

Rédiger un accord de médiation

Adam BEN RHOUMA

Doctorant à la Faculté de droit et
des sciences politiques de Sousse,
Université de Sousse

خلاصة

تمثّل الوساطة إحدى أهم الوسائل المتاحة لفض النزاعات والخلافات بطريقة وديّة. فهي تمثل وسيلة اختيارية لا تفرض عادة على الأطراف بل تقترح عليهم من أجل تقريب وجهات النظر والسعي في إيجاد حلّ. ولربما كانت قوّة هذه الوسيلة في عدم التركيز على الحلّ، أي أنّها لا توجد بغرض إيجاد حلّ وإن لم يكن مرضيا، بل هي تبحث عن إرضاء الأطراف وإن لم يجدوا حلّا، وفي هذا تختلف عن بقية الوسائل الاختيارية الأخرى لفض النزاعات.

ولما كانت الوساطة في جوهرها تقنية غير متجذرة في القانون التونسي أوّلا لغياب تشريع يستوعبها بشكل عامّ، وإنّما نجدها مبعثرة على عدة نصوص، وثانيا لكونها تقنية تستند إلى تقنيات نفسية واجتماعية، كان من الواجب التساؤل حول مآل الاتّفاقات الناجمة عن هذه الوسيلة والبحث عن القانون المنطبق عليها. وقد اخترنا أن نبّحث عن تحرير الاتّفاق المنبثق عن الوساطة في صورة الانتهاء إلى حل يرضي الأطراف مخافة أن الغوص من جديد في مسائل قانونية قد يفضي إلى تهقير الاتّفاق إلى خصومة جديدة. فكان من الواجب التعرّض إلى من يختص بتحرير هذا الاتّفاق والشكل الذي يتّخذه الاتّفاق والوصف اللاحق به حسب موضوعه.

Résumé

La médiation est l'un des mécanismes les plus efficaces pour résoudre les conflits et les différends à l'amiable. Ce mécanisme optionnel n'est généralement pas imposé aux parties, mais leur est proposé afin de rapprocher leurs points de vue et de tâcher à solutionner leur désaccord. Sans doute le point fort de ce procédé réside-t-il dans le fait qu'il ne se concentre pas sur la solution, c'est-à-dire qu'il n'a pas pour but ultime de trouver une solution, mais cherche plutôt à satisfaire les parties, même si aucune solution n'est trouvée, ce qui le distingue d'autres modes amiables de résolution des conflits.

La médiation étant une technique qui n'est pas ancrée dans le droit tunisien, d'une part en raison de l'absence d'une législation qui l'intègre de façon générale, vu qu'elle se trouve dispersée sur une panoplie de textes, et d'autre part parce qu'il s'agit d'une technique fondée sur des méthodes psychologiques et sociales, il fallait s'interroger sur le sort des accords résultant de ce moyen et rechercher le droit qui s'y applique. Nous avons choisi de diriger le champ de recherche vers la rédaction de l'accord issu de la médiation, en ce qu'il forme une solution satisfaisante pour les parties, de peur que le fait de se replonger dans des questions juridiques ne conduise à un nouveau désaccord. Il fallait donc s'adresser à la personne compétente pour rédiger cet accord, déterminer la forme que cet accord prendra et le modéliser ensuite en fonction de son objet.

Abstract

Mediation is one of the most effective mechanisms for resolving conflicts and disputes amicably. This optional mechanism is not generally imposed on the parties, but is offered to them in order to bring their points of view closer together and attempt to resolve their disagreement. The strength of this process undoubtedly lies in the fact that it does not focus on the solution, i.e., its ultimate goal is not to find a solution, but rather to satisfy the parties, even if no solution

is to be found, which distinguishes it from other alternative dispute resolution methods.

As mediation is a technique that is not enshrined in Tunisian law, partly because of the absence of legislation that incorporates it in a general way, given that it is scattered across a wide range of texts, and partly because it is a technique based on psychological and social methods, it was necessary to consider the fate of agreements resulting from this method and to seek the law that applies to them. The choice was made to focus this research mainly on the drafting of the agreement resulting from mediation, in that it forms a satisfactory solution for the parties, for fear that delving back into legal issues would lead to further disagreement. It was therefore mandatory to look for the person competent to draft this agreement, determine the form that this agreement would take, and then model it according to its purpose.

Introduction

1. Ce sujet s'inscrit dans l'**hypothèse du succès**⁽¹⁾ de la **médiation** en tant que **technique de résolution amiable**, et parfois **alternative**⁽²⁾, **des désaccords**. L'étiquette du sujet contient trois termes

(1) Voir en ce sens: **BABAY-YOUSSEF (S.)**, *La médiation, Pour un cadre de référence*, 1^{re} éd., **BOSTANJI (S.)** (préf.), Tunis, éd. Impression Omega Éditions, 2023, p. 272 et s.

(2) On observe, tant dans la doctrine que dans la pratique, une panoplie d'acronymes qui vont dans ce sens, tels que les MARC, MARL et MARD, ou encore l'anglais ARD. Ces acronymes se distinguent non-seulement par leurs lettres finales, mais aussi par le sens attribué à d'autres lettres. En effet, la lettre M peut évoquer «méthode» ou «mode», la lettre A peut désigner «amiable» ou «alternatif», la lettre R peut refléter «résolution» ou «règlement» et les terminaisons évoquent respectivement «conflit», «litige» et «différend». Les qualificatifs à considérer sont: *alternatif* et *amiable*. Le qualificatif *alternatif* renvoie à l'idée de substituer à la justice étatique des modes ou méthodes extrajudiciaires (avec justice privée, ou sans). Et, le qualificatif *amiable* signifie que l'affaire est à régler exclusivement avec consentements mutuels. Voir en ce sens **ÉGÉA (V.)** (dir.), *Dictionnaire des modes alternatifs de résolution des conflits*, Paris, éd. L.G.D.J., 2024, p. 2 (avant-propos).

symbiotiques ; rédiger, accord et médiation. Ce dernier terme trouve son étymologie latine dans l'expression «*mediatio*», dérivée de «*mediare*», signifiant «*s'interposer*»⁽³⁾.

2. Cette technique est souvent considérée comme un diviseur commun à tous procédés de résolution amiable des conflits, où il est fait appel à une personne qui se trouve en dehors du conflit, afin de rapprocher les antagonistes. À cet effet, elle est à la fois une catégorie juridique enveloppant l'ensemble des procédés techniques de résolution des désaccords et un concept juridique distingué dans les confins de cet ensemble.

3. Notre étude porte sur **la fonctionnalité du concept de médiation**, un mode à option pour les médiés qui choisissent une personne (médiateur), pour son autorité, sa neutralité, son impartialité, sa personnalité ou son alignement moral, **afin de les accompagner dans l'élaboration d'un projet de solution**.

12 4. À la différence du conciliateur, qui s'intéresse plutôt à la recherche d'une solution qu'à la réconciliation des émotions, **le médiateur ne formule pas la solution** et se consacre à la recherche d'un «*juste milieu entre des prétentions opposées*»⁽⁴⁾, tout en s'axant notamment sur des techniques de développement humain, comme la reformulation des propos et l'écoute active.

