

**INVENTION DU POSSIBLE OU
APPRENTISSAGE OBLIGÉ ?
NÉGOCIATION ET ORDRE SOCIAL
DANS LA MÉDIATION FAMILIALE**

PAR

Laura CARDIA-VONÈCHE

et

Benoît BASTARD

Au cœur de cette contribution se trouve la question de la professionnalisation d'une nouvelle fonction, celle de médiateur familial. Si cette contribution rejoint les questions abordées dans les autres chapitres de cet ouvrage, c'est qu'elle aborde également un aspect sous lequel la justice est « à risque », dès lors qu'elle se lie avec de nouveaux groupes d'acteurs qui prétendent apporter, eux aussi, leur contribution aux traitements des affaires. Le risque, en l'occurrence, ce serait de voir se diluer ou se perdre ce qui fait la spécificité de l'œuvre de justice - un type de rapport à la norme, une qualité d'examen des situations, voire la mise en œuvre d'une autorité qui s'impose aux parties. A cela s'ajoute le fait que les médiateurs familiaux, dont il va être question, si professionnalisés qu'ils soient, apparaissent encore, pour certains professionnels du droit, comme des « profanes » au regard de l'exercice des fonctions de justice. Le rapport qu'entretiennent ces nouveaux professionnels de la médiation au monde judiciaire est par lui-même objet d'interprétations diverses et parfois contradictoires : la médiation est-elle une « alternative » à la justice, comme elle s'est présentée elle-même pour asseoir sa légitimité et se diffuser en se démarquant des instances d'adjudication ? Est-elle « une justice » - qu'on la voit alors comme une « sous-justice » ou comme une justice différente « douce », pouvant prétendre à une certaine autonomie à l'ombre des juridictions ? Ou bien n'est-elle encore qu'un instrument de la justice ? Et comment doit-on considérer les personnes qui la pratiquent : comme des laïcs qui permettent de rétablir le lien social entre les personnes en conflit ou comme des experts qui accompagnent la préparation d'une décision judiciaire ? Pour évoquer ces questions, on se propose de considérer ici le mouvement de professionnalisation de ces nouveaux spécialistes que sont les médiateurs familiaux en se demandant quel espace ils occupent ou quelle place ils se voient assigner à côté des professionnels du droit. Plus précisément, on cherchera à cerner ce qu'il en est aujourd'hui

de la pratique de la médiation familiale dans le contexte nouveau qui résulte de son institutionnalisation en tant que profession et des réformes récentes qui ont marqué le droit français de la famille et du divorce - des changements qui ne sont pas sans conséquences pour l'intégration de la médiation dans notre dispositif socio-légal.

De l'émergence d'une fonction à la création d'une profession

Sans qu'il soit nécessaire de revenir ici en détail sur la définition de la médiation familiale et sur son émergence en France, on peut en rappeler brièvement les traits principaux avant d'en venir à la situation actuelle. La médiation familiale consiste dans une forme particulière de soutien au couple divorçant et d'aide à la décision. Du fait de l'accroissement du nombre des divorces, à partir des années 1970, une sensibilité particulière s'est développée à l'égard tant des souffrances rencontrées par les enfants que de la « dépossesion » des conjoints en conflit concernant les décisions à prendre pour organiser les relations familiales après la séparation. Se constituant comme une nouvelle forme de prise en charge de ces difficultés mal gérées dans la sphère judiciaire, la médiation familiale est née aux Etats-Unis, puis a transité par le Québec avant de susciter l'intérêt des professionnels du droit et de la famille en Europe et en France, vers la fin des années 1980.

La médiation, on le sait, consiste dans l'intervention d'un tiers, le médiateur, à la demande des parties - le caractère volontaire de la démarche constituant l'un des principes de base et le moteur du travail engagé. La médiation constitue un processus limité dans le temps : les deux conjoints concernés rencontrent le médiateur dans le cadre de séances qui doivent permettre d'aborder les problèmes qui se posent au couple. On peut y discuter de la rupture elle-même et vérifier qu'elle est bien voulue par les conjoints, puis considérer successivement la prise en charge des enfants par les deux parents, le partage des biens du couple, etc. Le médiateur familial permet la mise en place de cet « espace de discussion » dans lequel les conjoints sont incités à s'exprimer et à discuter les options en présence. Le service offert par les médiateurs consiste à garantir la sécurité et la neutralité d'une structure de dialogue dans laquelle les divorçants doivent pouvoir faire entendre leurs volontés et négocier leurs différends. En même temps, le travail réalisé par les médiateurs n'est pas neutre au sens où il constitue bien une intervention militante : les médiateurs, en effet, ne cessent pas d'œuvrer, y compris dans leurs interventions auprès des instances publiques, pour favoriser la responsabilité parentale et le maintien des relations des enfants avec leurs deux parents à la suite de la rupture.

La médiation a connu un développement rapide qui lui a permis, en vingt ans, de devenir une pratique inscrite dans la loi et une profession reconnue, en même temps que de voir ses objectifs plus généraux de responsabilisation des parents et de parité dans le couple adoptés par le législateur (Cardia-Vonèche, Bastard, 2002 ; Bastard 2006). L'institutionnalisation de la médiation familiale s'est faite en plusieurs étapes. Dès 1996, cette pratique a été introduite dans le code de procédure civile - la loi visant alors

