

Marian Roberts et Simon Roberts

La médiation redécouverte La transformation du divorce en Angleterre

Avertissement

Le contenu de ce site relève de la législation française sur la propriété intellectuelle et est la propriété exclusive de l'éditeur.

Les œuvres figurant sur ce site peuvent être consultées et reproduites sur un support papier ou numérique sous réserve qu'elles soient strictement réservées à un usage soit personnel, soit scientifique ou pédagogique excluant toute exploitation commerciale. La reproduction devra obligatoirement mentionner l'éditeur, le nom de la revue, l'auteur et la référence du document.

Toute autre reproduction est interdite sauf accord préalable de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France.



Revues.org est un portail de revues en sciences humaines et sociales développé par le CLEO, Centre pour l'édition électronique ouverte (CNRS, EHESS, UP, UAPV).

Référence électronique

Marian Roberts et Simon Roberts, « La médiation redécouverte », *Terrain* [En ligne], 36 | 2001, mis en ligne le 08 mars 2007. URL : <http://terrain.revues.org/index1202.html>
DOI : en cours d'attribution

Éditeur : Ministère de la culture / Maison des sciences de l'homme
<http://terrain.revues.org>
<http://www.revues.org>

Document accessible en ligne à l'adresse suivante : <http://terrain.revues.org/index1202.html>
Document généré automatiquement le 01 octobre 2009. La pagination ne correspond pas à la pagination de l'édition papier.

© Terrain

Marian Roberts et Simon Roberts

La médiation redécouverte

La transformation du divorce en Angleterre

Pagination originale : p. 57-68



- 1 Traduit de l'anglais par Claire de Bremond d'Ars
- 2 Lorsqu'il devint pour la première fois possible de divorcer dans l'Angleterre moderne des années 1850, ce fut sous la forme d'une procédure judiciaire nécessitant l'arrêt d'un juge. Les bases du divorce reposaient sur l'idée d'une « faute » commise par l'un des époux, et l'existence d'une lutte antagoniste était considérée comme si essentielle au divorce que toute coopération, sans même parler d'accord mutuel, était stigmatisée comme une « collusion ». La gestion de cette action en justice reposait exclusivement entre les mains des hommes de loi. Ils contrôlaient tout aussi bien les arrangements concernant les enfants et les biens que la procédure du divorce lui-même avec son jugement final. Ils considéraient l'ensemble du processus comme un « litige ».
- 3 Ces traits fondamentaux demeurèrent inchangés pendant une centaine d'années mais, à partir de 1960 – alors que le nombre des divorces montait en flèche dans la période de l'après-guerre –, le souci de l'intérêt et du bien-être communs (*welfare*) s'implanta progressivement dans l'idéologie du droit de la famille aux côtés de la notion plus austère de « justice ». Tout en rendant légitimes de nouvelles formes d'intervention professionnelle (comme celles du psychologue, du *Divorce Court Welfare Officer*, etc.), la recherche de l'intérêt des individus accompagna la reconnaissance du fait qu'un mariage pouvait être un échec et que cette éventualité devait constituer en elle-même le motif de sa dissolution. Cette acceptation détrôna l'exigence d'une « faute » comme base du divorce et conduisit graduellement à reconnaître qu'une approche conjointe pouvait être acceptée. Cette notion d'assistance sociale engloba également une approche de la protection de l'enfant, impliquant qu'il pouvait y avoir des conflits d'intérêt entre parents et enfants et que, lorsqu'il en allait ainsi, l'intérêt de l'enfant devait l'emporter sur toute autre considération. A partir de 1973, un jugement de divorce ne put plus être accordé sans que la cour se soit assurée que des arrangements adéquats avaient été pris pour chaque enfant du mariage considéré.
- 4 Cette importance accordée à l'intérêt des enfants marginalisa encore plus la vieille idée selon laquelle le divorce ne devait pas être une démarche conjointe et déplaça l'attention vers

les dispositions prises pour le futur plutôt que sur le divorce lui-même. L'organisation de ces arrangements fut réexaminée dans un rapport préparé pour le gouvernement en 1974, le Rapport Finer (*Report of the Committee on One-Parent Families* 1974). Celui-ci affirmait le besoin de « civiliser » les ruptures conjugales, de les faire se dérouler dans le climat le plus serein et le plus calme possible, en évitant autant que faire se peut l'amertume et les bagarres. Il prônait également que les parties prennent elles-mêmes en charge la résolution de leurs désaccords. Cette idée originale d'un divorce négocié par les conjoints était renforcée par la proposition d'une procédure de « conciliation » qui aurait pour but de le faciliter. Ce que ce terme impliquait restait vague, en dehors de l'idée qu'il s'agirait d'une intervention limitée aidant les parties à prendre une décision et qu'elle devait être « menée dans le cadre du tribunal » (*ibid.* : 185).

