

## LES EFFETS INDÉSIRABLES DU PROCESSUS D'ASSIMILATION DE LA MÉDIATION AU DROIT

Daniela Gaddi

Caisse nationale d'allocations familiales | « Informations sociales »

2012/2 n° 170 | pages 28 à 36

ISSN 0046-9459

Article disponible en ligne à l'adresse :

-----  
<https://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2012-2-page-28.htm>  
-----

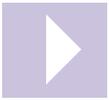
Distribution électronique Cairn.info pour Caisse nationale d'allocations familiales.

© Caisse nationale d'allocations familiales. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

# Les effets indésirables du processus d'assimilation de la médiation au droit

Daniela Gaddi – médiatrice



*L'absorption de la médiation par le droit vide celle-ci de sa substance tant ils relèvent de cultures différentes. Alors que le droit n'est finalement que l'autolégitimation formalisée du pouvoir exercé par certains groupes sur d'autres, la médiation est un processus d'autonomisation et de responsabilisation où les parties élaborent leur sortie du conflit par une solution construite ensemble – transformant au passage la relation entre les personnes et les personnes elles-mêmes.*

La médiation de conflits constitue l'un des instruments les plus innovants et les plus prestigieux de l'intervention sociale. Elle appartient aujourd'hui au répertoire discursif des politiques sociales qui cherchent à instaurer une meilleure cohabitation entre les individus et les groupes, à mettre en place des comportements « civiques », à encourager le dialogue et l'intégration et à assainir le tissu social. À ce titre, elle s'utilise de plus en plus souvent dans des contextes présentant des niveaux de conflit élevés : quartiers « à risques », écoles, établissements pénitentiaires, etc.

La médiation a, en outre, été progressivement incorporée, en tant qu'instrument de gestion dans les contentieux, dans quasiment tous les secteurs du droit : du droit pénal au droit de la famille et au droit privé – qui régleme-nt pratiquement chaque aspect de la vie quotidienne – en passant par le droit commercial, le droit sanitaire et le droit de la consommation <sup>(1)</sup>. Un processus d'institutionnalisation d'une portée et d'une intensité telles qu'il ne peut pas être sans influence sur la pratique quotidienne et les actions des médiateurs. Il importe donc, à cet égard, de s'interroger sur ses conséquences et de s'y intéresser en se penchant plus particulièrement sur la cohérence de la pratique par rapport aux principes théoriques qui l'étaient. C'est pourquoi nous proposons une réflexion sur les rapports qui existent entre la médiation et le droit <sup>(2)</sup>. Nous essaierons d'appréhender la

compatibilité entre ces deux notions et les conséquences de l'assimilation de la médiation par le droit, du point de vue des médiateurs, des utilisateurs et de la médiation elle-même.

### **Droit et médiation : deux notions distinctes**

Nous le savons, le droit se définit à partir d'un ordre juridique qui recueille, organise et systématise toute une série de préceptes conventionnels, lesquels non seulement définissent les attitudes attendues par les individus, mais sont censés représenter les aspirations légitimes de ceux-ci <sup>(3)</sup>. Globalement, le droit réglemente un type de société qui coïncide avec la vision et les intérêts de groupes de pouvoir et ses définitions (y compris celle de la « prétention légitime ») figurent parmi les expressions de ces intérêts.

Outre l'organisation de préceptes, le droit identifie les formes, les modalités et les processus à travers lesquels peuvent s'exercer les prétentions qu'il considère comme légitimes. Et tout en réglementant les formes à travers lesquelles certains individus peuvent exercer leurs prétentions, il attribue un deuxième niveau de légitimité à ces dernières. En effet, non seulement le « quoi », c'est-à-dire la définition du contenu des prétentions, mais encore le « comment » de leur exercice en définissent la légitimité étant donné que certaines de ces prétentions légitimes trouvent le moyen de s'exercer et d'autres non. En d'autres termes, tandis qu'il définit certaines prétentions et décide de leur légitimité, le droit en exclut d'autres : à un premier niveau, il déclare les prétentions légitimes ou non et, à un deuxième niveau, il rend effective ou non ladite légitimité.

Malgré les imperfections du système, il semble n'exister aucune autre (meilleure) forme d'instaurer la justice dans nos sociétés. D'où la prolifération de lois, d'amendements aux lois existantes, de normes secondaires, de règlements, etc. D'où, par exemple, l'invention de nouvelles définitions du fait juridique dans le droit pénal, et de formes de dommages indemnifiables dans le droit civil. Et, de là, la recherche de nouveaux instruments de gestion des contentieux, parmi lesquels la médiation.