l'ensemble des affaires civiles. La médiation familiale s'est ensuite détachée des autres formes de médiation à l'occasion de la relance, en 1997, du processus de réforme du droit de la famille. Des rapports officiels successifs ont recommandé au gouvernement de soutenir la médiation (Théry, 1998 ; Dekeuwer-Défossez, 1999). En 2001, a été mis en place, à l'initiative de Ségolène Royal, alors ministre déléguée à la Famille et aux Personnes handicapées, un groupe de travail sur la médiation familiale dont la présidence a été confiée à Monique Sassier, l'une des responsables de l'Union nationale des associations familiales (UNAF). Celle-ci a rédigé un rapport préconisant la création d'une instance nationale et d'un diplôme national (Sassier, 2001). Ces préconisations ont été suivies d'effets : le Conseil national consultatif de la médiation familiale a été institué par décret et Monique Sassier en a assuré la présidence ; un diplôme national de médiateur a été créé. Cette création a suscité un vaste remaniement de l'offre en matière de formation en ce qui concerne la médiation familiale. D'une part, a été mis en place, au plan national, puis au plan régional à partir de 2005, un dispositif d'agrément des formations en matière de médiation, celles-ci devant répondre aux spécifications publiques. A la faveur de ce mouvement, les organisations assurant habituellement la formation des travailleurs sociaux ont pris pied sur le marché de la médiation : elles se sont en effet saisies de l'ouverture de cette filière de formation pour proposer le nouveau cursus de médiateur familial. D'autre part, tout un dispositif de validation des acquis de l'expérience (VAE) s'est mis en place, associant les directions régionales de l'action sociale et les membres de la profession pour permettre d'accréditer les médiateurs qui en ont fait la demande, qu'ils soient travailleurs sociaux ou avocats. Aujourd'hui, alors que l'action du conseil national consultatif a pris fin, ces développements se poursuivent au sein de la profession avec de nouveaux enjeux et notamment la question de savoir quels développements assurer à la pratique de la médiation pour garantir davantage d'emploi aux médiateurs issus tant de la VAE que des nouvelles filières de formation.

De la reconnaissance de la liberté du couple à l'imposition d'un modèle de parentalité

Si la question se pose de savoir quelle place occupe la médiation dans le traitement des litiges familiaux, c'est que, parallèlement à ces avancées successives vers la création d'un nouveau groupe professionnel, on a assisté à une transformation progressive du cadre légal de l'intervention en matière familiale, ce qui a donné une légitimité accrue aux objectifs et aux principes que défendait, depuis ses origines, la médiation familiale – qu'il s'agisse du respect de la volonté des parties, du souci de la responsabilisation des parents ou encore de l'impératif de la circulation des enfants entre les différentes lignées dont ils sont issus.

Alors que la loi de 1975 a pour la première fois, fait la place au consentement mutuel à côté d'autres voies d'accès au divorce, toute l'évolution législative qui a suivi, jusqu'à la loi sur l'autorité parentale de 2002, a consisté à limiter les zones de conflit entre les parties – on pense notamment à la généralisation progressive de l'autorité parentale conjointe qui place les deux

parents à égalité - et à renforcer l'obligation faite aux parents de rechercher une entente entre eux, de manière à assurer la circulation des enfants et leur prise en charge concertée, voire paritaire. A l'issue de ce processus, la loi de 2002 sur l'autorité parentale a fait de la coparentalité la norme en ce qui concerne la gestion des relations post-divorce¹. Même si le mot ne figure pas dans la loi, il a imprégné les travaux préparatoires et en marque profondément les dispositions. On ne peut que constater que le législateur a souhaité restreindre, ou en tout cas encadrer, la liberté de décision des divorçants s'agissant de leurs enfants. L'obligation de s'entendre est devenue la norme. Le souci de continuité de la prise en charge des enfants au-delà de la rupture se marque dans l'ensemble du texte, qui prévoit par exemple que « la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale » (nouvel Art. 373-2). De même, la volonté de rechercher l'accord des parties est partout présente dans ce texte, comme en témoigne la possibilité pour le juge d'adresser les parents à un médiateur ou même de les obliger à suivre une séance d'information sur la médiation (Art. 373-2-10). Enfin, la préoccupation du maintien des relations de l'enfant avec chacun de ses parents est particulièrement apparente - et le juge peut notamment « prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité des relations avec chacun de ses parents » (Art. 373-2-6).

Le droit applicable aux relations parentales en vient ainsi à se distinguer des dispositions relatives au couple. Alors que se trouve par ailleurs maintenu le principe de la diversité des modes d'accès au divorce² - qui constitue le reflet et la reconnaissance de la diversité des fonctionnements de couple - on en vient pratiquement, pour ce qui est de la prise en charge des enfants, à l'imposition d'un modèle unique, contraignant, avec pour principal objectif le maintien du « couple parental » et la coopération entre les ex-conjoints. Or cette évolution n'est pas sans impact sur la position de la médiation familiale et c'est précisément cet impact que nous voudrions discuter ici.

Quelle « place » pour la médiation familiale ?

Dès lors que le contexte institutionnel a changé, faisant toute la place, dans le droit de la famille lui-même, à la notion de coparentalité, la médiation familiale ne voit-elle pas se modifier sa position dans le champ socio-judiciaire ? Envisager cette question nécessite d'engager une réflexion sur la signification de la pratique de la médiation familiale et sur sa place dans la régulation socio-légale. La médiation peut-elle prétendre assurer un espace neutre et un lieu d'élaboration de solutions « plurielles » - sachant qu'on se trouve aujourd'hui dans un cadrage imposé du rôle des parents ? Dès lors que le droit veut prévoir et organiser la coopération des parents, quel espace reste-t-il au médiateur familial pour qu'il puisse orchestrer une discussion ouverte entre les parties ? La médiation va-t-elle - ou doit-elle - se recentrer

1. Loi 2002-305 du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale.

2. C'est en effet ce que suggère le maintien, dans la loi sur le divorce du 26 mai 2004, entrée en vigueur au 1er janvier 2005, de voies procédurales différenciées - le législateur cherchant même à renforcer celles qui étaient restées peu usitées.

aujourd'hui sur une pédagogie de la coparentalité ? Dit autrement, la médiation familiale peut-elle encore assumer le discours qui fonde sa spécificité et sa légitimité, en tant que mode alternatif de résolution des litiges ? A un niveau plus général cette analyse renvoie encore à d'autres questions. Quelle place occupe la médiation familiale, à l'instar d'autres dispositifs de traitement des litiges, dans la transformation des modalités de la régulation sociale ? Sous couvert d'accompagnement des divorçants dans le traitement des conflits conjugaux et parentaux qu'ils rencontrent, ne s'agit-il pas d'imposer de nouvelles normes et, ceci, en s'appuyant sur le concours des personnes intéressées elles-mêmes ?