- 5 L'attribution de ce nouveau rôle à la justice impliquait et nécessitait que les tribunaux chargés des affaires familiales se transforment radicalement. Historiquement, les tribunaux anglais avaient été jusque-là des institutions solennelles et distantes. Ils restaient passifs dans la période précédant le procès, ne jouaient aucun rôle d'investigation et limitaient leur activité à la gestion du procès et à la délivrance d'un jugement. Ils n'avaient donc aucune tradition d'aide à l'établissement d'un accord. La *Family Court* proposée par le Rapport Finer devait être différente : ce serait une institution conviviale, caractérisée par une procédure moins formelle, en quelque sorte non accusatoire, qui introduirait la notion d'assistance sociale.
- 6 Quelques-unes des aspirations exprimées dans le Rapport Finer se matérialisèrent à la fin des années 70, grâce à trois mouvements, divergents mais reliés entre eux :
- l'apparition d'un nouveau groupe spécialisé, les « médiateurs familiaux » ;
 - le développement par les tribunaux d'une volonté nouvelle de favoriser des arrangements amiables ;
 - une attitude plus proche des gens, de la défense de leurs intérêts, de la part des professions juridiques.

- 7 Les deux premiers apparurent plus ou moins simultanément. Des services innovateurs, bénévoles, offrant des médiations familiales, furent créés à Bristol et dans le sud-est de Londres à la fin des années 70¹. A peu près à la même époque, dans certains comtés, les tribunaux spécialisés dans les divorces (Parmiter 1981) commencèrent également à pratiquer des arrangements à l'amiable. A l'exception d'un petit groupe, les hommes de loi spécialisés dans la médiation réagirent lentement à l'apparition de « nouveaux professionnels dans la résolution des conflits ». Ce fut seulement au début des années 90 que les avocats dans leur ensemble – inquiets d'une éventuelle diminution de leurs affaires – commencèrent à infléchir en ce sens leur pratique, notamment en tentant de se comporter eux-mêmes en médiateurs. Pour comprendre les formes de la médiation familiale aujourd'hui, il nous faut considérer de plus près cet ensemble disparate et complexe d'institutions et de pratiques et entendre la voix de ceux-là mêmes qui sont les « consommateurs » de ces nouveaux services de médiation familiale.

Les « nouveaux professionnels »

- 8 Si nous retournons à l'année 1980, la médiation familiale institutionnalisée était alors en grande partie confinée à quelques services bénévoles. Se réclamant du label « conciliation », ceux qui l'exerçaient la considéraient comme une intervention libérale, humaniste, fondée sur l'idée, introduite par le Rapport Finer, d'aider les parties elles-mêmes à prendre leurs propres décisions pour le futur, lors des périodes de transition familiale – et de réduire ainsi le conflit et ses effets dommageables, particulièrement pour les enfants². A cette époque, la conciliation semblait combler un vide évident dans les interventions des autres professionnels dans les domaines légaux et sociaux. Elle demeurait à l'écart des rôles de conseil, de représentation et de prise de décision du système judiciaire ainsi que des services thérapeutiques, de conseil

et d'assistance sociale. Elle visait à être une démarche aidant à la prise de décisions d'*autres personnes* – contrastant ainsi fortement avec le rôle habituel des juges. La conciliation aspirait à une position sans parti pris – différente en cela des interventions ouvertement partisans des avocats. Mais, au-delà, l'aide réelle apportée par les conciliateurs dans la prise de décisions n'était pas vraiment établie.

9 En résumé, ni les services publics ni les professionnels privés ne s'inquiétaient, ni même ne s'intéressaient vraiment à ce stade à la conciliation familiale. Mais il existait une menace potentielle pour l'autonomie de la conciliation. Un nombre significatif de conciliateurs étaient issus du domaine du travail social, du conseil et de la thérapie familiale ; et la différence entre la conciliation et ces moyens d'intervention déjà existants n'était pas vraiment claire. Très vite, cette question en arriva à un point critique lors d'ardents débats écrits entre certains des « nouveaux professionnels » et ces thérapeutes familiaux qui, partant d'une position théorique et adoptant une approche orientée vers le traitement, prétendaient pratiquer de la « conciliation³ ». En tant qu'experts reconnus de la famille, regardant de haut et dédaignant les interprétations et explications des acteurs, ils cherchaient à identifier et à corriger un « dysfonctionnement » sous-jacent. En l'occurrence, en dehors d'un ou deux centres spécialisés, cette forme de pratique de la conciliation n'eut pas de succès et, pour la plupart, les thérapeutes familiaux abandonnèrent leur prétention à pratiquer de la conciliation.

