

LA MEDIATION FAMILIALE
ET
LE JUGE AUX AFFAIRES FAMILIALES

1. Pacifier le conflit familial. - Les divorces et les séparations se sont normalisés. Pour autant, comme l'écrit Irène Théry, sociologue : « *Contrairement à une idée reçue, toutes les enquêtes montrent que le divorce ne s'est pas banalisé, non seulement ses conséquences éprouvantes sont connues et redoutées, mais il demeure une crise identitaire d'ampleur, à laquelle on se résout très difficilement, y compris en cas de divorce* »¹. Force est de reconnaître que le caractère plus ou moins conflictuel des séparations a une incidence certaine sur les enfants. Sur le plan affectif, il peut augmenter la souffrance liée à la séparation et nuire à la poursuite des relations avec les deux parents. Sur le plan matériel, il peut entraîner un mauvais respect de l'obligation de paiement de la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants par le parent qui n'a pas la résidence. Face à cette évolution et à la prise de conscience des dommages psychologiques, physiques, affectifs, émotionnels pour chaque membre de la famille, et dans l'intérêt supérieur de l'enfant, le législateur a donné un rôle de pacificateur au juge aux affaires familiales, en mettant à sa disposition de nouveaux outils, telle que la médiation familiale.

2. Développer l'outil de la médiation. - Au cours des dernières décennies, les mesures tendant à favoriser la recherche d'un accord entre les parents sur les modalités de leur séparation ont fait l'objet d'un intérêt croissant en Europe. Dans son rapport d'évaluation des systèmes judiciaires des 47 membres du Conseil de l'Europe publié en octobre 2014², la Commission pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), relevant que « *le recours aux mesures alternatives au règlement des litiges [...] continue à se développer dans les Etats membres* », présente celles-ci comme une possibilité d'améliorer « *l'efficacité de la justice* » et « *la qualité de la réponse aux citoyens* », variable « *selon la façon dont elles sont conduites* ». La médiation, fondée sur les principes qui consistent à séparer les émotions personnelles des besoins objectifs de manière à conclure des accords mutuellement acceptables, est d'origine nord-américaine. Dans le contentieux de la famille, la médiation est apparue en France dans le milieu associatif à la fin des années 1980, avant d'être intégrée dans le code civil, tout d'abord dans le domaine de l'autorité parentale en 2002, puis dans le cadre de la réforme du divorce en 2004. Malgré de nombreuses incitations, le constat de terrain, même si des progrès sont certains et prometteurs, est que la médiation familiale peine toujours à s'imposer dans la culture juridique. Or, la lecture des ouvrages de droit comparé montre qu'une bonne pratique de la médiation permet d'apaiser nombre de séparations/divorces, de diminuer le contentieux de l'après séparation/divorce, de favoriser la coparentalité et de protéger les enfants des conséquences du conflit parental.

3. Plan. – Le droit, et plus encore le contentieux, doit s'adapter au conflit familial. La médiation

¹ Irène Théry Sociologue du droit – Le démariage Editions Odile Jacob

² http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Synthese2014_fr.pdf .

est un outil au cœur de la justice familiale (Section 1) qui, progressivement, entre dans la culture judiciaire (Section 2).

Section 1 - La médiation au cœur de la justice familiale

4. Années 80. - Au cours des années 1980, la médiation familiale est apparue dans les milieux associatifs privés, sous l'influence du modèle anglo-saxon et principalement du droit québécois. La recherche du consensus et le développement de la médiation ont été encouragés par le Conseil de l'Europe et l'Union Européenne marquant un intérêt renouvelé pour la médiation (§1). Dans le même temps les lois sur la famille permirent de circonscrire le domaine qui serait conféré au nouvel instrument (§2).

§1 L'intérêt renouvelé pour la médiation

5. Les réflexions européennes et les réflexions françaises (A) ont participé au mouvement général en faveur de la médiation (B).

A – La convergence des réflexions françaises et européennes

6. La Convention européenne du 25 janvier 1996 relative à l'exercice des droits des enfants.
- Conclue dans le cadre du Conseil de l'Europe³, elle encourage fortement la recherche d'un accord, sans en préciser les modalités. Selon l'article 13, « *afin de prévenir ou de résoudre les conflits, et d'éviter des procédures intéressant les enfants devant une autorité judiciaire, les parties encouragent la mise en œuvre de la médiation ou de toute autre méthode de résolution des conflits et leur utilisation pour conclure un accord* ».

7. Le Comité des Ministres des Etats Européens. – Il a encouragé, dans le cadre d'une recommandation sur la médiation familiale⁴, adoptée le 21 janvier 1998, à instituer ou promouvoir la médiation familiale comme « *moyen approprié de résolution des litiges familiaux* », reconnaissant le nombre croissant des litiges et la nécessité d'assurer la protection de l'enfant et son bien-être. La recommandation insiste sur les bénéfices de la médiation mis en évidence par la recherche et notamment « *améliorer la communication entre les membres de la famille, réduire les conflits entre les parties au litige, assurer le maintien de relations personnelles entre les parents et les enfants* ». La dite recommandation indique un certain nombre de principes relatifs à la médiation: absence de caractère

³ <http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/160> .

⁴ Recommandation n° R (98) 1 du comité des ministres aux État membres sur la médiation familiale, adoptée le 21 janvier 1998 lors de la 616ème réunion des délégués des ministres du Conseil de l'Europe ; Berthy-Cailleux Ariane, « Faut-il adapter l'outil « médiation familiale » au dispositif de la protection de l'enfance ? . », Journal du droit des jeunes 8/2007 (N° 268) , p. 29-31 : www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2007-8-page-29.htm.

obligatoire, impartialité du médiateur, interdiction pour ce dernier de chercher à imposer une solution aux personnes, confidentialité des discussions, absence de confusion avec le conseil conjugal ou le conseil d'un avocat.

8. La directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 de l'Union Européenne sur certains aspects de la médiation civile et commerciale⁵. Elle a imposé aux Etats de prévoir la possibilité de recourir à la médiation dans les litiges et de donner un caractère exécutoire aux accords qui en sont issus. Générale, elle a aussi vocation à s'appliquer à la médiation familiale. Certes, la directive n'impose d'instaurer la médiation que dans les litiges transfrontaliers (notamment en matière familiale dans le cas où les deux parents résident dans des Etats différents à la suite de leur séparation), elle permet toutefois aux Etats de prévoir les mêmes règles pour les litiges internes. Cette directive oblige notamment les Etats membres à encourager la formation des médiateurs et l'élaboration de codes de conduite volontaires pour garantir une procédure équitable. La directive donne le droit à tout juge de la communauté, à chacune des étapes de la procédure, de proposer aux parties d'assister à une réunion d'information et, le cas échéant, d'inviter les parties à y recourir. Cette directive est l'une des deux actions de suivi consécutives au livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits présenté par la Commission Européenne en 2002, l'autre étant le Code de conduite européen pour les médiateurs lancé en juillet 2002.

« Cette directive permet de remplir l'objectif politique défini en octobre 1999 par le Conseil Européen de Tampere qui en vue de promouvoir un meilleur accès à la justice en Europe, a demandé la mise en place de procédures de substitution extrajudiciaires de règlement des litiges dans les Etats membres. La médiation peut permettrez une résolution rapide et peu onéreuse des litiges ... Les accords conclus à l'issue d'une procédure de médiation ont plus de chance d'être respectés sur une base volontaire et favorisent le maintien de relations amicales et durables entre les parties ».

Jacques Barrot ancien Commissaire européen.

Cette directive définit la médiation comme « un processus structuré dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent, volontairement de parvenir à un accord sur la résolution d'un litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un Etat membre ».

9. La Cour Européenne des droits de l'homme (CEDH). – La Cour renvoie directement à cette recommandation en encourageant la médiation familiale dans son arrêt, du 6 décembre 2011, *Cengiz Kilic c/Turquie*⁶. Les juges de Strasbourg préconisent, dans le cadre d'un divorce contentieux portant notamment sur le droit de visite du père d'un enfant, de faire appel à la médiation familiale qui peut « *améliorer la communication entre les membres de la famille, réduire le conflit entre les parties en présence, produire des accords à l'amiable, assurer la continuité des liens personnels entre les parents et les enfants, réduire les coûts financiers et*

⁵ JOUE, 24 mai 2008, L.136/3

⁶ Requête no 16192/06.

sociaux de la séparation et du divorce pour les parties elles-mêmes et pour les Etats » (§...). Dans une autre affaire, *Lombardo c/Italie* du 29 janvier 2013⁷, la Cour, s'agissant de la non application d'un jugement octroyant le droit de visite à un père, estime que « *dans ces circonstances, face à pareille situation, les autorités auraient dû prendre des mesures plus directes et plus spécifiques visant à établir du contact entre le requérant et sa fille. En particulier, la médiation des services sociaux aurait dû être utilisée pour encourager les parties à coopérer et celles-ci auraient dû, conformément aux décisions du tribunal, organiser toutes les rencontres entre le requérant et sa fille, y compris celles qui auraient dû se dérouler à Rome. Or, les juridictions internes n'ont pris aucune mesure appropriée pour créer pour l'avenir les conditions nécessaires à l'exercice du droit effectif de visite du requérant* ».

10. Le rapport «L'ambition raisonnée d'une justice apaisée ». - En 2008, le rapport sur la répartition des contentieux⁸ relève que la médiation, en matière civile générale, n'est ordonnée que dans 1,5 % des affaires traitées par les cours d'appel et 1,1 % des affaires traitées par les juridictions du premier degré. La commission Guinchard préconise, d'une part, de rendre la médiation préalable obligatoire pour toutes les actions tendant à modifier les modalités de l'exercice de l'autorité parentale précédemment fixées par une décision de justice («*instances modificatives*») et, d'autre part, de développer la double convocation, le juge invitant les parties à rencontrer un médiateur avant même l'audience.

11. Le rapport « Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers »⁹. – Remis au Premier Ministre le 8 octobre 2009 par son rapporteur Jean Léonetti, il privilégie notamment la médiation familiale dans la prévention du contentieux lié à la détermination des actes usuels et importants: « *L'expérience du Québec, où le contentieux familial diminue régulièrement et où le taux de satisfaction des personnes ayant recours à la médiation atteint 80 % est riche d'enseignements. S'inspirer de cet exemple, c'est faire le choix des procédures souples et modernes, s'inscrivant dans une dynamique revendiquée par les acteurs du droit, répondant à l'intérêt supérieur de l'enfant et adaptées aux besoins des familles* ».

12. Le rapport de l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice (IHEJ). - Remis en mai 2013, ce rapport intéresse l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'observation. Il est démontré que : « *Les juges doivent inventer une nouvelle autorité qui se conçoit comme une sorte de proposition faite aux parties. C'est une dimension nouvelle que les juges doivent construire. Le juge doit être au cœur de la cité, mais entouré d'une cité plus ouverte et plus active, de citoyens plus responsables qui ont pris en charge leurs propres conflits plus qu'ils ne le font aujourd'hui. Le juge du XXIème siècle est indissociable d'une société française qui soit plus en interaction avec sa Justice* »¹⁰.

⁷ Requête n° 25704/11.

⁸ <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000392.pdf> .

⁹ <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000484.pdf> .

¹⁰ http://www.ihej.org/wp-content/uploads/2013/07/rapport_office_du_juge_mai_2013.pdf .

13. Un rapport de l'Inspection générale des affaires sociales en 2013. – Ce rapport démontre que la médiation reste peu développée, avec seulement 4% des procédures de divorce concernées¹¹.

14. Deux rapports sur le juge et la justice. - En décembre 2013, deux rapports, remis à Madame la Ministre de la Justice, Garde des Sceaux, ont mis en exergue la nécessité de renforcer la médiation familiale.

Le premier est celui du groupe de travail présidé par Monsieur Pierre Delmas-Goyon, intitulé « *Le juge du XXI^{ème} siècle. Un citoyen acteur, une équipe de justice* »¹². Il suggère de refonder l'office du juge et pour cela notamment, d'enrichir l'intervention judiciaire en matière civile en envisageant des solutions en amont, c'est-à-dire des procédures négociées. Pour mieux coordonner ces procédures, le rapport préconise de développer une culture de la médiation, spécialement en matière familiale et de généraliser, sans la rendre obligatoire, la double convocation (proposition n°18).

Le second est le rapport du groupe de travail présidé par Monsieur Didier Marshall, Premier Président, « *Les juridictions du XXI^{ème} siècle* »¹³, qui, après avoir constaté que la médiation est peu utilisée, alors qu'elle pourrait se révéler efficace dans de nombreuses situations, préconise de recourir aux solutions alternatives de règlement des conflits pour passer d'une justice de confrontation à une justice d'apaisement.

15. Le rapport d'information sur la justice familiale. - Le 26 février 2014, le Sénat a déposé au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la justice familiale, un rapport d'information sur la Justice familiale¹⁴.

Les rapporteurs, Catherine Tasca et Michel Mercier, soulignent que celle-ci fonctionne relativement bien malgré l'existence d'un contentieux de masse qui représente 48 % du contentieux civil, et l'élargissement de son domaine d'intervention. Toutefois, le rapport fait ressortir que les justiciables sont souvent insatisfaits des décisions rendues. Afin de répondre aux attentes des justiciables, les auteurs du rapport proposent de favoriser le renforcement de la médiation familiale, celle-ci étant un outil efficace aux potentialités sous-exploitées.

Il préconise la conclusion de protocoles entre les différents acteurs intervenant dans les processus de médiation en associant en particulier les barreaux et de valoriser la participation des avocats, intervenant au titre de l'aide juridictionnelle à l'entretien d'information préalable à la médiation et au terme du processus à l'élaboration des accords de médiation.

16. Le rapport « médiation familiale et contrats de coparentalité »¹⁵. - En octobre 2013, Madame Dominique Bertinotti a mis en place un groupe de travail présidé par Marc Juston, qui a déposé un rapport en avril 2014. Sa mission était destinée notamment à favoriser le développement du recours à la médiation dès lors que celle-ci est susceptible de protéger l'enfant des conflits familiaux, quelle qu'en soit la nature et quels que soient les membres de

¹¹ http://www.igas.gouv.fr/IMG/pdf/RA_2013.pdf .

¹² http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_dg_2013.pdf .

¹³ http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_Marshall_2013.pdf .

¹⁴ <http://www.senat.fr/rap/r13-404/r13-404.html>.

¹⁵ http://www.apmf.fr/sites/default/files/filesnews/propositions_de_la_commission_mediation_et_contrats_d_e_coparentalite_23.04.14.pdf .

la famille impliqués (parents, grands-parents, tiers). Pour les situations de séparation des parents, il vise à développer la médiation familiale dans les procédures. Parmi les trente et une propositions du rapport, le groupe de travail préconise notamment de rendre obligatoire une rencontre préalable avec un médiateur familial dans toutes les instances relatives à l'exercice de l'autorité parentale.

17. Le rapport « La Justice du 21^{ème} siècle – Le citoyen au cœur de la justice » - Dans une lettre en date de janvier 2015, Madame Christiane Taubira, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice entend développer l'accès du citoyen aux modes négociés de résolution des litiges : *« La conciliation par le juge est obligatoire dans de nombreuses procédures et pourtant le constat est fait par certains qu'elle est en pratique peu réalisée. La médiation se développe par la formation des professionnels. Des expérimentations ont été mises en place en matière familiale. Chaque territoire, chaque juridiction dispose d'une offre de conciliation et de médiation, parfois même d'initiatives locales qui fonctionnent sans qu'elles soient partagées au niveau national. Ces politiques de médiation et de conciliation ne sont pas toujours suffisamment mises en valeur. Il faut définir à quel niveau la politique de conciliation et de médiation doit être mise en place pour être efficace (juridiction, région, territoire national) mais aussi les acteurs qui doivent la mettre en œuvre et en assurer la cohérence. Il faut ensuite réfléchir au cadre procédural de ces dispositifs: doivent-ils exister en amont de la saisine du juge ou coexister avec les procédures de jugement? Faut-il une phase préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation? ».*

18. Le rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends¹⁶. - Déposé en Avril 2015, ce rapport n°22-15 de l'Inspection Générale des Services Judiciaires a été réalisé avec l'appui du secrétariat à la modernisation de l'action publique. Trente-six propositions sont proposées, dont les trois suivantes:
*« - proposition 8: rendre obligatoire l'obtention du diplôme d'Etat pour les médiations familiales;
- proposition 34: structurer un partenariat dans chaque tribunal de grande instance rassemblant tous les acteurs de la médiation familiale sous la coordination du magistrat référent de la Cour d'Appel ;
- proposition 35: favoriser l'organisation des permanences d'information sur la médiation familiale».*

18 bis. En 2015, la Caisse nationale d'allocations familiales a mis en œuvre l'expérimentation de la Garantie d'impayé de pension alimentaire (GIPA), qui a amené la création de l'ARIPA (Agence de recouvrement des impayés de pension alimentaire).

