

MÉMOIRE D.U. I DE MÉDIATEUR

INTRODUCTION :

Il ne m'est pas apparu comme une évidence de faire un choix quant au thème de mon mémoire : synthèse, cas pratique, notion clef à développer, brève réflexion philosophique ou littéraire, ou encore pré-projet en vue du Diplôme Universitaire II.

Un choix cornélien pour une native du signe astrologique de la balance qui oscille toujours un long moment entre plusieurs solutions avant de prendre une décision, y compris devant un menu dans un restaurant !

Une rencontre récente au Palais de Justice d'EVRY avec une consœur du Barreau de NANTERRE (- et amie de promotion de l'Ecole d'Avocats-), m'a permis de constater que la médiation n'était pas du tout un processus acquis dans son esprit, alors que celle-ci n'a pourtant pas le tempérament ni la réputation d'un « Pit bull » ou d'une hystérique dans l'exercice de notre profession.

Elle était contrariée que le greffe ait exigé la mise en place d'une médiation familiale préalable suite au dépôt de sa requête, et avait oublié que le T.G.I. d'EVRY était pilote dans le cadre de cette réforme.

Sa réaction m'ayant surprise, je me suis évertuée à essayer de la convaincre des bienfaits de la médiation en lui disant en résumé que les résultats pouvaient être « magiques ».

Elle m'a alors répondu que les gens avaient besoin de conflit pour régler leurs problèmes et leurs litiges, qu'ainsi était faite la nature humaine, et que la médiation n'y changerait rien.

Je me suis alors fait la réflexion qu'il me fallait trouver des arguments percutants et convaincants pour parvenir à mener les sceptiques sur le chemin de la médiation.

Néanmoins, une fois les sceptiques convaincus, il n'en demeure pas moins qu'il est des cas dans lesquels la médiation verra ses limites par application de la loi ou par l'existence de critères défavorables.

I COMMENT CONVAINCRE LES SCEPTIQUES DE LA MÉDIATION ?

A/ Retour vers le passé : un peu d'Histoire

En préalable, il nous faut revenir à l'Histoire tout simplement, pour se convaincre de l'importance de la place de la médiation, peut-être depuis la nuit des temps ?

Nous pouvons en citer quelques exemples :

- le rôle des patriarches tels qu'Abraham, Noé et Aaron servant de médiateurs entre Dieu et le peuple d'Israël et au sein du peuple juif lui-même ;
- Socrate et la philosophie de la maïotique (parler dans le langage de l'autre) ;
- 1751 L'encyclopédie de Diderot et d'Alambert avec sa définition de la médiation : « *celui qui s'entremet entre deux contractants ou qui porte les paroles de l'un à l'autre pour les lui faire agréer* » ;
- Citation d'Abraham LINCOLN (1809-1865) : « *Evitez les litiges. Chaque fois que vous le pouvez, poussez vos voisins au compromis. Dites-leur que bien souvent, celui qui semble avoir remporté la partie est le véritable vaincu, qu'il a perdu son argent et son temps...* » ;
- Constitution de 1791 :
Chapitre V- Du pouvoir judiciaire :
Article 5 : « *Le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif* ».
Article 6 : « *Les tribunaux ordinaires ne peuvent recevoir aucune action au civil, sans qu'il leur soit justifié que les parties ont comparu, ou que le demandeur a cité sa partie adverse devant des médiateurs pour parvenir à une conciliation* ».
- le rôle des chefs de village et de l'Ancien ou du Sage en Afrique (médiation palabre) ;
- la pratique ancestrale de la médiation en Chine et au Japon, comme moyen principal de résolution des litiges ;

Dans les années 1970, les Etats-Unis ont mis en place une justice moderne tournée vers les modes alternatifs de résolution des conflits (Alternative Dispute Resolution) et la médiation a été théorisée dans le cadre de recherches et de travaux de grands professeurs de l'Université d'Harvard (Sander, Ury, Fischer).

Dans les années 1990, des pays comme le Québec, le Royaume-Uni, l'Australie, l'Amérique Latine, et ceux de l'Extrême-Orient, ont développé et impulsé des systèmes de médiation.

La France étant un pays de culture du conflit, a pris du retard dans la pratique de la médiation.

Le législateur français a enfin légiféré en votant la loi du 8/02/1995, modifiée par l'Ordonnance du 16/11/2011, portant transposition de la directive CE du 21/05/2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, laquelle dispose en son article 21 : « *La médiation s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné avec leur accord par le juge saisi du litige* ».

Par la suite, d'autres textes sont venus modifier le code civil et le code de procédure civile :

- le Décret du 20/01/2012 relatif à la résolution amiable des différends ;
- le Décret du 11/03/2015 relatif à la simplification de la procédure civile et modifiant les articles 56 et 58 du C.P.C. ;
- la loi du 18/11/2016 dite de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle.

C'est le lieu de préciser que le Tribunal de Grande Instance d'EVRY a été désigné comme Tribunal pilote relativement à la mise en place d'un processus de médiation obligatoire préalablement à la saisine du Juge aux Affaires Familiales.

L'arrêté du 16 mars 2017 a ainsi désigné le Tribunal de Grande Instance d'EVRY, pour expérimenter la médiation préalable obligatoire, avant de pouvoir saisir le Juge aux Affaires Familiales.

Cependant, cette expérimentation ne concerne pas toutes les affaires nouvelles.

L'article 7 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle a **instauré une tentative de médiation familiale « obligatoire » à peine d'irrecevabilité** :

« A titre expérimental et jusqu'au 31 décembre de la troisième année suivant celle de la promulgation de la présente loi, dans les tribunaux de grande instance désignés par un arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, les dispositions suivantes sont applicables, par dérogation à l'article 373-2-13 du code civil.

Les décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ainsi que les stipulations contenues dans la convention homologuée peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande du ou des parents ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non.

A peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, la saisine du juge par le ou les parents doit être précédée d'une tentative de médiation familiale, sauf :

1° Si la demande émane conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du code civil ;

2° Si l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime ;

3° Si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant. »

L'arrêté du 16 mars 2017, publié le 23 mars 2017, a désigné les onze juridictions retenues : Bayonne, Bordeaux, Cherbourg-en-Cotentin, Evry, Montpellier, Nantes, Nîmes, Pontoise, Rennes, Saint-Denis de la Réunion et Tours.

Le vœu des législateurs et des gouvernements successifs depuis plusieurs années, est bien de privilégier la médiation (même si leurs motivations de politiques budgétaires de restriction et d'économies, ou de « pure » politique l'ont souvent emporté sur les bonnes raisons et la philosophie de la médiation)...

Quoi qu'il en soit, l'on ne peut que se réjouir de tendre vers une nouvelle approche de la résolution des conflits, laquelle passe par la pacification, le respect d'autrui et la mise en place de modes de communication non violente, sans être pour autant naïf quant à l'éradication des conflits eux-mêmes.

La médiation ne « tue pas le conflit dans l'œuf », mais au contraire, l'accueille pour permettre aux parties de le verbaliser, de le ressentir, de l'échanger aux fins que chacune l'appréhende d'une façon empathique et comprenne l'autre dans son mode de langage et dans son cadre de référence.

Il faut prendre son bâton de pèlerin et convaincre de tous les bienfaits de la médiation pour soi-même et pour le bonheur de l'Homme.

B/ La médiation « en marche » et pour tous :

On aurait pu tout aussi bien choisir comme titre de cette sous-partie :

- « Le changement, c'est maintenant » ;
- « Tous pour la médiation et la médiation pour tous » ;
- « La caravane de la médiation ne s'arrêtera plus » etc...

En faisant un petit clin d'œil aux hommes politiques, lesquels sont les plus grands belligérants et ont conduit tant de peuples à la guerre, à la destruction et à la haine.

A cet égard, on peut citer cette fois la définition de la médiation au sens politique du terme, selon l'Encyclopédie de Diderot et d'Alambert :

« Lorsque les Nations se font la guerre pour soutenir leurs prétentions réciproques, on donne le nom de médiateur à un souverain ou à un Etat neutre, qui offre ses bons offices pour ajuster les différends des puissance belligérantes, pour régler à l'amiable leurs prétentions et pour rapprocher les esprits des princes que les fureurs de la guerre ont trop souvent aliénés, pour écouter la raison ou pour vouloir traiter de la, paix directement les uns avec les autres... »

Après avoir rappelé une bribe d'histoire aux sceptiques, il échet désormais de les convaincre en abordant le fond du sujet et en mettant en exergue l'intérêt de recourir à la médiation.

Comme dans l'exercice de la plaidoirie, tous les arguments doivent être développés et explicités pour emporter la conviction de l'interlocuteur, ou du lecteur, en imaginant qu'il est un client, un confrère, un adversaire et son conseil, un co-contractant etc....

Une première question incitant à la réflexion pourrait être celle-ci : Et si l'on commençait par un face à face centré sur la médiation du langage et des mots, en recourant à la présence bienveillante d'un médiateur, avant d'aller en guerre ?

On inverserait *ab initio* le recours spontané et automatique au juge ou le fait de « déposer plainte », selon le langage courant et souvent inadapté de nos concitoyens, lesquels ne font que rarement la différence entre les matières civiles et pénales.

Quel professionnel du droit n'a jamais entendu son client ou toute autre personne, dire qu'elle voulait déposer plainte, alors que le litige ne relève pas du droit pénal ?

Je vais « l'attaquer en justice » est une expression courante qui démontre une posture de belligérant, prêt à entrer immédiatement en guerre, sans jamais imaginer un autre mode de règlement du litige.

Par exemple : « Je vais attaquer mon voisin pour un trouble de voisinage parce qu'il n'a pas taillé sa haie et qu'elle fait de l'ombre sur ma terrasse » ; « je vais attaquer mon locataire car il n'a pas payé un mois de loyer » ; « je vais attaquer mon fournisseur car il n'a pas respecté les délais contractuels » ; « je vais attaquer mon employeur car il ne me paye pas mes heures supplémentaires » ; « je vais attaquer mon ex femme car maintenant que les enfants sont grands, je veux une résidence alternée » ; phrases entendues que l'on pourrait décliner à l'infini dans toutes les matières du droit.

Il faut ouvrir les esprits à l'idée de médiation, pour éviter la guerre et envisager toutes les solutions d'une paix durable dans les relations.

En droit de la famille, j'ai pour habitude de faire la proposition suivante pour convaincre mes clients de s'engager dans des modes alternatifs de règlement des conflits :

Vous avez deux solutions pour divorcer (ou vous séparer) :

- soit réduire votre union à néant, en utilisant les méthodes de dynamitage de la démolition dans le bâtiment pour faire s'écrouler l'immeuble, et ainsi détruire votre mariage en quelques minutes, y compris les enfants ;
- soit construire votre désunion sur des fondations solides, en prenant le temps et l'énergie nécessaires, pour aboutir à des solutions pérennes et une relation de co-parentalité durable, dans l'intérêt des enfants.

Cette métaphore empruntée aux métiers du bâtiment leur permet de visualiser facilement et simplement le sort qu'ils veulent réserver à leur union : la faire s'effondrer dans une violente explosion, ou la transformer en une nouvelle construction pour préserver les liens.

Face à des personnes de bonne foi et non perverses, leur conviction est facilement et rapidement emportée, surtout lorsque j'insiste sur les victimes collatérales que seront leurs enfants.

Pour ce faire, je me sers de ma « spécialité », ou plutôt de mon sacerdoce d'Avocat d'enfants, pour les sensibiliser davantage aux conséquences dommageables et malheureusement souvent durables, de leurs conflits sur leurs enfants.

