

# La double vie de la médiation

*Droit et Société 29-1995*  
(p. 25-38)

Jacques Faget \*

---

## Résumé

On assiste actuellement en France à un puissant processus d'institutionnalisation de la médiation. Sa flexibilité et le caractère de plus en plus « ordonné » des pratiques de médiation communautaire pourraient laisser croire à un mouvement osmotique entre deux modèles fonctionnellement complémentaires. Mais il n'en est rien. L'analyse des tensions entre les deux vies de la médiation révèle l'existence d'un conflit idéologique dont les effets sont dynamiques tant pour le corps social que pour le système judiciaire.

*Jeu - Justice - Médiation - Pluralisme - Régulation sociale.*

---

## Summary

### **The Two Lives of Mediation**

France is currently the scene of a powerful process of institutionalization of mediation. Its flexibility and the increasingly ordered nature of community mediation could lead us to believe it is an osmotic movement between two functionally complementary models. But it is nothing of the kind. Analysis of the tensions between the two lives of mediation reveals the existence of an ideological conflict which has dynamic effects on society and on the judiciary system.

*Justice - Mediation - Play - Pluralism - Social regulation.*

---

L'évolution contemporaine des modes de régulation des conflits impose de grands efforts de réflexion sur leur nature respective et la définition de leur zone de pertinence sociale. Car la crise des mécanismes traditionnels<sup>1</sup> liée à la complexité sociale a accentué le développement et la diversification des outils de pacification sociale. Parmi ces outils, la médiation semble jouer actuel-

---

## L'auteur

Chargé de recherches au CNRS et enseignant à la Faculté de droit de Bordeaux. Spécialisé en sociologie pénale et judiciaire, il travaille en particulier sur les interfaces entre système judiciaire et régulations sociales. Auteur de nombreux rapports de recherche pour le ministère de la Justice, il a notamment publié :  
— *Justice et travail social. Le rhizome pénal*, Toulouse, Erès, 1992.

\* Centre d'étude et de recherche sur la vie locale (CERVL), Institut de sciences politiques, B.P. 101, F- 33405 Talence cedex.

1. Jean-Pierre BONAFÉ-SCHMITT et al, *L'insécurité : la crise des mécanismes de régulation sociale*, Lyon, GLYSI-MRASH/ CNRS- Université Lyon II, 1989.

2. Le champ socio-judiciaire représente un ensemble avec ses régions, ses voies de communication, ses zones de tension idéologiques. C'est l'interaction plus ou moins proche, directe ou indirecte avec les entités proprement judiciaires qui représente le critère d'appartenance à ce champ. C'est, pour reprendre la terminologie de Pierre Bourdieu, un champ de luttes visant à transformer le rapport de forces qui confère à ce champ sa structure à un moment donné. Ce champ socio-judiciaire doit être distingué du champ juridique conçu comme un univers social autonome relativement indépendant des contraintes externes. Il couvre un domaine plus large et d'une nature différente. Il se situe non pas au niveau des structures symboliques mais à celui des relations objectives entre les agents et les institutions participants.

3. Jean-Pierre BONAFÉ-SCHMITT (pour une synthèse de ses travaux, voir *La médiation : une justice douce*, Paris, Syros, 1992), Étienne LE ROY, Antoine GARAPON et Alain GIRARDET, *La conciliation et les modes para-judiciaires de règlement des litiges*, Paris, Ministère de la justice/Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, 1989 ; et deux numéros spéciaux des revues *Bulletin CLCJ*, n° 8, 1986, et *Annales de Vaucresson*, n° 29, 1988.

lement un rôle emblématique tout à fait particulier. Dans une société marquée par la sophistication croissante de la division du travail et la segmentation des rôles sociaux, la régression de la communication charnelle au profit de la communication technologique, l'exaltation de la rencontre, de la parole vivante ont une grande puissance allégorique. La mise en scène publique de la médiation (émissions de télévision, articles de journaux, colloques locaux, nationaux et internationaux) le démontre bien. Et la considérer comme un simple phénomène de mode revient à ne pas comprendre sa puissance symbolique.

Dire de la médiation qu'elle mène une double vie est sans doute réducteur par rapport à ses fonctions sociales multiples. L'expression vise simplement à souligner le conflit de définitions dont elle est actuellement l'objet. La locution « double vie » n'induit objectivement rien de plus que l'existence de deux modes d'exister parallèles. Mais l'acception populaire lui confère une connotation plus normative, sur fond de secret, parfois de fourberie et presque toujours d'immoralité. Derrière l'apparence d'une existence officielle se cache une autre réalité plus ou moins soupçonnable et acceptable. Dans ce cadre sémantique, la médiation aurait deux existences dont l'une serait moins légitime que l'autre, le critère de légitimité dépendant des représentations que les acteurs des champs sociaux et socio-judiciaires<sup>2</sup> nourrissent à son égard. Ces représentations varient suivant leurs formations, juristes, anthropologues, sociologues ou philosophes, leurs statuts, bénévoles ou professionnels, ou leurs rôles, théoriciens ou praticiens.