Le dispositif ARIPA vise à mieux protéger financièrement les parents vivant seuls avec leurs enfants, par la réforme de l'allocation de soutien familial (Asf) en garantissant une pension alimentaire minimum et en renforçant le mécanisme de récupération des pensions alimentaires impayées auprès du parent débiteur.

La Cnaf et plusieurs de ses partenaires ont souhaité compléter le volet législatif et réglementaire par un volet « accompagnement des parents confrontés à une séparation ».

¹⁶ http://www.justice.gouv.fr/publication/2015_THEM_Rapport_definitif_reglement_conflits.pdf.

La Cnaf a mis en place une forme partenariale d'intervention destinée à : - accompagner les parents dans les situations de séparation, y compris le parent qui n'est pas/plus allocataire pour contribuer à la pacification des séparations ; - développer une offre construite et développée en partenariat sur les territoires, avec les professionnels **de la médiation familiale**, ceux de la justice et de l'accès aux droits et les travailleurs sociaux, notamment ; - diversifier les offres de services de la branche Famille afin de mieux répondre à la diversité des besoins. La séance d'information « Parents après la séparation » vise de plus à donner une information factuelle aux parents sur leurs droits et leurs devoirs et est complémentaire des offres existantes au cœur de l'offre globale de service qui repose sur : - les prestations légales versées aux familles ; - l'offre de travail social Caf en faveur des familles confrontées à une séparation ou un divorce ; - **l'offre de médiation familiale**.

Dans le prolongement de cette action, et de manière à encourager notamment **le développement de la médiation familiale**, la CAF du Gard sous l'égide du Directeur Frédéric Turblin a mis en place un Mooc « Parents après la séparation ». Il s'agit d'un type de formation à distance et en ligne, ouverte (*massive open online course*, en anglais), capable d'accueillir un grand nombre de participants, allocataires ou non, pour réfléchir aux modalités de la séparation.

Cet outil présente, sous une forme pédagogique, en trois étapes, les principaux aspects psychologiques de la séparation et leurs impacts sur les enfants, les aspects juridiques et les modalités d'exercice de l'autorité parentale, ainsi que **la médiation familiale** et des conseils pour mieux communiquer entre parents : c'est le schéma de la séance collective en présentiel sous format dématérialisé, didactique, acidulé et interactif, en ligne 24h/24, 7j/7 .

19. La loi du 18 novembre 2016 sur la modernisation de la justice du XXIème siècle (Titre II) a pour objectif de « *favoriser les modes alternatifs de règlement des litiges en permettant au citoyen de régler son litige de manière négociée avant la saisine du juge et même une fois ce dernier saisi* ». Avoir recours aux modes amiables de règlement des différends doit favoriser « le renforcement du lien social » :

-Ratification (art 5-1) de la directive Européenne du 23 avril 2008 portant « sur certains aspects de la médiation civile et commerciale » (voir n°8) résultant d'une proposition de la Commission Européenne transmise le 22 octobre 2004

-Médiation familiale obligatoire - Expérimentation dans 11 juridictions (art 7 de la loi)

L'article 15 de la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles avait prévu une expérimentation, pour une période de trois ans dans deux Tribunaux Judiciaires (Arras et Bordeaux – arrêté du 16 mai 2013) aux fins de tentative de médiation préalable obligatoire.

La loi du 18 novembre 2016 a étendu le même dispositif à 11 juridictions. Elle prévoit à l'article 7 un aménagement des règles régissant la procédure en matière familiale, elle instaure une tentative de médiation familiale obligatoire à la saisine du juge aux affaires familiales, à peine d'irrecevabilité, sauf dans trois cas prévus par la loi (homologation d'une convention, motif légitime, violences intra familiales).

Ce dispositif a été étendu jusqu'au 31 décembre 2020.

-Etablissement d'une liste de médiateurs par chaque Cour d'Appel :

Le décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017, pris en application de l'article 8 de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle, prévoit que chaque Cour d'Appel établit, pour l'information des juges et des avocats, une liste de médiateurs.

19 bis. Rapport du Conseil Economique, Social et Environnemental du 20 Octobre 2017 :

Ledit Rapport traite notamment des conséquences des séparations parentales sur les enfants et sur l'importance de **mieux reconnaître, encadrer et valoriser la médiation familiale.**

20. Loi n° 2018 – 222 du 23 mars 2019 (décret n° 2019-1380 du 17 décembre 2019), de programmation 2018 – 2022 et de réforme de la justice complète l'article 373-2-10 du code civil – la médiation post sentencielle -

La loi rend recevable la médiation ordonnée dans la décision statuant définitivement sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

De plus, elle apporte un certain nombre de **modifications, entrant en vigueur au 1^{er} septembre 2020**, à la procédure valable jusque -là pour tous les divorces dits contentieux, visant à favoriser à l'évidence le développement de la médiation familiale à tous les stades de la procédure de divorce.

21. Loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 (article 5) visant à agir contre les violences au sein de la famille a modifié les dispositions de l'article 373-2-10 du code civil susvisé et écarte la médiation familiale dans les cas où des violences sont alléguées par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant :

« sauf si des violences sont alléguées par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant..... ».

Au travers de l'expérience, il ressort que la médiation familiale est un outil de protection de l'enfant. Force est de reconnaître qu'elle peut être aussi, dans certaines situations, un outil de dépistage de la violence dans le couple. Le processus de médiation familiale permet en effet souvent de faire ressortir l'existence de violences conjugales. **Le dépistage de la violence conjugale par la médiation familiale** est une réalité de terrain. Il va permettre de proposer un accompagnement centré sur la parentalité dépollué d'une conjugalité à transactions violentes orientées et traitées sur d'autres plans.

Nombre de professionnels précisent que dans nombre de situations de violences conjugales, utiliser la médiation familiale permet à l'auteur de prendre conscience de la gravité des faits et constitue un puissant soutien pour la victime, dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

En tout état de cause, la médiation familiale ne peut pas être proposée, dans les situations de violences conjugales structurelles et celles ponctuelles qui sont niées par l'auteur.

21 Bis. Rapport du Haut Conseil de la Famille de l'Enfance et de l'Age – section Famille en date du 21 janvier 2020 : « Les ruptures des couples avec enfants mineurs – Synthèse et propositions » :

Le HCFEA soutient notamment l'idée d' « un service public national » pour tous les dispositifs de soutien à la parentalité résultant d'une décision judiciaire qu'il s'agisse de médiation familiale ou des Espaces de Rencontre.

B – Un mouvement général en faveur de la médiation

22 Statistiques nationales du conflit familial. - Les statistiques nationales précisent qu'un couple sur deux se sépare dans les agglomérations, un couple sur trois dans les campagnes :

- 40 % des séparations concernent des enfants de moins de cinq ans,
- Un enfant sur deux ne voit plus ou presque plus le parent chez lequel il ne réside pas,
- 15 % des enfants sont en résidence alternée paritaire ou non,
- 37 % des séparations sont conflictuelles,
- 60 % des personnes qui « gagnent » un procès se déclarent insatisfaites de leur expérience judiciaire.

23 L'aléa judiciaire. - « *Pour être juste, la décision d'un juge...[...] doit non seulement suivre une règle de droit[...] mais elle doit l'assumer, l'approuver en confirmant la valeur par un acte d'interprétation réinstaurateur, comme si la limite de la loi n'existait pas auparavant, comme si le juge l'inventait lui-même à chaque cas* »¹⁷. On a coutume de souligner que les juges ont une fonction de régulation sociale.

En ce sens, l'acte de juger ne saurait s'accommoder de ce jeu de dés ou de hasard, que constitue l'aléa. Au milieu du XVI^{ème} siècle, François RABELAIS évoquait dans le Tiers Livre, le juge BRIDOYE, ce juge qui tirait au sort ses sentences. Il jouait ses jugements aux dés, parce qu'il avait trouvé que c'était la seule loi à laquelle personne ne pouvait échapper, celle du hasard !

Une telle opinion peut choquer si elle n'était empreinte d'humour. Mais face à la réalité des tribunaux, l'aléa judiciaire, l'incertitude judiciaire, le risque judiciaire, le hasard judiciaire constituent une réalité, surtout dans le domaine familial.

L'acte de juger ne se résume pas à dire le droit, et la décision du juge, ainsi que le souligne Jacques DERRIDA, doit non seulement suivre une règle de droit, mais également l'interpréter et l'adapter à chaque situation qui lui est soumise, au travers du conflit.

24 L'aléa propre à la matière familiale. - En matière familiale, plus que dans d'autres contentieux, l'enjeu est de taille, en raison même de la source du conflit qui procède de dissensions dans la sphère familiale et affective, et touche plus que tout autre à l'humain. Partant de ce constat, on serait tenté de dire que l'aléa, est en matière de contentieux familial, inéluctable, sauf à méconnaître la dimension affective, sentimentale, émotionnelle, intime

¹⁷ Jacques DERRIDA - Force de Loi - réédition 2005 – Editions Galilée

voire passionnelle et partant irrationnelle, dans lequel le contentieux puise sa source. Les situations de rupture du couple constituent la majeure part du contentieux de la famille, et ce type de procédures constitue pour l'aléa un terrain de prédilection. En effet, sont le plus souvent en jeu, dans les conflits les plus aigus des notions telles que:

La « faute » visée par l'article 242 cc,

L'intérêt de l'enfant,

La coparentalité,

La résidence alternée,

La place des père et mère dans le cadre de la séparation,

L'audition de l'enfant et le recueil de sa parole.

La contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants, la pension alimentaire, la prestation compensatoire.

25 La « faute » dans le cadre du divorce. - La notion de faute a évolué, et diffère de celle que prévoyait l'ancien article 242 CC, même si « *les mots de l'ancien article 242 cc ont été jetés en l'air et ont été remplacés dans le désordre dans le nouvel article* »¹⁸. Selon l'esprit du législateur la notion de faute doit être resserrée, pour que les objectifs d'apaisement et de pacification soient réalisés. Elle doit être circonscrite et limitée aux actes d'une extrême gravité tels que les violences conjugales, et les graves humiliations subies par un époux pendant la vie commune.

Or, comment expliquer, sinon par l'aléa, que dans nombre de tribunaux, et dans l'esprit et la pratique de nombreux avocats et juges aux affaires familiales, la notion de faute a peu évolué, et continue d'alimenter le contentieux, alors que pour d'autres, la faute est devenue un motif résiduel limité aux violences physiques. Eu égard à l'importance que revêt la faute dans le règlement conflictuel ou apaisé d'un divorce, l'impact de l'aléa reste ici considérable.

26 L'intérêt de l'enfant. - La notion d'intérêt de l'enfant est une notion abstraite, très aléatoire. Elle reste très souvent une formule obscure, vague, une notion vide, une position de principe. C'est une très belle notion, mais la question se pose souvent de savoir comment donner de la consistance à ce principe ? Comment faire pour que ce ne soit pas une utopie, comment faire de l'intérêt de l'enfant une réalité ?

La notion d'intérêt de l'enfant peut-elle avoir un sens en cas de conflit parental? Qu'est-ce que l'intérêt supérieur de l'enfant pour un avocat, un juge qui ne connaît pas la situation personnelle de l'enfant, son vécu personnel, ses relations réelles avec son père et sa mère ? L'intérêt de l'enfant est souvent invoqué à torts et à raison. Dans la notion d'intérêt de l'enfant, chaque acteur judiciaire met sa propre culture, sa propre éducation, son propre vécu. De plus, l'intérêt de l'enfant n'est pas le même pour chaque famille. Chaque parent en conflit y met sa propre vision, trop souvent rattachée à sa souffrance d'adulte, à son rejet, sa haine de l'autre parent, à des problèmes matériels de pension alimentaire, de contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant, d'attribution du domicile conjugal ou de liquidation de communauté.

Très souvent, chaque partie rattache, de bonne ou mauvaise foi, à cette notion d'intérêt de

¹⁸ Pierre GAUDE, ancien Professeur de droit privé – La réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004 – pacification et simplification - Edité par Centre Pierre Kayser – PU Aix – Marseille.

l'enfant, d'autres notions moins avouables.

Quelle réponse, si ce n'est pleine d'aléa, un avocat, un juge aux affaires familiales peuvent-ils donner à l'intérêt de l'enfant, dans le cadre d'un conflit parental, que les parents soient querelleurs ou démissionnaires?

27 La résidence alternée. - Dans la société, le principe même de la résidence alternée est très controversé, bien que désormais prévu par le législateur. Des avis divergents de spécialistes de l'enfance, psychologues, pédiatres, pédopsychiatres continuent à alimenter le contentieux. Confrontés aux arguments divers et souvent opposés dont s'emparent les parents dans le cadre des conflits relatifs à la résidence des enfants, les juges aux affaires familiales adoptent plusieurs jurisprudences qui reflètent les divergences du corps social: certains sont très favorables à la résidence alternée (paritaire ou non), d'autres y sont très opposés, d'autres enfin tentent d'adapter la résidence alternée, au cas par cas, de faire du « sur-mesure » dans des situations qui s'accommodent mal du « prêt-à-porter » standardisé ou prêt à penser. L'impact de l'aléa judiciaire est ici d'autant plus préoccupant qu'il concerne la vie et le quotidien des enfants.

28. L'audition de l'enfant. - L'audition de l'enfant, prévue par le législateur, constitue une voie vers la solution adaptée du conflit qui n'est pas exempte de risques et d'incertitudes.

Le décret n°2009-572 du 20 mai 2009 qui modifie les articles 338-1 à 338-12 CPC - relatif à l'audition de l'enfant en justice, présenté par la circulaire du 3 juillet 2009 de la direction des affaires civiles et du Sceau (CIV/10/09), précise les conditions d'application de l'article 338-1 CC insérée dans la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, qui donne aux enfants capables de discernement le droit d'être entendus, dans toute procédure judiciaire les concernant s'ils le souhaitent. Deux questions principales se posent:

- par qui est recueillie la parole de l'enfant?
- de quelle manière est transcrite la parole de l'enfant?

S'agissant de la personne chargée de recueillir la parole de l'enfant, l'art. 338-9 CPC dispose que « *lorsque le juge estime que l'intérêt de l'enfant le commande, il désigne pour procéder à son audition une personne qui ne doit entretenir de liens ni avec le mineur, ni avec une partie. Cette personne doit exercer ou avoir exercé une activité dans le domaine social, psychologique ou médico-psychologique* ». Toutefois, en règle générale, le juge aux affaires familiales se chargera lui-même de procéder à l'audition.

Concernant la manière dont est transcrite la parole de l'enfant, l'art. 338-12 CPC précise que, « *dans le respect de l'intérêt de l'enfant, il est fait un compte rendu de cette audition. Ce compte rendu est soumis au respect du contradictoire* ».

Ce compte rendu, qui doit être porté à la connaissance des parents et de leurs conseils, n'est pas un procès-verbal d'audition. S'agissant du contenu de ce document, les pratiques les plus variées des juges aux affaires familiales ont cours. Ledit compte rendu peut consister en une synthèse rédigée par le juge dans le secret de son cabinet, après l'audition du mineur, le magistrat décidant de lui-même d'indiquer ce qui lui paraît essentiel et ce qui ne l'est pas, ou ce qui est conforme à l'intérêt de l'enfant et ce qui ne l'est pas. Ou bien, à l'opposé, il peut s'agir quasiment d'un procès-verbal d'audition, reprenant l'ensemble des déclarations du

mineur.

Toutes les variantes entre ces deux types de comptes - rendus sont envisageables, par exemple une rédaction conforme à une entente entre le juge et le mineur sur la formulation de ses dires ou une transcription portant uniquement sur les propos que le mineur est prêt à dire à ses parents.

De plus, l'approche de l'audition du mineur peut être différente selon les magistrats. Certains juges aux affaires familiales souhaitent poser au mineur des questions précises pour les aider à la prise de décision, d'autres utilisent l'audition pour permettre à l'enfant de s'exprimer sur sa vie et de se faire une idée sur sa personne, sans même lui demander son avis sur les modalités de la résidence.

§2 – L'incidence du droit substantiel sur la médiation

29 L'esprit du droit de la famille. – Le droit substantiel de la famille a connu de nombreuses modifications ayant une incidence sur les normes appliquées par le juge (A). Le cadre juridique de la médiation s'est progressivement construit pour répondre à la particularité du conflit familial (B).

A – Les normes appliquées par le juge en matière familiale

30. La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale. – Cette loi visionnaire a mis sur un plan d'égalité chacun des parents, c'est la coparentalité. Elle garantit le maintien des liens entre les deux parents et leurs enfants après la séparation, et légalise la résidence alternée.

Ladite loi a centré la définition de l'autorité parentale sur l'intérêt de l'enfant. L'enfant a donc un droit à la parentalité, un droit à la coparentalité, et de plus la loi impose que les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité (CC, art 371-1 al 3).

31. Rôle du juge et coparentalité. - La vocation première du juge aux affaires familiales est de régler le maintien des liens familiaux, dans le cadre d'une séparation.

Pour accomplir ce travail d'aménagement des liens familiaux, ce magistrat doit toujours avoir à l'esprit qu'il est autorisé à intervenir au nom de principes établis par la loi. La loi pose comme principe que les parents exercent ensemble l'autorité parentale à l'égard de leur enfant et la loi ajoute que la séparation est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale.