Je précise enfin à mes clients qu'en tout état de cause, je serai guidée par l'intérêt supérieur des enfants, et non par leur propre intérêt d'adulte, pour parvenir à des solutions amiables.

J'assume cette prise de position face à mes clients, en leur donnant des exemples de situations et de paroles d'enfants et de problématiques d'enfants confrontés aux conflits de leurs parents (conflit de loyauté, enfants caméléon, repli sur soi, addictions, échec scolaire etc...).

Par la suite, il convient de leur expliciter le processus de la médiation en exposant ses règles et ses fondements, et en présentant les outils et les méthodes de communication qui seront utilisés par le médiateur.

Le rôle du médiateur qui intervient selon les règles primordiales de neutralité et de confidentialité, est de faire le lien dans les situations de conflits et de maintenir la relation entre les parties qui se sont opposées et cristallisées dans leur litige.

Si les parties ont accepté ou ont été « obligées par le juge » de venir en médiation, c'est qu'elles ont chacune un intérêt à maintenir une relation (parents, cocontractants, voisins, collègues, associés etc...).

Il faut absolument stopper les réflexes d'affrontement, les rapports de force et la notion de gagnant/perdant.

Dans la démarche du demandeur, s'il intente un procès c'est bien pour le gagner, et dans l'esprit du défendeur, s'il décide de se défendre, c'est aussi pour gagner.

Quel client ne nous a pas posé cette question essentielle pour lui, et même en droit de la famille : « Maître, on va gagner ? ».

Je réponds systématiquement qu'en droit de la famille, il ne faut pas raisonner en termes de gagnant et de perdant mais plutôt faire en sorte que chacun s'en sorte du mieux possible et surtout, qu'il est indispensable de préserver et épargner les enfants des conflits et rancoeurs.

Quoi qu'il en soit, sauf jugement en équité « pure », il y aura forcément un gagnant et un perdant.

Pourquoi renoncer alors à ses chances de gagner ?

Pour préserver justement le fameux lien pour lequel chacun y trouve encore un intérêt.

Pour devenir gagnant/gagnant, il faut apprendre à avoir raison avec l'autre, au lieu d'avoir raison sur l'autre.

A ce propos, on peut citer une réflexion forcément humoristique de Raymond DEVOS sur celui qui a tort et qui a raison :

« On ne sait jamais qui a raison ou qui a tort. C'est difficile de juger.

Moi, j'ai longtemps donné raison à tout le monde. Jusqu'au jour où je me suis aperçu que la plupart des gens à qui je donnais raison, avaient tort ! Donc j'avais raison ! Par conséquent, j'avais tort !

Tort de donner raison à des gens qui avaient le tort de croire qu'ils avaient raison. C'est-à-dire que moi qui n'avais pas tort, je n'avais aucune raison de ne pas donner tort à des gens qui prétendaient avoir raison, alors qu'ils avaient tort !

J'ai raison, non ? Puisqu'ils avaient tort ! Et sans raison encore ! Là j'insiste, parce que...moi aussi, il m'arrive que j'aie tort.

Mais quand j'ai tort, j'ai mes raisons que je ne donne pas.

Ce serait reconnaître mes torts !!! J'ai raison, non ? Remarquez...il m'arrive de donner raison à des gens qui ont raison. Mais là encore, c'est un tort. C'est comme si je donnais tort à des gens qui ont tort. Il n'y a pas de raison !

En résumé, je crois qu'on a toujours tort d'essayer d'avoir raison devant des gens qui ont toutes les bonnes raisons de croire qu'ils n'ont pas tort ! ».

Tout est dit, mais comment sortir de ce cercle vicieux et naturel, de toujours vouloir avoir raison, surtout dans un conflit ?

Comment sortir également du triangle dramatique ou triangle des tensions, dans lequel chacun s'attribue un rôle et une position ?

Cette situation a été schématisée par Stephen Karpman sous la forme d'un triangle qu'il a nommé « infernal », avec une victime, un bourreau et un sauveur.

Lorsqu'une personne s'estime victime d'une situation, elle considère que la cause de son problème vient de son bourreau et elle fera appel à un sauveur (le juge), pour qu'il dise que l'autre a tort.

Le tribunal qui va désigner le coupable et indemniser la victime sera le sauveur mais le jugement figera chacun dans son rôle et rendra impossible la sortie du triangle des tensions, et donc l'apaisement du conflit.

Comment en sortir, et est-il possible d'en sortir en choisissant la voie de la médiation ?

La sortie du triangle dramatique se fera en appliquant la méthode dite de « **la roue de Thomas FIUTAK** », destinée à faire tourner les rôles « pré-établis » dans l'esprit de chacun.

Il s'agit de faire évoluer les positionnements, en suivant un processus d'approche différente de l'autre : permettre à chacun de comprendre les raisons de l'autre, ses motivations profondes, sans pour autant exiger qu'il soit d'accord avec l'autre.

Au préalable, on part du postulat selon lequel il n'y a pas de conflit sur les besoins et les valeurs, mais seulement un conflit sur la stratégie de chacun pour satisfaire ses besoins et ses valeurs.

Il faut donc avoir une discussion sur les stratégies et clarifier les intentions de chacun.

Les différentes étapes de cette ROUE sont les suivantes :

1°) **QUOI ?** (Clarifier et décrire les faits ; ce que chacun a vu ou entendu, définir les problèmes à régler) ;

2°) **POURQUOI ?** (Définir le cadre de référence de chacun, constitué par les besoins, croyances et valeurs ; comprendre comment les faits résonnent dans chaque cadre de référence ; demander pourquoi ces faits là posent problème ; chercher les intérêts derrière les positions) ;

3°) CATHARSIS DES EMOTIONS (chacun exprime ses bonnes raisons en libérant les émotions de la colère etc... ; les intercompréhensions sont abordées ; c'est une phase pivot, de bascule vers le rapprochement) ;

4°) ET SI ? (imaginer toutes les options possibles représentant un bénéfice mutuel; ouvrir le champ des possibles, faire preuve d'imagination) ;

5°) COMMENT ? (trouver les solutions, négocier avec un partenaire et avoir raison avec lui, pour ensuite négocier sur les choses).

