

La professionnalisation de la médiation : définitions et perspectives

Patrick Schmoll

► **To cite this version:**

Patrick Schmoll. La professionnalisation de la médiation : définitions et perspectives. Yves Morhain. Médiations et lien social, Hommes et Perspectives, pp.23-44, 1998. halshs-02070804

HAL Id: halshs-02070804

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02070804>

Submitted on 18 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA PROFESSIONNALISATION DE LA MÉDIATION : DÉFINITIONS ET PERSPECTIVES

Nécessité d'une définition

Dans son acception la plus courante, la médiation est une entremise destinée à mettre d'accord, à concilier ou à réconcilier des individus ou des groupes. Cette entremise peut être demandée par les parties ou imposée par une autorité. Si elle est effectuée à la demande des parties ou à la demande d'un tiers qui n'a d'autorité que celle que lui prêtent les parties, on parlera de médiation civile. Si la médiation est imposée par l'État ou l'une de ses institutions, on parlera de médiation institutionnelle.

Dans cette acception, l'objectif le plus manifeste d'une médiation est la conciliation. Cependant, si elle est bien ce que les parties ont le plus souvent à l'esprit quand elles s'engagent dans cette démarche, au point de confondre les deux notions, une définition de la médiation par la conciliation serait trop restrictive. De nombreuses pratiques se développent aujourd'hui sous le terme de médiation, qui participent à la définition progressive d'un espace professionnel, et qui se réfèrent à d'autres dimensions de la médiation. Circonscrire cet espace et essayer d'entrevoir ses développements futurs suppose un préalable terminologique.

Une médiation est susceptible de remplir plusieurs fonctions :

– *Une fonction de conciliation.* Il s'agit donc de l'objectif le plus apparent : rechercher une conciliation, tenter de résoudre un conflit avant qu'il ait, ou pendant qu'il a pris une tournure juridico-judiciaire pour obtenir un compromis qui permet d'éviter les frais, les délais et l'issue imprévisible d'un procès. Les parties sont motivées par la perspective d'une économie de temps, d'argent et d'incertitude. C'est le but des médiations institutionnelles, ou des médiations civiles initiées par de grandes entreprises qui jouent de leur poids pour l'imposer, les compagnies d'assurance notamment. La médiation prise dans ce sens est la transposition du système américain de la "conflict resolution" dans lequel un médiateur attaché au service clientèle cherche à éviter les contentieux. Travaillant sur dossier, il peut arriver qu'il ne rencontre jamais les parties en conflit.

– *Une fonction d'arbitrage.* On notera que la tentative de conciliation vise à éviter l'arbitrage par un juge. Cette définition moderne de la médiation exclut d'une certaine manière la notion d'arbitrage, qui est du ressort de la justice, dépositaire de l'autorité qui permet d'imposer concrètement aux parties une décision à défaut d'accord. Cela revient d'une certaine manière à définir la médiation par opposition à l'arbitrage. On retiendra cependant que les formes les plus anciennes de médiation, dans les sociétés ne disposant pas d'une structure étatique et d'institutions judiciaires, intègrent conciliation et arbitrage comme deux versants possibles de l'intervention d'un tiers. Selon la nature du différend, un médiateur peut être sollicité comme conciliateur ou comme arbitre. L'exclusion de l'arbitrage du champ moderne de la médiation n'est que l'expression de sa récupération historique par l'État.

– *La gestion des conflits.* Il se peut que la médiation ne débouche pas sur une conciliation, et même qu'elle considère la conciliation comme une issue possible, mais non obligée, et en tous cas pas comme l'objectif a priori. La médiation, dans cette acception, a d'abord pour objectif de rétablir la communication entre les parties. La mise en mots du conflit, l'explicitation des termes du différend, fait ressortir ce que chacune des parties demande en fait à l'autre. Il laisse apparaître l'écart entre le dol objectif et des souffrances plus subjectives : la déception d'attentes jusque là informulées, ou l'expression que le différend, au delà de l'atteinte à l'intégrité physique ou aux biens, touche l'intégrité personnelle. Si la

mise en mots fait apparaître des zones de recouvrement entre ce que demandent en définitive les uns et les autres, elle ouvre la voie à un compromis et à une conciliation. Mais elle peut aussi aboutir au constat que les positions des parties sont inconciliables, et la médiation sert alors néanmoins à mieux structurer le conflit, à les préparer à accepter l'arbitrage d'un juge si le procès est inévitable. Les parties iront devant le juge avec une idée plus claire de ce qui les sépare, avec une charge émotionnelle moindre qui parasitera moins les débats, et une préparation à reconnaître la décision de justice, en adultes.

– *La prévention des conflits*. Il s'agit d'éviter qu'une situation de crise débouche sur un conflit. Des associations sportives détectent à temps des tensions entre jeunes dans des quartiers difficiles. La médiation, dans ce cas, est effective sans être le plus souvent, ni nommée comme telle, ni demandée comme telle par les parties. Elle est initiée par une autorité, elle est donc institutionnelle. Sa forme la plus récente sont les "agents d'ambiance" dont le recrutement se multiplie. Que prévient-on ? Pas forcément la violence, mais plus généralement la rupture du lien social : la médiation peut rétablir dans des situations douloureuses un lien social distendu. Par exemple des associations la proposent aux malades perdus dans l'univers hospitalier ou qui cherchent à renouer avec leur famille.