La coparentalité est la règle et la séparation ne doit avoir aucune conséquence sur le principe même des relations de l'enfant avec chacun de ses parents. Ce qui veut dire que l'intérêt de l'enfant est de maintenir des relations personnelles avec chacun de ses parents (le retrait de l'autorité parentale procède d'une dynamique différente). C'est d'ailleurs pour cette raison que l'art 373-2-1 cc rappelle que le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant et qu'il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier.

Par conséquent, entre les parents même séparés, le lien familial est formalisé en droit par l'autorité parentale qui appartient aux deux parents, même s'ils ne l'exercent pas tous les deux.

Enfin, au-delà même de la question de l'autorité parentale, la loi dit que « *chacun des parents doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent* ». Autrement dit, la loi présume, par une sorte de raisonnement à contrario que l'intérêt de l'enfant est de maintenir des relations personnelles avec chacun de ses parents.

Cela signifie pour le juge que toute décision qui va à l'encontre de ce principe doit être motivée, et c'est bien toute la difficulté puisque dans nombre de situations, et notamment celles d'emprise, l'on ne trouve pas chez le parent qui est en rupture avec son enfant de motif qui lui soit imputable et qui justifie de ne pas lui laisser la pleine mesure de ses prérogatives de père ou de mère (héberger son enfant, suivre son éducation etc..).

Ce principe de coparentalité a des conséquences importantes pour tous les professionnels qui interviennent auprès d'un enfant. Celui-ci ne doit pas oublier que les deux parents sont titulaires ensemble de l'autorité parentale et qu'ils ont les mêmes droits et les mêmes devoirs, ce qui signifie que tous les deux doivent être sollicités à égalité lorsqu'une question intéressant l'enfant est évoquée, or encore trop souvent, trop de professionnels font comme si ce principe n'existait pas et n'ont de relations qu'avec le parent dit « gardien ».

32 La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce et le décret d'application n° 2009-1158 du 29 octobre 2004. – Ces textes tendent à apaiser les procédures et à favoriser un règlement amiable et plus responsable des conséquences de la rupture. Le législateur a pris conscience des effets qui se révèlent particulièrement négatifs pour les liens familiaux et les enfants. Ces deux lois demandent désormais aux praticiens, juges aux affaires familiales, avocats, notaires de travailler dans un autre état d'esprit que par le passé, plus consensuel, de plus en plus pacificateur, de manière à protéger l'enfant des conflits destructeurs. L'enfant, la protection de l'enfant, l'intérêt de l'enfant sont à l'évidence le fil rouge de ces deux lois.

33. Rôle du juge et séparation des époux. – Une notion cadre importante pour le juge, dans l'application du droit, est contenue dans la loi du 26 mai 2004 relative à la réforme du divorce dont le leitmotiv est « *apaisement des séparations dans l'intérêt des enfants* ». Faire en sorte de se séparer en bonne intelligence, en parents responsables est la volonté du législateur, de manière à notamment protéger les enfants des conflits de séparation destructeurs. Nombre de parents se servent en effet de l'enfant pour continuer le combat de la séparation. Nombre de parents instrumentalisent leur enfant, consciemment ou inconsciemment. Et il est vrai qu'en quelques années, les praticiens ont constaté un renversement d'approche du conflit conjugal dans les procédures de séparation. Les parents, pour la plupart, n'évoquent plus les torts et griefs, la notion de faute conjugale. Les parties mettent « un couvercle » sur la faute. Mais, par contre, les personnes continuent à régler leurs comptes à travers l'enfant. Celui-ci est utilisé à des fins inacceptables, et au lieu de l'intérêt de l'enfant, c'est plutôt de l'intérêt de chacun des parents dont il est question. Dans nombre de procédures, la notion d'intérêt de l'enfant est détournée au profit des adultes. L'enfant est au centre des débats, mais c'est le conflit entre les adultes qui en fait est le centre du procès.

34. La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance. – Elle est destinée à améliorer la prévention et le signalement des violences et des maltraitances infligées aux mineurs. La prévention en est le maître mot. Elle introduit clairement le critère de l'intérêt de l'enfant comme étant le fil conducteur de la matière de la protection de l'enfance. Cette loi modifie l'article 388-1 CC sur l'audition de l'enfant. Cet article dispose notamment que désormais tout mineur capable de discernement doit être informé de son droit à être entendu, cette audition est de droit par le juge si le mineur en fait la demande. Tout enfant est légalement reconnu comme sujet de droit et peut demander au juge à être entendu dans toute procédure le concernant.

Ladite loi fait de la prévention un axe majeur; l'annexe 12 de la loi et le guide pratique DGAS d'application de la réforme préconise **le recours à la médiation familiale** : « *la médiation familiale pourra être ordonnée par le juge des enfants comme obligation particulière d'une mesure éducative en milieu ouvert* ».

35. Rôle du juge et intérêt de l'enfant. – La notion d'intérêt de l'enfant et de protection de l'enfant est au cœur des dossiers familiaux.

Le respect par la société de l'intérêt supérieur de l'enfant est un principe essentiel, inhérent à toutes les cultures. Cette notion trouve sa traduction notamment dans la Déclaration Universelle des droits de l'enfant du 20 novembre 1959¹⁹ :

« *L'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante dans l'adoption des lois, ainsi que le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation* ».

En droit français, le législateur n'a pas intégré cette formule directement dans l'arsenal législatif, mais de nombreux articles du code civil et du code de procédure civile, qui président à l'application des lois en matière familiale, rappellent que le juge aux affaires familiales doit se référer, lorsqu'il prend une décision, à « l'intérêt de l'enfant ».

B - Le cadre juridique de la médiation familiale

36. La médiation familiale a été pionnière du processus juridique de médiation (1) et a donné lieu à la fixation précise des conditions de la médiation judiciaire familiale (2).

1 – Le recours à la médiation lors du conflit familial

37. Le rapport « construire la médiation familiale »²⁰. - A la suite de ce rapport dans lequel Madame Monique Sassier proposait de former des professionnels, de créer un diplôme d'Etat de médiateur familial, d'assurer le financement et de créer un système d'évaluation, a été créé, en 2001, un Conseil national consultatif de la médiation.

Dans le cadre de la loi sur l'autorité parentale et de la loi sur le divorce, le législateur, pour atteindre leurs objectifs principaux - coparentalité et apaisement des séparations - a mis à la disposition des justiciables et des acteurs judiciaires: **la médiation familiale**. Mais avant la publication de ces deux lois, le législateur s'était préoccupé de faire entrer la médiation généraliste dans le champ légal et d'attribuer au juge ce nouvel outil, dont les principes sont

¹⁹ <http://www.humanium.org/fr/normes/declaration-1959/> .

²⁰ <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/014000484/index.shtml>

applicables à la médiation familiale. La médiation généraliste a été instituée par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative et le décret d'application n°96-652 du 22 juillet 1996. Ces textes sont insérés dans les articles 131-1 à 131-15 CPC.

38. Insertion de la médiation familiale. - Elle a été insérée dans le code civil :

- d'une part, dans le cadre de la réforme de l'autorité parentale, c'est la médiation familiale parentale : art 373-2-10 CC,
- d'autre part, dans le cadre de la réforme du divorce, c'est la médiation familiale conjugale : art 255-1 et 2 CC.

La médiation familiale s'inscrit, ceci est hautement symbolique de la volonté du législateur, au tout premier rang des mesures provisoires que peut prendre le juge aux affaires familiales, lors de l'audience dite de conciliation.

La première question que doit, à l'évidence, poser le juge aux affaires familiales, après avoir entendu chacune des parties et réuni leurs conseils, est de savoir s'il y a lieu à ordonner une médiation familiale avec l'accord des parties, ou à enjoindre les parties à rencontrer un médiateur familial pour une séance d'information. Selon les vœux du législateur, **la médiation familiale peut permettre désormais d'appréhender la globalité des enjeux de la séparation, tant affectifs qu'économiques qui sont souvent étroitement liés.**

De plus, pendant l'instance, les époux peuvent conclure des conventions réglant tout ou partie les conséquences du divorce qui seront soumises à l'homologation du juge aux affaires familiales. Il est ainsi possible de conclure des conventions non seulement sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, mais aussi sur la prestation compensatoire et la liquidation du régime matrimonial.

Les textes incitent aux accords à toutes les étapes de la séparation. Mais, l'idée nouvelle, l'une des innovations introduites par la loi sur l'autorité parentale (CC, art 372-2-10 3^{ème} alinéa) et celle sur le divorce (CC, art 255-2°) qui n'existe pas pour la médiation civile généraliste, est la possibilité pour le juge aux affaires familiales d'enjoindre les parties de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la mesure. Cette information est donnée gratuitement aux parties. Cette information peut donner des résultats intéressants, y compris lorsqu'elle n'aboutit pas sur la mise en œuvre d'une médiation familiale.

39. La pratique de la double convocation. - Le décret n°2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale prévoit, dans les tribunaux de grande instance de Bordeaux et d'Arras désignés à titre expérimental par arrêté du 16 mai 2013, une pratique de « la double convocation » permettant au juge aux affaires familiales d'enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur familial avant même l'audience. Cette expérimentation s'est terminée le 31 décembre 2014.

Nombre de tribunaux ont mis en place cette modalité, de manière prétorienne.

40. L'injonction de médiation. - De plus, dans le cadre de la loi sur la réforme du divorce, ont été remaniés le plan et le contenu du chapitre consacré à la procédure en matière familiale dans le code de procédure civile (livre III, titre 1^{er}). Dans ce chapitre, au titre des dispositions

générales applicables aux litiges en matière familiale, est inséré l'article 1071 qui rappelle la mission de conciliation du juge aux affaires familiales et fait état des pouvoirs de ce juge pour enjoindre et ordonner une médiation familiale, et l'article 1108 relatif à la convocation par le greffe de l'époux défendeur prévoit que soit jointe une notice d'information qui expose, notamment, les dispositions des articles 252 à 254 ainsi que les 1° et 2° de l'article 255 CC.

41. La tentative de médiation familiale obligatoire. - L'article 15 de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et l'allègement de certaines procédures juridictionnelles a mis en place, à titre expérimental, dans les tribunaux de Bordeaux et d'Arras (arrêté du 16 mai 2013), la tentative de médiation familiale obligatoire pour certains types de procédure. Cet article dispose que :

« 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 dispositions 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.

Toutefois, à 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 cc,

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

3° Si cette tentative de médiation préalable risque, compte tenu des délais dans lesquels elle est susceptible d'intervenir, de porter atteinte au droit des intéressés d'avoir accès au juge dans un délai raisonnable ».

La dite expérimentation a été arrêtée le 31 décembre 2014.

Cette disposition dite TMFPO a été reprise, à titre expérimental, dans 11 tribunaux de grande instance par la loi du 18 novembre 2016 (J21) pour une période de trois ans.

Cette disposition est expérimentée dans 11 Tribunaux de grande instance habilités et désignés par un arrêté du 16 mars 2017 : Bayonne, Bordeaux, Cherbourg en Cotentin, Evry, Nantes, Montpellier, Pontoise, Rennes, Saint-Denis et Tours.

L'expérimentation suppose qu'avant toute saisine du Juge aux affaires familiales, les parties doivent d'elles-mêmes effectuer une tentative de médiation familiale si elles souhaitent faire modifier :

- Une décision fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant (la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant doit se limiter à celle fixée au bénéfice des enfants mineurs, seuls visés par l'exercice de l'autorité parentale,
- Les dispositions contenues dans une convention homologuée (convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel, ainsi que les conventions précédemment homologuées par le Jaf en application de l'article 373-2-7 du code civil).

Tout au long de l'expérimentation, une évaluation précise est menée d'un point de vue qualitatif et quantitatif. Des fiches méthodologiques, des schémas de procédure ainsi que des critères d'évaluation et des outils de suivi seront mis à la disposition des onze juridictions.

La place du médiateur familial est en conséquence renforcée.

La même expérimentation a été reconduite, pour une période supplémentaire de un an, dans les mêmes 11 Tribunaux Judiciaires, à savoir jusqu'au 31 décembre 2020.

Des premiers résultats de cette expérimentation, il ressort notamment qu'à l'issue de cette « rencontre » obligatoire environ 49 % des parties décident de poursuivre la médiation.

Les accords obtenus dépendent des médiateurs.

La moyenne nationale est de 53 % d'accords pour ceux qui décident de continuer en médiation.

Même lorsqu'il n'y a pas eu d'accord, la tentative de médiation a pour résultat de réintroduire le dialogue parental lorsqu'il n'existait plus ou de l'apaiser lorsqu'il était très tendu.

L'adhésion au processus de médiation est plus facile lorsque que c'est le juge qui fait injonction d'aller s'informer sur la médiation, car alors « *la parole du juge est entendue* ».

Lorsque c'est un simple courrier qui leur enjoint de recourir à la médiation, le fait de ne pas être entendu par le juge génère une frustration psychologique : des justiciables se positionnent en tant que « victimes » d'un conflit et veulent que le juge les conforte dans leurs droits. Ils voient la médiation comme un obstacle à franchir aussi vite que possible pour déclencher la procédure tant attendue que cette mesure ralentit. Ils vont au tribunal pour voir le juge. C'est l'incompréhension de cette étape supplémentaire.

42. Le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends. – Entré en vigueur au 1^{er} avril 2015, il modifie le dernier alinéa des articles 56 et 58 du code de procédure civile. Le demandeur doit, à peine de nullité, dans l'assignation et la requête ou la déclaration qui saisit la juridiction de première instance : « *préciser les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige, sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public* ».

L'article 127 nouveau dudit code (décret du 11 décembre 2019) dispose en outre que : « *S'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation* ».

43. L'homologation des accords parentaux (décret n° 2016 – 1906 du 28 décembre 2016 relatif à la procédure d'homologation par le juge aux affaires familiales des conventions parentales prévues à l'article 373 – 2 – 7 du code civil).

Le décret susvisé simplifie la procédure d'homologation par le juge aux affaires familiales des conventions parentales. Les parents peuvent désormais saisir le juge aux affaires familiales, sur simple requête, et le magistrat statue, sans comparution des personnes. Ledit décret a créé un nouvel article 1143 du code de procédure civile qui dispose que :

« Lorsque les parents sollicitent l'homologation de leur convention en application de l'article [373-2-7](#) du code civil, le juge est saisi par requête conjointe. Il ne peut modifier les termes de la convention qui lui est soumise. Il statue sur la requête sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties. S'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu la décision.

La décision qui refuse d'homologuer la convention peut faire l'objet d'un appel. Cet appel est formé par déclaration au greffe de la cour d'appel. Il est jugé selon la procédure gracieuse. »

L'objectif du pouvoir réglementaire a été de **favoriser le recours à la médiation familiale** afin que les parents élaborent une convention parentale, homologable facilement, sans audience, par le juge aux affaires familiales.

Une circulaire en date du 4 janvier a été élaborée par Madame le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice – Direction des Affaires Civiles et du Sceau sur les modalités d'application de la procédure simplifiée d'homologation judiciaire des conventions parentales prévue à l'article 373-2-7 du code civil.

Il est précisé notamment que :

« Ce nouveau dispositif bénéficie à tous les parents, parents non mariés ou déjà divorcés, et peut s'appliquer à toutes les conventions conclues par ces parents, qu'ils aient ou non utilisé un MARD, c'est-à-dire même en l'absence d'intervention préalable d'un médiateur familial

L'ensemble des accords relatifs à l'exercice de l'autorité parentale, qu'ils portent sur la résidence de l'enfant, la contribution à son entretien et son éducation ou les modalités du droit de visite et d'hébergement le cas échéant, est visé par cette réforme. Celle-ci s'applique tant aux accords visant à fixer pour la première fois des modalités d'exercice de l'autorité parentale après une séparation parentale qu'aux accords emportant modification de modalités déjà existantes, voire fixées par décision judiciaire.

Cette procédure d'homologation impose toutefois que les parents formalisent leur accord par une convention. »

44. la médiation post sentencielle -

La loi n° 2018 – 222 du 23 mars 2019 (décret n° 2019-1380 du 17 décembre 2019), de programmation 2018 – 2022 et de réforme de la justice complète l'article 373-2-10 du code civil, afin de permettre au juge aux affaires familiales, lorsqu'il statue définitivement sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, de proposer aux parents une mesure de médiation et après avoir recueilli leur accord de désigner un médiateur familial, sans préjudice de la possibilité qui lui est donnée d'enjoindre aux parents de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure.

Jusqu'à présent, la désignation d'un médiateur par le juge ouvrait une parenthèse dans le procès, obligeant le juge à reporter sa décision définitive, sans vider sa saisine.

Les textes, sous réserve de certaines pratiques prétorienne des juges aux affaires familiales, ne permettaient pas de recourir à la médiation dans la décision mettant fin à l'instance (loi n° 95-125 du 8 février 1995 articles 22-2 et 22-31).