On se propose, pour mener à bien cette analyse, de revenir, dans une première partie sur la place qu'occupait la médiation dans les affaires de rupture avant les changements du droit de la famille et avant qu'elle ne soit institutionnalisée. Dès cette période où elle n'était guère reconnue et où elle se prétendait ouverte à toute solution, la médiation ne se profilait-elle pas comme le porteur d'une vision particulière du règlement de la rupture ? A partir de cette première analyse, on pourra, dans une deuxième partie, poser à nouveau la question de la position que peut occuper la médiation familiale aujourd'hui.

LE PROJET DE LA MÉDIATION FAMILIALE ET SA CONTRIBUTION À LA PACIFICATION DU DIVORCE

Commençons par situer la place qu'occupait la médiation familiale dans la période antérieure en nous appuyant sur les analyses existantes qui portent sur le sens des pratiques de médiation. Ces analyses font notamment valoir ce qu'il est convenu d'appeler le « paradoxe » de la médiation et l'écart existant entre ce que la médiation prétend être et ce qu'elle est en réalité (*Annales de Vaucresson*, 1988). Dès son origine, en effet, la médiation familiale revendique sa neutralité et son ouverture à toute solution venue des parties – on pense par exemple à l'usage de la notion d'*empowerment*³ – tout en se faisant simultanément le promoteur d'un modèle de règlement de la séparation dans lequel les deux parents coopèrent dans l'intérêt de leurs enfants. Autrement dit, la médiation n'a jamais cessé d'intervenir, auprès des conjoints comme dans le débat public, dans un sens qui préfigure le mouvement ultérieur en direction de la coparentalité. Pour étayer cette interprétation sociologique, on reviendra sur la question de l'écart entre ce que la médiation prétendait être et ce qu'elle représentait en réalité, puis on montrera comment les médiateurs contribuent au « cadrage » des réorganisations familiales et enfin comment la médiation est porteuse d'un modèle particulier des relations familiales.

3. Il s'agit de soutenir la partie la plus faible, de lui donner davantage d'atout, de manière à lui permettre de participer sur un pied d'égalité à la négociation dans le cadre de la médiation.

Ce que la médiation prétendait être et ce qu'elle est

Reprenons d'abord les termes de ce débat. La médiation se disait capable de faire émerger des solutions plurielles, voulues par les parties en présence. En cela, elle se présentait comme une alternative au système judiciaire. Contrairement, disaient-ils, à ce qui se passe dans le cabinet des avocats ou à l'audience des juges aux affaires familiales, les médiateurs offraient aux personnes en conflit un espace de parole leur permettant d'élaborer les modalités de la rupture selon leur propre réalité, surtout en ce qui concerne les enfants. Ils témoignaient en outre d'une sorte de confiance dans les compétences des divorçants, leur reconnaissant d'être les plus à même de définir les termes de leurs vies séparées. Cette confiance et cette initiative laissée aux parties devaient permettre, toujours selon les médiateurs, l'émergence de solutions variées, innovantes, en lien avec les besoins de chacun des participants, parents et enfants.

Avec cet objectif et en s'appuyant sur ces convictions, les médiateurs ont mis en place un dispositif de parole original, d'une autre nature que les processus de la décision judiciaire, et dont le but principal est de redonner la maîtrise de leurs conflits aux divorçants. Ils ont proposé un cadre de rencontre dans lequel les conjoints sont accueillis, écoutés, reconnus dans leurs sentiments et dans leurs revendications. Les parents y sont invités à s'approprier les questions qui se posent à eux, à réfléchir ensemble aux solutions qu'ils peuvent mettre en œuvre pour se partager les responsabilités parentales. Dit autrement, dans ce cadre, ils leur est suggéré qu'ils peuvent « créer » leurs propres solutions et définir des normes qui s'appliquent à leurs relations et à l'organisation de leur parentalité.

La médiation prétend s'inscrire ainsi au cœur même d'un changement important de paradigme en renversant la place attribuée au professionnel - à l'« expert » - et en autorisant l'élaboration, par les personnes en présence, d'une norme individualisée. Dans le cadre de ce nouveau paradigme, ce sont les usagers, est-il affirmé, qui sont reconnus comme « experts » de leurs problèmes : c'est à eux qu'il revient d'élaborer les solutions qui s'accordent à leur situation, ce qui évite de faire appel à des normes émanant d'une instance supérieure, le droit, la parole du juge ou de l'expert. La place que se donne le médiateur est celle d'un catalyseur : il accompagne la prise de décision qui incombe aux usagers eux-mêmes ; il est garant du processus qui permet à ceux-ci de s'accorder sur des principes de décision, d'interagir et de négocier pour tenter de parvenir à une entente.

Or, cette idée de « remettre la maîtrise du conflit entre les mains des parties » peut être questionnée. Il est possible, on le sait, d'interroger cette pratique dans ce qu'elle définit comme sa spécificité - son caractère alternatif. Il est vrai que la manière dont on conçoit aujourd'hui le conflit et son traitement a subi une modification très profonde, avec l'émergence d'une dimension de « co-construction » des solutions par les parties en présence. Mais cette notion, renvoyant à l'idée d'une élaboration, par les parties elles-mêmes, d'une règle qu'elles maîtriseraient, nécessite un examen approfondi.

