

Extrait du rapport MAGENDIE

La médiation familiale

deux ou trois choses que je sais d'elle...

par

Michèle GUILLAUME-HOFNUNG

professeure des Facultés de Droit

vice-Présidente du Comité des Droits de l'Homme et des Questions Ethiques CNF/UNESCO

Présidente de l'Institut de Médiation Guillaume-Hofnung (IMGH)

Je voudrais tout simplement vous parler d'elle, non pas en professeure de droit.

- -comme d'un phénomène dont j'ai connu les débuts, en praticienne de la médiation avec le recul de plus de vingt deux ans de terrain et d'allers-retours constants entre réflexion et action. L'institut de formation généraliste à la médiation que je codirigeais avait invité Annie Babu peu après son retour du Québec.
- comme quelqu'un qui l'a vu se développer et qui a en quelque sorte fait partie de son conseil de famille puisqu'à la demande de Monique Sassier sa présidente j'ai été membre du conseil national consultatif de la médiation familiale.

Mais sans oublier que nous sommes des juristes ce qui nous confère une double obligation

- en premier lieu l'obligation de respecter notre outil de travail la rigueur terminologique garante fondamentale d'une action cohérente et efficace. En quelque sorte la raison d'être de la commission Magendie.
- en second lieu l'obligation de ne pas nous comporter comme des « Midas » en transformant non pas en or mais en procédure tout ce que nous touchons y compris quand nous proclamons vouloir penser des modes alternatifs.

Ce témoignage- partage autour de la médiation familiale suivra les étapes suivantes

- d'où vient-elle ?
- que nous en a dit le conseil national à travers sa définition et ses principes déontologiques ?
- comment réfléchir ensemble son évolution?

I/ D'OU VIENT-ELLE ?

L'approche phénoménologique et généalogique apporte de riches enseignements sur sa nature et par conséquent, le régime juridique qui lui convient le mieux.

Elle met en lumière la diversité de ses berceaux et de ses visages:

I-A/ LA MÉDIATION DE RUPTURE DE CONJUGALITÉ : le berceau nord américain

- bien sûr Coogler avocat d'Atlanta qui ouvre en 1974 un bureau de pratique privée de médiation familiale, pour régler au mieux de l'intérêt de l'enfant les questions le concernant plutôt que de les voir trancher par le juge, comme il le relate dans *Structured Mediation in Divorce Settlement* (1978) ;
- bien sûr le Canada qui va traduire ce que Coogler appelait médiation de divorce en médiation familiale et la rapprocher de la sphère judiciaire Ce modèle canadien a inspiré fortement certains courants de la médiation familiale. Il a encore ses représentants. Les premières expériences judiciaires de médiation familiale se sont inspirées elles aussi du modèle canadien.

Extrait de Michèle GUILLAUME-HOFNUNG LA MÉDIATION, PUF, 2007

La médiation familiale en Amérique du Nord.

La paternité du terme revient probablement à D. J. Coogler, avocat d'Atlanta qui ouvre en 1974 un bureau de pratique privée de médiation familiale, comme il le relate dans *Structured Mediation in Divorce Settlement* (1978). Face à l'inflation de divorces son initiative tend à stimuler l'autonomie et le sens des responsabilités parentales des candidats à la séparation. Puisque, même séparés, ils resteront parents il vaut mieux qu'ils tentent avec l'aide d'un médiateur de trouver une solution amiable qui évitera le traumatisme de l'intervention judiciaire. Le mouvement s'étend si vite qu'en 1982 on recense des médiateurs familiaux dans 44 Etats membres. La législation encadre bientôt ces initiatives spontanées, comme la loi californienne de 1980 pour faciliter l'accès à la médiation familiale. Le "modèle" canadien qui reste pour certains Courants européens la référence absolue, ne manque ni d'ambiguïté ni de faiblesse. Alors qu'en Europe on le croit en avance et que certains Courants le prennent comme référence, il s'enferme dans une conception étroite qui limite la médiation à la gestion de la rupture conjugale au mieux des intérêts de l'enfant afin d'éviter le "système adversaire" - la justice. Son ambiguïté résulte d'une approximation terminologique perceptible dans les services proches du système judiciaire qui brouille la frontière entre conciliation et médiation. Le septième symposium québécois de recherche sur la famille (2003) a permis d'exprimer des doutes sur une conception trop influencée par les pratiques en Cours aux USA, particulièrement en Californie. Les travaux menés en France Conseil national consultatif de la médiation familiale ont suscité un réel intérêt. Le rattachement de la médiation à la conciliation, dont elle devient un simple moyen, est la deuxième et principale faiblesse du système canadien, particulièrement perceptible dans la loi. La loi 65 (1997) modifie le Code de procédure civile concernant la médiation familiale. Elle illustre bien les principales caractéristiques que la médiation en service public présente au Canada. Le tribunal peut à tout moment, avant le jugement et avec le consentement des parties, pour une période qu'il détermine ajourner l'instruction "en vue de favoriser soit la réconciliation, soit la conciliation des parties notamment par la médiation. La médiation ne figure ici que comme un moyen au service de la conciliation. Le médiateur est un véritable mandataire de justice, au même titre que le réconciliateur et le conciliateur (termes utilisés par la loi d'une manière difficile à différencier parfois), rémunéré par le Service de médiation familiale de la Cour supérieure.