La loi du 23 mars 2019, dans sa partie relative au règlement amiable des différends, modifie expressément ces textes pour rendre **recevable la médiation ordonnée dans la décision statuant définitivement sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale.**

Ainsi, le juge aux affaires familiales, tout en vidant sa saisine, c'est-à-dire en statuant sur les demandes qui lui sont présentées, peut ordonner (ou enjoindre les parties à rencontrer un médiateur familial pour une séance d'information) une médiation pour l'avenir, sur accord des parents, en désignant un médiateur, en vue de lever leurs réticences dans la mise en place de ce mode amiable. Dans tous les cas, le dossier est pour lui clôturer et les parties ne sont pas de nouveau convoquées.

L'article 372 – 2 – 10 du code civil est désormais ainsi rédigé :

« En cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties.

A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation sauf si des violences sont alléguées par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder, y compris dans la décision statuant définitivement sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

Il peut de même leur enjoindre, sauf si des violences sont alléguées par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant, de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure. »

L'hypothèse envisagée est celle où le différend parental demeure vif en fin de procédure et laisse craindre des difficultés d'exécution des modalités d'exercice de l'autorité parentale qui seront fixées par la décision, s'agissant d'un transfert de résidence de l'enfant ou de l'exercice du droit de visite et d'hébergement par exemple.

Si, au terme de la médiation ou de l'entretien d'information sur la médiation, l'une ou l'autre des parties, ou les deux, souhaitent une modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale fixées par la décision, il appartiendra, le cas échéant, à la partie la plus diligente, de saisir le juge aux affaires familiales d'une demande modificative, dans les conditions de droit commun, notamment pour survenance d'un élément nouveau.

Il est important de préciser que la dite loi de programmation pour la justice 2018 – 2022 apporte un certain nombre de **modifications, entrant en vigueur au 1^{er} septembre 2020**, à la procédure valable jusque -là pour tous les divorces dits contentieux, **visant à favoriser à l'évidence le développement de la médiation familiale à tous les stades de la procédure de divorce.**

Notamment, elle supprime les phases de requêtes et de conciliation, la procédure commence directement par l'assignation en divorce par le demandeur, à ce stade, il n'est plus nécessaire de préciser le fondement de la demande, qui pourra l'être en cours de procédure.

Elle rend la constitution d'avocat d'emblée obligatoire pour le demandeur, mais aussi pour le défendeur.

Elle fait désormais débiter la procédure par la première audience du juge aux affaires familiales, qui lui permet de vérifier s'il est nécessaire de prendre des mesures provisoires et/ou si les parents doivent s'engager dans un processus de médiation familiale.

Le Juge aux affaires familiales peut prendre des mesures, dès ce stade et peut, dans ce cadre, proposer une mesure de médiation familiale.

2 – Les conditions de la médiation familiale judiciaire

45. Énumération des conditions du recours à la médiation judiciaire en matière familiale. -

- **le juge doit être saisi** (en référé ou au fond - art. 131-1 CPC),
- à l'audience, **les parties doivent donner leur accord** (nécessité du consentement des parties, sauf injonction à l'information) sur le principe même de la médiation. La médiation a une nature mixte, c'est-à-dire qu'elle est ordonnée par le juge et en même temps, il est nécessaire de recueillir l'accord des parties,
- Avec la médiation, le juge n'est dépouillé ni de la procédure, ni de son pouvoir décisionnel. En effet, le médiateur ne tient son pouvoir que du juge. **C'est le juge qui le désigne (art. 131-1 CPC).**
- **Le médiateur peut être une personne physique ou une association** (art. 131-4 CPC). Le médiateur est désigné et choisi par le juge; mais il est opportun que les parties soient associées au choix, et ce contrairement à l'expertise pour laquelle le choix de l'expert est décidé par le juge (certes les parties et leurs conseils peuvent y être associées).
- Le juge doit définir **le contenu de la mission** (art. 131-6 CPC) et fixer une durée limitée pour ladite mission qui ne peut excéder **trois mois**, sauf à être **renouvelée une fois** pour la même durée à la demande du médiateur (art. 131-3 CPC). Le délai est assez court. Le législateur n'a pas voulu permettre un circuit de dérivation du procès.
- **Le juge fixe le montant des frais** (art. 131-6 al. 2 CPC). Le juge fixe une provision à valoir sur la rémunération du médiateur «à un niveau aussi proche que possible de la rémunération prévisible». De même, la décision « désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai imparti; si plusieurs parties sont désignées, la décision indique dans quelle proportion chacune des parties devra consigner », mais les parties peuvent toutefois déterminer elles-mêmes la charge des frais. Les honoraires du médiateur sont, en règle générale, partagés par moitié. Le concours du médiateur n'est pas gratuit, si les parties bénéficient de l'aide juridictionnelle, la mesure peut être prise en charge dans ce cadre-là. Dans la pratique, de nombreux magistrats ont mis en place des mécanismes plus souples que le versement de la

consignation, qui trop souvent retarde la mise en place de la médiation. C'est ainsi que dans la plupart des juridictions, le juge prévoit que la consignation sera versée directement entre les mains du médiateur, appliquant ainsi les textes sur **la consultation** insérés dans les articles 256 à 262 cpc, et notamment l'article 258 qui dispose que : « *Le juge ... désigne la ou les parties qui seront tenues de verser, par provision au consultant une avance sur sa rémunération, dont il fixe le montant* ».

- **Le juge met fin, à tout moment**, à la mission s'il le souhaite, même d'office (art. 131-10 cpc).
- **Le juge n'est pas dessaisi de son pouvoir juridictionnel**. Quand l'affaire revient après la médiation, **il n'est pas une chambre d'enregistrement**. Le médiateur n'a pas pris la place du juge.
- **Le temps suspendu de la médiation**. La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile a inséré l'article 2238 CC ainsi rédigé : « *La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée* ».

Section 2 - Une culture judiciaire de la médiation

46. Les éléments de la médiation familiale participent d'une meilleure connaissance du processus (§1), de l'importance du contexte de confidentialité où il s'inscrit et donc une meilleure intégration par le milieu judiciaire encore souvent rétif, alors que les écrits de la médiation placent le juge comme garant du processus effectué (§2).

§1 – Les éléments de la médiation familiale

47 Contexte particulier de la médiation. – La particularité du processus médiant (A) repose sur le contexte propre d'une confidentialité (B) réponse à une culture judiciaire encore rétive (C).

A – Le processus « médiant »

48. Pluralité de définitions. - La médiation consiste à confier à un tiers impartial, qualifié et sans pouvoir de décision sur le fond « le médiateur » la mission d'entendre les parties en conflit et de confronter leurs points de vue au cours d'entretiens, contradictoires ou non, afin de les aider à rétablir une communication et à trouver elles-mêmes des accords mutuellement acceptés.

En 2002, le Conseil national consultatif de la médiation familiale a donné la définition suivante : *« la médiation familiale est un processus de construction ou de reconstruction du lien familial axé sur l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation dans lequel un tiers impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décision- le médiateur familial- favorise à travers l'organisation d'entretiens confidentiels, leur communication, la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu dans sa diversité et dans son évolution ».*

L'Association pour la médiation familiale (APMF) précise : *« La famille est entendue dans sa diversité et dans son évolution. La médiation familiale est un processus tiers, de construction et de reconstruction de liens axés sur le rétablissement d'un dialogue apaisé, l'autonomie, la liberté et la responsabilité des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation. Le médiateur familial, tiers impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décision ouvre un espace confidentiel, en organisant des rencontres entre les personnes qui le sollicitent ».*

Le groupe de travail « médiation familiale et contrats de co-parentalité » propose la définition suivante: *« La médiation familiale qui a pour finalité d'apaiser le conflit et de préserver les relations au sein de la famille, est un processus structuré et confidentiel de résolution amiable des différends familiaux qui s'appuie sur une démarche volontaire. Avec l'aide du médiateur familial, tiers qualifié, impartial et indépendant, les personnes tentent de parvenir à une solution mutuellement acceptable, tenant compte de l'intérêt de chacun et qui peut prendre la forme d'accords susceptibles d'être homologués par le juge ».*

La médiation familiale, qui a pour finalité d'apaiser le conflit et de préserver les relations au sein de la famille, est un processus structuré et confidentiel de résolution amiable des différends familiaux qui s'appuie sur une démarche volontaire. Avec l'aide du médiateur familial, tiers qualifié, impartial et indépendant, les personnes tentent de parvenir à une solution mutuellement acceptable, tenant compte de l'intérêt de chacun et qui peut prendre la forme d'accords susceptibles d'être homologués par le juge.

49. Différences entre le conflit et le litige. - Pour bien comprendre l'importance de la place de la médiation dans le contentieux familial, il est essentiel, pour les juristes, de bien faire la différence entre le conflit et le litige.

Le litige est la problématique soumise au juge. C'est la contestation, le différend qui lui est soumis pour qu'il y apporte une réponse juridique.

Le conflit correspond à tout ce qui est autour et sous le litige. Il est caractérisé par « les non-dits » entre les personnes, les silences, les malentendus, les mensonges, les torts, les griefs, la souffrance, la blessure narcissique de la séparation, le vécu passé plus ou moins difficile, etc... Le conflit est représenté par tout ce qui oppose les parents dans la réalité de leur vie et qui est parfois caché. Le plus souvent, les litiges à répétition sont des symptômes d'un conflit enkysté.

La justice règle des litiges, en apportant des réponses de l'extérieur, sans pour autant résoudre les conflits de l'intérieur. Ainsi, dans une espèce, un père demande la suppression de la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il s'agit du litige soumis au juge. En réalité,

le litige présenté au juge ne constitue qu'une partie émergée du vrai problème. Le père ne voit plus son enfant depuis de nombreux mois et ne souhaite plus verser la contribution alimentaire. Le conflit demeure entre les parents, voire entre les ex conjoints lorsque la séparation initiée par l'un n'est toujours pas acceptée par l'autre.

Comme le dit Claire Denis, médiatrice familiale: « *Le litige est une traduction du conflit sur la scène judiciaire, il va y être épuré de sa subjectivité pour y être objectivé. A trop se centrer sur le litige, le conflit pourrait rester « tapi » dans l'ombre* »²¹. Cette citation permet de comprendre que le conflit, s'il n'est pas évoqué et travaillé dans un espace de parole, va polluer l'exécution de la décision prise par le juge.

De même, Anne Bérard, ancienne Vice- Présidente au Tribunal Judiciaire de Paris souligne: « *Faire de bons jugements, bien motivés, ce n'est pas forcément en matière familiale, rendre une bonne justice. Traiter le litige, ce n'est que traiter la surface des choses, c'est confondre le litige avec le conflit. Or, le conflit ne s'éteint pas avec le litige. La Justice ne fait œuvre utile que lorsque les parties elles-mêmes parviennent à régler ensemble leur conflit, c'est tout l'apport essentiel de la médiation familiale dans le processus judiciaire* »²².

En effet, une décision judiciaire apporte certes une solution au litige, mais, même si la décision donne un cadre, elle ne règle pas le conflit qui va nuire à une bonne exécution de la décision, ce qui explique le nombre d'instances modificatives, de saisines du juge de l'exécution et de plaintes au pénal. Le judiciaire traditionnel trop souvent opère à contre sens. Les acteurs judiciaires prennent les choses à l'envers. Ils « prennent » le litige, et y apporte une solution juridique, pensant régler ainsi le conflit, alors que si le juge aspire à ce que ses décisions soient pérennes, c'est l'inverse qu'il convient de faire. **C'est tout l'apport de la médiation familiale.**

50. Le bouleversement de l'office du juge aux affaires familiales. - Ce travail sur le conflit induit un bouleversement de l'office du juge, puisque sa réponse aux demandes des familles ne peut plus consister simplement à dire le droit. La place de chacun des intervenants dans la sphère familiale doit être respectée.

Par définition, le juge aux affaires familiales a à faire avec des familles au sein desquelles il existe une confusion des places et des rôles :

- L'enfant est sommé de donner son avis comme s'il avait à décider,
- Les parents brandissent leur propre souffrance en oubliant qu'ils doivent protéger les enfants de leur propre souffrance.

Face à cette confusion des places et des rôles des parents, il est important que le juge aux affaires familiales lui-même ne participe pas de cette confusion des rôles.

En effet, le juge n'est ni un thérapeute, ni une assistante sociale, ni un médiateur familial, ni un psychologue. Le juge est celui qui dit le droit et pas autre chose. Mais, dans le même temps, force est de constater qu'avant de dire le droit, il écoute et entend, et c'est à cette occasion

²¹ Claire Denis médiatrice familiale – La médiatrice et le conflit dans la famille – Collection Erès 2010.

²² Anne Bérard vice-présidente Tribunal de grande instance de Paris, formation continue des juges aux affaires familiales session janvier 2013 – Ecole Nationale de la Magistrature Paris.

que se révèle l'enjeu réel de la procédure, à savoir le conflit qui parasite l'ensemble des relations au sein de la famille et provoque la souffrance des enfants et même des adultes. Considérant la nécessité de faire évoluer l'office du juge aux affaires familiales, la médiation familiale est l'outil le mieux approprié pour aider l'avocat et le juge, mais surtout pour aider les personnes, de manière à ce que celles-ci ne se considèrent plus comme étant sous tutelle des acteurs judiciaires.

51. Le médiateur familial. - L'article 131-4 CPC offre au juge deux possibilités.

Le juge désigne soit une personne morale, une association de médiation qui désigne une personne pour l'exécution de la mesure, soit une personne physique. Le médiateur doit être une personne indépendante. Il ne doit avoir aucun lien de parenté avec les parties. Le médiateur doit être un tiers neutre par rapport au contentieux qui est porté devant lui, afin qu'il puisse être respecté de chacune des parties, et surtout qu'il puisse recueillir leur confiance.

La profession de médiateur familial est réglementée. Un diplôme d'Etat de médiateur familial a été créé (décret n° 2003-1066 du 2 décembre 2003 portant création du diplôme d'état de médiateur familial, arrêtés des 12 février 2004 et 19 mars 2012 relatifs au diplôme d'état). C'est ainsi que les articles R. 451-66 et suivants du code de l'action sociale et des familles organisent le diplôme d'Etat de médiateur familial.

Ce diplôme *« atteste des compétences nécessaires pour intervenir auprès de personnes en situation de rupture ou de séparation afin de favoriser la reconstruction de leur lien familial et aider à la recherche de solutions répondant aux besoins de chacun des membres de la famille »*.

La formation préparant au diplôme d'état de médiateur familial comporte 595 heures dont 105 heures de formation pratique. Elle se déroule sur une période maximale de trois ans. Les médiateurs familiaux travaillent, soit dans le cadre associatif, soit dans le cadre libéral.

La Fenamef²³ et l'Apmf²⁴ disposent d'une liste par région des services de médiation et des médiateurs familiaux adhérents diplômés d'Etat. Dans le cadre de la loi du 18 novembre 2016 (J21), chaque Cour d'Appel dresse, pour son ressort, une liste des médiateurs familiaux (diplômés d'Etat ou non).

Le diplôme d'Etat n'est pas protégé, et l'interprétation des textes ne permet pas d'accorder une compétence exclusive aux titulaires d'un diplôme d'Etat. En tout état de cause, deux principaux critères de désignation peuvent être retenus :

- un critère de qualification préalable, c'est-à-dire de qualification dans le domaine des affaires familiales :
Article 131-5 3° CPC : *« le médiateur désigné doit posséder par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige »*,
- un critère de formation et d'expérience de la technique de médiation : article 131-5, 4° CPC : le médiateur *« doit justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation »*.

²³ Fédération nationale des espaces familiaux 11 rue Guyon de Guercheville 14204 Hérouville Saint Clair site www.fenamef.fr

²⁴ Association pour la médiation familiale – site www.mediationfamiliale.asso.fr

52. Les valeurs de la médiation familiale. - Les valeurs de la médiation familiale rejoignent celles des interventions centrées sur les personnes :

- La coopération,
- La responsabilisation,
- La citoyenneté,
- L'engagement.

Certaines valeurs sont plus particulièrement mises en œuvre dans l'espace de médiation, ou lui sont spécifiques :

- L'approche dynamique du conflit, l'opportunité de changement,
- La communication sans violence, favorisant la reconnaissance et le respect de l'autre, l'expression et l'écoute des émotions,
- L'autonomie et la capacité des personnes,
- L'acceptation des différences, l'altérité,
- La créativité.