Cette dernière acception de la médiation, par différence d'avec la médiation-conciliation qui est très restrictive, est évidemment la plus large. Pour notre propos, qui est de définir un champ de pratiques spécifiques, elle nous semble devoir être écartée comme trop générale. Il est vrai que l'intervention de nombreux acteurs individuels ou associatifs a de nos jours une fonction de maintien ou de restauration du lien social. Mais leur intervention porte sur des situations de crises au sens large, par définition diffuses, puisqu'elles ne se sont pas encore précipitées, focalisées sur des objets conflictuels (issue qu'on cherche d'ailleurs précisément à éviter). Il n'y a donc pas demande de médiation de la part de parties à un conflit, parce qu'il n'y a encore, ni conflit, ni *a fortiori* conscience de la part des intéressés de la nécessité d'une médiation. C'est pourquoi, s'ils font d'une certaine manière oeuvre de médiation au sens large, ces acteurs : psychologues, éducateurs, animateurs, assistants sociaux, enseignants, etc., ne se désignent pas eux-mêmes, professionnellement, comme "médiateurs".

En effet, si tout est médiation, le concept devient trop "puissant". Pour une définition opérationnelle, sur laquelle asseoir la délimitation d'un espace professionnel de la médiation, on devra donc :

– exclure la plupart du temps l'arbitrage de la définition moderne de ce champ, puisque celui-ci n'est plus imposé que par voie de justice (un arbitre sollicité par les parties peut toujours être contesté après coup);

– ne pas se limiter à la conciliation, mais l'étendre à la notion de gestion du conflit, de rétablissement de la communication entre les parties;

– limiter cependant la définition aux cas où il y a existence d'un différend entre des parties, soit un "conflit directeur" au sens de Beauchard (1981a) et non seulement une situation de crise, et où les parties formulent une demande de médiation.

La médiation traditionnelle

Le principe de la médiation repose sur la possibilité pour chacun, dans ses différends avec autrui, de recourir à un troisième pour concilier ou arbitrer.

Formulé ainsi, ce principe est inhérent à la manière dont se structurent les relations humaines en général, et par extension les relations sociales. Les relations humaines sont en effet par espèce triangulaires, triangularité qui est inscrite dans le langage, lequel, déjà, positionne les personnes en *je*, *tu* et *il*. Dans ses rapports à autrui, le sujet est toujours contraint par l'existence de tiers qui empêchent de faire n'importe quoi avec l'autre, de le prendre comme moyen ou objet d'une satisfaction personnelle, qui désignent à ses pulsions des objets substitutifs, symboliques, en fait contenus avec lui dans le langage. En quoi la médiation rejoint le sens qu'elle peut avoir comme notion philosophique, où c'est d'une certaine manière le langage lui-même qui est tiers, médiateur. En ce sens, nous sommes tous, à tous moments mé-

diateurs potentiels ou effectifs les uns des autres. C'est la nature même du lien social.

Comment, à partir d'un principe aussi générique, la médiation se constitue-t-elle comme un champ de pratiques spécifiques?

Les pratiques de médiation existent et ont existé de tous temps bien avant qu'elles s'institutionnalisent dans le droit, en fait depuis que les hommes sont hommes, c'est-à-dire depuis qu'ils parlent. Comprendre pourquoi et comment les pratiques de médiations émergent et se développent aujourd'hui nécessite qu'on s'intéresse à ce qu'elles furent autrefois — en fait, à ce qu'elles ont toujours été.

La médiation est dans son fonctionnement général une pratique universelle, commune aux sociétés culturellement les plus différentes. On peut donc postuler l'existence d'une *structure*, dont on peut essayer de décrire le modèle pour circonscrire le champ de ces pratiques dans les sociétés modernes, et entrevoir comment l'espace ainsi défini a pu évoluer depuis un passé plus ou moins lointain, et quelles perspectives d'évolution il offre pour l'avenir. En effet, ce que nous identifions comme "originel" dans des sociétés traditionnelles, ce que nous considérons comme un état préexistant à nos sociétés, nous le reconnaissons généralement parce que cela ne nous est pas totalement inconnu et étranger: les pratiques et les idées ont laissé des traces et exercent encore des effets dans notre vie quotidienne.

En l'occurrence, le modèle de la médiation traditionnelle évoque des pratiques à l'oeuvre non seulement dans des systèmes tribaux tels qu'ils ont pu être observés par les ethnologues, mais plus proche de nous géographiquement, culturellement et dans le temps, le système de l'honneur, de la vengeance et des jugements par les cours des notables dans l'espace méditerranéen (encore vivace en Corse ou en Italie du sud). Le comportement de la noblesse jusqu'à la fin de l'Ancien Régime ou des pionniers de l'Ouest américain obéissent aux mêmes règles, mais surtout, nos propres comportements et attitudes s'y réfèrent régulièrement puisque nous continuons de nos jours à en apprécier les valeurs, qui sont reprises, mises en scène par la littérature, le spectacle et le cinéma. Le modèle est donc opérant.

Ces pratiques supposent une société sans État, elles lui sont même antagoniques : une justice d'État interdit en effet l'organisation privée des "règlements de comptes". Elles opposent les règles issues d'une tradition orale à celles du droit écrit. Cette prévalence de la tradition orale n'est possible qu'autant que la parole énoncée est considérée, au sein du groupe social, comme ayant une consistance particulièrement forte liée à un rapport tout aussi ferme, voire rigide, au langage en général et à la culture du groupe en particulier (valeurs communes, systèmes d'attitudes et d'échanges réglés permettant d'anticiper l'attitude d'autrui, de le "créditer" d'un comportement attendu à partir de ce qu'il dit). La parole ainsi objectivée peut être "donnée" et engage la personne entière de celui qui la donne. Elle a pour contrepartie un risque de mort, puisqu'elle peut provoquer la pénalisation, voire l'élimination de celui qui manque à ses engagements ou qui use de sa parole pour injurier.

