



**Conférence publique, donnée dans le cadre des 10 ans du GPM
Genève, 19 janvier 2007**

MEDIATION VERSUS JUSTICE: D'UNE RELATION PASSIONNÉE A LA SEPARATION ?

António H.L.Farinha^{1 2}

1.

Nous nous proposons dans ce travail de contribuer à la clarification du cadre dans lequel se déroulent les interventions de médiation, en particulier de la médiation familiale face à la justice³.

En premier lieu, l'évolution de ces interventions sera décrite de manière générale et synthétique - de sa phase initiale, spontanée et passionnée à son actuelle phase d'institutionnalisation - de façon à saisir la justification donnée à la médiation.

Dans un deuxième temps, l'institutionnalisation de la médiation nous amènera à considérer la question de son identité spécifique, afin de savoir s'il existe encore une place pour une médiation non instrumentalisée par la justice et pour une gestion autonome et indépendante du conflit.

Finalement, on cherchera à identifier des voies possibles de transition pour une situation de séparation fonctionnelle, succédant à l'état de passion réciproque entre médiation et justice, que l'institutionnalisation de la médiation semble traduire.

¹ Procureur général-adjoint au Tribunal suprême administratif, Lisbonne, Portugal. Titulaire du master en médiation, I Master en médiation – Institut universitaire Kurt Bösch, 1999-2000, Sion, Suisse.

² La version originale de ce texte rédigé en portugais **MEDIAÇÃO VERSUS JUSTIÇA : DE UMA RELAÇÃO DE PAIXÃO À SEPARAÇÃO ?** a été publiée par l'Université de Coimbra. La présente version française a été traduite par Anne C. Salberg, Genève.

³ Ce travail constitue la base d'une communication présentée le 30 septembre 2006, au European Congress on Family Mediation sur le thème "Mediating With Families: From The Traditional Conflicts To The Actual Social Problems", à Caserta, Italie sous les auspices du Forum Training and Research on Family Mediation.

2.

La médiation familiale en Europe apparaît indissociablement liée à d'importantes mutations au niveau social, juridique et politique.

2.1. La lutte des femmes pour un statut social d'égalité – qui aboutit à sa consécration juridique effective - leur accès au monde du travail et la conquête de leur liberté sexuelle déterminèrent la nécessité de trouver de nouvelles réponses à l'accomplissement du rôle qui leur était traditionnellement réservé.

L'augmentation du nombre des divorces, la diminution du nombre des mariages, l'accroissement des unions de fait donnèrent naissance à de nouvelles formes d'organisation familiale, avec une importance particulière pour les familles monoparentales et les familles recomposées, et imposèrent la nécessité de repenser l'exercice des fonctions parentales et de leur traditionnelle distribution entre les membres de la famille nucléaire⁴.

Au niveau juridique, d'importantes réformes donnèrent réponse aux attentes des citoyens, dans le sens d'une plus grande liberté dans l'organisation de la vie de famille, en rapport réel avec leur vie affective, d'un plus grand respect de leur vie privée, ainsi que de la non-discrimination en raison de leur origine ou de leur genre et aussi d'un meilleur équilibre dans l'exercice de leur fonctions parentales.

On assiste alors à l'admission du divorce par consentement mutuel de préférence au divorce litigieux, à l'élimination du divorce pour faute, à l'admissibilité de l'exercice des responsabilités parentales, en situation de divorce, de séparation, d'union de fait, dans un régime identique à celui du mariage, comprenant une grande flexibilité de solutions, en particulier quant aux droits et devoirs qui concernent la garde et la résidence des enfants.

Du point de vue politique, on enregistre le déclin de l'Etat-providence face à son incapacité de tout prévoir, de tout planifier et de tout assurer, ainsi qu'au questionnement de la légitimité de ce mode d'intervention étatique face à des citoyens libres et responsables, réclamant une véritable transformation de l'action publique⁵.

Au niveau judiciaire, se concrétisent, en conséquence, des idées de déjudiciarisation et de subsidiarité des interventions.

Celles-ci ouvrent un chemin à la résolution extrajudiciaire et consensuelle par les citoyens eux-mêmes de leurs questions familiales, dont le divorce par consentement mutuel et le règlement d'un commun accord des responsabilités parentales sont l'expression⁶.