53. Les principes de la médiation familiale. - La médiation repose sur les principes suivants :

- **Le libre choix des parties pour y recourir** (art 131-1 CPC),
- **L'impartialité ou la neutralité du médiateur** : est entendu par impartialité la capacité pour le médiateur familial d'appréhender plusieurs points de vue sans prendre parti et de soutenir chacune des personnes dans un souci d'équilibre. Le médiateur familial s'interdit d'intervenir dans une médiation familiale impliquant des personnes avec lesquelles il entretient des liens personnels et/ou professionnels. Il ne doit pas exercer avec les mêmes personnes une autre fonction que celle de médiateur familial. Le médiateur familial s'interdit d'influencer les personnes et/ou de les conseiller.
- **Le médiateur est indépendant du juge et il est tenu à la confidentialité** (articles 131-5 et 131-14 cpc). Est entendu par indépendance le fait de se dégager des pressions extérieures ou intérieures qui peuvent être exercées sur le médiateur familial et le dispositif. L'indépendance renvoie à l'autonomie et à la liberté du praticien et des personnes. Il appartient au médiateur familial de:
 - Préserver son autonomie et de refuser le cas échéant la mise en œuvre d'une médiation familiale,
 - Garantir son indépendance en s'assurant que son employeur, ses collaborateurs, le gestionnaire, le secrétariat, les financeurs, les prescripteurs reconnaissent les principes déontologiques et respectent et préservent la confidentialité de la médiation familiale.
 - Suspendre ou interrompre la médiation familiale si les conditions ne lui semblent pas ou plus remplies.

Il appartient au médiateur de préserver l'autonomie de sa mission et de la refuser, la suspendre ou l'interrompre le cas échéant,

- **Le médiateur n'a pas de pouvoir de décision** : Il est « un passeur de paroles » entre **les personnes**, un facilitateur à la recherche d'une reprise de dialogue entre les parties et de solutions mutuellement acceptables.

- **Un contrôle du juge sur le processus de médiation.** Le Juge peut mettre fin, à tout moment, à la médiation sur demande d'une partie ou à l'initiative du médiateur. Il peut également y mettre fin d'office lorsque le bon déroulement de la médiation apparaît compromis. Dans tous les cas, l'affaire doit être préalablement rappelée à une audience à laquelle les parties sont convoquées à la diligence du greffe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et à cette audience, le juge, s'il met fin à la mission du médiateur, peut poursuivre l'instance, le médiateur étant informé de la décision²⁵,
- **Le juge contrôle le contenu de la solution amiable lors de l'homologation** (art 131-6 et 131-12 CPC,
- **La garantie que le juge saisi** ne prononcera pas une décision au fond durant le temps de médiation (art 131-10 CPC).

54. Les objectifs de la médiation familiale. - La médiation familiale a pour objectifs de s'occuper de tous les aspects tant relationnels que matériels du conflit, pour le présent et pour l'avenir. **Cet outil peut permettre d'appréhender la globalité des enjeux de la séparation, tant affectifs qu'économiques qui sont étroitement liés.**

Comme l'a dit Monsieur le professeur Philippe Delmas-Saint Hilaire : « *Un nouveau concept est né. On connaissait la médiation familiale au niveau personnel. A l'évidence, avec la loi de 2004, il y a la recherche d'une médiation patrimoniale* »²⁶.

Les objectifs précis de la médiation familiale sont les suivants:

- Maintenir et organiser des liens (parentaux, trans générationnels, de fratries...) qui ont vocation à se poursuivre par-delà la crise, la rupture (de communication, de lien...) et bien souvent la procédure judiciaire,
- Maintenir une communication de qualité entre les membres de la famille en conflit,
- Trouver les moyens relationnels et pratiques (matériels, concrets) de s'organiser dans la crise et/ou le conflit,
- Rechercher des solutions mutuelles concrètes, pratiques, répondant aux besoins de chacun et adaptées à tous les domaines de la réorganisation familiale,
- Exercer très concrètement les responsabilités inhérentes aux fonctions familiales particulièrement celles liées à la fonction conjugale/parentale.

L'objectif principal est de faire en sorte que chacun des membres de la famille reprenne sa capacité de discernement et son pouvoir de décision, y compris dans un contexte judiciairisé (divorce, séparation, autorité parentale).

²⁵Cour Cass Chambre sociale arrêt du 14 janvier 2014 – pourvoi 12-28295 publié au Bulletin.

²⁶ La réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004 – pacification et simplification – dirigé par Anne Leborgne – Edité par Centre Pierre Kayser – Centre de formation des barreaux du Sud est – PU Aix- Marseille – Collection du Centre Pierre Kayser.

55. Le cadre de la médiation familiale. - La médiation se déroule dans un cadre spécifique, contenant, structurant, rassurant tout en restant souple et adaptable, propice à un vrai dialogue.

Ce cadre propose aux personnes :

- Des règles de communication, de respect mutuel, de transparence, de coopération, de confidentialité (applicable à chacun, participants compris), d'impartialité du médiateur,
- Une adhésion à ces règles, pouvant faire l'objet d'un contrat oral ou écrit signé par les personnes et le médiateur,
- Une acceptation et un engagement sur le dispositif et sur le processus.

55bis. Le déroulement d'une séance de médiation.

La séance de médiation se déroule habituellement en 5 étapes qui peuvent être résumées de la manière suivante:

- Chaque partie raconte ses attentes, ses objectifs, et reçoit ceux de l'autre,
- Les points sensibles pour l'un et pour l'autre sont listés, et les points importants pour l'un et pour l'autre sont approfondis,
- Le médiateur vérifie la compréhension réciproque, de manière à ce que chacun puisse dire « je ne suis pas d'accord, mais je comprends »,
- Les personnes recherchent toutes les solutions envisageables,
- Les personnes choisissent la meilleure solution juridique et équitable parmi toutes les solutions trouvées. A force d'échanger, les personnes trouvent entre elles un équilibre et une solution choisie et non subie.

56. L'injonction aux époux de rencontrer un médiateur familial pour une séance d'information. - L'article 1071 alinéa 2 CPC dispose que : « *La décision enjoignant aux parties de rencontrer un médiateur familial (pour une séance d'information) en application des articles 255 et 373-2-10 cc n'est pas susceptible de recours* ». L'information est donnée, soit à chacune des parties individuellement, soit au couple reçu ensemble, soit à un groupe de couples. L'information peut être donnée à des moments différents de la procédure.

57. Information donnée avant la comparution des parties. - L'information peut être donnée avant la comparution des parties devant le juge aux affaires familiales :

- soit dans le cadre d'une double convocation, (les justiciables reçoivent deux convocations, l'une pour se rendre devant le médiateur familial, l'autre pour l'audience du couple) les couples reçoivent une information préalable à l'audience, le juge aux affaires familiales sélectionnant les dossiers susceptibles de donner lieu à une mesure de médiation familiale,
- soit dans le cadre d'une permanence au tribunal de grande instance, les couples reçoivent une information, préalablement à la comparution devant le juge aux affaires familiales.

Certains tribunaux ont conclu un accord avec la caisse d'allocations familiales pour les associations subventionnées dans le cadre de la prestation de service, qui tiennent une permanence dans les locaux du tribunal de grande instance, les permanences des

médiateurs non conventionnés étant financées par le Conseil départemental de l'accès au droit.

58. Information donnée dans le cadre d'une permanence au tribunal. - L'information peut être faite dans le cadre d'une permanence au tribunal, pendant le cours de l'audience du juge aux affaires familiales, ce dernier suspendant la comparution des parties et leur demandant de se rendre à un entretien d'information avant de revenir devant lui, pour enregistrer leur accord, ou non, aux fins d'engager un processus de médiation familiale.

59. Information donnée après la comparution des parties. - L'information est donnée après la comparution des parties devant le juge aux affaires familiales :

- soit les parties ont donné leur accord à l'audience pour avoir cet entretien d'information, c'est une injonction acceptée,
- soit les parties n'ont pas accepté, et le juge motive la mesure d'injonction dans le cadre de sa décision.

Dans ce cadre, soit le juge prend des mesures provisoires, par exemple dans le cas d'une ordonnance de non conciliation, soit le juge laisse la décision initiale en l'état, par exemple dans le cas d'une instance modificative.

60. Injonction de rencontrer un médiateur pour accompagner une décision définitive. - Le juge peut aussi enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur familial pour accompagner une décision définitive. Lors des procédures dans lesquelles le juge aux affaires familiales ressent que, sans être en conflit ouvert, la communication parentale n'est pas très bonne et que la perspective d'une nouvelle saisine à court terme est probable, le juge doit pouvoir ordonner, à titre de mesure d'accompagnement de l'exercice en commun de l'autorité parentale, une médiation familiale ou une mesure d'injonction afin de préserver l'avenir. Cette mesure peut permettre de consolider l'accord ou le « semblant d'accord » que les avocats ont souvent réussi à arracher en dernière minute avant l'audience.

Une injonction est une obligation légale, certes sans sanction. Toutefois, ne pas se rendre à une injonction prouve une absence de volonté de coopérer, et le juge aux affaires familiales pourra en tirer éventuellement toute conséquence et dire, le cas échéant, qu'il en tiendra compte pour la suite de la procédure.

61. Une information utile. - En tout état de cause, même si les parties n'acceptent pas d'engager un processus de médiation familiale, l'information donnée est utile :

- Les parties savent qu'il peut y avoir un autre moyen de régler un contentieux, et elles peuvent, pour l'avenir, y penser,
- L'information donnée peut aussi, inconsciemment ou non, faire comprendre aux parties qu'il ne faut pas radicaliser un conflit et qu'il est nécessaire de négocier. Elles vont peut-être trouver, sans faire appel à la médiation, avec l'aide de leurs avocats, une voie moins conflictuelle.

62. Financement de la médiation familiale. - La médiation familiale est mise en place soit par des médiateurs familiaux libéraux qui pratiquent des honoraires libres, soit par des médiateurs familiaux travaillant dans des services de médiation conventionnés ou non. Les

séances d'information à la médiation sont gratuites. Les mesures de médiation familiale ordonnées sont prises en charge:

- Par les parties, selon le barème progressif national établi par la Caisse nationale des allocations familiales (de 2 euros à 131,50 euros par personne et par séance selon les revenus de chacune des parties) pour les médiations effectuées par les associations conventionnées,
- Par les parties, en fonction des honoraires des médiateurs familiaux exerçant en libéral et des associations ne percevant pas la prestation de service, les personnes doivent être informées du montant de ces honoraires préalablement à leur engagement dans la médiation familiale. La plupart des juridictions taxent la séance par partie à la somme de 65 euros.
- Par l'aide juridictionnelle :

63. L'aide juridictionnelle

L'une et les parties peuvent bénéficier de l'aide juridictionnelle pour la prise en charge des honoraires du médiateur familial.

L'article 18 du décret n° 2016-1876 du 27 décembre 2016 portant diverses dispositions relatives à l'aide juridique dispose:

« Il est inséré après le Chapitre IV, un chapitre IV bis ainsi rédigé :

Chapitre IV bis

De l'aide à la médiation

Art.118-9 Dès lors qu'un avocat assiste un bénéficiaire de l'aide juridictionnelle partie à une médiation judiciaire, une majoration est appliquée à sa rétribution au titre de l'aide juridictionnelle. Cette majoration est déterminée en application du barème figurant à l'art 90.

Dès lors qu'un avocat, ayant assisté un bénéficiaire de l'aide juridictionnelle, saisit une juridiction aux fins d'homologation d'un accord intervenu à l'issue d'une médiation conventionnelle, la rétribution qui lui est due au titre de l'aide juridictionnelle est déterminée en fonction du coefficient prévu à la ligne IV.4 du barème figurant à l'art 90.

Art 118-10 Dès lors que l'une des parties bénéficie de l'aide juridictionnelle, une rétribution est versée par l'Etat au médiateur, en cas de médiation ordonnée par le juge ou en cas de saisine du juge aux fins d'homologation d'un accord intervenu à l'issue d'une médiation conventionnelle.

Cette rétribution est versée après transmission par le médiateur au juge d'un rapport de présentation exposant les termes de l'accord et permettant à ce dernier d'apprécier l'importance et le sérieux des diligences accomplies.

Art 118-11 Lorsque toutes les parties bénéficient de l'aide juridictionnelle, la rétribution du médiateur relevant de l'aide juridictionnelle est fixée par le magistrat taxateur au maximum à :

1° Lorsque toutes les parties bénéficient de l'aide juridictionnelle : 512 euros hors taxes,

2° Lorsque toutes les parties ne bénéficient pas de l'aide juridictionnelle : 256 euros hors taxes pour chaque partie bénéficiant de l'aide juridictionnelle, dans la limite de 512 euros hors taxes pour l'ensemble des parties bénéficiant de l'aide juridictionnelle.

Art 118-12 Lorsque les parties bénéficient de l'aide juridictionnelle et que la médiation est financée en partie par un tiers, la rétribution du médiateur relevant de l'aide juridictionnelle fixée par le magistrat taxateur ne peut être supérieure à la part restant à la charge des parties ».

64. Le juge, les avocats, les médiateurs. – Le rôle du juge aux affaires familiales pour le développement de la médiation en partenariat avec les avocats et les médiateurs familiaux est important.

Il appartient au juge aux affaires familiales, à l'audience, de repérer la souffrance et la rancœur des parties, c'est ce contexte douloureux qui est à l'origine des désaccords sur le règlement de la rupture et ses conséquences.

Le comportement du juge est primordial (écoute, apaisement, mise en place d'un début de communication sans violence) pour faire accepter une mesure de médiation familiale. Le juge utilise, la plupart du temps, les arguments suivants pour que les parties acceptent d'engager un processus de médiation familiale :

- La médiation familiale est **un espace de liberté** et la singularité et la complexité du litige des parties y sont prises en compte, alors que la décision de justice ne peut pas en régler tous les aspects, notamment quant aux conséquences psychologiques,
- **La décision judiciaire n'est pas souvent en mesure de résoudre un conflit parental** dans lequel règnent l'affectif et le relationnel, ne faisant ni vainqueur ni vaincu, mais faisant en général deux vaincus, et beaucoup de victimes parmi les enfants. La médiation familiale peut constituer un mode de résolution de leur conflit et d'apaisement de leur souffrance, prenant en compte au plus près leurs situations respectives et celles de leurs enfants. La médiation familiale instaure un rapport gagnant/gagnant.
- **Les contraintes du temps judiciaire** ne permettent pas au juge d'instaurer autant qu'il peut se faire le dialogue nécessaire à la recherche d'accords ou d'un consensus. Il peut s'avérer souvent efficace de rappeler aux parties que le dialogue est nécessaire à l'exercice en commun de l'autorité parentale, mais également à la résolution de leur conflit conjugal, qu'il leur appartient de séparer le conjugal du parental, de rechercher, dans l'intérêt de l'enfant, les solutions les mieux adaptées et de leur indiquer que la médiation familiale devra leur permettre de réfléchir à leur conflit, de s'exprimer, de confronter leurs points de vue et de trouver des solutions grâce à l'intervention d'un médiateur professionnel impartial, qui dispose d'outils qui lui sont propres, dans un cadre confidentiel, ou à tout le moins, de restaurer un dialogue parental et de rétablir un consensus parental.
- Il est souvent utile de **renvoyer les parents à leurs obligations**, de leur rappeler que l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant qui a besoin pour se structurer de son père et de sa mère, que **le dialogue**,

en bonne intelligence, est indispensable à l'exercice de ce droit, et que, trop souvent, le prix d'une séparation mal gérée est, en premier supporté, par les enfants.

- **Pour le couple, les répercussions d'une procédure conflictuelle peuvent être tout aussi graves que pour les enfants**: dépression, désinvestissement professionnel, perte d'emploi, précarité ... et il n'est pas inutile de sensibiliser les parties sur cet aspect pathogène des procédures à répétition. Dans ce registre, il peut être opérant de mettre en exergue les coûts sociaux et psychologiques d'une séparation s'opérant dans une logique de conflits et de sensibiliser les parties aux avantages que peut induire une médiation familiale.
- Concernant **le coût financier de la médiation familiale**, il importe de préciser aux parties qui craignent une dépense supplémentaire la manière dont est déterminé le coût de la médiation familiale qui est adapté à leurs revenus, le tarif de chaque séance étant dégressif selon les revenus des parties et pris en charge par l'aide juridictionnelle quand celles-ci en bénéficient.
- S'agissant de **la durée de la médiation familiale** (entre 3 et 6 mois en moyenne), il est opportun d'insister sur les incidences en termes de délai de procédure. Prolonger une procédure de trois à six mois n'est rien par rapport à un conflit qui peut ruiner les parties psychologiquement et financièrement.

La médiation familiale représente un gain de temps sur le moyen terme.

65. Situations dans lesquelles la médiation est appropriée. - L'expérience démontre que chaque situation est particulière et qu'il convient de faire du « sur mesure » et non pas du « prêt à porter ».

La médiation familiale paraît toutefois appropriée aux situations suivantes :

- Absence de dialogue parental,
- Dialogue entre les parties, mais existence d'un trop fort déséquilibre entre les deux parents,
- Absence d'accords entre les parties, d'une part sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et notamment la résidence de l'enfant, le temps de résidence et d'autre part sur les conséquences économiques et patrimoniales de la séparation,
- Absence d'accords susceptible de porter préjudice aux enfants,
- Résidence alternée imposée aux parties ou à l'une des parties. Egalement, une résidence alternée acceptée par les parties, utilisée, à l'évidence, comme un moyen de continuer le règlement de compte de la séparation, et/ou s'inscrivant dans la poursuite acharnée d'égalité parentale, à travers un déterminisme non réfléchi de parité.