Dans ce modèle, la parole est l'apanage d'une catégorie du groupe social, en général les hommes : elle est supposée contenir et exprimer l'essence de la différence des sexes et des générations. Les femmes, les enfants, les idiots et les fous n'ont pas la parole, ou leur parole n'engage que l'homme dont ils relèvent, mari, père, oncle, grand-frère, etc. qui choisit de l'approuver et de l'assumer vis-à-vis des tiers, ou de la désapprouver et d'exercer sur les femmes ou les enfants qui ont ainsi parlé à tort un droit de correction. Les hommes peuvent eux-mêmes perdre cet accès à la parole, soit de façon permanente (c'est le fanfaron dont la parole ne porte pas, et ne peut donc même pas être insultante), soit momentanément du fait d'une atteinte par la parole d'un autre homme, qui n'a pas été tenue ou qui a été insultante (les sociétés méditerranéennes le situent comme une atteinte à une qualité de l'homme qu'elles nomment honneur ou vertu, du latin *virtu*, de *vir* "homme"). Ce sont ces cas de figure qui déclenchent un processus de vengeance destinée à rétablir l'homme dans son accès à la parole (dans son honneur), et qui fondent par contrecoup la nécessité de procédures de médiation.

En effet, dans des sociétés où la parole a force d'acte, les torts subis risquent de se régler par des vengeances successives, les unes répondant aux autres, et impliquant l'ensemble de la famille et des

groupes alliés et amis, comme on l'observe dans les sociétés vindicatives méditerranéennes. La médiation se présente comme une nécessaire possibilité qui permet d'empêcher que la communauté tout entière soit aspirée par l'escalade de la violence entre groupes alliés et rivaux. La vengeance est un jeu réglé où chacun frappe à tour de rôle. Cet état suspensif entre deux vengeances permet à des médiations de se mettre en place. Le médiateur est un intermédiaire sollicité, soit par l'une des parties, soit par la communauté qui souffre dans les liens qu'elle entretient avec les deux parties en cause. C'est un intermédiaire dont la capacité de parole est reconnue par chaque partie et qui puisse reconnaître à son tour celle des antagonistes. Si le premier coup a été porté sans répartie, le médiateur proposera un dédommagement. Si la partie agressée s'est déjà vengée, il insistera sur le fait que chacun a porté un coup et que, s'il a subi l'outrage, il a aussi prouvé sa valeur, et que donc l'échange de coups peut s'arrêter là sans faire d'autres victimes qui ne démontreraient pas davantage la valeur de chacun. La paix peut être faite, et il arrive que l'échange positif reprenne entre les parties, parfois même par un mariage.

Concilier et arbitrer : les deux finalités sont considérées comme deux aspects possibles de la médiation traditionnelle, mais il y a lieu de les distinguer. Quand le tiers est sollicité pour permettre aux parties de se mettre d'accord, il joue un rôle de facilitateur, permis par la reconnaissance de sa position sociale par les parties. Mais seule sa compétence, ses qualités relationnelles, sont sollicitées : si les parties arrivent à un accord, ce sont elles qui contractent, qui mettent leur parole en jeu l'une vis-à-vis de l'autre. Le conciliateur se met entre les parties, il permet à deux parties qui ne pouvaient plus se parler de parler à nouveau.

Quand il y a arbitrage, le médiateur se met par contre au-dessus des parties. Celles-ci ne peuvent trouver à se concilier, elles sont seulement dans un rapport de parole (se parlent) suffisant pour trouver un accord minimal, qui est de s'en remettre à la décision du tiers. Le tiers, contrairement à ce qui se passe dans la conciliation, engage alors sa propre parole. Ne pas la suivre, ce serait l'injurier et se disqualifier socialement puisqu'on manque à sa propre parole, qui était de se soumettre à l'arbitrage. La partie qui refuse une décision d'arbitrage encourt, non seulement la reprise des hostilités avec la partie adverse, mais aussi la vengeance de l'arbitre ainsi insulté et de ses alliés.

On peut considérer, dans ce schéma, la conciliation et l'arbitrage comme deux étapes d'un processus qui peut s'arrêter à l'une ou passer à la suivante. La médiation a dans ce modèle pour fonction de rétablir la circulation de la parole. Elle correspond bien à la définition que nous avons retenue de cette pratique. Le rétablissement de la communication peut permettre une conciliation. À défaut de conciliation, il peut à tout le moins rendre les parties accessibles à un arbitrage : se parlant à nouveau, même dans le désaccord, elles peuvent trouver cet accord minimal qui est d'accepter de s'en remettre à la décision d'un tiers.

L'État contre la société

L'extension du champ du politique du village à la Cité, puis à l'État confronte les particuliers et les groupes avec des antagonistes qui ne partagent pas les mêmes références familiales ou ethniques, les mêmes rapports à la loi et au langage, parfois même ne parlent pas la même langue, véhicule de ces références (quand l'État est un empire ou un état fédéral qui rassemble des groupes culturels différents). L'État est alors le seul tiers repérable, qui ne saurait, sauf à s'engager dans sa désagrégation, laisser à chacun la possibilité de se faire justice lui-même. Il confisque par la force la position de l'arbitre, qui n'est plus laissée à l'appréciation des parties mais résulte désormais de l'exercice d'un pouvoir.