⁴ BASTARD, B. & CARDIA-VONECHE, L. (1988) *L'irrésistible diffusion de la médiation familiale*, in *Annales de Vaucresson*, n° 29, 1988/2, p.169-198.

⁵ FAGET, J. (2005) *Médiation et action publique, la dynamique du fluide*, Presses Universitaires de Bordeaux, p.11-35.

⁶ FARINHA, A. & LAVADINHO, C. (1997) *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Livraria Almedina. NDT : au Portugal ces questions peuvent être traitées devant les autorités administratives, sans recours nécessaire aux tribunaux de famille.

2.2. Indépendamment de la façon dont la médiation familiale se développa, il est certain qu'elle surgit, un peu partout en Europe, à l'ombre des tribunaux et grâce à l'impulsion importante de quelques juges et magistrats des tribunaux des juridictions de la famille, confrontés à une difficulté récurrente de décider de questions d'une complexité croissante au plan psychologique, affectif et social⁷.

Une telle difficulté fut aggravée par le manque d'une attitude claire et responsable des parties en litige, par un cadre institutionnel excessivement formel et rigide, ainsi que par une dynamique procédurale et culturelle de nature contradictoire.

Ce cadre favorisa naturellement une radicalisation du conflit et sa pérennisation.

On comprend ainsi que le contexte socio-juridique et politique évoqué ait contribué à alimenter et à fortifier une attraction naturelle et une forte passion de la part de quelques magistrats pour la médiation : ils cherchèrent de nouvelles réponses à l'épuisement de leur capacité à concilier, à leurs angoisses et limites objectives à juger et aussi à leur désir de ne décider que si la liberté et la capacité des intéressés ne pouvaient ou ne savaient pas trouver de solutions conformes aux exigences du cas.

De même, l'apparition de la médiation toucha les travailleurs sociaux, les psychologues et les avocats travaillant pour les juridictions familiales, lesquels alimentèrent aveuglément leur même passion pour elle.

Cependant, de manière différente.

Des décisions de justice sans conteste mal ajustées aux besoins du développement, de l'éducation et de la socialisation des enfants conduisirent à de fréquentes situations traumatisantes pour toute la famille favorisant une spirale de la violence physique et psychologique imparable et incontrôlable

Pour les travailleurs sociaux, « psy » et experts appelés à intervenir dans l'évaluation et l'accompagnement de ces situations, la médiation n'a pu être vue autrement que passionnément comme un nouvel instrument de travail. Ainsi peut-on comprendre que, dans certains cas, ils commencèrent eux-mêmes à exercer, simultanément, sous la dépendance du juge, des fonctions de médiateurs et d'experts pour le compte des juridictions de famille.

De même, les avocats ne furent pas immuns face à la médiation. On connaît leurs réactions lors de l'avènement de ce nouveau mode de régulation des conflits qui ne leur reconnaissait pas clairement une aire d'intervention spécifique, qui les marginalisait et qui diabolisait leur fonction de représentants et de conseillers des parties en procès.

Leur réaction défensive immédiate contre la médiation est compréhensible, sur la base de l'invocation, elle aussi passionnée, de leur rôle traditionnel et naturel de médiateurs des conflits ou de leur statut d'avocat-médiateur.

En conclusion, la médiation familiale ne surgit point clairement comme mode alternatif de régulation des conflits : d'une part, elle s'imposa comme un recours indispensable pour surmonter les déficits du fonctionnement de l'appareil judiciaire ;

⁷ BASTARD, B. & CARDIA-VONECHE, L. (1990) *Le divorce autrement : la médiation familiale*, Paris, Syros-Alternative.

d'autre part, elle visa à surmonter ses limites dans la concrétisation d'un nouveau modèle d'action publique, sis dans la reconnaissance de la capacité d'auto-détermination des citoyens⁸.

Cela signifie que la médiation se développa comme moyen complémentaire de la justice, visant à colmater des failles au niveau de la validité des décisions judiciaires, en termes de leur adéquation, efficacité et célérité, et, au niveau de sa légitimité, en termes de déjudiciarisation et de subsidiarité de l'intervention judiciaire⁹.

2.3. Au début du processus passionné de son développement, la médiation revêtait alors les caractéristiques symptomatiques de cette conception de mode complémentaire de la justice, à savoir ^{10/ 11}:

- Dépendance du juge, en ce qui concerne son admissibilité procédurale et la reconnaissance de ses résultats
- Liens étroits avec la procédure judiciaire, en termes de possibilité de réalisation
- Grande informalité
- Absence d'identité spécifique du médiateur face aux autres professionnels et experts du monde judiciaire

3.

