

# G E R I C O

2000 - n°12

## **ACCÈS AU DROIT ET MÉDIATION**

Recherche subventionnée par le GIP  
"Mission de recherche Droit et Justice"

Jacques FAGET

## **Accès au droit et Médiation**

Jacques FAGET  
Chercheur au CNRS  
GERICO

Les politiques d'accès au droit, d'un côté, le développement de la médiation, de l'autre, ont été au coeur des débats juridico-judiciaires, tout au long de la dernière décennie. Mais ces deux dynamiques se sont dessinées parallèlement, portées par des forces sociales et des groupes d'intérêts distincts, du fait de préoccupations différentes.

La dynamique de développement de l'accès au droit a connu, tout au moins sur le plan des principes, une avancée à compter de la loi du 10 juillet 1991. La dynamique de l'essor des médiations judiciaires, pénales et civiles et non judiciaires, sociales, scolaires... est à peu de choses près concomitante. Ces deux dynamiques en viennent aujourd'hui à se rencontrer du fait de l'extension par la loi du 18 décembre 1998 de la notion d'accès au droit aux procédures non juridictionnelles.

Mais l'articulation entre accès au droit et médiation et plus largement tous les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) n'a pas été véritablement pensée. L'objectif inédit de cette recherche est de combler un peu cette lacune.

### **1. L'articulation au péril de la confusion des termes**

Penser l'articulation entre accès au droit et médiation suppose que chacun soit d'accord sur le sens de ces expressions. Or tel n'est pas le cas. Les représentations de l'accès au droit sont encore arrimées à une vision juridico-judiciaire de son contenu. Or les besoins de la paix sociale imposent aujourd'hui de penser ce terme non plus comme un accès aux tribunaux ou aux professions juridiques mais comme un accès à la citoyenneté. Les représentations de la médiation sont extrêmement confuses dans le milieu judiciaire ou nombre d'acteurs confond allègrement rappel à la loi, réparation et médiation, dans le champ social où poussent de pseudo-médiateurs chargés de fonctions peu définies de communication et de sécurisation.

## II. L'articulation au péril de la raison juridique

La souplesse que la médiation apporte dans l'éventail des modes de résolution des conflits n'est pas sans risque. Elle peut dans certains cas se développer au mépris de la protection des droits fondamentaux de la personne. Il faut donc en accompagner la mise en oeuvre d'un certain nombre de garanties.

Mais soumettre la médiation à des rationalités juridiques et judiciaires lui ôterait tout son sens. Car la philosophie de la médiation est de substituer au "prêt à porter juridique" une régulation "sur mesure" dans laquelle le sujet est son propre législateur. Le droit, hormis le cas où les nécessités de l'ordre public ne le permet pas, doit s'effacer devant l'expression de la volonté individuelle et n'a qu'une fonction supplétive. Il ne serait donc pas opportun d'enserrer les médiations dans une réglementation stricte qui en saperait la souplesse et en ferait des lieux supplémentaires de contentieux quand l'objectif est justement de sortir de cette logique-là. Il est préférable d'envisager le développement de moyens préventifs en posant les conditions d'un mariage harmonieux entre l'éthique et le droit.

Ce mariage doit être aménagé sur trois dimensions. La première concerne le respect de la dimension consensuelle de la médiation tant dans l'acceptation du processus et l'existence d'un consentement libre et éclairé, que dans celui de l'accord de médiation dont la nature juridique et la validité restent à cerner. La deuxième dimension de l'articulation est celle de la confiance. Il faut définir la portée du secret dont les pratiques de médiation doivent s'entourer tant vis-à-vis des tiers que par rapport au magistrat mandant et à l'institution judiciaire. Enfin la troisième dimension fait référence au contradictoire même si le sens traditionnel de cette expression est le plus souvent accolé au fonctionnement judiciaire traditionnel. Le principe de la présomption d'innocence en matière pénale doit être réaffirmé ainsi que les exigences d'équité, de délai raisonnable ou encore celles tirées de la règle non bis idem. La question des droits de la défense doit être posée par rapport à la posture et à la pratique du médiateur, y compris lorsque celui-ci est par ailleurs avocat.

Mais ces moyens préventifs ne passent pas seulement par l'intensification d'une vigilance juridique. Le premier d'entre eux consiste à exiger des médiateurs le suivi d'une formation spécifique véritable au coeur de laquelle les questions d'éthique sont essentielles. Cette formation doit être sélective pour éviter les phénomènes de cooptation judiciaire. Le second moyen consiste à rendre obligatoire la supervision des pratiques par des spécialistes de la médiation extérieurs à la structure dont dépendent les médiateurs. Et il en existe bien d'autres...

### III. L'articulation au péril de la raison pratique

L'observation des expériences de Marseille (antennes juridiques et de médiation) et de Pessac (Plate-forme de services publics et médiation citoyenne) montre que la problématique de l'articulation entre l'accès au droit et la médiation dépend grandement des possibilités structurelles locales, du climat institutionnel et politique, de l'existence de configurations d'acteurs ayant des intérêts communs et en capacité de créer entre eux un langage commun. Les deux dispositifs sont très différents, le premier initié et porté par la convergence militante d'acteurs judiciaires, magistrats et barreau, intégré dans les actions de la politique de la ville et irrigué de participation citoyenne, le second, à l'écart du monde judiciaire, mûri d'abord par les élus et les acteurs de la politique de la ville et répondant au double souci de modernisation des services publics et de participation des habitants. Deux modèles d'action donc, qui ont chacun leurs avantages et leurs limites mais qui ne sont pas directement exportables tant ils s'appuient sur des histoires et des configurations d'acteurs particulières.

Cette raison pratique qui commande la conception et la pérennisation des expériences locales, préside aussi à l'orientation des conflits vers la scène judiciaire ou la scène de médiation. Car il n'existe pas en France de culture de médiation. La plupart des médiations qui sont pratiquées ne le sont pas du fait de la volonté spontanée des personnes qui en ignorent le plus souvent l'existence mais à la suite d'une orientation qui peut être proposée soit par le magistrat du parquet en matière pénale, soit en toutes autres matières par un consultant juridique dans un point d'accès au droit, un avocat, ou toute autre personne ou groupe ayant une fonction d'aiguillage des demandes sociales ou juridiques. L'approvisionnement des instances de médiation est donc pour l'essentiel dépendant de ces différents renvois.

Qu'est-ce qui fonde à proposer une décision d'orientation vers la médiation? Poser la question des critères d'orientation c'est d'abord poser celle des représentations qu'ont les différents acteurs de la médiation. Or force est de constater que la plus grande confusion règne en la matière. Il faut donc considérer que l'orientation s'organise dans un contexte de rationalité très limitée. Différents ingrédients se combinent de manière relativement aléatoire dans le processus de production de la décision. Les raisons politiques qui conduisent l'Etat et ses représentants à n'intervenir que parcimonieusement dans les affaires privées, la disqualification de l'intervention judiciaire pour la régulation de certains conflits induisent le choix de la scène de médiation. Des critères éthiques comme l'ensemble des facteurs susceptibles d'altérer la volonté des personnes, la nécessité de dire le droit à des fins de pédagogie sociale ou pour la reconnaissance des

droits des plus faibles, recommandent à l'inverse le choix de la scène judiciaire.

---

Médiation et accès au droit n'apparaissent en définitive compatibles qu'à deux conditions:

- \* que la médiation soit purifiée de ses imitations autoritaires et s'organise autour de principes éthiques intangibles

- \* que l'accès au droit soit compris de manière extensive comme un accès à la citoyenneté et non pas au savoir juridique et à ceux qui le détiennent.

Ainsi scène judiciaire et scène de médiation garderont leurs vertus spécifiques qu'une stratégie de métissage déformalisant le droit ou ancillarissant la médiation à la logique juridique anesthésierait. C'est sur cet impératif de distinction qu'il faut penser l'articulation et la complémentarité de l'accès au droit et de la médiation.

**Mission de recherche Droit et Justice**

**GERICO**

**ACCES AU DROIT**

**et**

**MEDIATION**

**Jacques FAGET**  
**Chercheur au CNRS**

## Plan

<b><u>Introduction:</u></b>	Problématique	p. 5
	Hypothèse	p. 8
	Méthodologie	p. 8
<b><u>Chapitre 1. Les dynamiques de l'accès au droit et de la médiation</u></b>		<b>p.11</b>
<b>I. L'accès au droit</b>		<b>p.11</b>
	A. Le besoin de droit	p.12
	B. Les différentes conceptions de l'accès au droit	p.14
	1. Une aide juridictionnelle	p.14
	2. Une aide juridique	p.16
	3. Un accès à la citoyenneté	p.19
<b>II. La médiation</b>		<b>p.21</b>
	A. Les usages sociaux de la médiation	p.21
	B. Le cadre éthique de la médiation	p.22
	C. Les antinomies entre droit et médiation	p.25
<b><u>Chapitre 2. L'articulation juridique entre accès au droit et médiation</u></b>		<b>p.29</b>
<b>I. La dimension consensuelle de la médiation</b>		<b>p.29</b>
	A. L'acceptation de la médiation	p.29
	1. Un consentement bilatéral	p.30
	a. le consentement du demandeur	p.30
	b. Le consentement du mis en cause et la question pénale de la reconnaissance des faits	p.30
	2. Un consentement libre	p.33
	a. les vices du consentement	p.35
	b. l'injonction de médiation	p.36
	3. Un consentement éclairé	p.39
	a. l'information sur les droits	p.39
	b. l'information sur le processus de médiation	p.41
	B. L'acceptation de l'accord de médiation	p.44
	1. Les modalités d'acceptation de l'accord	p.44
	2. La nature juridique de l'accord de médiation	p.45
	3. La validité de l'accord de médiation	p.48
<b>II. La dimension confidentielle de la médiation</b>		<b>p.50</b>
	A. La dimension interpersonnelle de la confiance	p.50
	B. La dimension institutionnelle de la confiance	p.51

<b>III. La dimension contradictoire de la médiation</b>	<b>p.53</b>
A. La posture du médiateur	p.54
1. L'impartialité du médiateur	p.55
2. L'indépendance du médiateur	p.57
B. Le droit à l'assistance d'un avocat	p.60
1. La présence d'un avocat dans la médiation	p.60
2. La possibilité pour un avocat d'être médiateur	p.62
C. Le caractère équitable du processus	p.64
D. L'exigence d'un délai raisonnable	p.67
E. La règle non bis idem	p.68
<b><u>Chapitre 3. L'articulation pratique entre accès au droit et médiation</u></b>	<b>p. 69</b>
<b>I. Les modalités de l'articulation entre accès au droit et médiation</b>	<b>p. 72</b>
A. Les antennes juridiques et de médiation de Marseille	p. 72
1. les principes de fonctionnement	p. 72
2. l'activité du dispositif	p. 75
3. l'analyse critique du dispositif	p. 78
B. La plateforme de services publics de Pessac	p. 82
1. les principes de fonctionnement	p. 84
2. l'activité du dispositif	p. 86
3. l'analyse critique du dispositif	p. 88
<b>II. Les critères d'orientation vers le droit ou la médiation</b>	<b>p. 91</b>
A. Les critères d'orientation des parquets en médiation pénale	p. 93
1. Les représentations de ces critères	p. 93
a. du point de vue des prescripteurs	p. 93
b. du point de vue des médiateurs	p. 95
2. Les critères d'orientation d'après l'analyse des dossiers pénaux	p. 96
B. Les critères d'orientation "tous terrains"	p. 98
1. les critères politiques	p. 98
2. les critères institutionnels	p.100
3. les critères éthiques	p.101
4. les critères juridiques	p.102
<b>Conclusion</b>	<b>p.104</b>

## Objet d'étude

Les politiques d'accès au droit, d'un côté, le développement de la médiation, de l'autre, ont été au coeur des débats juridico-judiciaires, tout au long de la dernière décennie. Mais ces deux dynamiques se sont dessinées parallèlement, portées par des forces sociales et des groupes d'intérêts distincts, du fait de préoccupations différentes.

La dynamique de développement de l'accès au droit a connu, tout au moins sur le plan des principes, une avancée considérable avec la loi du 10 juillet 1991 organisant des centres départementaux d'aide juridique (CDAJ)<sup>1</sup>. Mais l'accès au droit y étant trop exclusivement conçu comme un accès à la justice au lieu d'être considéré comme un "droit au droit", les porteurs de la loi du 18 décembre 1998 lièrent plus explicitement l'accès au droit à la résolution amiable des conflits<sup>2</sup>. Ils rebaptisèrent d'ailleurs les CDAJ pour les nommer conseils départementaux de l'accès au droit (CDAD).

La dynamique de l'essor des médiations est à peu de choses près concomitante. La médiation pénale expérimentée depuis 1983 fit l'objet d'une institutionnalisation par son intégration dans l'article 41 du code de procédure pénale<sup>3</sup>. Après quelques polémiques, la médiation civile fut également consacrée<sup>4</sup> par la loi du 8 février 1995. Enfin de multiples formes de médiation non judiciaires, sociales, citoyennes, scolaires... firent leur apparition dans le paysage des modes contemporains de régulation des conflits.

Ces deux dynamiques en viennent aujourd'hui à se rencontrer du fait de l'extension par la loi du 18 décembre 1998 de la notion d'accès au droit aux procédures non juridictionnelles. Mais l'articulation entre accès au droit et médiation et plus largement tous les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) n'a pas été véritablement pensée. L'objectif de cette recherche est de combler cette lacune en se focalisant donc sur la conjonction de coordination ET qui relie les deux termes du sujet.

---

<sup>1</sup> Loi n°91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, *J.O.*, 13 juillet 1991, 9170, complétée par une circulaire du 12 mars 1992 relative à l'aide à l'accès au droit, *J.O.*, 8 avril 1992, 5201.

<sup>2</sup> Loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits

<sup>3</sup> Note d'orientation sur la médiation en matière pénale. Ministère de la Justice, 2 octobre 1992 et loi du 4 janvier 1993

<sup>4</sup> Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative

## Problématique

Les deux mouvements de développement de l'accès au droit et de la médiation ne correspondent pas à une même politique et ne sont donc pas en cohérence car si la loi de 91 (puis dans une moindre mesure celle de 1998) est essentiellement l'aboutissement d'une action menée par les lobbies judiciaires<sup>5</sup>, le développement des médiations est plutôt l'aboutissement d'un combat social pour remédier à la crise des mécanismes traditionnels de régulation des conflits<sup>6</sup>. On peut même considérer a priori que ces mouvements sont contradictoires. Tandis que la loi de 91 crée les conditions d'un accroissement du contentieux judiciaire en développant, en même temps que l'accès au droit, l'accès à la justice et en augmentant l'emprise des professions judiciaires sur le marché de la consultation juridique, les médiations tentent à l'inverse de promouvoir une nouvelle culture, une nouvelle philosophie de la régulation des conflits<sup>7</sup> se situant de préférence à l'écart des institutions et d'un jeu judiciaire considéré le plus souvent comme un jeu à somme nulle pour rendre aux citoyens la responsabilité de la résolution de leurs conflits. Les termes de la loi de décembre 1998 ne font qu'ajouter à la confusion quand ils dénoncent une conception trop institutionnelle de l'accès au droit par les CDAJ et mettent en oeuvre dans le même temps l'intervention rémunérée de l'avocat au cours de la médiation pénale.

Il est vrai que le développement des médiations peut paraître paradoxal. C'est au moment où la demande institutionnelle de justice est la plus puissante que l'on propose des solutions de désinstitutionnalisation de la gestion des conflits, c'est au moment où la demande de droit est la plus forte que l'on veut développer les solutions de diversion. Paradoxe encore quand, dans le grand maelström de la crise des référents traditionnels, le droit et la justice prennent la dimension de méta-raisons: idéologie des droits de l'homme, des droits des jeunes, "république des juges" contre les abus du libéralisme économique. Face à cette soif d'absolu que propose-t'on? Des régulations sans droit et sans juge!

Bien évidemment les professions judiciaires n'ont pas manqué de mettre en relief cette contradiction et les dangers de la démultiplication d'une "sous-justice". Les arguments soulevés, tantôt de nature idéologique, tantôt plus juridiques, ne manquent pas de pertinence même si leurs motivations ne sont pas dénuées d'intérêts marchands.

---

<sup>5</sup> FAGET, op.cit.

<sup>6</sup> FAGET J. *La médiation. Essai de politique pénale*. Toulouse, Erès, 1997.

<sup>7</sup> *Ibid*

Les avocats les plus radicaux se retrouvent dans les propos de Louis Assier Andrieu qui voit dans le développement des modes alternatifs de règlement des litiges un moyen de fermer la porte des prétoires à des franges entières de la population, rendant inapplicables au quotidien les droits civiques des minorités en orchestrant la dévolution de ces causes à des organes pour qui la recherche du consensus tient lieu de raisonnement juridique. Ces instances développeraient en effet une "rhétorique du cautionnement et de la négation des conflits"<sup>8</sup>. La fonction politique des justices alternatives se révélerait dans le fait qu'elles "refroidissent les conflits au lieu de déterminer qui est dans son bon droit. Elles atomisent les différends en focalisant à l'extrême sur le particulier"<sup>9</sup>. S'exerçant à l'abri du regard public elles ramèneraient dans le secret de la sphère privée, des contentieux nécessitant un combat social<sup>10</sup>.

Les critiques de nature juridique se sont d'abord focalisées sur l'extension considérable de la fonction juridictionnelle des parquets par le développement de la "troisième voie". Cette évolution qui déséquilibre tout le fonctionnement du système judiciaire crée un *no man's land* juridique<sup>11</sup>. La médiation pénale en constitue un indicateur important. Sont notamment fustigés, l'absence de critère de sélection des dossiers de médiation, le jeu incontrôlable créé par l'application en la matière du principe d'opportunité des poursuites, le fait que malgré l'aveu de sa culpabilité le citoyen se trouve sans aucune garantie, comme par exemple l'accès au dossier, face à un délégué de la puissance publique, le risque d'une utilisation des informations pouvant être recueillies pendant la médiation, celui d'une pénalisation des auteurs lorsqu'ils ont refusé de donner leur accord à la mesure de médiation.

Enfin sur un registre plus général les juristes mais également les travailleurs sociaux et certains élus s'inquiètent de l'éclosion et de la diffusion des programmes de médiation sociale ou citoyenne. Ils réveillent chez eux la hantise de voir, comme les cèpes, pousser sous les chênes une génération de Saint Louis se souciant peu de légalisme et s'attribuant des pouvoirs que seuls des représentants qualifiés de la puissance étatique sont à même d'exercer.

---

<sup>8</sup> ASSIER ANDRIEU, op.cit.

<sup>9</sup> HOFRICHTER R, *Neighborhood justice in capitalist society; the expansion of the informal state*, New York, Greenwood, 1987.

<sup>10</sup> DIGNEFFE F., PARENT C., La médiation face aux situations de violence contre les conjointes: quelques éléments à verser au débat, *Politique, police et justice au bord du futur*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 153-169.

<sup>11</sup> HADIDI F., Les enjeux de la médiation pénale pour l'avocat, *La médiation pénale: entre répression et réparation*, Paris, L'Harmattan, 1997, 127-134.

Tous ces arguments montrent la difficulté qu'il y a à articuler le développement de la médiation et celui de l'accès au droit. On peut cependant y répondre en arguant que l'usage de la médiation tant au plan institutionnel que social montre qu'elle participe d'un processus de juridicisation.

Lorsque les parquets décident d'envoyer en médiation des cohortes d'affaires qu'ils traitaient précédemment par le classement sans suite ils donnent la chance d'un accès au droit à des victimes autrefois négligées, paradoxalement aussi à des auteurs renvoyés à leurs responsabilités et mis en position de les exercer bien plus sûrement que dans l'impunité dont ils bénéficiaient. Cela d'autant que les statuts d'auteurs et de victimes (il est plus objectif de parler de plaignant et de mis en cause tant sont imbriqués, dans de nombreuses affaires, les raisons et les torts) doivent être souvent relativisés.

Juridicisation encore quand la médiation civile donne la chance à des personnes le plus souvent "objets de droit" dans un processus judiciaire vertical qui confisque leur parole et ne permet pas l'expression des sentiments, de participer activement à la recherche d'une solution à leur problème, devenant par là-même "sujets de droit".

Juridicisation quand les instances de médiation citoyenne offrent un moyen de ne pas laisser s'envenimer une multitude de petits conflits de la vie quotidienne qui ne méritent pas un traitement institutionnel et détériorent pourtant gravement le climat social.

Juridicisation toujours dans la manière dont sont utilisées par de nombreux médiateurs les figures du droit pour mener à bien leur action, accord préalable des personnes faisant souvent l'objet d'un engagement écrit, acceptation formalisée des règles du jeu de la médiation, toute puissance des notions de responsabilité et de contrat tant dans l'explicitation du passé que dans la préparation du futur, formalisation des accords.

Juridicisation enfin quand les médiateurs s'appuient, pour asseoir leur légitimité et structurer leur action, sur des principes éthiques et des codes et chartes de déontologie qui pour différer un peu de ceux que doivent respecter avocats et magistrats, s'inspirent d'un imaginaire juridique.

## Hypothèse

Malgré certains paradoxes, la médiation qu'elle se situe dans le champ judiciaire ou hors-champ institutionnel, concourt au développement de l'accès au droit. Cette complémentarité est parfois difficile à saisir car nous sommes en présence d'un système mixte qui ne se réfère pas toujours explicitement au droit pour fonctionner mais qui est en réalité largement juridicisé. Cette complémentarité est d'autant moins apparente que l'aiguillage des conflits vers la voie négociée ou contentieuse s'opère plus en fonction de bricolages conjoncturels qu'en relation avec une analyse de la pertinence des différentes voies et de leur adaptation aux types de conflits concernés.

## Méthodologie

Elle doit permettre de sonder toutes les articulations possibles entre les deux termes du sujet, de tester l'hypothèse de la complémentarité des modèles négociés et juridiques et celle du bricolage actuel des mécanismes du choix de ces modèles.

### 1. Approche théorique

Il s'agit de proposer, à partir des menaces que la médiation fait peser sur les droits des individus, un cadre juridique aux MARC.

J'exerce à ce niveau mon double regard d'ancien avocat, militant de l'accès au droit, et de chercheur, formateur et acteur de la médiation. La participation cette année à plusieurs débats, soit en tant qu'animateur, soit en tant que conférencier, mettant en présence des magistrats du parquet, des médiateurs et des avocats, la collaboration aux travaux sur l'accès au droit de la mission Droit et Ville d'Ile de France dirigée par Denis Moreau et de l'association Themis de Strasbourg, ont aiguisé ma réflexion sur les différentes logiques en présence. Je viens d'autre part de terminer deux recherches, l'une qualitative<sup>12</sup>, l'autre quantitative<sup>13</sup>, sur la médiation pénale, qui m'ont donné une excellente connaissance des idéologies professionnelles à l'oeuvre.

---

<sup>12</sup> *Les représentations de la médiation pénale dans le ressort de la Cour d'appel de Bordeaux*, Ministère de la justice/GERICO, 1999, n°9.

<sup>13</sup> *Evaluation nationale des pratiques de médiation pénale*, CLCJ/FNDVA/GERICO, 1999, n°11.

## 2. Approche pratique

Il m'est apparu indispensable d'observer in vivo les modes d'articulation de la médiation avec les pratiques d'accès au droit. Les demandes de médiation spontanées étant rarissimes du fait de la prégnance dans notre pays d'une culture du conflit, mon objectif était d'identifier les domaines dans lesquels les acteurs juridiques ou sociaux accordent leur préférence à une solution juridique (nécessité de dire le droit) ou à une solution négociée (possibilité de rechercher un accord), comment ils passent d'une demande juridique à une offre de médiation .

Pour ce faire j'ai dû procéder à un travail de prospection pour identifier des structures ayant organisé une interrelation entre ces deux activités. Ce travail m'a permis de découvrir ou de redécouvrir de nombreuses expériences d'accès au droit très intéressantes mais qui ne rentraient pas dans mon champ d'étude (le RASSADJ de Lille, Themis à Strasbourg, Droits d'Urgence et Passeport d'attache à Paris, les centres de droit des jeunes de Lille, Metz et Toulouse...). J'ai dû également éliminer les maisons de justice et du droit sur lesquelles je comptais m'appuyer. D'une part la plupart ne pratiquent que des classements sous condition et non pas des médiations, d'autre part si beaucoup d'entre elles ont développé aujourd'hui le volet accès au droit, qui était resté largement en retrait aux origines, je n'ai pu déceler aucun lien réel organisé entre ces deux activités.

J'ai finalement retenu deux expériences rentrant de plein pied dans mon objet d'étude, la plate-forme de services publics de Pessac et les antennes juridiques et de médiation (ASMAJ) de Marseille. Le programme Médiation dans la ville de Béziers semblait également y correspondre mais son identification tardive et les contraintes de la recherche ne m'ont pas permis de l'analyser.

### - La plate-forme de services publics de Pessac:

Cette plate-forme, bien que généraliste, a pour originalité de mettre l'accent sur la thématique des droits, développement de l'accès au droit par l'organisation de permanences d'informations juridiques et d'activités de médiation. L'association Info-droits a pour mission de diffuser une information juridique de proximité. Une expérience de médiation citoyenne créée par le conseil communal de prévention de la délinquance (CCPD) de Pessac dans le sein de la plate-forme assure le volet médiation. Mon travail de terrain sous la forme d'une observation participante du type recherche-action a débuté en même temps que le lancement de l'instance de médiation en février 1999. Il s'est poursuivi tout au long de l'expérience du fait de ma position de membre du comité de pilotage et de président de l'association qui assure la supervision de l'activité.

- Les antennes juridiques et de médiation de Marseille (11 pour Marseille plus La Ciotat et Aubagne) ont pour objectif de favoriser l'accès au droit des personnes en difficulté et aussi de résoudre par la médiation les conflits dont elles ont connaissance. Elles présentent l'originalité de proposer des consultations juridiques assurées par un avocat, un médiateur et une assistante sociale qui par le croisement de leurs regards tentent d'identifier la meilleure voie de traitement du conflit qui leur est soumis. Ces antennes ont fait l'objet d'une formation à la médiation à laquelle j'ai participé durant le dernier trimestre 1998. J'ai ensuite procédé in situ à une observation désengagée sur 3 points d'accès au droit et réalisé une demi-douzaine d'entretiens individuels ou collectifs.

# **Chapitre 1**

## **Les dynamiques de l'accès au droit et de la médiation**

Il ne s'agira pas ici de faire un historique complet de ces deux dynamiques mais de donner des outils de compréhension des notions qu'elles recouvrent. Car on ne peut évidemment travailler sur leur articulation sans prendre en compte les glissements de sens dont elles ont fait l'objet et qui alimentent parfois une certaine confusion dans leur approche, et sans mettre en lumière le caractère contradictoire de leur rencontre. Car si l'accès au droit recouvre en même temps la capacité à rendre effective des règles juridiques écrites mais aussi à conquérir des droits nouveaux, la médiation, elle, se situe en dehors du champ juridique pour reposer sur une éthique et une compétence.

### **I. L'accès au droit**

La notion d'accès au droit n'a pour l'instant pas fait l'objet de recherches spécifiques, malgré un début de conceptualisation méritoire<sup>1</sup>. C'est en effet une notion nouvelle. On a pendant longtemps plus volontiers parlé d'accès à la justice que d'accès au droit<sup>2</sup>. Il faut y voir la prégnance d'une vision institutionnelle. C'est toujours au palais de justice, au tribunal et au procès que s'arriment les représentations de l'accès à la justice, qui recouvre aussi bien la possibilité de saisir l'institution judiciaire que l'amélioration du règlement des litiges et des transactions en dehors des cours et des tribunaux<sup>3</sup>, comme celles de l'accès au droit.

Ces représentations longtemps dominantes sont actuellement en train de se transformer du fait des évolutions socio-économiques qui font émerger l'expression d'un besoin de droit inédit.

---

<sup>1</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *Accès au droit et Etat-Providence*, Economica, 1984.

<sup>2</sup> Voir le titre du *Que sais-je?* consacré à ce thème, RIALS, André, *L'accès à la justice*, PUF, *Que sais-je?*, 1993.

<sup>3</sup> BALATE, Eric, *Accès à la justice*, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Story-Scientia, 1988, 1ère édition.

## A. Le besoin de droit

Les recherches en ce domaine sont encore balbutiantes et il conviendrait d'appliquer une méthode d'évaluation rigoureuse pour mieux cerner l'ampleur et les caractéristiques de la demande sociale de droit. Les demandes sont présentées devant une multitude de structures qui vont du cabinet de l'avocat à l'association de quartier en passant par la police et diverses consultations juridiques corporatives, administratives ou associatives. Elles sont rarement construites, davantage formulées en terme d'insatisfaction, de révolte ou de crainte qu'en termes de catégories juridiques. Elles expriment presque toujours un désarroi, l'absence d'emprise sur la réalité quotidienne.