Le droit écrit remplace la tradition orale, ou plutôt les traditions orales, auxquelles il se substitue. La parole énoncée, cessant d'être requise autrement que pour témoigner, n'engage plus de la même manière celui qui l'énonce. Ce qui prime, ce sont les faits : la parole ne pèse plus lourd.

Contrepartie du primat de la règle écrite : le juridique connaît une inflation des procédures et de la jurisprudence. C'est le cas en particulier aux États-Unis, société multiculturelle par ses origines mêmes, où la décision du juge ne saurait être laissée à son libre-arbitre, qui risquerait d'exprimer ses valeurs indi-

viduelles plutôt que celles du groupe social. L'arbitrage est donc extrêmement contraint par la recherche obsessionnelle des précédents qui font jurisprudence.

En confisquant la position du tiers-arbitre, l'institution produit une confusion entre l'instance de médiation et l'instance de pouvoir. Elle est à la fois juge et partie. C'est le cas de manière évidente en droit public français, en particulier en droit administratif, puisque les plaintes portant sur des différends avec l'administration sont traitées par un tribunal administratif, c'est-à-dire par l'administration elle-même.

La position du tiers étant imposée et non plus choisie par les parties, elle devient contestable dans sa légitimité : la décision de l'arbitre est exécutable par voie de force, mais si on s'y soumet objectivement, on peut se rebeller intérieurement, la trouver inique, et généralement insatisfaisante. D'autant plus que ce qui a été jugé l'a été au regard des faits, sans que soit accordé aux paroles prononcées par les parties de valeur intrinsèque, puisqu'elle n'en ont une qu'à condition d'être confirmée par le témoignage de tiers. Pourquoi, dès lors, reconnaîtrait-on une décision qui ne vous reconnaît pas comme être de parole?

Paradoxalement, donc, l'émergence et le développement du droit écrit, alors qu'il vise à régler les différends entre parties, contribue à la dissolution progressive des relations triangulaires qui structurent le corps social. Les individus, vivant en milieu urbain moderne, ayant perdu leurs attaches avec leur famille, leur village, leurs groupes d'appartenance, sont isolés dans les conflits duels qu'ils peuvent avoir avec leurs voisins, leurs collègues de travail, les inconnus que les événements leur font rencontrer, mais aussi les administrations et organisations qui sont leurs contextes quotidiens de vie. Il n'ont de recours que de s'adresser aux institutions d'État sur lesquelles les dirigent les lois et réglementations en vigueur : école, institutions sanitaires et sociales, et, bien sûr, justice, dont certaines sont elles-mêmes parties à leurs difficultés et avec lesquelles ils sont donc en conflit là-même où ils leur demandent d'intercéder. Et dont les décisions, surtout quand elles sont rendues par écrit sans qu'on ait rencontré personne que le mur anonyme de l'institution, les laisseront insatisfaits, prêts à saisir les opportunités de recours pour tenter de se faire entendre à nouveau.

L'inflation des dossiers, d'où résulte l'embolie du système judiciaire, tient à la multiplication et à l'étirement dans le temps d'histoires dont la portée est souvent la même que celle des histoires de village d'autrefois, qui trouvaient une solution dans l'avis du doyen ou les mauvais sorts du sorcier. La modernité a isolé les doyens de village dans les maisons pour personnes âgées et les sorciers dans les asiles d'aliénés. Mais la solitude des cités modernes multiplie ces histoires entre étrangers qui s'ignorent, qui sont montées en épingle ou s'enlisent dans la logique d'affrontement duel des procédures juridiques et judiciaires.

L'institution a tenté assez précocement de prévenir cet étouffement en différenciant, dans la position du tiers, la fonction d'arbitre et celle de conciliateur. Les Conseils de Prud'hommes dans le champ du travail en sont un bon exemple. Il leur est confié une mission préalable de conciliation, en tant qu'instance disposant par ailleurs d'une certaine distance à l'institution puisque désignée non par l'État, mais par élection par les catégories susceptibles de devenir parties en présence : patrons et salariés. L'exemple permet en même temps de mesurer l'usure de la pratique du fait même de son institutionnalisation : au début de leur existence, neuf affaires sur dix débouchaient sur une conciliation sans qu'il y ait besoin d'un procès, aujourd'hui la proportion s'est complètement inversée et n'atteint pas une sur dix.

La médiation aux limites du judiciaire

Pendant longtemps, chaque village, chaque groupe social sécrétait ses médiateurs pour répondre à ses besoins. Dans les sociétés primitives le chef de la tribu, les anciens ou le sorcier, dans nos villages le maire, le secrétaire de mairie, l'instituteur, le curé ou le médecin, par leurs fonctions et le savoir qu'on leur prêtait, étaient investis par la communauté de la potentialité d'être un tel recours.

Le développement urbain, la dispersion des familles, personne ne connaissant son voisin et

n'étant plus tenu par le regard de la communauté, ont fait disparaître ces médiateurs.