Jusqu'à peu, le débat social sur la médiation fut étonnamment consensuel malgré quelques efforts de problématisation scientifique<sup>3</sup>. Personne ne contesta la pertinence de cette mesure qui assurait, disait-on, à la fois un moyen de résorber le sentiment d'insécurité, de reconstruire les liens sociaux ou tout du moins de préserver les relations futures des protagonistes d'un conflit, une meilleure protection des intérêts et de la dignité des justiciables que ne pouvait le faire l'institution judiciaire elle-même, et qui par sa souplesse, son moindre coût, constituait une des façons possibles d'atténuer le poids écrasant de la demande sociale de droit sur les rouages judiciaires. Une des conséquences de cette idéologie consensuelle résida dans l'existence initiale d'un grand flottement conceptuel. On plaça sous le même vocable des expériences relevant de l'arbitrage, de la conciliation, de la réparation, on amalgame des initiatives pratiquées par des policiers, des magistrats, des experts, des travailleurs sociaux, des bénévoles, des administrations, on assimila des tentatives réalisées en amont de l'appareil judiciaire avec d'autres intégrées dans ses procédures, jusques et y compris dans la phase pénale de l'exécution des sanctions. La typologie du mouvement à laquelle j'ai procédé il y a quelques années sur une soixantaine d'expériences de médiation pénale révélait, dans un cadre pourtant restreint, l'absence de modèle

dominant, d'une définition opératoire commune et l'éclatement extraordinaire des objectifs poursuivis<sup>4</sup>. Mais la grande visibilité du mouvement social autour de la médiation d'un côté, l'institutionnalisation de la médiation pénale de l'autre, radicalisèrent les positions. Chacun en fonction de sa vision du monde et parfois de ses intérêts exigea qu'un peu de rationalité présidât désormais aux pratiques de médiation. Mais les voies de la rationalité n'étaient pas les mêmes entre ceux qui, s'appuyant sur un principe d'ordre, voulaient organiser juridiquement toujours plus l'institution et ceux qui, insistant sur la nécessité sociale du désordre, dissimulaient mal leur réticence face aux tentatives d'absorption judiciaires des logiques de médiation<sup>5</sup>.

En réalité, si tout n'oppose pas justice et médiation dont on peut penser qu'elles poursuivent un même objectif général de pacification sociale par une méthodologie commune reposant sur la neutralité et la triangulation, leurs principes d'opposition sont cependant nombreux.

### Principes d'opposition

<b><u>JUSTICE</u></b>	<b><u>MÉDIATION</u></b>
Équité.....	Équilibre
Légalité.....	Légitimité
État.....	Société
Dépendance.....	Autonomie
Relation verticale.....	Relation horizontale
Principe de rupture.....	Principe de lien

Si la justice travaille au moyen d'une référence morale exigeant le respect du droit (légalité) et de l'équité, la médiation repose essentiellement sur la recherche d'un équilibre qui peut se construire en dehors du droit (légitimité) et s'affranchir d'une notion générique d'équité pour lui donner un contenu plus instrumental, relatif aux valeurs et aux intérêts des personnes en conflit. Cela signifie qu'au caractère universel et étatique de la justice, la médiation préfère des principes d'action particularistes et sociétaux. Cela signifie plus précisément que la médiation s'inscrit dans une relation horizontale, d'entremise et de citoyenneté où la solution est construite de manière autonome alors que la justice sacralise, entre l'autorité judiciaire et ses sujets, des relations verticales dont les dimensions sont dépendantes des textes légaux. Si la justice se rend, la médiation se prend, s'approprie. Mais de la verticalité ou de l'horizontalité des relations il ne faut rien déduire quant à l'égalité des parties, dans tous les cas purement formelle et menacée par l'existence

4. Jacques FAGET, *Justice et travail social. Le rhizome pénal*, Toulouse, Erès, 1992.

5. Jacques FAGET, « La médiation pénale : une dialectique de l'ordre et du désordre », *Déviance et Société*, vol. 17, n° 3, 1993, p. 221-233.

même du conflit qui les oppose. On peut simplement en conclure l'existence de deux logiques bien distinctes : celle de la justice qui s'arc-boute sur le principe de rupture, de séparation et celle de médiation qui se fonde sur le principe de lien et de mise en communication.

Sans même évoquer les dimensions plus formelles de leur opposition, celles qui touchent à la mise en scène, aux procédés de reconstruction des affaires, on voit que la rencontre des logiques judiciaires et de médiation est malaisée. Mais la nouvelle configuration de leurs rapports provoque des tensions surprenantes. Alors que le système judiciaire aménage une vie institutionnelle relativement flexible à la médiation (I), ses modalités communautaires se développent sur la base de modèles de régulation de plus en plus « ordonnés » (II).

## I. Une vie judiciaire flexible

L'institutionnalisation de la médiation s'est faite en douceur. Après une période d'expérimentation prudente, des textes légaux furent promulgués dont les termes sont très généraux et les conditions d'application incertaines, laissées à l'initiative sociale. Pourtant cette dynamique d'incorporation fait l'objet de critiques nourries.

### La consécration de la vie judiciaire de la médiation

La multiplication extrêmement rapide du nombre d'expériences de médiation ainsi que l'engouement social pour des pratiques que n'avait pas su stimuler la tentative de 1978<sup>6</sup> ne pouvaient être que gratifiants pour les décideurs de la politique judiciaire qui en avaient assuré la promotion. Toutefois la loi des grands nombres, ajoutée aux inquiétudes de l'ensemble des professions judiciaires (et notamment celles des avocats arguant de l'absence de garantie des droits de la défense) face à ce qui fut considéré comme un mouvement « anarchique », contribua à l'élaboration progressive d'une stratégie de contrôle qui a d'abord concerné la médiation pénale mais qui couvre maintenant l'ensemble des litiges de droit privé depuis une loi du 8 février 1995<sup>7</sup>.

