l'astronomie ou la musique, seul le droit semble faire défaut.

Historiquement le français a emprunté le vocable au latin. Absent de la langue classique, comme du latin juridique alors même que le *Digeste* consacre un titre entier à l'arbitrage<sup>9</sup>, c'est chez les pères de l'Église, comme saint Augustin<sup>10</sup> qu'on en trouvera l'usage pour qualifier l'action du Christ médiateur entre les hommes et Dieu ; terme et usage se retrouvent ensuite chez les auteurs marqués d'augustinisme, comme Thomas d'Aquin. Un tel emploi est d'ailleurs conforme à l'étymon *med*, racine indo-européenne renvoyant à l'idée de

---

<sup>4</sup> La confusion terminologique n'est pas l'apanage du français, le terme anglais *mediation* peut avoir le double sens d'arbitrage et de médiation.

<sup>5</sup> Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, t. III, Paris, 1771.

<sup>6</sup> Claude-Joseph de FERRIÈRE, *Dictionnaire de Droit et de pratique*, t. II, Toulouse, 1779.

<sup>7</sup> GUILLOT, *Dictionnaire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, t. 11, Paris, 1785.

<sup>8</sup> Voir par exemple les données rassemblées par le Centre national de ressources lexicales et littéraire, consultable sur : <http://www.cnrtl.fr/portail/>.

<sup>9</sup> *D.*, 4, 8, *De receptis qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant*.

<sup>10</sup> Saint-Augustin, *De civitate dei*, 9, 16, 2 ; *Quaestionum in heptatheucum libri septem*, 2.19. L'hypothèse d'une origine patristique du vocable est renforcée par le fait qu'il est absent du texte de la Vulgate.

milieu<sup>11</sup>, dans lequel Benveniste voit l'origine de notre « médiation ». Le concept renvoie ici aux techniques permettant d'établir une communication entre deux ordres ou deux réalités différentes quant à leur nature. À partir de là, il devient possible de construire deux modèles d'intermédiation selon que l'opération doit être réalisée avec un schéma horizontal ou vertical. Naturellement c'est principalement le modèle vertical que développeront les théologiens, mais aussi les évêques et les *clarissimi viri* intervenant au bénéfice de leurs ouailles auprès des rois mérovingiens. C'est, semble-t-il, à la fin du VIII<sup>e</sup> siècle que le concept passe dans le vocabulaire de l'administration royale<sup>12</sup>, mais toujours avec le sens d'intercession hiérarchique. Toutefois, cette médiation hiérarchique ne saurait, à elle seule, subsumer les pratiques médiatrices. Autrement dit il convient d'élargir la recherche à d'autres vocables désignant des activités non explicitement dénommées « médiations », mais qu'il est cependant possible de qualifier de médiatrice.

#### **La chose**

Bien qu'ils ne fassent usage ni du mot *mediatio*, ni de ses dérivés, les Romains avaient développé plusieurs institutions permettant une résolution des conflits en dehors des voies judiciaires traditionnelles ; c'est d'ailleurs à eux que nous sommes redevables d'une partie du vocabulaire juridique de la médiation, les termes « arbitre », « compromis », « *receptum* de l'arbitre », pour n'en retenir que quelques-uns, n'ont pas d'autre origine. Il est vrai que Rome semble avoir accordé une importance particulière aux techniques arbitrales : de la loi des XII Tables<sup>13</sup>, promulguée au milieu

---

<sup>11</sup> Dans le sens, par exemple, où la Méditerranée et au « milieu » des terres.

<sup>12</sup> Dans la série des capitulaires Carolingiens, la première occurrence du mot « mediator » est donnée par l'*Admonitio generalis* de 789, MGH, « *Legvm sectio II, capitularia regvm francorum* », Hannovre, 1883, t. I, §21, p. 55. Dans le même sens, le capitulaire de 820, -4, *ibid.*, p. 367, complète l'idée en étendant le schéma christique aux médiateurs humains que sont les prêtres : *sacerdotes Domini, qui sunt mediatores inter Deum et homines*.

