

# Loi, justice et médiation: l'exemple de la médiation familiale

Par Anne Catherine Salberg<sup>1</sup>

## **1. Introduction**

Dans cette communication, on exposera en premier lieu ce qu'est la médiation familiale et les conflits qu'elle traite. On mettra ensuite son application en lien avec le nouveau droit du divorce, introduit en Suisse au début de cette année.

Dans la deuxième partie de l'exposé, on abordera l'intérêt qu'il peut y avoir, dans un congrès de médiation pénale, à s'intéresser au champ de la famille en montrant comment le droit s'adapte au changement des pratiques sociales.

Pour conclure cette présentation, on s'interrogera sur l'articulation à trouver entre loi, justice et médiation.

## **2. La Médiation familiale**

La médiation familiale est une possibilité offerte aux personnes en prise avec des problèmes familiaux de chercher de manière coopérative des solutions aux conflits qui les opposent. Par le dialogue et dans un esprit de partage des responsabilités, la médiation permet d'apaiser le conflit et de prendre en compte tous les aspects d'un problème. C'est une démarche volontaire qui demande à chaque participant une collaboration active. Le médiateur offre un cadre de négociation neutre et conciliant. Il garantit la confidentialité du processus. Il est impartial, il ne propose pas de solutions ni ne donne de conseils. Il favorise la capacité d'autodétermination des participants et respecte leurs choix. Il facilite la recherche d'accords équitables pour tous les membres de la famille.

La médiation familiale s'occupe des conflits qui émergent au sein de la famille. Le Conseil de l'Europe, dans la recommandation 98 (1)<sup>2</sup>, définit le champ d'application de la médiation familiale comme celui qui recouvre «*l'ensemble des litiges qui peuvent survenir entre les membres d'une même famille, qu'ils soient liés par le sang*

---

<sup>1</sup> Titulaire du Master européen en médiation, elle pratique la médiation au sein de conflits.ch et anime régulièrement des modules de formation pour le compte du Groupement Pro Médiation, dont elle est par ailleurs l'actuelle responsable de formation.

<sup>2</sup> Rec (98) 1 du comité des ministres aux Etats membres sur la médiation familiale [www.coe.fr/cm/ta/rec/1998/f98rl.htm](http://www.coe.fr/cm/ta/rec/1998/f98rl.htm).

*ou le mariage, et entre les personnes qui ont ou ont eu des relations familiales, telles que définies par la législation nationale».*

La médiation familiale s'adresse aux personnes qui connaissent des problèmes d'ordre intergénérationnel (relations entre grand-parents - parents - enfants), elle peut s'appliquer au domaine des successions (relations entre ascendants et descendants) ainsi qu'à celui relatif à la protection de l'enfant au sein ou hors de sa famille (relations entre parents, enfants et institutions).

Pourtant, les expériences en cours dans les différents pays tendent à limiter généralement la médiation familiale au traitement des difficultés créées par la séparation d'un couple, marié ou non, et des conséquences que cela entraîne dans la réorganisation familiale lorsque le couple a des enfants, de cette dernière union ou d'autres lits.

On distingue, dans cette définition étroite de la médiation limitée à la séparation et au divorce, les aspects de la régulation liées aux relations avec les enfants d'une part, les conséquences matérielles du divorce d'autre part. Si le processus de médiation prend en compte tous les problèmes relatifs à la séparation, on parle de «médiation globale». Si le médiateur n'aborde que les points liés au partage des responsabilités parentales, on parle de «médiation partielle».

La médiation permet aussi de tenter une régulation par les personnes elles-mêmes dans une optique de prévention du conflit. En matière de succession par exemple, la crise peut être anticipée. Les parents, les frères et soeurs, les conjoints, les enfants discutent ensemble du futur partage. Les problèmes peuvent aussi être abordés de manière préventive en ce qui concerne les responsabilités parentales: on peut penser aux parents qui n'ont jamais vécu ensemble et qui aimeraient prévenir les difficultés qu'ils auront à exercer et à partager leur rôle parental. De même, les couples non mariés peuvent négocier en présence d'un médiateur la convention qu'ils soumettront ultérieurement pour homologation aux autorités de tutelle. Enfin, les conjoints peuvent élaborer en médiation une requête en mesures protectrices de l'union conjugale<sup>3</sup>.