Ce besoin de droit corroboré par le succès actuel de la notion d'accès au droit n'a que peu à voir avec les logiques internes des institutions et des professions dont la fonction sociale est de connaître le droit, de le mettre en oeuvre et de l'appliquer mais plutôt avec les métamorphoses de la régulation politique<sup>4</sup>. Il s'inscrit dans un processus général de juridicisation de la société dont les causes sont multiples et agissent cumulativement depuis une dizaine d'années.

La première raison qui vient à l'esprit est la multiplication des opportunités de conflit du fait du développement des communications, des échanges sociaux, de la croissance du nombre de biens en circulation. Les recompositions de l'économie provoquent d'autre part, avec la rupture du pacte social égalitaire, des situations de précarité et d'inégalités sociales qui alimentent un besoin objectif de droit pour les populations les plus vulnérables.

La seconde raison tient à l'érosion des modes traditionnels de régulation des conflits. Ainsi la précarisation du modèle familial, crée mécaniquement une inflation spécifique de demandes de droit, ainsi la désagrégation des liens sociaux traditionnels qui permettaient une régulation endogène des conflits explique que leur résolution soit placée d'entrée de jeu sur le terrain des institutions au lieu d'y aboutir en dernier recours. Par exemple au plan pénal, la plainte devant un policier ou un gendarme peut être analysée comme un mode de communication entre des personnes incapables d'entrer autrement en relation.

La crise des idéologies, de la religion, l'effondrement de la culture ouvrière, de la conscience de classe, qui fournissaient chacune à leur façon une grille de lecture de la vie en société, qui donnaient sens à

---

<sup>4</sup> Jacques COMMAILLE, Bruno JOBERT (sous la dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 1999.

l'incohérence, à la souffrance et aux positions de domination et de soumission, qui organisaient une solidarité entre tous ceux qui s'en réclamaient nourrissent une demande de sens. La béance actuelle de ces méta-raisons précipite les individus dans la recherche de nouveaux universaux. La croyance en la justice semble profiter de l'essoufflement des anciens idéaux. Attachement aux droits de l'homme, des minorités, âge d'or de l'éthique, ne les remplacent pas mais sont de nature à renforcer le vivre ensemble. Ces nouvelles morales "juridiques" compenseraient la dilution des systèmes de référence traditionnels. La revendication de droits et l'aspiration à la justice réintroduiraient de la transcendance quand n'existe plus de principe d'explication du monde. Derrière l'explosion des demandes de droit c'est une demande morale qui s'exprime, "la recherche d'un Autre de la démocratie", "l'attente d'une instance qui dise le bien et le mal et fixe l'injustice dans la mémoire collective", comme si le lieu symbolique de la démocratie émigrerait "silencieusement de l'État vers la justice"<sup>5</sup>.

Ce besoin de droit pourrait également trouver un soubassement dans l'émergence d'une "société de réparation généralisée"<sup>6</sup>. Dans ce type de société, dont le modèle américain est l'exemple le plus abouti, "la figure centrale de l'interaction sociale est celle de la victime d'autrui et non pas celle du citoyen". Cette victimisation désigne le penchant "du citoyen choyé du paradis capitaliste à se penser sur le modèle des peuples persécutés"<sup>7</sup>, à se considérer comme maudit, à se plaindre. Cet individualisme s'exprimerait à travers l'existence de deux logiques contradictoires, d'un côté la revendication infinie de droits et de l'autre la demande de protection, d'un côté une pulsion collective d'autonomie et de revendication, de l'autre une pulsion de dépendance fondée sur un "imaginaire de la victimisation qui a vite fait de se substituer à celui de la civilité et de la citoyenneté"<sup>8</sup>. Cette société "d'ayants-droits" immergée dans un processus d'assurantialisation de tous les risques sociaux abolirait le sens de la responsabilité personnelle au profit d'une responsabilité collective.

Les effets du combat social pour le droit ont également contribué à façonner ce besoin de droit. La dénonciation publique de l'arbitraire régnant dans les hôpitaux, les casernes et les prisons mobilisa d'abord les énergies. L'objectif principal fut alors de juridiciser ces zones emblématiques du non-droit. Puis ces engagements initiaux ont cédé la place à des stratégies de juridicisation d'espaces sociaux, banlieues, ghettos, où les rapports de force ont remplacé les rapports de droit.

---

<sup>5</sup> Antoine GARAPON, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996.

<sup>6</sup> Pierre ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale*, Paris, Seuil, 1995.

<sup>7</sup> Pascal BRUCKNER, *La tentation de l'innocence*, Paris, Grasset, 1995.

<sup>8</sup> Olivier MONGIN, Le code pénal, une dialectique de l'autonomie et de la norme, *Esprit*, juin 1994, p.156.

Corrélativement se construit sous les coups de boutoirs de militants souvent peu nombreux mais très actifs, un droit pour les étrangers, pour les femmes, pour les mineurs..., autant de minorités dont le statut juridique laissait grandement à désirer.

Enfin, l'ensemble des raisons précédemment évoquées, eut pour résultante la création d'un marché institutionnel du droit autrefois monopolisé par les professions juridiques et judiciaires. La situation concurrentielle entre les consultations traditionnelles des avocats, des notaires, des huissiers, les services juridiques gratuits qu'ils dispensent, les points d'accès au droit organisés par les services juridiques de proximité dans leurs locaux ou dans celui de communes, les consultations organisées par les entreprises, les administrations, les services socio-éducatifs, les associations de défense d'intérêts catégoriels divers, dédiées à la défense des victimes, des femmes, des locataires, des automobilistes, des consommateurs, des enfants, de l'environnement, etc.... contribue à créer puis à stimuler des besoins de droit. Toutes ces structures participent à un marché de l'accès au droit<sup>9</sup> dans la mesure où elles développent des stratégies de marketing pour "vendre" leur compétence ou leur spécificité d'intervention, perçoivent des rémunérations ou des subventions pour leur activité et représentent un bassin d'emploi pour un certain nombre de juristes ou d'intervenants sociaux.

## **B. Les différentes conceptions de l'accès au droit.**

Je considère qu'il existe actuellement trois façons de concevoir l'accès au droit, que je présenterai dans l'ordre de leur apparition chronologique. On notera que sa conception est, au fil du temps, de plus en plus extensive et englobante. Les deux premières acceptions font l'objet d'une consécration juridique tandis que la dernière reste encore à un niveau empirique.

### **1. Une aide juridictionnelle**

La première définition est restrictive. L'accès au droit est avant tout une aide juridictionnelle destinée à donner à tous, notamment les plus pauvres, la possibilité de saisir les tribunaux. C'est la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui dans son article 1 en pose le principe, "les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits". L'accès à la justice pour les plus pauvres ne relève plus de la charité mais devient un modèle de la vie en société. L'Empire par un décret du 14 décembre 1810 fera peser la charge de ce devoir de solidarité sur les avocats. Mais ce poids resta largement symbolique.

---

<sup>9</sup> Jacques FAGET, L'accès au droit: logiques de marché et enjeux sociaux, *Droit et société*, n°30/31, 1995, 367-378.

Il fallut attendre une loi du 22 janvier 1851 créant l'assistance judiciaire<sup>10</sup> pour donner une assise à cette dynamique. Les "indigents" de nationalité française pouvaient bénéficier gratuitement de l'assistance d'un avocat, lorsque leur demande apparaissait légitime et sérieuse, devant les juridictions civiles, les juges des référés, les tribunaux de commerce, les justices de paix, le Conseil d'Etat, les juridictions pénales pour les victimes, le Conseil de Prud'homme (à partir de 1907). Cet engagement permit aux barreaux de construire une rhétorique de la générosité, du sacrifice, une idéologie du don et du désintéressement, dont le but n'était pas seulement de justifier l'arbitraire économique qui présidait à leurs relations avec leurs clients mais aussi de gagner la confiance du public pour pouvoir résister à l'emprise de l'Etat et aux forces naissantes du marché<sup>11</sup>. Bien que les bureaux d'assistance judiciaire chargés d'apprécier les demandes n'aient été créés qu'en 1907, on nota environ 5000 demandes d'assistance prises en charge dès 1890<sup>12</sup>. Précision intéressante dans la perspective d'une analyse des modes alternatifs de règlement des conflits, le bureau d'assistance devait s'efforcer préalablement au procès d'obtenir un arrangement amiable sans dresser pour autant un procès-verbal de conciliation pour ne pas courir le risque de se substituer à la juridiction.

Malgré cette avancée, on considère généralement que c'est la doctrine anglo-saxonne qui développa de la manière la plus spectaculaire le mouvement *Access to justice*. Son instauration ne fut pas plus précoce, loin s'en faut, puisqu'on signale sa première apparition à New York en 1876, de la part d'une colonie allemande ayant pour but d'aider les immigrants nouvellement arrivés sur le territoire américain à faire face aux problèmes judiciaires qu'ils pouvaient rencontrer. Mais son champ d'application fut dans l'ensemble bien plus vaste. En 1950 en Grande Bretagne, près de 80% de la population pouvait prétendre à l'aide légale, et son mode d'organisation différait puisque reposant largement sur des fonds privés. Le modèle anglais s'exporta aux Pays-bas en 1957 puis aux Etats-Unis, au Canada, en Australie, en Nouvelle Zélande....

C'est une loi du 3 janvier 1972 qui permettra en France l'essor de l'aide judiciaire. Elle fut attribuée aux personnes physiques ou morales, de nationalité française ou étrangère vivant en France, dont les ressources étaient insuffisantes pour faire valoir leurs droits en justice. Bien qu'elle constituât un progrès par rapport au système antérieur, les avocats, il est

---

<sup>10</sup> André RIALS, *L'accès à la justice, Que sais-je?*, PUF, 1993.

<sup>11</sup> Lucien KARPIK, *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché*, Paris, Gallimard, 1995.

<sup>12</sup> *Ibid.* Ce chiffre n'augmenta guère puisque, hormis un pic à plus de 11.000 demandes acceptées en 1937, il était environ de 6700 au moment du vote de la loi de 1972 réformant celle de 1851. Il fallait y ajouter cette année là plus de 15000 commissions d'office accordées en matière pénale et confiées aux avocats stagiaires.

vrai de plus en plus nombreux, d'origine sociale plus modeste et moins ancrés dans des positions conservatrices que par le passé, dénonceront assez rapidement ses modalités d'application, le rétrécissement progressif du champ des bénéficiaires, la baisse relative du montant des indemnités de défense. La loi du 31 décembre 1982 consacrant le principe d'indemnisation des commissions d'office, les revalorisations successives d'indemnités, n'apaisèrent pas leur inquiétude. D'une part parce que ces indemnités ne suivaient pas l'élévation de l'indice du coût de la vie et d'autre part parce que les procédures de recouvrement des frais engagés restaient lentes et d'un maniement lourd.

Bien qu'ancienne cette représentation de l'accès au droit focalisée sur l'accès aux tribunaux hante encore l'imaginaire collectif des juristes. Elle a pour effet d'augmenter l'emprise judiciaire.

## 2. Une aide juridique

Cette deuxième définition est plus extensive. Le procès n'étant plus conçu comme le seul moyen de règlement des conflits ce modèle initial fut progressivement complété par celui de la *legal aid* qui se donne pour objectif de faciliter l'accès à l'information juridique. On entre alors dans l'accès au droit stricto sensu. Beaucoup de pays occidentaux l'adopteront progressivement suivant deux modalités, le *judicare system* s'appuyant sur des praticiens indépendants et le *staff system* reposant sur des bureaux publics de juristes salariés, les deux systèmes pouvant d'ailleurs se combiner (*combined system.*)<sup>13</sup>.

C'est donc une aide juridique qui conçoit l'accès au droit non seulement comme une aide juridictionnelle mais aussi comme un accès à l'information juridique, à la connaissance et à l'explication du droit en dehors de tout procès. La loi du 10 juillet 1991 en consacrera le principe<sup>14</sup>. Elle fut l'aboutissement d'un combat corporatiste<sup>15</sup> de la part des organisations d'avocats qui, de grèves en protestations, obtinrent que le premier ministre demandât en décembre 1989 à la section des études du Conseil d'État, une réflexion sur les problèmes nés de l'application de la loi de 1972. Menée sous la direction de Paul Bouchet, conseiller d'État mais surtout ancien bâtonnier de Lyon et militant de la première heure de l'accès au droit des plus démunis, elle aboutit à la publication en avril 1990 d'un rapport intitulé "L'aide juridique: pour un meilleur accès au droit et à la

---

<sup>13</sup> CAPPELLETTI, op. cit.

<sup>14</sup> Loi n°91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, *J.O.*, 13 juillet 1991, 9170, complétée par une circulaire du 12 mars 1992 relative à l'aide à l'accès au droit, *J.O.*, 8 avril 1992, 5201.

<sup>15</sup> Jacques FAGET, L'accès au droit: logiques de marché et enjeux sociaux, *Droit et société*, 1995, n°30-31.

justice"<sup>16</sup>. Répondant à l'inquiétude des avocats face à la paupérisation d'une partie du barreau mais aussi aux craintes liées au développement de pratiques juridiques alternatives à leur monopole<sup>17</sup>, la loi augmenta l'assiette des bénéficiaires potentiels de l'aide juridictionnelle et revalorisa sensiblement les prestations des avocats.

L'aspect novateur de la loi résidait dans les articles 53 et suivants. Faisant rupture avec les traditionnels services de consultations gratuites, elle prévit la possibilité d'une aide à la consultation juridique et à l'établissement des actes ainsi que l'assistance dans les procédures non juridictionnelles ou devant certaines commissions. Elle créa des conseils départementaux de l'aide juridique dont la charge fut d'évaluer les besoins d'accès au droit, de déterminer et de mettre en oeuvre une politique d'aide à l'accès au droit, d'en fixer les modalités de fonctionnement matériel et budgétaire, d'évaluer la qualité des services proposés. Une circulaire du 12 mars 1992 autorisa les CDAJ à conclure des conventions avec les centres communaux d'action sociale ou tout autre organisme public ou privé, associations ou syndicats.

En dépit de ces dispositions, cette loi ne permit pas une avancée majeure de l'accès au droit. Les CDAJ éprouveront bien des difficultés à voir le jour pour des raisons certainement budgétaires mais probablement aussi culturelles, l'indépendance de la profession s'accommodant mal d'un travail en concertation avec les magistrats, les autres professions juridiques, les élus ou d'éventuelles associations. Le service de l'information et de la communication du Ministère de la Justice faisait état en mars 1998 de 27 créations dont une bonne part n'avait pas une réelle effectivité. Les raisons les plus fréquemment évoquées pour expliquer leur échec sont la centralisation de leur procédure de création préjugant de la volonté des acteurs locaux de s'associer pour conduire une politique commune et d'y apporter un financement, la lourdeur de la structure associant un nombre trop important de membres des professions judiciaires peu mobilisés, le leadership écrasant de professions juridiques et judiciaires limitant le plus souvent l'accès au droit à l'organisation de permanences d'information préexistantes, l'absence de chefs de projet pour gérer et dynamiser la

---

<sup>16</sup> *L'aide juridique. Pour un meilleur accès au droit et à la justice*, Les études du Conseil d'État, section du rapport et des études, La documentation française, 1991.

<sup>17</sup> On peut citer de manière non exhaustive les associations, très nombreuses et difficiles à répertorier, de défense d'intérêts catégoriels divers, puis celles dédiées aux femmes, aux consommateurs, à l'environnement, aux victimes, aux enfants ainsi que le nombre conséquent de consultations données dans les mairies, les entreprises, les administrations, les services socio-éducatifs. Ces structures participent du marché de l'accès au droit dans la mesure où elles perçoivent pour cette activité des subventions et où elles représentent un petit bassin d'emploi pour des psychologues et des juristes, mais on ne saurait oublier qu'oeuvrent en leur sein de nombreux bénévoles ou militants dont les logiques d'action ne sont pas intéressées sinon par l'idéal qu'ils poursuivent ou la cause qu'ils défendent.

structure. Les CDAJ furent essentiellement des dispositifs de gestion de l'acquis et non pas les outils d'une impulsion nouvelle, de l'élaboration de projets ou de remise en cause des actions passées. L'accès au droit resta très lié à l'aide juridictionnelle comme le montra la progression considérable du nombre des bénéficiaires de l'aide juridictionnelle (de 300.000 environ en 1990 il passa à près de 700.000 en 1997).

La loi du 18 décembre 1998 tenta de remédier à ce délaissement de l'accès au droit en prévoyant la possibilité d'une rétribution de l'avocat pour les transactions précédant l'introduction d'une instance et en organisant son intervention rémunérée au cours de la garde à vue mais aussi en matière de médiation pénale. Elle affirma ainsi fortement le choix de l'évitement des tribunaux et opta pour une stratégie de gratification des avocats afin de dépasser les blocages dont ils étaient parfois la source. L'intitulé de cette loi reflète sa démarche générale puisqu'on passe de conseils départementaux d'aide juridique à des conseils départementaux d'accès au droit consacrés par une "loi relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits". Cette loi élargit sensiblement la définition de l'accès au droit puisqu'il comporte désormais:

- 1° l'information générale des personnes sur leurs droits et obligations ainsi que leur orientation vers les organismes chargés de la mise en oeuvre de ces droits;
- 2° l'aide dans l'accomplissement de toute démarche en vue de l'exercice d'un droit ou de l'exécution d'une obligation de nature juridique et l'assistance au cours des procédures non juridictionnelles;
- 3° la consultation en matière juridique;
- 4° l'assistance à la rédaction et à la conclusion des actes juridiques.

Malgré ces avancées, la loi de 1998 continua à privilégier une conception institutionnelle de l'accès au droit et à faire rimer accès au droit avec accès aux professionnels du droit. Certes la composition des conseils départementaux s'enrichit de la présence de plein droit d'une association (elle n'était que facultative dans la loi de 1991) mais cette révision ne fut que marginale car le projet de clause de parité entre les professions juridiques traditionnelles et les autres membres du conseil fut amendé par le Sénat rétablissant comme membres de droit la plupart des représentants des professions juridiques, commissaires-priseurs exceptés. D'autre part si la loi eut le souci d'établir un lien entre accès au droit et résolution amiable des conflits, elle n'assigna pas aux CDAD la mission de promouvoir les MARC (modes alternatifs de résolution des conflits). Enfin, le texte de 1998 ne s'articule pas avec la loi d'orientation du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions, ce qui lui aurait donné un caractère authentiquement novateur. L'idée de faire une loi unique paraissait en effet possible dans la mesure où ce sont parfois les mêmes associations qui sont chargés de mettre en oeuvre l'une ou l'autre loi avec l'objectif d'atteindre des populations très carencées souvent méconnues des services juridiques

traditionnels. Mais un tel choix aurait sans doute porté atteinte au leadership exercé par les professions juridiques sur le champ juridique et décentré vers l'action associative la politique d'accès au droit.

### 3. Un accès à la citoyenneté

La troisième acception de l'accès au droit se démarque des deux précédentes. Elle n'est pas conçue comme une aide mais comme un moyen et déborde par son propos le cadre de la justice et du droit technique pour couvrir l'ensemble des droits fondamentaux. C'est ainsi par exemple que l'article 1 de la loi d'orientation du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions évoque "l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux dans les domaines de l'emploi, du logement, de la protection de la santé, de la justice, de l'éducation, de la formation et de la culture, de la protection de la famille et de l'enfance". Il s'agit donc d'un accès aux différents droits qui régissent la vie en société.

Cette définition échappe au champ juridico-judiciaire pour concerner le niveau politique. Il est donc question d'un accès à la citoyenneté largement indépendant des logiques professionnelles. Cette dimension, pour être nouvelle, n'est pas de génération spontanée. On se demanda, dès les années 1970, si le problème de l'accès à la connaissance du droit n'était pas un faux problème dans la mesure où les populations les plus carencées sur les plans socio-économique et culturel ne pouvaient concevoir que leurs situations d'insatisfaction aient une expression juridique. Plus avant une dynamique intellectuelle social-démocrate se traduisit par la création en 1906, en Allemagne, de bureaux d'aide juridique gratuits animés par de simples citoyens avec l'aide d'agents de l'administration. Loin d'être des initiatives ponctuelles ces bureaux participaient d'un projet ambitieux baptisé Mouvement pour la paix par le droit<sup>18</sup>. Ce modèle baptisé plus tard modèle de la *social aid*, dont on vit l'apparition européenne dans l'action des *neighbourhood justice centers* anglais, reproche au modèle de la *legal aid* de ne répondre que mécaniquement à des besoins et d'assurer la reproduction de l'ordre établi sans jamais questionner la légitimité du droit ni permettre son appropriation par les populations. Les boutiques de droit françaises<sup>19</sup>, développèrent, à partir du milieu des années 70, la même philosophie. Elles se donneront pour objectifs de juridiciser les zones de

<sup>18</sup> BLANKENBURG Erhard, REIFNER Udo, Possibilité de transplanter d'un pays à l'autre les expériences touchant l'accès à la justice, in *Accès au droit et Etat-Providence*, op. cit.

<sup>19</sup> voir LASCOUMES Pierre, Consultations juridiques et boutiques de droit, une critique en actes du droit et de la justice, *Déviance et société*, 1978, vol.2, n°3, et *Actes*, n°21, 1979 et FAGET Jacques, les représentations sociales du non-droit, in *Le non-droit des jeunes*, Paris, Syros, 1995, pp. 93-102. L'impact des boutiques de droit ne sera sensible que dans les principales villes françaises. Elles ne dépasseront pas, au plus fort de leur vogue, une vingtaine. Seules celles de Lyon continuent de porter encore ce nom de baptême.

non-droit (hôpitaux, casernes, prisons ou écoles), d'apporter aux minorités ou aux populations vivant dans des quartiers pauvres une information critique et stratégique sur le droit, de collectiviser les approches et les actions en justice et de rechercher des modes déjuridicisés de résolution des conflits, considérés comme créateurs de lien social.

Dans cette optique l'accès au droit n'est pas seulement statique (un ensemble de textes culturellement et politiquement définis qu'il faut faire connaître ou comprendre) mais aussi dynamique. Il est conçu comme le moyen d'accéder à un statut de sujet de droit. Le citoyen n'est pas un simple consommateur de droit mais un acteur et un promoteur de droit. N'oublions pas que la plus grande part de la régulation des conflits sociaux échappe aux tribunaux ou aux "hommes de loi". Les individus ne font pas seulement l'expérience du droit quand ils ont recours aux juristes. À côté d'un droit officiel, codifié, qui fait autorité, qui assure la permanence du lien social (principe d'ordre), existe un droit spontané, appelé "vulgaire", dont la fonction est d'adapter les exigences normatives aux problématiques culturelles ou techniques locales, de reconstruire le lien social (principe de désordre transitoire).

Enfin les effets de ce que l'on appelle la fracture sociale imposent de penser autrement la distribution du droit et la juridicisation des espaces de dislocation culturelle. Des promoteurs juridiques constatant que les plus démunis éprouvent une grande méfiance vis-à-vis du droit et se résignent à ne pas avoir de droits s'efforcent de favoriser un changement d'attitude de leur part. Le propos des divers programmes d'action que l'on rencontre le plus souvent dans les pays du tiers-monde et particulièrement en Amérique du Sud<sup>20</sup> est souvent de former des promoteurs juridiques populaires (para-juristes) dont le rôle est de favoriser le changement d'attitude des plus démunis quant à leurs droits, de renforcer leur organisation, de leur permettre de développer des stratégies d'utilisation, de neutralisation ou de production du droit. Ainsi le programme Chultak ("celui qui accompagne" en langue tzotzil) dans l'Etat de Chiapas au Mexique, où la concentration d'indigènes vivant dans une extrême pauvreté est très forte, vise, à partir d'activités de conseil juridique, à former des avocats populaires et à favoriser l'élaboration de projets productifs et de commercialisation. L'organisation UCIZONI (*union de comunidades indigenas de la zona norte del istmo*) mène ses activités dans l'isthme de Tehuantepec où vivent 124 communautés indigènes. Elle travaille pour le respect des droits de la population indigène victime de nombreuses violences ayant pour but de l'expulser de ses terres. Cette population ignorant ses droits, ne parlant pas l'espagnol et n'ayant pas les moyens financiers d'ouvrir une procédure,

---

<sup>20</sup> Sur ce point consulter le remarquable travail accompli par l'association Juristes-Solidarités dans les trois tomes consacrés aux *Pratiques du droit, productions du droit: initiatives populaires*. Editions Charles Léopold Mayer, Paris, n°117, 1999 (pour le tome III)

l'organisation s'efforce de former des indigènes et d'offrir à la communauté un appui juridique constant. On peut aussi citer des initiatives populaires qui se proposent au Brésil de juridiciser l'urbanisation des *favelas* (cadastre, normes de construction), de défendre les petits paysans face aux grands possédants, de lutter contre l'assassinat des enfants des rues. Dans le contexte de décomposition de l'Etat péruvien se sont développées de véritables ordres juridiques autonomes qui portent le nom de *rondas*. Certains ont pour objectif de protéger les paysans contre le vol organisé du bétail et s'attribuent le pouvoir de sanctionner les coupables en recherchant leur réinsertion. D'autres se préoccupent de prévenir toute forme de violence ou de délinquance dans la communauté et mettent en place diverses instances de conciliation<sup>21</sup>. Les normes mises en oeuvre n'ont pas une valeur instrumentale par le seul fait de leur adéquation à des besoins concrets, elles reflètent aussi les valeurs des populations concernées. Si bien qu'elles bénéficient d'une légitimité très forte qui ne dépend pas de facteurs verticaux mais de l'amplitude et de la qualité du consensus qui rassemble leurs producteurs/usagers.

Ces services juridiques alternatifs construits le plus souvent sous des régimes oppressifs du tiers monde considèrent que l'enjeu de l'accès au droit est la construction ou la consolidation de l'édifice démocratique. Mais ces initiatives au parfum exotique peuvent aisément être transposées dans le contexte européen. Ces promoteurs peuvent utilement permettre la juridicisation des espaces de désolation sociale pour assurer aux plus démunis l'exercice minimal de leur citoyenneté. Il existe d'ailleurs dans le cadre du dispositif emploi-jeunes des postes de relais d'accès au droit qui ont, peu ou prou, cette fonction. On pourrait imaginer leur action vis-à-vis d'espaces institutionnels de non-droit, pour juridiciser les établissements pénitentiaires, scolaires, militaires et pour faciliter les relations des usagers avec des administrations si routinières et bureaucratisées que leur fonctionnement quotidien porte inconsciemment atteinte aux droits et au respect des personnes.

## **II. La médiation**

On désigne souvent par cette expression tous les modes de régulation non institutionnels des conflits. Mais ce critère est insuffisant et tous les apaiseurs ne font pas de la médiation. Pour clarifier le débat il convient donc de classer les usages sociaux du terme médiation, d'en voir le cadre éthique pour enfin aborder la question des antinomies entre droit et médiation.

### **A. Les usages sociaux du terme médiation**

La multiplicité des usages sociaux du terme médiation rend malaisée une vision claire de sa nature, de ses modalités et de ses enjeux. Tout a

commencé en France par le Médiateur de la République créé en 1978. Puis l'importation des expériences québécoises favorisa l'éclosion du vocable médiation concomitamment en matière de gestion des conflits familiaux puis en matière pénale. Si l'institutionnalisation de la médiation pénale intervint en 1993 après une décennie de pratiques prétorienne, il fallut attendre une loi de 1995 pour voir consacrée la possibilité d'organiser des médiations en matière civile. A côté de ces modèles judiciaires, on vit éclore récemment, notamment à partir de 1997 dans le cadre du dispositif pour l'emploi des jeunes, des dispositifs de médiation au service des bailleurs sociaux, des organismes de transport, des collectivités locales, des établissements scolaires, des associations.... En réalité sous le vocable de médiation se développent des pratiques dont les référentiels sont multiples et que l'on peut schématiquement regrouper en trois catégories:

- référentiel du conflit:

La médiation est un moyen de réguler, de solutionner ou d'apaiser les conflits. Le médiateur catalyse un processus de communication entre des opposants et les aide à trouver une issue à leur conflit.

- référentiel de communication:

Le médiateur est un *go between*, un passeur, un traducteur, un facilitateur, un animateur. Il s'efforce, en dehors de tout cadre conflictuel, de mettre en communication des personnes, des personnes et des institutions ou des institutions entre elles.