Qu'en est-il véritablement de la production de la norme dans ce cadre ? Selon nous, un dispositif apparemment « neutre », comme la médiation familiale, est en réalité porteur d'un cadrage des relations parents-enfants, d'un modèle très particulier du fonctionnement familial. La médiation est loin de permettre le développement de modèles différents de la prise en charge des effets de la séparation. S'abriter derrière la notion de « co-construction » des décisions pour prétendre apporter un mode différent d'approcher les problèmes, c'est en réalité s'inscrire déjà dans un modèle bien particulier de fonctionnement de couple et de prise en charge des enfants.

La médiation comme dispositif de cadrage des relations familiales

Tout en s'inscrivant dans les mutations contemporaines de la régulation sociale, la médiation familiale est aussi un dispositif qui encadre les comportements familiaux et qui en impose à ses usagers. Il ne fait pas de doute que la médiation est co-construction, respect des personnes et de leur volonté. Ce n'est pas pour autant qu'elle donne à ses usagers une liberté entière. Au contraire, le dispositif de médiation inclut une manière de procéder qui, par elle-même, induit des résultats particuliers. Contrairement à ce qu'on pourrait attendre dans la logique du respect de la diversité des personnes et de leur créativité, les décisions prises en médiation se situent dans des registres extrêmement précis, limités, voire répétitifs - même s'ils sont dit modernes. La production en commun de la norme, ne conduit pas à « n'importe quelle » solution, mais à des résultats substantiels bien particuliers - ce qui fait de la médiation, une pratique négociée en apparence, mais en réalité un dispositif qui participe à une forme particulière de régulation de la sphère familiale (Cardia-Vonèche & Bastard, 1989, 1990). On évoquera deux aspects selon lesquels il y a de l'imposé au cœur même de la négociation que propose la médiation. Le premier aspect a trait à la forme de l'interaction qui est, on le montrera, fortement déterminée et contrainte, tandis que le second concerne la norme produite à travers la médiation.

Le cadre dans lequel s'inscrit la médiation n'est pas neutre, il est contraignant et tout se passe comme s'il était conçu pour ça. Il suffit, pour s'en convaincre de constater l'importance que les médiateurs y attachent, ou encore l'importance qu'ils lui donnent dans les dispositifs de formation (Denis, 2001). S'il en est ainsi, c'est que ce cadre est l'instrument qui leur permet de « tenir » l'interaction et donc d'assurer aux parties la possibilité même d'exprimer leurs idées et leurs besoins et d'être entendues. A ce premier niveau, la contrainte qui s'exerce apparaît aux médiateurs et aux usagers comme une « discipline » indispensable et positive, comme une garantie et comme une ressource pour réduire la tension dans ces séances. En aucun cas elle n'est vue comme quelque chose qui interférerait avec le résultat.

Or, au-delà de l'édiction et de l'acceptation de règles qui permettent un échange et une discussion - même si celle-ci reste tendue - le dispositif est porteur de contraintes fortes qui s'exercent sur les participants - des contraintes qu'ils acceptent, sans nécessairement les percevoir, au moment

où ils s'engagent de leur propre gré dans le processus. C'est l'obligation, une fois accepté le principe de la médiation, de s'asseoir à la table des négociations ; l'obligation d'entrer en contact, via le médiateur, avec l'autre partie - et ceci quels que soient les sentiments de chacun à l'endroit de l'autre ; l'obligation, pour chacune des personnes en présence, de parler, d'évoquer ce qu'elle ressent, ce qu'elle veut et ne veut pas, de faire des propositions ; celle aussi d'écouter ce que l'autre veut et ne veut pas. Bref, il y a, pour chacun des participants l'obligation d'être présent, de se montrer actif, de faire preuve d'une forme d'engagement dans le processus. Il y a donc, incluse dans le cadre, davantage qu'une incitation forte. Accepter d'y entrer, c'est accepter de reconnaître le bien-fondé du point de vue de l'autre, c'est se trouver poussé à entrer dans des concessions vis-à-vis de l'autre⁴.

Plus profondément, une exigence très forte, et moderne - « l'exigence d'être soi » - se trouve incluse dans le dispositif (Erhenberg, 1998). Celui-ci porte en lui une attente d'authenticité, la haine du mensonge. La médiation familiale s'inscrit dans un horizon dans lequel les relations entre les parties, leurs différends, doivent être clarifiés, explicités. Pas la peine de s'y inscrire si c'est pour ne pas vouloir que les problèmes rencontrés soient mis sur la table. Le médiateur tient à ce que les « mondes » de chacun soient rendus visibles - et certains se réfèrent d'ailleurs explicitement, dans leur pratique, à la sociologie de Boltanski et Thévenot (1991). Cette exigence porte aussi bien sur la clarification du sens des actions passées que sur la situation présente. Les circonstances de la rupture, notamment, qui sont souvent entourées de malentendus, de non-dits, de stratégies dictées par la rancœur, pourront faire l'objet d'un rappel et d'un travail en commun. S'agissant du présent, la médiation fait usage, pour garantir l'authenticité des prises de position des parties, de l'expérimentation des propositions faites : une solution imaginée par l'un ou l'autre des ex-conjoints peut être testée au cours d'une période provisoire, de sorte que chacun puisse en mesurer la faisabilité et les conséquences et en faire ensuite état dans la discussion. Le trucage, la mauvaise foi sont difficiles, mal vus, voire proscrits, sous la houlette du médiateur. Ils empêchent la poursuite du travail en commun.