Le Canada a servi de plaque tournante à une diffusion parfois très conformiste du modèle mis au point aux USA un moment où le modèle canadien entre en crise, certains milieux juridiques européens le transposent sans esprit critique et s'engouffrent dans l'impasse de la médiation-conciliation pensée à travers le seul prisme de la médiation conjugale.

I-B/ LA MÉDIATION FAMILIALE PLUS LARGE : le berceau européen, la médiation familiale vernaculaire.

Elle prend en compte la famille dans toutes ses dimensions.

- La fratrie : notaires
- Ruptures de contact entre les générations grands-parents privés de l'accès aux petits enfants, mais aussi entre les enfants issus de l'immigration et leurs familles ;
- Décisions médicales comme l'association milanaise « Crinali »

La généalogie nous signale :

- que la médiation familiale comme la médiation en général a surgi de la société civile, souvent d'associations soucieuses de renforcer la solidarité sociale. Elle a surgi dans le monde associatif, ou à l'initiative de professionnels magistrats, avocats, travailleurs sociaux désireux de remettre leurs concitoyens en capacité d'aborder de manière responsable et autonome les moments clefs de leur vie familiale ;
- que la généalogie de la médiation familiale ne la coupe pas du tronc commun.

II/ QUE NOUS EN A DIT LE CONSEIL NATIONAL ?

à travers sa définition

à travers ses principes déontologiques

Le groupe de travail présidé par Monique Sassier a permis de mesurer combien la France a pris ses distances avec la conciliation-médiation conjugale qui ne concerne plus qu'un noyau archaïque très proche du modèle canadien d'origine. Il en est résulté le rapport Sassier "arguments et propositions pour un statut de la médiation familiale en France" (2001, Dunod), qui a inspiré l'évolution de la politique de l'État en matière de médiation familiale : un arrêté conjoint de la Garde des Sceaux et de la Ministre chargée de la Famille, du 6 novembre 2001, institua pour trois ans, un Conseil National consultatif de la Médiation Familiale. La composition du Conseil (représentants du ministère de la justice, de la famille, de la défenseure des enfants, de la Caisse nationale d'allocations familiales, du Conseil national des barreaux, du Conseil supérieur du notariat, de l'Union nationale des associations familiales, du Centre national d'information et de documentation des femmes et des familles, d'associations de médiateurs familiaux, à des magistrats, des personnalités qualifiées pour leurs recherches et pratiques en tant que pionniers) donne un relief particulier à l'unanimité dont bénéficie la définition des principes déontologiques directeurs. Le Conseil a eu constamment à l'esprit leur possible transposition à tout secteur de la médiation en raison de l'unité fondamentale de celle-ci.

De ma participation au conseil je retiendrai deux messages

- L'unité fondamentale de la médiation : la famille a ses spécificités qui requièrent une prise en compte, mais pas au point d'imposer que la médiation familiale se coupe de ce qui lui donne son sens, pas au point d'imposer la spécificité radicale de la médiation familiale. J'insiste sur radicale. La médiation familiale a la même racine que celles qui opèrent dans les autres secteurs.
- L'originalité de la médiation familiale est à construire non pas contre les autres secteurs de médiation mais au regard des modes de traitement traditionnels des affaires familiales, comme la justice ou le travail social. Le conseil a bien perçu à travers les réactions suscitées par ses travaux au fur et à mesure que le site de l'UNAF les diffusait que deux professions revendiquaient une légitimité particulière en médiation familiale. Les avocats et les travailleurs sociaux se sont perçus comme concurrents pour se considérer comme les meilleurs acteurs de la médiation familiale.

La définition du conseil donne des indications dans ces deux directions

En direction d'une définition rattachant la médiation familiale à la médiation en général :

Il existe une filiation explicite entre la définition de la médiation sociale et celle de la médiation familiale.

La définition du séminaire européen "médiation sociale et nouveaux modes de résolution des conflits de la vie quotidienne", organisé à Créteil (20-22 septembre 2000) dans le cadre de la présidence française de l'Union Européenne, avec le soutien de la Commission Européenne dans le cadre du programme OISIN, dont j'ai assumé la préparation. J'avais reçu mandat de proposer une définition.