<sup>13</sup> Sur l'arbitrage à Rome voir Bruno de LOYNES DE FUMICHON, *Recherche sur l'arbitrage ex compromissio*, thèse droit, Paris II, 2002 et Bruno de

du V<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ, jusqu'au droit de Justinien, on peut relever «une bonne dizaine de cas nettement différenciés, ou un *arbiter*, riche de son *arbitratus* est appelé à exprimer ou à exercer un *arbitrium*»<sup>14</sup>. Outre la fréquence de son usage, la singularité de cette pratique réside dans le fait que, pour l'essentiel, l'autorité du médiateur ne tient pas à son statut individuel, mais au pouvoir dont les parties ou le juge vont l'investir pour aider à la résolution d'un litige spécifique.

Par ailleurs, nous avons vu que dans la première forme de médiation, le médiateur n'appartient pas à la même communauté que les parties, puisque dans le cas le plus fréquent, celui qui intercède auprès du roi en faveur de l'une de ses ouailles laïques est un clerc, souvent investi de fonctions épiscopales. Ici au contraire, l'action de médiation est conduite selon un schéma horizontal entre individus qui appartiennent tous au même groupe fonctionnel. Bien sûr, il peut exister des distinctions à l'intérieur de celui-ci ; mais dans ce cas, il s'agira alors de distinctions davantage sociales que juridiques : la notoriété, la capacité d'expertise où la position dans le lignage serviront à désigner celui qui devra jouer le rôle du tiers médiateur.

Cette forme, que l'on pourrait qualifier de médiation communautaire, est particulièrement bien documentée pour la période médiévale. Elle permet de régler toutes sortes de litiges qui risqueraient de compromettre le bon fonctionnement de la communauté : qu'il s'agisse de conflits qui seraient aujourd'hui qualifiés de civils ou de pénaux, mais aussi de litige en matière de préséance ou de relation de travail ou commerciale.

Bien sûr, la faiblesse quantitative et qualitative de l'appareil judiciaire médiéval peut expliquer que, dans de nombreux cas, les parties préfèrent s'en remettre à une institution *ad hoc* plutôt qu'aux bons offices d'un juge. La

---

LOYNES DE FUMICHON et Michel HUMBERT, « L'arbitrage à Rome », *Revue de l'arbitrage*, 2003, p. 285-347, ici p. 287.

Si notre vocabulaire de l'arbitrage emprunte beaucoup aux Romains, ils ne sauraient être considérés comme les inventeurs de cette institution. On en trouve déjà des traces dans les droits cunéiformes, voire Sophie LAFONT, « L'arbitrage en Mésopotamie », *Revue de l'Arbitrage*, 2000, p. 557-590.

<sup>14</sup> Bruno de LOYNES DE FUMICHON et Michel HUMBERT, *op. cit.*, p. 346.

puissance publique à peine sortie des limbes de la féodalité n'est pas en mesure d'imposer le recours obligatoire à ses juges. Mais le pourrait-elle, qu'il n'est pas évident que les parties s'engagent volontiers dans un traitement judiciaire, souvent lointain —au propre comme au figuré — et qui, de toute manière, trancherait selon des procédures et des règles de références souvent inconnues des plaideurs. À l'inverse les modes extrajudiciaires, par leur souplesse, la commune origine des parties et du médiateur, facilitent certainement la recherche d'une solution.

C'est ce qui explique sans doute qu'à certains moments les pouvoirs publics aient favorisé cette pratique<sup>15</sup>. C'est l'effet, par exemple, du second édit de Fontainebleau<sup>16</sup> qui, en 1560, impose le recours à des arbitres pour le règlement de différends entre certaines personnes ou de litiges concernant des matières techniques pour lesquelles on présume qu'il sera plus aisé de parvenir à un résultat par des voies extrajudiciaires. En pratique il s'agissait de situations intéressant le droit privé, comme le partage des successions ou les restitutions de dot ou de douaires. Le second type d'hypothèses visées par l'édit concerne le monde du commerce. La présence de situations a priori hétéroclites pourrait paraître peu cohérente. En réalité, par-delà le caractère disparate des cas, le monde de la famille et celui du commerce présentent certaines analogies qui entrent en résonance avec la logique médiatrice.

---

<sup>15</sup> Pour une vue d'ensemble sur le traitement de l'arbitrage par la royauté, voir Carine JALLAMION, « Arbitrage et pouvoir politique en France du XVII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle », *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 3-62, ici p. 6-16.