En définitive, la médiation est un mode de gestion des situations de divorce qui présuppose l'acceptation, par les ex-conjoints en rupture, du fait que le traitement de leur différend se fasse à travers la négociation. Cette exigence fait de la médiation un mode de gestion du conflit particulier et contraignant - du fait, précisément, qu'y adhérer signifie donner acte qu'on accepte d'entrer en négociation.

4. Cette quasi obligation d'accepter le point de vue de l'autre et d'entrer dans des concessions en s'asseyant avec lui chez le médiateur est d'ailleurs, selon nous, la principale raison qui explique le petit nombre des situations dans lesquelles les parties s'accordent pour recourir à la médiation.

La préférence pour un modèle particulier de fonctionnement conjugal et parental

En allant plus loin, on peut montrer que la contrainte ne porte pas seulement sur les modalités d'élaboration des décisions, mais aussi sur le résultat de la négociation. N'importe quel résultat n'est pas attendu en médiation. Les médiateurs eux-mêmes revendiquent parfois le fait que leur pratique n'a pas n'importe quelle finalité, mais qu'elle se doit de sensibiliser les hommes aux responsabilités parentales – en leur rappelant que davantage de présence auprès de leurs enfants les engage à établir avec ceux-ci une relation continue – et, à l'inverse, d'empêcher les femmes de « s'approprier » leurs enfants en les incitant à faire davantage de place aux pères dans la prise en charge de ces derniers. On peut aussi évoquer les écrits dans lesquels les médiateurs, pour valoriser leur pratique, notamment auprès des autorités publiques, prétendaient qu'ils obtiennent, grâce au dispositif qu'ils mettent en place, un meilleur partage des responsabilités entre les parents et une plus grande conformité dans le respect des décisions prises (par exemple pour ce qui est du paiement des pensions alimentaires).

Si de tels indices font douter que le médiateur soit entièrement indifférent aux solutions envisagées par les parents, on peut proposer une analyse plus précise qui explique ce que cherche la médiation et en quoi elle s'écarte du principe de co-construction pour se rapprocher d'une pratique de normalisation des relations entre les parents. En s'appuyant sur des recherches anglaises, on peut suggérer que les médiateurs participent activement à la mise en place de certaines solutions plutôt que d'autres. Dingwall et Greatbatch l'ont montré naguère, dans un article classique : la médiation constitue un processus de « facilitation sélective » (*selective facilitation*) (Dingwall & Greatbatch, 1989). Ils s'appuyaient, pour en faire la preuve, sur le constat, réalisé à partir d'observations empiriques, d'une certaine partialité du médiateur, qui évite, selon eux, d'entendre certaines questions et « préfère » certaines offres de solution à d'autres. Il s'agit, en l'espèce, d'une solution qui favorise la participation du père à la prise en charge des enfants, mais sans troubler l'ordre familial et sans remettre en cause la spécialisation des rôles conjugaux.

Cette partialité qui se manifeste dans la conduite même de la négociation, de façon occasionnelle ou plus systématique, reflète certaines préférences du médiateur. De telles préférences vont généralement dans le sens d'un appui à des solutions paritaires, qui encouragent la participation des hommes à la prise en charge des enfants. Les médiateurs font fréquemment référence à l'intérêt de l'enfant et s'en servent comme d'un levier pour dépasser les antagonismes et pousser les ex-conjoints à coopérer dans les tâches d'éducation. Le cadre de la médiation apparaît comme un espace de discussion qui permet la valorisation de cet intérêt supérieur des enfants et favorise sa compréhension et son intériorisation par des parents, qui ne peuvent faire autrement que de prendre en considération la place de l'autre.

A ces préférences peu visibles s'ajoute un facteur structurel, inscrit dans le dispositif de la médiation lui-même. Il est en effet établi depuis longtemps

que le modèle de discussion proposé en médiation (s'asseoir autour d'une table, écouter l'autre, faire savoir ce qu'on veut, négociier) renvoie, implicitement, à un modèle particulier du fonctionnement des relations conjugales et familiales. L'analyse que nous en avons faite, en nous référant aux travaux de Jean Kellerhals sur les fonctionnements familiaux (Kellerhals, Troutot, Lazega, 1984), suggère que le dispositif même de la médiation inclut une préférence pour un mode de fonctionnement de type associatif et s'écarte au contraire du modèle fusionnel. Sans reprendre en détail cette analyse, on peut rappeler que le mode associatif renvoie à un fonctionnement du couple et de la famille dans lequel chacun des partenaires est reconnu pour ce qu'il est et ce qu'il fait, indépendamment de son engagement dans le « Nous-couple ». C'est un fonctionnement dans lequel chacun voit reconnus et valorisés ses intérêts et les domaines dans lesquels il s'investit. Enfin, c'est une modalité de l'être en couple dans laquelle les investissements faits et les bénéfices retirés de l'union sont constamment comptabilisés et dans lequel les acteurs réévaluent périodiquement les contrats passés entre eux, ce qui, par définition, donne à la relation un caractère limité dans le temps et peut s'avérer particulièrement adapté au moment d'une séparation. A ce type associatif on peut opposer un tout autre modèle du fonctionnement des couples et des familles, dit fusionnel : on a alors affaire à l'idée d'une réciprocité généralisée, sans limite de durée. Dans cette forme d'union, l'idée d'une comptabilité des apports et des rétributions est exclue. Au contraire, l'organisation mise en place par les conjoints efface les « Je » et donne toute la prééminence au collectif, au « Nous ». L'ensemble des intérêts et des désirs des individus sont alors fondus dans une unité et, par conséquent, il est difficile de distinguer, dans ce faire ensemble, ce qui ressort de la conjugalité et de la parentalité, un enjeu majeur lorsqu'intervient une rupture.