Que la médiation constitue une modalité de règlement des conflits totalement anormale du point de vue du droit est chose connue : en effet, elle prévoit une confrontation entre deux parties en conflit où les adversaires œuvrent à la construction d'accords éventuels en la présence, et avec l'aide, d'un tiers neutre (le médiateur). L'originalité de cette orientation, comme chacun sait, réside dans le fait que ce n'est pas le tiers qui apporte une solution à la cause, comme c'est le cas dans d'autres modes de gestion de conflit (par exemple au tribunal ou dans un arbitrage) : le médiateur a pour seul objectif de faciliter les échanges, le dialogue et la recherche partagée d'un sens de l'événement et de ses effets, de façon directe de la part des acteurs concernés. La médiation est donc une pratique à travers laquelle les individus eux-mêmes définissent leurs prétentions et les exercent de façon

autonome, ensemble et non pas malgré ou contre l'autre, dans un processus qui se déroule selon les orientations des parties.

La médiation ne définit rien à l'avance ; elle ne prétend pas organiser les individus selon un modèle idéal d'organisation sociale, celle-ci étant au contraire un effet éventuel de son exercice et de sa diffusion plutôt qu'une aspiration préalable de certains groupes au détriment d'autres. Les médiateurs ne peuvent savoir d'avance où la réunion de médiation mènera les parties. L'accord qui conclut le travail des parties impliquées constitue une norme sur la base de laquelle les parties régleront leurs futurs rapports. Cette norme se construit tout au long du processus de médiation, durant lequel

“ *La médiation ne définit rien à l'avance ; elle ne prétend pas organiser les individus selon un modèle idéal d'organisation sociale (...).* ”

une activité d'exploration réciproque, d'échanges et de construction commune permet aux parties de modifier leurs positions de départ et d'accéder à une vision partagée de l'objet du conflit.

Dans une première phase, chacune des parties présente son point de vue sur le

conflit. C'est là que les « récits » des parties ont pour effet d'élargir l'espace de connaissance à propos du conflit (subjectif et partagé). L'échange d'informations éclaire progressivement les termes de la controverse. En cas d'interruption ou de suspension des échanges, le médiateur intervient pour relancer ceux-ci au moyen de questions et/ou en encourageant les explications. Dans une deuxième phase, l'échange entre les parties s'enrichit par l'explicitation des aspects émotionnels et des valeurs qui mettent au jour la teneur latente de la dynamique du conflit. De plus, les deux récits initiaux « s'hybrident » mutuellement et « disparaissent » pour céder la place à un récit différent, commun et que chacun s'approprie. Durant une troisième phase, les parties travaillent à la solution du conflit, à la lumière de ce « récit émergent ». Il s'agit de mettre en place un système de critères de façon consensuelle aux fins de configurer la future interaction réciproque. Ce système est contingent, d'un côté parce qu'il sert à réguler l'« ordre » relationnel entre les parties et, de l'autre, parce qu'il peut être, ou non, cohérent avec le système normatif dans lequel vivent les acteurs. Cet « ordre » relationnel est en général plutôt original, voire, à l'occasion, « *extra ordinem* » (hors norme).

De quelle norme est-il donc question ? Il s'agit, selon nous, du résultat d'un processus de réglementation :

- particulier, dans la mesure où il renvoie à des individus concrets et à un différend concret, et parce qu'il ne procède pas d'une norme générale, et encore moins d'une vision universelle du souhaitable/non-souhaitable (4) ;
- dans lequel la légitimité des prétentions naît de la confrontation entre les parties, qui distinguent en toute autonomie ce qui est légitime de ce qui ne l'est pas, indépendamment du degré de coïncidence entre leurs intérêts et

ceux des groupes qui par leur pression participent à la construction du droit ;

– dans lequel les parties connaissent les façons de faire (fondamentalement l'échange verbal) et les adaptent au fur et à mesure qu'elles avancent dans la confrontation ;

– qui ne règle aucune question prédéterminée mais plutôt tout ce que les personnes estiment pouvoir régler grâce à lui.

Il s'agit par conséquent d'un système « normatif » qui a très peu à voir avec l'ordre juridique et qui trouve son origine dans un mode de règlement des controverses tout à fait original, totalement différent du droit, c'est-à-dire de la médiation (5). Bien entendu, le raisonnement s'appuie entièrement sur la garantie constante des principes fondamentaux de la médiation : volonté et autonomie des parties, neutralité du médiateur, caractère confidentiel du processus.