La recommandation, issue du séminaire de Créteil, définit ainsi la médiation sociale : "Processus de création et de réparation du lien social et de règlement des conflits de la vie quotidienne, dans lequel un tiers impartial et indépendant tente, à travers l'organisation d'échanges entre les personnes ou les institutions de les aider à améliorer une relation ou de régler un conflit qui les oppose." A ma demande, elle a été explicitement pensée en enlevant mentalement l'adjectif "social" afin de valoir à coté de quel qu'adjectif que de soit (actes du séminaire de Créteil, p. 128, éd. DIV 2001) (site internet : www.ville.gouv.fr)

La deuxième- La définition du Conseil National Consultatif de la Médiation Familiale, le CNCMF, répondait à un mandat officiel du Ministère de la Justice et du Ministère de la Famille

La définition de la médiation familiale a le double mérite d'élargir le champ de la médiation familiale en la désenclavant des modes alternatifs, et de fournir des critères précis la distinguant d'eux. Pensée dans la filiation de la définition de la médiation sociale issue du séminaire de Créteil, et comme elle dans le respect de l'unité fondamentale de la médiation. Ainsi que je l'avais proposé elle capitalise la définition de Créteil, et se lit en mettant entre parenthèse l'adjectif familiale, afin de valoir pour tout secteur : " La médiation familiale est un processus de construction ou de reconstruction du lien familial, axé sur l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation dans lequel un tiers, impartial, indépendant et qualifié et sans pouvoir de décision : le médiateur familial favorise à travers l'organisation d'entretiens confidentiels, leur communication, la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu dans sa diversité et dans son évolution. Plus large qu'un mode alternatif elle a pour fonction la construction comme la reconstruction du lien social, la fonction de gestion (prévention ou règlement) ne vient qu'en fin de définition. Très précise en même temps, elle décolle la médiation de l'indifférencié parajuridictionnel, grâce aux critères du tiers et du processus. Le processus, ne se réduit pas à une procédure alternative. Les caractéristiques que doit réunir le tiers pour mériter la qualification de médiateur le distinguent bien du conciliateur qui peut ne pas être tiers ou qui peut dépendre d'une institution, l'essentiel étant qu'il arrive à l'accord amiable, la conciliation. (www.unaf.fr

En direction de principes déontologiques consolidant à la fois l'unité fondamentale de la médiation et son identité profonde

Le CNCMF eut à cœur de garantir son effectivité, par une déontologie appropriée lors de la séance du 23 avril 2003. Nous commençâmes une liste de rubriques. Très vite le risque de verser dans une codification pointilleuse en forme de succession d'articles regroupés en rubriques nombreuses et somme toute techniques, nous conduisit à opter pour un texte pédagogique, afin d'éclairer les médiateurs, leurs partenaires, prescripteurs ou employeurs et

les médiés. Cela impliquait d'identifier des principes déontologiques fondamentaux clairement exposés. A cette occasion, je fis remarquer que la base de la déontologie, le minimum qu'on puisse exiger, était que le médiateur, garantisse que son intervention soit vraiment de la médiation. Je suggérai donc de partir de la définition de référence, et après avoir dégagé les critères ESSENTIELS de la médiation, de structurer les principes déontologiques autour d'eux. Les principes déontologiques pourraient ainsi, s'articuler autour des deux principaux critères de la médiation: le tiers médiateur et le processus.

Une première série de principes garantirait le processus de médiation, qui requiert l'autonomie de la volonté des participants, y compris celle du médiateur. La totale confidentialité, comme l'absence d'emprise d'un médié sur l'autre, font partie de cette première série ; sans elle les médiés ne s'exprimeront pas, rendant impossible la communication responsable entre les partenaires.

Une deuxième série garantirait la qualité DE médiateur (Il ne s'agit pas d'une faute de frappe, la garantie des qualités du médiateur vient après qu'il garantisse qu'il est bien médiateur) qui doit s'assurer de sa qualité de tiers tout au long du processus, comme il doit veiller non seulement à être impartial, autonome, et sans pouvoir, mais aussi à bien être perçu comme tel. L'exigence d'une formation à la médiation fait partie de la déontologie. Il ne suffit pas de transposer l'expérience, la formation acquises dans une carrière précédente et de les allier à des qualités qu'on croit posséder naturellement, ou par expérience professionnelle, en fonction de l'idée qu'on se fait de la médiation.

III/ OU EN-EST-ELLE ?

1) L'état actuel du droit : Danièle Ganancia et Béatrice Blohorn-Brenneur qui ont à le faire vivre au quotidien vous en parleront mieux que moi. Je me bornerai à quelques indications de base : La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale introduit la médiation familiale de façon spécifique dans le Code civil à l'Art 373-2-10: En cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties. Afin de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder. Il peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure. La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce a introduit la médiation familiale dans la procédure de divorce, au titre des mesures provisoires. Le nouvel article 255 du Code civil combine lui aussi la proposition de médiation et l'injonction d'information.