- référentiel de sécurité:

Le médiateur "bouclier" ou informateur est mandaté par une institution pour en faciliter ou en améliorer les prestations. Il assure une fonction de maintenance.

Toutes ces postures ne sont pas équivalentes et certaines usurpent le qualificatif de médiation dont elles se recommandent. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler la façon dont l'ensemble de la doctrine, construite progressivement au fil des expériences capitalisées depuis une trentaine d'années en Amérique du Nord et une vingtaine d'années en France, définit la médiation.

## **B. le cadre éthique de la médiation**

Pour dégrossir ce "concept mou"<sup>21</sup> il faut commencer par distinguer entre les processus dyadiques qui consistent pour deux personnes ou leurs représentants à rechercher par elles-mêmes une issue à leur conflit et les processus triadiques qui font intervenir une instance tierce. La négociation est un processus dyadique, la conciliation, la médiation, l'arbitrage et le

---

<sup>21</sup> ASSIER ANDRIEU L., *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996

jugement sont des processus triadiques. Lorsque intervient un troisième "larron" il a pour mission de favoriser le rapprochement des prétentions divergentes des parties en présence (conciliation et médiation), de proposer directement une solution (arbitrage), d'imposer une issue à la discorde (jugement).

<b>PROCESSUS</b>	<b>Décisionnel</b>	<b>Non décisionnel</b>
<b>Dyadique</b>	Négociation	Régulation naturelle
<b>Triadique</b>	Jugement Arbitrage	Médiation Conciliation

On observe que dans les processus triadiques apparaît une graduation qui repose sur le degré de directivité du tiers dans la régulation du conflit. Conciliation et médiation sont à cet égard les processus les moins directifs. On a parlé indifféremment de l'un comme de l'autre dans les premières expériences de caractère pénal. Puis le terme de médiation s'est progressivement imposé alors pourtant qu'une confusion perdure dans de nombreux écrits théoriques<sup>22</sup>. Le choix institutionnel de l'un ou l'autre vocable est plus aléatoire que véritablement pensé. On parle de conciliation dans le cadre des procédures prud'homales en matière de conflit du travail ou en matière de divorce mais de médiation dans le champ pénal, on évoque le médiateur de la République pour les litiges avec l'administration, d'instances de médiation dans les collèges ou lycées mais de commissions de conciliation dans les hôpitaux pour apaiser la relation entre malades et personnel médical.

Il faut donc se détacher d'une obsession sémantique fétichiste et se référer, pour qualifier le mode de résolution utilisé, au cadre éthique suivant, poli et repoli par une interaction permanente entre doctrine et pratiques, qui définit la médiation et en clarifie l'usage sémantique.

<sup>22</sup> Voir par exemple COUVROT P., GUIDICELLI-DELAGE G., Conciliation et médiation, *Jurisclasseur*, procédure civile, fascicule 160, 1, 1997, DESDEVISES Y, *Justices*, n°2, p.349, CADIET L., *Droit judiciaire privé*, Litec n°378 qui attribuent au médiateur une directivité dans la recherche de la solution.

## Le cadre éthique de la médiation

### *Les opposants*

- doivent donner leur accord à la médiation et peuvent à tout moment décider d'y mettre fin
- peuvent consulter toute personne de leur choix pour connaître leurs droits
- accouchent eux-mêmes des solutions à leur conflit et de l'accord de médiation

### *Le médiateur*

#### *son statut:*

- . il est extérieur au conflit, non concerné par le différend
- . il est indépendant et impartial
- . il n'est ni juge, ni arbitre, il n'a pas pour mission de savoir qui a raison et qui a tort

#### *son rôle:*

- . il doit créer les conditions d'une communication entre les opposants
- . il est le garant méthodologique du processus, énonce et fait respecter les règles du jeu
- . il est le catalyseur humain de la recherche de solutions

Dire que tous les dispositifs qui se revendiquent de la médiation n'en relèvent pas ne revient pas à disqualifier leur utilité sociale. Le souci de mieux nommer les dispositifs vise essentiellement à démasquer, sous des dehors consensuels, des procédures qui, en réalité, obéissent à des logiques verticales et sont susceptibles de constituer potentiellement une menace pour les libertés publiques. Car, sans sombrer dans les affres de la diabolisation, il faut poser la question de savoir ce que deviennent les droits des personnes face à des interventions proliférantes dont la légitimité ne repose ni sur la loi, ni sur une délégation d'autorité publique.

Le développement de ces divers dispositifs de "médiation" pose d'autre part la question de leur articulation avec les interventions institutionnelles existantes. Ne se dirige-t-on pas vers un modèle dualiste de régulation des conflits? Le secteur public se garderait alors la gestion des contentieux à forte valeur symbolique et déléguerait celle des tensions quotidiennes dans les espaces sociaux disqualifiés à des modes de contrôle endogènes. Le discours sur la nécessité de renforcer le contrôle social dans des espaces dits de non-droit aboutirait moins à un retour de l'État dans les quartiers sensibles qu'à la création de bulles de sécurité dérogatoires du droit commun.

### C. Les antinomies entre droit et médiation

N'oublions pas que si la médiation s'est autant développée depuis une quinzaine d'années c'est en grande partie face à l'insatisfaction procurée par les modes institutionnels et juridiques de traitement des conflits. Autrement dit elle s'inscrit dans une logique de déni de l'appareil juridique traditionnel pour lui substituer un "autre droit".

On peut en effet penser que droit et médiation poursuivent un même objectif général de pacification sociale mais par des voies différentes

#### Principes d'opposition

<b>DROIT</b>	<b>MEDIATION</b>
Soumission à la loi	Souveraineté de la volonté individuelle
Etat	Société
Relation verticale	Relation horizontale
Principe de rupture	Principe de lien

Le projet démocratique de la médiation s'exprime dans le fait de confier à l'individu lui-même la gestion d'un destin qui jusqu'alors faisait l'objet d'une prise en charge institutionnelle. Car nous entrons dans une société d'individus, une société qui prescrit à ses membres d'être autonomes, de décider par eux-mêmes de leur propre sort avec les libertés et aussi les tourments que cette posture implique. La médiation organiserait une soumission de l'individu à des lois qu'il se donne lui-même. Cette vision suivant laquelle "les sujets de droit sont tout à la fois des êtres susceptibles

de droits et coauteurs du droit"<sup>23</sup>, suppose l'exercice immédiat d'une souveraineté dont on trouve la marque concrète dans l'évitement d'une représentation des personnes par leurs avocats. L'organisation du face à face de médiation symbolise une tentative de rupture avec les logiques bureaucratiques impersonnelles de l'institution et crée les conditions d'un lien social direct . Si donc le droit travaille au moyen d'une référence morale exigeant le respect de certains principes généraux (légalité), la médiation repose essentiellement sur la recherche d'un équilibre dans lequel les individus deviennent leurs propres législateurs. Cela signifie qu'au caractère universel et étatique du droit, la médiation préfère des principes d'action particularistes et sociétaux. Elle s'inscrit dans une relation horizontale, d'entremise et de citoyenneté où la solution est construite de manière autonome alors que le droit sacralise une dépendance vis-à-vis des textes. Enfin si le droit a pour objectif d'attribuer des raisons et des torts, la médiation ne se préoccupe que de restaurer le lien, la communication entre individus et groupes.

Ces paradoxes font que certains refusent l'idée de médiation judiciaire. Introduire la médiation dans le champ judiciaire serait la dénaturer. A l'inverse introduire la médiation dans le champ judiciaire c'est aussi pervertir la loi en introduisant "une sorte de jeu sans règle au coeur de la décision judiciaire"<sup>24</sup>.

Mettre du droit dans la médiation, mieux garantir les droits des personnes, donner la possibilité aux avocats d'intervenir dans le processus, s'en référer à des principes d'équité forgés par la jurisprudence pour évaluer la qualité des accords, tout ceci est parfaitement contraire à la philosophie de la médiation. Dès lors travailler sur l'articulation entre accès au droit et médiation peut contribuer à une abâtardisation de deux modes différents et complémentaires de résolution des conflits et créer de la confusion. Ainsi pour Etienne Le Roy la médiation échappe tant au droit qu'à l'acte de juger, 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<sup>25</sup>. Jean Carbonnier<sup>26</sup> signale de son côté que l'informalité est de la nature même de la médiation. Dans cette optique une médiation qui serait formelle perdrait son âme.

Pourtant le réalisme commande de trouver une compatibilité entre des mondes contraires. Si l'éthique de la médiation se doit d'être défendue pied à pied contre ceux qui veulent l'asservir à des impératifs d'efficacité

---

<sup>23</sup> François OST, Jupiter, Hercule, Hermès: 3 modèles du juge, *La force du droit*, Paris, Seuil, 1991, 241-272.

<sup>24</sup> THERY, op.cit.

<sup>25</sup> Etienne LE ROY, La médiation mode d'emploi, *Déviance et société*, n°29, 1995.

<sup>26</sup> Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, 6ème édition, LGDJ, 1988.

institutionnelle, la nécessité politique de répondre au besoin social de droit impose de garantir les individus contre les abus de toutes sortes dont ils pourraient être victimes. L'idée d'une médiation pure entre des individus également libres, conscients, capables par un choix commun et éclairé d'adopter ce processus n'est qu'une vue de l'esprit. Le choix de la médiation, même si la rationalité des acteurs est toujours limitée, s'inscrit dans une stratégie plus ou moins contrôlée. Le tiers médiateur dont c'est la mission de veiller au respect et à la dignité de chacun, d'éviter les relations d'emprise comme les iniquités trop manifestes, n'est pas infallible.

Il me paraît donc nécessaire d'entourer la médiation d'un parapluie juridique qui permette quand c'est nécessaire de se prémunir contre les dérives possibles du processus. Le rôle du droit est là, discret mais attentif, venir dire son mot quand les jeux sociaux tournent mal, quand les rapports de force s'imposent.

## **Chapitre 2**

### **L'articulation juridique** **entre** **accès au droit et médiation**

Les médiations qui s'exercent en dehors du contrôle judiciaire ont une vie juridique clandestine. Mais même en l'absence de transcription écrite ou de référence explicite, elles obéissent à des principes éthiques. Elles relèvent de ce que l'on nomme le droit spontané. Les médiations sous contrôle judiciaire s'organisent aujourd'hui dans le cadre de la loi du 4 janvier 1993 pour la médiation pénale et de la loi du 8 février 1995 pour les autres médiations judiciaires. Mais les enjeux juridiques posés par l'institutionnalisation de ces mesures n'ont pas été envisagés si bien qu'elles se sont développées dans un cadre particulièrement flexible. J'aborderai successivement trois dimensions juridiques, la dimension consensuelle, la dimension confidentielle et la dimension contradictoire de leur application.

#### **I. La dimension consensuelle de la médiation**

La philosophie de la médiation impose de toujours recueillir l'assentiment des opposants même dans le cas le plus contraignant qui est celui de la médiation pénale. La loi du 23 juin 1999 l'explicite dans l'article 41-1, 5° du Code de procédure pénale qui stipule "faire procéder, avec l'accord des parties, à une mission de médiation...". J'examinerai ici quelle est la réalité de cette exigence à chaque étape du processus de médiation en distinguant chronologiquement deux phases dans le processus de médiation, le moment du consentement initial et le moment terminal de l'accord éventuel.

##### **A. L'acceptation de la médiation**

Cette acceptation requiert trois conditions, l'existence d'un consentement bilatéral, celle d'un consentement libre puis d'un consentement éclairé.

## 1. un consentement bilatéral

La médiation ne peut avoir lieu que si toutes les personnes concernées y consentent librement. C'est donc un processus qui se veut parfaitement démocratique.

### a. Le consentement du demandeur

Il est rare qu'une personne choisisse spontanément la voie de la médiation pour résoudre son conflit. Elle y vient suite à l'orientation d'une personne ou d'une institution. C'est à la suite de la présentation de ce qu'est la médiation par le service de médiation qu'elle décide ou non de poursuivre dans cette voie. La question du consentement est donc pertinente.

Au plan pénal, le médiateur doit, après avoir expliqué le principe, les modalités et les conséquences de la médiation, recueillir l'accord du plaignant. Il s'agit là d'une médiation proposée. Malgré la pesanteur inhérente à cette formule on verra plus loin que la possibilité d'exprimer son consentement est bien réelle.

Dans tous les cas le demandeur peut à tout moment de la médiation revenir sur son consentement initial. Il n'y a pas sur ce point de distinction entre la médiation civile et la médiation pénale où l'accord du plaignant ne vaut pas renoncement à exercer l'action civile.

### b. Le consentement du mis en cause et la question pénale de la reconnaissance des faits

L'exigence d'une adhésion de la part du mis en cause dans le cadre pénal peut paraître étonnante. Elle participe d'un mouvement général qui donne un rôle influent au consentement du délinquant à la fois dans l'abandon des poursuites (médiation, réparation, restitution, transaction administrative, injonction thérapeutique) et dans la négociation de la sanction (enquêtes sociales, ajournement de la peine, liberté surveillée, travail d'intérêt général, probation, libération conditionnelle, semi-liberté et permissions de sortie...) <sup>1</sup>. Cette évolution consacre une nouvelle conception du sujet de droit dans la machine judiciaire. Alors même que le prévenu est le produit d'une série de déterminismes qu'il n'a pas su maîtriser on va postuler qu'il a cependant conservé une part de souveraineté sur lui-même, qu'il est responsable, qu'il a capacité à s'engager et aptitude à négocier son destin. Ce qui fonde le sujet de droit c'est justement qu'il puisse être l'auteur de sa propre parole, d'une parole qui l'engage. La justice reconnaît ainsi à ses clients une dignité fondamentale mais les place dans une position

---

<sup>1</sup> Joëlle LEPARRE, *Le consentement du délinquant*, Thèse, Doctorat en droit, Bordeaux IV, 1994.

paradoxe. Le monde judiciaire affirmerait l'autonomie d'individus qui ne sont parvenus que maladroitement à être les sujets de leur propre vie, leur demanderait de soutenir une parole alors qu'un de leurs problèmes est justement de ne pas parvenir à porter, à assumer un discours acceptable. L'intervention judiciaire constituerait alors une cure de citoyenneté, serait l'occasion de réveiller chez l'individu la part de souveraineté enfouie en lui. Ce postulat rejoint le mythe de l'autonomie de la volonté sur lequel se fonde la responsabilité pénale et qui avait été laminé par le positivisme scientifique. Ce retour du mythe n'est pas seulement formel mais se place dans la perspective sociologique d'un retour de l'acteur, un acteur capable de consentement, d'engagement, de stratégie. Cette consécration judiciaire du consentement consacre le passage d'une définition formelle à une dimension pratique de l'autonomie de la volonté, d'une logique de réification à une pédagogie du lien qui tient les justiciables-citoyens par leurs engagements. Cette posture du législateur trouve une effectivité relative dans le fait qu'un nombre non négligeable de mis en cause disparaissent dans la nature ou refusent la médiation<sup>2</sup>.

La loi ne précise pas la forme selon laquelle doivent être constatés les consentements des personnes. Certaines instances font signer un formulaire d'acceptation, d'autres ne le font pas. La valeur juridique d'un tel acte est peu évidente dans la mesure où chacun peut à tout moment reprendre son consentement et où cette acceptation n'a aucune conséquence juridique. Le rôle de ce formulaire est ailleurs. Soit il a une dimension pédagogique, en signant leur engagement on postule que les personnes se sentiront davantage liées et responsabilisées. Soit il a une dimension éthique, c'est davantage une façon pour le médiateur de se prémunir contre toute accusation de contrainte ou de manipulation.

La question de la reconnaissance des faits mérite que l'on s'y attarde un peu. Elle peut concerner tous les types de médiation puisque les personnes peuvent contester en tout domaine les allégations de leur opposant. C'est cependant en matière pénale que cette question prend toute sa dimension.

La reconnaissance des faits n'est pas évoquée explicitement par les textes dans la mesure où la médiation ne peut pas, en vertu du principe de la présomption d'innocence, être imposée et repose essentiellement sur l'aveu du mis en cause. Il arrive pourtant qu'elle soit proposée par les magistrats du parquet alors même que cet aveu n'est pas recueilli lorsqu'existe "*un faisceau de présomptions*" ou que justement parce que le mis en cause ne veut pas avouer, une médiation paraît appropriée pour "*décriquer la*

---

<sup>2</sup> Jacques FAGET, *L'évaluation nationale des pratiques de médiation pénale*, GERICO, 1999.

*situation et favoriser un travail de responsabilisation*"<sup>3</sup>. Ainsi mon évaluation nationale recense 2,1% des dossiers du corpus dans lesquels les faits ne sont pas reconnus par le mis en cause.

A priori on voit mal comment un individu pourrait accepter une médiation tout en contestant la réalité des faits. Certes l'article 14 de la recommandation du Conseil de l'Europe nous dit: "le point de départ de la médiation doit être en principe la reconnaissance par les deux parties des faits principaux de l'affaire. La participation à la médiation ne doit pas être utilisée comme preuve d'admission de culpabilité dans des procédures judiciaires ultérieures". Pourtant l'exposé des motifs introduit quelques nuances en évoquant à propos de la personne accusée que "sans admettre sa responsabilité pénale, elle doit en général se reconnaître une certaine responsabilité". Est-il fait allusion à une reconnaissance partielle des faits ou simplement à une responsabilité morale détachée de la matérialité des faits?

La pratique montre que certaines médiations donnent d'excellents résultats alors même que le mis en cause a initialement nié les faits qui lui étaient imputés et pourtant accepté le processus de médiation. A l'inverse on peut rencontrer des mis en cause ayant reconnu les faits lors de l'enquête préliminaire devant les policiers et qui les nient ultérieurement devant le médiateur, empêchant tout démarrage du processus. Cette question extrêmement importante en terme de libertés publiques est de toute évidence moins pertinente dans la pratique. La religion de l'aveu qui habite notre système judiciaire depuis des temps immémoriaux est battue en brèche par les avancées de la psychologie et de l'analyse stratégique.

De mon point de vue, et tout en respectant les principes de la Convention européenne des droits de l'Homme (art 6) sur la présomption d'innocence, mieux vaut ne pas focaliser le débat initial sur la reconnaissance des faits mais sur l'existence d'un conflit entre deux ou plusieurs personnes. Dans cette optique il convient d'éviter l'expression Victim/Offender qu'emploie la plupart des pays occidentaux pour parler de plaignant et de mis en cause (les formulaires employés par la plupart des parquets pour convoquer les personnes en médiation sont révélateurs de leur difficulté à rentrer dans une autre logique que judiciaire). C'est la seule manière objective de traiter du statut des personnes en conflit car nous savons, fruit d'une longue pratique, que les faits ne sont pas souvent aussi clairs qu'ils sont présentés par le plaignant et reconstruits selon des catégories intellectuelles manichéennes par les services d'enregistrement. Les raisons et les torts, qui n'intéressent pas le médiateur, sont dans beaucoup de cas extrêmement

---

<sup>3</sup> Jacques FAGET, Danielle HANNEDOUCHE, Claire DENIS, *Les représentations de la médiation pénale dans le ressort de la Cour d'appel de Bordeaux*, Ministère de la justice/ GERICO, 1999, n°9.

enchevêtrés. Chacun sait que dans les affaires familiales, dans les conflits de voisinage, parfois dans les violences physiques ou matérielles, le conflit dont il est question n'est que l'aboutissement d'une longue et complexe histoire. Chacun s'est construit un récit de "son" conflit et l'entretient soigneusement.

Du fait de cette relativité des statuts, que l'on observe dans une grande part des affaires envoyées en médiation, la meilleure attitude pour le médiateur consiste à ne pas rentrer dans cette logique judiciaire attributive et à focaliser le débat sur le problème qui se pose. Dès lors la simple reconnaissance de l'existence d'un conflit et la volonté de le "travailler" devraient suffire à l'amorce du processus. Il n'empêche qu'une acceptation de la médiation peut être interprétée par des magistrats peu avertis de sa philosophie et pétris de culture judiciaire, comme une reconnaissance de culpabilité. Une telle hypothèse plaide pour une séparation stricte de la phase de médiation et d'une éventuelle phase judiciaire postérieure. J'y reviendrai plus loin.

## **2. un consentement libre**

Les personnes en conflit doivent procéder de manière autonome au choix de la médiation, autrement dit elles ne doivent pas "être incitées par des moyens indus à accepter la médiation (Conseil de l'Europe R 19-99).

Dans le cas de médiations extra-judiciaires, la démarche du demandeur est libre et spontanée. Pour ce qui est du mis en cause le débat est plus complexe. Il est d'usage que le médiateur contacte le mis en cause et lui propose de le rencontrer pour lui expliquer la démarche de médiation. Ce dernier est libre d'accepter ce rendez-vous, d'y venir ou non et ce sans conséquence ultérieure. L'éthique de la médiation recommande au médiateur de n'exercer aucune pression pour "arracher" le consentement. Ici, le refus n'est pas juridiquement problématique, c'est seulement le consentement qui soulève des questions.

Dans le cadre judiciaire les deux postures peuvent s'avérer problématiques. Ainsi on peut craindre au civil que le refus de médiation de la part de l'une ou l'autre partie soit l'expression d'une mauvaise volonté pouvant être prise en compte consciemment ou non dans la décision ultérieure du magistrat. Au pénal le refus du plaignant l'expose à la possibilité d'un classement sans suite de la part d'un parquetier. A l'inverse le refus du mis en cause augmente les chances d'une poursuite devant la juridiction. Nous savons en effet que la jurisprudence des magistrats est sensiblement différente selon que l'interruption du processus de médiation est imputable au plaignant ou au mis en cause<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Jacques FAGET, Danielle HANNEDOUCHE, Claire DENIS, op.cit. (1999)

- du fait du plaignant: les 3/4 des magistrats nous ont dit décider d'un classement sans suite lorsque le plaignant refuse la médiation ou met de la mauvaise volonté à trouver un accord. Cette décision s'appuie souvent sur le fait que le plaignant garde la possibilité d'activer l'action publique par une constitution de partie civile.

- du fait du mis en cause: selon les propos des prescripteurs, ne pas se présenter aux rendez-vous, refuser la médiation, manifester une mauvaise volonté évidente, sont des attitudes qui aboutissent souvent à une décision de poursuite.

Ces discours ne sont que partiellement confirmés par une recherche quantitative<sup>5</sup>. Si le refus initial ou en cours de procédure de la part du plaignant est "sanctionné" fréquemment d'un classement sans suite (environ neuf fois sur dix), par contre le fait de ne pas se rendre au rendez-vous du médiateur de la part du mis en cause, son refus initial ou en cours de processus ne sont sanctionnés au plus qu'une fois sur 5 par une poursuite. En réalité trois modes désisionnels dans la pratique des parquets semblent se dégager de l'ensemble des observations:

- le modèle gestionnaire: ce premier modèle considère la médiation comme un mode de gestion des flux judiciaires. Une fois l'envoi en médiation prononcé, la tâche est accomplie. L'indicateur de l'existence d'un tel modèle est l'absence de toute décision de poursuite de la part des parquets. Sous couvert de médiation c'est en réalité d'un classement sous condition qu'il s'agit.

- le modèle restauratif: Ce deuxième modèle voit la médiation comme un vrai mode de règlement des conflits. Soucieux de mettre en oeuvre une mesure à portée pédagogique pour les mis en cause, désireux de réparer les victimes, les parquets n'hésitent pas à engager des poursuites dès lors que le mis en cause fait preuve de mauvaise volonté. Par contre lorsque c'est le plaignant qui se montre irascible et fait capoter le travail de médiation, les prescripteurs n'hésitent pas à prononcer un classement sans suite. Libre à lui d'utiliser ensuite le mode de régulation qui lui convient.

- Entre ces deux modèles existent des politiques intermédiaires dont on ne sait si elles sont le fruit d'une politique de parquet ou de la pratique personnelle de certains parquetiers.

Deux questions qui mettent en péril la liberté du consentement méritent maintenant d'être soulevées, celle commune à tous les types de médiation

---

<sup>5</sup> Jacques FAGET, op.cit. (1999)

concernant les vices du consentement et une autre, spécifique à la médiation pénale, relative à ce que j'appellerai "l'injonction de médiation".

#### a. la question des vices du consentement

Le choix institutionnel de la médiation est la résultante d'un compromis. On peut y voir le souci étatique de conserver une position de maîtrise tout en créant un espace public démocratique peu institutionnalisé où le citoyen est en mesure de s'exprimer. Ainsi pour les non-représentations d'enfants ou les abandons de famille, "situations -problèmes" (selon l'expression de Louk Hulsman) qu'il serait concevable de dépénaliser, l'interdit pénal est réaffirmé mais le système pénal s'efforce d'économiser la répression en lui substituant des procédés plus fins. Il faut faire la preuve de sa capacité à communiquer, à tenir une parole, à s'engager, à respecter certaines règles. Ces gages d'autonomie s'insèrent dans une pédagogie de la menace, sont fournis sous contrôle et authentifiés. Comme le dit Ehrenberg<sup>6</sup> "un individu aujourd'hui, c'est de l'autonomie assistée de multiples manières". Cette notion d'autonomie assistée réduit la portée du projet démocratique de la médiation, mais ce projet s'exprime cependant dans le fait de confier à l'individu lui-même la gestion d'un destin qui jusqu'alors faisait l'objet d'une prise en charge institutionnelle.

Une telle philosophie exige des individus capables de porter une parole, de s'engager, de comprendre les enjeux de leurs actes et de leurs décisions. Cela suppose d'abord que le consentement soit formulé par une personne disposant de toutes ses capacités mentales. Question délicate du seuil de la capacité des individus à faire preuve de clairvoyance pour devenir leurs propres législateurs. Nous savons bien que les frontières tracées par la psychiatrie sont relatives, qu'elles ne définissent que des cas extrêmes, laissant dans la catégorie des sains d'esprit nombre d'individus intellectuellement carencés, incapables de remise en question et d'esprit critique, obtus, bornés, passionnels, jusqu'à la déraison. Le droit lui-même ne place sous tutelle ou curatelle que peu d'individus sur des critères le plus souvent financiers qui n'informent que peu sur les qualités humaines requises pour construire une interaction pertinente avec autrui.

Le vœu du conseil de l'Europe, "la médiation ne doit pas être poursuivie si une des parties principales n'est pas capable de comprendre le sens de la procédure" (R 19. 99) n'aide en rien les médiateurs sur les critères à mettre en oeuvre pour déceler le niveau de compréhension des opposants. Pour les mineurs on exige l'aval des titulaires de l'autorité parentale, mais c'est la seule précision textuelle. Les médiateurs sont alors renvoyés à ce fameux "bon sens" (dont tous les discours exaltent la nécessité) pour débusquer et mettre hors jeu de la médiation tous les "insensés" et "incapables" non

---

<sup>6</sup> EHRENBURG A., *L'individu incertain*, Paris, Calmann-Levy, 1995.

étiquetés comme tels. Dans un cadre judiciaire le regard des magistrats et des avocats s'ajoutent à celui du seul médiateur mais ils ne sont pas plus éclairés pour le faire. Faut-il alors choisir les médiateurs dans le vivier des seuls psychologues? Probablement pas mais une formation psychologique minimale n'est sans doute pas superflue pour exercer un regard distancié et analytique sur les capacités à s'engager moralement et juridiquement.

#### b. la question de l'injonction de médiation

Imposer une médiation semble a priori incompatible avec l'esprit de ce mode de régulation des conflits. Il en est de même pour les injonctions thérapeutiques, les sanctions de désintoxication et toutes les obligations de soins. De la même façon que l'idéologie médicale a construit l'image d'un patient responsable, doué de raison et dont seule la volonté légitime le soin, de la même façon les idéologues de la médiation ont consacré le principe d'une démarche volontariste de la part des médiés. Paradoxe médical que de concevoir le libre arbitre quand justement l'état du patient montre que les forces lui manquent pour en assurer l'expression. Paradoxe de la médiation que de considérer que les personnes en conflit peuvent seules en faire le choix alors que, en se montrant capables d'une telle décision commune, elles apportent la preuve qu'elles pourraient se passer d'un médiateur ou tout au moins que la communication entre eux n'est pas impossible.

Il est, dans la pratique des médiations sociales, rarissime que des personnes décident d'un commun accord d'avoir recours à un médiateur. Parfois la demande ne vient que de l'une d'elle tandis que l'autre se contente d'accepter de plus ou moins bon gré. Le plus souvent cette demande est induite ou conseillée, tantôt par l'entourage, tantôt par des professionnels du social, de l'ordre public ou du droit. On peut même dire que cette demande est construite par des stratégies de marché qui visent à attirer une clientèle vers les instances de médiation. Tout ceci pour dire qu'une demande pure et éclairée n'existe pas, que la démarche qui pousse à faire le choix de la médiation est plus complexe qu'il n'y paraît. Mais, si le consentement n'est pas toujours sans vices, il ne doit en tout cas jamais être forcé.