Lors d'un conflit, l'application de solutions préétablies peut créer une source de mécontentement supplémentaire. Les membres de la famille sont amenés à négocier, en présence du médiateur, le modèle qui convient le mieux à leur fonctionnement familial. La médiation aborde la famille au moment d'une crise. Tout en étant centrée sur la recherche de solutions pratiques, la médiation prend en compte les aspects en jeu dans le conflit aux plans affectif, économique, juridique, éducatif, psychologique, social, etc. La médiation permet d'aborder le moment de la transition entre un modèle de famille unie et de famille séparée ou recomposée<sup>4</sup>. Le médiateur familial prend le temps d'explorer avec chacune des personnes concernées les différents enjeux de leur situation.

La médiation vise à offrir aux membres de la famille la possibilité de construire ensemble un accord qui leur permettra d'organiser le fonctionnement familial au-delà

---

<sup>3</sup> CCS 172

<sup>4</sup> DAVID-JOUGNEAU, M. 1997, «la médiation familiale, un art de la dialectique» in Médiations familiales. Regards croisés et perspectives. Erès, Ramonville-St-Agne.

de cette phase de crise. Au terme du processus, les participants sont amenés à établir de manière coopérative un projet d'entente original. Cet accord, qui n'a pas d'effet juridique, sera soumis à un juriste ou à un avocat et pourra ensuite être intégré à une requête en justice, présentée au juge ou aux autorités de tutelle

On peut illustrer l'intérêt de cette démarche au regard de l'introduction, en Suisse, du nouveau droit du divorce<sup>5</sup>. Le législateur, rendant compte de l'évolution des mentalités, a instauré le divorce par consentement mutuel, fondé sur la reconnaissance de la désunion des époux et non plus sur des causes déterminées comme le prévoyait l'ancien droit. La loi préconise que les conjoints présentent de préférence une «requête commune avec accord complet».

La «requête commune avec accord complet» porte tant sur le principe du divorce ou de la séparation, que sur ses effets matériels (liquidation du régime matrimonial, partage des prestations de sortie de la prévoyance professionnelle, allocation ou renonciation à une contribution d'entretien entre conjoints et attribution du logement de la famille). Elle porte aussi sur les conclusions communes relatives aux enfants (autorité parentale exercée en commun ou par l'un des parents, relations personnelles de l'enfant avec ses deux parents, garde alternée ou par l'un des deux parents, entretien des enfants, octroi de contributions extraordinaires).

On le voit, les personnes en prise avec un conflit conjugal sont priées par le législateur de se mettre d'accord sur tout. Cependant l'on sait que le vécu affectif comprend des aspects irrationnels, imprévisibles, subjectifs. Comment peut-on, lorsque l'on est pris dans un enchevêtrement de sentiments contradictoires (de peur quant au futur, de ressentiment ou de nostalgie venus du passé, d'angoisse de perdre outre l'amour de son conjoint, celui de ses enfants) arriver à un choix rationnel pour résoudre les nombreuses questions qui se posent?

Comment partager les biens, les meubles? A qui attribuer le logement de la famille? Quelles seront les conséquences économiques après le divorce? Faut-il allouer une contribution à l'entretien de l'un ou l'autre des conjoints?

Comment les parents pourront-ils continuer à assumer ensemble leurs responsabilités parentales? L'autorité parentale sera-t-elle exercée par le père ou par la mère ou sera-t-elle maintenue en commun? Comment les relations de l'enfant avec chacun des parents seront-elles maintenues? Comment les parents prendront-ils les décisions relatives au lieu de résidence, au choix de l'école, de l'enseignement religieux, aux soins médicaux, aux frais inhérents à l'entretien et à l'éducation de leur enfant?