Depuis plus d'une dizaine d'années, les pratiques exercées sous l'étiquette de médiation sont revenues en force, et la fonction est assurée par d'autres, notamment des associations. Elles se sont développées au départ sur des bases pragmatiques, à l'occasion de conflits importants, professionnels ou de patrimoine, dans la solution desquels l'intervention d'un médiateur, visant essentiellement une conciliation, se présentait comme manifestement moins onéreuse qu'un procès.

Cette multiplication, désormais favorisée par des dispositions législatives, et se développant donc aussi bien en marge qu'avec l'appui de l'institution, est l'indice de la difficulté de celle-ci à réaliser son objet. Elle dessine un nouveau champ de pratiques sociales, voire professionnelles qui se construit sur les limites du judiciaire. Un champ qui marque donc la fin du judiciaire, non pas au sens de sa disparition prochaine, puisque le droit écrit reste un cadre social irremplaçable, mais au sens de limites de mieux en mieux reconnues et acceptées de l'emprise de l'État.

L'extension de l'État, dont on peut imaginer qu'elle deviendra un jour planétaire va de pair avec l'impossibilité grandissante d'un contrôle à la mesure de son hypertrophie, d'une diffusion du pouvoir dans des sociétés de plus en plus complexes. Conjoncturellement, les traductions économiques de la crise de société que nous traversons mettent en exergue cette perte de contrôle : le désengagement de l'État dans des domaines dont il ne peut plus assumer le coût (couverture sociale, sécurité des personnes, etc.), chez nous mais encore plus dans les pays en difficulté, provoque une résurgence des liens sociaux traditionnels : la famille redevient une valeur sûre, mais aussi l'allégeance aux petits féodaux de village ou de quartier, qui redeviennent, pour le meilleur et pour le pire, des tiers sollicitables.

Comment envisager l'évolution de ce champ ? Celle-ci oscille sur quelques axes entre des polarités exprimant des choix prévisibles :

- la médiation doit-elle rester une pratique sociale spontanée ou doit-elle se professionnaliser ?
- le médiateur doit-il être nommé par l'institution ou relever du libre choix des parties ?
- la médiation doit-elle être à la seule des parties ou doit-on envisager un financement partiel par la collectivité ?

Nous écartons ici une des limites imposées au champ de la médiation : celle de l'existence d'un *délit*. Certaines instances de médiation posent qu'il ne peut y avoir médiation s'il y a délit, puisque dans ce cas la société doit poursuivre le délinquant quel que soit l'accord auquel il peut arriver avec sa victime. La médiation n'interviendrait qu'entre des parties en différend au civil. Au pénal, le médiateur devrait donc refuser de recevoir le délinquant et sa victime. Cette conception limite la fonction de médiation à celle de conciliation : il est certain qu'elle ne peut avoir lieu. Cependant, si la médiation est entendue dans sa fonction de rétablissement de la communication, on peut concevoir que l'existence d'une procédure pénale n'empêche pas d'imaginer des dispositifs dans lequel les parties se rencontreraient, à la demande de l'une acceptée par l'autre, pour proposer une réparation symbolique au-delà de la sanction prévue par la loi. Des expériences de ce type ont permis des mises en mots structurantes, tant pour le délinquant que pour sa victime ou la famille de celle-ci.

Médiation spontanée ou médiation professionnelle ?

Dans les sociétés traditionnelles, la médiation participe du système d'échanges, à la fois de paroles et de biens, qui organise le groupe social. Les échanges économiques fondent les rapports d'amitié et animent les relations au sein de la parenté. Comme le retour du don est différé par rapport au don reçu, le donataire est l'obligé du donateur, il a contracté une dette à son égard. Cet échange ne peut se faire qu'entre des gens qui se respectent, car il constitue la marque même du respect, puisqu'on fait confiance à l'autre. Le donataire n'a pas besoin, ne doit pas dire qu'il rendra un jour le dû : le donataire le crédite d'une parole qu'il n'a pas à prononcer. La capacité de parole, le "crédit", est une capacité de donner, et c'est ce qui lui confère son efficacité dans la médiation puisque le médiateur est une personne qui est

choisie pour son crédit, à la fois sa capacité de parler (qui va souvent de pair avec sa richesse) et le fait que les parties lui sont souvent redevables pour d'autres choses.

L'intervention du médiateur est donc souvent rétribuée sous la forme d'un don par les parties pour son intervention, puisque celle-ci est sollicitée. Sinon, elle accroît la position de redevable des parties. La parole du médiateur étant considérée comme un don, expression de sa capacité de donner (générosité), la rémunération participe à l'efficacité de la médiation.

Par opposition, la justice moderne est dans son principe gratuite, conçue comme un droit des citoyens. Dans son discours en tout cas, car dans la pratique, elle revient assez cher, et celui qui y consacre davantage de ses deniers a aussi plus de chances de trouver les meilleurs avocats. Cette gratuité officielle est la contrepartie légitimante du pouvoir d'arbitrage récupéré par l'État. Pour en formuler sommairement le principe : s'il fallait payer pour être jugé, qu'est-ce qui obligerait qu'on s'en remette aux institutions d'État plutôt qu'à des tiers pris dans la société civile ? La force publique, sans doute, qui nous y obligerait, mais sans plus pouvoir se prévaloir d'une légitimité.

Le Législateur souhaite éviter la professionnalisation de la médiation. Les parties peuvent recourir à un médiateur extérieur au système judiciaire, mais ces médiateurs rémunérés par les parties ne devront pas être des professionnels, ni même exercer de médiation à titre d'activité professionnelle accessible.