Nous avons vu que la victime d'une infraction a tout loisir de refuser la proposition de médiation qui lui est faite. L'auteur de la transgression est dans une position plus fragile qui, bien sûr, menace le principe idéal d'égalité entre les opposants. Il a certes la possibilité de délibérer. Il évaluera, s'il est informé des choses judiciaires, les chances d'obtenir un classement sans suite ou d'encourir une sanction minime. Sa suggestibilité sera évidemment plus grande s'il est novice. Cet argument conduit les avocats des barreaux d'Ile de France avec lesquels j'ai travaillé à refuser de considérer la médiation pénale comme une véritable médiation.

Mais l'image terrifiante du monstre judiciaire qui arracherait de force l'acceptation des médiés n'est que peu crédible pour des citoyens certes peu informés mais qui n'ignorent pas tout des dysfonctionnements judiciaires. Il faut considérer que malgré le caractère contraignant du contexte pénal, les médiés sont des acteurs élaborant des stratégies, calculant les profits et les risques du choix d'un processus consensuel. En somme la même élaboration que ceux qui, à l'écart des institutions, sont tentés par la médiation de quartier ou communautaire. On peut d'ailleurs espérer que les éclaircissements de la loi du 23 juin 1999, faciliteront la visibilité de la mesure. Elle tente de réduire en effet la confusion qui existait jusqu'alors entre rappel de la loi, réparation et médiation pénale. Désormais les deux premières missions sont du ressort des délégués du procureur et non des médiateurs qui pourraient enfin sortir de la confusion des rôles dans laquelle ils étaient plongés jusque-là, rôle directif pour le rappel à la loi et la réparation, rôle non directif pour la médiation. Il va de soi que la philosophie de ces différentes mesures n'est pas la même. Rappel à la loi et réparation se situent dans une logique verticale, il est question d'un ordre public à protéger, d'une loi collective dont on sanctionne ou stigmatise les manquements. La médiation s'inscrit dans une logique horizontale qui donne la possibilité de privilégier une norme de caractère privé sur une disposition légale de portée générale. Si cette distinction est rendue effective par les parquets, elle permettra à de nombreux médiateurs de comprendre vraiment la dimension éthique de leur activité et aux personnes de comprendre réellement ce qui leur est proposé.

Les statistiques que nous avons élaborées montrent clairement que l'opportunité de refuser la médiation est largement utilisée par les personnes que ce soit à l'orée ou au cours du processus pénal. Ces scores attestent du caractère démocratique de la médiation dans sa version pourtant la plus institutionnalisée<sup>7</sup>.

- Les non-réponses: Il s'agit ici de comptabiliser le nombre de dossiers dans lesquels les opposants n'ont pas répondu aux convocations qui leur ont été adressées soit parce qu'ils l'ont désiré ainsi, soit parce qu'ils n'habitent pas à l'adresse indiquée. On recense **15,2%** de l'ensemble des dossiers. Les mis en cause disparaissent plus fréquemment que les plaignants, **62%** contre **38%**. Si leur désertion est facile à interpréter, celle des plaignants, quoique moins importante, est plus étrange. Elle s'explique probablement par leur propension à porter plainte pour des raisons assurantielles, sur le coup d'une émotion qu'ils dominent ensuite ou parce qu'ils n'attendent rien de ce type de réponse et se sentent floués par le fait que la justice n'ait pas aiguillé leur cas sur la voie royale de la poursuite.

---

<sup>7</sup> FAGET Jacques, op.cit. (1999)

- les refus initiaux: Il s'agit ici de comptabiliser la part de ceux qui sont d'entrée de jeu explicitement hostiles à la médiation. On peut compter **9,1%** de l'ensemble du corpus. Ces refus sont davantage exprimés par les plaignants que les mis en cause (76% contre 24%). Les plaignants préfèrent souvent en découdre sur la scène judiciaire plutôt que d'avoir à rechercher une solution négociée dont ils ont le sentiment qu'elle disqualifie l'importance de leur conflit. Le nombre plus faible des mis en cause, montre cependant que le poids symbolique de la menace judiciaire n'est pas suffisant pour forcer l'adhésion au processus.

- les doubles impasses: les deux protagonistes refusent de façon plus ou moins concomitante la médiation mais pour des raisons différentes dans **3,4%** des cas.

Si l'on ajoute à ces chiffres les médiations qui n'ont pas pu être mises en oeuvre pour des raisons marginales, nous obtenons un score de **28,9% d'impasses** à l'orée du processus. Quand on relève un tel déchet dans le cadre pénal on ne peut qu'être circonspect sur les chances que s'opèrent des médiations spontanées. Le nombre homéopathique des médiations communautaires attesté par des instances réputées sérieuses et rodées (Saint Herblain, Pessac...) ainsi que le peu d'usage qui est fait des médiations familiales de caractère civil, montre clairement que dans le contexte culturel français, une petite incitation ne saurait être superflue. Mais attention, accepter le principe d'une injonction de médiation, ne signifie pas l'admission d'une pratique autoritaire de médiation. La contrainte ne doit pas dépasser le stade de l'envoi en médiation, ensuite les principes déontologiques de respect des personnes, d'impartialité et de non directivité doivent s'imposer. Contraindre n'est pas condamner, ce peut être donner une chance à une relation de se construire malgré les préventions, les angoisses, les malentendus qui en empêchent l'amorce. Les exemples sont légions dans lesquels des voisins rechignants sont repartis d'un processus de médiation soulagés et détendus, les exemples foisonnent de couples en conflit incapables de se rencontrer et de se parler qui par le biais de la médiation ont pu, dans une relation de face à face et en maîtrisant leur agressivité, communiquer à propos de leurs enfants, réorganiser des droits de visite, réaménager des pensions alimentaires. Sans une pression judiciaire combien de ces gens auraient pu faire une telle démarche, combien de conflits se seraient envenimés, de coups auraient été portés, d'enfants auraient été abandonnés par des pères lassés de batailler pour les voir?

Ce n'est pas l'impulsion judiciaire de la médiation qui représente une aberration, mais seulement l'irrespect, à tout moment du processus, de ses fondements démocratiques. D'ailleurs certains considèrent qu'un coup de

pouce judiciaire à la médiation ne serait pas superflu en matière civile<sup>8</sup>. Plutôt que d'attendre l'initiative des parties, d'autant plus rare qu'ils ne connaissent pas la médiation et n'en mesurent pas l'intérêt, que leurs avocats sont eux-mêmes peu intéressés par sa mise en oeuvre, on pourrait imaginer que le juge désigne d'office un médiateur sans que l'accord des personnes soit requis. L'obligation consisterait simplement à se rendre à une rencontre avec un médiateur donnant des informations sur le processus et ses potentialités. Les opposants seraient alors libres, mais en toute connaissance de cause, de choisir ou non la médiation.

### 3. Un consentement éclairé

Il ne suffit pas d'observer le caractère libre du consentement. Encore faut-il savoir sur quoi porte ce consentement. Le Conseil de l'Europe nous dit par exemple "avant d'accepter la médiation, les parties doivent être pleinement informées de leurs droits, de la nature du processus de médiation et des conséquences possibles de leur décision".

#### a. l'information sur les droits

Pour faire droit aux revendications légitimes des avocats<sup>9</sup>, une présentation des principes et des modalités de la médiation doit figurer dans les lettres de convocation envoyées par les associations ou les parquets. Cette présentation doit ensuite être répétée par oral dans une langue que les personnes comprennent. Si tel n'est pas le cas, elles ont droit à l'assistance d'un interprète.

Le médiateur doit ensuite informer les intéressés de la possibilité qu'ils ont, à tout moment, de consulter un service juridique de proximité ou un avocat (il ne peut en aucun cas orienter vers tel avocat ou tel service mais présenter, si demande lui en est faite, les différentes possibilités existantes). Les mineurs peuvent bénéficier de l'assistance d'un détenteur de l'autorité parentale ou de son représentant.

Rien ne s'oppose vraiment à ce que les opposants puissent se faire accompagner de leur avocat pour écouter les informations données par le médiateur. On peut même envisager la possibilité pour l'intéressé ou son avocat d'avoir accès au dossier le concernant de manière à être pleinement informé avant de donner son accord au processus de médiation. C'est d'ailleurs une des revendications du Syndicat des avocats de France (SAF).

---

<sup>8</sup> GANANCIA Danièle, Justice et médiation familiale: un partenariat au service de la co-parentalité, *Gaz. Pal.*, 7 et 8 juillet 1999, n°188, 189, pp. 2-7.

<sup>9</sup> GOURION Charles, GERVAIS Patrick, La médiation, *Ordre des avocats du Barreau de la Seine Saint Denis, Bulletin du Bâtonnier*, 1999, pp. 3-7.

Les conséquences du choix de la médiation peuvent être évoquées soit par le médiateur, qui a reçu une formation juridique ciblée sur cette question, soit par un consultant juridique. Pour bien informer la personne il convient de ne pas s'en tenir à une explication mécanique des conséquences juridiques du mode de régulation du conflit, mais d'identifier les vrais enjeux du conflit pour la personne, ses souhaits les plus profonds (souvent peu explicites), et les différentes stratégies qui s'ouvrent à elle pour les satisfaire en la faisant réfléchir aux avantages et inconvénients respectifs de chaque voie. Il ne saurait donc s'agir d'un conseil statique mais d'une consultation dynamique amorçant un processus de réflexion chez l'intéressé.

Le statut du médiateur est fondamentalement différent de celui du juriste. Il n'a pas à s'appuyer sur le droit. Son rôle est seulement de faciliter la communication et la recherche d'un accord entre les protagonistes, que cet accord soit ou non en conformité avec la législation pourvu qu'il ne porte pas atteinte en équité aux intérêts de l'une ou l'autre des personnes. Rappelons-nous que dans la médiation l'individu est son propre législateur. Si deux personnes parviennent à un accord pour déterminer la hauteur de la haie qui sépare leurs jardins, peu importe que cette hauteur soit différente de celle qui est prescrite par les textes. La loi, hormis le cas où la protection de l'ordre public ne le permet pas, doit s'effacer devant l'expression des volontés individuelles et n'a qu'une fonction supplétive. A une conception abstraite de la règle de droit, la médiation permet de substituer une dimension concrète. A ceux qui rétorqueraient qu'une telle position serait de nature à subjectiviser la règle de droit rappelons que le droit n'exprime pas des valeurs immanentes et intangibles, qu'il est simplement la résultante de l'état historique des rapports de force dans une société donnée. Du coup le droit ne saurait prétendre à l'équité, la jurisprudence du bon vieux juge Magnaud est là pour le rappeler à tous les juristes débutants. Les débats actuels sur la prestation compensatoire montrent de façon assez claire les effets d'iniquité de la règle de droit, notamment à travers la question de la transmission héréditaire de cette obligation. Cette disposition ne peut se comprendre que dans le contexte socio-politique des rapports homme-femme à une période donnée. Cet exemple montre que des lois anachroniques, dont la portée n'est que faiblement atténuée par la jurisprudence, continuent à flotter déraisonnablement dans le temps. Toute fétichisation de la règle de droit est donc inopportune et mieux vaut rendre aux personnes en capacité de le faire, la possibilité de s'approprier, sous la vigilance et avec l'aide d'un tiers, des façons de régler leurs conflits. Rien n'empêche dans un second temps de revenir au droit lorsque la tentative échoue ou que la convention se fissure.

En conséquence il n'est absolument pas nécessaire que le médiateur ait une formation juridique. On peut même redouter que l'imaginaire juridique soit

un obstacle à la médiation quand le médiateur recentre plus ou moins consciemment les personnes sur la règle de droit au lieu de les laisser s'inventer librement leur propre solution. La première défense contre de tels effets d'induction consiste à ne pas rappeler la loi et à ne pas donner de conseils juridiques. Cette césure nécessaire entre scène de médiation et scène juridico-judiciaire est difficile à mettre en oeuvre pour des "avocats-médiateurs" devant passer, en des délais très brefs, d'une posture à une autre, en maîtrisant les effets de colonisation d'un habitus juridique qui échappe le plus souvent à la conscience de l'acteur.

Un certain nombre de conditions sont posées à l'exercice par l'avocat d'une fonction de médiateur<sup>10</sup>. Certains barreaux ont instauré un critère d'expérience professionnelle allant de 10 ans à Versailles à 5 ans à Toulouse. D'autres barreaux, tels ceux de Créteil ou de Grenoble optent pour l'absence d'une sélection à la condition d'avoir suivi une formation spécifique. Sa durée variable est d'environ 40 heures répartie sur 4 mois. Le programme de formation expérimenté en Val de Marne fut basé sur l'apprentissage des techniques d'entretiens, de recherche de solutions, d'un travail sur l'écoute et la compréhension, d'une approche de la PNL (psychologie neuro-linguistique) et sur l'organisation de jeux de rôles. Une formation continue commence à être envisagée par certains barreaux conscients qu'un diplôme obtenu au bout de quelques dizaines d'heures et sans processus véritable de sélection ne constitue aucunement une garantie de compétence. Mais ces supervisions sont initiées dans le giron professionnel alors qu'il serait beaucoup plus enrichissant de les coupler avec celles de médiateurs issus d'autres horizons culturels.

#### b. l'information sur le processus de médiation

L'explication sur la nature du processus de médiation relève de la pleine compétence du médiateur. Sachant les difficultés qu'il y a, dans une société où la culture du conflit est dominante, à comprendre l'esprit de la médiation, il n'est pas superflu de donner, en sus des informations orales permettant d'ouvrir un échange, un texte écrit fixant les grands principes de la médiation. Ce texte doit contenir, sous une forme ou sous une autre, les éléments fondamentaux suivants:

---

<sup>10</sup> *Ibid.*

- la médiation ne peut être imposée, chacun a tout loisir de l'accepter ou de la refuser
- la médiation est mise en oeuvre par un médiateur indépendant et impartial. Ce n'est pas un juge, il ne prend pas de décision. Il ne cherche pas à savoir qui a raison et qui a tort
- le médiateur a pour mission de faciliter la communication entre les personnes et la recherche d'une solution à leur conflit
- il écoute chaque personne séparément
- il tente ensuite, lorsque c'est possible et souhaitable, et lorsque les personnes en sont d'accord, d'organiser entre elles une ou plusieurs rencontres
- il doit préciser les règles du jeu de cette rencontre, écoute et respect de la parole de l'autre, égalité des temps d'intervention de chacun, interdiction de la violence verbale et physique
- le médiateur veille au respect de ces règles et peut décider d'arrêter la médiation si elles ne sont pas respectées
- les personnes doivent proposer elles-mêmes les solutions à leur conflit
- les médiateurs aident les personnes à évaluer la faisabilité de ces différentes propositions dans le futur compte-tenu du contexte affectif, social ou financier
- le meilleur accord n'est pas forcément celui qui est conforme aux droits des uns et des autres mais celui qui préserve le mieux les intérêts affectifs, personnels, matériels, financiers, de chacun des opposants, de leurs proches ou de leur entourage
- personne ne peut les forcer à accepter un accord qui ne leur convient pas
- l'accord ne sera conclu qu'après signature d'un écrit ou d'un engagement oral solennel
- le rôle du médiateur s'arrête là mais les opposants peuvent lui proposer de prolonger son intervention jusqu'à la réalisation des engagements pris par chacun
- tout ce qui sera dit pendant la médiation est et restera confidentiel

Si la médiation est gratuite au pénal, elle est payante au civil sauf si les personnes peuvent bénéficier de l'aide juridictionnelle. L'article 1er de la loi du 10 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits précise en effet qu'elle peut être accordée "en vue de parvenir à une transaction avant l'introduction de l'instance". La question se pose d'ailleurs de savoir si les seuls avocats peuvent l'activer et en bénéficier (les conditions de rémunération doivent être fixées prochainement dans un décret d'application), ou si les associations ont elles aussi le droit de le faire, ce qui serait logique puisque les avocats n'ont de monopole que pour les activités proprement juridictionnelles et la consultation juridique.

En toutes hypothèses, les intéressés ont droit à connaître le coût d'une médiation. Les pratiques en la matière sont diverses et encore un peu floues. On m'a fait part de rémunérations allant de 600 à 1000 francs la séance (à partager entre les opposants) pour les avocats et de 100 à 400 francs pour les associations parfois graduées en fonction des revenus des personnes.

---

L'accord initial de médiation ne vaut pas renoncement à exercer ses droits ou à choisir une autre voie de règlement du conflit. Il est toujours possible d'exprimer son refus dès lors que le déroulement du processus ne semble pas satisfaisant aux intéressés.

La recherche précitée<sup>11</sup> montre (tableau 1) que cette possibilité n'est pas théorique puisqu'elle est utilisée dans **11%** de l'ensemble des dossiers. Ce sont les plaignants qui expriment majoritairement ces refus (62,8% des cas). Ce type d'attitude s'avère proportionnellement plus fréquent lorsque l'un ou l'autre des opposants est accompagné de son avocat (résistance des avocats à la médiation? choix stratégique?). Il faut y ajouter **5%** des cas dans lesquels une personne se désiste de sa poursuite ou retire sa plainte, soit parce qu'elle est satisfaite de ce qui s'est passé, soit parce qu'elle a changé d'avis sur la manière de considérer le conflit.

Ces refus interviennent le plus souvent avant même l'organisation d'une rencontre. Ils peuvent cependant s'exprimer au cours de la rencontre. Cela semble être le cas à peu près une fois sur quatre puisque les rencontres de médiation sont assorties d'un pourcentage de protocoles ou d'accords verbaux de **76,12%**.

---

<sup>11</sup> FAGET Jacques, op.cit. (1999)

Tableau n° 1  
Récapitulatif des "impasses" de médiation pénale

<b>Impasses</b>	<b>Plaignants</b>	<b>Mis en cause</b>	<b>% ens. corpus</b>
Non réponse	38%	62%	15,2
Refus en cours	62,8%	37,2%	11,0
Refus initial	76%	24%	9,1
Double refus	-	-	3,4
Nie les faits	-	100%	2,1
Autres	-	-	1,2
			<b>42%</b>
Désistement	100%	-	5
			<b>47%</b>

## **B. L'acceptation de l'accord de médiation**

Il ne suffit pas d'accepter le principe de la médiation, le consentement concerne l'ensemble du processus de médiation jusqu'à la formalisation éventuelle d'un accord terminal. J'examinerai rapidement les modalités de cet accord avant d'aborder la question de sa nature juridique.

### **1. Les modalités d'acceptation de l'accord**

L'éthique de médiation veut que l'accord de médiation soit élaboré par les personnes en conflit. Le médiateur est là pour en catalyser la maturation et faire réfléchir les opposants aux avantages et inconvénients de toutes les solutions évoquées. Le principe consensuel est donc tout à fait respecté dans la mesure où aucun accord ne peut être imposé.

Cet accord peut rester, au gré des parties, purement oral ou faire l'objet d'une expression écrite mentionnant les engagements réciproques des opposants. Ce sont les personnes qui, dans la mesure de leurs moyens, écrivent leurs engagements ou excuses. Le médiateur, s'il en est décidé ainsi, peut rédiger l'accord final mentionnant les engagements réciproques et qui vaudra contrat après signature du document par les intéressés. Les avocats revendiquent la possibilité de participer à la rédaction de cet accord. Si leurs conseils sont souhaitables pendant le temps de latence qui doit être donné par le médiateur entre le moment de l'accord oral et sa concrétisation écrite, il n'est cependant pas souhaitable qu'ils procèdent eux-mêmes à la rédaction car ce serait contraire au principe d'engagement et de responsabilisation des personnes.

Précaution supplémentaire dans le cas où la médiation concerne les mineurs, leur consentement à l'accord devra être paraphé par un de leurs représentants légaux.

Dans tous les cas il sera donné une copie de l'accord à chacun des participants à la médiation avant qu'une copie de cet accord soit adressée au magistrat mandant par le médiateur. Jean François Six s'inquiète d'ailleurs de cette disposition contenue dans l'article 24 de la loi du 8 février 1995 concernant la médiation en matière civile. Pour lui c'est toujours aux parties et à elles seules qu'il appartient de dévoiler au juge ce type d'information. C'est à ceux qui ont vécu et construit la médiation qu'il appartient d'en dire l'issue, se présentant ainsi en personnes responsables de leur accord<sup>12</sup>.

## 2. La nature juridique de l'accord de médiation

Ces accords ont été d'abord considérés comme une transaction "avec toutes les conséquences qui en résultent" par les promoteurs de la note d'orientation de 1992 sur la médiation pénale. La loi du 4 janvier 1993 reste muette sur ce point. Il est clair que l'accord des personnes ne s'impose pas au ministère public. Celui-ci conserve le pouvoir de déclencher la poursuite malgré l'élaboration d'un accord.

Par contre sur le plan civil il est évidemment possible de mettre un terme à une contestation par un arrangement réciproque. L'article 2046 du code civil dit notamment "on peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit. La transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public". Gérard Blanc considère que ce type d'accord dans lequel l'un s'engage à réparer à l'autre le dommage qu'il lui a causé par son infraction, "constitue à l'évidence une transaction au sens de l'article 2044 du code civil"<sup>13</sup>. C'est en tout cas la terminologie générique qui est reprise par la loi du 10 juillet 1998 pour désigner l'ensemble des pourparlers avant l'introduction d'une instance. Mais cette interprétation ne fait pas l'unanimité.

Jocelyne Leblois-Happe pense que si rien, en droit, ne paraît s'opposer à une telle qualification, "il n'est pourtant pas certain qu'il soit souhaitable de la retenir" au motif "qu'il est à l'heure actuelle quasiment impossible d'obtenir en jurisprudence la nullité de la transaction même si l'une des parties n'a pas saisi la portée de l'acte souscrit"<sup>14</sup>. La difficulté de l'analyse juridique provient, dit-elle, "du lien indissociable qui unit, dans les affaires

<sup>12</sup> SIX Jean François., *Le temps des médiateurs*, Paris, Seuil, 1990.

<sup>13</sup> BLANC Gérard., La médiation pénale, *La semaine juridique*, JCP, 1994, doctrine, 3760, pp. 211-215.

<sup>14</sup> LEBLOIS-HAPPE Jocelyne, La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance: état des lieux et perspectives, *Revue de sciences criminelles*, 1994, n°3.

donnant lieu à médiation, l'aspect civil et l'aspect pénal du litige". Elle attend de la pratique et de la doctrine qu'elles définissent les clauses particulières de la médiation qui feront de l'accord soit une variété de transaction soit une convention sui generis ... avec une petite préférence pour cette dernière hypothèse.

Danièle Ganancia<sup>15</sup>, à propos de la médiation familiale, considérant que les accords ne lient ni les personnes ni les magistrats, les assimile à des pactes de famille au sens de l'article 376-1 du code civil, dont l'efficacité est subordonnée au contrôle ultérieur du juge.

Enfin Christine Lazerges observant au pénal que les parties ne peuvent transiger sur l'action publique sauf dans les cas où la loi en dispose expressément (article 6 alinéa 4 du CPP)<sup>16</sup>, ce qui n'est pas le cas de la médiation, refuse clairement de l'assimiler à une transaction. Mais comme elle le précise, il est des questions plus intéressantes, pour les spécialistes de politique pénale, que les questions de nature juridique.

La jurisprudence du 2 février 1995 du Conseil Constitutionnel relative au projet de loi visant à créer l'injonction pénale est cependant intéressante. Ce projet permettait au ministère public de proposer à un contrevenant susceptible d'encourir une peine de moins de trois ans d'emprisonnement, soit de verser une somme au Trésor, soit de participer à une activité non rémunérée d'intérêt général, en ayant soin de réparer le préjudice causé à la victime. Or le Conseil Constitutionnel invalida cette possibilité au motif que "en matière de délits et de crimes, la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle". Il rappela que si les membres du parquet appartiennent à l'autorité judiciaire il ne sont pas pour autant des juges. Le deuxième argument du Conseil souligna que, même avec l'accord de l'intéressé, des mesures comme l'injonction pénale représentent une violation de la présomption d'innocence formulée par l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme. L'admission de sa culpabilité par l'auteur devant l'autorité chargée de l'action publique ne dispense pas d'un contrôle exercé par un organe de jugement.

Par comparaison, on peut observer que dans la plupart des pays où existe un procédé proche de celui de la transaction pénale, celui-ci s'exerce toujours sous le contrôle de l'autorité de jugement. Faut-il en déduire que la médiation pénale dont la nature juridique est assez peu différente de celle de l'injonction ou de la transaction pénale est une mesure anticonstitutionnelle? Dans ces conditions ne serait-il pas opportun

---

<sup>15</sup> GANANCIA Danièle, *op.cit.*

<sup>16</sup> LAZERGES Christine., Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle, *Revue de sciences criminelles*, n°1, 1997.

d'imaginer un aménagement juridique différent qui maintienne la possibilité pour le Procureur de proposer la médiation et qui transfère au juge la compétence d'homologuer ou pas l'accord conclu entre les personnes? Il serait alors toujours temps en cas d'homologation de renvoyer le dossier au parquet pour que celui-ci classe l'affaire sans suite. Cette navette s'avèrerait probablement un peu lourde sur le plan administratif pour une mesure dont un des objectifs avoués est d'alléger la tâche des juridictions. Elle présenterait l'avantage d'orienter la pratique de la médiation pénale vers des logiques plus démocratiques que bureaucratiques. Mais d'un autre côté elle consacrerait incontestablement sa judiciarisation ce qui n'était évidemment pas le but recherché par sa mise en oeuvre. On assisterait alors au renforcement du contrôle étatique sur des engagements de nature privée. Le juge serait plus que jamais installé dans un rôle de notaire des engagements personnels, d'authentification des accords. La médiation pénale deviendrait ainsi une manière civile (au sens d'appartenance au droit civil) de résoudre les "situations-problème", le juge pénal se métamorphoserait en juge civil. C'est la fonction tutélaire du magistrat plus que sa fonction arbitrale qui serait ainsi mise à contribution<sup>17</sup>.

Le contrôle par l'autorité de jugement est prévu par la loi du 23 juin 1999 qui augmente de façon spectaculaire les pouvoirs d'orientation du parquet. Cette loi crée en particulier la composition pénale (art 41-2 du CPP). Le procureur de la République peut proposer à une personne majeure qui reconnaît avoir commis un délit ou des violences ou dégradations contraventionnelles de verser une amende de composition au Trésor public, de se dessaisir au profit de l'Etat de la chose qui était destinée ou qui a servi à la commission de l'infraction, de remettre au TGI son permis de chasse ou son permis de conduire, d'effectuer au profit de la collectivité un travail non rémunéré. La personne à qui elle est proposée peut se faire assister par un avocat avant de donner son accord à la proposition. Dès que l'accord est donné, et c'est ceci qui nous intéresse ici, le procureur saisit sur requête le président du tribunal aux fins de validation de la composition. Le président peut procéder à l'audition de l'auteur des faits et de la victime, assistés, le cas échéant, de leurs avocats. Les auditions sont de droit si les intéressés le demandent. Si le juge ne valide pas la composition la proposition du procureur devient caduque.

En définitive la nature de l'accord ne dépend pas de la qualification pénale ou civile de l'affaire. Ce qui peut faire varier la nature juridique du contrat c'est l'existence ou non d'une homologation par le procureur ou le juge. Si tel n'est pas le cas, au civil les personnes peuvent ne pas ressentir le besoin de soumettre leur accord à homologation, nous sommes dans le cadre

---

<sup>17</sup> GARAPON Antoine., *Le gardien des promesses, Justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996.

conventionnel du droit des contrats et la validité de l'accord peut dès lors faire l'objet d'une action en nullité. En revanche le principe contractuel est bridé dès lors que le magistrat exerce un droit de regard sur la convention et lui attribue des effets juridiques spécifiques, le force exécutoire au civil, l'abandon de poursuites au pénal. Nous sommes donc en présence d'un contrat sui generis dont les contours seront inévitablement précisés par la jurisprudence.

### **3. La validité de l'accord de médiation**

Le principe que consacre la médiation est celui de la liberté contractuelle. Dès lors le contenu de l'accord dépend exclusivement de la volonté des opposants. On peut cependant se demander jusqu'à quel point cette volonté peut s'exprimer. Un accord peut-il être manifestement attentatoire aux intérêts de l'un, peut-il s'affranchir de la référence à la règle de droit?