L'évolution postérieure est marquée par l'appui et le contrôle public du développement des services de médiation et par la nécessité pour les médiateurs familiaux de voir reconnue institutionnellement la légitimité de leur intervention.

3.1. A la phase initiale de passion entre médiation et justice, succède une phase d'institutionnalisation de la médiation, opérée par les modes suivants ^{12/13}:

- Création d'organismes associatifs, de structures de médiation familiale et de formation des médiateurs
- Consécration de la médiation par la loi
- Etablissement de formes de contrôle public de la pratique de la médiation, par la définition d'un cadre strict d'accréditation des services de médiation et de contrôle de leurs activités

⁸ DE MUNCK, J. (1988) *De la loi à la médiation*, in France – Les révolutions invisibles. Calman-Levi, p.311-322.

⁹ FARINHA, A. (1988) *Relation entre la médiation familiale et les procédures judiciaires* in La médiation familiale en Europe, Quatrième conférence européenne sur le droit de la famille, Strasbourg, CONF4 (98 RAP 6). Lisboa, Infância e Juventude, 99.2, p.69-99.

¹⁰ BASTARD, B. & CARDIA-VONECHE, L. (2000) *L'institutionnalisation de l'informel: La mort d'une bonne idée? L'exemple de la médiation familiale* in FamPra.ch 2/2000, p.216-230.

¹¹ FAGET, J. (2003) *L'institutionnalisation de la médiation: réflexion à partir de l'exemple français* in Jaccoud Mylène (dir), Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences? L'Harmattan.

¹² BASTARD, B. & CARDIA-VONECHE, L. (2000) *L'institutionnalisation de l'informel: La mort d'une bonne idée? L'exemple de la médiation familiale* in FamPra.ch 2/2000, p.216-230.

¹³ FAGET, J. (2005) *Médiation et action publique, la dynamique du fluide*, Presses Universitaires de Bordeaux, p.11-35.

Le début de l'institutionnalisation de la médiation familiale - symbolisée au niveau européen par la Recommandation 98 (1) du Conseil de l'Europe - met un terme à cette phase passionnée de grande ambiguïté relationnelle entre médiation et justice. Elle démarque clairement une nouvelle pratique de médiation familiale, caractérisée par l'exercice professionnel rémunéré de la médiation par ceux qui ont été spécifiquement formés pour intervenir comme médiateurs.

Indépendamment de la manière dont cette institutionnalisation de la médiation familiale s'est pratiquement réalisée, quelques questions se posent dans ce qui touche à son positionnement face à la justice, problématique extensible, par nature, à n'importe quel autre domaine de médiation.

Ainsi :

Est-ce que l'institutionnalisation de la médiation est compatible avec la gestion alternative du conflit, de manière autonome et indépendante ?

Existe-t-il encore une place pour une médiation familiale non instrumentalisée face à la justice ?

3.2. Les questions que l'institutionnalisation de la médiation suscitent, découlent de l'observation de la réalité, laquelle, en effet, permet de problématiser les aspects suivants :

3.2.1. Indépendance et autonomie des organismes associatifs et des structures de médiation familiale

La plupart de ces organismes et structures dépendent du financement public de leurs activités, en des termes tels que leurs résultats respectifs peuvent venir à en être fortement conditionnés par des critères d'action fixés par les pouvoirs publics¹⁴.

La relative fragilité économique de ces organismes et leur marge d'action limitée dans un marché alternatif au judiciaire rendent leurs activités clairement dépendantes des critères d'action fixés comme base de ce financement.

Comme on peut le prévoir, ce dernier est prioritairement utilisé pour colmater les déficiences du fonctionnement traditionnel de l'appareil judiciaire, en particulier la diminution de la surcharge des procédures et des retards de l'intervention judiciaire.

3.2.2. Indépendance et rigueur des activités de formation des médiateurs familiaux

La situation de vulnérabilité économique qui affecte la majorité des organismes de formation les rend réceptifs au nivellement par le bas des critères de formation, en particulier quant à la courte durée des cours de formation, dans l'objectif mercantile de dominer le marché, de façon à garantir une sphère d'influence relevante envers les entités financières¹⁵.