66. Situations dans lesquelles la médiation est inappropriée. - En revanche, la médiation familiale ne paraît pas appropriée dans les situations suivantes:

- Situations dans lesquelles existent une suspicion d'abus d'enfants, d'abus domestiques,
- Situations de violences conjugales structurelles (une médiation pénale à caractère pénal pouvant à titre exceptionnel être envisagée par le Procureur de la République),

- Cas dans lesquels l'une (ou les deux) des parties est traitée pour des problèmes psychiatriques selon le type de pathologie; étant entendu toutefois que la médiation peut sans problème être utilisée si la personne est atteinte mais traitée et stabilisée,
- Cas dans lesquels l'une (ou les deux) des parties est traitée pour des problèmes de dépendance à l'alcool ou à la drogue, sauf si la personne reconnaît son pathos et se prend en charge.

67. Adhérer à un processus de médiation familiale. - La difficulté de terrain réside dans la nécessité de convaincre les personnes à accepter un processus de médiation familiale. Comment convaincre en effet les personnes, dans nombre de situations très conflictuelles, à accepter un processus de médiation familiale, alors qu'elles ne souhaitent très souvent qu'une seule chose, ne plus se rencontrer, ne plus se parler et que parfois elles se haïssent :

- Le premier argument consiste à indiquer aux personnes que la médiation familiale est **un espace de liberté**, et que la singularité et la complexité de leur litige sont prises en compte, alors que la décision de justice ne peut pas en régler tous les aspects, notamment quant aux conséquences psychologiques et qu'elle est dépendante de l'aléa judiciaire,
- **La décision judiciaire** n'est pas souvent en mesure de résoudre un conflit parental, dans lequel règnent l'affectif et le relationnel, ne faisant ni vainqueur, ni vaincu, mais en règle général opposant **deux vaincus** et beaucoup de victimes parmi les enfants. La médiation familiale peut constituer **un mode de résolution de leur conflit et d'apaisement de leur souffrance**, prenant en compte au plus près leurs situations respectives et celles de leurs enfants. La médiation familiale instaure un rapport gagnant/ gagnant. L'union d'un homme et d'une femme relève de leur liberté individuelle, les modalités de leur séparation doivent relever aussi de leur liberté individuelle,
- Au surplus, **les contraintes du temps judiciaire** ne permettant pas au juge d'instaurer autant qu'il peut se faire le dialogue nécessaire à la recherche d'accords ou d'un consensus, il peut s'avérer souvent efficace de rappeler aux personnes que le dialogue est indispensable à l'exercice en commun de l'autorité parentale, mais également à la résolution de leur conflit conjugal,
- A cet égard, il est souvent utile et nécessaire de **renvoyer les personnes à leurs obligations**, de leur rappeler que l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs qui a pour finalité l'intérêt de l'enfant, qui a besoin pour se structurer de son père et de sa mère, que le dialogue, en bonne intelligence, est indispensable à l'exercice de ce droit et que trop souvent le prix d'un divorce et d'une séparation mal gérés, est en premier lieu supporté par les enfants. Ils doivent rester parents, non comme un couple qui vit ensemble, mais comme une équipe qui joue gagnante dans le même camp, celui de l'enfant,
- **Pour le couple, les répercussions d'une procédure conflictuelle** peuvent être tout aussi graves que pour les enfants : dépression, désinvestissement professionnel, perte d'emploi, précarité.... Et il n'est pas inutile de sensibiliser les personnes sur l'aspect pathogène des procédures à répétition. Dans ce registre, il peut être opérant de mettre en exergue **les coûts sociaux et psychologiques d'une séparation** s'opérant dans une

logique de conflits et de sensibiliser les parties aux avantages que peut induire une médiation familiale,

- Concernant **le coût financier de la médiation familiale**, il importe de préciser aux personnes qui craignent une dépense supplémentaire la manière dont se détermine le coût de la médiation familiale qui est adapté à leurs revenus, le tarif de chaque séance étant, pour les médiations familiales conventionnelles effectuées par les services percevant la prestation de service, dégressif selon les revenus des parties, et pris en charge par l'aide juridictionnelle quand celles-ci en bénéficient. Et la multiplication des procédures devant le juge aux affaires familiales et la cour d'appel ne peut qu'aggraver le conflit du fait de l'absence de dialogue entre les parents ; et ce, qu'elle que soit la qualité des décisions rendues,
- S'agissant de la durée de la médiation familiale (entre trois et six mois en moyenne), il est important **d'insister sur les incidences en termes de délais de procédure**. Prolonger une procédure de trois à six mois n'est rien par rapport à une guerre qui peut ruiner les parties psychologiquement et financièrement. La médiation familiale représente un gain de temps sur le long terme, certains conflits récurrents pouvant durer des années.

B – La confidentialité en médiation

68. Obstacle ou atout . – La confidentialité en médiation est-elle un obstacle ou un atout pour le juge aux affaires familiales, l'avocat et le justiciable ?

Le médiateur familial est tenu dans l'exercice de son activité à la confidentialité. Celle-ci est une condition nécessaire à l'espace de médiation, afin de garantir à chacun sa liberté de parole. Cette obligation s'impose au médiateur. Il doit pouvoir garantir aux familles qu'il reçoit, une liberté totale par rapport aux pressions extérieures visant à orienter son travail dans un sens ou dans un autre. Le médiateur familial s'interdit de dévoiler à des tiers toutes les déclarations, opinions ou propositions émises lors du processus, ou de produire dans des procédures ultérieures des documents les reflétant, sauf accord écrit des parties issu de la médiation familiale. Celles-ci s'interdisent de citer leur médiateur comme témoin.

Quel que soit le résultat de la médiation, le médiateur familial ne produit aucun rapport. Il se contente d'indiquer si la médiation familiale a permis d'aboutir à des accords écrits, à des accords partiels, ou à des accords verbaux. Il précise souvent aussi si le processus a permis de restaurer un dialogue et un apaisement dans les relations entre les parties. Dans le cadre de la médiation familiale judiciaire, le juge ne reçoit en conséquence aucun rapport circonstancié sur le déroulement de la mesure.

Il existe toutefois un retour écrit minimal sur la forme sans aucun rapport de fond sur le contenu ni d'analyse ou d'évaluation de la situation.

La confidentialité et l'absence d'établissement d'un rapport peuvent poser difficulté à nombre de juges aux affaires familiales et d'avocats qui ont la culture de l'écrit, du rapport et du contradictoire, alors que paradoxalement elles constituent une force et un atout pour le magistrat, garant de la liberté individuelle, ainsi que pour l'auxiliaire de justice et les justiciables.

Une telle approche toutefois dépend de la mise en place d'un vrai partenariat entre tous les acteurs judiciaires et les médiateurs familiaux dans chaque juridiction.

69. Absence d'un rapport oral ou écrit. –

Le médiateur familial ne remplit pas une mission assimilable à celle d'un enquêteur social ou d'un expert. Il ne rédige pas de rapport. Le rapport de l'enquêteur social ou de l'expert contient un avis qui constitue une aide à la décision, ce que ne peut pas devenir le travail du médiateur familial.

Il y a simplement, au bout du compte, l'information du juge qui a désigné le médiateur sur le fait que les personnes ont ou non participé à la médiation, qu'il y a eu ou non un accord total ou partiel entre les parties.

L'issue de la procédure est de ce fait:

- soit l'accord: la médiation aboutit à la signature d'une convention. Elle met fin au procès et force exécutoire peut lui être donnée à la demande des parties, et le procès engagé devient sans objet,
- soit le maintien du désaccord, dans ce dernier cas, le médiateur familial remet les parties en l'état. Les parties restent alors dans la même situation que celle qui était la leur avant l'engagement de la médiation. Il ne reste aux parties qu'à continuer l'instance simplement suspendue. Toutefois, sauf cas extrême d'incurabilité, les personnes ne sont pas dans le même état qu'avant la médiation même lorsqu'il n'y a pas d'accord écrit.

70. Non communication du contenu des débats. –

Le médiateur familial est tenu, de plus, de conserver secret le contenu des débats. Le contenu du déroulement de la médiation doit rester confidentiel.

Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies par lui ne peuvent être ni produites, ni invoquées dans la suite de la procédure. De plus, le respect du contradictoire pour l'enquêteur social et l'expert ne s'applique pas à la médiation.

En effet, le médiateur familial, en fonction de l'humeur manifestée par ses interlocuteurs et des circonstances dans lesquelles se déroulent les échanges de vues, fixe en accord avec les personnes le rythme, la nature, le thème et le lieu de ses contacts et décide si les parties ont envie ou non d'être mises en présence.

Certes, le contradictoire existe, mais il fonctionne autrement que dans la procédure civile. Il se décline davantage sous les principes d'équité, d'égalité, de droit à la parole pour chacun au même titre, d'altérité et d'impartialité.

Un tel fonctionnement n'est pas conforme à la culture traditionnelle des juges et des avocats qui ont été formés et formatés dans la culture:

- du "contradictoire classique", tous les éléments et arguments avancés par chacune des parties font l'objet d'un débat contradictoire d'abord par l'échange de pièces et de conclusions et ensuite à l'audience par les plaidoiries des avocats, en présence des parties,
- du "rapport écrit" de l'enquêteur social et de l'expert, qui donne un avis soumis à chacune des parties et permet de motiver une décision.

La confidentialité de la médiation familiale constitue pour nombre de juges et d'avocats une gêne et une contrainte quand il n'y a pas d'accords, alors que lorsque son utilisation est bien

réfléchi, elle constitue, même en l'absence d'accords, un réel potentiel dans l'accomplissement de la mission moderne du juge aux affaires familiales voulue par le législateur.

71. Le procès est la chose des parties. –

L'article 1^{er} CPC dispose que: « *Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement [...]* ». L'initiative incombe aux parties, le juge ne pouvant se saisir d'office dans le cadre des affaires familiales. Le principe « *dispositif* » est la traduction, au stade de la détermination de la matière litigieuse, du caractère accusatoire de la procédure civile, en opposition avec le principe inquisitoire de la procédure pénale. En effet, par « *dispositif* », il faut comprendre que les parties disposent du procès. « *Le procès est la chose des parties* ».

Cette formule résume le rôle qui leur est dévolu et rappelle que le procès est, avant toute chose, un outil devant permettre aux sujets de droit de les défendre. L'introduction de l'instance fait également obligation aux parties de fixer le cadre du litige. Ainsi, l'article 4 al 1 CPC dispose: « *L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties* ». Ce principe interdit au juge de dénaturer les demandes, le juge devant se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé.

La médiation familiale fait de l'instance « la chose des parties », qui peuvent ainsi s'approprier leur différend et se réapproprier le pouvoir de décision, trop souvent délégué à l'avocat et au magistrat. Le médiateur familial est tout le contraire d'un confident des tragédies grecques. Dans celles-ci, le confident est une personne subalterne à laquelle le personnage principal confie ses pensées intimes de façon à les faire connaître aux spectateurs. **En médiation familiale, les personnages principaux sont les médiés** et le médiateur familial est « un passeur de paroles » qui ne révélera rien au juge et à l'avocat de ce qui a été dit. En cela, leur procès demeure réellement « *leur chose* ».

72. Le respect de la liberté individuelle. - La question se pose de savoir jusqu'où la Justice familiale peut aller dans l'intrusion de la vie des personnes.

Traditionnellement, la Justice familiale est très intrusive dans la vie des personnes par la production d'attestations et par la désignation d'enquêteurs sociaux et d'experts psychologues ou psychiatres. Trop souvent, ces documents ne sont qu'un succédané laïc de la confession.

Or, les personnes sont déjà fragilisées par la rupture, les outils classiques les affaiblissent souvent, encore plus. Une mesure d'investigation n'est pas neutre dans un contexte de rupture. Les personnes sont « déshabillées », sont « mises à nu », leur intimité est dévoilée, leur vie secrète est découverte et mise sur la place judiciaire, mais aussi au sein de la famille, tous les éléments du débat judiciaire pouvant être lus par les enfants, petits-enfants et les membres de la famille.

Autant au pénal, en présence d'infractions, il est nécessaire de connaître tous les aspects de la personnalité des prévenus et des accusés de manière à permettre de comprendre le passage à l'acte et d'apprécier le quantum de la peine à prononcer; autant dans le cadre des conflits familiaux, une telle immixtion dans la vie privée et secrète des personnes n'est ni légitime, ni juste, ni protectrice, ni adaptée.

Le déballage de la vie des personnes est une atteinte à leur intimité et à leur liberté. Le juge, garant et protecteur des libertés individuelles, a le devoir de protéger les personnes, même contre elles-mêmes, le procès civil ne justifiant pas le voyeurisme, le déballage, le décorticage, l'épluchage de la vie des personnes et de croiser l'épée avec son ancien compagnon de vie. La confidentialité de la médiation familiale consiste d'abord à respecter la liberté et l'intimité des personnes. Elle permet de donner un coup d'épée au conflit, même s'il n'y a pas de résultats en termes d'accords.

Comme le fait dire Marcel Pagnol à César: « *un secret, ce n'est pas quelque chose qui ne se raconte pas, mais c'est une chose qu'on se raconte à voix basse* ». **La confidentialité de la médiation familiale constitue à l'évidence la garantie la plus sûre et la plus féconde de la liberté des parties**, dont elle constitue un principe dérivé, en particulier de leur liberté d'expression. Elle est la clef de voûte de la médiation.

Sans la confidentialité, il est douteux que les parties consentent à se dévoiler de la même manière, et par la même de se saisir de l'espace libre qu'est celui de la médiation familiale.

73. Le respect de la loi. - La lettre et l'esprit des lois sur l'autorité parentale, le divorce et la protection de l'enfance encouragent l'application de la médiation familiale. Le législateur a donné à la médiation familiale une place prioritaire pour régler les conflits familiaux. Les méthodes intrusives telles que l'enquête sociale et l'expertise ne devraient plus être systématisées comme elles le sont encore trop souvent actuellement.

Elles devraient être l'exception et n'être employées que dans des situations exceptionnelles, pour lesquelles le combat judiciaire engagé par les personnes, qui ne se respectent plus, nécessite une intervention judiciaire dans l'intimité de chacun. **Dans un ressort judiciaire, l'utilisation de la médiation familiale, avec son corollaire la confidentialité, ne se décrète pas, elle se travaille.**

Il ne suffit pas en effet qu'un président de tribunal, un juge décide d'appliquer la médiation, encore faut-il qu'ils mettent en place un partenariat efficace avec tous les acteurs judiciaires, de manière à ce que les magistrats, les avocats, les greffiers soient investis et réfléchissent ensemble à son application et en comprennent les mécanismes et la spécificité.

Pour le bon fonctionnement de la médiation familiale, et la compréhension de l'apport de la confidentialité, il est nécessaire d'établir des liens et un partenariat étroit et efficace entre d'une part le juge aux affaires familiales et l'équipe de médiateurs familiaux, et d'autre part, tous les acteurs qui travaillent pour la Justice familiale. Il est important que tous les acteurs judiciaires connaissent les ressources que représente pour les personnes, le principe de la confidentialité en médiation.

La confidentialité sur le contenu des entretiens n'empêchent en aucun cas un échange entre professionnels de la famille, bien au contraire. Des relations suivies, dans le cadre de réunions informelles, doivent notamment permettre de travailler les points suivants:

- la confidentialité en médiation familiale,
- les situations adressées par les avocats et les juges en médiation,
- les liens entre l'avocat et le médiateur familial,
- les relations entre le juge, le greffier et le médiateur,
- l'écrit adressé par le médiateur à l'avocat et au juge,
- la rédaction des protocoles d'accord,
- l'audition de l'enfant, etc ...

Une équipe sportive est toujours plus efficace quand elle joue "collectif", que lorsqu'elle joue "perso". Il en est de même pour la Justice familiale et le développement de la médiation familiale.

L'objectif du travail en partenariat est d'apporter la meilleure réponse possible aux justiciables et d'associer toutes les compétences professionnelles.

Les bonnes relations des médiateurs familiaux avec les tribunaux favorisent incontestablement le fonctionnement et la stabilité de la médiation familiale, ainsi que la compréhension de l'importance de la confidentialité dans le processus.

Grâce à la confidentialité, la médiation familiale ne constitue pas une course à handicap. Dans les courses à handicap, les chevaux doivent porter une charge proportionnelle à leur force présumée, soit en chargeant un cheval d'un poids supplémentaire, soit en distançant les chevaux selon leur force présumée. La raison d'être des handicaps est d'offrir aux chevaux d'âge ou de qualité inférieure une chance de battre des rivaux de classe supérieure. **La médiation familiale est une course sans handicap**, les parties étant traitées à égalité avec leur force et faiblesse.

Rien de ce qui aura pu être dit lors des séances ne pourra être utilisé pour ou contre soi, pour ou contre l'autre. Il est temps dans le travail judiciaire d'arrêter de "blablater" sur les difficultés d'application de la médiation familiale et de cesser de continuer à faire du pilotage automatique qui donne aux personnes une violence institutionnelle supplémentaire.