La première tentative de reprise en main de la médiation pénale fut perceptible avec les financements octroyés au CLCJ (Comité de liaison du contrôle judiciaire) et à l'INAVEM (Institut national d'aide aux victimes et de la médiation). Par ce moyen, l'État s'économisait une intervention directe puisque la reconnaissance de ces deux organismes nationaux les poussa à développer par eux-mêmes une stratégie fédérative auprès de toutes les instances relevant de leur domaine d'intervention<sup>8</sup>. Puis la Chancellerie, soucieuse de piloter plus directement le mouvement, s'avisa de diffu-

6. Un décret n° 78-381 du 20 mars 1978 créa des conciliateurs ayant pour mission de faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends portant sur des droits dont les intéressés ont la libre disposition : sont exclus les litiges relatifs à l'état des personnes ou intervenant dans le domaine du droit de la famille ainsi que les litiges entre les particuliers et l'administration.

7. Articles 21, 22, 23, 24, 25 et 26 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, *Journal Officiel* du 9 février 1995, p. 2175 et s.

8. Les domaines respectifs de chacune de ces structures ne sont pas étanches puisqu'un nombre non négligeable d'associations relèvent, du fait de la diversification de leurs activités, d'une double tutelle.

ser en 1990 un document recommandant la participation du parquet aux initiatives de médiation ainsi que plusieurs modèles types de convention. En octobre 1992, le ministère de la Justice diffusa auprès des magistrats et des intervenants sociaux concernés une note d'orientation sur la médiation en matière pénale. Le but affiché de ce texte était de « cerner plus précisément les contours et les objectifs spécifiques de cette mesure afin que l'ensemble des parquets puissent y avoir recours ». Se félicitant du succès de leur politique incitative (la note cite 75 expériences de médiation sur l'ensemble du territoire national), ses promoteurs s'inquiétaient, en l'absence de cadre juridique, de l'hétérogénéité des pratiques. Aussi vantaient-ils l'opportunité d'un modèle de médiation pénale dans l'optique d'une généralisation, rendue nécessaire par le respect de l'égalité des justiciables, de ce mode de régulation à l'ensemble des juridictions. La note d'octobre 1992 avait donc l'ambition d'assurer la diffusion d'un modèle unique de médiation. Celle-ci peut désormais s'appuyer sur un texte puisqu'une loi du 4 janvier 1993 réformant le Code de procédure pénale assure, dans son article 6, l'institutionnalisation de la médiation pénale.

Cette reconnaissance reste de portée générale<sup>9</sup> et l'aménagement de cette vie judiciaire de la médiation est conçu de manière très flexible. Cette souplesse se retrouve de la même façon dans la récente loi créant au plan civil la médiation judiciaire puisque par exemple les constatations du médiateur ne peuvent être évoquées devant le juge qu'avec l'accord des parties qui par ailleurs sont libres de soumettre l'accord intervenu à l'homologation du magistrat qui a décidé de cette procédure. Pour en revenir au pénal, ces dispositions civiles étant trop récentes pour être appréciées pratiquement, les parquets sélectionnent discrétionnairement les affaires pouvant bénéficier de cette procédure dans le cadre des prérogatives que leur donne le principe de l'opportunité des poursuites. Cette phase de sélection n'a donc rien de systématique et dépend de la politique locale du parquet, de la sensibilité du magistrat décideur, de l'existence de structures associatives adéquates, de la compétence réelle ou supposée qu'il s'en fait. Un mandataire est désigné qui a pour tâche de mettre en œuvre un processus de médiation et d'en rendre compte *in fine*. En réalité, dans tous les types de médiations, les médiateurs jouissent d'une grande autonomie instrumentale. S'ils ne maîtrisent pas les critères d'approvisionnement, ils bénéficient ensuite d'une latitude d'expérimentation qui ne trouve sa limite que dans la possibilité donnée au magistrat de refuser l'homologation de l'accord conclu. Si cette occurrence est très rare au pénal, les juges aux affaires familiales, plus investis dans les dossiers traités, paraissent plus attentifs aux dispositions terminales, ce qui ne veut pas dire pour autant qu'ils les contestent car le choix qu'ils ont fait de la procédure de médiation reflète et le peu de légitimité qu'ils accordent là à une intervention judiciaire

9. L'article 6 complète l'article 41 du CPP ainsi : « Le Procureur de la République peut enfin, préalablement à sa décision sur l'action publique et avec l'accord des parties, décider de recourir à une médiation s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction et de contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction. »

traditionnelle et la place qu'ils réservent à la volonté des parties dans l'élaboration de la décision qui les concerne.

Cette modélisation tire sa légitimité d'une double nécessité : assurer entre les justiciables une égalité qu'entrave l'implantation territoriale inégale des expériences, accorder des garanties aux usagers face à un contrôle social qui pourrait s'avérer envahissant et lutter, en paraphrasant P. Legendre, contre l'absorption du principe de légalité par le « self-service normatif »<sup>10</sup>. Pour aussi « douce » qu'elle soit, cette modélisation marque cependant la volonté de l'institution judiciaire de soumettre le lien social à son contrôle et révèle la difficulté qu'éprouvent les juristes à concevoir des lieux de règlements des conflits dont ils seraient exclus.

## La contestation de la vie judiciaire de la médiation

L'institutionnalisation de la médiation pénale et surtout son financement sur fonds publics ont eu pour effet d'assurer la prééminence du modèle de la sous-traitance judiciaire sur les autres modèles communautaires. On comprend que la précarité de la situation des structures associatives investies dans ces actions ait pu les inciter à financer leurs activités. On peut également comprendre qu'elles aient voulu par l'acquisition d'un label judiciaire se légitimer et se valoriser socialement. Il était d'autre part prévisible que l'ouverture officielle du marché de la médiation susciterait des vocations plus réalistes qu'« humanistes ».