¹⁴ FAGET, J. (2003) *L'institutionnalisation de la médiation: réflexion à partir de l'exemple français* in Jaccoud Mylène (dir), Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences? L'Harmattan.

¹⁵ Ndt: Si en France, l'inscription dans la loi de normes concernant la formation en médiation limite ce risque, ce n'est pas le cas dans d'autres pays européens.

Comme on le sait, celles-ci orientent prioritairement leur action politique pour l'obtention immédiate de résultats visibles dans la mise en place rapide de programmes de médiation.

Généralement, sont ainsi privilégiés des programmes de formation initiale, au détriment de programmes de supervision de la pratique et de formation continue, auxquels il n'est pas donné l'attention et les appuis nécessaires.

3.2.3 Indépendance et neutralité des médiateurs¹⁶

La médiation prend racine dans la liberté, la capacité d'auto-détermination et la responsabilité des médiés de réguler le conflit qui les oppose, avec l'appui indépendant et neutre du médiateur.

Dans l'exercice de son activité, le médiateur est sujet au devoir éthique d'indépendance face aux médiés et à leur conflit, envers lesquels il n'a aucun lien ou intérêt ; au devoir éthique d'indépendance face aux autres professionnels (avocats, thérapeutes, travailleurs sociaux, etc.) et au devoir éthique d'indépendance face à l'institution mandante, en particulier judiciaire, de laquelle il n'est ni expert, ni assesseur.

D'un autre côté, la règle déontologique de neutralité signifie qu'en médiation il n'y a pas d'obligation de résultat et que tous les intérêts des médiés sont pertinents dans le cadre de leur conflit et sont pris en considération dans la mesure qu'ils souhaitent.

En conséquence, le médiateur a le devoir éthique de contrôler le processus, de ne pas juger les intérêts, valeurs ou options des médiés, de ne pas imposer une quelconque solution au conflit. Le médiateur respecte le pouvoir de décision des médiés, il s'abstient de proposer des solutions et s'assure que les médiés décident en toute connaissance de cause.

Cependant, la pression et la rationalité de la gestion procédurale à laquelle les opérateurs judiciaires sont sujets, en termes de célérité et de volume, conditionnent clairement le mode d'observation des devoirs éthiques d'indépendance et de neutralité du médiateur.

Si l'institution mandante se représente le succès de la médiation par l'obtention d'un accord homologable, comme il l'est fréquemment évoqué, et si ce succès est encore plus valorisé s'il est obtenu rapidement avec le moins de sessions possibles, alors toutes les conditions seront données pour que le médiateur ne contrôle pas uniquement le processus mais aussi son contenu et son résultat.

Ceci introduit naturellement des distorsions importantes dans l'exercice du pouvoir souverain des parties de déterminer le cadre et l'issue du processus de médiation.

D'un autre côté, l'assujettissement du rythme de la médiation à un temps judiciaire qui prétend être aussi bref que possible peut ne pas être - et n'est généralement pas - compatible avec le traitement ouvert en médiation de questions importantes pour les parties qui ne sont pertinentes ni pour la loi ni pour la justice.

¹⁶ FARINHA, A. (2002) *Deontologia e Ética em Mediação*, I Pós-Graduação em Mediação de Conflitos, Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Lisboa.

Cette constatation indique aussi, du point de vue déontologique, la violation du devoir éthique du médiateur d'assurer que la médiation se déroule selon un rythme adéquat pour les médiés.

3.3. Comment comprendre ces risques pour l'essence de la médiation en lien avec son institutionnalisation ?

Ne découlent-ils pas nécessairement d'une vision passionnée qui ne concevait la médiation que comme un simple mode complémentaire de la justice, lui niant toute identité propre en tant que nouveau mode de régulation des conflits ?

Le danger d'une dépendance fonctionnelle de la médiation ne serait-il pas une conséquence naturelle de cette même compréhension ?

Il est temps de souligner la nature autonome de la médiation face à la justice, réalité que toutes les recommandations du Conseil de l'Europe en matière de médiation reconnaissent¹⁷.

Voici les traits essentiels de l'autonomie de la médiation :

- Une logique consensuelle

La médiation est un privilège consensuel des médiés¹⁸.

En tant que telle, elle dépend entièrement et uniquement de leur volonté éclairée, soit quant au déroulement du processus soit quant à son contenu et à ses résultats.