5. Le médiateur se distingue aussi de l'*Ombudsman* en matière administrative⁽⁵⁾ et du juge étatique ou privé en matière judiciaire qui dispose du pouvoir d'imposer une décision de justice sans égard aux sentiments et volontés des litigants, sauf dans les limites légales⁽⁶⁾.

(3) CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, éd. Presses Universitaires de France (P.U.F.), Point Delta, 2011, p. 509.

(4) ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{re} éd., Paris, éd. P.U.F., Quadrige, 2003, p. 1009.

(5) Vu pour moitié comme médiateur et pour moitié comme enquêteur, voire recommandeur. Voir: BOUSTA (R.), «Contribution à une définition de l'Ombudsman», *Revue française d'administration publique*, 2007/3, n° 123, pp. 387-397.

(6) À illustrer avec l'article 40 alinéa 10 du Code de procédure civile et commer-

Ainsi, le médiateur ne propose, n'ordonne ni n'oblige-les médiés à mettre fin à leur désaccord. Son «*pouvoir est limité sur le fond*»⁽⁷⁾ ; il n'est qu'un **facilitateur**. En bref, **c'est aux médiés de trouver une solution**. Or, la liberté des médiés est plus apparente dans les modes *ad hoc*, libres et conventionnels de médiation que dans les modes réglementés et institutionnels.

6. Le terme «accord» trouve ses racines dans le latin «*accordere*», composé de «*ad*» (vers) et «*cor*», «*cordis*»⁽⁸⁾ (cœur). Ainsi, l'accord reflète une **rencontre de volontés**⁽⁹⁾, deux cœurs qui cheminent sur la même voie, celle de la production d'effets juridiques. En effet, le champ lexical de l'accord est si vaste qu'il emmagasine une longue liste de déclarations volontaires. Or, l'«*accord, invisible et nu, trouverait son vêtement dans le contrat*»⁽¹⁰⁾, la convention, le concordat, l'arrangement, et bien d'autres. Il repose sur **l'autonomie de la volonté et l'engagement à se soumettre librement à des effets juridiques**. Il est ou une proposition, ou une réponse à celle-ci, visant à faire fonctionner une ou plusieurs règles de droit, jusque-là figées, et dont le sens d'agrément, d'obligatorité et de refus se voit exclu au profit du consentement.

ciale où les commerçants peuvent élire un type de règles applicables (règles de l'équité), ou même l'autonomie de volonté qui résulte de l'internationalité majorée de la disponibilité des droits selon ce qu'est prévu dans les articles 62 du Code de droit international privé, 73 du Code de l'Arbitrage et 164, alinéa 2 du Code de Commerce Maritime.

(7) BONAFÉ-SCHMITT (J.-P.), DAHAN (J.), SALZER (J.), SOUQUET (M.) et VOUCHE (J.-P.) (dir.), *Les médiations, la médiation*, TOUZARD (H.) (préf.), Toulouse, éd. ÉRÈS, coll. Trajets, 2003, p. 10.

(8) CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, *Op.cit.*, p. 10.

(9) GUINCHARD (S.) et DEBARD (Th.) (dir.) et al., *Lexique des termes juridiques*, 31^e éd., éd. Lefebvre Dalloz, 2023, p. 12.

(10) GUENZOU (Y.), *La notion d'accord en droit privé*, HANNOUN (Ch.) (préf.), Paris, éd. L.G.D.J., Biblio. de droit privé, t. 502, 2009, p. 2, 2.

7. Le verbe rédiger, du latin «*redigere*»⁽¹¹⁾, signifie «*réduire en formule*»⁽¹²⁾, c'est-à-dire transcrire les propos des intéressés sur un support matériel qui n'est autre que l'instrument qui sert à réaliser une finalité. En effet l'idée de l'instrument renvoie à l'usage latin *instrumentum* opposé au *negotium*, qui se réfère à l'acte lui-même (dans ce cas l'accord de volontés), et qui signifie qu'un certain élément se voit conçu pour être utilisé dans le but de réaliser quelque chose⁽¹³⁾. La rédaction consiste alors dans l'action de rédiger⁽¹⁴⁾, c'est-à-dire l'action de matérialiser par un instrument écrit – acte instrumentaire⁽¹⁵⁾ – ce qu'a été convenu verbalement, soit pour prouver l'existence d'un lien obligationnel – preuve *ad probationem* – soit pour le valider – preuve *ad validatem*.

8. Par prudence, l'écrit s'impose en médiation, car le processus implique des personnes qu'étaient récemment en situation de conflit. Il est alors nécessaire de prendre des mesures conservatoires pour éviter qu'elles ne reviennent à la case départ. Mais la moindre incompatibilité référable au rédacteur ou l'erreur qui pourrait entacher l'accord, risque de provoquer l'effondrement du processus dans son ensemble.

9. En droit tunisien, une chose insolente à vérifier: **l'absence d'un texte spécial encadrant la médiation dans toute sa géné-**

(11) CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, op.cit., p. 684.

(12) MAZEAUD (D.), BOFFA (R.) et BLANC (N.) (dir.), *Dictionnaire du contrat*, éd. L.G.D.J., 2018, p. 928, 220.

(13) Telle est la signification supportée par M. DONDERO (B.) lors de sa conclusion prospective dans le colloque portant le nom «*L'instrumentaire du patrimoine*», organisé par le Centre de Recherche Juridique Pothier de l'université d'Orléans, tenu le 16 septembre 2014.

(14) Curieusement, dans l'intitulation du sujet, le verbe «*rédiger*» est utilisé à l'infinifitif présent, ce qui peut suggérer qu'il s'agit d'une action qui se poursuit, comme si la rédaction se faisait progressivement plutôt qu'en un seul coup.

(15) À ne pas confondre l'acte juridique (la manifestation de volontés visant à produire des effets juridiques) et sa constatation matérielle (l'acte instrumentaire). Voir: CRÉPEAU (P.-A.) et al., *Dictionnaire de droit privé*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1985, p. 8.

ralité⁽¹⁶⁾, contrairement notamment au droit français qui reconnaît l'existence de la médiation au niveau des articles 1528 à 1571 du Code de procédure civile. Ainsi, il peut paraître bizarroïde d'œuvrer à un thème qui n'est pas encore encadré⁽¹⁷⁾. On peut aisément être confronté à l'absence de la matière. Or, la difficulté est d'autant plus grande pour la législation tunisienne que l'on observe aussi une autre lacune: **l'absence de règles communes pour la rédaction des actes juridiques.**

10. En l'absence des règles communes à la rédaction des accords et des règles spéciales à la médiation, une problématique s'impose sans relâche: **quand les médiés procèdent à la rédaction de l'ac-**

(16) Pourtant le terme «médiation» est mentionné par cinq textes légaux en vigueur, dont deux semblent ne pas coller avec la philosophie de la médiation. On cite: 1°) Arrêté de la ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche scientifique du 26 mai 2021, pour la création des centres de médiation et de gestion des conflits et des cellules d'écoutes, de veille, de médiation et de gestion des conflits, fixant leur composition, leurs attributions et les modalités de leur fonctionnement. 2°) Décret n° 2000-884 du 27 avril 2000, fixant les attributions et les modalités d'action du représentant régional du médiateur administratif ainsi que l'organisation administrative et financière des services régionaux de médiation. 3°) Décret n° 2006-1881 du 10 juillet 2006, fixant les conditions d'exercice de l'activité de médiateur bancaire. 4°) Loi n° 95-92 du 9 novembre 1995, relative à la publication du Code de la protection de l'enfant: *Titre 2: la protection de l'enfant délinquant: Chapitre 3: la médiation* – articles 113 à 117. 5°) Loi n° 2002-93 du 29 octobre 2002, complétant le Code de procédure pénale relative à l'institution de la transaction par médiation en matière pénale (article 335): ces deux derniers textes ne nous intéressent pas vraiment puisqu'ils traduisent une médiation réglementée en matière pénale où la médiation ne semble être insérée que par abus de langage, étant donné que ce qu'est pénal doit tout naturellement être exclu du champ de la médiation.