### **L'assimilation de la médiation au droit et ses effets**

Cela dit, il est « évident » que, par essence, le droit ne peut accepter que les parties négocient des normes d'autorégulation qui échapperaient à son contrôle : l'accord ne peut pas prévoir, par exemple, si un délit a été commis, qu'il y aura absence de toute condamnation ou qu'il y aura un type de sanction donné (6). De même, les parties ne peuvent pas convenir d'un quelconque refus de droits à venir, comme dans le cas des héritages dans nombre d'ordonnances juridiques. De même qu'il existe une limite à ce que les personnes peuvent régler à travers des contrats (limites qui se rapportent tant à l'objet qu'à la cause, ou aux formes, etc.), ce dont les parties conviennent à travers une médiation est soumis à une limite déterminée pour le droit : en effet, nombre de législations nationales en matière de médiation prévoient un contrôle judiciaire de l'accord érigé par les parties, du moins pour tout ce qui a trait à sa conformité à la législation, à l'ordre public ou à la morale.

En ce sens, il serait trompeur de voir dans la médiation, ou dans l'ensemble des instruments qui s'inscrivent plus ou moins dans sa logique, des systèmes juridiques alternatifs au droit, puisque la possibilité d'une telle alternative n'existe pas dans la pratique. Ainsi, chaque fois que nous agissons suivant les prescriptions que le système juridique construit pour réguler la médiation et nos procédures, nous n'agissons pas en tant que médiateurs mais en tant qu'agents du droit.

Il importe peu de dire que nous procédons à une intervention « complémentaire » du droit, comme si une telle qualification impliquait le maintien d'une différence, d'une marge d'autonomie : leurs contradictions, leur incompatibilité empêchent la logique de la médiation et celle du droit de se compléter. Quand nous parlons de médiation complémentaire, nous ne parlons pas, en fait, de médiation mais d'un instrument juridique de plus,

qui sert à la survie du système, qui la transforme et la façonne en fonction de ses besoins et de ses principes, en adaptant, en redéfinissant et en transformant les principes fondamentaux sur lesquels elle devrait se fonder. Par conséquent, le fait que la médiation ne rencontre pas le succès escompté

“ On a coutume de dire que la médiation n'obtient pas le succès attendu parce que les citoyens restent imprégnés d'une culture du litige judiciaire. ”

ne devrait pas nous surprendre : en fin de compte, ce que nous faisons avec les personnes (c'est-à-dire les utilisateurs potentiels) n'est rien d'autre que continuer à parler de droit, même si c'est sous une forme déguisée.

On a coutume de dire que la médiation n'obtient pas le succès attendu parce que les citoyens restent imprégnés d'une culture du litige judiciaire. Sans doute, mais il existe une raison à cela : l'hypertrophie du droit, la prolifération de normes, l'offre démesurée de solutions judiciaires (médiation comprise) encouragent jusqu'au paroxysme une vision concurrentielle des rapports sociaux, en plus de contredire l'invitation faite aux citoyens d'avoir recours à la médiation, c'est-à-dire au dialogue, au partage, à la collaboration. En tant que médiateurs, nous rencontrons souvent des utilisateurs qui, après avoir entendu nos explications sur la nature de la médiation et ses techniques, continuent à nous poser des questions du style : « *Bien, toutes ces histoires de dialogue, c'est bien beau, mais suis-je dans mon droit, oui ou non ?* » Et d'ajouter : « *Si je suis dans mon droit, à quoi bon dialoguer ?* », soulignant de façon pertinente les contradictions entre les deux modèles. Si nous ne distinguons pas clairement la médiation et le droit, nous finissons par alimenter un effet paradoxal : tout en croyant œuvrer à l'instauration d'une nouvelle culture faite de dialogue et de transformation, d'autonomie et de responsabilisation, nous collaborons en fait à un renforcement accru de la culture typique du droit, c'est-à-dire une culture compétitive, faite d'arbitrage, dans laquelle, au bout du compte, les parties jouent un rôle quasiment nul quand il s'agit de prendre des décisions et, surtout, de donner un sens et une signification propres à leurs conflits, en dehors des définitions préconstituées.