10 Vers la fin des années 80, la nature de la conciliation dans le secteur bénévole fut clarifiée lorsque les principes et les caractéristiques fondamentales de cette pratique furent définis. Il devint clair alors que la conciliation était pour ces praticiens une forme de médiation. Leurs interventions supposaient acquise la compétence des parties en présence et cherchaient à mettre en place des moyens permettant de recréer ou d'aider la communication entre les futurs ex-conjoints. Aussi ce que voulaient dire et ce que comprenaient les parties était-il considéré comme faisant autorité. L'objectif principal était de leur permettre de prendre les décisions nécessaires, en priorité au sujet des enfants mais aussi des biens, dans cette phase transitoire du démantèlement de la famille. Au début des années 90, le terme de « médiation » fut généralement adopté pour décrire ces interventions, tandis que leur nature était précisée et mieux comprise.

11 Au même moment, les médiateurs du secteur bénévole se considéraient de plus en plus comme un nouveau groupe professionnel. Par exemple, la National Family Mediation, qui regroupait les services assurant la plupart des médiations familiales hors du système judiciaire, tout en proposant des formations à cette pratique, avait commencé à contrôler l'accès à cette profession par l'adoption de critères de sélection pour les médiateurs. Elle mit en place un plan d'accréditation et imposa un code déontologique à ses membres. Ce processus fut encore développé en 1997 avec la formation du Collège britannique des médiateurs familiaux, un organisme englobant l'ensemble de la profession.

L'évolution des rencontres préliminaires dans les tribunaux

12 Parallèlement à ces développements du secteur bénévole, les tribunaux de divorce des comtés s'impliquèrent progressivement dans la recherche d'un règlement des conflits. En effet, des juges locaux commencèrent, de leur propre initiative, à s'inspirer des idées exprimées dans le Rapport Finer ainsi que des pratiques des tribunaux américains des affaires familiales, et à organiser des rencontres préliminaires afin d'aider les parties à parvenir à un accord. Dans les premiers temps, les pratiques étaient fort variées : la manière dont le règlement des conflits était encouragé et l'enthousiasme avec lequel cet objectif était poursuivi différaient considérablement d'un tribunal à l'autre. Certains se limitaient parfois à suggérer que des équipes juridiques tentent une négociation. D'autres renvoyaient à des services de conciliation extérieurs au tribunal, ou bien encore utilisaient les *Divorce Court Welfare Officers*. Quelques juges préféraient cependant tenter directement une médiation⁴.

Les avocats ⁵ et les nouveaux professionnels

13 Ces deux développements apparurent rapidement constituer un défi ouvert au monopole des avocats dans la gestion des conflits, mais ceux-ci réagirent tout d'abord lentement à ces deux modes de pression sur des habitudes profondément enracinées. Avant le début des années 90, les avocats ne faisant pas partie de la petite Family Mediators Association (au sein de laquelle s'étaient regroupés les juristes se spécialisant dans la médiation) montrèrent fort peu d'intérêt pour l'*Alternative Dispute Resolution* (ADR). Ce ne fut qu'au milieu des années 90 que les hommes de loi commencèrent vraiment à s'intéresser de près à la médiation, la revendiquant comme faisant partie intégrante de leur pratique – de façon très semblable à ce qu'avaient tenté de faire les thérapeutes familiaux dix ans auparavant. En même temps, leur association professionnelle revendiquait son appartenance à la structure de contrôle dans laquelle les avocats pratiquant la médiation travaillaient.

La médiation du point de vue des parties en conflit

14 Compte tenu de la perte, en Occident, d'habitudes culturelles de la médiation, son accueil par les parties qui la choisissaient restait difficile à évaluer. On peut se faire une certaine idée de la façon dont les acteurs des divorces la ressentent grâce la première étude sur des « clients » de la médiation qui fut menée en Angleterre. Pour les besoins de cette enquête, Gwynn Davis et Marian Roberts (1988) conduisirent des entretiens non directifs avec des personnes qui se rendaient volontairement au Bureau des conciliations familiales du sud-est de Londres, l'une des agences pionnières de médiation, de sa création, en juillet 1979, jusqu'à mars 1982. Davis et Roberts encouragèrent les gens, tout en intervenant le moins possible, à s'exprimer sur ce qu'ils attendaient de la médiation et sur la façon dont ils l'avaient vécue.