- Une conception procédurale de la communication¹⁹

En médiation, la communication se base sur la reconnaissance de la pluralité des valeurs, des normes et des codes des acteurs en présence, de même que sur leur interaction dynamique.

- Fonction pragmatique et instrumentale^{20/21/22}

En médiation, les acteurs sont disposés à énoncer et à comprendre subjectivement le conflit, par la confrontation des mondes de chacun et de la problématisation de leurs propres références normatives.

¹⁷ Recommandation n° R(98)1 sur la Médiation familiale, Recommandation n° R(99)19 sur la Médiation pénale et Recommandation n° R(2001)9 sur les modes alternatifs de réglementation des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées.

¹⁸ Recommandation n° R(98)1 sur la Médiation familiale, exposé des motifs.

¹⁹ VOLCKRICK, MARIE-ELISABETH (1999) *Dispositif pragmatique et médiation*. Sion, I Master européen en médiation.

²⁰ VOLCKRICK, MARIE-ELISABETH (1999) *Dispositif pragmatique et médiation*. Sion, I Master européen en médiation.

²¹ DE MUNCK, J. (1988) *De la loi à la médiation*, in France – Les révolutions invisibles. Calman-Levi, p.311-322.

²² SALBERG, ANNE CATHERINE (2002) *Médiation, de la rupture au lien* in AJP/PJA 12/2002, p.1401-1409.

La médiation vise la co-construction en situation, par les médiés, d'une norme commune.

- Ethique de l'indépendance, de la neutralité et de l'impartialité²³

Le médiateur est un simple opérateur qui contrôle le processus de médiation et non son contenu. Il est un opérateur qui garantit la communication entre les parties et qui atteste de leur pluralité normative respective²⁴.

Le médiateur est un opérateur qui assure que les parties puissent exercer leur pouvoir de s'accorder, dans des conditions de liberté, de subjectivité et d'indétermination normative, sur une solution concrète au conflit qu'elles considèrent adéquate.

Le médiateur n'est ni juge, assesseur, expert, ni conseiller, défenseur ou représentant des parties.

En contrepoint à la médiation, la justice constitue non seulement une faculté mais un droit garanti à chacune des parties de pouvoir déclencher unilatéralement la résolution d'un litige.

Avant tout, la justice objective le conflit en s'en tenant aux faits, elle l'interprète et procède à sa régulation à la lumière d'une norme générale et abstraite prédéterminée et considérée comme étant supérieure aux autres.

Elle opère par le biais de son imposition unilatérale, par l'intervention d'un tiers extérieur au conflit, indépendant et impartial, néanmoins toujours attaché à l'application de la norme.

3.4. Le manque de clarification de ces aspects semble être à l'origine de l'instrumentalisation de la médiation par la justice. Elle est le résultat d'un processus de contamination idéologique, qui conduit à sa décaractérisation comme pur et simple instrument auxiliaire de la justice.

Les présupposés suivants constituent le reflet de cette contamination :

- La légitimité de la médiation est de nature judiciaire
- L'objet de la médiation (conflit) et de la justice (litige) coïncident
- A la neutralité du médiateur se superpose la loi
- Tout le pouvoir souverain appartient au juge
- Les médiés sont destitués de toute capacité de décision

Néanmoins, comme on l'a vu, il appartient à l'essence de la médiation de réguler les conflits en tant que processus communicationnel subjectif et informel, et de les aborder dans leur complexité, globalité et dynamisme, dans la mesure désirée par les médiés.

²³ FARINHA, A. (2002) *Deontologia e Ética em Mediação*, I Pós-Graduação em Mediação de Conflitos, Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Lisboa.

²⁴ SALBERG, ANNE CATHERINE (2002) *Le médiateur, un expert de la famille?* In Forum Mediation 1/02, p.50-55.

La médiation est l'expression de la liberté de négociation des parties et elle s'affirme donc comme un processus qui leur appartient entièrement.

Ce fait est naturellement incompatible avec sa subordination au traitement de questions strictement juridiques et à leur régulation par des critères et moyens qui ne lui sont ni propres ni spécifiques, mais inhérents au droit et à la justice.

La négociation en médiation n'est pas subordonnée à la loi. Au contraire, ce sont les résultats de la médiation qui induisent son application postérieure notamment en ce qui concerne le respect du droit impératif.