Le médiateur peut se désolidariser d'une affaire dans laquelle la solution lui paraît déraisonnable. Le magistrat qu'il soit du parquet ou du siège peut refuser d'homologuer une convention. Mais sur quels critères peuvent-ils s'appuyer pour agir ainsi?

Il semble clair pour tous qu'un accord qui contreviendrait à l'ordre public, qui serait particulièrement immoral, qui installerait une relation de dépendance psychologique de l'un des opposants sur l'autre, qui exploiterait de façon éhontée la culpabilité d'une des personnes, qui s'appuierait pour le calcul d'une indemnisation sur des éléments notoirement faux....doit être refusé. Mais cela suppose que la situation puisse être démasquée par le médiateur (cas le plus probable) ou par le magistrat (peu envisageable compte-tenu des éléments dont il dispose). Cela repose en tout cas sur une appréciation de la situation qui restera pour une bonne part subjective.

Faut-il, dans une logique de contrôle, invalider tous les accords qui ne respecteraient pas scrupuleusement les règles de droit? Cela semble peu opportun. Car la médiation ne se réfère pas à des catégories juridiques abstraites mais donne la possibilité aux personnes de s'inventer une solution normative plus adaptée aux caractéristiques matérielles, sociales et psychologiques de la situation. Autrement dit, au nom de quoi un accord qui s'écarterait de la règle de droit ou de la jurisprudence habituelle, tout en ne contrevenant pas aux droits fondamentaux des personnes, pourrait-il être refusé? La question est on le voit délicate. On ne peut bien évidemment souscrire à une solution libérale qui serait de nature à reproduire voire à renforcer des inégalités initiales. On ne peut pas davantage faire rentrer la logique de médiation dans une rationalité juridique et judiciaire qui lui ôterait tout son sens.

Force est alors de s'appuyer sur la compétence des médiateurs, c'est-à-dire sur leur respect scrupuleux de l'éthique, sur leur capacité technique à "démêler le conflit" et à distinguer le manifeste du latent, à identifier sous l'écorce juridique, la texture humaine de la situation. Pour que leur légitimité soit incontestable il est nécessaire d'augmenter le niveau actuel des exigences qui leur sont imposées en terme d'écoute et de capacité relationnelle surtout. Placer des avocats à tous les instants de la médiation pourrait éventuellement contribuer à mieux identifier des enjeux juridiques complexes mais entraverait en même temps la recherche de la vérité humaine du conflit qui demande confiance et discrétion. Enfin il ne faut pas trop attendre d'un contrôle magistral. Le procureur ou le juge du siège n'a pas ou n'a que peu rencontré les personnes. Il n'a à sa disposition que des informations réduites plus centrées sur le factuel que sur le subjectif. Et les compte-rendus des médiateurs se doivent pour des raisons de confidentialité d'être succincts et objectifs. Dans ce contexte il serait d'ailleurs périlleux de considérer que l'homologation est susceptible de purger l'accord des vices qu'il pourrait contenir.

---

Comme on vient de le voir la dimension consensuelle de la médiation respecte scrupuleusement les droits des personnes. Mais nous sommes dans le domaine de l'éthique et la question se pose du contrôle de son respect par le médiateur. Il ne serait probablement pas opportun d'enserrer la médiation dans une réglementation stricte qui en saperait la souplesse et en ferait un lieu supplémentaire de contentieux quand l'objectif est justement de sortir de cette logique-là. Il est préférable d'envisager le développement de moyens préventifs.

Le premier de ces moyens consiste à exiger des médiateurs le suivi d'une formation spécifique véritable au coeur de laquelle les questions d'éthique sont essentielles. Cette formation doit être sélective pour éviter les phénomènes de cooptation judiciaire. Le recrutement ne devrait pas dépendre seulement de magistrats peu compétents pour apprécier la qualité des médiateurs potentiels et il y a probablement d'autres modalités de désignation à mettre sur pied.

Le second moyen consiste à rendre obligatoire la supervision des pratiques par des spécialistes de la médiation extérieurs à la structure dont dépendent les médiateurs. Ces supervisions auraient beaucoup à gagner à rassembler des médiateurs venant de plusieurs horizons institutionnels et culturels.

Un troisième moyen est d'imposer l'usage de modèles standardisés d'information des justiciables du type de celui qui est mentionné page 41 de manière à ce que l'information soit effective. L'observation des pratiques montre en effet que cette phase est parfois escamotée. Ce moyen

permettrait aux médiateurs de s'appuyer sur un corpus commun de principes. Les formations que j'ai données révèlent en effet qu'ils ont des manières très diverses de concevoir et de présenter la médiation.

Un quatrième moyen préventif est spécifique au cadre pénal. Je préconise l'élaboration d'un modèle unique et concerté pour les convocations que les parquets adressent aux plaignants et aux mis en cause. Parmi celles qu'il m'a été donné de consulter j'ai en effet pu observer de notables divergences et des choix terminologiques et de rédaction qui reflètent un malentendu chez les magistrats du parquet sur le sens de la médiation.

## **II. La dimension confidentielle de la médiation**

La consultation juridique tout comme la médiation nécessitent une relation de confiance. Celle-ci ne peut s'instaurer que dans un contexte particulier. La légitimité des médiateurs ne saurait par exemple dépendre seulement de leur statut, d'ailleurs imprécis aux yeux du public, pas plus qu'elle ne peut reposer uniquement sur des qualités relationnelles. Il convient d'organiser juridiquement et institutionnellement cette confiance pour s'assurer de la dimension démocratique d'un processus qui ne saurait dépendre d'aléas individuels ou de conjonctures institutionnelles.

### **A. la dimension interpersonnelle de la confiance**

Les recommandations du Conseil de l'Europe considèrent que la médiation doit se dérouler à huis clos. Cette disposition vaut autant pour les entretiens individuels que pour les rencontres entre opposants. Le principe est donc contraire à celui du caractère public des audiences. Nous ne sommes pas ici dans un cadre étatique de régulation mais dans un espace privé. La nature privée de cet espace est plus complexe à concevoir au pénal car c'est l'autorité publique qui oriente vers la médiation et qui, in fine, homologue l'accord éventuel. Mais si le contexte juridique de la médiation pénale reste public, le processus en lui-même est privé dès lors que le parquet respecte l'autonomie des médiateurs et que la solution est réellement accouchée par les opposants.

La question se pose de savoir si le huis clos est d'interprétation stricte ou relative. Des membres de la famille, des amis, des enfants, peuvent-ils assister à tout ou partie du processus de médiation? Rien n'interdit à un médiateur, en fonction de la nature du conflit, d'avoir un entretien avec un membre de la famille ou les enfants des opposants à condition que les intéressés en acceptent le principe. Le but n'est pas de savoir qui dit vrai mais de permettre un déblocage de la situation. Le médiateur ne saurait avoir des pouvoirs d'instruction, ses initiatives doivent tendre exclusivement vers la restauration de la communication.

La question de la participation des avocats au processus de médiation est complexe mais pour d'autres raisons que celles qui nous préoccupent ici. Etant tenus au secret professionnel leur présence ne constitue pas une entorse au principe de confidentialité. Yves Cumunel et Patrick Toussaint, pensent même que l'obligation de confidentialité, obligeant l'avocat à rester silencieux et à taire le contenu de la médiation vis-à-vis de ses collègues, est plus large que celle de secret professionnel<sup>18</sup>.

### **B. La dimension institutionnelle de la confiance**

L'article D.15-5 du CPP stipule que "le médiateur est tenu à l'obligation du secret. Les informations qu'il recueille dans l'exercice de sa mission ne peuvent être divulguées". Le Conseil de l'Europe précise cependant dans ses recommandations que le médiateur doit signaler aux autorités compétentes toute information concernant l'imminence d'une infraction grave dont il pourrait avoir connaissance au cours de la médiation. Au civil, l'article 24 de la loi du 8 février 1995, précise également que le médiateur est tenu à l'obligation du secret à l'égard des tiers.

Mais le secret peut être lu de deux façons. Soit il s'agit d'une conception politique du secret conçu dans l'intérêt des médiés et non pas dans celui du médiateur ou des représentants de l'État. C'est la dimension originelle du secret qui fut philosophiquement construit pour assurer la protection des citoyens contre l'État et non pas, comme il est trop souvent perçu aujourd'hui, pour assurer impunité et légitimité aux professions qui le revendiquent. Dans ce sens-là ce secret vaut à l'égard de tous y compris du mandant. Une lecture plus restrictive considère que le secret s'applique à tous sauf justement au mandant, l'existence du mandat obligeant le médiateur à transmettre les informations recueillies.

La circulaire d'octobre 1996 et le décret du 22 juillet 1996 lèvent toute ambiguïté sur la conception du législateur. Dans son esprit le secret s'applique aux tiers, le médiateur ne pouvant leur divulguer des informations reçues au cours des entretiens. Il ne peut non plus faire état d'éléments obtenus au cours d'une médiation précédente et mettant en cause l'une ou l'autre partie. On pourrait y ajouter l'interdiction pour le médiateur de faire état devant une personne en conflit d'informations fournies par son adversaire. Dans cet esprit on peut penser que les avocats qui assisteraient aux entretiens ou aux rencontres de médiation ne pourraient pas utiliser en cas de poursuite de la procédure les documents qui leur auraient été remis dans le cours d'une médiation ou les informations qu'ils en auraient retiré.

---

<sup>18</sup> CUMUNEL Yves, TOUSSAINT Patrick, Le juge, l'avocat et le médiateur. A chacun son rôle en médiation judiciaire, *Gaz. Pal.*, 7 et 8 juillet 1999, n° 188, 189.

Par contre l'obligation du secret vis-à-vis du mandant est un peu plus complexe. Le secret n'est pas opposable au parquet auquel les médiateurs ont à rendre compte de l'ensemble de leur mission dans un rapport écrit. La circulaire de 92 mentionne cependant que l'attitude respective du plaignant comme du mis en cause durant la mesure ne doivent pas donner lieu à des appréciations d'ordre personnel de la part du médiateur ou encore que les déclarations des parties ne doivent pas leur porter tort dans une procédure judiciaire ultérieure. Au civil l'article 24 de la loi de 1995 (article 131-14 du code civil) précise que les "constatations... et les déclarations qu'ils recueillent ne peuvent être évoquées devant le juge saisi du litige qu'avec l'accord des parties. Elles ne peuvent être utilisées dans une autre instance".

Du coup la question du secret semble un peu plus claire au civil qu'au pénal. Mais dans tous les cas les médiateurs ne peuvent pas trop compter sur les textes pour savoir ce qu'ils doivent ou ne doivent pas écrire à leur mandant. Dès lors les pratiques dépendent davantage de rapports de force ou de confiance entre mandants et mandataires que de critères stricts qui définiraient précisément ce dont les magistrats ont besoin pour assurer leur fonction de contrôle. Mais plus les informations contenues dans le rapport adressé au parquet sont laconiques, réduites à leur plus simple expression, plus on prend la chance de respecter l'éthique de la médiation et de conserver une posture indépendante.

La conférence des bâtonniers tente de préconiser la posture la plus prudente en matière civile. Le médiateur ne doit pas fournir un rapport au juge mais simplement l'informer du déroulement des opérations (date et lieu) et du résultat de la médiation (accord ou carence) sans indication des éventuelles responsabilités des parties dans son obtention. Cet accord peut le cas échéant, si les intéressés le demandent, être soumis au juge afin d'être homologué, conformément à l'article 131-12 du NCPC. Cette position est confortée par les recommandations du Conseil de l'Europe en matière pénale qui considèrent que "le rapport du médiateur ne doit pas révéler la teneur des séances de médiation ni exprimer de jugement sur le comportement des parties à cette occasion".

Le risque d'un rapport trop bavard est qu'il pourrait, en trahissant la confiance accordée, apporter aux magistrats des informations fines que la meilleure des enquêtes policières ne saurait fournir. Au civil, les opposants sont seuls compétents pour contrôler le type d'information qui sera éventuellement transmis au juge. On peut aisément imaginer qu'ils puissent prendre connaissance du rapport écrit par le médiateur avant qu'il ne soit transmis au magistrat. Au pénal, le contenu du rapport peut influencer, comme je l'ai déjà évoqué, sur la décision du parquet mais aussi, dans le cas où une poursuite serait décidée, sur la décision du tribunal correctionnel ou du tribunal de police. Pour la protection des droits de la défense il serait

opportun de permettre que le rapport terminal rédigé par le médiateur soit lu par les intéressés (et donc éventuellement leurs avocats) avant d'être transmis au procureur et qu'il soit le fruit d'un accord entre le médiateur et tous les intéressés.

Au pénal, la quasi totalité des affaires traitées en médiation et poursuivies par le parquet, le sont à cause de la carence du mis en cause. Le risque existe donc qu'une juridiction de jugement prenne en considération dans sa décision un "déli de médiation" sans relation avec la nature de l'infraction reprochée. Cette occurrence est d'autant plus prévisible que les dossiers traités en médiation puis poursuivis faute de résultat, sont très maigres. Le moindre rapport peut avoir alors une influence considérable dans le débat judiciaire et le *sentencing*. Il serait donc souhaitable d'opérer une césure dans le cheminement des dossiers, de garder le secret de la phase pré-juridictionnelle en ne joignant pas le rapport de médiation au dossier judiciaire. L'idéal serait de ne pas donner d'information sur l'existence ou non d'une tentative de médiation préalable. Mais il serait illusoire de demander aux magistrats du parquet de la taire, à ceux du siège de ne rien induire des délais de traitement du dossier et surtout aux avocats de la partie civile ou de la défense de ne pas s'y appuyer, quand elle leur est utile. En définitive, s'il paraît aisé d'envisager que le rapport de médiation ne figure pas au dossier, les logiques du jeu judiciaire ne permettent pas d'éviter que des allusions soient faites à l'existence d'une médiation préalable.

### **III. La dimension contradictoire de la médiation**

Le principe du contradictoire ne peut pas s'appliquer aux modes alternatifs de résolution du conflit mais seulement à l'intervention du juge. En consacrer la reconnaissance serait admettre l'idée que nous restons dans une logique judiciaire et refuser la pertinence d'un modèle pluraliste de gestion des conflits.

Mais la souplesse que la médiation apporte dans l'éventail des modes de résolution des conflits n'est pas sans risque. Elle peut dans certains cas se développer au mépris de la protection des droits fondamentaux de la personne. Il faut donc en accompagner la mise en oeuvre d'un certain nombre de garanties et notamment, au plan pénal, de celles qui sont contenues dans la Convention européenne des droits de l'homme. Je ne rappellerai pas ici un certain nombre de principes fondamentaux évoqués précédemment, à savoir la présomption d'innocence en matière pénale et le droit de recevoir toute information utile sur le processus de médiation et ses conséquences. Seront abordés maintenant les enjeux liés à la posture du médiateur, à l'ensemble des droits de la défense, aux exigences d'équité et de délai raisonnable ainsi qu'à la règle non bis idem.

### A. La posture du médiateur

Poser la question de la posture du médiateur nécessite au préalable de savoir de quel médiateur on parle. Cette préoccupation n'a jamais été aussi forte qu'en ces temps où poussent un peu partout des "médiateurs". Pour en rester au plan judiciaire on peut déjà établir une distinction entre registre pénal et registre civil.

Initialement la médiation pénale fut pratiquée par des magistrats en exercice et en retraite, des avocats, des éducateurs et assistants sociaux du secteur privé ou du secteur public, des psychologues, des juristes associatifs, des conseillers conjugaux, des militaires en retraite, des chargés de projet auprès des municipalités.... Les statuts de ces intervenants étaient très hétéroclites puisqu'on trouvait des professionnels à plein temps et à temps partiel, des vacataires payés à l'acte et des bénévoles.

J'estimais en 1986 qu'il n'était pas souhaitable d'intégrer la fonction de médiation (ou de conciliation comme on le disait souvent à l'époque) dans le giron judiciaire. Les magistrats sont peu formés à la démarche conciliatoire. La nature traditionnellement autoritaire de leur fonction en même temps qu'elle suscite leur vocation, conditionne largement leurs pratiques. Il est peu compatible d'assumer à la fois la mission de concilier et celle de contraindre, le désir de réunir et le pouvoir de punir<sup>19</sup>. Le statut de membre du parquet rattaché organiquement au pouvoir exécutif était moins que tout autre compatible avec l'éthique de la médiation. Or des parquetiers prirent, après la création des maisons de justice, la médiation "dans leurs propres mains". Cette appropriation n'allait pas dans le sens de la déjudiciarisation tout au moins partielle souhaitée par ses promoteurs. La note d'orientation du 3 juin 1992 représenta la première tentative de définition du statut de médiateur. "Par essence, ce tiers ne saurait être le magistrat du parquet, qui décide des poursuites ou des non-poursuites, mais un professionnel ou un bénévole français ou étranger, répondant à des conditions déontologiques strictes". Mais le désordre initial persista. Tant et si bien que fut publié le 10 avril 1996 un décret prévoyant une procédure d'habilitation spécifique à la médiation pénale. Désormais la demande d'habilitation transite directement par le parquet (article D.15-2 du code de procédure pénale) avant d'être présentée à l'assemblée générale des magistrats du siège et du parquet du tribunal et de la cour d'appel (article D.15-6). L'article D.15-4, reprenant les fondements de l'ordonnance de 92, fixe le statut du médiateur qui ne doit pas exercer d'activités judiciaires à titre professionnel (1°), qui ne doit pas avoir fait l'objet d'une condamnation, incapacité ou déchéance mentionnée sur le bulletin n°2 du

---

<sup>19</sup> FAGET J., Entre l'art et le droit: la conciliation pénale, *Le Bulletin*, revue du CLCJ, 1986, n°8.

casier judiciaire(2°), qui doit présenter des garanties de compétence, d'indépendance et d'impartialité (3°).

La circulaire du 18 octobre 1996 vint expliciter et préciser ce texte. Au nom d'un principe de neutralité, l'incompatibilité du statut de médiateur avec l'exercice d'une activité judiciaire à titre professionnel présente un caractère absolu. Sont nommément exclus du champ de l'habilitation les magistrats, avocats, avoués, experts judiciaires, huissiers, conseillers prud'homme ou juges consulaires, greffiers des juridictions judiciaires ou administratives.

L'article 131-5 du code de procédure civile relatif à la médiation judiciaire en matière civile, introduit par le décret du 22 juillet 1996, est un peu moins précis dans son exclusive puisqu'il exige entre autres conditions de posséder la qualification requise eu égard à la nature du litige (3°), de justifier d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation (4°), de présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation (5°). Mais cette notion d'indépendance est loin d'être claire et n'exclut pas l'appartenance à une profession judiciaire.

Le statut du médiateur éclaire donc un choix politique. L'exclusion des professions judiciaires de l'exercice de la médiation pénale exprime d'abord un objectif instrumental, déjudiciariser un certain nombre de conflits pour lesquels les performances judiciaires sont médiocres. Mais il révèle également des objectifs d'ordre symbolique, la recherche d'une plus grande participation des citoyens à la justice et plus généralement à la régulation des conflits et le souhait d'une vision sociale de problèmes dont l'application d'une grille judiciaire de perception ne saurait assurer la totale compréhension. A l'inverse la possibilité donnée aux avocats de s'investir dans la médiation civile montre, outre le poids conséquent de leur lobby dans les choix politiques, que la médiation n'est pas considérée comme un mode de régulation autonome mais comme un outil supplémentaire de régulation juridique des conflits.

## **1. l'impartialité du médiateur**

La note d'orientation de 1992 précise que le médiateur pénal n'est ni juge ni arbitre, n'a pas à se prononcer sur la culpabilité, ne doit pas évaluer le préjudice, ne doit pas privilégier la protection des victimes ou la réinsertion du délinquant. Il ne doit faire aucun choix à la place des parties mais seulement favoriser le dialogue entre elles et les aider à trouver des solutions concrètes à leur litige. La posture du médiateur civil n'est pas différente.

Les conditions de cette impartialité impliquent qu'un médiateur doit se démettre s'il a connu l'un ou l'autre des opposants avant la médiation et que

les opposants soient reçus dans un lieu neutre. Ainsi il est inopportun d'organiser des médiations dans un palais de justice ou même une maison de justice et du droit. La médiation ne relève ni de la justice, ni du droit, c'est un espace autonome de transaction qui trouve mieux sa place dans un local associatif ou à la limite municipal. La conférence des bâtonniers ne semble pas partager cette vision quand elle déconseille que la médiation civile se tienne dans le cabinet d'un avocat (ce qui paraît aller de soi) pour lui préférer le palais de justice, la maison des avocats ou la MJD. Elle exprime en cela sa conception très juridicisante de la nature de la médiation.

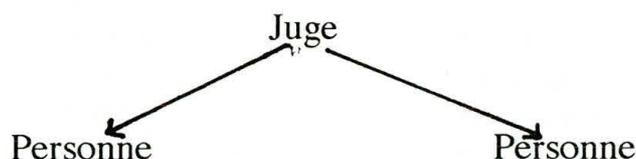
L'impartialité doit aussi découler du logo ou du nom des associations, ce qui n'est par exemple le cas ni des sigles mentionnant les victimes, ni de ceux ayant un objectif de réinsertion sociale. Il est en effet difficile pour une association qui prend fait et cause pour la victime en raison de son objet social de se présenter comme un médiateur impartial dans les rapports entre victimes et délinquants. Il en est de même pour les responsables de structures axées sur la prévention de la récidive et la réadaptation.

Cette impartialité n'est pas seulement structurelle, elle doit faire l'objet d'un questionnement personnel constant. Tout médiateur travaille avec sa propre histoire, ses seuils de tolérance, qu'il ne pourra identifier que par une recherche personnelle, une supervision ou un travail en équipe. Car la réalité sociale est constamment créée par les acteurs qui inventent la vie dans un bricolage permanent A partir d'une structure économique-sociale et d'un code culturel donnés, nous construisons notre réalité par un processus d'objectivation et d'organisation significative de nos expériences subjectives. Dans le monde judiciaire plus qu'ailleurs, où la conscience est peuplée de certitudes positives et de présupposés moraux, le médiateur doit mettre en oeuvre une dynamique d'arrachement d'autant plus intense que le "social intériorisé" est fort et paraît moins oppressif. Le médiateur doit donc prendre conscience de toutes les grilles qu'il utilise pour ordonner ses représentations du monde sous peine de ressembler à cet étranger ethnocentrique d'un adage africain "qui ne voit que ce qu'il sait".

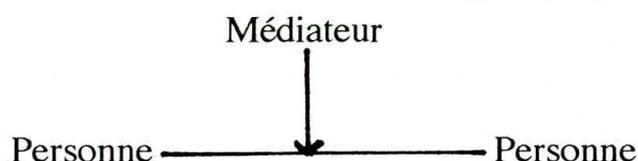
L'impartialité n'est pas la neutralité. L'apparence physique, vestimentaire, l'âge, la façon de parler, de décorer la pièce dans laquelle il travaille sont autant d'informations que le médiateur donne sur lui-même et qui rendent impossible toute prétention à la neutralité. Une neutralité aboutie supposerait l'annulation de soi-même. Or le médiateur a choisi cette fonction parce qu'il est mû par un idéal de fraternité et de compréhension. Son désir de rapprocher les écartés, de faire s'exprimer les mutismes et les rancoeurs, d'adoucir le sort des enfants écartelés entre les passions de leurs géniteurs, de protéger le plus faible des manigances du plus fort, le placent à mille lieux d'une neutralité possible. C'est la raison pour laquelle je

préfère toujours parler d'impartialité. On ne peut pas être neutre, on se doit d'être impartial. Il faut pour cela "être au milieu", occuper ce lieu équidistant entre les personnes où le médiateur met en travail la possibilité d'une réparation. Pencher d'un côté, par exemple celui du bon droit, peut faire réparation. Mais c'est au juge qu'il revient d'y procéder. Ce qui compte dans la médiation c'est que la communication s'instaure horizontalement. Ce qui fait réparation dans le modèle judiciaire c'est la désignation d'un responsable, ce qui fait réparation dans la médiation c'est de donner un sens à ce qui s'est passé. La découverte de ce sens passe par un échange sur les tenants et les aboutissants de la situation-problème. Le juge travaille donc sur les individus, le médiateur travaille sur la communication entre les individus.

### Modèle d'action judiciaire



### Modèle d'action de la médiation



## **2. l'indépendance du médiateur**

L'indépendance dont il est question ici doit surtout s'apprécier vis-à-vis de l'appareil judiciaire. Le premier indicateur d'indépendance est pour la Chancellerie l'origine non judiciaire des médiateurs pénaux. Il n'est évidemment pas suffisant et de nombreux critères idéologiques, financiers, affectifs, de prestige, sont susceptibles d'installer le médiateur dans une situation de dépendance à l'égard de l'institution mandante. Mais les relations avec l'appareil judiciaire sont plus délicates que toutes autres du fait de la puissance de l'idéologie professionnelle des magistrats. La confrontation des magistrats avec des corps professionnels moins structurés, moins prestigieux, dont le monopole d'action est moins organisé, tient plus du rapport de domination que de la concertation horizontale. Seules des professions de standing équivalent et dotées d'un capital technique incontestable (par exemple certains psychiatres ou avocats), d'une légitimité démocratique (les élus influents) ou d'un pouvoir

d'information et de contrôle (certains médias) peuvent résister à cette emprise.

Le débat est capital car faire rentrer la médiation dans une logique de traitement judiciaire des affaires c'est courir le risque de construire une justice sans droit bafouant le principe de l'égalité des citoyens devant la loi, les droits de la défense et les applications de la convention européenne en matière de procès équitable<sup>20</sup>. Cette "justice proposée", sous rationalité juridique, constituerait donc un non-sens. Ainsi Coppens considère que la médiation "doit radicalement sortir du cadre judiciaire si on prétend lui offrir un destin à la mesure des espérances qu'on place en elle" <sup>21</sup> ou 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".

Quand, dans le cadre judiciaire, le choix du médiateur est imposé par le magistrat, on peut se demander si son indépendance est concevable. Car les relations entre le magistrat et l'expert<sup>22</sup> fonctionnent le plus souvent en boucle fermée. Le magistrat désigne l'expert (association ou individu) en fonction des caractéristiques positives qu'il présente à ses yeux. L'expert anticipe sur les attentes du magistrat en fonction des contacts informels qu'il a avec lui et de la manière dont il a réagi précédemment dans des cas analogues. Ainsi de nombreuses instances de médiation se comportent en exécutantes, ne débattant jamais de l'opportunité des envois en médiation, ne proposant jamais une évaluation critique de leur pratique en distinguant les contentieux ou les contextes relationnels dans lesquels la médiation s'avère pertinente ou impertinente, favorisant plus ou moins explicitement les types d'accord prisés par leurs mandants. Ainsi certains médiateurs qui ne se sentent pas suffisamment reconnus en tant que tels et qui doutent eux-mêmes de leur propre technicité et compétence cherchent parfois une légitimité en se réfugiant derrière le paravent judiciaire soit d'entrée de jeu soit à la première difficulté relationnelle venue. Vouloir en même temps jouer les médiateurs et les pères fouettard crée une confusion regrettable entre rappel de la loi et médiation. Doit-on alors en conclure qu'une pratique comme la médiation pénale n'est pas de la médiation? Ce n'est pas mon point de vue. La médiation pénale est une médiation comme toutes les autres, la posture du médiateur est la même, ses techniques sont semblables, son objectif est similaire. Il n'en est autrement que lorsque les médiateurs sont ignorants des principes de la médiation ou incapables de les appliquer et lorsque le parquet n'a pas encore saisi la vraie nature de la

---

<sup>20</sup> LE ROY E., La médiation mode d'emploi, *Droit et société*, 1995, n°29.

<sup>21</sup> COPPENS, Ph., Médiation et philosophie du droit, *Archives de politique criminelle*, n° 14, 1991.

<sup>22</sup> KING, M, GARAPON, Antoine, 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.

médiation. C'est encore malheureusement assez fréquent mais cela ne doit pas discréditer l'ensemble des pratiques et faire désespérer à moyen terme d'une évolution qualitative.

Les conditions principales qui permettent pour un médiateur de ne pas sombrer dans une relation de dépendance vis-à-vis du magistrat peuvent être regroupées en deux catégories:

1- le haut degré de technicité du médiateur, ce qui suppose une formation spécifique approfondie. La technicité dans des domaines annexes, juridiques ou sociaux, n'est en l'occurrence d'aucun secours. On peut simplement considérer que la variété des parcours sociaux antérieurs, l'expérience des conflits, la capacité à saisir les différentes logiques qui s'affrontent, sont des gages de fiabilité. Cette technicité qui suppose l'acquisition d'une véritable culture de médiation donne les moyens de défendre une éthique et une déontologie contre les pressions institutionnelles. C'est souvent du fait de l'absence ou de la fragilité de cette culture que les médiateurs dérivent progressivement dans des logiques judiciaires de sous-traitance.