(17) Il est à noter que certains textes renvoient à la technique de la médiation indirectement. D'ailleurs, Mme. **Samira LAOUANI** a répertorié les textes qu'évoquent les MARD, et ce, dans le 1^{er} annexe de son ouvrage. Elle cite notamment la conciliation dans son sens large, la conciliation en matière de douane ou des conflits de travail, la transaction dans le Code des obligations et des contrats (C.O.C) et le Code de procédure civile et commerciale (C.P.C.C.), ainsi que le règlement amiable en matière des procédures collectives. Voir: **LAOUANI (S.)**, *La médiation en Tunisie*, Tunis, éd. LATRACH, 2022, p. 179 et s.

cord de médiation, quelles sont les règles qui régissent cette rédaction?

11. Il faut rechercher les traits de la ou les rédactions possibles de différents accords de médiation. Afin de parvenir à démystifier la réglementation juridique de cette rédaction, il convient d'analyser d'abord la situation du rédacteur d'actes, initiateur de l'accord de médiation **(I)**, avant d'étudier l'accord, fruit de sa rédaction **(II)**.

I. Le rédacteur d'actes, initiateur de l'accord

12. Où est-ce que l'on peut le classer dans la diversité des profils de rédacteurs possibles? Afin de répondre à cette question, il est utile de voir d'abord les conditions d'acquisition de la qualité de rédacteur d'actes **(A)** avant d'étudier le statut juridique de celui-ci **(B)**.

A. Les conditions d'acquisition de la qualité de rédacteur d'actes

13. Le rédacteur d'actes est défini comme étant «*toute personne, professionnelle ou non, cocontractant ou tiers au contrat, qui réalise l'acte matériel de mettre par écrit ou compose l'opération intellectuelle qui traduit la volonté de ceux qui s'obligent*»⁽¹⁸⁾. Cette définition luisante présente le cadre d'intervention du rédacteur et ne le coince pas dans l'écriture. Le point d'inflexion est dans l'expression «*opération intellectuelle*».

14. C'est pour cela qu'il est indispensable de distinguer deux situations: d'une part, la situation où **le rédacteur maîtrise la loi** (en étant un professionnel de droit ou praticien: avocat, huissier, notaire ou juge) par opposition à celle où **il en ignore les subtilités**, et d'autre part, la situation où **le rédacteur est impliqué dans le processus de médiation** (en étant médiateur ou médié) par opposition à celle où **il en est exclu**.

(18) COUTANT-LAPALUS (Ch.), «L'amélioration de la clarté du contrat: l'influence de la responsabilité civile du rédacteur d'actes», in actes publiés d'un colloque organisé avec ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.), *L'interprétation: une menace pour les conventions?*, mars 2014, *Revue des contrats*, n° 1, déc. 2015, p. 182.

15. En effet, n'étant pas encadrée par la loi, et même dans les rares cas où elle est encadrée, la médiation se fonde sur le principe contractuel fondamental de l'**autonomie de la volonté** où les médiés peuvent choisir de rédiger ou de ne pas rédiger. L'écrit dans ce cas ne peut être requis qu'à titre de preuve⁽¹⁹⁾ et ne peut être considéré comme la «*substance de la convention*»⁽²⁰⁾. Au cas où les médiés choisissent de rédiger, ils sont normalement libres de choisir l'objet de leur accord, son fond et sa forme, le type d'accord et le sujet de droit qui procédera à l'opération de rédaction.

16. Reste que pour le choix du rédacteur, **la liberté des parties est limitée à certaines conventions et certains contrats** puisque le législateur oblige de passer par des rédacteurs bien déterminés dans des cas précis. En effet, le rôle de l'écrit dans le phénomène contractuel est de «*prévoir toutes les hypothèses susceptibles de se réaliser, pour que les parties ne se trouvent jamais soumises à une destinée qui n'entrerait pas dans leurs prévisions*»⁽²¹⁾. Cet objectif a suscité le recours à certains professionnels qui sont régulièrement confrontés à ce type d'accords et dont l'issue est généralement prévisible en raison de leur pratique zélée.

17. On peut exemplifier par l'article 377 bis du Code des droits réels où le législateur impose de rédiger les actes et conventions soumis à l'inscription sur le livre foncier. Cette rédaction suit un ordre bien défini⁽²²⁾. D'abord, le conservateur de la propriété foncière, les

(19) TESTU (F.- X.), *Contrats d'affaires*, 1^{re} éd., Paris, éd. Dalloz, coll. Dalloz Référence, 2010, p. 92, 31.01.

(20) POTHIER (R.- J.), *Traité des obligations*, 1^{re} éd., HALPÉRIN (J.- L.) (préf.), Paris, éd. Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, initialement paru en 1821, réédité en 2011, p. 12.

(21) LIBCHABER (R.), *Le contrat au XXI^e siècle, L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, 1^{re} éd., Paris, éd. L.G.D.J., coll. Droit des affaires, déc. 2020, p. 77, 44.

(22) Il peut paraître illogique que le législateur cite numériquement les deux premiers rédacteurs sans inclure le troisième, qui se trouve mentionné dans l'alinéa suivant du même article. Or, il serait tout aussi incohérent d'employer pour

directeurs régionaux ainsi que les agents de la conservation de la propriété foncière chargés de la mission de rédaction. Ensuite, les notaires. Et finalement, les avocats en exercice, non stagiaires.

18. Un autre exemple, les alinéas 2 et 3 de l'article 2 du décret-loi n° 2011-79 du 20 août 2011 portant organisation de la profession d'avocat qui reconnaissent à l'avocat une **compétence exclusive** pour rédiger les «*statuts des sociétés, de l'augmentation ou de réduction de leur capital, chaque fois qu'il s'agit d'un apport en fonds de commerce*», et **secondaire** pour rédiger les «*actes translatifs de propriété immobilière et des contrats d'apports immobiliers dans le capital des sociétés commerciales*» puisqu'il ne doit pas «*empiéter sur le domaine, réservé par la loi, aux notaires et aux rédacteurs d'actes relevant de la conservation de la propriété foncière*».

19. Ainsi, hormis les exceptions prévues explicitement par la loi, un particulier peut normalement rédiger son propre contrat, et c'est souvent le cas pour les petits contrats. Mais, la situation devient encore plus épineuse lorsqu'il s'agit des contrats contenant des clauses de grande ingénierie contractuelle où le contrat monte en épingle «*comme un assemblage d'effets juridiques*»⁽²³⁾ tout en tenant les contractants en bride.