Les juges ont désormais comme critère légal de décision des notions indéterminées, telle que «*le bien de l'enfant*» qui ne leur permet pas toujours de trancher<sup>6</sup>. Comment la justice pourra-t-elle déterminer cette question quand les parents ne s'entendent pas à son sujet? Comment pourra-t-elle décider si chacun des parents dénigre l'autre, si chacun se voit comme l'unique défenseur de l'intérêt de l'enfant?

---

<sup>5</sup> CCS 111-149

<sup>6</sup> BASTARD, B. CARDIA VONÈCHE, L. (1990) Le divorce autrement: la médiation familiale. Syros Alternative.

Comment pourra-t-elle garantir l'intérêt de l'enfant si les parents eux-mêmes ne s'entendent pas sur l'importance de leur rôle respectif auprès de celui-ci?

La médiation permet aux parents de renforcer leur aptitude à communiquer. Elle favorise leur capacité d'autodétermination pour trouver un mode de fonctionnement familial qui respecte leur vie privée et le maintien de leur rôle auprès de leurs enfants, selon la dynamique propre à leur famille<sup>7</sup>. Elle leur offre aussi un espace de discussion pour aborder leurs divergences sur la définition de l'intérêt de l'enfant et l'on pourrait s'imaginer qu'elle leur permette de s'entendre sur ce point. Si les parents n'arrivent pas à négocier ou ne désirent pas préserver leur espace de liberté de décision et d'autodétermination, c'est à ce moment-là seulement que l'intervention de la justice prendra alors tout son sens<sup>8</sup>.

Lorsque les engagements sont pris trop rapidement, ils risquent de traduire les enjeux des conjoints qui divorcent, du couple qui se sépare, plutôt que de régler de façon durable les problèmes liés à la réorganisation du fonctionnement familial. Or, chaque famille est une réalité particulière, qui reflète des besoins singuliers et valorise des capacités propres. Dans cette optique, on comprend l'intérêt et l'importance pour les conjoints de parvenir à trouver des accords solides et stables, en particulier en ce qui concerne les relations dans le futur entre parents et enfants.

On peut dès lors regretter que le législateur n'ait pas voulu reconnaître l'importance du rôle que peut jouer la médiation familiale et qu'il ait renoncé à inscrire dans la loi la possibilité du recours à la médiation pour faciliter le dépôt de la requête commune avec accords complets.

Il revient désormais aux cantons de prendre des initiatives dans ce domaine. On peut notamment saluer l'inscription du recours à la médiation familiale dans la loi neuchâteloise<sup>9</sup>, de même que le financement partiel par les autorités cantonales, à Genève et à Neuchâtel, des Maisons de la Médiation.

### **3. Droit et changements sociaux**

Quel intérêt de parler de médiation familiale dans un congrès consacré à la médiation pénale?

Nous aimerions apporter un éclairage qui nous semble intéressant à cet égard: la mise en lien, dans une perspective juridique, de la création du droit de la famille et

---

<sup>7</sup> «Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...)», article 13 de la Constitution fédérale.

<sup>8</sup> FARINHA, A. (1998) «Relation entre la médiation familiale et les procédures judiciaires» in La médiation familiale en Europe Quatrième conférence européenne sur le droit de la famille, Strasbourg, CONF4(98 RAP 6).

<sup>9</sup> Le Conseil d'Etat «encourage la médiation familiale, notamment par un soutien aux structures existantes, et par une sensibilisation des autorités et organismes traitant du couple et de la famille. Il prend au besoin les mesures nécessaires pour en faciliter l'accès aux conjoints intéressés.» (art. 12a al. 3 de la loi d'introduction au Code civil, LNICC)

Le juge «peut préalablement citer les parties à une nouvelle audience pour tenter de les mettre d'accord. Il leur suggère au besoin la médiation familiale» (art. 365 al. 4 du code neuchâtelois de procédure civile, CPCN).

du droit pénal par l'Etat moderne, comme fondement de l'ordre public, et son corollaire, leur mise en oeuvre par l'appareil judiciaire.