2) Le décret n° 2000-1166 du 2 décembre 2003 portant création du diplôme d'Etat de médiateur familial, le diplôme d'Etat de médiateur familial est diversement apprécié, mais surtout perfectible. Ses conditions de mise en œuvre expliquent bon nombre de ses imperfections. La manière dont les pouvoirs publics ont mis en œuvre les préconisations du CNCMF par le décret sur la formation des médiateurs, témoigne à la fois de la lourdeur des procédures et de la légèreté de certaines autorités. La transcription en référentiels lourds, des critères de qualité préconisés les rend peu visibles et brouille la fonction de médiation. A cela s'ajoute la désinvolture du Conseil d'Etat qui lors de l'examen du projet de décret a retouché sans compétence scientifique, la définition de la médiation soigneusement élaborée par le CNCMF. Le décret n° 2000-1166 du 2 décembre 2003 portant création du diplôme d'Etat de médiateur familial, l'arrêté du 12 février 2004 relatif à ce diplôme et surtout ses annexes constituent un ensemble lourd dans les détails et léger par rapport aux garanties conceptuelles et pédagogiques proposées par le CNCMF. Le tronc

commun (très proche du DU de médiation de l'Université de Paris 2 créé dans le prolongement du séminaire de Créteil) s'y trouve noyé et banalisé.

3) Il n'est pas certain que les pouvoirs publics puissent offrir autre chose qu'une intervention au mieux illusoire, peut-être même contreproductive. Dans la sphère publique, il reste beaucoup à faire pour que les acteurs, les chercheurs, les pouvoirs publics s'approprient tous les progrès des connaissances en médiation. On le mesure dès lors que des recherches concernant la médiation commandées et publiées par ces derniers, ne prennent pas acte des définitions construites et communément admises par tous. Il y a fort à craindre de l'escamotage de l'effort de rénovation des connaissances et des pensées, au profit de discours ou de travaux aux références incertaines (le « rapport Serverin » qui diagnostique l'échec de la médiation familiale ne se réfère en effet explicitement à aucune définition. Il ne réfute même pas celle du CNCMF pourtant contemporaine de son élaboration ce qui aurait été non seulement la liberté de son auteure mais aussi l'indice d'une méthode scientifique). Il laisserait notre pays très en deçà de l'ensemble des évolutions qui sont déjà portées par le terrain.

Quelles que soient ses imperfections, il a créé une dynamique qu'il fallait bien un jour lancer.

La médiation familiale ne dépend pas uniquement de l'état du droit il dépend de notre capacité à la faire connaître, à la faire vivre, à assurer le respect de l'identité professionnelle de chacun de ses acteurs.

La médiation est plus un esprit que des textes. C'est surtout l'esprit de médiation que nous avons à porter haut.

Sans ce moteur les textes resteront lettres mortes, comme des coquilles vides.

La volonté et l'implication de tous ses acteurs doit tisser un partenariat complet. L'implication des magistrats autour du Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation peut servir d'exemple. GEMME a produit deux documents remarquables auxquels je me réfère constamment.

- le vade-mecum du magistrat prescripteur de médiation.
- n° hors série du bulletin de la Cour de cassation consacré à la médiation.

Les principes déontologiques présentés pages 7/8 reprennent la structure que j'avais suggérée au CNCMF : principes garants du processus et principes garants de la qualité de médiateur.

Le partenariat nécessite à la fois une collaboration de toutes les parties prenantes mais aussi une clarté des rôles de chaque acteur. Tous doivent s'y retrouver mais dans le respect de leur cœur de métier.

Il doit s'agir aussi d'un partenariat ouvert. La médiation ne doit être ni le monopole des avocats ni l'apanage des travailleurs sociaux.

- La médiation familiale, la médiation en général n'appartiennent à personne. Je conclurai par la chanson que j'avais parodiée en commençant « je voudrais tout simplement vous parler d'elle, comme d'une bien aimée d'une infidèle »
- La médiation est avant tout une nouvelle liberté publique qui prend appui sur l'intelligence sociale de chacun de nous. Les anglo-saxons parleraient d'« empowerment », elle périrait si nous la transformions en procédure ou si nous l'insérons dans un montage institutionnel inadapté (voir annexe ci-après)

La création d'un Observatoire de la médiation tel que préconisée par le groupe de travail réuni autour du député Jacques Floch devient plus que jamais la piste la plus respectueuse de l'avenir de

la médiation. Les garanties que réclament légitimement les partenaires doivent reposer sur une bonne évaluation. Il ne s'agirait pas d'une autorité mais comme son nom l'indique d'un moyen de combler le manque de repères tant quantitatifs que qualitatifs de la médiation en France et à l'étranger.

L'Observatoire de la médiation constituerait entre autres une force de proposition éclairée :

- dans le domaine de la définition du concept de médiation, de ses principes éthiques et déontologiques, et de ses pratiques et régimes, des modes d'organisation et de ses dispositifs de formation.
- pour favoriser une meilleure organisation de la médiation et pour promouvoir son développement.
- pour préparer les conditions d'ouverture de la médiation à de nouveaux espaces.