15 En dépit de la nouveauté du service proposé par les quelques organismes expérimentant la médiation, et du stade précoce de son développement – ainsi que de l'absence de tout programme d'information ou de publicité –, les attentes de ceux qui tentaient une médiation correspondaient de façon étonnante à ce que les agences elles-mêmes considéraient délivrer comme service :

16 « Nous pensions qu'il devrait exister quelque chose d'intermédiaire entre deux personnes discutant entre elles et une audience de tribunal. Nous pensions qu'il devait certainement y avoir quelque chose d'intermédiaire... Nous ne voulions pas de quelque chose d'aussi radical qu'un tribunal... lorsque cela va jusqu'au tribunal, vous perdez tout contrôle. Aussi sentions-nous que ce n'était pas satisfaisant... mais les deux, en tête à tête, cela ne fonctionnait pas. Nous avons donc besoin d'un intermédiaire » (père en conflit avec la mère à propos de leur enfant) ;

17 « Eh bien, nous ne parlions pas vraiment. Nous étions très hostiles l'un à l'autre à ce moment-là. Et je crois que nous avons besoin de quelqu'un servant d'intermédiaire, pour casser la glace et nous amener à parler » (mère à propos d'une dispute sur la garde de l'enfant) ;

18 « On a besoin qu'un ange gardien neutre intervienne – quelqu'un qui n'appartienne pas à la justice, pas à la famille, qui ne soit pas personnellement impliqué mais qui soit vraiment à l'écoute des deux camps » (mère en conflit sur les droits de visite du père) ;

19 « Je voulais simplement qu'une sorte de raison joue, reconnaissant que le mariage était terminé mais cherchant un dénouement de manière raisonnable » (père cherchant à obtenir un droit de visite à ses enfants).

20 Les problèmes faisant l'objet d'une médiation concernaient essentiellement à cette époque les conflits au sujet des enfants à la suite de l'éclatement de la famille. Qui devait en avoir la garde ? Comment établir les droits de visite avec l'autre parent ? Comme ces citations le soulignent, la plupart des gens attendaient de la médiation un lieu et une audience neutres leur permettant de rétablir et d'améliorer la communication entre eux. Une meilleure

communication, pensait-on, amènerait à une réduction des conflits et de l'hostilité. La « raison » était plus susceptible alors de l'emporter.

21 Ces espoirs communs envers la médiation, quels que soient le sexe ou le statut parental des parties en présence, illustrent ce que l'on appelle le « processus bénéfique » de la médiation. Régler les problèmes pratiques n'était pas le seul objectif ; la manière dont ce but était atteint était tout aussi importante pour les parties en conflit.

22 Les citations de personnes fréquentant la même association donnent, après coup, les opinions de ceux qui ont eu recours à la médiation familiale :

23 « Si nous n'étions pas venus là, nous aurions certainement fini devant un tribunal. Et... ils sentaient que le type de service qu'ils rendaient et le type de service qu'ils offraient maintenant les gens hors des tribunaux – gardaient les décisions entre les partenaires et n'impliquaient pas toute la machine judiciaire. Et, en fait, je partage cet avis, en ce qui nous concerne tout au moins. Et cela semble si simple, ce qu'ils font, en fait. Je veux dire, cela n'a l'air de rien. C'était vraiment simple » (mère en conflit au sujet de la résidence et du droit de visite aux enfants) ;

24 « Le temps de revenir pour la seconde fois, en fait les problèmes avaient été résolus lors de cette première rencontre, simplement par le fait de dire : “Bien, O.K., vous savez que ceci est l'accord.” Et à partir de là ce fut beaucoup plus paisible aussi – cela semble presque miraculeux – mais, émotionnellement, cela devint beaucoup moins tendu. Nous avons réglé le problème du droit de visite et beaucoup d'autres choses en même temps... » (père en conflit au sujet du droit de visite à son enfant) ;

25 « ... Je pense que la beauté de la chose était qu'ils [les médiateurs] vous laissaient prendre vos propres décisions. Ils ne vous imposaient pas leurs propres opinions. Ils vous donnaient juste, peut-être, une autre version de l'affaire. Ils exposaient l'ensemble du problème de telle sorte que vous puissiez le considérer de manière logique » (mère en conflit sur le droit de visite du père) ;

26 « Son père et moi, oh, nous avons encore des hauts et des bas, nous avons notre petit... Je ressens parfois que je pourrais dire quelque chose, je pense, non, nous devons maintenir la paix pour les enfants... [Depuis] la médiation, nous avons été capables de communiquer davantage, ce qui, je pense, a considérablement aidé L. [la fille] » (mère au sujet d'un droit de visite à son enfant à la garde du père) ;

27 « Nous étions équitables l'un envers l'autre... il y avait une impartialité et les [médiateurs] représentaient une certaine sorte d'impartialité, dégageaient une espèce de raison » (père cherchant un droit de visite à ses enfants à la garde de la mère).

28 Alors que telles étaient peut-être les attentes tant des associations que de leurs clients, le développement de la médiation familiale en Angleterre a reflété un éventail plus large d'objectifs. Deux thèmes, qualifiés de « chaud » et de « froid », souvent entrecroisés, ont été des déclencheurs de l'enthousiasme officiel pour la médiation dans les conflits familiaux et dans le système de la justice civile en général (Galanter 1984).