On esquissera très brièvement comment, au XIX<sup>e</sup> siècle, les systèmes juridiques européens ont défini l'individu par une double appartenance à la nation et à la famille. On montrera ensuite comment le droit s'est adapté aux changements sociaux.

Dans une perspective historique, on peut rappeler que le droit pénal s'est constitué pour protéger la vie collective. La loi sanctionne toute atteinte fondamentale à l'intérêt de l'Etat, à l'ordre de la famille, à la liberté et à la sécurité physique ainsi qu'à la sécurité de la propriété. L'Etat détient le monopole d'édicter les règles et celui de les faire respecter par l'appareil judiciaire. Il n'est pas possible de déroger à l'ordre public par convention. On appartient d'abord au groupe plutôt qu'à soi-même. L'intérêt collectif est supérieur à l'intérêt privé, il n'y a pas de détermination de l'individu possible en dehors du cadre de la loi.

Si le droit pénal a beaucoup évolué depuis deux siècles, cette idée que l'on ne peut pas déroger par convention à l'ordre public est toujours présente de nos jours, tant au niveau du droit de fond qu'à celui de la procédure pénale. L'individu ne peut pas négocier librement avec autrui le règlement d'un comportement incriminé par le droit pénal.

Cette même conception de l'individu qui ne peut pas disposer de lui-même a dominé la création du droit de la famille (Code Napoléon). La loi protège l'ordre social qui passe par l'existence d'une famille stable. L'individu se socialise par la famille, le lien du mariage est indissoluble, ses intérêts individuels ne sont pas protégés. La norme est imposée. Le juge veille à l'application de solutions prédéterminées par la loi.

Aujourd'hui, l'individu a regagné une certaine capacité d'autodétermination dans ses relations familiales. On peut créer une famille en dehors d'une union conjugale et la voir reconnue légalement comme modèle d'organisation familiale (par exemple, droit aux allocations familiales, déduction fiscale pour charge de famille, etc.).

Si le mariage reste réglementé par la loi, il offre désormais à chacun des époux la protection de ses intérêts propres. La législation introduite en 1988 prévoit que les conjoints conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution à l'entretien du ménage: par des prestations en argent, par le travail au foyer, par les soins voués aux enfants ou par la collaboration prêtée au conjoint dans son entreprise<sup>10</sup>. Elle permet aussi au mari ou à la femme de se constituer un domicile propre<sup>11</sup>.

Cette faculté qu'ont les époux de disposer eux-mêmes de leurs arrangements conjugaux, se retrouve au moment de la dissolution du mariage. C'est ainsi que le nouveau droit du divorce introduit la notion de consentement mutuel et laisse les parties libres de convenir des effets matériels du divorce. Le juge reste toutefois le garant de la protection des intérêts individuels en s'assurant que la convention entre les époux a été conclue *«après mûre réflexion et de leur plein gré, qu'elle est claire et complète et qu'elle n'est manifestement pas inéquitable»*<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> CCS 163

<sup>11</sup> CCS 23

<sup>12</sup> CCS 140 al. 2

Comme nous venons de le voir, le lien conjugal a été rendu en partie disponible. Ce n'est par contre pas le cas du lien de filiation qui structure toujours l'appartenance de l'individu à la société. L'importance sociale de la famille en tant qu'institution, quelle que soit la forme concrète de son organisation, reste d'intérêt public. Par exemple, le partage des responsabilités parentales en dehors de l'union conjugale passe toujours par le règlement au plan juridique si l'enfant est né hors mariage, si ses parents divorcent ou si l'un d'eux décède. Certes, il revient en priorité aux parents de veiller à l'éducation, à l'entretien et à la protection de l'enfant. Pourtant, le juge - ou l'autorité de tutelle - veille, lorsque les parents n'assument pas leurs responsabilités, à ce que l'intérêt public à la protection de l'enfant soit respecté.