<sup>16</sup> Second édit de Fontainebleau d'août 1560, sur l'arbitrage entre marchands et entre parents, ISAMBERT, t. XIV, p. 51.

### La logique de la médiation

Dans la seconde partie de cette intervention, nous voudrions aborder la question de la logique médiatrice et des rapports qu'elle peut entretenir avec les mécanismes juridiques. D'une manière générale, dans leur approche des modes de régulation sociale, les juristes ont un peu tendance à développer une démarche moniste, quitte à distendre le périmètre du *ius* : on parlera alors de *soft-Law*, de droit flou<sup>17</sup> -- voir de non-droit. Mais à chaque fois le point de référence demeure le *ius*, comme s'il n'y avait pas d'autres solutions en matière de régulation. Or ce que montre l'anthropologie juridique c'est qu'il est possible d'analyser les processus normatifs autrement qu'à travers le concept unique de juridicité qui, trop souvent, masque les singularités des divers modes de traitement des conflits. Or la connaissance des mécanismes propres aux pratiques médiatrices est indispensable, nous semble-t-il, pour réaliser dans de bonnes conditions leur intégration dans l'ordre juridique. Il semble à cet égard que leur aspect, à la fois communautaire et consensuel méritent une attention particulière.

#### *Une logique communautaire*

Lorsqu'on examine en longue durée les pratiques médiatrices, on est frappé par l'importance accordée au fait communautaire, tant en ce qui concerne la désignation du médiateur, l'origine des parties ou le corpus des valeurs de référence. Sur le premier point, en matière de médiation hiérarchique, par exemple, même si juridiquement son statut de clerc le sépare de ses mandants, c'est bien parce qu'il est le chef de la communauté des chrétiens d'une église déterminée, que l'évêque est en situation de pouvoir intervenir auprès du prince. De la même manière le tiers intervenant dans une médiation horizontale de type communautaire, sera choisi à raison de la notoriété ou de la confiance dont il peut bénéficier, ou de son positionnement à l'intérieur du groupe. Cette logique semble encore aujourd'hui à l'œuvre comme en témoigne l'une des expériences contemporaines les plus abouties en matière de médiation, les *Community Boards* de San Francisco, s'appuie

---

<sup>17</sup> Mireille DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, 1986, rééd. 2004.



exclusivement sur le communautarisme, pour recruter et former leurs médiateurs volontaires<sup>18</sup>.

Par ailleurs, la médiation aura d'autant plus de chance d'aboutir que ses acteurs partageront un certain nombre de valeurs de référence ; ces standards, pour employer une terminologie anglo-saxonne, constituent un corpus normatif différent du corpus juridique, à la fois par son périmètre, mais surtout par sa nature et sa fonction. Le *ius* détermine les règles du jeu social, qui permettront d'induire des voies d'action et des mécanismes de contrôle de conformité et par voie de conséquence, de désigner un gagnant et un perdant ; au contraire, les normes, secrétées d'une manière endogène par le groupe, offrent à chacun de ses membres un positionnement précis, d'où découle un statut générateur de devoirs et de prérogatives<sup>19</sup> qui font de lui un être social. Il ya donc un intérêt particulier, pour chaque membre du groupe, à voir réaffirmer ces standards qui conditionnent son existence même ; à l'inverse l'opposition à ces éléments normatifs s'apparente à une sorte de suicide social.

Les sociétés coutumières, fonctionnant par agrégats communautaires, constituent des milieux propices au déploiement des activités médiatrices ; c'est en particulier les cas des villes médiévales, italiennes ou flamandes, dans lesquelles il est possible de mettre en évidence un développement précoce d'institutions multiformes, mais qu'il est possible de rattacher à la médiation. Outre les villes d'autres groupements présentent des caractéristiques favorables. Pour en revenir à l'édit de Fontainebleau, ce n'est évidemment pas un hasard si le roi choisit de développer l'arbitrage pour traiter des litiges concernant la famille ou le monde du commerce : deux univers où même le souverain ne peut pénétrer qu'avec parcimonie et révérence car ils élaborent des règles endogènes, dont la technicité ou la volatilité les rendent difficilement mobilisables par les juges

---

<sup>18</sup> Jacques VÉRIN, « La médiation à San Francisco, à New York et à Kitchener (Ontario) », *Revue de sciences criminelles et de droit comparé*, 1983, p. 293-301, réimpr. dans « Pour une nouvelle politique pénale », *Droit et société*, n° 9, 1994, p. 417-428, ici, p. 423-428.