D'un côté, on souhaite faire des économies de contentieux, graisser les rouages sociaux en allégeant les procédures et en faisant payer cet allègement par les parties. De l'autre, on souhaite empêcher que, sur cette expulsion de la difficulté hors du champ judiciaire, se construisent des instances extérieures de médiation organisées professionnellement, qui nécessairement échapperaient en partie au contrôle de l'institution. Une justice privée en quelque sorte.

Il est clair que l'État ne peut laisser se développer sans contrôle une justice privée qui menacerait son pouvoir. Une forme d'intervention de l'institution doit être maintenue, sur le détail de laquelle nous devons revenir.

Mais, d'une part, le paiement par les parties d'un tiers indépendant financièrement de la justice est une condition psychologique de l'efficacité de la médiation. D'autre part, dans les sociétés qui sont les nôtres, commandées par l'argent, on ne peut plus attendre (en tout cas plus systématiquement) d'un médiateur occasionnel ou bénévole qu'il puisse mettre toute son efficacité dans sa prestation.

Les médiations gratuites sont proposées par des associations à vocation philanthropique, sociale, religieuse, idéologique politique ou para-politique, qui peuvent être suspectes en fonction de leur objet de se payer autrement. Dans ce cadre, le médiateur se paie en partie (et chichement) sur les subventions qui permettent à l'association de survivre, et pour le reste, sur la satisfaction de lutter pour une juste cause, ou plus banalement (le bénévole étant fréquemment un étudiant ou un diplômé en droit ou en psychologie au chômage) sur l'espoir d'un emploi futur dans l'association et, à défaut, la possibilité, en attendant, de se constituer sur le dos des personnes qu'il reçoit un début d'expérience professionnelle.

Prendre la médiation comme objet d'un idéal philanthropique ou d'une formation menace le médiateur d'une perte de la distance qui est nécessaire à son fonctionnement, dans son propre esprit et dans l'esprit de ceux qui font appel à lui. Surtout si, pour justifier les subventions dont bénéficie l'association, le médiateur est sommé d'être efficace sans avoir ni les outils juridiques, ni la formation, ni les moyens financiers.

On ne peut pas attendre que des médiateurs, dont on attend par ailleurs qu'ils soient formés, et donc investissent de leur personne, exercent ensuite dans un quasi bénévolat. L'efficacité technique du médiateur, son implication, a pour contrepartie son professionnalisme, c'est-à-dire sa professionnalisation.

Il faut donc trouver les moyens d'identifier socialement les médiateurs, de payer les médiateurs tout en ne laissant pas se développer une justice privée, porte ouverte à un retour du féodalisme.

Médiation institutionnelle ou médiation civile ?

Une manière pour l'institution de répondre à ce problème a été, précocement, c'est-à-dire dès avant que la médiation prenne le devant de l'actualité, d'instituer en son sein même des procédures de médiation, visant la conciliation. La fonction de médiation est donc distinguée de celle d'arbitrage et est confiée à un représentant de l'institution. Dans certains cas, ce représentant est une instance distincte, comme c'est le cas de l'institution prud'homale dans le champ des conflits du travail. Mais c'est parfois l'institution elle-même qui nomme le médiateur. Enfin, les fonctions de médiation et d'arbitrage sont parfois distinguées dans les textes, mais assumées par la même personne : c'est le cas de la plupart des magistrats, qui ont dans leurs attributions de rechercher une conciliation avant d'arbitrer.

Quelle sont les limites intrinsèques de la médiation institutionnelle ?

– *La médiation est entendue dans ce cas au sens restreint de conciliation.* Elle reste prise dans les contraintes du juridique, elle n'est pas une tentative de restaurer la communication entre les parties : il n'est pas du ressort du juge de jouer au conseiller conjugal ou au psychologue. Si la conciliation échoue, on passe à la phase contentieuse proprement dite, et la tentative de conciliation risque de n'être qu'une étape formelle.

– *La même instance est à la fois conciliatrice et arbitre, ce qui nuit à l'efficacité de l'une et de l'autre de ces deux missions.* L'institution d'un médiateur par une administration, une ville, un département, l'investit de l'autorité de cette institution, mais en même temps l'y assimile du point de vue de l'usager. Il se présente comme une possibilité de recours direct : les usagers ont l'impression qu'ils seront entendus plus directement par l'autorité suprême et lointaine qu'ils supposent derrière le médiateur, que s'ils transitent par des procédures complexes, longues et coûteuses. C'est cette notion d'économie de temps et d'argent qui prédomine chez l'usager. Du côté de l'institution, il y a l'avantage d'une remontée d'information de première main sur les besoins et les attentes des usagers, information non disponible autrement que par des filtres. Mais le médiateur *n'est pas investi comme un tiers indépendant*, différent de l'institution.

– *Les effets de cette confusion sont redoublés dans les cas où c'est, non seulement la même instance, mais la même personne, qui est à la fois conciliatrice et arbitre.* Dans le domaine conjugal, le Juge aux Affaires Matrimoniales, puis le Juge aux Affaires Familiales ont été investis de la mission de concilier les parties aux divorces-contentieux, avant et pendant l'instance. En contradiction logique avec cette mission, le JAF peut prendre, dès le dépôt de la requête initiale, des mesures d'urgence de protection face aux réactions violentes du conjoint, qui expriment son autorité de représentant de la loi, mais sont une entorse au principe du contradictoire et peuvent priver de la présence de ses enfants un des parents avant qu'il ait eu l'occasion de s'exprimer. Le juge doit concilier, mais il doit aussi arbitrer. Peut-il réellement tenter l'un tout en se réservant la possibilité de l'autre ? Comment peut-il tenter une conciliation s'il est vécu comme représentant de l'autorité ? Et comment sont reçues ses décisions ultérieures d'autorité, si dans un premier temps il s'est présenté comme conciliateur ?