20. C'est la raison pour laquelle on note l'existence d'un «*panorama*» de rédacteurs qui se spécialisent, par la pratique, tels que les «*huissiers de justice, les commissaires-priseurs, les administrateurs judiciaires, les agents immobiliers, les banquiers, les experts-comp-*

les deux premiers la formule «*Sont exclusivement habilités à rédiger...*» et pour le troisième, la formule «*... peuvent également rédiger...*». Si ce dernier avait eu la même habilitation à rédiger que les deux autres, le législateur l'aurait simplement mentionné avec eux. Cette numérotation paraît hiérarchique et voulue puisqu'*«hiérarchiser est un travail vain s'il n'est tourné vers un but. La hiérarchie est un instrument. Elle est donc naturellement finalisée, elle remplit des fonctions»*. v. CATTALANO-CLOAREC (G.), «La hiérarchie», in *Recueil de leçons de 24 heures, Agrégation de droit privé et de sciences criminelles 2015*, À l'initiative de SAINT-ALARY-HOUIN (C.), 1^{re} éd., éd. L.G.D.J., coll. Hors-collection, 2015, p. 72.

(23) *Idem.*, p. 104.

tables, [...] les sociétés d'édition de logiciels, les sites et plateformes internet...»⁽²⁴⁾.

21. L'exigence de recourir à un professionnel pour la rédaction d'actes s'explique par la nature des **intérêts** en jeu. Plus ces intérêts sont vulnérables ou, à l'inverse, particulièrement importants, plus la personne concernée se voit privée de certaines prérogatives notamment celle de rédiger l'acte sans assistance ou représentation spécifique, afin de préserver ses intérêts et d'éviter qu'ils ne soient compromis.

22. Le rédacteur d'actes agit en qualité d'**architecte d'équilibres contractuels**⁽²⁵⁾ sur la base d'informations essentielles et déterminantes à l'élaboration du contrat. Qu'il soit lui-même partie au contrat ou tiers, la rédaction de l'acte confère au rédacteur la possibilité de recueillir des informations émanant de l'une ou l'autre des parties contractantes, ce qui lui permet, s'il est de mauvaise foi, de dissimuler ces connaissances ou de les utiliser pour ses besoins.

23. D'ailleurs, bien qu'il n'existe aucun texte général encadrant la rédaction des actes juridiques, dans la mesure où chaque acte est unique et soumis à une réglementation spécifique, il demeure néces-

(24) MAZEAUD (D.), BOFFA (R.) et BLANC (N.) (dir.), *Dictionnaire du contrat*, *op.cit.*, p. 929.

(25) Cette qualité l'expose à une responsabilité lourde surtout lorsqu'il intervient en qualité de rédacteur unique. Voir en ce sens: JASMIN (Ch.), «La responsabilité de l'avocat unique rédacteur d'un acte juridique», *note sous Civ. 1^{er}*, 27 nov. 2008, *Recueil Dalloz*, N° 10/7371, 20 mars 2009, pp. 706-708. Ainsi, en droit tunisien, l'article 31 du règlement intérieur national des avocats dispose que «*lorsque l'avocat rédige des contrats et des statuts, il doit rédiger dans un langage juridique clair et ne pas faire prévaloir les intérêts d'une partie contractante sur ceux de l'autre partie. Il lui est également interdit de rédiger des contrats contraires aux principes éthiques ou juridiques, ou qui sont fondamentalement nuls*» (traduit de l'arabe). En droit comparé français, le décret n° 2023-552 du 30 juin 2023 portant Code de déontologie des avocats présente quasiment la même solution en disposant dans son article 9 que l'avocat «*seul rédacteur d'un acte veille à l'équilibre des intérêts des parties. Lorsqu'il a été saisi par une seule des parties, il informe l'autre partie de la possibilité qu'elle a d'être conseillée et de se faire assister par un autre avocat*».

saire de protéger l'acte de rédaction. Une telle protection ne doit pas se limiter à la probité du rédacteur.

24. À cet égard, l'article 447 du Code des obligations et des contrats (C.O.C.) n'autorise pas l'attestation du témoignage de surprise par l'acte authentique puisqu'une telle pratique encouragera les officiers publics à trahir la confiance des intéressés même si la raison derrière une telle pratique n'apparaîtrait pas forcément piteuse.

25. On dégage de cette analyse que la rédaction ne se fait pas à la va-vite et ne doit pas résulter de la mauvaise utilisation d'informations privilégiées. C'est ainsi que les réserves ou restrictions qui ne sont pas portées à la connaissance d'un contractant «*ne peuvent ni infirmer, ni restreindre les effets de la déclaration de volonté telle qu'elle résulte de son expression apparente*» en vertu de l'article 25 du C.O.C.

26. Nul ne saurait nier que pour la réussite de la médiation, tous les intéressés doivent être présents au cours de la rédaction, et la qualité du rédacteur doit, en toute logique, être répartie entr'eux et la personne qui transcrit leurs propos. Le rédacteur, en se référant aux médiés lors de la rédaction, fait d'eux **corédacteurs**, ce qui permet de le protéger contre toute responsabilité juridique éventuelle, d'origine contractuelle ou extracontractuelle⁽²⁶⁾, notamment celle découlant du non-respect de l'obligation précontractuelle d'information où il est appelé à informer les éventuels signataires des risques inhérents à leur écrit⁽²⁷⁾.

(26) Cette responsabilité s'explique par la nature de l'intérêt protégé. Comme celui-ci ne concerne pas une partie (créancière) en particulier, et que la méconnaissance de l'obligation en question heurte à l'intérêt collectif des contractants, la responsabilité peut être tirée de la nature extracontractuelle du dommage. Voir: **GENEVIÈVE (V.)**, *Introduction à la responsabilité*, Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques, Prix Demolombe, 4^e éd., Paris, éd. L.G.D.J. Lextenso, coll. Traités, sous-coll. Traité de droit civil, 2019, p. 631.

(27) Lisez en ce sens: **PRAT (S.)** et **JOUAULT (L.)**, «La bonne foi et l'obligation d'information précontractuelle appliquées à la pratique des affaires: vices et vertus de la réforme», *Gaz. Pal.* 12 juin 2017, n° hors-série, p. 44.

27. En réalité l'imprécision de la qualité de rédacteur n'est pas un problème propre au droit tunisien. Dans le même sens, le droit comparé français fait timidement des renvois à un statut général de rédacteur, sans permettre d'étayer l'existence d'un cadre législatif permettant d'exclure toute rédaction faite par un incompetent.

28. La loi française n° 90-1259 du 31 décembre 1990, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques⁽²⁸⁾ ne prive pas les contractants de rédiger eux-mêmes leur contrat puisqu'il ne fait que rendre possible la consultation accessoire de rédacteurs étrangers au contrat.

29. Ce faisant, on note dans la pratique une tendance à ne pas étiqueter l'accord de médiation comme tel. Au lieu de cela, le rédacteur qui ne possède pas la qualification requise pour rédiger, procède le plus souvent à la pratique du «*conditionnel*»⁽²⁹⁾ où il emploie des expressions vaporeuses pour ne pas activer le mécanisme juridique qui vient avec.