<sup>19</sup> Sur le rôle du statut et la distinction des personnalités sociale et juridique, nous nous permettons de renvoyer à Pascal TEXIER, « La victime et sa vengeance. Quelques remarques sur les pratiques vindicatoires médiévales », *CIAJ*, n° 19, 2008, « La victime. I. — Définition et statut », p. 155-179, ici p. 158-161.

publics. Mais il existe d'autres raisons pour expliquer la préférence accordée au traitement des conflits par voie de médiation<sup>20</sup>.

***Une logique consensualiste***

En paraphrasant l'heureuse traduction française du maître ouvrage de John Austin<sup>21</sup>, on pourrait dire que la logique du droit peut se résumer par la formule « quand dire c'est faire » dans la mesure où le Droit met en œuvre une logique que l'on peut qualifier de performative ; le logos juridique ayant la capacité de modifier directement l'ordre des choses, capacité qui découle de l'*imperium* détenu par l'autorité énonciatrice. En matière de conflit, l'énonciation performative — la sentence — découle directement d'une phase de contrôle de la conformité des comportements à la norme puis de la désignation d'un vainqueur et d'un perdant. La logique médiatrice au sens strict paraît, quant à elle, répondre au schéma inverse : « quand faire c'est dire » : c'est au terme d'une négociation que l'on s'efforce de construire le consensus, d'où découlera la solution. Cette recherche d'un consensus efficace entraîne deux conséquences majeures qui colorent d'une manière spécifique la médiation en accentuant sa différence d'avec la solution judiciaire.

En premier lieu, on pourrait qualifier la démarche médiatrice d'englobante comme le montre un travail en cours à l'IAJ sur les modes de résolution des conflits à l'époque médiévale. La première condition pour que le système judiciaire puisse donner une solution est que le conflit soit doté d'une existence aux yeux du droit. C'est-à-dire qu'il soit traduisible en terme juridique, autrement dit qu'il puisse faire l'objet d'une qualification ; or tel n'est pas toujours le cas. L'analyse d'une série de rémissions, relatives à des affaires de sorcellerie, montre qu'en réalité les prétendus envoûtements ne sont pas la cause réelle du mal-être

---

<sup>20</sup> Selon D. L. SMAIL, *The Consumption of Justice: Émotions, Publicity, and Legal Culture in Marseille, 1264-1423*, Cornell University Press, 2003, p. 62-64 et 86-87, seuls 10 à 15 % des litiges débouchent effectivement sur une sentence ou un jugement, 15 à 33 % débouchant sur une transaction conduite hors justice.

<sup>21</sup> John AUSTIN, *How to do Things with Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1962 ; traduction française : *Quand dire c'est faire*, Paris, 1970.

générateur du conflit. Dans beaucoup de cas, il s'agit en fait d'une mésentente à l'intérieur d'un couple. Or à l'époque une telle situation ne pouvait guère recevoir de solution proprement juridique, sauf à ce que les époux avouent leur répugnance pour le lien matrimonial. Or une telle affirmation n'est pas possible, dans la mesure où le mariage est considéré comme un sacrement par le droit canonique, compétent en la matière, et par voie de conséquence indissoluble<sup>22</sup>. C'est donc sur un terreau de mésentente conjugale que l'on voit se développer la crise magique. Tout se passe alors comme si le mal-être relationnel, juridiquement indicible, était transféré sur un fait de sorcellerie qui, lui, est bien susceptible de traitement judiciaire. Mais lorsque ce dernier est réalisé, il ne porte en réalité que sur un symptôme et non pas sur la véritable cause du mal-être.