Une autre conséquence possible de l'assimilation en cours est que chaque médiation réalisée dans le cadre du droit empêche, plutôt qu'elle ne la facilite, toute évolution des rapports interpersonnels et des personnes elles-mêmes. Et ce avant tout parce que son objectif est le même que celui du droit, à savoir la résolution d'un problème (le conflit), tandis que sa portée permet quelque chose de beaucoup plus large et profond : la transformation qui peut surgir, à travers le dialogue, dans la relation entre les personnes et dans les personnes elles-mêmes, au moment d'analyser le conflit et de choisir la manière de le traiter <sup>(7)</sup>.

En termes plus précis, tandis que la médiation a pour objectif la « restauration » d'une relation, de façon à ce qu'elle évolue suivant les indications

issues du conflit et de la confrontation des parties tout au long du processus de médiation, l'objectif du droit est de résoudre une situation considérée d'avance comme négative (le conflit) selon les préceptes de la loi. Dans son discours, le droit tient pour totalement secondaire ce que les parties pourraient réussir à découvrir d'elles-mêmes, sur leurs ressources et leurs capacités à gérer le conflit sans avoir à en déléguer la solution à un « être supérieur », et sur la relation entre elles et les « causes ultimes » du conflit. Le droit « interrompt » l'échange et se déclare satisfait au moment exact où le conflit peut être considéré comme réglé selon ses critères. Aussi le droit empêche-t-il toute découverte que les personnes pourraient faire durant leur confrontation à l'autre, c'est-à-dire qu'il interdit d'approfondir et, en dernière instance, de penser.

De plus, la résolution d'un problème n'implique pas toujours une transformation ou une évolution dans la relation entre les adversaires. Et même s'il est vrai qu'un problème peut se régler d'une manière transformatrice et évolutive, il n'en est pas moins vrai qu'une transformation implique la résolution d'un problème (laquelle dépend du sujet qui définit le problème en tant que tel). Dans ce dernier cas, si le droit considère que le problème n'est pas réglé, il interviendra pour imposer sa propre solution même si les parties se déclarent satisfaites, et il modifiera ou annulera les accords qu'elles auront conclus à travers la médiation.

\*\*\*

La captation de la médiation par le droit, sa transformation <sup>(8)</sup> et sa « normalisation » définitive <sup>(9)</sup> permettent son utilisation, aujourd'hui, à des fins nettement différentes de celles de la valorisation du conflit, de la primauté des relations entre les parties et du rôle exclusif de celles-ci dans la gestion de la controverse. En définitive, elles limitent l'expression de la médiation en tant que forme particulière de réglementation sociale qui pourrait générer, à la longue, des exigences de transformation et de changement que le système pourrait éprouver des difficultés à régir.

Dans le conflit, si nous laissons de côté l'image restrictive que le droit nous en offre, convergent un grand nombre d'éléments qui dépassent le simple désaccord entre deux individus. Par exemple, dans un conflit entre voisins pour cause de nuisances sonores, ce n'est pas seulement la confrontation entre le droit au repos et le droit à écouter de la musique mais aussi le fait de vivre dans des logements bon marché, aux murs fins et aux mauvaises conditions structurelles.

Dans un conflit entre frères autour de qui doit s'occuper de leur vieux père, la question n'est pas seulement sur les antipathies familiales mais renvoie également à une insuffisance, voire l'absence de services d'assistance accessibles. Dans un conflit « pénal », outre la demande de la victime à être dédommée, on peut aussi trouver une faille dans le système pénal,

qui ne parvient ni à prévenir les délits ni à « resocialiser » les contrevenants. Enfin, dans un conflit entre époux autour de la garde des enfants, l'enjeu n'est pas seulement autour de l'amour paternel envers les enfants mais autour d'une lutte pour s'attirer le prestige habituellement conféré au conjoint qui obtient la garde.

La possibilité que les parties impliquées dans un conflit « découvrent » ce niveau plus général et puissent l'inclure dans l'élaboration de leurs accords n'existe que dans un processus qui leur garantit une possibilité d'expression maximale, à savoir la médiation. Par conséquent, chaque fois que des limites sont imposées au processus de médiation, elles le sont également à des changements potentiels susceptibles de transcender le problème concret apparemment à l'origine du conflit entre les parties.

On entend souvent des médiateurs se dire convaincus que prendre le train en marche nous aiderait dans la tâche difficile de diffuser la médiation et sa philosophie dans nos sociétés. On mesure par là le peu d'écho que rencontre encore notre discours. Il importe donc que nous concentrons nos efforts sur la réflexion théorique et sur l'élargissement du rayon d'action de la médiation en dehors du cadre du droit.