B. Le statut juridique du rédacteur d'actes

30. Deux questions se posent: 1°) quels sont les droits subjectifs et pouvoirs du rédacteur? 2°) quels sont ses engagements, charges, dettes ou devoirs juridiques?

31. Lorsque le rédacteur est une partie contractante, cela pourrait attribuer une **qualification adhésive au contrat**, car le rédacteur peut orienter les clauses vers un résultat de son choix, où les clauses essentielles sont en sa faveur, ce qui peut conduire à un **déséquilibre de forces contractuelles**.

(28) L'article 60 de ladite loi dispose que «*les personnes exerçant une activité professionnelle non réglementée pour laquelle elles justifient d'une qualification reconnue par l'État ou attestée par un organisme public ou un organisme professionnel agréé peuvent, dans les limites de cette qualification, donner des consultations juridiques relevant directement de leur activité principale et rédiger des actes sous seing privé qui constituent l'accessoire nécessaire de cette activité*».

(29) GARAT (S.), «Les écrits en médiation familiale: pour qui? Comment? Quels effets?», *Empan, Médiation familiale et lien social*, éd. ÉRÈS, 2008/4, n° 72, pp 45 à 53.

32. Toutefois, cette situation est moins évidente lorsque les deux parties sont lettrées. Le véritable enjeu réside dans le cas qu'implique une partie illettrée. À cet égard, l'article 454 du C.O.C. présente une solution satisfaisante à la protection de cette personne en ce sens que les «*écritures portant l'obligation de personnes illettrées ne vaudront que si elles ont été reçues par notaires ou par officiers publics à ce autorisés*». Cela signifie-t-il que, dans l'hypothèse où l'on opte pour la rédaction d'un accord de médiation, il est impératif de recourir à un officier public chaque fois qu'une personne illettrée fait partie contractante dudit contrat? Il semble qu'au moins pour la validité des engagements de celle-ci, l'authenticité est exigée.

33. En outre, il ne faut pas confondre la situation d'un **rédacteur qu'ignore la loi** avec celle d'une **personne qui la méconnaît**. Nous nous intéresserons à la personne qu'ignore la loi, au sens que l'on ne peut prétendre ignorer ce que nous a été porté à connaissance. En effet, la présomption de l'article 545 du C.O.C. selon laquelle *nul n'est censé ignorer la loi* revêt une grande importance, car elle est sensitive à l'«*obligation générale d'accessibilité et de prévisibilité de la loi*»⁽³⁰⁾ permettant d'éviter les séquelles liées à l'instabilité des positions juridiques au sein d'une société⁽³¹⁾.

34. Or, cette situation paraît particulièrement risquée même dans le cadre de petits contrats ou des contrats courants, et ce, pour une raison simple: le «*droit est une science d'organisation (et les juristes sont parfois les organisateurs juridiques)*»⁽³²⁾ disait Paillusseau. Cela dit, on note qu'en termes d'interprétation des conventions, il existe

(30) TURGIS (S.), «L'accès au droit par internet», *L'Actualité Juridique Droit Administratif AJDA*, éd. Dalloz, Hebdomadaire, N° 3/2015, 2 fév. 2015, p. 143.

(31) Voir en ce sens: ARFAOUI (E.), *Les règles écrites d'interprétation de la loi, Essai sur une méthode officielle d'interprétation des lois*, 1^{ère} éd., CHARFEDDINE (M.- K.) (préf.), Tunis, éd. LATRACH, 2021, pp. 363-366.

(32) PAILLUSSEAU (J.), «Le droit est aussi une science d'organisation (et les juristes sont parfois des organisateurs juridiques)», *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1989, p. 1.

dans le Code des obligations des contrats certaines dispositions qui donnent un sens particulier à certaines formules couramment employés sans distinction par les particuliers. Ces formules nécessitent un praticien chevronné afin d'éplucher les couches de leurs sens.

35. A titre d'exemple, l'article 520 du C.O.C. dispose que la «*qualification venant à la suite d'une énumération s'applique à tout ce qui précède, [...] à moins qu'il ne résulte clairement que l'attribut ne peut s'appliquer qu'à ce qui le précède immédiatement [...] La condition exprimée à la suite d'une énumération s'applique à tout ce qui précède*». Ce que l'on constate de ce texte c'est que même si l'on est connaisseur de la loi, si l'on n'est pas professionnel de droit, si l'on ne vérifie pas notamment l'application de la règle par les tribunaux, comment ils interprètent les lois applicables aux accords ou encore ce qu'il est partagé ou départagé par la doctrine au sujet des accords, on ratera facilement le sens de ce texte et d'autres textes en formulant de façon arbitraire les phrases édifiant le contrat.

36. Dans ce contexte, et au sujet de la responsabilité civile des professionnels de droit portant la casquette de rédacteur d'actes juridiques, **existe-il une responsabilité civile professionnelle autonome?** La réponse courte est non. La question reste purement classique, celle de savoir si l'obligation de réparation revêt une nature contractuelle ou extracontractuelle.

37. Loin des fondements classiques de cette obligation que sont le non-respect de la confidentialité lors de la rédaction, le dépassement des souhaits et attentes des contractants, le manquement à l'obligation de les informer sur les risques, ou même le manquement au devoir général de loyauté, de diligence et de prudence, il existe une obligation originale dont le sens a préoccupé la jurisprudence, s'agissant d'assurer **l'efficacité et la validité de l'écrit**⁽³³⁾.

(33) CASSUTO-TEYTAUD (P.), «La responsabilité des professions juridiques devant la première chambre civile de la Cour de cassation», in Rapport annuel de la Cour de cassation, 2002, p. 2. En ce sens, un arrêt très récent de la cour d'appel française a précisé que «*Le notaire, en qualité d'officier public, est chargé d'assurer*

38. L'inefficacité et l'invalidité de l'accord engage-t-elle mécaniquement la responsabilité de son rédacteur? Et si l'accord se révélait inopérant, est-ce que le rédacteur serait tenu de reprendre contact avec les signataires pour leur recommander de modifier une ou plusieurs clauses? Peut-il rectifier ce qu'il juge nécessaire sur la base de son devoir d'investigation, sans leur consentement? Et s'il agissait en qualité de médiateur, aurait-il même la légitimité de se demander s'il était apte à le faire?

39. Ce que l'on dégage de la jurisprudence française c'est qu'elle est orientée vers la non-responsabilité pour la simple inefficacité ou invalidité de l'écrit⁽³⁴⁾. Or, tout professionnel doit veiller à la «bonne fin du contrat, c'est-à-dire en assurer l'utilité pour le cocontractant»⁽³⁵⁾ et cette solution n'est nullement étrangère au rédacteur puisqu'elle représente le but même de son intervention et c'est la raison pour laquelle sa responsabilité ne peut être engagée qu'en prouvant une causalité entre le manquement à son devoir de conseil⁽³⁶⁾ et le préjudice subi⁽³⁷⁾. Mais, la question demeure délicate lorsqu'il s'agit de dessiner la frontière entre être rédacteur, conseil, voire conciliateur.

L'efficacité juridique des actes qu'il instrumente. [...] L'efficacité s'entend d'une efficacité pratique au regard des buts légitimement poursuivis par les parties, qu'il ne pouvait ignorer ; dès lors, dans certaines circonstances, le notaire a le devoir de se renseigner sur les actes ou éléments extérieurs à l'acte.»: CA de Bourdeaux RG, 24 fév. 2025, n° 23/01313.