Cette judiciarisation irrésistible du champ de la médiation est critiquée par un certain nombre d'anthropologues et sociologues du droit mais également par la Délégation interministérielle à la ville (DIV) dont les principes d'action s'accommodent mal de cette instrumentalisation et de la dépendance associative qu'elle produit<sup>11</sup>. L'argument principal tire sa force du fait que l'objectif essentiel de la médiation est de travailler le lien social et qu'il n'est dès lors pas opportun de dénaturer son âme et d'altérer sa puissance sociale d'action pour les dérisoires bénéfices qu'en retire l'institution judiciaire.

Il est vrai que les enjeux instrumentaux de la médiation sont quantitativement limités, ce qui évacue l'argument qui la présente comme un remède aux dysfonctions judiciaires. La mise en place et la régulation d'une relation demande tant de temps et d'énergie que le raisonnement technocratique le plus élémentaire condamnerait ce type de procédure. L'ensemble des spécialistes s'accordent à dire que la médiation ne saurait concerner un nombre important de cas judiciaires. Au plan civil, les recours prétoriens à la médiation, bien qu'en expansion, sont statistiquement limités, faute de volonté des parties, de structures compétentes, d'évaluation scientifique des effets de ce type de procédure, de juges disposés dans ces conditions à ne prendre qu'un minimum de risques. Au pénal,

10. Pierre LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie*, Paris, Fayard, 1989.

11. Les conflits entre administrations sectorielles ayant pour souci principal de promouvoir leurs propres objectifs sont largement accrédités par les travaux de sociologie administrative.

les expériences britanniques de médiation toucheraient 5 % du contentieux des juridictions<sup>12</sup>. Les acteurs français reconnaissent qu'au moins la moitié des cas qui leur sont soumis auraient fait l'objet d'un classement sans suite, ce qui n'enlève d'ailleurs rien à l'intérêt qualitatif d'une médiation. En toute hypothèse, il ne peut s'agir que d'affaires dans lesquelles les faits sont clairs et reconnus. Or la possibilité de mettre en présence la victime et l'auteur de l'infraction est statistiquement rare. Ainsi les enquêtes réalisées en France montrent que les victimes de vol et de cambriolage en ignorent l'auteur dans 90 % des cas<sup>13</sup> tandis que, d'après les statistiques du parquet, les procès-verbaux reçus dans lesquels l'auteur est inconnu seraient, toutes infractions confondues, de 60,3 %<sup>14</sup>. Il semble par ailleurs difficile aux praticiens d'organiser une médiation en cas de pluralité d'auteurs et de victimes, quand des majeurs et des mineurs sont impliqués dans la même affaire, quand le consentement est vicié pour des raisons psychiques ou enfin pour pratiquer la confrontation d'intérêts collectifs. Dans cette optique, on pourrait tirer argument du fait que la conciliation devant les conseils de prud'hommes, solution pourtant solidement implantée, représente moins de 10 % des fins de procédure<sup>15</sup>, ce qui est parfois interprété comme le signe d'une antinomie entre stratégie judiciaire et stratégie conciliatoire.

La pertinence de l'incorporation judiciaire de la médiation est par ailleurs critiquée par Étienne Le Roy<sup>16</sup> qui pense qu'elle n'est pas une justice, qu'elle a une logique si particulière que la soumettre à une rationalité juridique constitue un non-sens. La médiation renvoie à une technique communautaire, à des logiques sociétales et vouloir l'utiliser en dehors de sa logique propre c'est lui faire perdre une grande partie de son efficacité. Lorsque J. Carbonnier<sup>17</sup> définit la médiation comme étant tout mode informel, insolite, de résolution par un tiers de conflits qui auraient pu être *a priori* résolus dans les formes par un juge de l'espèce traditionnelle, il signale que l'informalité est de la nature même de la médiation. Dans cette optique, une médiation qui serait formelle perdrait son âme, idée que reprend P. Coppens en disant que l'institution de la médiation réside dans son autonomie et qu'elle « doit radicalement sortir du cadre judiciaire si on prétend lui offrir un destin à la mesure des espérances qu'on place en elle »<sup>18</sup> ou plus loin que « la médiation doit s'opérer avec des structures, des formes d'organisations et des méthodes de travail différentes de celles du pouvoir judiciaire étatique ».

Un dernier argument, d'une toute autre nature, considère qu'il est utopique de croire, comme on le fait souvent dans le champ socio-judiciaire, que l'adoption institutionnelle de modes de régulation des conflits respectueux de la parole et de la personne des justiciables est susceptible de transformer les logiques judiciaires. Ainsi Michael King et Catherine Kratz<sup>19</sup> se demandent si l'intégration dans la fonction de justice de travailleurs sociaux et de psy-

12. Tony MARSHALL, *Crime and Accountability, Victim, Offender, Mediation in Practice*, London, HMSO, 1990.

13. Renée ZAUBERMAN, *Les victimes, comportements et attitudes. Enquête nationale de victimisation*, Paris, CESDIP, 1990.

14. *Les chiffres clés de la justice*, Paris, Ministère de la justice (SDSED), octobre 1994, p. 14 (Source : Cadres du parquet, SDSED).

15. Ph. CLÉMENT, A. JEAMMAUD, E SERVERIN et F. VENNIN, « Les règlements non juridictionnels des litiges prud'homaux », *Droit social*, n° 1, 1987, p. 55-69. Ces auteurs mentionnent cependant que 53 % des affaires se terminent par une décision prud'homale, le reste faisant l'objet d'arrangements hors instance entre les parties.

16. Étienne LE ROY, Antoine GARAPON et Alain GIRARDET, *La conciliation et les modes parajudiciaires de règlement des litiges*, Paris, Association d'études et de recherches de l'ENM et Laboratoire d'anthropologie juridique de l'Université de Paris I, 1989.

17. Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 6<sup>e</sup> éd., 1988.

18. Philippe COPPENS, « Médiation et philosophie du droit », *Archives de politique criminelle*, n° 14, 1991.

19. Michael KING et Catherine KRATZ, « La notion d'intérêt de l'enfant en droit : vecteur de coopération ou d'interférence ? », *Droit et Société*, n° 22, 1992, p. 607-638.

chologues poursuit des effets instrumentaux véritables ou confère simplement à l'institution un voile de scientificité et d'humanisme permettant seulement la reconquête d'une légitimité perdue. En réalité la relation entre justice et social ne s'inscrit pas sur le registre de la complémentarité. G. Teubner<sup>20</sup> considère notamment qu'il est vain « d'attendre que des individus par élection ou formation différente puissent apporter un changement significatif pour la réalisation d'une justice plus ouverte au monde social »<sup>21</sup>. L'auto-reproduction institutionnelle qu'il stigmatise est certes tempérée par le fait qu'il existe des communications diffuses au niveau interpersonnel qui ne relèvent d'aucun système et justifient que des professionnels d'horizons différents travaillent ensemble. Cependant tout discours tenu sur la scène judiciaire est reconstruit selon les nécessités fonctionnelles et les procédures de construction de la réalité adoptées par la justice. Les communications de nature sociale adressées au judiciaire seraient affectées d'un sens relativement différent de leur sens originaire, en quelque sorte colonisées et réinterprétées à travers une grille juridique. Pour N. Luhmann<sup>22</sup>, la clôture des systèmes auto-référentiels n'empêche pas leur ouverture, mais les systèmes étant en auto-constitution continue, toute opération avec l'environnement est une opération dans le système et qui le conforte. Ces positions conduisent M. King et C. Kratz à proposer que les experts « psy » et les travailleurs sociaux cherchent plutôt « à développer leurs propres mécanismes de résolution et de gestion des conflits hors des confins du système juridique » et s'orientent de préférence « vers des systèmes tels que l'arbitrage ou encore la médiation, ceci étant la seule voie pour la conservation de leurs propres vues du monde et procédures de construction de la réalité »<sup>23</sup>. Il va sans dire qu'ils évoquent là la médiation communautaire et non pas judiciaire.

J'ai moi-même démontré<sup>24</sup> que les acteurs sociaux qui collaborent à l'œuvre judiciaire finissent, le plus souvent malgré eux, par intégrer, sinon par accepter, l'idéologie pénale. Un processus d'intégration culturelle se met en branle<sup>25</sup> qui concerne l'ensemble des intervenants socio-judiciaires. Toute recrue est dans un état de dépendance face à l'organisation. Soucieuse de se bâtir une crédibilité auprès de ses mandataires ou de ses collègues, elle sera attentive à répondre à leurs attentes. Elle prendra conscience de la précarité de son statut, de la difficulté d'harmoniser sa vocation avec les exigences du contrôle socio-pénal, ses intérêts statutaires et intellectuels. Graduellement, tout expert intègre et met en œuvre la grille d'interprétation de la réalité que lui demande l'institution. Sa dépendance augmente corrélativement avec le prestige et les bénéfices financiers qu'il retire de sa collaboration avec la justice. Elle est d'autant plus manifeste que sa compétence technique est plus faible, ses activités professionnelles moins différenciées, ses mandants moins nombreux.

20. Gunther TEUBNER, « How the Law Thinks : Towards a Constructivist Epistemology of Law », *Law and Society Review*, vol. 23, n° 5, 1989.

21. *Ibid.*

22. Juan Antonio GARCÍA AMADO, « Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann », *Droit et Société*, n° 11/12, 1989.

23. M. KING et C. KRATZ, *op. cit.*

24. Jacques FAGET et Franck KIEFER, *La permanence d'orientation pénale*, GERICO/Ministère de la Justice, 1992.

25. Pierre LALANDE, « Comment devient-on réaliste ? Une étude sur la trajectoire mentale des agents de probation », *Déviance et Société*, vol. 14, n° 1, 1990.

Ces différentes critiques considèrent que l'institutionnalisation judiciaire de la médiation conduit à une telle abâtardisation de ses principes qu'il est abusif dans un contexte de contrainte légale (où le consentement n'est pas réellement libre) de parler de médiation. La judiciarisation surdéterminerait le conflit et retirerait aux justiciables la maîtrise réelle de sa solution. On peut se demander toutefois si certaines de ces positions ne consacrent pas une vision trop statique des systèmes sociaux tandis que d'autres plus évolutives semblent tellement excentrées par rapport au système judiciaire qu'elles ne tiennent pas suffisamment compte des nécessités de sa transformation interne. Ne serait-il pas concevable d'imaginer un modèle pluraliste de médiation et sa transposition dans des univers normatifs distincts ?

## **II. Une vie communautaire ordonnée**

Le processus d'institutionnalisation de la médiation n'empêche pas de pratiquer des médiations hors champ institutionnel. Mais le lien possible de dépendance vis-à-vis des conseils départementaux de l'aide juridique<sup>26</sup>, la subordination aux parquets font qu'un modèle unique de médiation est, par nécessité surtout économique, en train de s'imposer même si subsistent quelques poches de résistance pérennisées par le conflit de logiques entre ministère de la Justice et Délégation interministérielle à la ville. Cette vie communautaire de la médiation, loin de consacrer le droit du plus fort, est en réalité beaucoup plus juridicisée qu'il n'y paraît.