29 Le thème « chaud » célèbre la médiation comme une méthode supérieure de résolution des conflits, et parle de l'« impulsion à remplacer le conflit antagoniste par un processus de conciliation afin d'amener les parties à un accord mutuel » (Galanter 1984 : 2). Le thème « froid » met l'accent sur l'efficacité administrative et la diminution des coûts (par exemple, par la réduction du nombre des audiences, des rapports des services sociaux, etc.) à une époque où les conflits matrimoniaux représentent les deux tiers des dépenses d'aide juridique civile. Ce système de justice civile a été accusé par le plus haut placé de ses propres juges d'être tout à la fois trop coûteux, trop lent, trop complexe et trop inégal ⁶.

L'époque contemporaine

30 En 1996, une nouvelle législation fut introduite, qui consolida le passage d'un divorce fondé sur la « faute » et géré par des avocats à un processus construit autour de la notion d'« échec

irréversible » et mené au moyen de négociations bilatérales. Lorsqu'il sera totalement appliqué, le Family Law Act rendra possible l'obtention d'un divorce « sur le seul motif que le mariage est rompu de façon irréversible », cet échec étant simplement démontré par le passage du temps qui s'est écoulé depuis la séparation des conjoints. En même temps, l'ordre de priorité entre le processus officiel de dissolution du mariage et les prises de décisions qui en découlent sera inversé. Alors que les décisions concernant les enfants, le lieu de résidence et les possessions sont à présent prises, la plupart du temps, pendant ou après la procédure de divorce, elles lui seront dans l'avenir antérieures.

- 31 Le Family Law Act prescrit une procédure contrôlée par les parties elles-mêmes, plutôt que par leurs représentants professionnels ou par le tribunal. Il rejette délibérément le recours au tribunal comme le moyen essentiel de parvenir au divorce. Lorsque cela devient inévitable, les parties envisageant le divorce doivent être informées, encouragées à prendre un avis juridique et on doit exiger d'elles qu'elles entrent dans une période « de réflexion et de prise en considération ». Cette période est supposée réaliser deux objectifs : fournir l'opportunité d'une réflexion sur la réalité de l'échec du mariage ; laisser aux parties la possibilité de prendre des décisions communes pour l'avenir et de se mettre d'accord sur les conséquences du divorce, qu'il s'agisse des enfants ou des biens. Pendant cette période, un choix d'aides professionnelles, dont des conseils juridiques et une médiation, sera disponible pour aider à une prise commune de décisions. Ce texte de loi estime que le processus du divorce ne devra impliquer que très rarement une procédure devant un tribunal. La ferme intention du gouvernement de séparer accord amiable et action en justice apparaît dans un article exigeant qu'il soit vérifié au préalable que les parties demandant l'aide judiciaire publique ne sont pas en mesure de parvenir auparavant à un accord grâce à une médiation⁷. Si les choses en arrivent à l'action en justice, des dispositions pour une aide judiciaire existent, mais elles demeurent vraiment un ultime recours. Aussi ce texte incarne-t-il une approche totalement nouvelle du règlement des conflits, le situant en priorité dans une phase antérieure à un recours au tribunal.
- 32 L'adoption d'une partie du Family Law Act, introduisant pour la première fois une médiation financée sur fonds publics, a radicalement modifié la taille et la force respectives des secteurs privé et bénévole. Les efforts énergiques du gouvernement pour assurer une couverture nationale de la médiation ont amené un grand nombre d'avocats à la pratiquer.

L'évolution de la médiation familiale

- 33 En Angleterre, nous avons vu que la médiation familiale est apparue plus ou moins simultanément, à la fin des années 70, dans deux cadres institutionnels différents : les « services » du secteur bénévole de conciliation et les rencontres préliminaires organisées par quelques juges innovateurs. Ces deux structures se développèrent rapidement. Pour la première, il apparut bientôt qu'un nouveau groupe professionnel, les « médiateurs », se développait, tandis que la National Association of Family Conciliation Services se transformait en National Family Mediation avec un programme de formation, des règles d'accréditation et un code déontologique. Les projets passant devant un tribunal devinrent de plus en plus formalisés par une succession de directives gouvernementales (*Practice Directions*). Suivirent des initiatives du secteur privé qui devait s'accroître rapidement car de nombreux « avocats médiateurs » arrivaient sur le marché afin de profiter des subventions publiques destinées aux activités de médiation.
- 34 La situation évolue trop rapidement en ce moment pour permettre la moindre prévision précise de ce qu'elle sera, ne serait-ce que dans une dizaine d'années. La médiation sera-t-elle fermement établie comme partie intégrante de la culture des conflits familiaux ? A quelles institutions sera associée la « médiation familiale » ? Que deviendra-t-elle ? Où se situera-t-elle par rapport aux autres interventions professionnelles et au système juridique ? Bien qu'il existe certains indices, il est impossible de répondre avec certitude à ces diverses interrogations.