En appliquant cette méthode, les parties vont pouvoir s'exprimer sur toute leur histoire ou historique de leur relation et se libérer de leurs émotions, pour être en capacité d'activer ensuite la phase de la réflexion.

La phase de catharsis des émotions est incontournable, faute de quoi, la partie de la réflexion du cerveau ne peut se mettre en action.

En 1969, le neuro-biologiste MAC LEAN a publié la théorie du « cerveau triunique », selon laquelle l'émotion court-circuite la réflexion :

- le cerveau reptilien traite l'information physique (chaleur, brûlure, douleur) et déclenche des réflexes pour assurer la survie ;
- le cerveau limbique traduit l'information en émotions (ressenti avec manifestations physiques) ;
- le néocortex qui est le siège de la pensée et de la réflexion, analyse les deux informations physiques et émotionnelles ; en réaction à l'émotion, il prend une décision.

Après avoir exprimé leurs émotions, les personnes peuvent retrouver progressivement les chemins de la raison.

C'est pourquoi le médiateur se doit de respecter la phase de la catharsis pour faire évacuer les émotions des personnes afin de leur permettre de recouvrer leurs facultés de raisonner.

Lorsque l'intensité de l'émotion diminue, la capacité de raisonner augmente.

En médiation, l'émotion est une opportunité qui permet de passer de la demande, aux besoins à satisfaire.

Cette étape de décharge émotionnelle est extrêmement importante et le médiateur doit être en mesure de l'accueillir.

Selon Monsieur PROUDHON (chercheur en biologie cellulaire) le ressenti, les émotions et les sentiments, sont des outils pour le médiateur qui les utilisera de la façon suivante :

- « parler émotions » en leur donnant leur juste place ;
- « traduire les besoins » en faisant émerger les besoins cachés pour ensuite expliciter les intentions derrière les actes ;
- « démasquer les interprétations » pour faire diminuer la puissance des jugements de valeur et des certitudes, puis sortir de la dynamique « blessure/vengeance » pour aboutir à une compréhension mutuelle.

Pour que les parties libèrent leurs émotions et leurs paroles en toute confiance et en toute sécurité psychique, le médiateur doit leur apporter des moyens de communication différents de ceux habituellement utilisés dans un registre d'agressivité, d'attaque, de rancœur, d'injure, de mépris etc...

Il doit leur transmettre et utiliser lui-même des modes de communication dans l'optique de mieux se comprendre, se respecter, se faire confiance, par le biais notamment, des techniques de l'écoute active et de la communication non violente.

La communication non violente a été mise au point par le psychologue clinicien Marshall B. Rosenberg, pour rendre le message plus audible par l'autre.

Elle bannit les notions de faute ou de devoir et s'appuie sur un contenu et des mots choisis pour exprimer une demande, et invite à l'échange sur les besoins et intérêts profonds de chacun.

Il faut observer et analyser ce que « le fait a fait à l'autre » et les sentiments qu'il a ressentis relativement à ce fait précis.

La communication non verbale peut se résumer ainsi :

- Observations : chacun décrit les faits qu'il a vus ou entendus ;
- Sentiments : exprimer son ressenti (les effets des faits) ;
- Besoins : de quoi l'autre partie aurait besoin ? (élan vital, besoins premiers)
- Demande : négociable de réponse au besoin, plusieurs façons de faire et d'imaginer les choses à proposer.

L'écoute active représente le pilier de l'écoute par le médiateur.

Pour la mettre en application, il se doit de connaître :

- les filtres de la communication (80 % de « déperdition » entre ce qui est dit et ce qui est retenu) ;
- les filtres de la perception (93% de langage non verbal et 7% de langage verbal qui sont les mots prononcés) ;
- le schéma de la communication (ce que j'ai dit, c'est ce que l'autre a compris).

Le canal de la perception nommé VAKOG, est également une aide dans la communication.

Il est basé sur les différents canaux existant dans le cerveau :

- les canaux privilégiés de la mémoire :
 - Visuel (axé sur les images, mémoire des couleurs) ;
 - Auditif (mémoire des sonorités, perçoit que ce les autres n'entendent pas, oreille musicale) ;
 - Kinesthésique (mémoire des sensations) ;
- les canaux de la perception personnelle :
 - Olfactif (odorat développé)
 - Gustatif (sensibilité aux saveurs)

Par ailleurs en 1950, le professeur ROGERS a précisé la technique de l'entretien non directif centré sur le client, lequel a été transposé dans les réunions de médiation.

Le médiateur doit adopter une attitude ouverte, neutre, accueillante, bienveillante, et amener chacune des parties à se mettre à la place de l'autre pour comprendre son point de vue.

Elle consiste à savoir écouter sans interrompre, afin de comprendre la signification intellectuelle et affective des faits relatés.

Le médiateur accueille ce qui est dit sans aucun jugement de valeur, et reçoit l'autre dans tout ce qu'il est ; le discours doit résonner en lui et lui faire écho.

L'outil privilégié de l'écoute active par le médiateur, est la **reformulation**.

Elle consiste à redire ce qui a été exprimé par une personne, en utilisant sa terminologie, et en s'assurant que ce qu'elle a dit a bien été compris, pour la mettre au centre de la communication.