2- l'indépendance du médiateur ou des instances de médiation doit d'autre part s'affirmer sur le plan financier. Il convient pour les professionnels ou peut-être plus encore les vacataires payés à l'acte de diversifier leurs modes de financement ou de multiplier leurs mandants de manière à ne pas dépendre d'une seule source. La situation des médiateurs individuels ne pratiquant qu'un seul type de médiation, par exemple pénale, et soumis au bon vouloir d'un nombre réduit de mandants est évidemment la plus fragile.

On peut enfin se demander si les avocats pratiquant la médiation sont indépendants. Ils ne dépendent pas d'un juge, sauf à être nommément désignés par lui, ce qui les place alors dans la même position que les autres médiateurs, et on peut espérer qu'ils possèdent d'autres sources de revenu. Mais Cumunel et Toussaint, eux-mêmes avocats, se demandent, dans le cas où le "médiateur-avocat" officie en présence d'avocats assistant leurs clients, si cet avocat peut soutenir qu'il est "indépendant de ses confrères alors qu'il les rencontre, partage les mêmes préoccupations, parle le même langage, fréquente les mêmes lieux? Les parties pourront-elles se sentir libres lorsqu'elles sauront que le médiateur et leurs confidents sont collègues qui respectent entre eux des règles de préséance?"<sup>23</sup>. La dépendance pourrait alors se nicher ailleurs qu'à l'endroit où on la place généralement.

---

<sup>23</sup> CUMUNEL Yves, TOUSSAINT Patrick, op. cit.

## **B. Le droit à l'assistance d'un avocat**

Le fait que la médiation pénale ait été conçue en France en dehors du champ juridictionnel, puisqu'elle est mise en oeuvre exclusivement par le parquet explique que la présence d'un avocat n'ait pas fait l'objet d'une réflexion approfondie. L'idée qui a prévalu depuis le début est que les avocats, par formation et goût du jeu, avaient plutôt tendance à mettre de l'huile sur le feu qu'à apaiser les conflits. Ils ont donc été écartés tant de la médiation pénale que de toutes les autres mesures de troisième voie.

Or dans le même temps leur présence a été affirmée pendant la garde à vue au stade de l'information préparatoire. Il paraissait alors logique et dans l'esprit démocratique des réformes judiciaires qu'ils ne soient pas exclus de la phase parquetière. Cela s'imposait d'autant plus que tous les travaux de sociologie judiciaire montrent non seulement le poids considérable qu'a le parquet dans la sélection des dossiers mais également la manière dont il conditionne la sanction par l'orientation qu'ils leur donnent. Hormis pour les rares (1 % des dépôts de plainte) affaires faisant l'objet d'une instruction, la question de la culpabilité se décide au stade parquetier, le rôle des tribunaux n'étant, à peu d'exceptions près, que de choisir le quantum de la peine.

Les avocats ne prirent vraiment conscience des enjeux des MARC qu'à partir du milieu des années 90. Certains militants s'aperçurent que de nombreuses pratiques qualifiées indûment de médiation et pratiquées par des délégués du procureur ou de prétendus médiateurs étaient largement attentatoires aux libertés des prévenus, d'autres plus réalistes virent à travers l'ouverture de la médiation civile l'occasion d'investir un nouveau marché. Ils revendiquèrent alors une présence dans les médiations (mais curieusement assez peu dans les rappels à la loi et les réparations qui sont pourtant les plus problématiques car ils s'inscrivent dans une logique autoritaire) et surtout décidèrent d'investir le marché de la médiation en se consacrant eux-mêmes médiateurs.

Personne ne conteste le principe de leur présence dans le cadre de la médiation. Le débat consiste à savoir quand et de quelle façon il peut s'exercer. Leur prétention à devenir médiateur soulève par contre davantage d'interrogations.

### **1. La présence d'un avocat dans la médiation**

Les instances de médiation reçoivent parfois de la part d'avocats suspicieux, rétribués par leurs clients, la demande d'assister aux entretiens ou aux rencontres de médiation. Cette présence est effective dans 7% des dossiers d'après les bâtonniers du Val de Marne et dans 9% des cas dans

ma recherche nationale sur la médiation pénale. Il est possible que ces chiffres augmentent dès que seront publiés les décrets d'application de la loi de 1998 ouvrant l'aide juridictionnelle pour l'ensemble des MARC. Mais force est de reconnaître que cette présence n'a pour l'instant fait l'objet d'aucun débat de fond et dépend exclusivement de la sensibilité personnelle des médiateurs et de l'opiniâtreté des avocats.

Certains arguments plaident en faveur de la présence des avocats: la protection des droits des individus face à des médiateurs qui ne respecteraient pas l'éthique de la médiation, qui manipuleraient le consentement des intéressés, qui forceraient les décisions, qui avaliseraient des accords iniques, la nécessité de soutenir des personnes fragiles, influençables et incapables de s'exprimer. On ne peut laisser sans contrôle des médiateurs dont on ne connaît pas bien les compétences et qui ne tirent leur légitimité que de leur seule nomination par la juridiction.

En sens inverse la présence des avocats accrédite l'image d'une sous-justice gouvernée par des principes juridiques et reproduisant à l'identique, présence du juge exceptée, un rituel judiciaire de conflit aux antipodes de la logique pacificatrice de la médiation. Elle entrave la recherche d'une responsabilisation d'individus dont on veut qu'ils se réapproprient leur conflit, qu'ils se responsabilisent et qu'ils s'engagent personnellement et ce d'autant plus que les relations entre l'avocat et le client sont très majoritairement orientées par le modèle du pouvoir discrétionnaire<sup>24</sup>. Même dans le cas où la présence des avocats est taise, tout psychosociologue débutant serait capable de démontrer que la présence d'un tiers agit négativement sur la sincérité et la profondeur des propos tenus. Or tout médiateur comme tout avocat expérimentés savent que le visage juridique des conflits cache en réalité des problématiques bien plus profondes. Axer la présence des avocats sur la préservation des droits n'est dès lors qu'une position théorique vidée de son sens quand les enjeux humains du conflit sont d'un autre ordre. Enfin chacun peut imaginer les déséquilibres pouvant être occasionnés quand un seul des opposants est assisté par un avocat sans parler de la lourdeur et du formalisme engendrés par la multiplication du nombre des acteurs sur la scène de médiation.

Ces différents arguments me conduisent à préconiser le modèle suivant d'intervention de l'avocat:

\* renforcer la possibilité pour les personnes de consulter à tout instant du processus un service juridique compétent ou un avocat. Cette possibilité doit être clairement évoquée dans les courriers invitant à engager une

---

<sup>24</sup> Lucien KARPIK, *Les avocats, Entre l'Etat, le public et le marché*, Paris, Gallimard, 1995 et Philippe MILBURN, *La défense pénale. Une relation professionnelle*, Thèse, Paris VIII, 1991.

médiation, dans la présentation orale initiale que le médiateur fait de la médiation, avant la signature d'un accord.

\* accepter la présence d'un avocat ou de toute autre personne compétente lors du premier entretien de façon à ce que la personne puisse en accepter le principe avec une vision claire des règles du jeu. Cette présence lors d'autres entretiens éventuels pourra être débattue en fonction de leur finalité. Si leur objectif est d'approfondir une problématique personnelle douloureuse il n'est opportun que l'avocat soit présent mais d'un autre côté sa participation taisante peut être de nature à éviter tout phénomène de transfert entre la personne et le médiateur. N'oublions pas en effet que la médiation n'est pas une instance thérapeutique. En toute hypothèse et dans l'esprit de la médiation, l'avocat ne peut pas représenter son client ou parler à sa place. Il ne peut être qu'un accompagnateur taisant.

\* éviter la présence même taisante d'avocats lors de la rencontre de médiation. Cette présence inhibe la profondeur et la sincérité des propos tenus, place le processus dans une logique inspirée de l'affrontement judiciaire alors que l'objectif de la médiation est justement de décentrer le conflit sur une dynamique humaine et de communication.

## **2. La possibilité pour un avocat d'être médiateur**

En matière civile, toute personne intéressée par une médiation peut contacter indifféremment une association spécialisée ou les nouvelles maisons de la médiation créées par les barreaux. Le médiateur peut également être mandaté par un juge civil. Celui-ci peut orienter la médiation sur toute personne qualifiée, médiateur ou avocat, ou sur une institution, association ou barreau. Nous sommes donc dans une situation concurrentielle.

Ces pratiques n'en sont qu'à leurs balbutiements, cependant elles soulèvent deux ordres de questions. Peut-on être à la fois ou successivement avocat et médiateur et à quelles conditions? Peut-on concevoir des médiations orchestrées exclusivement par des avocats dont l'un serait considéré comme médiateur?

Ayant été avocat puis bien plus tard médiateur, j'ai le sentiment que l'on peut naturellement avoir des attitudes de médiateur en étant avocat, mais qu'il est dangereux de vouloir en même temps ou successivement occuper un statut de médiateur et un statut d'avocat. Je rejoins en cela la position de Cumunel et Toussaint quand ils disent que le médiateur doit rester "étranger aux parties et à la justice, dans l'intérêt des justiciables qui ont besoin d'images simples et fortes, dans l'intérêt de la justice, dans l'intérêt

des avocats"<sup>25</sup>. Rien n'empêche les avocats s'ils le désirent de se "défroquer" pour devenir médiateurs (mais la fragilité de cette profession naissante et ses enjeux financiers modestes n'ont à ma connaissance pas encore suscité de vocation de leur part). Passer d'une éthique à une autre, d'une technique à une autre, présente le risque d'une confusion extrême et dans la perception de son propre rôle et dans celle des usagers.

C'est le modèle, importé des États-Unis, de l'avocat néo-libéral qui nourrit les fantasmes de la profession. C'est moins de médiation que les avocats se préoccupent que de relever le défi de la modernisation de leur profession. Celle-ci passe par l'expansion et la diversification des activités. La médiation figure alors pêle-mêle dans un ensemble d'opportunités qui amalgament toutes les sortes d'arrangements et de négociations extra ou péri-judiciaires<sup>26</sup>. On est alors loin du souci de mieux garantir l'accès au droit. Car si l'avocat peut à juste titre se prévaloir d'un monopole de la défense des droits des personnes face au juge et à tous ceux qui bénéficient d'une délégation de ses prérogatives, ce n'est pas la mission qu'il exerce en devenant médiateur. On se trouve alors dans des registres d'activité extrêmement différents. L'ambiguïté de la position de la profession face à la médiation s'illustre notamment, je l'ai déjà signalé, par le désintérêt manifeste qu'elle a pour toutes les pratiques pénales de troisième voie, rappel de la loi, réparations, qui ne se caractérisent pas par une éthique démocratique. En réalité nous nous trouvons dans une situation où se croisent les exigences de la morale d'un côté et du marché de l'autre avec une prééminence de plus en plus forte de ce dernier. Si bien que la portée du discours externe (la défense des droits) est mise en doute par la prégnance du discours interne (la rationalité économique). L'exigence d'une meilleure protection des droits dans la médiation relève de la culture professionnelle libérale classique, la volonté de devenir médiateur s'inscrit dans la construction d'une nouvelle culture qui tente difficilement de concilier une modernité humaniste (face à l'échec des tribunaux dans leur rôle de pacification sociale) et des logiques de marché néo-libérales envahissantes.

Exprimer des doutes sur le choix politique qui consacre l'investissement de la médiation par les avocats ne revient pas à nier les qualités intellectuelles et humaines d'un certain nombre d'entre eux pour accomplir ce type d'activité. Toutefois je considère que le savoir et l'expérience de ceux-là ne suffisent pas, loin s'en faut, à adopter une posture de médiateur. Pour y parvenir les conditions sont les suivantes:

\* suivre une formation spécifique

---

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Ce type d'activité représente la fonction la plus faible dans toutes celles que les avocats exercent, voir KARPIK, op. cit. p.307.

\* cette formation ne doit pas être organisée par un barreau (qui n' a aucun monopole sur cette activité) mais se situer dans un cadre universitaire ou professionnel

\* cette formation doit être sélective, sanctionnée par un examen (actuellement tous ceux qui s'inscrivent dans une formation se voient décerner le label de médiateur)

\* cette formation doit être continuée grâce à des supervisions, l'assistance à des séminaires de formation rassemblant des médiateurs de tous statuts et origines culturelles.

\* enfin il serait bon pour limiter, si faire se peut, les risques de confusion, séparer les domaines d'activité dans lesquels l'avocat intervient comme médiateur de ceux dans lesquels il continue à soutenir une posture d'avocat. Le choix d'un domaine spécialisé pour la médiation limiterait les superpositions dommageables et éclairerait sur les motivations réelles des avocats.

Cet investissement des avocats dans la médiation provoque des situations inédites qui ne sont pas sans poser de questions. C'est ainsi que se déroulent des médiations en présence de 3 avocats, un avocat qui par un tour de passe-passe se mue en médiateur, les deux opposants assistés de leurs avocats. On peut d'abord s'inquiéter du risque de surcodage juridique du processus du fait de la présence de trois juristes, a fortiori, ayant la même grille professionnelle de lecture. On peut faire l'hypothèse par exemple qu'ils préféreront un accord "équitable" à un accord "harmonique". On peut ensuite s'inquiéter que ce déplacement du lieu de régulation en dehors de l'institution judiciaire aboutisse finalement à la seule mise hors circuit du juge alors qu'il était dans l'objectif des MARC de changer de logique. On peut enfin douter que s'expriment devant un tel aréopage de professionnels du droit et en présence d'autant de personnes, des sentiments, des doutes, des angoisses dans lesquels s'enracine le conflit. On peut certainement concevoir que ce type de rencontre est utile pour aménager, plus démocratiquement que ne le faisait jusqu'alors le juge, un certain nombre de droits ou pour aboutir à des solutions dans des conflits financiers. Mais dans ce cas il ne s'agit pas de médiation mais de négociation. Dans des domaines où le facteur humain est primordial ce genre de dispositif ne peut que pâtir d'un contexte de communication saturé de droits et où les acteurs sont insuffisamment formés à l'écoute et au décodage des enjeux psychologiques. Car, on ne le dira jamais assez, un "conflit en cache toujours un autre".

### **C. le caractère équitable du processus**

On ne peut évidemment assimiler la médiation à un procès. Elle s'inscrit dans une autre logique et doit garder ses spécificités. Mais la disposition de l'article 6 de la convention mentionnant que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement nous paraît devoir être respectée.

Cette référence à l'équité impose l'obligation éthique pour le médiateur de traiter chacun des participants à la médiation de façon égale. Son impartialité doit le conduire à appliquer les règles du jeu de façon constante. Il doit ainsi veiller à l'équilibre des temps de parole, à faciliter l'expression et l'écoute des deux protagonistes. Cette règle vaut également pour la médiation pénale alors que certains voient un déséquilibre dans le statut des opposants. De notre point de vue, il existe un plaignant et un mis en cause, pas un auteur et une victime. Du fait de la relativité de ces statuts, les personnes doivent être considérées de façon équivalente par le médiateur. Pour lui il existe un conflit entre deux ou plusieurs personnes et son rôle est d'en faciliter le règlement par une méthode appropriée basée sur la mise en communication des intéressés. Rien de plus. cette position a pour intérêt de garantir la présomption d'innocence et de ne pas reproduire des logiques pénales souvent attentatoires à cette présomption.

Mais cette réflexion n'épuise pas la question de l'équité en médiation. Les caractéristiques personnelles des personnes en présence, âge, degré de maturité, capacités intellectuelles, la façon différente dont elles ont vécu un conflit pénal, fort sentiment de culpabilité pour un mis en cause, traumatisme émotionnel important pour un plaignant, doivent conduire le médiateur à ajuster sa pratique au contexte particulier de chaque interaction. Il doit ainsi veiller à l'existence de déséquilibres de pouvoir entre les personnes, à l'existence entre elles de rapports de dépendance statutaires (enseignants-élèves, employeurs-employés.....) ou subjectifs (relations d'emprise....). Les recommandations du Conseil de l'Europe n'interdisent pas dans ces cas au médiateur de "remédier aux disparités en matière de pouvoir et d'aptitudes et (de) rétablir l'équilibre en faveur des parties désavantagées".

Cette notion d'équité entre également en jeu dans la conclusion du processus. Rappelons que l'accord n'est pas le fait du médiateur, il n'est ni un arbitre ni un juge, il doit simplement mettre en débat (avantages et inconvénients) tous les accords proposés par les personnes. Même si certains lui paraissent préférables à d'autres, il ne doit pas en induire le choix. Il peut cependant éprouver des doutes lorsqu'un accord ne lui paraît pas tenable, compte tenu des circonstances ou de l'état affectif des personnes, ou encore lorsque l'accord lui semble nettement préjudiciable aux intérêts d'une des personnes.

L'ordonnance de 1992 demandait, en matière pénale, que "l'évaluation du préjudice ne soit ni ridicule, ni exorbitante". Les recommandations du Conseil de l'Europe posent un impératif de proportionnalité aux accords de médiation ce qui signifie qu'ils doivent correspondre, dans des limites assez larges, à la gravité de l'infraction. Mais cette façon d'instituer le médiateur comme évaluateur de l'accord est problématique. Car quels

doivent être ses critères? S'il s'agit de la jurisprudence habituelle des tribunaux dans des cas similaires, n'est-ce pas reconnaître l'existence d'une sous-justice, sans juge, sans défense, et dont les accords doivent peu ou prou ressembler aux décisions judiciaires? Je préfère penser qu'il est fait référence à une notion d'équité plus large, plus enveloppante que celle que consacrent les usages judiciaires. On demande donc au médiateur d'avoir une sorte de conscience supra-juridique au moyen de laquelle il s'arrogera un droit de regard sur l'accord passé par les parties. Mais cette vision instantanée de l'injustice devra alors pour être nette se nourrir d'éléments biographiques profonds car le sens de l'accord ne sera jamais le même pour l'offenseur, la victime et le tiers médiateur. Rien ne dit en effet qu'un accord apparemment inéquitable aux yeux d'un médiateur sera plus mal suivi qu'un accord qui lui semble a priori équilibré. C'est du sens que prend cet accord dans l'histoire de vie de la personne qu'il est question, pas d'un ersatz de justice. Certes les difficultés qu'éprouvent les médiateurs à "cautionner" certains accords sont bien réelles. L'instance de médiation ne doit certainement pas authentifier des rapports de force qui lui sont extérieurs, accentuer des inégalités statutaires. Le médiateur peut difficilement admettre qu'un plaignant soit indemnisé de manière somptuaire pour un préjudice qu'il estime modique, qu'un autre se fasse rembourser pour le même motif à la fois par les assurances et le mis en cause, qu'un devis vraisemblablement faux serve de base de discussion.

Comment résoudre le paradoxe qui surgit de la confrontation entre un discours de médiation qui offre aux parties la faculté d'inventer une solution à leur conflit et une réalité pratique qui impose de leur retirer cette possibilité si l'accord déroge à la perception pré-construite du médiateur-veilleur? Le médiateur a la faculté d'informer les personnes qu'il considère l'accord comme inéquitable. Mais cette issue de secours n'est pas exempte de risque. Car l'expression de son "désaccord" peut constituer une manipulation destinée à rééquilibrer la relation de médiation dans un sens plus conforme à son imaginaire juridique ou social. Il faut sans doute en la matière faire le deuil d'une application idéale du consensualisme mais s'entourer d'un certain nombre de garanties faciles à mettre en oeuvre.

C'est ainsi qu'il ne faut jamais hâter la signature d'un accord. Il est nécessaire d'accorder aux personnes un temps de réflexion pendant lequel elles peuvent réfléchir avec plus de recul aux conséquences de leur engagement. Il est de bonne pratique d'encourager les protagonistes à s'entourer de conseils juridiques (services juridiques de proximité, avocats) ou humains (amis, psychologues, conseils conjugaux, spécialistes de la relation...). Si malgré tout les personnes persistent dans leur intention initiale, le médiateur peut, en dernier ressort, invoquer une clause de conscience et refuser de cautionner l'accord. Dans le cadre judiciaire il doit alors en informer son mandant.

### **D. l'exigence d'un délai raisonnable**

La médiation a été conçue de manière à promouvoir dans la régulation des conflits d'autres logiques que judiciaires mais également pour remédier aux lenteurs de la justice. Du coup il serait mal accepté qu'elle puisse se dérouler sur une longue période. Un délai de médiation raisonnable, dans cet esprit, semble être un délai plus court que celui d'une procédure judiciaire.

L'autre enjeu soulevé par la durée de la médiation tient à la possibilité donnée aux intéressés, tant au plan civil que pénal, d'interrompre à tout instant le processus. Pour éviter que la médiation ne soit utilisée par certains comme une manoeuvre dilatoire, une stratégie d'entrave au droit d'accès à un tribunal, il convient d'en limiter la durée pour permettre éventuellement la reprise d'une action en justice pas trop éloignée de l'origine du conflit. Une reprise trop tardive ôterait en effet une partie de son sens et de ses capacités instrumentales à l'intervention judiciaire.

Au civil, le décret du 22 juillet 1996 fixe à 3 mois la durée d'une médiation, renouvelables une fois. Mais ce délai peut être prolongé par le juge par une nouvelle décision si les intéressés le souhaitent. En matière pénale le délai prescrit est identique. Une durée supérieure doit rester exceptionnelle sous peine de dénaturer l'esprit de la médiation.

La souplesse me semble de bon aloi car il est délicat d'anticiper sur le temps d'une médiation. Celui-ci peut fluctuer en fonction de la profondeur et de l'intensité du conflit, des stratégies des acteurs et de leurs avocats, des difficultés relationnelles et matérielles à trouver un terrain d'entente... Ainsi Le Roy pense qu'une des spécificités de la médiation est justement de s'inscrire dans le temps en prenant en considération des temporalités souvent négligées dans nos sociétés. Le médiateur doit se situer, "de manière itérative, dans le temps des origines du conflit, dans le temps actuel de la confrontation entre les parties et dans le long terme du devenir des relations sociales qui devront être restaurées"<sup>27</sup>.

Pourtant il est nécessaire de concevoir des garde-fou dont l'emplacement dépend de la fonction que l'on assigne à la médiation. Si l'on admet qu'elle ne doit pas constituer une prise en charge sociale, éducative ou thérapeutique, alors elle doit être restreinte dans la durée. Car une trop longue fréquentation de l'instance de médiation ne permettrait pas de conserver l'impartialité et la distanciation nécessaires. Il y a fort à parier, nous le savons par expérience, que des "médiés" ayant le sentiment de n'avoir jamais été écoutés de cette façon, puissent utiliser ce type de

---

<sup>27</sup> LE ROY E., La médiation mode d'emploi, *Droit et société*, n°29, 1995, pp. 39-55.

services dans des logiques consuméristes. Les exemples ne manquent pas de cas dans lesquels des personnes bien écoutées développent des attitudes de dépendance vis-à-vis d'une instance qui a pour but de les responsabiliser et de les autonomiser. Des couples en conflit peuvent trouver dans ce type de lieu une façon de réguler leur relation sur le long terme ou pire d'entretenir à leur façon le conflit qui les oppose. Bref, pour ne pas glisser dans l'accompagnement ou la thérapie un médiateur doit poser un cadre temporel à son intervention. Ce cadre doit correspondre aux spécificités de la situation mais on peut en fixer les limites supérieures pour les situations les plus complexes à deux ou trois entretiens individuels de préparation et à 6 ou 7 rencontres de médiation, le tout ne devant jamais excéder une année d'intervention.

### **E. La règle non bis idem**

Le parquet peut en théorie, en vertu de son pouvoir d'opportunité, poursuivre le mis en cause en dépit d'un accord. Mais cette possibilité doit rester, d'après la note d'orientation de 1992, exceptionnelle. Les avocats du syndicat des avocats de France (SAF) s'insurgent contre cette possibilité et demandent que le parquet soit tenu à l'abandon des poursuites en cas d'accord entre les personnes et de respect des engagements imposés. Cette extinction de plein droit de l'action publique est également recommandée par le Conseil de l'Europe qui voudrait que des poursuites ne soient pas de nouveau engagées pour les mêmes faits (règle non bis in idem).

Cette proposition paraît tout à fait justifiée. Pourtant son application pose deux types de problème. D'une part elle dépend de la bonne application de l'accord conclu, ce qui suppose que le médiateur ait pu le vérifier. Si cette condition est facile à remplir pour des prestations ou des engagements à réalisation instantanée, elle pose davantage de difficultés pour des accomplissements progressifs organisés sur une période de temps assez longue. D'autre part elle a pour effet de supprimer le pouvoir d'homologation du magistrat et par conséquent de le transférer au médiateur. Sans parler du danger qu'il y a à donner une telle responsabilité à des médiateurs mal recrutés, peu formés, dont le penchant à se prendre pour des juges n'est pas à sous-estimer, ce glissement de rôle rend plus difficile la mise en oeuvre du principe de non-directivité. La solution consiste bien sûr pour le médiateur à inciter les opposants à prendre systématiquement conseil avant toute signature d'accord. Ainsi chacun restera à sa place et la médiation pourra résister au danger qui la guette dès lors qu'y interviennent magistrats, avocats et médiateurs de tous bords, celui de la confusion des langues qu'on y parle et des rôles qu'on y tient.

## Chapitre 3

### L'articulation pratique entre accès au droit et médiation

Je pensais rencontrer des articulations entre les pratiques d'accès au droit et celles de médiation dans les MJD. Ces "maisons du parquet" ne furent pas propices dans un premier temps au développement de l'accès au droit. Les pratiques de "troisième voie"<sup>1</sup> y prirent toute la place. Mais je pensais qu'une lame de fond "civile" était venue progressivement en tempérer les effets. Le fait qu'elles soient placées depuis 98 sous la double autorité des procureurs de la République et des présidents des Tribunaux de grande instance en constituait un indicateur. De fait on y observe un renforcement général des prestations d'accès au droit et des actions en faveur de la citoyenneté. Pour autant les relations entre ces différentes activités restent pour l'essentiel défailtantes. Si les MJD apparaissent de plus en plus comme des auberges espagnoles dans lesquelles en fonction des relations qui se tissent entre partenaires peuvent se nicher de multiples pratiques sociales, cette liberté de création est encore souvent entravée par un mode de leadership des magistrats qui s'accommode assez mal de relations horizontales. En conséquence il arrive que des prestations d'accès au droit et de médiation soient données dans le même lieu et parfois à des heures

---

<sup>1</sup> la loi du 23 juin 99 intégrée dans l'article 41-1 du code de procédure pénale précise que le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, directement ou par délégation:

- 1° procéder au rappel auprès de l'auteur des faits des obligations résultant de la loi
- 2° Orienter l'auteur des faits vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle
- 3° demander à l'auteur des faits de régulariser sa situation au regard de la loi ou des règlements
- 4° demander à l'auteur des faits de réparer le dommage résultant de ceux-ci
- 5° faire procéder, avec l'accord des parties, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime.

proches sans que pour autant une réflexion soit menée sur leur mise en communication.

Ce n'est pas seulement le cadre des MJD qui induit cette sectorisation. J'ai pu observer la même difficulté dans une maison du citoyen de la banlieue bordelaise dans laquelle une association que je préside tient une permanence de médiation alors qu'une autre association donne des prestations d'accès au droit. Malgré les efforts répétés de l'instance de médiation pour penser une articulation entre les deux permanences, les juristes n'ont jamais donné de suite à la proposition. Alors que l'instance de médiation renvoie sur la scène juridique des conflits qui ne peuvent utilement se régler en médiation ou des personnes qui ont besoin de connaître leurs droits avant de s'investir dans une démarche de médiation, l'inverse ne se produit jamais. On a l'impression d'une cécité de la part des juristes à imaginer d'autres modes de régulation que juridiques. C'est donc probablement plus un problème de culture que d'institution qui entrave la perception d'un modèle pluraliste de règlement des conflits.