C'est particulièrement vrai tant que des incertitudes continuent d'entourer le Family Act Law de 1996.

- 35 Il semble, pour le moment, qu'en termes institutionnels la médiation soit assurée d'un développement dans deux directions. La détermination actuelle des avocats de pratiquer la médiation *dans le cadre de leur pratique juridique* semble assurer que la « médiation » survive à la fois comme une part reconnue de la pratique juridique et comme une intervention autonome du secteur bénévole. Si les associations professionnelles d'avocats continuent de chercher à obtenir un contrôle précis sur leurs membres dans leur pratique de médiateurs, plutôt que de considérer cette activité comme étant extérieure à l'activité juridique, cela établira un régime parallèle de réglementation à côté de celui que les nouveaux professionnels ont déjà développé. Il est peu vraisemblable que les avocats se préoccupent du fait que cette situation puisse à la fois menacer la survie du « médiateur » en tant que professionnel indépendant et compromettre le développement de pratiques distinctes et d'associations à la qualité reconnue.
- 36 Cette double perspective a des implications tant sur la nature de la médiation que sur le cadre de contrôle dans lequel celle-ci est pratiquée. Tandis que les nouveaux professionnels en règlement des conflits semblent largement décidés à développer la médiation comme une intervention limitée, facilitant la prise de décisions des parties en présence, dans le contexte parallèle de la pratique juridique, elle apparaît déjà comme une intervention plus large. Très tôt, le style d'intervention développé par certains avocats médiateurs apparut déjà plus proche des processus de consultation et de conseil de spécialistes ; et eux-mêmes firent bientôt la distinction entre leur processus d'« évaluation » et la manière de travailler des nouveaux professionnels.
- 37 Bien que la pratique soit forcément variée, il est cependant possible de la ramener à deux modèles principaux, en reconnaissant que le label de « médiation » englobe au moins deux formes distinctes d'intervention, suivant des processus notablement différents. L'une d'elles implique un rôle essentiellement destiné à faciliter, à mettre en place des moyens de communication entre les individus qui les rendront capables de négocier ; l'autre implique un rôle de consultant expert commun à de nombreuses professions.
- 38 Dans le premier de ces rôles, l'intervenant : établit la communication entre les parties ; s'assure que les problèmes sont identifiés et communiqués ; veille à ce que les différentes options soient identifiées et évaluées ; encourage tout changement de position nécessaire ; enfin, aide à la formulation de tout accord en résultant.
- 39 Dans le second, l'intervenant : établit la communication avec chacune des parties ; obtient des informations sur la nature du conflit ; évalue cette information pour formuler un diagnostic ; identifie et évalue les différentes options ; émet une prescription sur la base de son expertise ; tente de persuader les parties d'accepter cette solution.
- 40 Les divers modes de pratique correspondant à ces modèles sont déjà clairement visibles dans la jeune profession de « médiateur ». Dans les textes, cette différence importante est généralement traitée à la légère, comme si elle incarnait différents courants, destinés soit à « aider », soit à « évaluer ». Mais cette communauté apparente dissimule une profonde démarcation idéologique entre ceux qui voient la médiation comme étant essentiellement une intervention aidant à la négociation des parties et ceux qui la voient comme une composante supplémentaire de l'arsenal existant de leurs moyens professionnels. Tandis que la première de ces orientations s'éloigne d'une culture du recours au tribunal, la seconde la maintient. Alors que la première semble offrir un moyen d'échapper à la domination d'une profession (bien que, paradoxalement, elle implique la formation d'un nouveau groupe professionnel), la seconde se contente d'envisager une autre forme d'intervention d'expert, proche de celles qui se sont développées depuis longtemps par exemple dans le droit, la médecine ou certaines formes de travail social.