La médiation familiale exprime, à travers le cadre qu'elle instaure, une opposition complète à l'idée d'une régulation de type fusionnel. Cette opposition se marque notamment dans le fait que l'entrée en médiation suppose l'acceptation de l'idée que les différends doivent faire l'objet d'une explicitation et que chaque partie est supposée parler pour elle-même et ne peut se prévaloir de parler au nom du couple. De même, la haine de la fusion se marque dans la valorisation de solutions qui donnent à chaque parent une place singulière auprès de celui-ci et excluent toute appropriation de l'enfant par l'un ou l'autre de ses parents. Dans ce sens, les médiateurs, en valorisant les prestations des pères ne contribuent-ils pas à réduire l'emprise des mères sur leurs enfants - ce qui explique leur succès auprès des associations qui représentent la condition paternelle ? A l'inverse, la médiation se trouve dans une homothétie structurelle avec le modèle associatif. Le processus de médiation n'est rien d'autre que la mise en place d'une discussion portant sur les intérêts des conjoints et leurs intentions au moment de la rupture familiale, une discussion dont l'enjeu et l'objectif sont l'élaboration de contrats, aussi satisfaisants que possible pour chacun d'eux, renouvelables et réactualisables. En ce sens, la médiation est en phase avec l'idée d'une renégociation permanente des arrangements qui régulent l'union conjugale dans une perspective associative. Le dispositif même de la médiation est un apprentissage qui tend à instaurer un type particulier de relations parentales

entre partenaires après la séparation. Sous couvert de co-construction, les médiateurs n'ont fait que promouvoir ce modèle très spécifique des relations familiales. Se pose alors la question de savoir quelle place peut occuper la médiation au moment où elle est reconnue comme une profession et où, simultanément, le modèle qu'elle promouvait implicitement est devenu la norme légale qui s'applique aux relations familiales, notamment après la rupture conjugale.

QUEL REPOSITIONNEMENT POUR LA MÉDIATION FAMILIALE, UNE FOIS SON PROJET INSTITUTIONNALISÉ ?

Il s'agit maintenant de réinterroger le lien entre les médiateurs et la justice à la lumière de la nouvelle situation créée par l'institutionnalisation de la médiation familiale et par l'adoption simultanée du régime de la coparentalité. Pour ce faire, il convient d'envisager l'effet de la convergence des deux phénomènes qu'on a décrits en introduction : la reconnaissance légale de la médiation et la création de la profession, d'une part, le changement du droit et la focalisation sur la notion de coparentalité, d'autre part.

Eu égard à la problématique de la reconnaissance, la médiation est aujourd'hui inscrite dans le code civil et les médiateurs voient aujourd'hui leur formation encadrée et certifiée par l'Etat. De plus, leur rémunération est taxée et prise en charge, au moins pour partie, dans le cadre d'un dispositif public dont les caisses d'allocations familiales assurent la gestion. Ils forment donc un nouveau groupe professionnel même si les limites de leur pratique - leur « juridiction », au sens de la caractérisation des situations dans lesquelles ils sont supposés intervenir - restent encore à préciser⁵. Le nombre des médiations reste certes limité et n'assure véritablement un emploi significatif qu'à un petit nombre de professionnels, mais il tend à augmenter (Moreau, Munoz-Perez & Serverin, 2005).

Sur l'autre versant, celui de la transformation des normes légales, le mouvement d'ensemble du droit de la famille a conduit à mettre la notion de coparentalité au cœur du traitement du divorce. Le droit et les pratiques judiciaires se situent ainsi « sur la même longueur d'onde » que la médiation. Médiation et coparentalité vont de pair : la co-construction des solutions dans le cadre de la médiation s'effectue « à l'ombre de la loi » - il s'agit d'actualiser la coparentalité. La coïncidence n'est nullement fortuite. C'est une même volonté politique qui se trouve à l'œuvre dans ces changements, celle qui consiste à proposer une vision moderne de la famille, paritaire et démocratique, qui reflète naturellement le modèle de négociation décrit plus haut.

5. Les médiateurs familiaux, dont le champ d'action est parfois cantonné à la question du divorce (cf. le code de déontologie de l'Association pour la médiation familiale, APMF) revendiquent une plus large extension de leur secteur de compétence. C'est ainsi qu'ils font valoir leur capacité à prendre en charge les conflits qui opposent les générations au sein de la famille - notamment les situations dans lesquelles des adolescents sont en conflit avec leurs parents ou les grands-parents avec leurs enfants. Plus récemment, la question de l'utilisation de la médiation dans le champ de la protection de l'enfance, en AEMO en particulier, se trouve également posée.

Ce double mouvement - institutionnalisation de la médiation et affirmation, en parallèle, de la coparentalité - ne transforme-t-il pas la place de la médiation familiale dans le dispositif de traitement des ruptures familiales ? Plus précisément, ne pousse-t-il pas les médiateurs à renoncer au caractère « alternatif » de leur pratique, jusqu'alors fortement revendiqué ?

Que reste-t-il à la médiation ?

Quel est le rôle de la médiation à l'heure où son « agenda caché » - sa préférence pour le maintien d'une relation coparentale - est devenu officiellement la règle qui organise le divorce, voire de manière plus générale, les relations enfants-parents ? Si le succès de la médiation a permis de transformer en norme les objectifs qu'elles se fixaient, on se trouve dans une configuration nouvelle, dans laquelle la « co-construction » n'a d'autre issue que de retrouver la règle de droit. Dans cette configuration, la médiation voit son objet limité. Perdant son caractère d'altérité - dont nous venons de dire le caractère illusoire - la médiation devient ce qu'elle est véritablement : une forme douce de l'encadrement des comportements privés, un accompagnement prétendument créatif, mais largement préconfiguré - une certaine créativité s'exerçant sans aucun doute, mais à la marge, dans les moyens mis en œuvre pour permettre aux ex-conjoints d'adhérer aux nouvelles règles de droit.