Les affaires familiales sont un bon exemple des confusions qui existent en droit, dans le dispositif juridico-judiciaire, entre les notions de médiation, de conciliation et d'arbitrage. La mission qui a fondé le JAM dans la loi de 1975 est la défense de "l'intérêt de l'enfant". Cette notion réintroduit symboliquement, sinon en droit, l'enfant comme partie au procès, représentée par le juge. Or, peut-on à la fois être juge et avocat d'une partie ? Depuis, le JAF réunit les missions antérieures du JAM et du Juge des Enfants. Il y a plus de dix ans, nous écrivions "L'institution d'une Chambre de la Famille (...) réunirait en une même instance l'ensemble des affaires matrimoniales et permettrait de décentrer la fonction du Juge aux affaires matrimoniales des seules affaires de divorce (...). A contrario, cette extension de son domaine de compétence ne soulignerait à mon avis que davantage la nécessité de se demander si ses missions : conciliation, décision, défense de l'intérêt de l'enfant, peuvent être assurées par la même personne" (1986, p. 205). La question reste posée.

En pratique, la médiation institutionnelle rencontre un phénomène d'usure. La conciliation prud'homale ou celle du JAF ne sont souvent plus que des étapes formelles dans un processus qui va directement au contentieux. Quand une conciliation aboutit dans le bureau du JAF, c'est que la décision de la partie demanderesse n'était pas bien arrêtée. Dans ce cas, la procédure est utilisée pour faire entendre à l'autre partie qu'on est à bout et qu'il faut que la vie du couple change. On répond ici à un besoin de médiation, au sens, cette fois, de besoin de rétablir la communication avec l'autre — besoin auquel l'institution n'est pas en mesure de répondre.

La médiation étant du ressort d'un extérieur de l'institution, la médiation civile s'est développée. Ces médiateurs ne sont désignés par aucune institution, n'ont pas de pouvoir en tant que tel. Leur autorité est morale. On s'adresse à eux parce qu'on leur suppose une compétence ou une forme de sagesse, qu'ils vont suggérer des pistes de recherche, ouvrir une voie neuve par rapport à l'impasse dans laquelle on s'est fourvoyé. D'un médiateur institutionnel, on attendra qu'il apporte une réponse et règle un litige. D'un médiateur civil on ne peut attendre qu'une chose : qu'il permette, par son écoute, aux parties d'avancer personnellement pour éclairer un problème. Il ne résout pas les conflits, mais aide à les gérer.

Médiation à la charge des parties ou tiers payant ?

Nous soulignons il y a plusieurs années (1990) que le risque était grand de voir se développer une situation qui distingue entre une médiation pour riches et une médiation pour pauvres. On peut préciser aujourd'hui que cette distinction risquerait de recouper des clivages, non seulement économiques, mais culturels, ainsi que l'antagonisme entre médiation institutionnelle et médiation civile.

En effet, ceux qui auraient les moyens de payer (entreprises et particuliers aisés), mais aussi la disposition d'esprit de par leur formation et leur culture, pourraient faire appel à un médiateur toutes les fois où la formule se présenterait comme plus avantageuse a priori qu'un procès, voire plus généralement toutes les fois où elle se présenterait comme pouvant apporter un mieux-être, non nécessairement économique, mais personnel. L'information étant plus accessible à ces usagers, le médiateur pourrait être choisi parmi ceux jugés les meilleurs sur le marché, dans leur domaine de compétence. Le médiateur, civil, bien rémunéré, pourrait se passer de l'agrément et des subventions de l'autorité et offrirait toutes les garanties de l'extériorité.

Les autres continueraient à recourir, soit aux médiateurs institutionnels, soit aux associations d'information, d'aide ou de défense de tous ordres, coincées entre les nécessités contradictoires qui sont inhérentes à nombre de démarches sociales :

- devoir rémunérer des médiateurs dûment formés alors que toute association a des problèmes d'argent,
- garantir un bon niveau de prestation, et donc professionnaliser la médiation, alors que l'esprit du dispositif est initialement bénévole et gratuit,
- solliciter les subventions de l'institution tout en préservant l'indépendance de l'exercice par rapport à cette dernière.

Le financement public, même partiel, des pratiques de médiation semble aller à contre-courant du désengagement de l'État, qui cherche depuis plusieurs années à privatiser et à faire porter par les collectivités territoriales, les entreprises et les particuliers le financement de services qui étaient jusque-là de sa compétence. Même l'encouragement des instances civiles de médiation peut être considéré comme participant de cette philosophie : le particulier paie directement une conciliation, jadis acte de justice, aujourd'hui considéré comme une prestation de service.

L'État semble vouloir se contenter de ne financer directement que la prévention des situations de crise et de conflit, soit l'amont de la médiation proprement dite. C'est le sens du recrutement massif d'"agents d'ambiance" sur les zones jugées à risque selon les périodes et les modes : les banlieues, les écoles, les autobus...