La médiation familiale est une course dans laquelle les faiblesses se transforment en forces. En présence de l'aggravation et de la multiplication des conflits parentaux, face à la souffrance des enfants qui vivent de plus en plus difficilement les antagonismes de leurs parents et qui sont trop souvent par leur audition placés en pool position, la médiation familiale a une place privilégiée, et la confidentialité en fait une vraie richesse pour une Justice familiale du XXIème siècle dont l'objectif principal est la protection des enfants mais aussi des adultes.

C - Les freins au développement de la médiation familiale

74. Résistance des avocats. - Malgré ses atouts, une volonté politique incontestable de mettre en avant les modes amiables de règlement des différends ainsi que ses résultats quand la médiation familiale est utilisée dans la cadre d'un partenariat juges aux affaires familiales – avocats – greffiers – médiateurs familiaux, l'on constate un assez faible développement de la médiation familiale, les professionnels du droit étant encore trop souvent peu enclins à l'utiliser.

La résistance d'un certain nombre d'avocats est encore réelle, or ce sont eux qui ont l'exclusivité juridique, et nombre d'entre eux acceptent mal cette nouvelle institution. Pour défendre leur position, les avocats invoquent globalement les trois arguments suivants:

- Si la voie judiciaire est choisie, c'est que toute conciliation est impossible, tout a été tenté, alors pour quelles raisons envisager une médiation judiciaire ?
- La médiation ne peut **qu'augmenter les délais de procédure**, ainsi que le coût des procédures, car très peu réussiront,
- Les avocats soutiennent que la plupart du temps, **les pourparlers entre avocats** continuent pendant la procédure judiciaire.

Ce raisonnement oublie que :

- Face à une assignation ou une requête en justice, la partie défenderesse, mais aussi la partie demanderesse, peuvent évoluer. Les parties ne parlent plus de la même manière quand la procédure judiciaire a été choisie,
- Dès lors que la médiation a pu rétablir la communication entre les parties, la résolution du conflit s'en trouve facilitée,
- La confidentialité, le secret de la médiation, le fait que la médiation n'est pas intrusive dans la vie des gens, le fait qu'il n'y ait pas de rapport, si ce n'est l'établissement, le cas échéant, d'un accord de médiation, constituent une richesse notamment pour les parties,
- Les accords de médiation présentent la garantie d'être décidée par un juge, ce qui n'est pas toujours le cas lors d'une négociation amiable,
- Le travail de la médiation, en cas d'absence de signature d'accords entre les parties, peut faciliter la reprise de négociation entre avocats,
- Certes les pourparlers continuent en cours de procédure entre avocats, mais la présence d'un tiers tel que le médiateur indépendant des parties, peut être plus efficace pour celles-ci que les discussions entre les conseils, axées sur une négociation sur compromis.

75. Résistance des magistrats. - Il convient aussi de sensibiliser encore plus les magistrats à la médiation. Il y a de la formation à faire. Il est nécessaire de lutter contre les habitudes.

Il est tellement plus traditionnel d'ordonner une enquête sociale /une expertise/ une mesure d'espace de rencontre/ ou d'entendre un enfant, plutôt qu'à l'audience, tenter de discuter avec les parties et leurs conseils pour les sensibiliser à la médiation.

Il est certain que convaincre des justiciables et leurs avocats à se rendre en médiation nécessite d'avoir de la part des magistrats des talents de persuasion à l'égard des avocats et des parties, ce qui est très souvent difficilement réalisable aux audiences, en raison du rôle très chargé et du temps limité à consacrer à chaque dossier.

76. Articulation du temps de la Justice et du temps de la médiation familiale. - Quel tempo ? Justice et médiation familiale sont amenées à coexister dans le cadre des lois sur l'autorité parentale et sur le divorce.

Pour une application de la médiation familiale efficace, intelligente et soucieuse de l'intérêt des familles, dans le cadre judiciaire, il est essentiel de réfléchir à l'articulation du temps de la Justice et du temps de la médiation familiale.

La problématique est de savoir comment deux logiques différentes, voire opposées, que sont celle de la justice (verticale) et celle de la médiation (horizontale) peuvent cohabiter, coexister et s'articuler.

S'il y a bien des logiques, des approches, des conceptions, des appréhensions, des façons de faire différentes entre justice et médiation, il n'y a pas forcément contradiction, antinomie, incompatibilité, opposition sur toute la ligne.

77. Un partenariat entre tous les acteurs judiciaires. - Le postulat de départ réside dans l'élaboration dans chaque juridiction d'un partenariat de qualité.

Pour que la médiation familiale puisse fonctionner, il est en effet nécessaire que tous les acteurs judiciaires soient impliqués et en comprennent les mécanismes et la spécificité.

Cette mise en place doit se faire dans un partenariat solide et complémentaire de tous les acteurs du litige familial (juges, greffiers, avocats, notaires, médiateurs familiaux) réunis par le président du tribunal de grande instance, de concert avec le bâtonnier de l'ordre des avocats, en une équipe soudée, centrée sur le même objectif à savoir, soutenir la démarche de la famille en mutualisant les moyens d'action, dans le respect des champs de compétence et de la déontologie propre à chaque professionnel.

Notamment, les acteurs judiciaires doivent se réunir régulièrement pour échanger sur les indications à la médiation familiale, le contenu des décisions, sur la tarification pour les usagers ou les questions d'organisation (aide juridictionnelle, accueil des personnes, prises de rendez-vous dans l'ordonnance d'injonction etc).

Rassembler ainsi les énergies de tous les professionnels donne à la médiation toute son efficacité. Si l'un des acteurs professionnels juristes méconnaît le sens et l'objectif de la démarche, celle-ci peut, soit demeurer stérile (l'avocat par exemple déconseille la médiation à son client par peur de voir ses intérêts maltraités), soit avorter (l'avocat ne tient pas compte des accords obtenus et décide, pour mieux défendre son client, de les modifier voire de les utiliser contre l'autre partie).

De même, si le médiateur méconnaît un aspect procédural important (date d'audience, appel en cours...) ou néglige d'informer le participant à la médiation d'un point de droit qu'il doit voir avec son avocat, les résultats de la médiation peuvent en subir des conséquences. Il doit rester présent à l'esprit de tous que les membres de la famille en litige sont les premiers acteurs en charge de transmettre les informations nécessaires et de les véhiculer entre les différents professionnels travaillant avec eux.

Cependant, les liens directs entre professionnels sont indispensables, que ce soit de façon générale sur les modalités de fonctionnement ou, au cas par cas, lorsque cela s'avère indispensable pour les personnes, et avec leur accord, en respectant la confidentialité du contenu de la médiation.

Ce travail en lien a, enfin, pour vertu de permettre aux différents professionnels de se connaître et d'intervenir de façon concertée. C'est un bon moyen de diffuser la connaissance et la culture de la médiation. Le partenariat doit s'étendre de plus aux différentes institutions locales (Communes, Maisons de la Justice et du Droit, Centres Sociaux), départementales (Caisses d'allocations Familiales, Conseil Départemental) ou régionales (Cour d'Appel, Conseil Régional), ce qui permet de pérenniser la durée de la vie de l'action dans la Cité.

78. Regard d'un juge aux affaires familiales. - Quel regard le juge aux affaires familiales peut-il, doit-il porter sur l'articulation entre justice et médiation, avant, pendant, et après l'audience, en utilisant les textes actuellement en vigueur ?

De façon incontournable, le processus de la médiation familiale judiciaire a à faire avec la procédure judiciaire, les deux temporalités doivent cohabiter. Les deux temporalités ont à se connaître et à se reconnaître.

La temporalité de la Justice, avec le modèle conciliation/négociation, axé sur le litige, est a priori plus courte, au moins dans l'objectif, les délais et les dates d'audience par exemple sont fixés par le juge aux affaires familiales.

La temporalité de la médiation familiale est a priori plus longue, ou à tout le moins dépend du rythme des participants, elle prévoit le temps de la maturation.

Nécessaire à un travail plus en profondeur sur le conflit. Il convient aussi de bien définir le temps de la médiation familiale et le temps de la Justice.

La médiation familiale travaille sur « l'être », sur la rencontre avec l'autre, et par la même la rencontre de soi. Elle travaille sur le décodage des propos des parties, avec la « re formulation », et la recherche du sens des mots de chacun.

La médiation familiale permet de faire « travailler » les personnes qui se séparent. La médiation familiale est un temps de transformation par la rencontre. C'est le temps de la démystification de l'autre (conjoint, partenaire..) nécessaire à une vraie rencontre, le temps du désencombrement des miasmes du conflit, le temps de l'expression de soi. C'est le temps où l'être est en mouvement.

Elle travaille sur l'humain. La justice, notamment familiale, est rythmée par le tempo procédural, et ce, même si l'humain est toujours présent.

La justice est trop souvent un temps de gestion des dossiers, plus que de transformation des personnes.

C'est toute la différence entre processus et procédure. La pratique démontre que les temporalités sont intrinsèquement différentes.

La question se pose alors de savoir comment concilier le temps de la médiation familiale et le temps de la Justice. Comment concilier deux temps si différents dans l'absolu ? Comment mesurer, quantifier le temps de la médiation familiale et, comment l'insérer dans celui plus formel de la justice.

La justice peut-elle laisser le temps de la médiation familiale « bousculer » son propre temps ? Comment aller à la découverte de l'autre et faire en sorte que justice et médiation familiale travaillent en synergie ? Comment faire en sorte que l'espace de la médiation familiale et l'espace justice, qui ont le même objectif voulu par le législateur, à savoir l'apaisement et la pacification des conflits familiaux, soient complémentaires et permettent aux personnes d'être responsables de leurs choix ?

79. L'articulation avant l'audience du juge aux affaires familiales. - L'article 1108 CPC dispose qu' « *à la convocation par le greffe par lettre recommandée doit être jointe à titre d'information, une notice exposant, notamment les dispositions des articles 252 à 254 CC sur la tentative de conciliation, ainsi que des articles 1^o et 2^o de l'article 255 CC, qui vise la médiation familiale* ».

Il est important que ladite notice d'information soit rédigée de concert avec le juge aux affaires familiales, les avocats, les greffiers et les médiateurs familiaux. Elle doit préciser notamment ce que sont la médiation familiale et le rôle de l'avocat. Elle doit prévoir les permanences des médiateurs familiaux. Au vu de ce document, on constate que nombre de justiciables vont s'informer et demander à l'audience un renvoi de la procédure, de manière à engager un processus de médiation familiale.

Si le juge aux affaires familiales est seulement soucieux de ses statistiques, de ses délais d'audience, de l'évacuation de ses dossiers et de son stock à court terme, ce qui peut se comprendre, il risque de ne pas faire droit à la demande de renvoi. Par contre, s'il est convaincu de la place de la médiation familiale, il ne pourra qu'accepter. De même, il est important que l'avocat puisse, dans son cabinet, lorsqu'il reçoit un client, avant même

d'engager une procédure, lui donner le conseil de réfléchir à la médiation familiale et lui demander de revenir le voir, soit après s'être informé, soit après avoir engagé un processus de médiation familiale avec son conjoint.

Mais l'avocat peut préférer, dans le cadre de la gestion de son dossier, engager tout de suite une procédure, plutôt que d'attendre les résultats de la médiation familiale. Il est opportun toutefois que dans la requête adressée au juge aux affaires familiales, l'avocat indique si son client est ou non d'accord pour engager un processus de médiation familiale par la formule suivante : « *En l'état de la mésentente entre les parents, Mr.. sollicite de la juridiction une mesure de médiation familiale* ». L'utilisation de cette formule démontre que l'avocat a parlé avec son client de ce que peut lui apporter ce mode d'accompagnement. Il est souhaitable que l'avocat présente en tout état de cause, au préalable, dans son cabinet, à son client ce qu'est la médiation familiale, et lui précise que le juge sera susceptible de la lui proposer, ou de l'enjoindre à rencontrer un médiateur familial pour une séance d'information.

80. L'articulation au cours de l'audience et dans le cadre de la décision du juge aux affaires familiales. - Pour nombre de magistrats et d'avocats, la voie de la médiation familiale est une voie difficile.

Beaucoup de juges aux affaires familiales, pour ne pas dire tous, sont confrontés à des stocks à gérer -« le nez dans le guidon » - « les mains dans le cambouis », et soumis à un impératif qui demande au juge de savoir trancher et juger.

Beaucoup de juges soutiennent que la fonction du magistrat est de trancher le litige et non de « botter » en touche, en faisant appel à la médiation.

Nombre d'avocats ont besoin de maîtriser la procédure de leur client. Ils soutiennent qu'avec la médiation familiale, ils ne maîtrisent plus le temps de la procédure, ce qui peut poser un problème en termes de gestion du dossier et de rentabilité.

Or, régler un conflit familial ne se fait pas en quelques minutes dans un cabinet de Juge, ni en quelques lignes de rédaction de motifs aussi pertinents et aussi convaincants soient-ils, et ce, quelles que soient les qualités de l'avocat et du juge.

De surcroît, l'expérience démontre que **la médiation familiale ne retarde pas la procédure, bien au contraire**. Et même si les parties n'ont pas signé d'accords écrits à la fin du processus, dès lors que la médiation a pu rétablir une communication entre les parties, la résolution du conflit s'en trouve facilitée par la voie de la négociation. Comment le juge peut-il harmoniser le temps judiciaire et le temps de la médiation familiale à l'audience et lors de sa prise de décision ? Quel rôle le juge doit-il avoir ? Le rôle du juge à l'audience est primordial (écoute, apaisement, mise en place d'un début de communication sans violence) avec pour postulat que « *les mots sont faits pour rendre service, pas pour accabler* ».

A l'audience, il est important que le juge aux affaires familiales rappelle au couple les répercussions d'une procédure conflictuelle, non seulement en termes de durée de la procédure, mais aussi en conséquences, tant pour les parents que pour les enfants: dépression, désinvestissement professionnel, perte d'emploi, précarité...

S'agissant de la durée de la médiation familiale, il est opportun d'insister auprès des couples qui se séparent et auprès des avocats sur les incidences en termes de délais de procédure. Prolonger une procédure de trois mois à six mois n'est rien, par rapport à une guerre qui peut ruiner les parties psychologiquement et financièrement.

La médiation familiale représente un gain de temps sur le long terme, certains conflits récurrents pouvant durer des années. Il est nécessaire aussi que le juge aux affaires familiales facilite par sa décision la médiation familiale et l'engagement du processus.

Pour arriver à cette fin, il doit faire en sorte :

- que la décision provisoire ne fasse ni gagnant, ni perdant, de manière à ce que les parties au litige soient motivées pour se rendre en médiation familiale, même s'il convient de reconnaître que dans certaines situations, c'est difficile.

- de préciser dans la motivation et le dispositif de la décision, ce qu'est l'autorité parentale et de rappeler les droits et devoirs de chacun des parents de la manière suivante:

« Dans le cadre de l'autorité parentale exercée en commun, les parents devront :

-prendre ensemble les décisions importantes notamment en ce qui concerne la santé, la scolarité, l'éducation religieuse et le changement de résidence,

- s'informer réciproquement, dans le souci d'une indispensable communication entre parents, sur l'organisation de la vie de (ou des) l'enfant (s) (vie scolaire, sportive et culturelle, traitement médicaux, loisirs, vacances etc...

- permettre les échanges de (ou des) l'enfant (s) avec l'autre parent dans le respect du cadre de vie de chacun ».

Il reste que présenter et aborder la médiation familiale peut paraître inopportun dans le contexte d'audiences particulièrement chargées, lorsque le juge aux affaires familiales ne dispose que de peu de temps, lorsque le conflit est particulièrement aigu ou lorsque les parties ne comparaissent pas en personne.

Dans de tels cas, il peut être préférable d'enjoindre les parties de rencontrer un médiateur familial, plus à même de cerner les perspectives de la médiation et de leur donner une information complète, constituant une première approche in vivo de la médiation familiale, sans la pression de l'audience.

81. Modalités fixées par le juge aux affaires familiales. - A ce sujet, il est utile de verser des éléments de réflexion pratiques sur les modalités fixées par le juge aux affaires familiales pour articuler dans les meilleures conditions possibles, la décision enjoignant les parties à une séance d'information ou ordonnant une médiation familiale avec l'accord des parties et le travail du médiateur familial.

Concernant les modalités de mise en œuvre de la mesure d'injonction, les textes actuels sont taiseux, et la Chancellerie n'a pas établi de circulaire d'application, si bien que plusieurs scénarios sont possibles et envisageables sur la manière.

Le rendez-vous judiciaire fixé dans l'ordonnance par le juge aux affaires familiales paraît être la solution la plus satisfaisante pour l'injonction à une séance d'information, parce qu'elle permet davantage une information doublée d'un vécu de la médiation. En effet, il y a le temps du juge aux affaires familiales et le temps du médiateur familial. Il est préférable de donner un espace-temps pour chacun.