On peut ainsi faire le constat suivant: le droit de la famille a fortement évolué vers une valorisation de l'autonomie de l'individu, en laissant à la justice un rôle subsidiaire de protection des besoins individuels et de garantie des valeurs sociales fondamentales.

Revenons maintenant au droit pénal et à son adaptation aux changements sociaux. En matière criminelle, le questionnement de la délinquance, l'émergence du statut de la victime, la demande accrue de justice de la part des citoyens ont aussi amené le système pénal à chercher d'autres réponses.

La médiation pénale s'inscrit dans le courant de la justice restauratrice qui conçoit le crime ou le délit comme une atteinte aux relations sociales<sup>13</sup>. Faire justice consiste à identifier les besoins et les obligations de chacun et à rechercher par le dialogue un accord réciproque qui donne le rôle central aux personnes impliquées<sup>14</sup>.

La médiation permet de concilier les intérêts de la victime, du délinquant et de la société. «*La réconciliation inhérente à la médiation peut aider le système de justice pénale à atteindre l'un de ses objectifs fondamentaux, à savoir, contribuer à la paix et à la sécurité dans la société en restaurant l'équilibre et la paix sociale troublés par l'infraction*»<sup>15</sup>.

Dans quelle mesure les individus peuvent-ils disposer d'eux-mêmes, avoir une certaine capacité d'autodétermination en ce qui concerne le règlement des conflits qu'ils ont avec autrui et qui sont incriminés par le droit pénal?

Comment, si cette régulation se fait par le biais d'une médiation pénale, le système judiciaire peut-il assurer son rôle de protection des intérêts collectifs et individuels?

#### **4. Loi, justice et Médiation**

La médiation, qu'elle soit familiale ou pénale, nous l'avons vu, offre aux personnes la possibilité de gérer leur désaccord, de replacer le conflit dans son contexte, d'en analyser les causes sans être tenu par des règles formelles de procédure. Elle favorise l'émergence de solutions alternatives qui font appel à l'usage, à l'équité, à la

---

<sup>13</sup> WALGRAVE, L. (1999) «La justice restauratrice: à la recherche d'une théorie et d'un programme» in *Criminologie*, vol 32, n°1.

<sup>14</sup> ZEHR, H. (1995) «Justice Paradigm Shift? Values and Visions in the Reform Process» in *Mediation Quarterly*, Volume 12/ 3.

<sup>15</sup> Exposé des motifs, Rec 99 (19), p. 14 [www.coe.fr/cm/ta/rec/1999/f99r19.htm](http://www.coe.fr/cm/ta/rec/1999/f99r19.htm).

justice des relations entre les parties<sup>16</sup>. Au travers du dialogue, le médiateur s'attache à identifier les besoins, les intérêts des parties et les aide à élaborer un accord réciproque où les responsabilités sont assumées, les besoins remplis et la dimension réconciliatrice encouragée.

L'évolution du droit de la famille a favorisé l'émergence d'une gestion extrajudiciaire des conflits, à l'exemple de la médiation familiale.

On voit dans son développement le désir d'une plus grande responsabilisation des individus qui sont associés aux décisions qui les concernent<sup>17</sup>. Parallèlement, l'Etat reste à la fois le garant de la défense des intérêts publics de protection de la famille et de l'enfant et des intérêts individuels des membres de la famille. Il y a donc une tension entre deux impératifs antagonistes, le renforcement de l'autonomie de l'individu et la protection de l'intérêt public.

Cette tension ne se retrouve-t-elle pas aussi dans le champ de la justice pénale?