Par sa composition ouverte il devrait permettre la rencontre des diverses formes et des divers secteurs de médiation, POUR EN ÉVITER L'ATOMISATION. Il serait une chance d'éviter la tribalisation LÉTALE, LES CLIVAGES RÉSULTANT, DES PROFESSIONS D'ORIGINES, LES MONOPOLES RÉDUCTEURS, ET LES EXCLUSIVES. L'esprit qui animait le groupe de travail mentionné a montré que cela est possible. La commission qui nous réunit l'a ranimé, tous les espoirs sont permis.

ANNEXE

Extrait du « que-sais-je ? » La médiation, p 119, 4ème édition, reprenant la communication du 19 octobre 1988 lors du colloque que j'avais co-organisé au Sénat sur le thème « PROFESSION MÉDIATEUR ? »

Les dangers d'une solution institutionnelle inadaptée.

Il faut réfléchir à la meilleure solution institutionnelle possible, celle qui garantira le sérieux des médiateurs sans permettre aux pouvoirs publics de récupérer un mouvement civique largement né en dehors d'eux et qu'ils tariraient inéluctablement.

La question ne se pose pas pour la « médiation » institutionnalisée par les pouvoirs publics. Dès leur origine ces formes de « médiation » ont reçu un statut rarement compatible avec leur mission de médiation.

La question vaut pour la médiation d'origine civique qui sans être clandestine bénéficie encore d'une situation institutionnelle très ouverte, en particulier au sujet de la nature de l'activité de médiateur qui se pratique aujourd'hui à des titres si différents, bénévolement ou en complément d'une profession (libérale ou non), ou encore à titre de salarié d'une entreprise pour se limiter à quelques exemples. On peut alors envisager une série de montages juridiques afin de découvrir le plus respectueux de l'avenir de la médiation. Leur présentation se fera crescendo, du moins contraignant au plus contraignant à l'égard de la communauté des médiateurs.

1 / L'institutionnalisation de la médiation dans un cadre associatif simple : cette solution utilise un point fort du système juridique français, ménageant une liberté associative très étendue. Les associations simplement déclarées bénéficient d'un régime juridique avantageux pour la médiation. Ainsi, les fondateurs peuvent inclure dans les statuts de l'association des dispositions relatives à leur conception de la médiation, par exemple un Code de déontologie que leur pouvoir disciplinaire permet de faire respecter par les médiateurs adhérents. La légitimité associative offre une solution équilibrée, efficace et indépendante des pouvoirs publics. En dernier ressort, la médiation s'exercerait sous le contrôle du juge judiciaire, solution offrant toute garantie aux médiateurs mais ne tarissant pas l'activité des associations de médiateurs puisque s'exerçant a posteriori.

La solution d'un organisme professionnel d'origine associative comme le BVP (bureau de vérification de la publicité) créé en 1935, fournit un bon exemple.

2 / L'institutionnalisation dans le cadre d'une association à légitimité renforcée par les pouvoirs publics peut paraître avantageuse, car elle permet aux associations « bénéficiaires » de recevoir des subventions, d'émettre des règlements ayant valeur contraignante sur les adhérents-assujettis, de disposer de prérogatives de puissance publique tout en restant des personnes privées, comme les associations sportives par exemple. Il faut quand même indiquer que le prix à payer par la médiation pour « bénéficier »

d'un tel régime porterait déjà une atteinte non négligeable à l'esprit de liberté qui féconde actuellement le mouvement. Ainsi, les fédérations sportives doivent faire homologuer leurs décisions les plus importantes. Dans cette hypothèse le Code de déontologie perdrait largement de sa légitimité associative. De plus, tout en restant des personnes privées les associations sportives se voient soumises au contrôle des juridictions administratives qui peuvent ainsi annuler leurs décisions. La décision du Conseil constitutionnel du 9 décembre 2004 (loi portant diverses dispositions relatives au sport professionnel), en particulier son **8ème** considérant donne la mesure de leur insertion dans un appareil institutionnel complexe. Il y a là pour la médiation un exemple à méditer, celui d'un milieu associatif très varié et très vivant comme celui des médiateurs, comportant comme lui des bénévoles et des professionnels, qui tout en gardant l'étiquette associative s'est retrouvé intégré dans un service public. Les pouvoirs publics ont facturé au milieu régulé un prix très fort (l'intégration) pour des prérogatives finalement peu avantageuses.

3 / L'ordre professionnel : des professions comme celle des journalistes refusent l'institutionnalisation sous forme d'un ordre des journalistes. Elles n'admettent ni autorité professionnelle, ni déontologie codifiée par écrit. Une Commission de la carte d'identité professionnelle, composée paritairement de directeurs de journaux et de représentants des journalistes, constate annuellement la qualité de journaliste. Une commission supérieure composée de trois magistrats et de deux représentants de la profession se prononce en appel en cas de contestation au sujet de l'attribution de la carte. Cependant la juridiction administrative peut intervenir au stade ultime en annulant les décisions de la commission supérieure qui seraient illégales, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat s'est reconnu compétent dans un arrêt du 22 -avril 1977, Syndicat des journalistes CFDT. Les journalistes préservent jalousement une liberté étendue, en évitant l'intégration dans un ordre professionnel, mais en ne réussissant pas à élaborer eux-mêmes une déontologie d'origine associative, ils courent le risque de se la voir imposer par voie étatique à l'occasion d'un scandale. Les associations de médiateurs doivent éviter cet écueil.