D'une part pour renforcer les fondements de notre pratique et, de l'autre, pour préserver notre caractéristique la plus importante : l'absence de tout dirigisme dans nos interventions, puisque c'est la seule façon de préserver l'autonomie des personnes et de permettre le développement plein et entier de leurs capacités et de leur volonté.

*Traduction de l'espagnol par Parimage.*

## Notes

---

1 – L'on trouvera une description exhaustive et circonstanciée du recours à la médiation dans le cadre du droit chez Casanovas, Magre et Lauroba, 2011.

2 – De même, l'assimilation de la médiation dans le cadre des politiques sociales mériterait une analyse étendue, que nous remettons à plus tard.

3 – « Sont censés » car le droit est un produit culturel et historique, qui ne naît pas de lui-même ni ne provient d'une source « surhumaine », mais se construit sur la base d'intérêts exprimés à un moment donné par des groupes d'individus, déterminés et plus ou moins nombreux, détenteurs du pouvoir de légiférer (directement ou indirectement) au détriment des intérêts d'autres groupes, dépourvus d'un tel pouvoir.

4 – Il ne fait aucun doute que les acteurs de la médiation sont plongés dans une culture donnée, qui exerce une influence sur leur perception du monde qui les entoure. Dans l'échange, cependant, ce système culturel est souvent soumis à l'épreuve des besoins concrets, à commencer par celui de parvenir à un mode de relation satisfaisant pour les deux parties à l'avenir. C'est là que réside le potentiel transformateur de la médiation.

5 – Selon Jean-Pierre Bonafé-Schmitt : « *Le développement de la médiation dans tous les domaines de la vie sociale traduit la remise en cause non seulement d'un système de règlement des conflits, mais aussi d'un système normatif avec la mobilisation de règles faisant appel à l'équité, à l'usage. Les structures de médiation tentent de démontrer qu'un nouvel ordonnancement social peut être construit à l'aide d'arrangements sur une base négociatoire* » (1992, p. 190-191).

6 – En effet, la médiation pénale constitue un instrument de la procédure pénale avec laquelle elle partage, au bout du compte, les prémisses et les finalités. Voir Gaddi, 2009, et la bibliographie de cet article.

7 – La visée « transformatrice » a été décrite par Baruch Bush et Folger en 1994. Comme ces auteurs l'ont si bien fait remarquer, il s'agissait (et il s'agit encore) d'une priorité résolument minoritaire dans la pratique, mais d'une importance cruciale pour le déploiement complet des potentialités de la médiation.

8 – Il n'est plus possible d'affirmer de façon sérieuse que l'on conserve le volontariat, la confidentialité et la neutralité du médiateur ni que l'autonomie des parties est garantie dans la plupart des médiations effectuées dans le cadre du droit.

9 – Telle que l'entendait Michel Foucault dans son cours de 1976 au Collège de France (Foucault, 1997).

## Bibliographie

- Baruch Bush R.-A. et Folger J. P., 1994, *The Promise of Mediation : Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, San Francisco, Jossey-Bass Publishers.
- Bonafé-Schmitt J.-P., 1992, *La médiation : une justice douce*, Paris, Syros Alternatives.
- Casanovas P., Magre J. et Lauroba M.-E. (dir.), 2011, *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, Barcelona*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia.
- Coy P. G. et Hedeén T., 2005, « A Stage Model of Social Movement Co-optation : Community Mediation in the United States », *The Sociological Quarterly*, vol. 3, n° 46, p. 405-435 ; 2000, « Community Mediation and the Court System : the Ties that Bind », *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 17, n° 4, « special Issue : Community Mediation Past and Future », p. 351-367.

- Folger J. P. et Baruch Bush R.-A., 1994, « **Ideology, Orientations to Conflict, and Mediation Discourse** », in Folger J. P. et Jones T.-S, *New Directions in Mediation. Communication Research and Perspective*, Sage Publications, p. 3-25.
- Foucault M., 1997, *Il faut défendre la société*, Paris, Seuil-Gallimard, coll. « Hautes études ».
- Gaddi D., 2009, « **Mediazione penale, esecuzione della pena e terrorismo : l'incerto ruolo della criminologia nell'analisi di due casi** », *Studi sulla questione criminale*, vol. 4, n° 1, p. 101-118.
- Smith G., 1998, « **Unwilling Actors : Why Voluntary Mediation Works, Why Mandatory Mediation Might Not** », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 36, n° 4, p. 847-885.