En outre, le juge motive l'ordonnance d'injonction et rappelle les objectifs de la loi du 4 mars 2002 et de la loi du 26 mai 2004. Or cette motivation est utile pour le médiateur familial. Elle peut être reprise par le médiateur familial dans le cadre de l'entretien, pour soutenir l'information donnée à chacune des parties. Il est important que la décision du juge aux affaires familiales donne la possibilité au médiateur familial, d'engager immédiatement le

processus de médiation familiale, si les parties l'acceptent, après l'information, sans que le juge soit amené à prendre une nouvelle décision.

82. Rédaction du dispositif. – Le dispositif suivant peut être adopté :

*« Enjoint Mme .. et Mr.. à rencontrer un médiateur familial,
Désigne pour y procéder l'Association...,
Avec pour mission l'information sur l'objet et le déroulement de la mesure de médiation familiale,
Dit que Mme ... devra se présenter devant le médiateur familial ... le..
Dit que Mr ... devra se présenter devant le médiateur familial.. le..
Dit que si les parties acceptent une mesure de médiation familiale, l'Association aura pour mission d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose.
Dit que le représentant légal de l'association devra Nous faire connaître, en application de l'article 131-4 cpc, le nom de la ou des personnes physiques qui en son sein assureront l'exécution de cette mesure.
Dit que dans le cas où les parties accepteraient une mesure de médiation familiale, celle-ci devra être réalisée dans un délai de trois mois à compter de la première réception des parties et qu'elle pourra, le cas échéant, être renouvelée pour une période de trois, à la demande du médiateur.
Dit que le coût de chaque entretien, à verser directement au médiateur familial, sera fixé en fonction des revenus de chacune des parties et selon une grille présentée par le médiateur familial, le coût minimum par entretien étant de 2 euros par partie et le maximum de 131,50 euros.
Dit que cette provision devra être directement versée au médiateur et ce, dans un délai d'un mois à compter de la présente décision
Dispense la partie qui bénéficie de l'aide juridictionnelle du versement de ladite provision,
Dit que le médiateur tiendra le juge informé des éventuelles difficultés rencontrées dans l'accomplissement de sa mission.
Dit qu' à l'expiration de sa mission, il devra informer le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à trouver une solution au litige qui les oppose. »*

83. L'articulation pendant le déroulement et à la fin du processus de la médiation familiale.

- Une fois qu'elle a été ordonnée, de manière à ce que la porte soit ouverte vers une possible coexistence avec les acteurs judiciaires et à ce que la médiation familiale fonctionne, il est nécessaire que :

- **l'avocat engage son client à s'inscrire dans le processus de médiation,** non pas par stratégie procédurière, mais parce qu'il est convaincu que c'est la meilleure solution pour aider son client à sortir du conflit. L'avocat doit désormais être modéré dans son approche de la séparation et modérateur dans ses échanges avec l'autre partie. Comme le dit Maître Louis SAYN-URPAR, ancien Bâtonnier de l'ordre des avocats du barreau de Tarascon : « Avec la médiation familiale, le justiciable va participer à la

décision, et le travail de l'avocat sera allégé. L'avocat se consacrera à l'essentiel, c'est à dire au conseil et à la mise en forme juridique »²⁷.

Le temps du déroulement du processus de médiation nécessite de la part de l'avocat une assistance différente. L'avocat doit s'inscrire dans un combat pour la paix. Il ne doit se tenir ni en retrait, ni en pause, mais assister son client dans sa démarche d'apaisement. Le judiciaire laisse et respecte le temps de la maturation inhérent au bon déroulement du processus de médiation familiale. Les acteurs judiciaires doivent épouser un objectif commun, voulu par le législateur, à savoir l'apaisement et la pacification d'une séparation, ce qui nécessite de mettre « en parenthèse » la procédure et les échanges de conclusions entre avocats, qui pourraient nuire en l'efficacité de la médiation familiale.

- L'objectif de volonté d'apaisement et de pacification règle le tempo des acteurs judiciaires.

Le médiateur familial, au début, pendant le déroulement et à la fin du processus de médiation familiale, ne reste pas inactif avec les acteurs judiciaires. Il lui appartient notamment :

- d'échanger des courriers dans chaque dossier lors de la réception de la décision du juge, pour accepter la mission et désigner pour les structures, le ou les médiateurs qui effectueront la médiation,
- en cours de médiation, de demander, avec l'accord des avocats, un éventuel report d'audience ou un renouvellement de mission,
- de ne pas hésiter, tout en respectant la confidentialité, à un échange avec les avocats sur les éventuelles difficultés rencontrées dans une médiation familiale (mise en place impossible, danger pour les personnes ou les enfants, non indication à la médiation..),
- d'inciter les médiés participant à la médiation à interroger régulièrement leurs conseils sur les aspects juridiques et légaux des décisions qui se construisent, et à leur montrer l'accord envisagé pour information et/ou pour mise en forme juridique,
- en fin de médiation, d'informer les avocats et le juge de l'aboutissement du processus, du nombre d'entretiens, de la mise en place ou non d'un accord (lequel peut être total, partiel ou verbal), et à tout le moins d'une reprise d'un dialogue parental.

84. La médiation familiale, outil de sécurité judiciaire. - La médiation familiale est une pause, une parenthèse dans le combat judiciaire, et il est nécessaire que tous les acteurs judiciaires adaptent leur comportement, leur travail à cet accompagnement.

L'esprit généré par la médiation familiale permet une approche apaisée et intelligente du litige familial, où chacun des partenaires unit ses forces pour soutenir la demande de la famille. Qu'un seul des acteurs se démotive et toute l'activité peut s'en ressentir. C'est un travail toujours en chantier qui demande à chacun la volonté d'adapter sa pratique sans la dénaturer. Dans un ressort judiciaire, la mise en œuvre de la médiation familiale ne se décrète pas -la

²⁷ Colloque médiation et droit collaboratif Arles 26 juin 2015 – Centre de formation des avocats du Sud Est.

démocratie ne se décrète pas- mais elle se prépare et se travaille avec tous les acteurs judiciaires.

Le juge ne peut ordonner une médiation familiale, comme il ordonne une enquête sociale ou une expertise psychiatrique ou psychologique. Utiliser l'accompagnement de la médiation familiale dans le cadre des procédures nécessite une réflexion entre tous les acteurs judiciaires sur notamment l'harmonisation entre le temps du judiciaire et le temps de la médiation familiale.

Méconnaître cette obligation préalable ne peut qu'engendrer un dysfonctionnement de la médiation familiale, préjudiciable aux couples qui se séparent.

§2 – Les écrits de la médiation familiale

85. Accords de médiation. - Qu'attendent les professionnels de la justice - avocats, juges aux affaires familiales - des accords de médiation familiale ?

Comment le médiateur familial peut-il accompagner les familles tout en les invitant à rester dans un cadre légal ? Doit-on inviter les parents à argumenter, motiver leurs accords, lorsqu'ils ne correspondent pas à la jurisprudence d'un tribunal (ainsi par exemple d'une résidence alternée non classique)?

Cet écrit doit-il être soumis à l'avocat pour avis et validation juridique ? Quel est le rôle du juge aux affaires familiales par rapport à l'homologation des écrits ?

86. Un juge aux affaires familiales, garant et protecteur de la liberté individuelle.

Il est important de dire que le juge aux affaires familiales n'a pas un rôle passif. Il a un rôle effectif et précis. Il est le garant et le protecteur de la liberté de chacun.

En effet, le juge peut refuser l'homologation des accords, s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux. Il ne suffit pas de constater que les intérêts des parents sont suffisamment préservés, il faut aussi examiner si la convention parentale sauvegarde les intérêts des enfants. Et, dans la pratique, contrairement à une idée trop souvent répandue, le juge aux affaires familiales est loin d'avoir un rôle passif, il n'est pas une chambre d'enregistrement.

- En amont d'une audience, le juge aux affaires familiales doit prendre connaissance et analyser les documents qui lui sont soumis, et notamment les accords signés entre les parents. Cette étude lui permet d'aborder les questions essentielles avec les justiciables et leur avocat, et de consacrer tout le temps d'audience aux parents.
- Au cours de l'audience, le juge aux affaires familiales reçoit chacune des parties individuellement, puis les deux parties avec leurs avocats.
- Si la requête des parties aux fins d'homologation d'une convention parentale (accompagnée de toutes pièces justificatives) est présentée au juge aux affaires familiales sans audience, (article 1143 du code de procédure civile), ce dernier peut soit l'homologuer, soit refuser de l'homologuer, soit renvoyer les personnes à une audience contradictoire.

87. Mission et devoir du juge. - La mission et le devoir du juge aux affaires familiales sont essentiellement de vérifier:

- le réel consentement de chacune des parties à ce type de procédure et aux mesures adoptées dans leurs accords, portant sur les enfants et les conséquences financières,
- le respect de l'équité entre les parents, un accord ne doit faire ni gagnant, ni perdant,
- l'équilibre entre chacun des parents, le plus fort ne doit pas imposer sa volonté au plus faible,
- l'absence de chantage entre les parents, par exemple : « *Je te laisse les enfants, et en échange je ne verse pas de contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants. Je ne verse pas de prestation compensatoire et en compensation, je ne demande pas la résidence alternée. Je ne vois pas les enfants et tu ne me demande rien etc....* ».
- la nécessité d'un dialogue entre les parents, il n'est en effet pas concevable que des parents se séparent sans qu'un dialogue constructif minimum n'existe entre eux concernant les enfants. L'audition des parents séparément, quand le temps de l'audience la rend possible, permet de vérifier l'existence ou non de ce dialogue, libéré d'une quelconque emprise.

88. Homologation des accords de médiation familiale. - Le juge aux affaires familiales ne souhaite pas remettre en cause la possibilité pour les parents de passer des accords sur d'autres questions que celles relevant de la compétence du juge, puisque l'objectif de la médiation familiale est de contribuer, par les accords parentaux, à l'équilibre de la vie familiale. Dans cette mesure, il est certain que l'accord passé par les parents sur les mesures intéressantes directement l'exercice de l'autorité parentale est parfois dépendant d'autres questions. Il paraît toutefois utile de continuer à homologuer les accords en les annexant au jugement afin que la situation puisse, à la lecture du jugement, être appréhendée dans sa globalité.

Cependant, pour un juge, il apparaît également qu'homologuer des accords sur des questions qui ne relèvent pas de la compétence du juge aux affaires familiales - Caf - droits sociaux - droit au logement - etc - peut aussi être périlleux, voire dangereux, pour les droits futurs des parents.

L' article 1137 du code de procédure civile précise:

« Le juge est saisi dans les formes prévues pour les référés.

Il peut également être saisi par requête remise ou adressée au greffe, conjointement ou par une partie seulement.

La requête doit indiquer les nom, prénom et adresse des parties ou, le cas échéant, la dernière adresse connue du défendeur.

Elle contient l'objet de la demande et un exposé sommaire de ses motifs. Elle est datée et signée de celui qui la présente ou de son avocat ».

L'article 1072-1 du Code de procédure civile dispose :

« Lorsqu'il statue sur l'exercice de l'autorité parentale ou lorsqu'il est saisi aux fins d'homologation selon la procédure prévue par l'article 1143 ou par les articles 1565 et suivants, le Juge aux affaires familiales vérifie si une procédure d'assistance éducative est ouverte à l'égard du ou des mineurs, il peut demander au Juge des enfants de lui transmettre copie des pièces du dossier en cours, selon les modalités définies à l'article 1187-1 »

89. Rédaction des accords par les parents. - Il est préférable que les accords écrits soient rédigés en plusieurs parties, ou à tout le moins en deux parties:

- une partie appelée « convention parentale » reprenant les accords passés sur les prétentions des parents formulées devant le juge aux affaires familiales, de la seule compétence de celui-ci,
- une autre partie concernant les accords conclus entre les parents, sur "d'autres questions" intéressant "la vie familiale" au sens large.

Le juge aux affaires familiales pourra ainsi homologuer avec davantage de discernement en visant expressément ce qui relève de sa compétence et de ses pouvoirs. Relativement à la première partie des accords de médiation, il est important que les médiateurs familiaux évoquent tous les points soulevés devant le juge aux affaires familiales, celui-ci doit vider sa saisine et statuer sur toutes les prétentions initiales.

Il est important de rappeler les effets juridiques des accords conclus dans le cadre d'une médiation familiale:

Certes, les accords de médiation constituent la loi des parties.

90. Caractère exécutoire de l'accord homologué.

Il est important de rappeler les effets juridiques des accords conclus dans le cadre d'une médiation familiale:

Certes, les accords de médiation constituent la loi des parties.

Seule l'homologation par une décision judiciaire peut leur donner force exécutoire. À partir du moment où le projet d'entente a été homologué par le juge, les décisions qu'il comporte ont la même force juridique que celles prises par le juge lui-même, elles s'imposent aux personnes et peuvent faire l'objet d'une exécution forcée. Il est fréquent de rencontrer des couples qui ont fait le choix de l'union libre, souhaiter, à l'issue de la médiation familiale, avoir recours à la légalisation de leurs ententes. Cette demande symbolique marque souvent la demande de reconnaissance officielle de l'histoire conjugale.

91. Un office du juge transformé. –

L'office du juge ne consiste plus seulement à dire le droit et à prendre des décisions après avoir fait le constat que les parties ne sont pas en mesure de décider par elles-mêmes. En matière familiale, dire le droit est par essence insuffisant, parce que la décision, si elle se contente de trancher les différends qui opposent les parents, n'aura pas d'incidence sur le conflit qui sous-tend la procédure.

La médiation familiale est le fil rouge d'un travail sur la séparation et le divorce. Elle est l'outil le plus adapté pour aider le juge à déconflicter une séparation, mais surtout pour aider les parents à vivre mieux la séparation. C'est une mesure d'aide au règlement d'un conflit dont est saisi le juge que le litige a mis en lumière.

La médiation familiale, processus volontaire, nécessite certes l'accord des parties, mais le juge doit avoir la possibilité, non seulement de les enjoindre à rencontrer un médiateur familial pour une séance d'information.

Cette rencontre doit convaincre les parties et favoriser l'adhésion des parents au processus de médiation familiale. La médiation familiale doit permettre aux parents de devenir acteurs de leur séparation, de restaurer un lien malgré la souffrance de la séparation, de renouer la communication entre eux et de tenter de trouver par eux-mêmes les mesures à prendre.

92. Un changement de culture judiciaire. –

Une telle approche nécessite un changement de culture judiciaire qui ne peut se réaliser que par la médiatisation de cet outil et par la formation des professionnels de la justice familiale.

L'objectif de la médiation familiale n'est pas nécessairement d'aboutir à des accords pour faciliter le travail du juge. L'objectif est d'offrir aux personnes un espace de parole qui les aidera à pérenniser ou à adapter la décision du juge.

La présence du tiers médiateur permet d'entendre les points de vue de l'autre, de protéger et de respecter la personne de l'enfant. La médiation familiale ne peut pas être placée au même niveau que les mesures procédurales telles que l'enquête sociale et l'expertise.

Elle est un outil beaucoup plus efficace parce qu'elle est autant sinon plus au service des personnes que du juge aux affaires familiales et de l'avocat.

Comme le dit le professeur Anne Leborgne :

« La médiation familiale permet aux parents de se créer leurs propres droits. Elle permet de concevoir le droit comme un outil et non comme un combat »²⁸.

Même si la médiation familiale n'est pas la recette à toutes les situations conflictuelles, elle s'inscrit, avec le soutien des avocats et une approche réfléchie des juges aux affaires familiales, dans la recherche d'un apaisement des séparations et d'une meilleure collaboration des parents pour organiser, en bonne intelligence, dans le dialogue et le respect mutuel, les modalités de la séparation, notamment celles relatives aux enfants.

C'est la raison pour laquelle, comme l'a voulu le législateur, elle doit être prioritaire pour le juge aux affaires familiales et les avocats.

La médiation permet de tenter de construire une société plus pacifiste et démocratique.

Le juge aux affaires familiales doit, avant tout, être un facteur de paix familiale, de paix sociale. Dans ce cadre, le magistrat continue de dire le droit, mais en offrant préalablement aux personnes qui se séparent la possibilité de rechercher, ensemble, ce qui est juste et équitable pour elles.

Comme le dit Maître Pierre Noreau, professeur titulaire à la faculté de droit de l'Université de Montréal, chercheur au centre de recherche en droit à l'Université de Montréal :

²⁸ Revue juridique « Personnes et famille » n° 5 mai 2015 –« Plaidoyer en faveur de la médiation familiale pour une justice familiale apaisée ».

« Le droit est une photo de la réalité, un révélateur de ce qui se passe dans la société. Nous sommes en train de passer d'un droit familial standard, prescriptif à un droit construit par les personnes »²⁹.

Nîmes, le 4 Avril 2020

Marc Juston
Ancien juge aux affaires familiales
Magistrat à titre temporaire (TJ Aix en Provence)
Médiateur – Formateur
Membre du HCFEA – Section Famille
Marc.juston@hotmail.com

²⁹ Les Cahiers de droit vol. 52 n° 3-4 septembre 2011 p. 687-710. <http://id.erudit.org/iderudit/10068070r> - « l'épistémologie de la pensée juridique: de l'étrangeté à la recherche de soi ».