Ce que montrent également les sources médiévales, c'est que parallèlement à ce schéma de judiciarisation, le groupe, c'est-à-dire en général la famille de l'envoûtée, met sur pied des stratégies de médiation pour tenter de résorber la crise. Or d'une manière quasi systématique, ces stratégies médiatrices contournent le mari, comme si les parents de la femme envoûtée se sentaient particulièrement responsables de leur sœur ou fille et qu'ils s'efforçaient de la ramener à une plus claire conscience de ses devoirs. Or ici, contrairement à ce qui se passe avec le traitement judiciaire, nous sommes bien au cœur du problème. Les standards et les mécanismes de solidarité propres au groupe permettent de traiter, au-delà de l'aspect technique de la cause, son environnement circonstanciel et psychologique. C'est bien cette logique englobante qui est à l'œuvre dans la pratique de la médiation interculturelle mise en œuvre par certains tribunaux dans le cadre des mesures d'assistance éducative des articles 375 et suivants du Code civil. Grâce à la souplesse de la médiation, il devient possible de prendre en compte des standards ou des situations ignorés ou mal traités par le droit : il en est ainsi, par exemple, de l'honneur du lignage ou encore, de la présence de certaines personnes

---

<sup>22</sup> Sauf hypothèse d'annulation, dont les conditions sont strictement déterminées par le droit canonique. En pratique il faudrait démontrer que le mariage n'aurait pas été consommé, démonstration souvent rendue impossible par l'existence d'enfants.

jouissant d'une autorité à l'égard des jeunes, en dehors des schémas de notre droit civil, comme les oncles maternels des familles africaines<sup>23</sup>.

Sur un autre plan, celui du temps, il est possible de pointer une autre singularité de la médiation médiévale. Reposant sur un consensus, situation éminemment mobile, la solution dégagée reste précaire ; ce qui pour le juriste est certainement un grave défaut, lui qui ne rêve que de solutions pérennes, garanties d'une vraie sécurité des relations sociales. C'est pourquoi très rapidement la loi ou les juges interviennent pour permettre la judiciarisation de ces solutions, en autorisant par exemple les parties à saisir le Parlement d'une sentence arbitrale ou en cherchant à transformer les simples devoirs sociaux résultant de l'accord négocié en une transaction génératrice d'obligations juridiques. On peut se demander cependant si de telles mesures ne sont pas contreproductives. Dans la logique d'une organisation communautaire, il s'agit de rechercher en permanence un équilibre que l'on sait être précaire ; par voie de conséquence la médiation ne saurait être l'affaire d'un instant, mais bien une démarche permanente. De sorte que la séquence incident/traitement est grandement minimisée, ce qui ne peut être le cas d'une procédure conduite devant une cour qui est soumise au strict respect de la procédure et de ses délais.

\* \*

\*

Au terme de ce rapide survol, nous avons vu comment le mot médiation, d'origine cléricale et réservée à l'origine aux

---

<sup>23</sup> Sur l'expérience de médiation culturelle conduite par le tribunal des enfants de Paris et de Bobigny, voir Gilda NICOLAU, Geneviève PIGNARE, Régis LAFARGUE, *Ethnologie juridique*, Paris, 2007, p. 324-341.

seules médiations hiérarchiques, avait fini par désigner toutes sortes de pratiques médiatrices, verticales ou horizontales, en droit international public, puis en droit interne.

En second lieu nous avons vu que la dimension communautaire jouait un rôle déterminant dans l'efficacité de ces pratiques ; non seulement parce que l'existence d'un groupe cohérent favorise la communauté de valeur et de destin, mais aussi parce que, lorsque ce groupe est générateur de solidarités —actives et passives — il contribue à créer les conditions d'une gestion permanente du conflit.

Pour s'en tenir au cas français, la Révolution entraîne la disparition des groupes fonctionnels et des corps intermédiaires qui constituaient autant de matrices pour les pratiques médiatrices. L'avènement de la Nation comme unique communauté de référence et l'érection de la fonction régulatrice de l'État en un monopôle ont profondément transformé la donne. Est-ce dire que la médiation médiévale n'a plus rien à nous apprendre ? Peut-être pas si l'on veut bien observer aujourd'hui que le retour du communautarisme ou l'affaiblissement de l'État semblent de nouveau ouvrir un espace à la médiation. Sans doute, mais il manque un élément fondamental : dans la médiation traditionnelle, la capacité contraignante est fondée sur le consensus alors que dans un système juridictionnalisé elle est fondée en autorité, c'est-à-dire extérieure au groupe sur laquelle elle doit s'exercer.