### **La promotion de la vie communautaire de la médiation**

Beaucoup d'acteurs sociaux se trouvent quotidiennement en situation de médiation sans s'en rendre compte, dans leur famille, dans leur voisinage, sur leurs lieux de travail. Des instances collectives comme les syndicats, les associations, les instances religieuses jouent également des rôles de médiateur. Mais cette médiation « naturelle » serait insuffisante face à la nature nouvelle des tensions et des conflits sociaux et l'affaiblissement des organisations collectives de régulation. Une politique de développement de médiations institutionnalisées fut alors décidée dans le cadre de la politique de la ville et en particulier du développement social urbain. C'est ainsi qu'apparurent ces dernières années des médiateurs bénévoles ou professionnels, permanents ou occasionnels, spécialisés ou non dans un domaine (médiation familiale, entre usagers et administrations, travail...) vis-à-vis d'une population (médiation interculturelle, femmes-relais, parents d'élèves-relais...) ou dans un lieu spécifique (mairies, quartiers, blocs d'habitation, établissements scolaires...). Ces médiations n'ont pas toutes un ca-

26. Instances départementales (souvent ineffectives comme le montre la recherche non encore publiée que nous avons menée cette année) créées par une loi du 10 juillet 1991 qui ont pour fonction d'organiser, de coordonner et de financer l'accès au droit et à la justice et dont les professions juridiques sont les maîtres d'œuvre.

ractère strictement juridique mais beaucoup d'entre elles concernent des conflits pouvant relever de la compétence des tribunaux.

Ce mouvement soutenu financièrement par le biais de différents dispositifs (contrats d'action et de prévention, zones d'éducation prioritaire, contrats de ville...) est certes le fruit d'une volonté politique et l'objet d'un pilotage mais repose sur la capacité (spontanée ou stimulée) des citoyens à se mobiliser et à élaborer des projets. Ayant pour objectif prioritaire le renforcement ou la re-composition des liens sociaux, sa philosophie est ouvertement anti-institutionnelle et anti-professionnelle même s'il faut professionnaliser des formateurs et des coordonnateurs de projets. Cette dynamique pose ouvertement le problème de l'articulation des politiques sociales et des politiques judiciaires et de la limite amont du champ de gestion de ces dernières<sup>27</sup>. Tout laisse à penser qu'elle est loin d'être essoufflée compte tenu de « l'hétérogénéité fonctionnelle de l'action étatique »<sup>28</sup>, de la dépendance des politiques judiciaires vis-à-vis des politiques sociales et d'une sorte d'incrémentalisme qui voit chaque nouveau gouvernement appliquer ses orientations politiques moins en fonction du problème à traiter que de l'état des procédures engagées antérieurement<sup>29</sup>.

27. Voir Bernard BRUNET, « La politique de la ville », *Droit et Société*, n° 23/24, 1993, p. 117-141, ou encore Thilo FIRCHOW, « La justice dans la ville. Pour une politique de médiation et de participation sociale », *Droit de l'enfance et de la famille*, n° 34, 1992.

28. Gérard CHEVALIER, « De la ville en politique », *Droit et Société*, n° 25, 1993.

29. *Ibid.*

30. Évelyne SERVERIN, « La transaction », *Informations sociales*, n° 31, 1993.

31. Gérard BLANC, « La médiation pénale », *J.C.P.*, 1994, 3760, p. 211-215.

32. Jacques FAGET (1992), *op.cit.* Un rhizome, à la différence de l'arbre, connecte entre eux des points quelconques. C'est une tige souterraine émettant des racines et des tiges aériennes. Sur la racine originaire vient se greffer une multiplicité de racines secondaires qui prennent un tel développement qu'elles l'occulent. Le système n'a alors plus de pivot. C'est un agencement de lignes et d'espaces que l'on ne peut clôturer ni centrer.

## La contestation de la vie communautaire de la médiation

Le débat sur l'informalisation de la justice s'est souvent borné chez certains juristes à une prise de position épidermiquement hostile à la médiation, nourrie par le fantasme d'infatués citoyens parés des attributs de Saint Louis rendant la justice sous le chêne de leur quartier. Une position doctrinale plus élaborée considère que l'aspiration à une justice informelle et consensuelle « se nourrit d'une persistante méconnaissance du cadre juridique des actions, issue d'une vision trop autoritaire de la règle de droit », et entretient « l'illusion de formes d'actions qui échapperaient au droit ou qui, plus encore, en constitueraient la négation »<sup>30</sup>. Ce qui n'est pas juridictionnel n'est pas pour autant non juridique. De ce point de vue, la médiation ne serait pas une solution alternative réinventée par la société civile mais véritablement une forme juridique prévue dans le droit étatique et se rapprochant de l'institution de la transaction telle qu'organisée par l'article 2044 du Code civil<sup>31</sup>. Mais il faut bien reconnaître que le problème de savoir si la médiation est du droit ou non n'est qu'un débat juridico-centriste sans aucun intérêt social et se situe dans une pure démarche intellectuelle de bornage des champs institutionnels quand le contexte de la complexité sociale substitue à la logique de l'emprise celle du rhizome<sup>32</sup>. Ce courant condamne ouvertement les positions défendues par E. Le Roy et J.P. Bonafé-Schmitt, considérant que leur « vision pathologique du procès conduit à magnifier les aspects spontanés de la régulation des litiges hors prétoire en

réduisant la justice institutionnelle à l'état de caricature »<sup>33</sup>. Cette critique, elle-même très schématique, montre que l'on touche ici à des territoires de légitimité scientifique plus qu'à des enjeux scientifiques purs.