(34) MAZEAUD (D.), BOFFA (R.) et BLANC (N.) (dir.), *Dictionnaire du contrat, op.cit.*, p. 932.

(35) FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, SAUTONIE-LAGUIONIE (L.) (préf.), Prix OZENNE de l'Académie de Législation, 1^{re} éd., éd. L.G.D.J., coll. Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, 2017, p. 119.

(36) Voir en ce sens la jurisprudence comparée française: C. cass., Chambre commerciale, 29 mai 2024, n° 22-21.296 ; C. cass., 1^{ère} Chambre civile, 10 nov. 2021, n° 20-12.235 ; CA de Rennes, 17 oct. 2023, n° 21/04401 ; CA de Bourgues, 2 déc. 2021, n° 19/01239.

(37) Voir: BRIÈRE (C.), «La certitude du préjudice dans la responsabilité des professionnels du droit», *Responsabilité civile et assurances*, Chron. 17, Éditions techniques – Éditions du Juris-classeur – LexisNexis, 2004, pp. 13-14.

Pour dire vrai, **le rédacteur d'actes peut combiner les techniques de conseil et de conciliation d'intérêts lors de sa rédaction.**

40. Quant aux droits du rédacteur, nous nous intéresserons aux droits financiers de celui-ci. Le problème qui peut se poser c'est l'abstention des signataires de payer les honoraires du rédacteur. Dans ce cas, a-t-il le droit de retenir l'écrit signé par les parties? On trouve une réponse dans les articles 828 et suivant du C.O.C. applicables au **louage de service ou de travail**, en ce sens que le rédacteur est dans un contrat qui l'engage aux médiés, moyennant un **prix** que ces derniers s'obligent à payer en fonction du protocole de médiation, signé au départ. Selon ce contrat, le rédacteur s'oblige à accomplir un **fait déterminé** qu'est la rédaction de l'accord en cas que les médiés y arrivent.

41. Au cas où les médiés ne respectent pas ce contrat, les articles 863 et 865 du Code autorise le rédacteur à ne pas honorer son engagement et à engager la responsabilité contractuelle de ses co-contractants en vue d'obtenir réparation.

25

II. L'accord, fruit de la rédaction

42. Une fois le rédacteur d'actes identifié, la difficulté qui se présente réside dans la détermination de la validité de sa rédaction. Cette question porte sur le contenu (A) et la qualification juridique de l'accord (B).

A. Le contenu de l'accord

43. Il convient tout d'abord de distinguer les droits susceptibles de faire l'objet d'un accord de médiation, permettant aux parties de renoncer à certains droits ou de demander la modification ou l'exclusion d'une procédure, de ceux qui ne peuvent pas tomber sous cette catégorie.

44. La distinction entre droits disponibles et indisponibles souève la question de la **force obligatoire d'une norme juridique** ou tout simplement la force normative⁽³⁸⁾. Ainsi, il ne faut pas confondre

(38) Lisez: **HACHEZ (I.)**, «Balises conceptuelles autour des notions de «source

droit disponible avec droit patrimonial, ni droit indisponible avec droit extrapatrimonial. Un droit peut être patrimonial tout en étant parfaitement indisponible, comme les biens faisant l'objet d'une saisie-arrêt ou la pension alimentaire ne concernant pas intrinsèquement la condition de la personne. Malgré la patrimonialité constatée, les titulaires de ces droits ne peuvent librement en disposer par accord. En bref, dans la logique extrapatrimoniale, les droits sont définitivement indisponibles, tandis qu'en matière patrimoniale, l'indisponibilité ne peut être que temporaire⁽³⁹⁾.

45. D'ailleurs, s'agissant de la pension alimentaire, l'article 1464 du C.O.C. interdit de transiger sur le droit aux aliments, mais autorise la transaction sur le mode de prestation des aliments, ou le mode de paiement des arrérages déjà échus. En revanche, les biens objets d'une saisie-arrêt sont soumis à l'article 278 du Code pénal punissant de deux ans d'emprisonnement et une amende de mille dinars, quiconque détruit, détourne, dissipe, prête ou dissimule des objets qu'il sait saisis.

46. De la sorte, il faut distinguer trois types de règles juridiques: les règles supplétives, les règles impératives et les règles d'ordre public. Il faut tenir compte de l'obligatorité de la règle de droit face au juge et qui varie en fonction des parties, toujours libres de demander au juge de ne pas l'activer lorsqu'elle est supplétive.

47. En revanche, lorsque la règle est impérative, les parties ne peuvent pas disposer librement de leurs droits pour l'écarter puisqu'elle est protectrice de l'intérêt d'une personne faible à l'acte juridique. Or, si les parties présente une règle, une clause ou un traitement qui sont meilleurs pour la personne concernée par la protection de la règle impérative, dans ce cas elle peut être écartée⁽⁴⁰⁾.

du droit», «force normative» et «soft law», in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010/2, volume 65, p. 40 et s.

(39) SERAGLINI (Ch.) et ORTSCHIEDT (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2^e éd., éd. L.G.D.J. Lextenso, coll. Précis Domat, sous-coll. Droit privé, 2019, p. 132, 105.

(40) Exemple: les règles du droit de travail en relation avec les conventions collectives de travail.

48. Quant aux règles d'ordre public, elles sont étroitement liées aux règles impératives. Ainsi, «*toute règle d'ordre public est impérative, mais toute règle impérative n'est pas d'ordre public*»⁽⁴¹⁾. Une formule simple permet de distinguer les règles impératives des règles d'ordre public: «*les règles impératives jouissent d'un degré d'impérativité inférieur à celui des règles d'ordre public*»⁽⁴²⁾. Or, à l'image des règles impératives, les règles d'ordre public ne peuvent être écartées.

49. La seule différence c'est que **l'indisponibilité de l'ordre public continue même s'il y a une protection meilleure de l'intérêt de l'une des parties** puisqu'il est d'intérêt absolument général dépassant le domaine des intérêts particuliers. Exception faite aux règles d'ordre public de protection qui revêtent une nature impérative ; ce type de règles suivra tout naturellement l'ordre des règles impératives.

50. Il est possible de dire que l'accord de médiation ne peut logiquement porter que sur trois types de règles juridiques: les règles supplétives et impératives conformément à leur esprit, ainsi que les règles d'ordre public de protection par appel aux règles impératives, et c'est tout à fait concevable puisque l'ordre public, dans sa structure classique, représente une «*limite au pouvoir des volontés individuelles*»⁽⁴³⁾.

51. Or, les médiés peuvent volontairement se placer en dehors des conditions d'application des règles impératives⁽⁴⁴⁾ afin d'atteindre un

(41) CHARFI (M.) et MEZGHANI (A.), *Introduction à l'étude du droit*, Tunis, éd. Centre National Pédagogique, 1993, p. 69, 98 (en arabe).

(42) BEN AÏCHA (N.), «Ordre public d'éviction et lois de police du for: Quel type de rapport?», *Revue Tunisienne de Droit (RTD)*, éd. Centre de Publication Universitaire (CPU), 1999, p. 98, 2, voy. spéc. 3^e note.