4 / La régulation de la médiation par une autorité administrative indépendante : comment ne pas penser à cette solution, véritable must institutionnel, **Maître Jacques** d'un Etat à la recherche d'un mode d'extension, d'apparence indolore, de son contrôle sur la société civile ? En dehors des dangers que le recours anarchique à cette solution providentielle constitue pour la cohésion de notre système juridique en général, la régulation de la médiation par une **Autorité Administrative Indépendante** ne semble pas souhaitable. Elle pèse en général très lourd sur le milieu régulé pour une efficacité qui reste à démontrer. Le médiateur de la République n'a d'ailleurs pas apprécié l'arrêt Retail (CE, 10 juin 1981) le qualifiant, pourtant à juste titre d'AAI.

Le Conseil National Consultatif de la Médiation Familiale constitue un modèle par la brièveté de son mandat, il a évité le risque de se transformer en une AAI.

5 / L'institutionnalisation de la médiation par l'intégration classique dans l'appareil public : plusieurs solutions se dessinent, celle de l'intégration de la médiation dans l'appareil d'Etat, celle de son intégration dans l'organigramme des diverses collectivités locales ou dans celui d'établissements publics. La médiation prendrait la forme d'un service public contrôlé par des personnes morales de droit public. Les médiateurs seraient des agents de l'Etat ou des collectivités locales, voire des fonctionnaires avec des risques d'incompatibilités entre le statut de la fonction publique et la déontologie de la médiation. Plusieurs sous-modèles sont alors envisageables (leurs inconvénients ont été présentés supra).

On peut imaginer l'intégration de la médiation au sein du pouvoir exécutif sous forme d'un secrétariat d'Etat, voire un ministère de la Médiation. Il pourrait s'agir soit d'un ministère à structure pyramidale classique soit d'un ministère horizontal, c'est-à-dire à structure étalée puisque par son objet il aurait vocation à entretenir des relations avec la plupart des autres ministères (ex. le ministère des Affaires sociales pour les médiations sociales...). Ce ministère acquerrait la haute main sur l'accès à l'activité de médiateur, sur son régime juridique. Une fonctionnarisation de la médiation se profilerait.

On peut aussi imaginer l'hypothèse de l'intégration de la médiation dans l'appareil judiciaire. La chancellerie ou les tribunaux désigneraient les médiateurs et contrôleraient de nombreux aspects de leurs activités.

Des cinq montages institutionnels présentés, seule la formule associative simple respecte la nature de la médiation. Le principe de subsidiarité évoqué à plusieurs reprises guide une fois de plus la solution adaptée à la nature de la médiation. Elle seule respecte le critère de non pouvoir, qui est une des principales caractéristiques de la médiation. A elle de se structurer pour réguler la médiation.

La médiation judiciaire connaît en France un développement plus lent que celui espéré. Comment l'expliquer ?

par

Michèle Guillaume-Hofnung,
professeure de droit

Selon moi plusieurs éléments d'inégale importance se combinent

1) en se présentant comme « une justice douce » la médiation a fait son entrée par la mauvaise porte / magistrats

-ses promoteurs semblaient faire le procès de la justice accusée de lenteur, de lourdeur, de brutalité.

- méfiance, hostilité des milieux judiciaires. On peut comprendre que les acteurs de la justice « supposée dure » n'aient pas immédiatement éprouvé une grande confiance à l'égard d'un procédé inconnu et qui ne les respectait pas. On peut aussi comprendre qu'il n'est pas souhaité promouvoir un mode de règlement des conflits se présentant en rivalité, en alternative préférable et non en complémentarité

2) - dans un deuxième temps : réaction normale elle aussi de neutralisation ou d'assimilation : en étant promue par la chancellerie comme un moyen de désengorgement de la justice son potentiel d'enrichissement humain n'a pas été suffisamment ni perçu, ni ensuite mis en avant quand il a été perçu.

Aujourd'hui notamment grâce aux efforts de GEMME ces deux handicaps originels devraient s'estomper mais il faut compter avec un temps de latence que des formations et des informations en direction

- des magistrats
- des avocats
- des greffiers

, pourraient réduire.

3) plus délicate et plus profonde la cause ontologique que traduit le flottement terminologique, mine le développement d'une médiation pleine et entière.

La réalité est têtue et ne se laisse pas convaincre par les jeux de mots. La réalité de la médiation ne correspond pas à ce que les juristes, et les institutions ont pu ou voulu voir.