L'application de la loi se déroule au siège de la justice, par l'intervention du juge, et non en médiation par l'intervention du médiateur.

Il appartiendra naturellement au juge de pondérer la validité juridique des résultats auxquels les médiés, de manière libre et éclairée, sont arrivés en médiation. Cela ne signifie nullement une judiciarisation ou une instrumentalisation du processus de médiation.

Un nouveau modèle d'action publique, post Etat-providence, exige au préalable une claire séparation entre médiation et justice.

4.

Médiation et justice révèlent des différences structurelles essentielles, en raison de leur nature, de leurs objectifs, de leurs méthodes et moyens, qui fondent clairement une identité et une autonomie propre du processus de médiation²⁵.

La constatation de cette réalité va dans le sens du dépassement des risques de l'institutionnalisation de la médiation par une séparation non équivoque entre justice et médiation qui permet d'éviter la confusion de leurs fonctions respectives et la perversion du rôle de leurs acteurs.

4.1. Dans cette mesure, il se révèle indispensable que la possibilité de la médiation soit aussi garantie, indépendamment de l'instauration d'un processus judiciaire et avant même son éventuelle instauration.

La participation volontaire, claire et actuelle des parties en médiation, en dehors de toute contrainte, est indispensable puisque la légitimité de la médiation réside dans la volonté des parties. La garantie de l'adhésion volontaire des parties, est, de ce fait, particulièrement importante en cas de délégation judiciaire en médiation.

La médiation aura lieu dans des conditions qui permettent aux intéressés d'avoir une claire perception de son autonomie et indépendance face à la justice, en particulier en ce qui concerne le statut du médiateur.

Ce dernier devrait toujours être choisi par les parties, ou en cas de désaccord, désigné par une structure de médiation indépendante.

La suspension d'une éventuelle procédure judiciaire, sous réserve des décisions urgentes, ainsi que la garantie de la confidentialité du processus de médiation sont aussi absolument essentielles.

²⁵ FARINHA, A. (2002) *Médiation familiale et justice: Autonomie et complémentarité. Conditions et limites* in *Médiation en Europe: Échanges sur les pratiques/Master européen en médiation*, Sion, IUKB-Institut Universitaire Kurt Bösch, p.151-169.

L'harmonisation des temps de la médiation et de l'intervention judiciaire doit être effectuée de manière souple, que ce soit dans la fixation du délai de réalisation de la médiation ou dans la détermination du nombre de sessions, tout en étant conscient que ces temps ne coïncident pas nécessairement. Cette articulation passera aussi par la sauvegarde du droit à l'accès à la justice, en temps utile.

En résumé, la garantie de l'autonomie organique et fonctionnelle des services de médiation se révèle particulièrement importante dans l'établissement d'une coopération fonctionnelle entre médiation et justice.

4.2. Par ailleurs, toute la direction et l'accompagnement du processus de médiation, ainsi que l'évaluation de ses résultats, devrait relever en première ligne du médiateur et, dans un deuxième temps, de la structure de médiation dans laquelle il s'insère.

La rigueur et la crédibilité du médiateur dépendront de sa qualification, de sa compétence et de l'observation des règles déontologiques ainsi que des devoirs éthiques inhérents à l'activité de médiation.

Les critères d'accréditation des médiateurs ainsi que le contrôle de sa compétence et de sa posture éthique, notamment ses devoirs d'indépendance, de neutralité et d'impartialité, devraient relever d'une instance indépendante et jamais, directement ou indirectement, d'une instance judiciaire.

Cela signifie que l'autonomie de la médiation suppose de même une indépendance du contrôle déontologique et éthique de son activité.

4.3. En outre, la formation des médiateurs comprendra une composante théorico-pratique équilibrée, de nature interdisciplinaire, dont la durée se prolongera suffisamment dans le temps afin de permettre au futur médiateur un changement de paradigme culturel en matière de gestion des conflits, l'acquisition d'une nouvelle identité professionnelle et la connaissance de soi²⁶.

Le soutien public aux organismes associatifs, aux structures de médiation et aux centres de formation devra reposer sur des critères exigeants, effectivement observés, quant à la formation initiale, la supervision de la pratique et la formation continue.

En résumé, l'autonomie de la médiation dépend dans une large mesure de l'application de critères rigoureux en matière de formation, de qualification et de sélection des médiateurs.