(43) GRIMALDI (M.), «Liberté contractuelle et ordre public de la famille», *Gaz. Pal.* 11 avril 2017, n° hors-série, p. 11.

(44) GHESTIN (J.) et BARBIER (H.), *Traité de droit civil, Introduction générale, Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence*, t. 2, 5^e éd., Paris, éd. L.G.D.J. Lextenso, 2020, p. 557, 708.

accord transactionnel. Il s'agit là d'une simple habileté déployée par des particuliers dans l'unique but d'alléger la procédure en question.

En revanche, on remarque au niveau de l'article 7 du Code de l'arbitrage tunisien une interdiction de compromettre dans les questions suivantes: «

- *Dans les matières touchant à l'ordre public ; [...]*
- *Dans les contestations relatives au statut personnel, à l'exception des contestations d'ordre pécuniaire en découlant ;*
- *Dans les matières où on ne peut transiger...».*

52. La question qui se pose: **est-ce que ces interdictions concernent également l'accord de médiation qui peut ne pas coïncider avec l'accord de compromis au sens du droit de l'arbitrage?** Avec une lecture téléologique, et dans l'absence d'un texte spécifique à l'accord de médiation, on ne peut actuellement apporter une réponse négative puisque l'interdiction ne concerne pas la forme du compromis mais l'objet de tout compromis, sans préciser l'origine. Quoiqu'une lecture textualiste fondée sur l'article 540 du C.O.C. puise le raisonnement sur le sens de limiter la condition de l'interdiction à l'arbitrage en tant que mode alternatif et **spécifique** de règlement des différends.

53. Une dernière question autour de la disponibilité des droits des médiés en matière processuelle. L'article 14 alinéa 2 du C.P.C.C. dispose que la «*violation d'une règle d'intérêt strictement privé n'entraîne la nullité de l'acte que si l'en résulte un préjudice pour la partie qui s'en prévaut, et à condition que celle-ci la soulève avant toute défense au fond*». Cela signifie que si la violation ne cause pas un préjudice au médié, et tant qu'elle ne touche ni une règle d'ordre public ni une règle fondamentale de la procédure (al. 1^{er} du même article), le médié se voit privé de demander l'annulation de l'acte de médiation. Et s'il parvient à prouver l'existence d'un préjudice **auquel il aurait consenti dans l'acte**, la question se pose quant au sort de cet acte? Cette situation, pourrait-elle justifier l'application de la règle de l'*Estoppel*?

54. Selon cette dernière règle, une personne ne peut se contredire à elle-même par des actes ou déclarations volontaires susceptibles de causer préjudice à son co-contractant. Se profile alors le principe général de droit d'origine anglosaxonne portant «*interdiction de se contredire* [illégitimement] *au détriment d'autrui*»⁽⁴⁵⁾. Pourtant, on note que l'article 14 alinéa 2 ne prend pas en considération ce principe, mais on trouve quand même ses traces au niveau de l'article 243 du C.O.C. qu'oblige que les engagements doivent être exécutés de bonne foi, et plus particulièrement au niveau de l'article 547 du même Code prévoyant que «*nul ne peut venir contre son fait si la loi ne le permet expressément*».

B. La qualification juridique de l'accord

55. Clause compromissoire ou compromis? L'accord de médiation peut être **une clause d'un autre contrat** ou **un accord séparé**. Mais peut-on conclure un accord de médiation avant même qu'un conflit ne survienne? Cela contre la médiation qu'au préalable doit reconnaître une tension entre les parties, sans laquelle, l'accord risque de résulter d'une clause de style, contrairement à la clause initiant la procédure de médiation, utile peu importe l'ampleur du conflit⁽⁴⁶⁾.

56. En outre, est-ce que le support matériel, doit être en papier ou **est-ce qu'il est autorisé au rédacteur de suivre la voie électro-**

(45) GAILLARD (E.), «L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international», in *Revue d'arbitrage*, 1985, 241 et s. Voir également: BEHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, éd. Economica, coll. Études juridiques, 2001.

(46) Plusieurs sont les auteurs qu'emploient le terme compromis pour désigner le résultat positif de la médiation (l'accord) et la convention de médiation (ou clause de médiation) pour désigner le déclencheur du processus de médiation. Voir: DRIDI (DH.), «*La convention de médiation*», in BEN HAMIDA (W.) et BOSTANJI (S.) (dir.), *La médiation dans tous ses états*, Actes du colloque international, éd. A. PEDONE, Paris, 2018, pp 32 à 38. Pourtant, il est communément reconnu également que rien n'empêche qu'en pratique la solution soit rédigée comme une clause dans un contrat, ou à sa conclusion, ou à sa modification.

nique? L'article 453 bis alinéa 2 du C.O.C. dispose que le «*document électronique fait preuve comme acte sous seing privé s'il est conservé dans sa forme définitive par un procédé fiable et est renforcé par une signature électronique*». Cet alinéa reflète que le document électronique est qualifié d'acte sous-seing privé peu importe la qualité de son rédacteur, professionnel de droit ou non, officier public ou non. Or, les contractants optent souvent pour contracter à distance sans mesurer l'ampleur de ce choix. Au demeurant, **numériser l'accord, constitue-t-il un nouvel acte juridique ou bien s'agit-il simplement d'une nouvelle forme d'acte de médiation déjà existant?** Admettons que l'un des médiés désavoue le support, si ledit support n'était qu'une forme, l'acte de médiation est dégénéré puisque la forme ou qu'elle prouve l'acte, ou qu'elle le valide (art. 424 et 425 du C.O.C.). Mais, si le support était un acte séparé de son objet, s'agissant de l'accord de médiation, lorsque l'un des médiés dénonce l'écrit numérique, l'accord demeure juridiquement existant puisqu'il est autonome.

30

57. Sur le fond, la convention de Singapour⁽⁴⁷⁾ ne qualifie pas l'accord de médiation comme un contrat nommé et le considère comme un accord de règlement, pour laisser aux États le soin de définir son régime juridique approprié⁽⁴⁸⁾. Or, les États peuvent eux aussi renoncer à une qualification claire, le cas du droit tunisien.

58. Quant au fond de l'accord ; est-ce possible de distinguer l'accord de médiation de celui de conciliation, de règlement et de transaction? Et, l'objet de l'accord, peut-il se prévaloir sur sa propre fonction? C'est-à-dire est-ce que l'on peut requalifier l'accord de médiation à la fin du processus de médiation en fonction des clauses essentielles ayant d'ores et déjà une qualification prédéfinie?

(47) Convention (Résolution) des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation, adoptée le 20 décembre 2018 à Singapour.

(48) BABAY-YOUSSEF (S.), *La médiation, Pour un cadre de référence, op.cit.*, p. 274.

59. En matière contractuelle, inutile de distinguer l'accord de médiation de celui de conciliation puisque l'expression «accord de médiation» n'existe pas autonomement et les deux accords ambitionnent la résolution amiable des conflits. En matière processuelle, pour le droit français la distinction est de mise puisqu'il consacre à la conciliation les articles 127 et suivant du Code de procédure civile, et à la médiation, les articles 131-1 et suivant du même Code. En droit tunisien, on continue à malaxer les deux modes surtout qu'ils conservent un caractère volontaire au lancement.