Il existe différentes formes de reformulation :

- reformulation miroir ou reflet (reprise des mêmes termes) ;
- reformulation synthèse ou résumé (reprendre l'essentiel) ;
- reformulation positive (de ce qui a été dit de façon négative) ;
- reformulation du ressenti (de ce que le médiateur perçoit de ce que la personne vit à l'intérieur d'elle-même sans qu'elle puisse dire les mots) ;
- reformulation du sous-entendu (ce qui est resté dans l'ombre, ou élucider ce qui n'a pas été exprimé).

Après chaque reformulation, le médiateur vérifie et fait valider qu'il a bien compris et bien reformulé les propos de la personne.

Au fil des entretiens, les parties elles-mêmes se mettent spontanément à se reformuler, pour vérifier qu'il n'y a pas de malentendu dans leur perception de ce qui est dit.

L'on s'aperçoit alors que par « mimétisme », les parties vont prendre l'habitude ou le soin d'utiliser cette méthode de la reformulation, afin de s'assurer de leur bonne compréhension des paroles et des ressentis de l'autre, ce qui va permettre d'être au plus près de ce que l'autre a dit et ressenti.

La reformulation s'avère utile pour tous les acteurs qui participent à la médiation.

Le médiateur vérifie qu'il a lui-même correctement compris.

Celui qui s'exprime pourra ainsi vérifier plusieurs points :

- qu'il a bien été compris ;
- que ce qu'il a lui-même dit correspond à ce qu'il voulait exprimer, et dans la négative, il pourra rectifier son propos ou rectifier la formulation inexacte ;

Cette technique lui permet de rester centré sur ce qu'il vient d'exprimer, et éventuellement d'approfondir son discours.

Du côté de celui qui écoute, la reformulation par le médiateur sert à lui faire entendre le propos et l'information de l'autre, sur un ton non agressif.

La reformulation induira forcément une attitude d'empathie, qui est une écoute dans laquelle chacun mobilise sa propre expérience et ses propres émotions pour se situer au plus proche de ce que la personne écoutée a elle-même pu vivre et ressentir.

C'est comme si l'on parvenait à se mettre dans la peau et dans la tête de son interlocuteur, pour entrer dans sa sphère intime, dans son mode de fonctionnement et dans son vécu.

Les comportements spontanés étant souvent négatifs dans le conflit, et donc bloquants dans la communication, le médiateur visera à faire adopter à chacun, une attitude positive fondée sur l'empathie.

Ces méthodes de communication non violente amenant à une nouvelle attitude de respect et de compréhension de la position et des ressentis de l'autre partie, seront d'une grande utilité lorsque l'étape des besoins fondamentaux sera abordée.

La médiation aura imprégné les parties de ce mode de fonctionnement et il sera beaucoup plus facile pour elles de se mettre à la place de l'autre lorsqu'il exprimera ses besoins et ses intérêts.

A cet égard, le psychologue **Abraham MASLOW** a hiérarchisé sous forme de « **pyramide** », les cinq besoins fondamentaux de chaque individu, en partant de la base par les besoins vitaux et primaires, pour s'élever jusqu'aux motivations secondaires et spirituelles :

- 1- Besoins physiologiques ;
- 2- besoins de sécurité ;
- 3- besoin d'appartenance et d'amour ;
- 4- besoin d'estime de soi ;
- 5- besoin de s'accomplir.

Face à chaque besoin et à chaque intérêt exprimés, on recherchera en médiation, une pluralité de solutions, y compris celles « sortant du cadre », pour privilégier ensuite, celles qui satisferont au mieux l'un et l'autre.

En ayant appris aux parties à se connaître autrement, ou à se reconnaître ; à faire ressortir tous les aspects positifs de leur relation primaire, et à dépasser leur individualisme dans la recherche d'un « bien commun », la médiation leur aura permis de renouer le lien et de les remettre « en contact » alors que la relation était distendue, voire inexistante.

Ainsi, la médiation aura aidé au dépassement de soi, à (re)prendre le chemin salvateur de l'altruisme et de l'empathie, à réinventer un trait d'union entre les parties, et enfin, à trouver des solutions sur mesure et pérennes en retirant un bénéfice mutuel.

J'espère que cette perception de « voir » l'autre autrement et d'aborder la résolution des litiges sur un mode apaisé aura convaincu les sceptiques de la médiation.

Cependant, il n'est pas question de faire de « l'angélisme » et de s'évertuer à faire de la médiation « à tout prix » ni d'arracher des accords aux forceps, lesquels perdraient toute leur chance de pérennité.

Bien évidemment, il est des situations dans lesquelles la médiation n'aboutira pas, voire même, ne verra pas le jour.

II ACCEPTER LES LIMITES DE LA MÉDIATION

Je pense qu'objectivement, les limites ne sont que celles que la loi ou le droit nous imposent de façon incontournable, ou celles que l'individu s'impose consciemment ou subit du fait d'une pathologie.

A/ Les limites du fait de la Loi

La fonction des juridictions est de dire le droit et de veiller au respect de l'ordre public.

Les Tribunaux se doivent donc impérativement de dire le droit quand une règle **d'ordre public** a été méconnue, ou quand la preuve est faite que le conflit ne peut pas se résoudre dans de meilleures conditions que devant eux, ou encore lorsqu'il est impératif de clarifier ou **d'interpréter** la règle de droit.

En droit des personnes, le Juge aux Affaires Familiales a également l'obligation d'intervenir pour procéder à un contrôle juridictionnel du contenu de l'accord des parties, aux fins de vérifier en légalité et en opportunité, que les intérêts des époux ont été respectés, et surtout, l'intérêt supérieur des enfants.

Le Juge se doit d'intervenir concernant **les droits indisponibles** (actions relatives aux droits des personnes), et dans ces cas, la médiation n'est pas possible.

Par ailleurs, lorsqu'une **transaction** a été signée par les parties, le Juge exerce son contrôle judiciaire en constatant l'existence de concessions réciproques et équilibrées.

En cas d'échec du processus de médiation, les parties reviennent devant le Juge, lequel statuera en appliquant les règles de droit au vu des demandes de celles-ci.