4.4. Du côté de la justice, la loi devra prévoir l'homologation des accords de médiation - chaque fois que cela est possible ou nécessaire - dans la perspective d'une justice garantiste²⁷.

²⁶ *Standards de base pour la formation professionnelle des médiateurs familiaux*, Forum européen de médiation familiale, recherche et formation <http://www.europeanforum-familymediation.com/Standards.htm> .

²⁷ GARAPON, A. (1997) *Comment sortir de la "crise" de la justice familiale?* In Meulders-Klein, M-T Familles & Justice. Bruxelles, Bruyant/Paris, L.G.D.J., p.60-67.

On entend par là, une justice qui, en étroite relation avec les intéressés et leur contexte de vie particulier, leur garantit une procédure dans laquelle ils s'affirment comme sujets de droit, ayant la capacité de définir librement leurs intérêts, de prendre des engagements et de se responsabiliser pour leur exécution.

La réalisation de la Justice passera par la sauvegarde de l'intérêt public et par la garantie des droits fondamentaux des citoyens et, seulement dans cette mesure, elle revêt la légitimité pour limiter la capacité de négociation des parties en conflit et refuser l'homologation de leurs accords.

Il est nécessaire de souligner qu'il appartient exclusivement au juge, dans l'acte d'homologation d'un éventuel accord de médiation, d'examiner sa conformité légale, de façon à lui attribuer une validité et une effectivité juridiques.

Durant la médiation, ce n'est évidemment pas au médiateur de veiller à la conformité légale de l'accord, au-delà du devoir éthique qui lui incombe, de garantir les clarifications juridiques nécessaires ainsi que le conseil juridique aux médiés, en particulier de la part de leurs avocats.

Toute autre compréhension conduirait à une altération de la fonction du médiateur et sa transformation en expert ou assesseur judiciaire.

Pour le prévenir, le juge ne devra pas renoncer au contrôle effectif de la légalité des solutions trouvées en médiation, même si elles résultent d'un accord des médiés.

Il appartiendra toujours au juge d'appliquer la loi : d'abord en utilisant une procédure garantiste de participation des intéressés qui lui permettra de déterminer des critères d'application en contexte ; ensuite, en exerçant sa compétence exclusive d'apprécier, au plan juridique, les résultats de cette participation.

Par cette voie de la justice garantiste, le juge devra dire le droit, valider et faire respecter les engagements obtenus par les parties.

Parallèlement, la formation des magistrats, des avocats, des fonctionnaires et auxiliaires de justice devrait offrir de bonnes connaissances en matière de médiation, afin de promouvoir des compétences dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle et de l'articulation fonctionnelle avec les autres modes de régulation des conflits, en particulier la médiation.

5.

Dès le début, il s'établit entre médiation et justice, une relation passionnée basée sur une forte dépendance idéologique envers le système judiciaire, particulièrement visible au vu de l'importance donnée aux aspects de la complémentarité de la médiation face à la justice.

Dans une deuxième phase, cette relation évolua, sous diverses formes, autour de l'institutionnalisation de la médiation pour en améliorer la qualité et l'efficacité de l'intervention.

Cependant, les termes de cette institutionnalisation que l'on voit s'opérer semblent mettre en cause des aspects structurels essentiels de la médiation et de son autonomie face à la justice.

Il résulte de cette situation des limitations claires à une participation active, libre et responsable des citoyens dans la gestion de leurs conflits et litiges, ainsi qu'au développement d'un nouveau modèle d'action publique, de nature négociatrice, qui puise ses racines dans la société.

En particulier, l'autonomie et l'indépendance de la médiation sont sérieusement mises en danger par les pressions extérieures, dans la mesure où la médiation aura pour résultat l'obtention d'un accord, susceptible d'être rapidement homologué par le juge.

En résumé, les objectifs immédiats de l'action politique, la rationalité de gestion procédurale des tribunaux visant une intervention rapide et une diminution du volume des procédures, de même que la fragilité économique des organismes de médiation, mettent sérieusement en question l'autonomie de la médiation face à la justice.

C'est pour cela qu'il s'impose de favoriser, dans le contexte actuel d'institutionnalisation, une séparation claire entre médiation et justice, qui s'appuie sur le respect de leur autonomie respective, en vue d'une intercommunication et d'une coopération entre elles.