-La médiation est une réalité déroutante. Si le concept fait partie des concepts majeurs de l'histoire de la pensée humaine son avatar moderne résulte probablement de la remise en cause des élites traditionnelles. Elle ne s'expliquerait pas sans la vague des années 68. Dans une grande partie du monde occidental cet avatar a surgi de la société civile. Elle comporte dans sa réalité d'origine une part de subversion en ce qu'elle constitue une redistribution des cartes dont l'initiative et le processus se sont pensés hors institutions. De plus elle correspond à un besoin qui dépasse largement le règlement alternatif des conflits. Portée par une volonté civique et militante, de plus grande solidarité sociale sa fonction de création, de recréation du dialogue, et sa fonction de prévention du conflit ont précédé sa fonction de traitement de celui-ci. Elle a constitué une réalité sociale de terrain riche protéiforme et difficile à penser pour ceux qui n'ont pas fait partie des

pionniers (en France dans les années 80).

- la conciliation ou la recherche de l'accord amiable est une autre réalité : les chefs sociaux traditionnels, les institutions, en particulier juridictionnelles et parlementaires la connaissaient mieux. Elle faisait partie de leur cosmogonie. La justice en particulier, entretient des liens traditionnels avec la conciliation.

- la justice de paix a porté haut ce lien.
- Il entre dans la mission du juge de concilier (article 21NCPC)
- Le décret du 20 mars 1978 instituant les conciliateurs de justice.

Pour des raisons qui dépassent ma compétence la conciliation a été diagnostiquée en échec.

La médiation a semblé une piste pour y remédier. Elle a pâti d'un grand engouement qui a nourri un primat de l'urgence pratique au détriment de celui de l'urgence théorique.

Par manque d'études scientifiquement menées elle a été pensée à l'image de la conciliation et avec les outils mentaux des professionnels du conflit. Le vocabulaire du procès et de la conciliation s'est appliqué à la médiation : Partie, saisine, recevabilité, procédure, délai. On a même sérieusement débattu à son propos de l'application du principe du contradictoire alors que seule la plus stricte confidentialité rend possible la liberté de communication qui caractérise la médiation.

La médiation présentée comme un alternative pouvait-elle vraiment faire « autrement », avec les mêmes mots qui souvent induisent et révèlent à la fois les intentions ?

Je pense que l'échec relatif de la médiation/conciliation vient de ce qu'elle lui ressemble trop. J'irai jusqu'à faire l'hypothèse que la médiation judiciaire est la transposition de la création prétorienne de conciliation déléguée. Elle est conciliation judiciaire déléguée. La loi de 1995 souffre d'une déficience terminologique qui la mine.

Seul un esprit de médiation porté par une formation sérieuse à la médiation pourrait la faire vivre dans la nébuleuse textuelle. L'implication des acteurs de la médiation donne des résultats porteurs d'espoirs qui mériteraient d'être soutenus.

Créé en grande partie par des non juristes elle est pourtant aujourd'hui revendiquée par ceux-ci qui se pensent mieux préparés à la pratiquer et la normer. On se trouve alors dans une logique de reproduction qui émousse le potentiel de la médiation.

4) La médiation subit la loi de Gresham qui nous enseigne que la mauvaise monnaie chasse la bonne quand la contrefaçon tue le produit. On ajoutera, en effet, aux trois éléments d'explication suggérés ci-dessus, que l'accumulation de dispositifs présentés aux clients comme aux usagers d'entreprises publiques ou privées, même s'il ne s'agit pas de la médiation judiciaire qui occupe la commission ici réunie, discréditent tellement la médiation en général, que leur effet dissuasif rejaillit non seulement sur la médiation conventionnelle mais aussi sur la médiation judiciaire.

5) il resterait à se demander pourquoi « la médiation ça marche dans les autres pays et pas chez nous » si on était certain qu'il s'agit bien de médiations. Les intentions des promoteurs et des partisans de la médiation, exposées ci-dessus, ont très souvent orienté les traductions, conduisant à traduire par médiation des expressions anglo-saxonnes ne se référant même pas à la médiation. Les exemples canadiens présentés comme preuves ne se s'intitulent pas médiation même dans le Canada francophone.

L'accumulation de ces facteurs explique que la médiation n'ai été qu'une innovation émoussée .Elle devait relayer la conciliation estimée à bout de souffle mais elle a été largement pensée en parenté avec elle.

La preuve des universitaires et non des moindres avec raison tirent des textes les conséquences qui s'imposent : il n'y a pas de différence de nature entre la médiation et la conciliation. Dès lors si la médiation ne se développe pas beaucoup plus que la conciliation c'est peut-être parce que ni les textes, ni les mots et donc les mentalités ne les ont pas suffisamment différenciées. Les justiciables seraient alors excusables de ne pas percevoir une différence suffisante, les incitant à utiliser la médiation comme un vecteur de liberté et de responsabilité.