Dans la nouvelle étape à laquelle nous assistons maintenant, la médiation et le droit se trouvent explicitement en phase. Alors que, dans la période précédente, on disait craindre « l'instrumentalisation » de la médiation par la justice, cette crainte n'est plus de mise aujourd'hui, puisque les deux institutions « regardent dans la même direction ». Craindre l'instrumentalisation, c'était, hier, se méfier que la justice ne respecte pas les principes éthiques et la confidentialité du processus de médiation. C'était redouter qu'elle n'ait la velléité de se servir du travail des médiateurs pour instruire les dossiers, faire parler les conjoints, préparer les décisions, pacifier le divorce, en se réservant le rôle d'entériner les décisions ainsi élaborées - sans respect pour la spécificité de la pratique de la médiation ni pour sa confidentialité. Or, un tel risque, s'il a jamais existé, est forcément réduit aujourd'hui : les garanties déontologiques de la médiation sont établies et, surtout, il n'est plus question d'un écart possible entre ce que veut la médiation et ce que veut le juge, puisque le droit a fait de l'objectif (implicite) de la médiation une norme explicite. La crainte de l'instrumentalisation a laissé la place à l'idée que la médiation est aujourd'hui devenue un auxiliaire de la justice, cette idée ne faisant plus peur.

Que reste-t-il alors au médiateur ? Ce qu'il faisait jusqu'alors, comme une alternative à l'action des tribunaux, à distance des juridictions et cependant « à l'ombre de la loi » (Mnookin & Kornhauser, 1979), se fait maintenant au grand jour et devient le standard auquel tous les couples sont supposés parvenir. Le droit de la famille lui-même, déjà largement orienté vers la recherche du consensus et de l'autorégulation dans ces affaires de divorce, est devenu plus explicitement coopératif avec la référence à la copar-

rentalité. La médiation ne court-elle pas alors le risque de se voir assigner un rôle de pré-traitement des affaires, d'instruction, voire de mise en forme de décisions relativement standardisées, à l'attention des juges ? Une certaine pression ne va-t-elle pas s'exercer, depuis les tribunaux, pour que le médiateur veuille bien contribuer à l'écoute des couples divorçants, à l'orchestration de la mise en œuvre de la loi, à une forme de « traduction » de la situation réelle et des accords auxquels ils auront abouti en termes acceptables du point de vue légal ? Il serait utile de vérifier si l'on trouve des signes de cette évolution dans la production des médiateurs : une tendance à faire des accords de médiation des « préjugements » rédigés dans des termes proches des décisions que les tribunaux peuvent rendre⁶. On ne saurait s'étonner d'une telle évolution, si elle était confirmée. C'est la rançon de l'institutionnalisation de la médiation et de la réussite de l'idéologie qu'elle défendait.

Le rôle qui incombe aux médiateurs, dans le dispositif coopératif qui se met en place aujourd'hui, revient à mettre en forme les accords nécessaires à l'exercice de la coparentalité, un rôle qui ressemble à celui que remplissaient les avocats dans le système qui existait auparavant, reposant sur le choc des revendications individuelles. Ce rôle consistait alors à mettre en forme les prétentions des parties, y compris en négociant avec leurs clients lorsque ceux-ci présentaient des demandes déraisonnables. Les avocats spécialisés dans les affaires familiales ont d'ailleurs bien perçu le sens de cette évolution, comme le montre la diffusion accrue de l'intérêt porté à la médiation au sein des barreaux.

La médiation peut-elle contribuer à réduire l'écart entre la norme et les pratiques conjugales ?

Les médiateurs pourront sans doute repenser autrement la manière de concevoir la nouvelle place dans le traitement du divorce : ne leur revient-il pas, dans la nouvelle configuration, le rôle de combler l'écart qui s'est creusé entre la loi et les pratiques conjugales ? En effet, réussir son divorce est devenu une tâche ardue sous le nouveau régime de la coparentalité. En faisant du modèle des parents associés et de la circulation des enfants un impératif, le législateur a choisi un modèle particulier, jusqu'alors adopté et mis en œuvre par une minorité des divorçants, pour en faire le mode usuel d'organisation des relations familiales après la séparation. Peu de couples ont les compétences et les habitudes en matière de négociation pour réaliser un tel modèle associatif. Faire circuler les enfants entre les différentes lignées dont ils sont issus suppose une certaine perméabilité des frontières de la famille qui est difficilement concevable si l'on s'en tient à une forme d'union domestique et fermée. Par conséquent, le rôle que vont jouer les médiateurs dans l'orchestration des dispositions légales oscille entre deux pôles : soit il

6. L'étude d'un échantillon d'accord de médiation, recueillis en Suisse romande, où la loi n'est pas si explicite quant au recours à la médiation familiale a attiré notre attention sur cette tendance des médiateurs à rédiger les accords de médiation dans un sens qui préfigure le jugement de divorce. Nous n'avons pas réalisé d'étude comparable en France.