J'ai ensuite cherché à mieux connaître certaines expériences basées sur des modalités originales. Ce fut le cas de l'association Themis implantée en Alsace spécialisée dans l'accès au droit pour les jeunes avec laquelle j'avais déjà eu l'occasion de travailler. Malgré de bonnes relations avec des associations pratiquant la médiation comme Accord à Strasbourg, aucune réflexion n'a encore été mise en oeuvre sur la relation accès au droit/médiation. J'ai également pris contact avec le Rassadj (Réseau d'associations, syndicats et structures de travail social pour l'accès au droit et à la justice) de Lille. Ce réseau a pour objectif, dans le but de "considérer le citoyen comme sujet de droit dans un esprit de responsabilité et de solidarité et non d'assistantat", d'informer les acteurs associatifs, syndicats et travailleurs sociaux participant à l'accès au droit et de leur fournir un conseil juridique qualifié, de former des promoteurs d'accès au droit capables de faire le lien entre la vie quotidienne des personnes et le droit. Cette démarche part du constat que l'ignorance des droits "n'est pas l'apanage des seules populations en situation d'exclusion...de nombreux publics-relais, acteurs associatifs, syndicaux, travailleurs sociaux) "démissionnent dès qu'il s'agit de droit et de justice". Le principe d'action étant la coopération entre chaque membre du réseau, j'ai pensé que des liens pouvaient exister avec des programmes de médiation. Mais un échange épistolaire puis téléphonique ainsi que la lecture de plusieurs numéros du bulletin de liaison m'ont convaincu que ce n'était pas le cas.

Enfin l'articulation était encore moins évidente entre permanences d'accès aux droits tenues par les avocats et associations de médiation. De nombreuses expériences de terrain m'ont appris que les relations entre avocats et associations d'accès aux droits et/ou de médiation sont tendues. Cette tension n'est pas surprenante pour les raisons traitées plus avant.

L'animation d'un groupe de travail dans le cadre de la mission Droit et Ville m'a cependant permis d'observer l'existence d'un malentendu entre associations et avocats notamment sur tout ce qui concerne le rapport à l'argent. De fait une méconnaissance réciproque existe entre les associations et des avocats qui s'engageant dans l'accès au droit sont souvent des militants (que les barreaux protègent car ils assurent la survivance de cette idéologie du désintéressement cultivée de tous temps par la profession et qui rachète les péchés de gourmandise financière auxquels se livrent certains), ou ceux dont les revenus sont les plus faibles et qui se retrouvent parfois précarisés par l'évolution marchande de la profession.

J'ai identifié une association, Médiation dans la ville à Béziers qui a commencé à pratiquer l'articulation entre accès au droit et médiation. Créée en 1995 elle se situe dans le quartier de La Devèze présenté difficile. Elle propose un espace unique animé par un agent de développement local qui rassemble quatre associations mobilisées autour de l'accès au droit, de la médiation et de la reconstruction des liens sociaux et fonctionnant sur un système de permanences:

- . l'association Médiation dans la ville
- . le conseil biterrois pour l'accès au droit
- . l'association départementale d'information et d'aide aux victimes
- . le point rencontre

L'association Médiation dans la ville pratique à la fois des médiations pénales et des médiations sociales de quartier. Elle rassemble des magistrats, des travailleurs sociaux, des membres d'associations de quartier, des institutions et des élus. Alors que la médiation pénale couvre l'arrondissement Béziers-Saint Pons, la médiation sociale ne concerne que le quartier de La Devèze et se cantonne aux problèmes de voisinage. Les médiateurs sont des habitants du quartier et relèvent de cultures et d'origines différentes. Ils sont engagés dans la vie sociale du quartier. Ils reçoivent une formation de 4 ou 5 demi-journées et bénéficient d'un soutien à travers un groupe mensuel d'analyse des pratiques supervisé par un psychologue et un juriste.

L'articulation entre médiation et accès au droit est présentée de la façon suivante: "la présence de juristes et les activités des associations d'accès au droit, les liens qui existent avec le parquet, l'activité de l'agent de développement local, permettent à la médiation sociale de prendre appui sur un environnement favorable repéré comme un lieu de parole pour accéder à ses droits ou les faire valoir dans la vie sociale du quartier". Dans la pratique il ne m'a pas été possible d'observer comment concrètement s'articule accès au droit et médiation.

La question de cette articulation est de plus en plus d'actualité comme le montre le document de travail réalisé en mars 2000 par l'association parisienne Droits d'Urgence intitulé Projet Médiation. Il initie une réflexion sur l'accès des plus démunis "au droit à la médiation", la médiation n'étant plus seulement considérée comme un mode alternatif de règlement des conflits mais comme un outil de lutte contre l'exclusion. Il débouchera en mai sur une journée de réflexion.

## **I. Les modalités de l'articulation entre accès au droit et médiation**

J'ai concentré mon analyse sur deux expériences reposant sur deux montages différents et n'ayant pas exactement le même objet. L'une, celle de Marseille, est proche des milieux judiciaires qui ont été à son origine, l'autre, celle de Pessac, née de la rencontre d'une volonté municipale et de l'action associative, s'en tient à l'écart. Les deux programmes ont ceci en commun qu'ils font appel à l'initiative citoyenne.

Il ne s'agira pas de comparer véritablement deux dispositifs dont l'ampleur est nettement différente puisque si celui de Marseille concerne un territoire immense et plusieurs communes, celui de Pessac est limité à une commune moyenne de l'agglomération bordelaise. Cette différence d'échelle induit nécessairement des montages et des fonctionnements différents.

### **A. Les Antennes juridiques et de médiation de Marseille (ASMAJ)**

Nées en 1989 de l'imagination d'un magistrat, et mises en oeuvre avec le Tribunal de grande instance, le Barreau et le Conseil communal de prévention de la délinquance de la ville de Marseille, les antennes ont pour objectif de renforcer la présence du droit dans les quartiers connaissant des difficultés économiques, sociales et humaines. L'idée de créer des services juridiques de proximité s'appuie sur le constat que les situations de précarité engendrent souvent des attitudes de repli. Le droit doit alors aller à la rencontre des citoyens quand ceux-ci ne peuvent aller au droit.

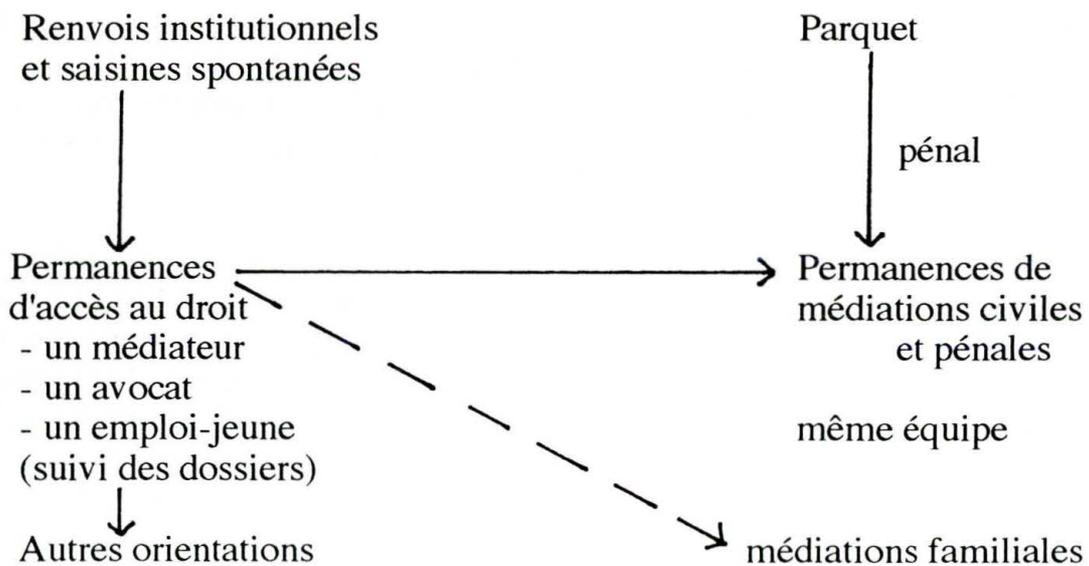
#### **1. Les principes de fonctionnement**

Des antennes, dont l'accès est gratuit, ont été implantées progressivement dans les quartiers "difficiles". Leur nombre n'a cessé de croître. Il en existe 11 actuellement (Saint-Mauront Bellevue, La Soude, Vallée de l'Huveaume, Val Plan, Centre social Malpassé, Saint Barthélémy, Kallisté-La Granière, Saint Antoine, UAS Saint Louis, La Castellane) auxquelles il faut ajouter celles de La Ciotat et d'Aubagne.

L'augmentation sensible d'un besoin d'information juridique en matière de droit de la famille mais aussi de soutien dans la gestion des conflits familiaux, ont incité la commission accès au droit du CCPD à la création de permanences de médiation familiale auprès de certaines antennes (3 pour l'instant). Le dispositif est alors un peu différent puisque c'est un médiateur familial qui intervient en solo.

Les avocats qui participent aux antennes sont volontaires et désignés par le Bâtonnier. Ils reçoivent une indemnité de 1000F pour chaque permanence de 3 heures. Ils sont deux à participer en alternance au fonctionnement de chaque antenne. Leur rôle est d'apporter des réponses juridiques immédiates ou différées selon la complexité des cas. Pendant la médiation ils ont pour mission de donner à chacun l'exacte connaissance de ses droits et de ses obligations tout en respectant une stricte neutralité. Les avocats les plus anciens ont été progressivement remplacés, selon le souhait du barreau, par une douzaine d'avocats plus "neufs". Il faut préciser que les avocats ont l'interdiction de pratiquer un "droit de suite" sur les affaires qu'ils ont à connaître pendant les permanences sauf si des raisons d'urgence l'exigent.

### Schéma de fonctionnement



Les médiateurs sont des hommes ou femmes d'expérience, généralement déjà connus par les membres de l'association pour leurs engagements dans la vie associative et choisis pour leur capacité d'écoute et de dialogue. Leur proximité des réalités sociales et humaines est cependant contrôlée dans la mesure où l'association considère qu'il n'est pas opportun que les

Ces antennes ont plusieurs missions:

- favoriser l'accès au droit des personnes en difficulté
- développer la résolution amiable des conflits pour contribuer à la restauration du lien social
- procéder à des médiations pénales sur mandat du procureur de la République

Les antennes fonctionnent deux fois par mois sur chaque site dans des lieux mis à leur disposition par des équipements de quartier. Cette pratique permet à la fois un repérage facile par la population du quartier qui s'y est généralement déjà rendue pour d'autres services, et un contact direct avec les relais sociaux du terrain. Les quartiers ont été choisis (Aubagne et La Ciotat exceptés puisque les antennes y sont communales) en fonction des sites prioritaires de Développement social urbain (DSU), retenus par le contrat de ville ce qui garantit le soutien financier de la politique de la ville.

Les permanences présentent l'originalité d'être tenues non pas seulement par des juristes, comme le veut la tradition, mais également en présence d'un médiateur afin d'avoir une lecture pluridisciplinaire des demandes présentées par les usagers. Ce caractère pluridisciplinaire était encore plus affirmé par la présence jusqu'en 1999 d'un travailleur social de l'association d'aide aux victimes (AVAD) mais cette organisme pour des raisons de stratégie interne a décidé de se retirer des antennes. Ces assistants sociaux ont été remplacés par deux emploi-jeunes (un assistant social et un juriste) qui couvrent toutes les permanences et assurent le suivi des dossiers lorsque la nature des conflits est complexe, que les personnes sont en trop grande difficulté pour procéder elles-mêmes aux démarches nécessaires où lorsque l'urgence l'exige.

Le fonctionnement habituel est le suivant. Les personnes se rendent aux antennes comme dans n'importe quel point d'accès au droit. Elles attendent leur tour dans une salle d'attente. Elles sont ensuite reçues par les trois personnes. C'est le médiateur qui a la charge de la régulation de l'entretien. L'équipe s'efforce collectivement d'identifier la nature réelle du problème soulevé et soit dispense sur le champ un conseil juridique, soit oriente l'usager sur les services compétents pour traiter son problème, soit propose une médiation. Dans le cas où l'usager accepte l'offre de médiation, l'équipe s'assure des coordonnées du mise en cause afin de l'entretenir par lettre et/ou téléphone d'une proposition de médiation. Si celui-ci en accepte le principe une rencontre est organisée lors d'une permanence spécifiquement consacrée aux cas de médiation pénales et civiles, toujours dans les mêmes lieux mais un autre jour de la semaine et à une autre heure. C'est la même équipe composée de trois personnes qui procède à la rencontre de médiation. Le médiateur endosse alors un véritable rôle de médiateur.

médiateurs vivent ou militent dans le quartier où ils interviennent. Ils sont donc plutôt affectés dans des zones qu'ils connaissent moins. Si un certain nombre d'entre eux étaient juristes de formation, pour des raisons tenant à l'histoire de l'association, la tendance est aujourd'hui d'axer le recrutement, lorsque l'un d'entre eux suspend ses activités, vers des non juristes (banquier, urbaniste, syndicaliste, dominicain, professeur d'éducation physique, chercheur au CNRS, mère en congé parental...). Ils reçoivent pour leur contribution un défraiement de 250F. Leur rôle est de recevoir la personne, de présenter les membres de l'équipe, de faciliter l'expression de l'utilisateur, de s'assurer de sa compréhension en jouant notamment un rôle de traducteur des propos techniques qui lui sont adressés, de réguler le système de communication, et aussi "*d'amener les avocats à écouter avant de répondre, de les tempérer*".

Le principe adopté repose sur l'existence d'équipes stables composées du médiateur, des deux mêmes avocats et du même emploi-jeune. Le but est de renforcer la cohésion entre les membres et de satisfaire du mieux possible au besoin des usagers pouvant trouver là une écoute en continu de leurs problèmes.

En 1998, 27 avocats du barreau de Marseille, 15 médiateurs et 4 travailleurs sociaux ont participé régulièrement à cette activité. En 1999, 2 emplois-jeunes ont remplacé les travailleurs sociaux.

## **2. L'activité du dispositif**

L'association fonctionne à partir d'un maillage extrêmement dense de correspondants dans le milieu du travail social mais aussi au sein des administrations. Elle entretient assidûment ce partenariat par la publication d'un guide, de plaquettes d'information, de tracts, par la participation à de nombreuses réunions et manifestations diverses, par des actions de sensibilisation auprès de différentes structures comme les commissariats.

### a. les consultations

La demande de conseil de nature a priori juridique ne cesse de croître d'année en année (2068 consultations en 1999). Ce sont les questions relatives au droit de la famille qui sont les plus nombreuses (25%), suivies par celles relatives à l'habitat (16%), aux services publics (12%), aux troubles du voisinage (10%), aux infractions diverses (8%), au droit du travail (7%), au droit de la consommation (6%), aux prestataires de services (6%), au droit des étrangers (5%).... Bien évidemment l'importance de ces divers thèmes varient selon les caractéristiques sociales et économiques des quartiers considérés. Ainsi pour ne donner qu'un seul exemple les questions relatives à la nationalité et au séjour des étrangers

sont majoritaires dans le quartier de Belsunce qui a toujours eu pour tradition l'accueil des populations immigrantes.

### b. Les médiations civiles

Le nombre des médiations dites civiles a plus que triplé depuis 1997 pour atteindre le nombre de 196 en 1999 (soit **9,5%** des demandes). Les orientations concernent presque exclusivement deux domaines, celui des conflits de voisinage (45,9%), et celui de l'habitat (35,1%). Le reste se distribue entre des litiges avec des prestataires de services (7,5%) et de façon marginale le droit de la famille, le droit du travail, de la consommation....

Ce nombre est inégalement réparti selon les sites puisqu'on peut observer que les médiations sont les plus nombreuses à Bellevue Saint Mauron (19,7% des orientations), ce qui confirme le "leadership" affirmé en 1998, et Kallisté (17%), tandis qu'elles sont rares à La Ciotat (4,4%), qui confirme sa dernière position de 1998 (tableau 2).

Tableau 2  
% de médiations par antennes et domaines juridiques\*

Sites	% de médiations civiles	Habitat	Voisinage
Bellevue	19,7	64,2	81,8
Kallisté	17	0	100 (?)
La Soude	11,1	14,7	56,5
Huveaume	10,4	13,8	52
Aubagne	10,3	12,1	92,8
Belsunce	9,9	20,6	70
Castellane	9,5	25	100(?)
Malpassé	9,2	10,5	68,7
Cabucelle	7	15	14
Val plan	6,1	0	35,3
St Barth	6	24,1	33,3
La Ciotat	4,4	7,1	30

Je me risquerai à formuler trois propositions susceptibles d'expliciter les différences de pratique entre antennes:

\* Je n'ai retenu ici que les domaines juridiques dans lesquels il était possible de concevoir une corrélation positive. Les chiffres absolus étant très faibles ces résultats ne sauraient avoir une valeur scientifique. Il sont utilisés seulement ici à titre d'indicateurs d'un modèle explicatif possible.

- la nature des problèmes soumis aux antennes permet plus ou moins bien le choix de la médiation. C'est ainsi qu'il semble exister des représentations plus ou moins collectives de ce qui peut et de ce qui ne peut pas se résoudre en médiation. Ainsi les conflits relatifs au statut des étrangers et à la nationalité, relevant du droit du travail, du droit de la consommation, des services publics ne sont pas considérés comme susceptibles de relever de la médiation. Lorsque ces conflits réputés pour ne pas se prêter à la médiation sont fréquents sur un site cela diminue d'autant le recours à la médiation. Pour les conflits familiaux le problème est un peu particulier puisque c'est un choix structurel que de les orienter vers des permanences spécifiques consacrées à ce thème et tenues par des spécialistes (mais je n'ai pas obtenu les scores d'orientation).

- il existe une plus ou moins grande propension des équipes, selon la culture professionnelle de ses membres et leur perception des conflits à proposer la médiation et à en évaluer la pertinence.

- on constate une absence de cohérence générale dans le choix d'orienter vers la médiation et l'adoption de critères spécifiques à chaque antenne. C'est ainsi que (mais il faudrait faire une étude plus fine pour tester ces hypothèses), les questions d'habitat comme de conflits de voisinage ne semblent pas orientées partout avec la même intensité vers la médiation. D'autres domaines comme les conflits avec les prestataires de services sont abondamment mais presque exclusivement orientés en médiation par les sites de Belsunce et Kallisté et dans une moindre mesure celui de Val Plan. C'est ainsi que les conflits de droit du travail sont parfois aiguillés en médiation à Aubagne et La Ciotat mais de manière rarissime ailleurs.

### c. les médiations pénales

L'ASMAJ pratique depuis 1991 des médiations pénales (232 en 1999). Elles sont traitées essentiellement par l'antenne centrale (70% des dossiers en 98, 52% en 99) et pour le restant par les équipes des antennes de quartiers au cours de séances spécifiques de médiation pendant lesquelles sont traitées aussi des médiations civiles. L'orientation vers l'antenne de quartier est motivée tnatôt par le fait que les deux personnes vivent dans ce même quartier tnatôt parce qu'il apparaît opportun de rattacher le lieu de la médiation à celui de la commission de l'infraction. C'est à Belsunce et Aubagne qu'elles ont été les plus nombreuses en 1999.

64% des dossiers sont constitués par des violences et voies de fait dont 50% avec ITT, 18% par des dégradations de biens publics et privés, 10% par des menaces et injures, 4% par des vols et escroqueries, le reste se distribuant en nuisances de voisinage et harcèlement.

### 3. L' analyse critique du dispositif

Il convient tout d'abord de préciser que toutes les personnes rencontrées ont une opinion positive du dispositif. Elles expriment une satisfaction à y participer et considèrent qu'il répond efficacement à un besoin social réel. L'observation des permanences et les entretiens permettent cependant de faire émerger des interrogations à propos de l'articulation entre accès au droit et médiation.

#### Les atouts de l'expérience

##### *le contexte systémique*

Il semble que les relations entre l'Asmaj, le Barreau de Marseille, les instances de la politique de la ville et les associations locales soient de bonne qualité. Il faut y voir l'action de magistrats et d'avocats militants ainsi que leur propension à développer une vision d'ensemble, et non pas seulement judiciaire, des problèmes sociaux. La politique judiciaire de la ville prend ici une dimension véritable et ne constitue pas une simple déclinaison urbaine d'une politique intra-judiciaire. Les conflits, souvent observés ailleurs entre barreaux et structures de médiation ne sont pas sensibles du fait de l'histoire de l'association portée dès l'origine par des magistrats ainsi que des avocats. C'est ainsi par exemple que le barreau de Marseille n'a pas, comme cela se fait de plus en plus, développé sa propre maison de la médiation. L'activité de médiation des avocats se fait dans le cadre de l'Asmaj qui pourvoit à leur formation.

L'association s'appuie d'autre part sur l'existence d'un réseau social dense et varié. Un travail continu de présentation de l'activité et d'explicitation des objectifs est développé. De fait de nombreuses structures renvoient les problèmes juridiques qu'elles connaissent sur l'association.

##### *le contexte relationnel*

La qualité des relations observée dans le cadre des équipes de médiateurs paraît satisfaisante. Le climat qui préside aux permanences est convivial, l'attitude générale est empathique. Le cadre est simple, peu solennel, le discours direct et le plus souvent simplifié par rapport au jargon juridique habituel. Les consultants n'hésitent pas à débattre à haute voix devant la personne des différentes façons de concevoir le problème, la parole circule spontanément.

L'habitude de travailler ensemble contribue sans doute à l'élaboration d'un *modus operandi* efficace et cohérent. Certes la rotation des acteurs entre les équipes serait de nature à produire une dynamisation intellectuelle plus intense par la découverte d'autres pratiques, d'autres conceptions, le

sentiment d'appartenir à un système plus global. Mais c'est le choix de la stabilité qui a été préféré au motif que la confiance des usagers serait plus forte en face de personnes qu'ils connaissent, qui peuvent suivre l'évolution des situations présentées.

### *Une écoute plurielle*

Le principe d'une consultation à plusieurs oreilles semble garantir l'expérience contre des distorsions de sens et des déviations de comportement. Des sensibilités différentes s'expriment dans la façon d'écouter la demande, de décoder les conflits ou d'envisager la manière de les traiter même si la ressemblance des profils entre membres d'une même équipe ou l'effet osmotique produit par l'habitude de travailler ensemble en érode parfois la portée. Les personnes qui se pressent aux permanences semblent peu inhibées par la situation de consultation (pourtant pesante du fait de ma présence qui portait à 4 le nombre des écoutants).

### *la simplicité de l'articulation entre accès au droit et médiation*

La demande de droit aboutit environ une fois sur 10 sur le choix d'une médiation. L'équipe, grâce à l'appui de l'emploi-jeune présent, invite sans tarder le mis en cause mais aussi le demandeur à venir à une permanence spécifiquement consacrée à la médiation. Le système est simple (l'équipe de médiation est la même que celle de consultation) à défaut d'être rapide (les temps de latence entre permanences de médiation peuvent être relativement longs).

### *Les limites de l'expérience*

Il n'est pas ici question de juger de l'expérience à partir d'une observation limitée qui n'a pas permis de rencontrer tous les participants ni d'assister à toutes les permanences. Mon propos est simplement d'attirer l'attention sur quelques risques entrevus susceptibles de créer un décalage avec les objectifs initiaux des antennes et de nuire à l'articulation entre accès au droit et médiation.

### *le surcodage juridique*

Durant les permanences c'est un mode juridique d'échange qui prédomine. Cela paraît naturel dans la mesure où la première phase est conçue comme un point d'accès au droit, où la demande est explicitement de nature juridique. Certains usagers ont dit notamment se rendre à la permanence gratuite des avocats. Les plaquettes d'information encouragent certainement cette perception dans la mesure où elles mettent en avant "un service juridique gratuit dans votre quartier" et parlent de "médiation juridique".

Ce mode juridique d'échange est renforcé par la forte présence de juristes dans certaines équipes, ainsi par exemple, un magistrat et un avocat plus un emploi-jeune juriste dans l'une, deux avocats et un emploi-jeune à formation sociale dans l'autre. Du coup, la grille d'écoute est essentiellement juridique et de nature verticale sans que le médiateur puisse faire entendre sa "petite musique" horizontale. Et ce d'autant plus que la légitimité du discours et du savoir juridique sur les autres discours est si forte qu'elle entraîne, par mimétisme et confort, les non-juristes à s'y conformer. Deux indicateurs révèlent une telle tendance: les orientations sur les avocats sont fréquentes (sans que d'autres opportunités soient mises en débat) alors que rien n'interdit de penser que la situation peut être résolue par une médiation, la propension d'une équipe à ne pas respecter l'angoisse des personnes sur la question (pourtant fondamentale dans les relations entre la profession d'avocat et le public) de l'arbitraire des honoraires des avocats et à se contenter d'indications sommaires et abstraites sur leur mode de calcul.

### *le brouillage des discours*

La présentation au public du statut et du rôle de chacun des membres de l'équipe est erratique. Certaines formations y ont recours plus que d'autres mais aucune ne le fait systématiquement. L'image de l'avocat est généralement connue, mais celle du médiateur ne l'est pas. Or, faute d'une demande de la part des usagers, leur position ne leur permet que difficilement de la formuler, la posture du médiateur reste particulièrement floue. Le déroulement de la consultation ne me semble pas de nature à éclaircir sa perception.

Le même déficit d'information préside à l'évocation des solutions possibles. Celles-ci sont, d'après ce que j'ai entendu, assez directives, "Il faut aller voir un avocat", "on va tenter une médiation". Mais la philosophie de la médiation et ses modalités ne font l'objet que d'explications minimales.

En général le rôle du médiateur dans l'entretien initial est celui d'un coordinateur chargé de réguler la communication, de favoriser l'expression de la parole, de tempérer l'ardeur des avocats à répondre juridiquement aux problèmes évoqués. Dans les quelques réunions observées ce rôle n'a pas vraiment été tenu. La spontanéité positive des échanges s'accommode mal d'un mode de communication trop ritualisé, un désordre sympathique s'installe alors où chacun joue tous les rôles.

Ce brouillage peut se continuer dans la phase de médiation. C'est en effet la même équipe qui procède à la consultation juridique et à la médiation. Mais comme il ne m'a pas été possible d'assister à des médiations, je ne suis pas en mesure d'affirmer qu'il existe un brouillage des discours

juridique et de médiation. Je ne sais pas si la régulation du processus est exclusivement du ressort du médiateur ou si elle fait l'objet d'un partage.

La présence des avocats pendant la phase de médiation ne va pas de soi. On aurait pu imaginer une deuxième séquence dans laquelle seuls des médiateurs interviendraient. Elle se justifierait ici pour les raisons suivantes:

- comme les permanences de médiation, pour des raisons organisationnelles, couplent médiations civiles et pénales, la présence d'un avocat serait indispensable du fait que les affaires pénales sont mal orientées et souvent mal qualifiées par la police (temps direct) ou le parquet
- si la médiation échoue, les personnes ne viennent pas ou ne s'accordent pas, on revient sur le registre juridique et l'avocat est là pour répondre sans perte de temps aux questions posées par cet échec
- il est nécessaire de protéger les droits des personnes sur la scène de médiation comme ailleurs. C'est le rôle des avocats que de le faire.

#### *l'absence d'approfondissement de la demande*

Les conditions de réalisation des permanences ne permettent pas toujours d'approfondir la demande des usagers. Le nombre des personnes en attente lors des permanences observées, ne permettait pas d'entretiens en profondeur pour préparer une médiation. Le temps moyen accordé aux personnes fut d'un quart d'heure environ soit 12 entretiens en 3 heures.

D'autre part, en dépit des avantages qu'une écoute plurielle présente, l'absence de confidentialité qui caractérise la situation où s'exprime la demande, contraint le discours à un niveau objectivé donc juridique et ne permet pas son dépassement pour des affaires dont les enjeux affectifs sont essentiels. De fait j'ai pu observer dans plusieurs situations que les dimensions psychologiques des conflits n'étaient pas abordées. La situation de communication (une personne face à trois autres) n'en permettait pas spontanément l'émergence et j'ai noté une retenue, disons une pudeur de la part des participants à ne pas approfondir la dimension subjective de la demande. Si l'on ajoute à cela le caractère informel de l'échange et l'impossibilité dans laquelle se trouve le médiateur de mener un véritable entretien personnalisé, on comprendra que l'on va généralement assez peu au-delà des apparences.

#### *la déperdition des médiations*

D'après les observations des participants, alors que les intéressés se présentent environ dans 70% des cas pour les médiations pénales, ce score ne serait que de 20% pour les médiations civiles. Si ces chiffres attestent du caractère démocratique de la médiation ils posent de sérieux problèmes

d'organisation car mobiliser des bénévoles pour des permanences auxquelles les personnes ne viennent pas est peu gratifiant et susceptible d'éroder les énergies. Ce qui conduit certains à préconiser la rédaction de modèles de convocation plus solennels.