L'intérêt principal de ce courant contestataire de pensée, dont l'opportunité est évidente dans le contexte intellectuel trop conformiste et consensuel de la médiation, est d'attirer l'attention sur le fait que la non-reconnaissance juridique des pratiques de médiation peut avoir pour conséquence de priver les parties les plus faibles de mécanismes de protection juridique. Mais cette inquiétude très respectable souffre d'une mauvaise estimation des réalités judiciaires car :

1) le droit ne protège les plus faibles qu'en théorie. En pratique, l'accès au droit et à la justice est extrêmement étroit pour les individus les plus socialement handicapés. Quand ils y accèdent, c'est toujours dans des conditions discriminantes que ne compensent que partiellement les systèmes d'assistance développés dans les démocraties occidentales. Ces phénomènes sont particulièrement sensibles au plan pénal tant au niveau de la sélection que du traitement des affaires ;

2) le processus de médiation diligenté par une association compétente est l'occasion d'informer les protagonistes sur leurs droits de manière souvent plus accessible et stratégique que ne le font de purs juristes<sup>34</sup>. D'autre part, rien n'interdit d'avoir recours à un avocat en cours de médiation. S'il est impossible de parvenir à un accord ou bien dans le cas où l'accord n'est pas exécuté, rien n'empêche la partie qui s'estime lésée d'avoir recours à des moyens juridictionnels. Elle aura sans doute perdu un peu de temps mais les délais de prescription ne seront pas épuisés puisque le délai prescrit pour la réalisation d'une médiation est relativement bref ;

3) le système judiciaire est saturé et toutes les études de représentations montrent que les justiciables sont rarement satisfaits de ses prestations notamment au plan des délais de traitement ou de l'exécution des décisions prononcées ;

4) la médiation communautaire est beaucoup plus « ordonnée » qu'il n'y paraît. Elle participe d'une juridicisation des rapports sociaux, d'un mouvement global d'accroissement de la régulation de type juridique<sup>35</sup>, d'autant qu'elle enclenche chez les médiateurs un intense processus d'acculturation juridique<sup>36</sup>, à travers notamment les figures du mandat et du contrat<sup>37</sup>. Le glissement actuel des principes de médiation vers l'exigence de conditions de formation (et non plus seulement de vertus charismatiques) dans le choix des médiateurs, la tendance à instaurer des schémas de procédure ou à formaliser par écrit les accords le confirme. De ce point de vue, la médiation « qui ne dispose d'aucun mythe fondateur... sans formule de légitimité propre, adossée à l'institution judiciaire... échoue à se définir autrement qu'en référence à l'ordre juridique étatique »<sup>38</sup>. Les effets de « l'idéologie de

33. Évelyne SERVERIN, « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », *Droit et Société*, n° 25, 1993.

34. Jacques FAGET, « L'insoutenable légèreté des avocats. Demande sociale de droit et ineffectivité de la défense des personnes », *Bulletin CLCJ*, n° 27, 1991.

35. Jean-Guy BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, n° 1, 1986.

36. Michael KING et Antoine GARAPON, « Le juge, l'expert et le contrôle de la réalité dans les juridictions de la jeunesse en France et en Angleterre », *Droit et Société*, n° 10, 1988.

37. Jacques FAGET (1992), *op.cit.*

38. Denis SALAS, *Du procès pénal. Les voies du droit*, Paris, PUF, 1992.

l'informalité » font que les institutions informelles de régulation des conflits « ont la capacité d'assujettir à l'autorité légale de nouvelles formes d'action »<sup>39</sup>. Elles sont susceptibles de prendre en mains des litiges qui ne sont pas traduits en justice ou pas traités par l'appareil judiciaire. Les instances informelles placent donc sous le coup de la loi des conduites qui échapperaient à son emprise. Loin de déstabiliser le système, elles étendent « à la fois la portée (*range*) et l'intensité (*depth*) de l'autorité étatique. Dans la mesure où l'État conserve l'ultime responsabilité, il peut se désengager de certains services sans que le système en souffre »<sup>40</sup> ;

5) enfin la médiation communautaire assure une démocratisation de la distribution sociale des modes de régulation des conflits. Ce type d'outil est en effet réservé aux classes possédantes qui exercent une sorte de monopole sur les procédures informelles d'arrangement et aux populations qui ont su conserver une histoire commune, une densité culturelle. Dans un univers juridique qui se caractérise par le passage du « géocentrisme » à « l'égo-centrisme »<sup>41</sup> ressuscitant les chartes et les enclos juridiques du Moyen Âge, les plus déshérités, sans milieux d'appartenance ni écrans protecteurs, seraient les seuls à ne pas récolter les fruits du pluralisme juridique et à rester exposés aux logiques bureaucratiques abstraites des appareils d'État. La promotion d'une médiation communautaire représente dès lors la poursuite d'un idéal civique d'égalité.

On le voit, la contestation du « phénomène » de la médiation repose sur des arguments en fin de compte peu solides. Pourtant la volonté d'institutionnaliser davantage la médiation pourrait s'inscrire dans un souci d'humanisation et de diversification des réponses judiciaires. Le fait que cet objectif ne soit pas évoqué trahit une vision juridico-centriste des modes de pacification des conflits, concentrée non pas sur les enjeux d'administration de l'entreprise judiciaire mais sur une idéologie de l'ordre juridique aveugle à la nécessité urgentissime d'une légitimation de l'ensemble des autres mécanismes de régulation.

## Conclusion

Ces tensions entre la vie judiciaire flexible de la médiation et sa vie communautaire ordonnée font évidemment penser au paradigme du jeu cher à François Ost et Michel van de Kerchove<sup>42</sup>. Il est tentant d'organiser les caractéristiques essentielles de la justice et de la médiation autour des cinq couples conceptuels qu'ils proposent :

39. Richard ABEL, « Règlement formel et informel des conflits : analyse d'une alternative », *Sociologie du travail*, n° 1, 1981.