s'agit de mettre au point le détail des modalités de la réorganisation familiale avec les divorçants qui se montrent prêts à s'inscrire dans la perspective de la négociation d'accords entre eux ; soit il s'agit - autant que possible - d'essayer de faire partager le sens de la loi et de soutenir l'accès à un processus de négociation, s'agissant de divorçants qui paraissent loin de disposer des capacités de se conformer à ce qui est attendu dans le cadre d'une séparation moderne. Dans le premier cas, la médiation s'adresse aux personnes déjà sensibilisées à l'idée d'une coopération parentale après la rupture - autrement dit, elle prêche les fidèles déjà convaincus et peut contribuer à résoudre les questions qui se posent à eux, dans le détail. Dans le second cas, elle se voit assigner une tâche délicate. Si le nombre des médiations stagne aujourd'hui - ou du moins à du mal à « décoller » - c'est bien qu'il est difficile de « convertir » les usagers aux exigences de la coparentalité s'ils ne s'inscrivent déjà, peu ou prou, dans cette perspective tant que dure leur union. Comment imaginer que les médiateurs puissent faire advenir des capacités de négociation chez des conjoints qui ne se rattachent aucunement à un modèle de démocratie familiale ? Peut-on pousser les couples à changer leur représentation du fonctionnement familial et à faire une place à un parent qui « ne fait plus partie de la famille » ? Par définition, la discussion et le processus de négociation qui constituent le cœur de la médiation, ne peuvent progresser qu'avec les apports volontaires des conjoints. L'art du médiateur est sans doute d'obtenir que les participants prennent conscience de l'intérêt de coopérer, en s'appuyant sur le levier que constitue le mieux-être de leurs enfants et sur l'appel au respect des dispositions légales sur l'autorité parentale. Pour autant cet art a des limites et il restera des couples pour lesquels la médiation ne paraît pas une voie praticable.

* * *

En définitive, le paradoxe de la médiation se transforme. Elle se prétendait neutre et créative alors qu'elle était, en réalité, porteuse d'une nouvelle normalité. Dès lors que cette normalité se trouve à son tour instituée, la médiation voit sa signification altérée, puisqu'elle consiste, aujourd'hui, en une contribution reconnue à la mise en œuvre des dispositions légales. La médiation peut-elle être autre chose qu'un dispositif d'orchestration et d'enregistrement de décisions « conformes au droit » ? Les médiateurs, s'ils sont ce qu'ils prétendent être, c'est-à-dire une instance de délibération et de construction de toute solution voulue par les parties, ne devraient-ils pas contester et rejeter une évolution qui fait d'eux les instruments de l'application d'un droit contraignant - qu'il s'agisse de l'obligation de s'entendre ou de l'impératif de la circulation des enfants ? Or si les médiateurs, qui ont obtenu la reconnaissance de leur mission, ne souhaitent rien tant que contribuer à une œuvre collective voulue par le législateur, c'est bien que la médiation constitue, aujourd'hui comme naguère, de manière implicite, un dispositif de normalisation et de promotion de la coparentalité. Dans cette perspective, elle a un rôle important à jouer, comme une maïeutique permettant aux parties en conflit de saisir ce qui est attendu d'elles et d'intégrer l'exercice difficile qui consiste à rester parents tout en étant séparés.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Annales de Vaucresson, Les paradoxes de la médiation, n° 29, 1988/2.

Bastard, B. (2005) Mais à qui profite la médiation familiale ? *Dialogue* 170 : 65-80.

Bastard, B. & Cardia-Vonèche, L. (2000) L'institutionnalisation de l'informel : la mort d'une bonne idée ? L'exemple de la médiation familiale, *FAMPRA.ch (La pratique du droit de la famille)* 2 : 216-230.

Boltanski, L. & Thévenot, L. (1991) *De la justification : les économies de la grandeur*, Paris : Gallimard.

Callon, M., Lascoumes, P. & Barthe, Y. (2001) *Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie*, Paris : Le Seuil.

Cardia-Vonèche, L. & Bastard, B. (1989) Vers un nouvel ordre familial ? *Le groupe familial* 125 : 123-129.

Cardia-Vonèche, L. & Bastard, B. (1990) *Le divorce autrement : la médiation familiale*, Paris : Syros, 1990.

Cardia-Vonèche, L. & Bastard, B. (2002) La médiation familiale : une profession en avance sur son temps ? *Recherche et prévision* 70 : 19-29.

Dekeuwer-Défossez, F. (1999) *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps (rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice)*, Paris : La Documentation Française.

Denis, C. (2001) *La médiatrice et le conflit dans la famille*, Ramonville-saint-Agne : Erès.

de Munck, J. (1998) De la loi à la médiation, in P. Rosanvallon et al. (éds) *France : les révolutions invisibles*, Paris : Calmann-Lévy.

Greatbatch, D. & Dingwall, R. (1989) Selective Facilitation : Some Preliminary Observations on a Strategy Used by Divorce Mediators, *Law & Society Review*, Vol. 23 (4) : 613-642.

Erhenberg, A. (1998) *La fatigue d'être soi : dépression et société*, Paris : Odile Jacob.

Kellerhals, J., Troutot, P.-Y. & Lazega, E. (1984) *Microsociologie de la famille*, Paris : Presses universitaires de France.

Martin, C. (1994) *Les médiations familiales : structures, modèles d'intervention, publics et rapports au judiciaire. Justice pour tous ou justice communautariste ? Rapport pour le service de la recherche du ministère de la Justice*.

Mnookin, R.-H. & Kornhauser L. (1979) Bargaining in the Shadow of the Law : The Case of Divorce, *The Yale Law Journal*, Vol. 88 (5) : 950-997.

Moreau, C., Munoz-Perez, B. & Serverin E. (2005) La médiation familiale et les lieux d'exercice du droit de visite dans le secteur associatif en 2003, *Infostat Justice* 84.

Renchon, J.-L. (1983) Droit et pauvreté affective, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 10 : 17-36.

Sassier, M. (2001) *Construire la médiation. Arguments et propositions*, Paris : Dunod.

Théry, I. (1993) *Le Démariage : justice et vie privée*, Paris : Odile Jacob.

Théry, I. (1998) *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Paris : Odile Jacob.