Les propos qui précèdent ne conduisent pas nécessairement à une conclusion défaitiste : la médiation judiciaire peut se développer si les textes, les pratiques et les mentalités la décollent de la conciliation et de la culture juridictionnelle et si les professionnels du droit formés à la médiation ne cherchent pas à évincer les autres médiateurs. La consanguinité n'engendre que le repli et la dégénérescence

ANNEXE

Michèle GUILLAUME-HOFNUNG extrait de "L'expertise médicale" (sous la direction des professeurs Hureau et Poitout, 2^oéd.Masson 2005)

PRÉSENTATION GÉNÉRALE

La terminologie classique, principalement issue du Code civil ne pose pas de problème.

L'approximation commence avec la vague alternative.

Définitions : des notions et un concept clairs

Les notions: conciliation, transaction, arbitrage

La transaction occupe le chapitre 15 du code civil. L'article 2044 la définit comme un contrat par lequel les parties, au moyen de concessions réciproques, terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Il impose la forme écrite. La transaction fait partie des contrats synallagmatiques, la réciprocité des concessions la distingue du désistement de caractère nécessairement unilatéral. Il en résulte qu'on ne peut l'envisager que si les parties peuvent invoquer des prétentions réciproques. Elle a toujours un objet pécuniaire. L'article 2052 du code civil lui confère autorité de chose jugée, elle règle définitivement le litige qui ne peut plus être porté devant un tribunal. Elle existe aussi en droit pénal. La transaction est un contrat qui produit à la fois des effets extinctifs en ce qu'il emporte renonciation à porter le conflit devant un juge, mais qui crée de nouvelles obligations. La transaction va plus loin que le simple protocole d'accord, qui n'éteint pas le droit d'agir en justice, tout en témoignant d'un accord certes, mais provisoire.

D'une manière générale, la transaction est le point d'aboutissement vers lequel tendent les modes de règlement amiable.

L'arbitrage auquel le code civil consacre son titre 16, et le code de procédure civile son livre 4 (articles 1442 à 1507) tient une place particulière, puisque, contrairement aux autres MARC, il est quand même un mode juridictionnel mais, non étatique. Il constitue une dérogation partielle au monopole de la justice de l'Etat. C'est une procédure par laquelle les parties à un litige conviennent de le porter devant un arbitre que le code de procédure civile désigne sous l'expression tribunal arbitral. Elle débouche, non sur un simple avis, mais sur une sentence arbitrale à valeur juridictionnelle. Cependant elle ne tirera force contraignante que par la procédure d'exequatur devant le président du TGI. L'article 1460 NCPC dispense les arbitres du respect des règles établies pour les tribunaux. On distingue plusieurs catégories d'arbitrage selon le degré de liberté des parties dans le recours à ce mode et dans le choix de l'arbitre. Entre l'arbitrage de nature contractuelle et l'arbitrage obligatoire dans la plupart de ses étapes il existe une large gamme de procédures. Si en règle générale les arbitres doivent appliquer le droit, ils peuvent tenir compte de l'équité quand les parties leur ont confié la mission de statuer en amiables compositeurs.

-La conciliation ne bénéficie pas d'une définition législative, mais la doctrine la définit comme un mode de règlement des litiges grâce auquel les parties s'entendent directement pour y mettre fin, au besoin avec l'aide d'un tiers (conciliateur). La conciliation peut-être un mode alternatif, mais il ne faut pas oublier qu'il peut-être aussi juridictionnel car "il entre dans la mission du juge de concilier les parties" (article 21 NCPC).

Depuis 1986 cela vaut aussi pour les Cours administratives d'appel, et pour les tribunaux administratifs (art L.3 nouvel al.2 du Code des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel)

- Le concept, la médiation Pour qu'on puisse utiliser le terme médiation il faut et il suffit que ses deux critères se trouvent rigoureusement respectés à savoir le tiers, et le processus. Elle bénéficie d'une autonomie conceptuelle résultant de la réalité du tiers et du caractère ternaire de son processus. Elle se distingue des modes alternatifs, simples notions pouvant se passer du tiers ou dans lesquelles le troisième, par manque d'extériorité par rapport à une des parties (l'hôpital, la compagnie d'assurance) n'est qu'une apparence de tiers, et qui de plus, reposent sur une procédure informelle dispensée de certaines lourdeurs de la procédure classique tout en lui empruntant son langage donc son esprit, mais non sur un processus original.

Deux différences notables distinguent les modes amiables de la médiation

- le tiers est facultatif dans la conciliation, la négociation, la transaction, alors que la médiation comme le jugement ou l'arbitrage est ternaire dans sa structure. En revanche à la différence des modes juridictionnels, binaires en ce qu'ils tranchent, la médiation est aussi ternaire dans son processus.

- la recherche de l'accord en est l'essence. La conciliation met l'accent sur l'accord amiable. Le terme conciliation désigne à la fois le résultat, l'accord amiable et le moyen d'y parvenir, l'homonymie entre la fin et le moyen éclaire la logique de la notion, l'accord amiable est ontologiquement inscrit dans le procédé. La fin justifiant le moyen, celui-ci mettra moins l'accent sur la qualité de l'expression des parties que sur leur accord.