40. MATTHEWS et al, *Privatising criminal justice*, London, Sage, 1989.

41. Boaventura DE SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit et Société*, n° 10, 1988.

42. François OST et Michel van de KERCHOVE, « Le jeu : un paradigme fécond pour la théorie du droit ? », *Droit et Société*, n° 17/18, 1991.

<b>Justice</b>	<b>Médiation</b>
Représentation .....	Stratégie
Conflit .....	Coopération
Fiction .....	Réalité
Régulation .....	Indétermination
Internalité .....	Externalité

*A priori* la distribution des éléments de chaque couple fait référence à des caractéristiques plutôt symboliques à propos de la justice et plutôt instrumentales s'agissant de la médiation. Mais nous savons que la différenciation des fonctions symboliques et instrumentales est souvent une catégorisation intellectuelle qui demande à être affinée et nuancée<sup>43</sup>. Il faut évidemment concevoir que la symbolique judiciaire produit des effets de réalité tandis que la médiation métaphorise en quelque sorte une loi qu'elle n'utilise ni ne nomme mais qui fonctionne comme repère immanent facilitant l'ajustement des points de vue.

Il n'en est pas moins vrai que la justice cherche principalement à « faire sens », à donner à voir et à penser, à réaffirmer des valeurs et des normes (représentation) alors que la médiation est imprégnée d'un souci utilitariste (stratégie). Mais le développement de la justice de cabinet s'inscrit dans l'invisibilité tandis que le message politique de médiation s'entoure de théâtralité et sa mise en œuvre n'est pas dépourvue de rituel.

La justice relève toujours d'un rapport antagonique (conflit), met en scène un combat. Il suffit d'écouter les avocats parler de leur passion pour le jeu judiciaire pour le comprendre. Mais la pression exercée par le système peut pousser les parties à l'adoption de compromis. Dans la médiation, l'attitude est plus consensualiste (coopération) puisqu'il est question de construire soi-même la décision mais le conflit n'est pas totalement absent des tractations et peut renaître en cas d'échec de la démarche.

On peut considérer que la justice s'inscrit dans un univers magique, et irréel (fiction). Pourtant la fonction de nomination du droit donne des significations, crée des institutions et attribue des rôles juridiques aux acteurs de la vie sociale. Ces fictions sont donc opératoires. La médiation serait à l'inverse directement plongée dans l'interaction humaine (réalité). Mais elle est si arrimée au principe-culte de la pacification des rapports sociaux qu'elle finit d'ailleurs par oublier les vertus fondatrices du conflit.

L'idée d'un droit, outil de justice, fait référence à un ensemble de jeux formalisés et stéréotypés. Cependant le droit n'est pas seulement un système statique où « toutes les décisions sont toujours justifiées à la fois par leur conformité au contenu d'un autre énoncé et par l'habilitation conférée à leur auteur »<sup>44</sup>. Il dispose aussi, dans une perspective interactionniste, d'un certain degré de mutabilité lié au pouvoir relatif qu'ont les acteurs d'infléchir les rè-

43. Michel van de KERCHOVE, *Le droit sans peines*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.

44. Michel TROPER, « Système juridique et État », *Archives de philosophie du droit*, tome 31, 1986, p. 43.

gles du jeu. De son côté, la médiation se développerait dans l'indétermination et le subjectivisme qui sied aux rapports humains informels. Mais je crois avoir montré que la juridicisation de sa mise en œuvre par les acteurs sociaux lui conférait un cadre relativement contraignant limitant l'espace de jeu.

Les frontières de la justice et de la médiation sont apparemment claires. La limite entre le droit (internalité) et le non-droit (externalité) est *a priori* objectivable. Pourtant le poids des phénomènes d'ineffectivité la rend moins crédible. On peut donc « légitimement » se demander si certaines régulations sociales ne sont pas plus « dans la justice » que des régulations juridiques rendues, pour différentes raisons politiques ou socio-économiques, inopérantes, inadéquates et inopportunes.

On l'a vu, il est nécessaire de parler en termes de tensions vers des pôles conceptuels plus attractifs pour un modèle que pour l'autre. Mais ces tensions s'expriment dans un jeu dialectique et peuvent varier d'intensité. De ce qu'il est parfois délicat de discerner quelle communication appartient au système et quelle communication lui est étrangère, il ne faudrait pas conclure (ce qu'une mauvaise interprétation du paradigme du jeu pourrait favoriser) que tout est à l'identique et que finalement justice et médiation se superposent. Pour éviter tout risque de confusion, il convient de mettre davantage l'accent sur leurs principes d'opposition que sur leurs proximités supposées. D'où l'image employée d'une double vie, de deux univers parallèles entre lesquels les recouvrements sont rarement souhaités et le plus souvent ponctuels et transitaires.

L'intensité du débat intellectuel actuel sur la médiation montre qu'elle contient les germes d'une contestation de l'ordre étatique, de ses territoires de pouvoir institutionnels, des champs professionnels qui se sont historiquement annexé le monopole des échanges juridiques. L'idée d'une complémentarité instrumentale entre les deux vies de la médiation est donc à rejeter. Mais loin d'être dommageable, cet antagonisme favorise le développement d'un débat là où les forces autopoïétiques de la machine judiciaire donnait à penser qu'il était le moins concevable. La dynamique qu'il produit est de nature à faire découvrir aux tenants d'une vision interne du droit et de la justice les enjeux socio-politiques de l'ensemble des modes de régulation sociale. Elle peut aussi faire comprendre aux adeptes d'une vision externe l'intérêt démocratique de toute expérience aidant le système de justice à « travailler » sa légitimité.