60. De surcroît, il a été constaté que dans le quotidien judiciaire, même si l'on se trouve face à un «*contentieux qui bat son plein, les conditions peuvent être réunies pour permettre la recherche d'un accord*»⁽⁴⁹⁾. Dans ce contexte, les clauses de médiation et de conciliation (pré-confliktuelle), doivent être distinguées de **la convention de procédure participative** (post-confliktuelle) rédigée après la naissance du différend et qui représente le foyer d'un «*droit collaboratif*»⁽⁵⁰⁾ où la solution est recherchée de main de maître par la négociation des avocats.

61. Quant à l'**accord de règlement** (*settlement agreement*), il a été consacré par la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI)⁽⁵¹⁾ pour distinguer l'accord ini-

(49) REPIQUET (Y.), «Ouverture et réalisme dans la gestion des modes alternatifs de règlement des conflits», in POILLOT-PERUZZETTO (S.) (dir), *Manifeste pour un droit économique ouvert et réaliste*, Actes du colloque (10 et 11 avril 2015) publiés dans *Gaz. Pal.*, Lextenso éditions, N° 238 à 242, 30 août 2015, p. 39.

(50) CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), MAYER (L.) et GUINCHARD (S.), *Procédure civile, Droit commun et spécial du procès civil, Modes amiables de résolution des différends (MARD)*, à jour du décret du 3 juillet 2024 portant diverses mesures de simplification de la procédure civile, 37^e éd., Paris, éd. Lefebvre Dalloz, coll. Précis, 2024, p. 1964, 2041. En droit français cette procédure est régie par les articles 2062 à 2068 du Code civil, introduits par la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010. En revanche, elle demeure absente de la législation tunisienne.

(51) Voir: Loi type de la CNUDCI sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlement internationaux issus de la médiation et guide pour son incorporation dans le droit interne et son utilisation (2018), Nations Unies, Vienne, 2022.

tial des médiés, qui donne lieu à la médiation, de l'accord final, qui met fin au différend⁽⁵²⁾. À distinguer l'accord de règlement, l'objet de notre étude, de **l'accord des parties issu d'une sentence arbitrale**, une sentence rendue de l'accord des parties au cours de la procédure arbitrale. Pour rapprocher l'accord amiable et la transaction, il faut distinguer l'accord amiable ou encore l'accord de médiation ou même l'accord de règlement de l'accord transactionnel.

62. Bien que la transaction⁽⁵³⁾ vise à prévenir ou à mettre fin à un conflit, elle diffère de l'accord de médiation. En effet, la transaction repose sur la renonciation réciproque de prétentions ou le transfert d'un bien (valeur ou droit). En revanche, l'accord de médiation, en tant que mode amiable de résolution des conflits, n'est pas nécessairement lié à un litige, et ne suppose ni transfert de biens, ni concessions réciproques. Reste que la médiation, étant polymorphe⁽⁵⁴⁾ et pouvant également intervenir dans le cadre des modes alternatifs des litiges, la question reste emblématique.

63. Sans réglementation commune aux accords de médiation en droit interne, le droit applicable à ceux-ci peut dépendre d'une qualification distributive⁽⁵⁵⁾. Imaginons un accord de médiation dont l'objet est l'extinction d'une obligation juridique par voie d'une remise volontaire. L'article 351 du C.O.C. ne s'intéresse pas à la qualification juridique de la source de l'accord, mais à la qualification

(52) *Idem*, p. 53.

(53) L'article 1458 du C.O.C. définit la transaction comme étant un «*contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation moyennant la renonciation de chacune d'elles à une partie de ses prétentions réciproques, ou la cession qu'elle fait d'une valeur ou d'un droit à l'autre partie*».

(54) CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p. 509.

(55) Mais en fait, la loi type de la CNUDCI ainsi que la résolution de Singapour précitées, listent les hypothèses d'internationalité de la médiation et de l'accord de règlement issu de ce processus. Curieusement l'internationalité au sens de ces textes ne semble pas être liée à l'extériorité de la situation juridique à la nation du juge saisi. Et on se pose légitimement la question sur la liaison du droit national tunisien à ces textes.

juridique de l'accord lui-même. Dans ce cas, la rédaction n'est pas vraiment catégorique pour la réalisation de la remise: qu'elle soit prouvée par un écrit étiqueté «accord de médiation» ou sans, dans les deux hypothèses elle s'établira.

64. Qu'en est-il du règlement liant sa validité à la fois à un écrit et à une homologation judiciaire (art. 428 al. 2 du Code de commerce relatif au règlement amiable)? Les formalités de la validité de l'accord, de sa rédaction jusqu'à son exécution, sont ici dirigées par la loi, d'où la polyvalence de l'accord. Or, on ne peut reconnaître un régime juridique général à tous les accords. Au cas par cas, le juge vérifiera les conditions de validité et de l'exécution de l'accord attaché au droit national. La démarche ne peut être généralisée ni systématisée.

65. Qu'en est-il de l'accord extérieur à la nation du juge saisi, et faisant l'objet d'un conflit international de sa compétence? Est-ce que le droit applicable à l'écrit sera le droit du lieu de la médiation ou bien le droit de l'accord de médiation? Et si le droit applicable était celui de l'accord de médiation, applique-t-on le droit applicable à la forme (l'écrit) ou le droit applicable au fond (l'objet de l'écrit)?

66. Le droit applicable à la forme et au fond de l'accord suivait auparavant la règle *locus regit actum*⁽⁵⁶⁾ qui signifie le lieu régissant l'acte, inspirant la règle selon laquelle la loi locale régit l'acte juridique (*lex loci actus*). Aujourd'hui cette règle se limite à la seule forme⁽⁵⁷⁾. C'est ainsi que les actes juridiques sont valablement passés selon les formes prévues par la loi du lieu où ils sont conclus. Le Code de droit international privé (C.D.I.P.) tunisien soumet le contrat international à un rattachement binaire et alternatif⁽⁵⁸⁾.

(56) Voir: GENIN-MÉRIC (R.), *La maxima «locus regit actum»*. Nature et fondement, Paris, éd. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976, p. 331 et s.

(57) CLAVEL (S.), *Droit international privé*, 5^e éd., Paris, éd. Dalloz, coll. HyperCours, 2018, p. 459, n° 753.

(58) L'article 68 du C.D.I.P. dispose que le «contrat est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions déterminées par la loi applicable au contrat ou celle du lieu de sa conclusion».

67. Aucune difficulté pour les sous-seing privés. Le véritable souci réside dans les actes authentiques, où normalement l'officier public satisfait aux conditions de rédaction d'actes juridiques **de la loi qui l'a institué**: c'est là un **conflit d'autorités**⁽⁵⁹⁾. Rédiger un accord selon les modalités et conditions d'une loi étrangère à sa compétence d'officier public, par référence à l'article 68, ce serait appliquer une loi contre la volonté d'une autre. Alors, la règle dudit article doit être interprétée strictement selon la souveraineté des États en matière d'authenticité des actes juridiques.

(59) REGA (J.- Ch.), «*Les missions du notaire en droit international privé*», in GALLANT (E.) (dir.), *L'office du notaire en droit international privé*, Paris, éd. Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, sous-coll. Actes, 2022, p. 14.