La règle de confidentialité du processus de la médiation se devra d'être respectée scrupuleusement par les parties, leurs avocats accompagnants et le médiateur, lesquels se voient interdire de dévoiler tout élément ou information échangés au cours du processus.

La **médiation obligatoire** imposée par la loi ou par le Juge risque d'avoir des effets contre productifs, puisqu'à priori les parties n'y étaient pas favorables et n'ont donné leur accord au Juge que pour « lui faire plaisir » ou apparaître sous leur meilleur jour.

De fait, la mise en application de la loi sur la médiation préalable et obligatoire avant toute saisine du Juge, en ce qu'elle l'impose sans connaître ni les parties, ni le contexte, ni le litige, peut avoir des effets pervers.

En effet, subordonner la recevabilité d'une action à une médiation préalable dans ces hypothèses, présente des inconvénients réels, car le processus de médiation va retarder la saisine du juge, le traitement de l'affaire, et augmenter les coûts pour le justiciable.

L'échec de la médiation étant malheureusement probable dans ces cas de figure, elle devient une formalité qui risque de lui faire perdre son crédit.

C'est pourquoi il serait peut-être plus judicieux de permettre un « filtrage » effectif par le juge, qui ne pourrait ordonner la médiation, (-même lorsque toutes les parties y sont défavorables-), qu'après les avoir entendues elles-mêmes ou leurs avocats.

Ce « rendez-vous » avec le Juge serait l'opportunité qu'il leur explique directement le processus de médiation, afin de faire tomber les « a priori » discutables et négatifs de leur part, et qu'il leur dise tout simplement que la meilleure façon d'apprendre ce qu'est une médiation, c'est d'y participer et de se rendre à minima à une réunion d'information.

Le plus souvent, les parties et même les avocats refusent la médiation sur le fondement d'une méconnaissance, de sorte que leur refus n'est pas un refus éclairé.

De plus, lorsqu'une partie souhaite une médiation et que l'autre refuse, il serait d'autant plus judicieux que ce soit le juge, dont c'est la mission naturelle, qui prenne la décision et tranche ce différend.

Le fait que le juge prenne la responsabilité de la décision de mettre en place la médiation, permettrait de lever un obstacle psychologique majeur au recours à la médiation.

Il faudrait donc encore réfléchir à améliorer la loi pour lever cette limite à la médiation.

Au-delà de la loi, les limites de la médiation peuvent avoir d'autres causes.

B/ Les limites du fait des personnes ou des circonstances

Aucune limite ne semble réellement posée à l'intervention des médiateurs, à l'exception de leur code de déontologie, qui leur laisse l'initiative de gérer eux-mêmes le champ de leur intervention dans les crises.

Poser ce cadre, accepter de limiter son intervention, n'est pas chose simple quand on sait que, malgré toute l'impulsion médiatique faite autour de la médiation, très peu de personnes ou de couples se dirigent vers ce type de démarche.

Le risque n'est pas à exclure, que certains médiateurs familiaux acceptent de recevoir des personnes qui ne relèvent pas d'une médiation familiale, malgré le caractère aiguë de la crise qu'elles traversent.

Il semble important d'essayer de définir les contre-indications de la médiation familiale, que ce soit à l'attention du magistrat qui l'ordonne, ou à l'attention du praticien qui doit à tout moment se poser la question de la bonne indication ou de l'éventuelle contre-indication de sa désignation.

Les premières séances d'une médiation familiale, que ce soit à la lecture de la décision de justice ou dans les cas de médiations volontaires, sont destinées à « mettre à plat » tous les griefs et injustices ressentis par chacun et causés par l'autre.

Certains médiateurs qui considèrent que le conflit a un sens et de l'utilité, estimeront que ce déballage est nécessaire et qu'il permettra aux parties de se libérer de ce poids.

Cette approche leur permet de mesurer la capacité de chacun à verbaliser ses ressentis, à dépasser le stade du règlement de compte, à envisager la possibilité d'entendre les reproches de l'autre, et à évaluer la faisabilité ou non de cette médiation et à détecter les contre-indications.

Cette évaluation paraît indispensable surtout en matière familiale, et engage la responsabilité professionnelle du praticien qui doit s'assurer de la non dangerosité de la médiation pour les parties.

Au-delà des contre-indications de départ, il est des situations dans lesquelles le médiateur doit refuser, soit la mise en place de la médiation, soit sa poursuite.

Pour illustrer ce propos, j'ai choisi quelques cas spécifiques à la matière familiale, puis des exemples qui peuvent trouver à s'appliquer dans toutes les situations.

1°) La non-séparation effective des parties en matière familiale

Elle peut être un obstacle, selon certains médiateurs qui considèrent que leur rôle n'est pas d'intervenir pour aider le couple conjugal en crise à se séparer et à devenir un couple parental, car cette première étape relève de la compétence du conseiller conjugal ou du thérapeute de couple.

Il faudrait donc au préalable, que le couple ait fait un travail de « détricotage » du lien conjugal pour le mettre à distance et pour passer exclusivement au lien parental.

C'est dans ce sens aussi qu'il semble impératif que le désir du législateur de promouvoir la médiation familiale comme le mode de résolution du conflit familial, ne vienne pas parasiter l'adhésion indispensable de chaque partie à cette modalité d'accompagnement.

D'autres estiment qu'un médiateur familial peut intervenir à tout moment d'un conflit familial, ce qui n'est effectivement pas interdit dans les textes.

Il serait prudent d'opter pour la solution du « sur mesure » pour chaque situation, et ne pas prendre de décision principe.

2°) Les conflits parents/enfants mineurs

La situation de conflits mettant face à face des parents et des enfants mineurs ne paraît pas relever de la sphère de la médiation familiale selon certains médiateurs, car ils considèrent que le processus de médiation doit concerner des personnes sans relation d'autorité de l'une sur l'autre.