La norme pénale protège des atteintes inadmissibles à la vie collective. Or, un acte criminel ne porte pas seulement atteinte à la solidarité et au respect mutuel indispensables à la vie en société mais aussi à la victime. Dans les délits qui ont une composante interpersonnelle, la conception rétributive qui impose au délinquant une sanction proportionnelle à la gravité de l'acte commis ne permet ni à la victime d'être partie prenante du processus ni à son auteur de se responsabiliser pour son comportement répréhensible.

La médiation permet à l'auteur et à la victime d'une infraction de participer activement à la régulation du conflit et de chercher un accord extrajudiciaire mutuellement satisfaisant. Elle leur offre la possibilité de prendre en compte les aspects affectifs, économiques, éducatifs, psychologiques et sociaux liés à l'acte délictueux.

Ne vise-t-elle pas, à l'instar de la médiation familiale, à développer cette capacité d'autodétermination de l'individu?

Dès lors, comment le système pénal peut-il continuer à garantir la sécurité publique et la paix sociale tout en reconnaissant l'existence d'un champ d'autonomie privée dans la régulation des litiges pénaux?

A partir de ces interrogations, j'aimerais lancer quelques questions et réflexions sur l'articulation à trouver entre loi, justice et médiation:

- **Comment préserver l'autonomie de la médiation?**
- **Comment assurer la complémentarité entre l'intervention de la justice et la protection des intérêts individuels et collectifs?**

---

<sup>16</sup> DUSS-VON-WERDT, J. (1997) Mediation als Idee und Haltung Weiterbildungsveranstaltung des Kantonsgerichts St-Gallen. Einführung in die Scheidungsmediation. 22.02.97.

<sup>17</sup> BASTARD et CARDIA VONÈCHE (2000) «L'institutionnalisation de l'informel: la mort d'une bonne idée?». FamPra.ch 2/2000.

### ***Du point de vue du législateur.***

- Garantir, dans le sens des recommandations du Conseil de l'Europe, l'autonomie des services de médiation, la compétence, l'impartialité et l'indépendance du médiateur, la confidentialité du processus.
- Permettre la régulation extrajudiciaire des conflits avant, pendant et après la procédure.
- Reconnaître le statut des accords de médiation et garantir leur exécution.

### ***Du point de vue du juge:***

- Favoriser une justice en dialogue, offrir le cadre d'une discussion constructive.
- Comprendre la spécificité d'une régulation des conflits par les personnes impliquées au regard de la résolution unilatérale des litiges et définir clairement les limites entre ces dynamiques différentes.
- Contrôler la conformité des accords aux principes démocratiques et faire respecter les garanties fondamentales.

### ***Du point de vue du médiateur.***

- Être le garant du processus.
- Sauvegarder son indépendance.
- Garantir l'éthique de la médiation.
- Veiller à l'équilibre des parties, à leur capacité de négociation.
- Connaître le cadre légal dans lequel s'inscriront les accords.

\*\*\*\*\*

**En favorisant le principe de l'autodétermination des parties, la médiation introduit aussi la fonction du contrôle social par les pairs. Or, si l'on laisse la médiation se développer uniquement sur la volonté des individus et sans aucune exigence de respect des principes démocratiques, le risque d'une résolution injuste des différends est grand. Le recours à une instance externe de contrôle qui incarne l'appartenance à l'ordre collectif doit toujours être possible<sup>18</sup>.**

**Ce colloque offre la possibilité de réfléchir au développement de nouvelles pratiques sociales. Il est aussi une belle occasion de s'interroger sur l'intérêt d'introduire dans les législations cantonales et fédérale<sup>19</sup> la médiation pénale.**

---

<sup>18</sup> DE MUNCK, J. «La crise de l'Etat: la médiation comme symptôme et comme remède» in les actes du colloque *La médiation et les conflits de voisinage*, Charleroi, 1998.

<sup>19</sup> Voir à ce sujet l'exposé, dans ces mêmes actes, de Julien Knoepfler.