- 41 En somme, la nature et le rôle du tribunal dans les conflits familiaux demeurent instables. Au cours des vingt dernières années, tandis que la création, souhaitée par Finer, d'un « tribunal familial » est restée en suspens, les tribunaux chargés des affaires familiales ont progressivement été entraînés, du fait de leur envie croissante de favoriser des consentements mutuels, vers l'organisation de négociations. Nous sommes donc obligés de reconsidérer – et cela est vrai en Angleterre pour tout le domaine de la justice civile – ce qu'est un « tribunal ». La « justice civile » s'est présentée historiquement comme axée essentiellement autour de la prise de décisions d'une troisième partie faisant autorité. Pendant des siècles, nous avons pensé aux tribunaux presque exclusivement en termes de jugement (il suffit de voir jusqu'à quel point les tentatives pour théoriser les jugements dominant encore la jurisprudence)⁸.
- 42 Tandis que nous subissons de fortes pressions culturelles pour continuer à imaginer le processus de justice civile en termes de jugement, il nous devient difficile de le faire maintenant qu'on a donné aux tribunaux un nouveau rôle essentiel, qu'ils sont prêts à assumer, de développement des arrangements à l'amiable. Cet imprimatur qui leur est fourni représente un énorme changement lorsqu'on le considère du point de vue des conceptions actuelles du rôle et des pratiques des tribunaux. Ce nouveau mandat étend considérablement l'implication des tribunaux dans une sphère jusque-là réservée exclusivement aux parties et aux professions qui les représentaient. Les vieilles conceptions sur le partage entre ce qui relève du domaine « privé » ou du secteur « public » dans le champ du règlement des conflits sont brouillées par ces évolutions, mais il est encore trop tôt pour savoir comment les qualifier.
- 43 Où que nous regardions, des changements multiples, complexes sont déjà en cours. Nous n'allons certainement pas considérer l'avènement de la « médiation » comme l'insertion bien nette d'une nouvelle « troisième voie » s'ajoutant confortablement à des pratiques établies de longue date. Les nouveaux cadres présentent une hétérogénéité radicale. Tout y est remis en question : l'identité du médiateur en tant que professionnel autonome, le caractère partisan de l'avocat et le tribunal en tant qu'instrument de décision de la troisième partie.
- 44 Que devrions-nous penser de ce renouveau de la médiation institutionnalisée dans le dernier quart du xx^e siècle ? Il a suivi une longue période durant laquelle la médiation avait cessé d'être un pan reconnu des cultures du conflit en Occident. Bien sûr, la médiation était toujours « là », en arrière-plan, élément irréductible de toute situation dans laquelle plus de deux personnes étaient impliquées⁹. Mais elle avait été marginalisée par un double processus : la prépondérance croissante des « tribunaux » au fur et à mesure de la consolidation de l'Etat-nation ; l'apparition des avocats comme une profession spécialisée¹⁰.
- 45 Nous pouvons considérer ce retour de la médiation sous différents angles. D'un côté, nous pouvons le voir comme un développement de l'« autonomie des parties », par lequel ceux qui sont impliqués dans des phases de transition familiale reprennent la responsabilité de l'organisation de leur avenir. La possibilité d'une médiation facilite ce courant, cette capacité positive de se « débrouiller tout seul ». Nous pouvons aussi le regarder comme ayant davantage à voir avec d'inquiétants changements dans la nature du pouvoir de l'Etat. Lorsque la médiation montra les premiers signes de résurgence en Amérique du Nord il y a une vingtaine d'années, on considéra plutôt que c'était en rapport avec des changements fondamentaux dans la nature du gouvernement. La nature de la transformation était exprimée diversement, mais les grandes lignes du tableau demeuraient remarquablement homogènes. Après une longue période durant laquelle le gouvernement était devenu progressivement plus distinct et où les institutions les plus puissantes s'étaient officialisées, le processus montre à présent les signes d'un retour en arrière, brisant une distinction apparemment précise entre la sphère « publique » et la sphère « privée » (Abel 1978). La trajectoire de l'engagement gouvernemental dans la gestion des conflits correspondrait à ce cadre plus large. Avec le renforcement de l'Etat était apparue une conception de la « justice publique », présentée comme délivrant des décisions faisant autorité. A présent, le changement serait en direction d'une « justice non officielle »

et de l'importance croissante accordée à l'encouragement par l'Etat du « règlement privé des conflits ».

46 Par exemple, un commentateur, Boaventura de Sousa Santos (1980 : 379-391), soutint que l'Etat se « développait actuellement sous la forme d'une société civile ». Il prédit que cela se passerait par le biais d'un « déplacement du pouvoir des institutions officielles vers des réseaux informels ». Dans le domaine des institutions chargées des conflits, cette transformation générale se traduirait par une expansion du pouvoir de l'Etat du fait que, par l'absence de formalisation, l'Etat cherchait à s'emparer du domaine privé et « à intégrer le pouvoir de sanctionner des relations sociales » (Boaventura de Sousa Santos 1980 : 391). Cette analyse peut-elle, avec ses références à Foucault (et à Marx et Althusser, toujours présents derrière lui), nous aider à comprendre les changements que l'on perçoit actuellement dans la sphère du divorce ?

Bibliographie

Abel R., 1978. « Delegalization. A critical review of its ideology, manifestations and social consequences », communication à la *Second National Conference on Critical Legal Studies*, Madison, Wisconsin.

Amundson J.K. & L. Fong, 1993. « She prefers her aesthetics. He prefers his pragmatics : A response to Roberts and Haynes », *Mediation Quarterly*, n° 11, pp. 199-205.

Castan N., 1983. « The arbitration of disputes under the Ancient Regime », in Bossy J. (ed.), *Disputes and Settlements*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 219-260.

Davis G. & M. Roberts, 1988. *Access to Agreement*, Philadelphia, Open University Press.