Cependant, l'État et ses institutions ne pourront longtemps se désimpliquer du contrôle de la collectivité sans rencontrer les limites figurées par l'excès inverse : le retour, déjà observé par les sociologues, aux solidarités traditionnelles, de la famille, du clan, de la communauté, qui préparent à de nouvelles formes de féodalité telles que les "maffias". On devrait donc s'acheminer vers des formes intermédiaires de médiation civile, indépendante mais partiellement financées par des fonds publics et contrôlées par l'institution.

Perspectives

En fonction de ce qui précède, l'évolution future d'un espace professionnel de la médiation semble devoir préserver les principes suivants :

– *Maintien de la prééminence de l'État et de ses institutions dans la régulation de la vie sociale* : sauf à envisager un retour à des formes féodales ou tribales, l'État maintiendra un niveau minimum d'implication et d'intervention, qui auront une traduction réglementaire, mais aussi financière.

– *Maintien de la distinction entre arbitrage et médiation*, qui exclut de la définition moderne des pratiques de médiation la composante de l'arbitrage, alors qu'elle faisait partie intégrante des pratiques de médiation traditionnelle : ce point est la limite que l'État ne peut laisser franchir sans se saborder lui-même. L'arbitrage privé en matière de délit devrait continuer à être considéré comme une dérive mafieuse. La médiation professionnelle devrait donc se définir comme une tentative de gestion des conflits avec ou sans conciliation.

– *Extension du champ de la médiation civile*, caractérisée par l'échange, et donc rémunérée par les parties, au détriment de la médiation institutionnelle qui, pour les raisons précédemment évoquées, devrait connaître les formes d'usure et la désaffection qu'a connu, par exemple, la médiation prud'homale.

– Pour répondre simultanément aux trois conditions précédentes, *développement d'une forme de contrôle "à distance" de l'État sur ce champ* par une réglementation visant à faciliter l'accès équitable des citoyens aux possibilités de médiation, tout en les protégeant en tant qu'usagers ou clients contre les éventuels prestataires abusifs. Deux axes devraient être privilégiés, si l'on considère l'expérience passée de l'émergence d'autres professions réglementées, telle que celle des psychologues :

- un *financement public partiel*, complémentaire de la médiation, sous des formes qui restent à préciser, et qui permettrait que les parties paient effectivement de leurs deniers la prestation, tout en ayant la possibilité d'y accéder en fonction de leurs revenus;
- une *réglementation de la profession*, formule plus souple et plus efficace que la désignation simple du médiateur par l'autorité (médiation institutionnelle); plutôt qu'une réglementation de l'exercice lui-même, qui aboutirait à des monopoles du type des professions "à ordre" (experts-comptables, avocats, etc.), il s'agirait probablement, comme pour le titre de psychologue en 1984, d'une réservation du titre de "médiateur" à des professionnels ayant suivi une formation reconnue; la formule aurait l'avantage de ne pas empêcher des médiations spontanées de s'exercer sous une autre dénomination, mais organiserait cependant le marché pour une meilleure information des bénéficiaires.

On pourrait accorder pour terminer quelque attention au contenu et au niveau de cette formation. Doit-on s'attendre à ce qu'elle soit réservée à des diplômés de disciplines existantes, juristes ou psychologues, pour qui une formation à la médiation serait un cursus de spécialisation ? Ou doit-on, pour des raisons pragmatiques (les médiateurs existants ont été en majorité formés "sur le tas"), laisser cette formation ouverte au plus grand nombre ?

Pour en rester aux perspectives qui se dessinent, ce qu'on peut affirmer, c'est que son contenu sera nécessairement pluridisciplinaire, et au minimum :

– juridique, car s'il s'agit d'éviter à des parties le recours à une procédure, ou du moins de les y préparer en connaissance de cause, il faut que le médiateur connaisse les tenants et les aboutissants de ce

qui, d'une certaine manière, est le domaine dans lequel il n'a pas à entrer;

– psychologique, car si le rétablissement de la communication, et non plus seulement la conciliation, est l'objectif général de la médiation, le médiateur doit développer ses compétences et ses connaissances sur l'humain et la dynamique des relations inter-individuelles;

– technique, enfin, au sens où on ne peut qu'exiger du médiateur qu'il ait une connaissance et une expérience du champ spécifique dans lequel s'exerce la médiation : par exemple, qu'il ait une expérience de la gestion et de l'entreprise s'il s'agit de médiation sur des différends entre employeurs et salariés ou entre clients et fournisseurs, ou une expérience dans le champ de l'enfance et de la famille s'il s'agit de médiation familiale, etc.

Bibliographie

BEAUCHARD J. (1981a), *La dynamique conflictuelle*, Paris, Réseaux (nouv. éd. : Éres).

BEAUCHARD J. (éd.) (1981b), *Le tiers social*, Paris, Réseaux (nouv. éd. : Éres).

GUILLAUME-HOFNUNG M. (1995), *La Médiation*, Paris, PUF (Que sais-je?).

SCHMOLL P. (éd.) (1986), *Du divorce à la séparation. Problèmes juridiques, sociaux et psychologiques. Accompagnement des divorçants*, Strasbourg, Institut Européen de Psychologie (Nouvelle Revue de Psychologie, n° 6-7).

SCHMOLL P. (1990), L'avenir professionnel de la médiation, *Le Journal des Psychologues*, n° 80, pp. 40-42.

SIX J.-F. (1990), *Le temps des médiateurs*, Paris, Seuil.

SIX J.-F. (1995), *Dynamique de la médiation*, Paris, Desclée de Brouwer.