Or, dans la situation du mineur se confrontant à son parent, son autorité parentale pourrait se trouver fragilisée par un processus de médiation.

De plus, comment le mineur pourrait-il consentir à la médiation alors qu'il n'a pas la capacité juridique et qu'il est placé sous l'autorité parentale et la représentation légale de ses deux parents, lesquels sont en conflit ?

Dans le cas d'un conflit opposant un mineur à son parent, le médiateur, en acceptant ce type de situation, ne risque-t-il pas de positionner le mineur comme l'une des deux parties du conflit, avec toutes les conséquences que génère ce type de situations, et notamment de le cristalliser dans un conflit de loyauté ?

Ce type d'entretien médiatisé enfant mineur/parent relève certainement de la compétence de thérapeutes familiaux ayant pour but principal de soigner la relation familiale et non, comme c'est le cas du processus de médiation, d'accompagner la mise en œuvre de la séparation des parties et de trouver des solutions.

A l'inverse, on peut aussi considérer que l'enfant même mineur a toute sa place dans le processus de médiation lorsque ses parents sont en conflit sur son mode de résidence ou sur des questions éducatives fondamentales.

Lorsqu'il est en âge de discernement, l'enfant peut demander son audition devant le Juge aux Affaires Familiales (sur le fondement de l'article 388-1 du code civil), et également dans toute procédure le concernant, au regard des dispositions de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant.

Pourquoi ne pourrait-il pas s'exprimer devant le Médiateur tout en étant accompagné d'un Avocat d'Enfant, comme devant tout autre magistrat ?

En bénéficiant de l'assistance de son avocat, le mineur serait davantage garanti dans ses droits, informé de ses devoirs et soutenu dans sa parole.

Cela éviterait à la fois de le laisser à l'écart et en dehors de la médiation alors qu'il est le plus souvent « l'objet » du conflit de ses parents, tout en le protégeant du conflit de loyauté.

Il reviendra au médiateur d'organiser le déroulement des entretiens avec les enfants, en séance plénière avec ses deux parents, avec l'un des deux, en aparté, tout seul etc...

Le médiateur a aussi la possibilité de convier les enfants pour la dernière séance, uniquement pour les informer des décisions qui ont été prises en ce qui les concerne.

Il me semble qu'il n'y a pas une seule position à adopter, mais une fois de plus, des solutions à envisager en fonction de chaque médiation.

3°) Les situations de non-respect de la loi

Je pense qu'unaniment, l'on peut dire que les situations de **transgression de la loi** ou de non-respect des décisions de justice rendent impossible la mise en place de la médiation familiale, car elles sont révélatrices de la non-intégration ou du refus d'application de la loi, dans ce qu'elle a de structurant et de représentation de l'autorité.

La médiation n'est en aucun cas, un lieu de non-droit ou de déni du droit et chaque partie doit demeurer soumise au respect de la loi.

Par exemple, l'accès de l'enfant à ses deux parents, et la contribution des deux parents à l'entretien de l'enfant, font partie du domaine des « droits indisponibles », dont personne ne peut disposer ni se dispenser de respecter.

Le non-respect de ces droits exclut que ce type de litige fasse l'objet d'une médiation familiale.

En revanche, les conditions d'accès, comme la clef de répartition des contributions financières entre les parties, peuvent tout à fait entrer dans le champ de la médiation familiale, pour rechercher un accord.

Par ailleurs, toute **transgression de la loi pénale** (usage de la violence physique, agression sexuelle etc...), interdit toute mise en place de médiation familiale sans qu'au préalable le passage à l'acte n'ait été sanctionné par le Juge pénal, et qu'un véritable travail de restauration du respect de l'intégrité psychique ou physique de l'autre n'ait été effectué.

La mise en place d'une médiation familiale civile en l'absence de ces deux préalables parasiterait toute prise de conscience suffisante de la gravité de l'acte commis et condamné.

Dans de telles conditions, le médiateur se doit de refuser la médiation, au risque de cautionner cette transgression.

Néanmoins, il n'est pas impossible d'envisager une médiation après que la justice pénale sera passée, à la demande de la victime qui souhaitera être reconnue et de nouveau respectée par son agresseur, notamment par des vraies paroles de regret, dans un autre cadre que celui du prétoire, et ce, afin de sortir du triangle infernal.

4°) La non-capacité de verbalisation

Le rôle du médiateur est de mesurer la capacité de chacun à être confronté et à pouvoir verbaliser ses émotions, notamment dans le contexte particulier que représente la mise en présence avec l'autre partie.

Or, certaines personnes ne peuvent y faire face et vont se murer dans un silence défensif, même si elles ont accepté la médiation devant le magistrat ou face à la demande pressante de l'autre partie.

Dans ces conditions, il est de l'entière responsabilité du médiateur de décider l'arrêt ou le report de la médiation, le temps que les émotions « paralysantes » s'estompent.

Cette situation peut poser la question de la précocité de la mise en place de la médiation, trop proche de la séparation ou de la survenance d'un événement douloureux et traumatisant.

Cette forme d'inéquation temporelle entre démarche juridique et démarche psychique, requière la plus grande attention au risque d'entraver ou de précipiter le processus de deuil et de mettre en danger la future reconstruction de chacun.

5°) Attitude et lien pervers

Enfin, et surtout, la médiation est totalement contre-indiquée en présence d'un mécanisme de perversion, qu'il s'agisse d'un lien pervers entre conjoints, d'une défense perverse utilisée par l'un ou l'autre ou d'une structure de personnalité perverse.

Dans ces cas de pathologie, la personne « saine » et le médiateur lui-même prennent tous les risques de devenir objets de perversion, avec toutes les conséquences dangereuses psychiquement que ce type de situation entraîne.

Le médiateur a la responsabilité de protéger chacun des risques de manipulation et de dangerosité que représente l'une des parties.