De Sousa Santos B., 1980. « Law and community. The changing nature of State power in late capitalism », *International Journal of the Sociology of Law*, n° 8, pp. 379-391.

Fisher T. (ed.), 1990. *Family Conciliation within the UK : Policy and Practice*, Bristol, Family Law.

Galanter M., 1984. « What else is new ? The Emergence of the Judge in Civil Cases, 1930-1980 », *Working Paper, Disputes Processing Research Programme*, Madison, University of Wisconsin.

Haynes J.M., 1992. « Mediation and therapy. An alternative view », *Mediation Quarterly*, n° 10, pp. 21-34.

MacCormick N., 1981. *HLA HART*, London, Edward Arnold.

Parmiter G.M., 1981. « Bristol In-Court Conciliation Procedure », *Law Society Gazette*, February, n° 25.

Report of the Committee on One-Parent Families, 1974. Cmnd. 5629.

Roberts M., 1992. « Systems or selves. Some ethical issues in family mediation », *Mediation Quarterly*, n° 10, pp. 3-19.

Rose G. & S. Gerlis, 1991. « Conciliation for Family Finances », *Fam Law*, n° 21, pp. 92-94.

Simmel G., 1955 [1908]. *Conflict*, traduit par K.H. Wolff, Glencoe (Illinois), The Free Press.

Woolf (Lord), 1995. *Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales. Access to Justice*, London, HMSO.

Notes

1 Cette histoire est racontée dans T. Fisher (1990).

2 *Report of the Committee on One-Parent Families* (1974 : 176-185).

3 M. Roberts (1992 : 3) ; J.M. Haynes (1992 : 21) ; J.K. Amundson & L. Fong (1993 : 199).

4 Pour le compte rendu de l'une de ces expériences, voir G. Rose & S. Gerlis (1991 : 92).

5 Dans cet article, nous utilisons le terme français « avocat » pour traduire le mot anglais *lawyer* (littéralement « homme de loi »). Nous ne faisons donc pas ici la distinction entre les *solicitors*

et les *barristers*, les deux branches de la profession d'« avocat » en Angleterre, puisqu'elle n'a pas d'équivalent dans le système juridique français. La plupart des « hommes de loi » (*lawyers*) qui pratiquent la médiation familiale viennent de la branche des *solicitors*.

6Voir lord Woolf (1995).

7Avec la mise en application de la Part II différée, les nouveaux accords pour la prise de décisions n'ont pas pu être testés de façon probante dans les essais pratiqués par le Lord Chancellor's Department et le Legal Aid Board. Dans cette situation insatisfaisante, le Legal Aid Board a traité la section 29 comme le pivot autour duquel les expériences de médiation entraient en opération. Cette clause n'avait jamais été destinée à un rôle de première ligne de la sorte et y est mal adaptée.

8Bien que, dans le *Concept of Law* (1961), Hart semble marginaliser l'adjudication en identifiant la loi à une affaire de règles, l'exégèse ultérieure de McCormick repré-senta rapidement la théorie sur la loi de Hart comme une théorie sur le recours au tribunal (McCormick 1981).

9Voir les pages d'introduction du *Conflict* de Georg Simmel (1955).

10Pour la façon dont ce processus fonctionna dans les débuts de la France moderne, voir N. Castan (1983).

Pour citer cet article

Référence électronique

Marian Roberts et Simon Roberts, « La médiation redécouverte », *Terrain* [En ligne], 36 | 2001, mis en ligne le 08 mars 2007. URL : <http://terrain.revues.org/index1202.html>

Roberts M. & S. Roberts, 2001, « La médiation redécouverte. La transformation du divorce en Angleterre », *Terrain*, n° 36, pp. 57-68.

À propos des auteurs

Marian Roberts

Avocate et médiatrice familiale, Londres

Simon Roberts

Law Department, London School of Economics and Political Science, Grande-Bretagne

Droits d'auteur

Propriété intellectuelle

Résumé / Abstract

Cet article retrace l'émergence de la médiation en tant que nouvelle approche de la gestion des conflits familiaux ; il traite également de la manière dont les conjoints en cours de divorce ont expérimenté la médiation. Objet de nombreuses pressions, la médiation survivra-t-elle en tant que mode d'intervention autonome ou sera-t-elle incorporée dans le processus traditionnel de règlement des conflits ? Cette question reste ouverte.

Mots clés : médiation, divorce, Grande-Bretagne

Mediation rediscovered: English divorce transformed

Mediation has emerged as a new way to manage family disputes. How do parties to a divorce experience mediation? Given pressures from many different sources, the question arises of whether mediation will remain autonomous or be co-opted as a full part of the traditional procedure in lawsuits.

Keywords : mediation, Great Britain

Index géographique : Grande-Bretagne

Index thématique : famille - parenté et alliance, parenté et alliance

Licence portant sur le document : Propriété intellectuelle