Pour limiter ce risque, les entretiens individuels préalables à la médiation familiale et la phase d'élaboration sont essentiels, tout comme le travail de repérage et de décodage de ces pervers.

En cas de doute, mieux vaut se faire assister par un autre médiateur, et en tout état de cause, mettre fin immédiatement à la médiation pour éviter tout risque de dommages.

Quelle que soit la situation des parties et la matière juridique concernée, il conviendra de retenir que la personnalité de chacun est extrêmement importante.

En cas de refus réitéré de rencontrer l'autre, de refus de changer d'avis ; en cas de référence unique à l'autorité judiciaire pour faire respecter les règles de droit, ou de maintien dans le jeu des positions (« j'ai raison et tu as tort), la médiation sera vouée à l'échec.

Enfin, il n'y aura pas de médiation possible si les parties n'ont pas les mêmes besoins et les mêmes valeurs, lesquels constituent des « racines communes », car le conflit ne doit pas se situer sur ces deux thèmes, mais sur les stratégies mises en place pour satisfaire lesdits besoins et valeurs.

CONCLUSION

Il est toujours difficile et certainement prétentieux de conclure, alors que l'on se trouve encore dans une phase des balbutiements et d'apprentissage de la médiation !

Néanmoins, il appert que plusieurs remarques et perspectives peuvent se dégager.

D'un point de vue juridique, l'on peut rappeler que la Cour européenne des droits de l'homme elle-même a formellement admis que la médiation préalable obligatoire est conforme aux règles européennes dès lors qu'elle ne constitue pas une entrave disproportionnée à l'accès au juge, de même que la Cour de justice de l'Union européenne.

La médiation décidée par le juge pourrait par ailleurs participer au renouveau de la profession d'avocat, laquelle est gravement menacée à chaque fois qu'un gouvernement se prend à réformer « la justice du XXI ème siècle », sans aucune concertation des professionnels du droit !...

Les « chantiers de la justice » présentés par l'actuel gouvernement n'échappent pas à la règle.

Celui-ci poursuit une réforme basée uniquement sur des préoccupations d'ordre budgétaire, faisant fi des droits fondamentaux des citoyens et de leur accès à la justice, et menant à la destruction de la profession d'avocat toute en réduisant le juge à des objectifs de rentabilité...

Si ce processus se poursuit, la justice sera à court terme éloignée, dématérialisée et surtout déshumanisée !

La profession d'avocat sera même très bientôt confrontée aux algorithmes qui feront émerger des « big data », une forme de justice prédictive.

Plus besoin de juges, de greffiers, d'avocats, mais juste de gros processeurs informatiques, de visioconférences et d'ordinateurs pour remplir des formulaires !

Les avocats ont donc le plus grand intérêt à se tourner vers la négociation et la recherche de solutions d'avenir, que les nouvelles technologies sont encore incapables de construire sur un différend, et fort heureusement.

La mondialisation de la profession d'avocat la contraint par ailleurs à se mettre au niveau de ses homologues étrangers en matière de M.A.R.D., d'autant que l'efficacité des modes de résolution des litiges fait désormais partie des critères des systèmes économiques de la Banque mondiale.

Il y aura toujours des conflits car l'Homme a besoin de tragédie pour se libérer, se défouler, se débarrasser de ses passions, et même de ses démons.

La justice sans juges et sans avocats ne pourra pas l'y aider, et seul le médiateur, dans sa fonction de neutralité, d'humanité, de catharsis, pourra redonner du cœur à chacune des parties en conflit.

Le médiateur se devra de « toucher » les émotions pour en libérer les parties et leur permettre de se sentir mieux, pour retrouver et faire circuler avec l'autre des énergies de nouveau positives.

Cependant, le médiateur a l'obligation d'être conscient des limites de son intervention et vigilant de façon à ne proposer son intervention qu'aux personnes capables d'avoir accès à un tel processus, même s'il espère au fond de lui, pouvoir « sauver » toutes les situations.

Certains auteurs paraissent inquiets de la vulgarisation actuelle et de la publicité faite autour de la fonction de médiateur, qui trouve sans doute une explication devant la peur et la diabolisation du conflit de plus en plus présent dans le discours des professionnels du droit.

Pourtant, le conflit a un sens et une fonction qui sont justement de permettre de vider le contentieux, et d'accéder à de nouvelles perspectives.

Mais il serait dangereux d'amener des personnes à conclure un accord qui ne reposerait pas sur des bases suffisamment solides.

En les privant d'initier une procédure, ceci risquerait de les empêcher d'accéder au processus de deuil de leur relation, notamment dans le couple, dans lequel il est nécessaire pour permettre de survivre à une nouvelle réalité et de construire une nouvelle vie.

Il est également primordial que les médiateurs, et surtout les médiateurs familiaux, puissent d'une part, être en capacité de se protéger de leurs propres projections, du fait de la charge affective qui touchera forcément le parent, le mari, l'épouse et l'enfant qui est en chacun d'eux, et d'autre part, conserver une distance nécessaire et fondamentale.

Il faut que chacun garde sa place, que ce soit le médiateur, le juge et l'avocat :

- La médiation doit rester l'affaire des parties ;
- Le juge doit rester dans sa position de juge et ne doit surtout pas déléguer au médiateur sa fonction essentielle d'interpréter la loi et de dire le droit, autrement, il cèderait à la tendance actuelle de « déjudiciarisation » ;
- l'avocat des parties doit demeurer le garant du contenu de l'accord auquel parviennent les parties, en veillant à ce qu'il s'inscrive dans le respect des règles de droit.

Enfin, il est indispensable que le seul itinéraire du médiateur soit celui d'un accompagnement de qualité, d'humanité, et de profondeur de cœur pour chaque partie, pour chaque couple et chaque famille, confrontés à la souffrance psychique que génère la fin de leur vie commune.