---

Certaines de ces difficultés sont évidemment surmontables. Pour éviter une colonisation juridique des permanences il faudrait envisager une meilleure composition des équipes où les juristes de formation devraient être en minorité. Il faut ensuite par un travail de formation et de supervision donner aux médiateurs un rôle plus précis et plus tangible dans le fonctionnement du groupe et l'interaction avec les usagers et inciter chacun à occuper sa place et elle seule. Par contre la situation de communication paraît peu apte à l'émergence de problématiques personnelles. Si une amélioration du travail d'écoute et de décodage des discours peut y remédier, certains types de conflits ne pourront probablement pas trouver leur solution de cette manière. L'Asmaj travaille d'ailleurs en relation avec des permanences de médiation familiale spécialisées. Le problème est aigu puisque nous avons vu que le quart des demandes avait pour thème les conflits familiaux dont on sait qu'ils sont particulièrement adaptés à la médiation.

### **B. Le dispositif Plate-forme de services publics/médiation citoyenne de Pessac**

L'articulation de l'accès au droit et de la médiation s'organise dans le cadre d'une plate-forme de services publics. Ce type de dispositif dont la vocation est de remédier aux dysfonctionnements des services publics a été créé en 1995 dans un des quartiers phares de la politique de la ville de cette commune de 40.000 habitants environ dont la population durant l'année universitaire enfla considérablement du fait de l'implantation d'une partie du campus sur son territoire. La plate-forme se présente comme un lieu d'accueil et d'orientation du public autour "d'aiguilleurs sociaux". Elle fonctionne avec deux permanents et est rattachée aux services municipaux via la mission DSU.

Le rapport Gorgeon et Béhar<sup>2</sup> estime que la logique de projet a, dans le cas pessacais, prévalu sur la simple réalisation d'un équipement. Sa caractéristique est de mettre l'accent sur la thématique des droits. Bien que généraliste (des permanences sont tenues par la CPAM, le service des impôts en période de déclaration de revenus, la sécurité sociale...), elle s'oriente sur une dimension d'accès au droit et de médiation en évitant la

---

<sup>2</sup> Catherine GORGEON, Daniel BEHAR, *Evaluation de l'appel à projets plateformes de services publics*, DIV, Acadie, 1998.

forme Maison de Justice et du Droit ou toute autre modalité de déconcentration verticale de l'appareil judiciaire. D'initiative locale et exclusivement gérée par la municipalité, elle ne dépend pas des autorités judiciaires.

La plate-forme est installée sur un quartier prioritaire de la politique de la ville sans pour autant réduire son périmètre d'intervention à cet espace puisque sa vocation est communale. Ce choix de pure opportunité permet l'obtention de subventions. On doit néanmoins préciser que ce quartier que les élus ne veulent pas stigmatiser connaît une proportion importante de populations en difficulté. Mais l'objectif de la plate-forme ne se réduit pas à favoriser l'accès des usagers aux services publics, il est aussi de transformer l'action de ces services et de favoriser leur adaptation à la demande sociale. Car leur complexité induit un brouillage des droits des usagers que ce soit vis-à-vis des administrations, des services sociaux, de la police ou des services commerciaux. Nous serions donc en présence d'une nouvelle prestation dont la vocation est la construction d'une autre culture institutionnelle dans les services concernés.

L'activité d'accès au droit est assurée par l'association info-droits<sup>3</sup> qui propose consultations et orientations (données par des juristes non avocats) mais organise également des jeux, formations et forums à destination des enfants et des adultes ainsi que des sessions de formation juridique à destination de professionnels.

L'activité de médiation ne fut envisagée qu'en 1998 suite au diagnostic local de sécurité qui faisait apparaître un déficit de la participation des habitants dans la mise en oeuvre de la politique de la ville. Certes la commune n'était pas dépourvue de "médiateurs". On pouvait y recenser un conciliateur, une permanence déconcentrée de médiation pénale et une instance de "médiation-réparation" pour les jeunes mineurs ayant commis des infractions pénales et orientés par le parquet de Bordeaux en raison de leur habitation dans la commune. Mais ces différentes "médiations" se différenciaient du projet de "médiation citoyenne". Le contexte institutionnel de la médiation pénale est spécifique et celle-ci n'est mise en oeuvre sur la commune que par une association péri-judiciaire par ailleurs totalement déconnectée de la vie communale, la "médiation-réparation" pour mineurs repose sur l'action de bénévoles pessacais mais n'est en réalité qu'une modalité de réparation ou de "rappel à la loi" dépendante du parquet. La tâche du conciliateur pourrait s'en rapprocher sauf que son

---

<sup>3</sup> Comprenant 10 salariés et 10 bénévoles elle a dispensé en 99, 563 consultations dans la cadre de la plate-forme et plus de 400 dans d'autres points d'accès au droit communaux sur un total de plus de 5000 prestations dans les départements de la Gironde et de la Dordogne dans 65 lieux de permanence.

action est solitaire et directive et peu comparable à une démarche collective d'action et de réflexion.

La médiation citoyenne se distingue des activités précédentes par ses objectifs:

- lutter contre le sentiment d'insécurité
- contribuer à protéger ou à restaurer le lien social et la communication entre les personnes
- promouvoir la participation des citoyens à la régulation des conflits qui concernent leur territoire

Je ne m'appesantirai pas ici sur les différentes phases de démarrage du projet, réunions, constitution d'un comité technique, appel à candidature, sélection, formation, information, supervision, qui furent fort longues et particulièrement soignées. J'insisterai davantage sur les principes de fonctionnement, avant d'analyser la vie de l'expérience.

## **1. Les principes de fonctionnement**

Le programme baptisé "médiation citoyenne" s'articule autour de 5 points forts:

### a. l'existence d'un coordinateur

La bonne marche et la pérennité d'un tel dispositif dépend pour une large part de l'existence d'un coordinateur, de son dynamisme, de ses compétences. Il fait partie du personnel de la plate-forme de services publics. Son rôle est le suivant:

- accueil des demandes de médiation
- animation de l'équipe de médiateurs
- stratégies de diffusion de l'information
- contacts avec Alternative médiation pour l'organisation des supervisions et pour tout problème
- évaluation de la pertinence d'une médiation pour les conflits signalés et orientation sur d'autres dispositifs en liaison avec l'association info-droits
- contacts avec les plaignants et les mis en cause
- fixation de rendez-vous et gestion du planning des médiateurs
- constitution des binômes de médiateur (ces binômes sont tournants pour éviter la constitution de groupes affinitaires, favoriser l'esprit d'équipe et dynamiser les médiateurs)
- relations avec les institutions
- bilans d'activités périodiques devant le comité technique et bilan annuel

D'autre part le coordinateur a suivi la formation spécifique à la médiation des bénévoles et assiste aux séances de supervision.

### b. des médiateurs citoyens

Une vingtaine de personnes ont accepté de participer à un processus de sélection. 12 d'entre elles furent finalement retenues après entretien pour suivre la formation. La sélection s'est basée sur des critères objectifs, appartenance à la commune de Pessac ou implication dans la vie locale, nécessité d'un échantillon à peu près représentatif de la population en terme de sexe, de catégorie d'âge, de race, de statuts.... A cela se sont ajoutés des critères plus subjectifs qui ont guidé la mise à l'écart de personnalités apparaissant comme autoritaires, à la recherche d'un pouvoir ou ne présentant pas toutes les garanties en termes de distanciation et d'analyse des problèmes.

10 personnes sont arrivées au bout du cycle de formation. Il en reste 9 actuellement en activité. Elles ont entre 22 et 70 ans, 5 d'entre elles sont des hommes et 4 des femmes, habitent dans tous les quartiers de Pessac. On recense un étudiant, un retraité, un psychologue, un travailleur social, un délégué syndical, un chercheur, une femme au foyer, deux cadres moyens.

### c. le soutien d'une association de professionnels de la médiation

Cette association, Alternative médiation, composée de médiateurs professionnels a contribué à l'élaboration du projet dès sa conception initiale. Elle a participé à toutes les réunions de mise en place de l'expérience, procédé au choix des médiateurs, à leur formation et à leur supervision. Elle offre en permanence un soutien technique au coordinateur et aux médiateurs et est membre du comité de pilotage.

### d. le contrôle d'un comité de pilotage

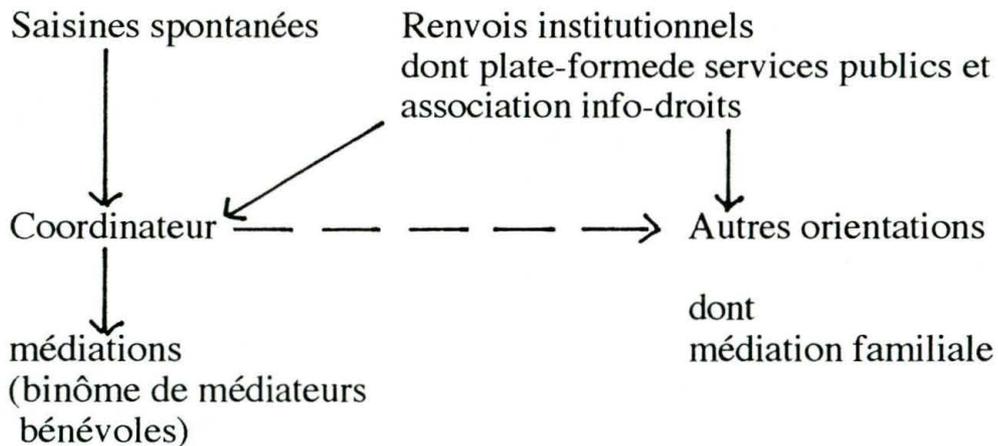
Ce comité est assez large puisque composé de représentants de la municipalité, des services de la MOUS, de la plate-forme de services publics, de l'association info-droits, du juge d'instance, des bailleurs sociaux, du commissariat de police, des centres sociaux, du centre médico-social, du club de prévention spécialisée, d'Alternative médiation et du coordinateur. Il se réunit tous les 2 mois avec pour mission d'analyser l'activité et de débattre sur les stratégies à élaborer pour intensifier ou réorienter l'action. Pour l'instant il a décidé d'écarter du champ de l'expérience les conflits familiaux ou les violences pour le limiter aux problèmes de voisinage.

### e. un partenariat entre l'instance de médiation, la plate-forme de services publics et l'association info-droits

Les demandes de médiation peuvent émerger spontanément et parvenir directement au coordinateur dont les coordonnées figurent dans la plaquette d'information mais la plupart passent par le filtre de relais institutionnels. Ceux-ci peuvent être les différentes institutions associées au comité de pilotage ou toutes celles qui ont connaissance du dispositif. Mais le principal outil d'identification des besoins de médiation est la plate-forme de services publics qui représente la moitié des orientations de 1999.

La médiation n'est en aucune façon un lieu de consultation juridique. Le médiateur ne doit pas donner son avis, dire le droit ou prodiguer des conseils. Son rôle est ailleurs, faciliter la communication et l'ajustement des points de vue. Il est systématiquement précisé aux personnes en conflit qu'elles peuvent à tout moment du processus demander conseil auprès d'un avocat ou d'un organisme de consultation. La proximité de l'association info-droits qui travaille dans les mêmes locaux que la plate-forme facilite grandement cette démarche. Il est aisé pour les intéressés de procéder à un va-et-vient entre médiation et consultation juridique.

#### Schéma de fonctionnement



## **2. L'activité du dispositif**

### a. le processus de médiation

On peut globalement distinguer 7 séquences:

1. une personne ou un groupe se rend ou téléphone à la plate-forme de services publics soit spontanément, soit suite à l'information reçue par des relais institutionnels. Elle ou il parle de son conflit au coordinateur qui l'informe des possibilités qui s'offrent à lui de régler ce conflit dont la voie de la médiation.

2. si la personne ou le groupe choisit de tenter une médiation, le coordinateur organise un rendez-vous du plaignant avec un binôme de médiateurs
3. le binôme de médiateurs reçoit le demandeur, reprecise ce qu'est la médiation, écoute le récit qu'on lui tient et teste les possibilités d'une solution négociée. Plusieurs entretiens peuvent s'avérer nécessaires pour faire "travailler" la ou les personnes sur son (leur) conflit. Il recueille l'accord du demandeur sur l'organisation d'une rencontre.
4. le coordinateur prend contact avec la personne ou le groupe mis en cause par le demandeur, expose ce qu'est la médiation et propose un rendez-vous avec les médiateurs.
5. le binôme de médiateurs précise ce qu'est la médiation, écoute le récit du mis en cause et teste les possibilités d'une solution négociée. Plusieurs entretiens individuels peuvent là aussi s'avérer nécessaires pour "travailler" le conflit et préparer une rencontre.
6. si tous en sont d'accord, le coordinateur organise une rencontre entre les opposants en présence des médiateurs qui ont suivi l'affaire depuis le début. Plusieurs rencontres peuvent s'avérer nécessaires.
7. si les personnes ou groupes aboutissent à un accord, celui-ci peut être éventuellement formalisé par un écrit signé de chacun des opposants qui en reçoit un exemplaire.

#### b. la vie de l'expérience

La formation des médiateurs s'étant achevée en février 1999, l'expérience n'a débuté qu'au mois de mars. Comme elle a mis un certain temps à prendre place dans le paysage institutionnel local, sa vie n'est pas encore très remplie.

Les saisines directes ont été inexistantes au début et n'ont démarré qu'à partir de l'intensification de la campagne d'information. L'expérience a donc reposé initialement sur les renvois institutionnels.

Plate-forme	17 dossiers
Bailleurs	8 dossiers
Infodroits	3 dossiers
Trib. Instance	2 dossiers
Centre médico-social	2 dossiers
Alternative médiation	1 dossier
Asso. consommateurs	1 dossier

Le nombre total des saisines est de 34 en 1999 (auxquels on peut ajouter 24 cas pour les seuls mois de janvier et février 2000 ce qui dénote une accélération spectaculaire). De nombreuses affaires ne dépassent pas le stade du premier entretien. 25 seulement ont été traitées par les médiateurs,

les 9 autres n'ayant pas dépassé le stade du coordinateur. Beaucoup de personnes préfèrent la voie contentieuse à une solution négociée, d'autres ne donnent pas suite, d'autres enfin signalent un apaisement du conflit. Les médiateurs ont rencontré les deux opposants dans 12 cas, les rencontres sont rares (4) mais chaque fois qu'elles ont eu lieu elles ont débouché sur la signature d'un accord. On signale dans les 8 autres cas, un apaisement du conflit, les personnes ayant pu communiquer sans l'aide des médiateurs. On peut donc évaluer à environ 1/3 des cas l'action positive de la médiation citoyenne.

Le comité de pilotage avait souhaité un démarrage tempéré de façon à procéder à des rodages mais aussi du fait des réticences de certains de ses membres. C'est donc uniquement dans le cas de conflits de voisinage que la médiation citoyenne s'est dans un premier temps exercée. Du coup ce sont essentiellement les conflits liés aux bruits divers (45%), aux problèmes de mitoyenneté concernant arbres, haies, clôtures, jets d'objets (40%), qui sont traités.

### **3. l'analyse critique du dispositif**

Là encore il ne s'agit pas de louer ou de condamner l'expérience mais de mettre à jour ses points forts et ceux qui posent actuellement problème en distinguant lorsque cela paraîtra utile les enjeux symboliques et instrumentaux de l'action.

#### *Les atouts du dispositif*

##### *le contexte systémique*

Les conditions dans lesquelles l'expérience pessacaise s'est bâtie furent très favorables, volonté municipale claire, relations partenariales non conflictuelles idéologiquement, dispositif mûri par les partenaires selon le modèle de la concertation et non pas celui de la consultation, richesse du tissu associatif local, taille modeste de la commune, existence d'une base logistique performante avec la plate-forme de services publics. Proche des acteurs de terrain, indépendante de logiques judiciaires verticales qui donnent souvent aux acteurs l'impression d'être instrumentalisés ou dépossédés du sens de l'action, l'expérience se développe dans un climat favorable. Les états d'âme des différents partenaires ont toujours pu s'exprimer. Si le noyau actif est limité, constitué par une chargée de mission de la MOUS, deux représentants de la municipalité et celui de la plate-forme de services publics, chacun a pu faire entendre son point de vue à tel point que certaines réunions furent animées. On a pu ressentir chez certains une valse-hésitation entre une position de confiance (favorisée par l'appui technique d'Alternative médiation) et d'attrait pour la nouveauté et une position méfiante vis-à-vis d'une action parfois mal

comprise et ressentie comme difficile à maîtriser. Cela s'exprima par des attitudes paradoxales entre le souci véritable de répondre à un besoin social par une intervention non institutionnelle et celui de contrôler cette initiative parce que justement elle échappe aux logiques institutionnelles.

### *La puissance symbolique de la participation citoyenne*

Le modèle citoyen de l'action porte une force symbolique que n'aurait pas un modèle professionnel. Tous les acteurs engagés dans une expérimentation de ce type peuvent en retirer des bénéfices. La municipalité affiche son souci démocratique de construire de nouveaux modes d'action publique, les institutions prouvent leur capacité à innover et à travailler en concertation avec la société civile, elles entrent dans des configurations d'acteurs dont peuvent dépendre d'autres projets. L'accent porté sur la concertation, sur des relations plus horizontales, sur l'imbrication de professionnels et de non professionnels, d'acteurs institutionnels et non institutionnels donne à voir, sur un espace réduit où il est facilement identifiable, une nouvelle façon d'organiser la régulation des conflits sociaux<sup>4</sup>.

### *le respect de l'éthique de la médiation*

Le soin apporté à la sélection mais aussi à la formation et à la supervision des médiateurs par une association spécialisée en médiation garantit le caractère démocratique du processus. La posture du médiateur n'est pas colonisée par d'autres discours. Le discours juridique est tenu sur une scène voisine mais indépendante. Cette posture est non directive et axée sur le décodage de la demande suivant le principe général qu'un conflit en cache souvent un autre. Elle est rendue possible par le fait que la médiation ne fonctionne pas sur le modèle d'une permanence mais de rendez-vous personnalisés. Elle prend donc le temps qui est nécessaire pour qu'émerge la vraie nature du conflit et que s'élabore, sans induction de la part des médiateurs, une solution satisfaisante pour les protagonistes.

On pourrait ajouter que les médiateurs sont incités à investir cette posture d'autant plus que l'organisation multiplie les rencontres et les contacts entre eux. La pratique de la rotation systématique qui oblige les médiateurs à s'associer tour à tour avec tous les autres membres développe un esprit d'équipe et des réflexions sur les pratiques de chacun. Ce principe opère une socialisation efficace.

---

<sup>4</sup> Jacques FAGET, Jacques DE MAILLARD, La régulation locale des incivilités: des partenariats en action, *Prévention et sécurité: vers un nouvel ordre social?* Les éditions de la DIV, 2000, p. 185-197.

## Les limites de l'expérience

### *La dépendance politique*

Ce type de montage reste largement dépendant des choix municipaux. Il est donc fragile et soumis aux contingences de la vie politique. La stabilité du contexte pessacais n'en menace pas, pour l'instant, la pérennité et la municipalité a accepté qu'aucun clientélisme ne joue dans le recrutement des médiateurs, l'association Alternative médiation ayant été entièrement autonome dans leur sélection. Pour échapper à ce statut précaire il faudrait que le dispositif bénéficie d'un consensus sur sa pertinence ce qui demande quelques années de pratique.

### *La lourdeur relative du fonctionnement*

La volonté de préserver l'éthique de la médiation a son revers. L'organisation qui consiste à ne pas organiser de permanences mais des rendez-vous personnalisés avec les personnes, demande en effet une grande disponibilité aux médiateurs. Il leur arrive de se déplacer alors que la ou les personnes ne se présentent pas, il leur faut se libérer bien plus souvent que dans un système basé sur des permanences. Cette charge d'activité est lourde pour des personnes qui pour la plupart ont une activité professionnelle et qui peuvent rapidement ressentir un phénomène d'usure. Cette dernière s'intensifiera si le nombre des cas reçus est en augmentation. Il faudrait alors augmenter le nombre des médiateurs ou réviser un type d'organisation qui pourtant donne entière satisfaction aujourd'hui dans le contexte d'un volume d'activité réduit.

### *Une pratique encore homéopathique*

Le nombre des médiations effectivement engagées reste relativement faible mais l'expérience n'en est qu'à ses débuts. L'instance n'est que modérément saisie mais surtout beaucoup de personnes refusent le principe de la médiation. Seules 16% des affaires soumises aux médiateurs ont pu faire l'objet d'un processus complet de médiation (entretiens individualisés avec les protagonistes et rencontre). Bien sûr, je l'ai dit, le succès de la médiation ne se calcule pas seulement à l'aune de la signature de l'accord ou même du nombre de rencontres car le travail pédagogique entrepris auprès des personnes en leur expliquant l'esprit de la médiation peut porter des fruits peu évaluables. On peut expliquer ces taux de déperdition par l'absence d'une culture de médiation mais aussi par le respect scrupuleux de l'éthique dont font preuve les médiateurs. En ce sens leur pratique est très respectueuse des droits des personnes et répudie l'image de justiciers de proximité qui hante les opposants à la médiation non institutionnelle. C'est un travail de qualité qui est privilégié ici qui ne saurait être évalué sur des critères quantitatifs.

### *Une articulation perfectible entre accès au droit et médiation*

Le coordinateur ou les médiateurs réorientent systématiquement vers le conseil juridique les personnes dès lors qu'elles se posent la question de leurs droits. Certes les problèmes soumis à l'instance sont dans l'ensemble peu juridicisés mais ils peuvent soulever quelques questions juridiques. De ce point de vue la médiation ne porte en aucune façon atteinte au droit des personnes et l'originalité de ce montage s'avère tout à fait pertinente.

C'est plutôt dans le sens inverse que le bât blesse. Les renvois de la part de l'association info-droits vers la médiation restent rarissimes. Ainsi en 1999 sur les 563 prestations mises en oeuvre par la plate-forme, seules 3 affaires ont été orientées vers la médiation tandis que 200 l'étaient vers les avocats. Certes le champ d'application donné à l'expérience, les conflits de voisinage, restreint l'opportunité de ces renvois. Mais il me semble qu'un travail reste à faire pour informer régulièrement les consultants d'info-droits des potentialités de la médiation et des critères possibles du passage de la scène juridique à la scène de médiation. Une information a été faite par Alternative médiation auprès des consultants d'info-droits pour les éveiller à la médiation. Mais cette initiative mériterait d'être approfondie et enrichie de rencontres régulières entre les consultants et les médiateurs.

---

Les conditions éthiques du déroulement de l'expérience sont tout à fait satisfaisantes, ce qui constitue la meilleure des préventions contre les atteintes éventuelles aux droits des personnes. Mais l'étroitesse du champ d'application restreint aux conflits de voisinage limite grandement la portée instrumentale de l'action. Il n'est pas sûr d'autre part que les modalités d'intervention, bien adaptées au fonctionnement actuel, puissent s'avérer efficaces dans l'hypothèse d'une intensification de l'activité. Les scènes juridiques et de médiation sont ici séparées, par opposition à Marseille, ce qui clarifie les postures de chacune mais entrave quelque peu le croisement des logiques. Reste donc à travailler plus intensément cette articulation.

## **II. Les critères d'orientation**

Il n'existe pas en France de culture de médiation. La plupart des médiations qui sont pratiquées ne le sont pas du fait de la volonté libre et éclairée des personnes qui en ignorent le plus souvent l'occurrence mais à la suite d'une orientation qui peut être proposée soit par le magistrat du parquet en matière pénale, soit en toutes autres matières par un consultant juridique dans un point d'accès au droit, un avocat, une équipe comme à Marseille ou toute autre personne ou groupe ayant une fonction d'aiguillage des

demandes sociales ou juridiques. L'approvisionnement des instances de médiation est donc pour l'essentiel dépendant de ces différents renvois. Les médiateurs eux-mêmes ont, en bout de course, la possibilité de réorienter les cas qui leur sont soumis s'ils estiment qu'ils ne sont pas appropriés à la mise en oeuvre d'une médiation.

Toutes ces opérations intellectuelles supposent que les acteurs qui donnent vie à la médiation le font à partir d'un certain nombre de critères. Le but de cette dernière partie de la recherche est d'éclairer ces différents processus de décision. Qu'est-ce qui fonde à proposer une décision d'orientation vers la médiation? La réponse à cette question dépendra bien sûr de la connaissance qu'ont les acteurs de la médiation. Poser la question des critères d'orientation c'est d'abord poser celle des représentations qu'ont les différents acteurs de la médiation. Or force est de constater, compte tenu des différents usages et mésusages publics du terme, que la plus grande confusion règne en la matière. Il faut donc considérer que l'orientation s'organise dans un contexte de rationalité très limitée.

L'étude des processus de décision avec la thèse fondatrice de H.A Simon<sup>5</sup> qui propose une alternative à la théorie classique de Max Weber sur la rationalité de la bureaucratie remet en question deux axiomes sur lesquels s'étaient fondés les mathématiques de la décision:

- il existe une rationalité suprême
- il existe a priori une meilleure décision

Au lieu de cela:

- toute rationalité est limitée "*bounded rationality*"<sup>6</sup>: plusieurs rationalités procédurales peuvent s'enchevêtrer au sein de toute délibération
- tout problème présente plusieurs solutions acceptables ou satisfaisantes

Ce modèle d'analyse, que l'on peut sans difficulté transposer à l'analyse de la décision d'orientation en médiation, me conduit à formuler les propositions suivantes:

- la décision est un processus social et pas seulement individuel car elle dépend de représentations collectives évolutives
- dans lequel les solutions alternatives sont constituées et découvertes progressivement
- auquel participent des acteurs multiples qui sont relativement autonomes les uns par rapport aux autres mais reliés stratégiquement entre eux (suivant les types de médiations, la police, les magistrats, les media, les avocats, les services juridiques de proximité, les associations de médiation, les élus...)

---

<sup>5</sup> H.A. SIMON, *Administrative behavior*, Free Press Publ., New York, 1945, éd. complétée, 1977. Voir également Lucien SFEZ, *Critique de la décision*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1974, nouvelle édition 1981.

<sup>6</sup> *Ibid*

- ces acteurs poursuivent des objectifs divers, voire conflictuels et parfois ambigus
- ils n'ont qu'une connaissance et une information imparfaite et ne sont donc capables que d'une rationalité très limitée
- cela veut dire que chacun raisonne sur un nombre limité de solutions alternatives parmi lesquelles il choisit celle qui satisfait ses critères minimaux de satisfaction
- enfin ce processus ne s'organise pas seulement en fonction des besoins des usagers mais constitue la résultante de rapports de forces, d'enjeux territoriaux et marchands entre institutions et acteurs engagés dans l'action. Dans ce cadre général peu rationnel, certains arguments sont de nature à avoir un poids conséquent dans la délibération. Je tenterai ici d'en évoquer quelques uns, reliés à la problématique de l'accès au droit et de la médiation. Les premiers sont tirés de mes recherches récentes sur la médiation pénale, les seconds sont spécifiques à cette recherche.

### **A. Les critères d'orientation des parquets en médiation pénale**

La première recherche fait état d'une campagne d'entretiens réalisée dans le cadre de la Cour d'appel de Bordeaux<sup>7</sup>, la seconde est le fruit d'une étude quantitative sur 1200 dossiers de médiation pénale dans 25 juridictions françaises<sup>8</sup>.

#### **1. les représentations des critères d'envoi en médiation pénale**

Ces représentations diffèrent quelque peu selon qu'elles sont exprimées par les membres des 5 parquets visités ou par les médiateurs des 7 associations rencontrées.

##### **a. du point de vue des prescripteurs**

Ces critères tiendraient pour beaucoup à la nature de l'infraction. Cette représentation est cependant biaisée par les effets de la sectorisation des tâches dans les parquets. Certains parquetiers n'ont en effet qu'une vision étroite et spécialisée du domaine d'action de la médiation et ne sont donc pas en mesure d'apprécier les potentialités comparées de la médiation dans les divers contentieux.

Pour plus de la moitié des prescripteurs, la médiation serait pertinente dans le cadre du contentieux familial, abandon de famille, non représentation

---

<sup>7</sup> Jacques FAGET, Claire DENIS, Danielle HANNEDOUCHE, *Les représentations de la médiation pénale dans le ressort de la Cour d'appel de Bordeaux*, Ministère de la justice/GERICO, 1999, n°9.

<sup>8</sup> Jacques FAGET, *Evaluation nationale des pratiques de médiation pénale*, CLCJ/FNDVA/GERICO, 1999, n°11.

d'enfants, violences entre époux, concubins ou ex-concubins. Un "spécialiste" du pénal familial précise qu'il a recours 99 fois sur 100 à la médiation sauf dans les cas de récidive ou d'échec des tentatives précédentes de médiation. Cela s'appuierait sur l'idée que la médiation permet:

*"un travail qui ne peut pas être fait par les gendarmes ou les avocats car d'autres intérêts entrent en jeu",*

*"de sortir d'un mode de communication basé sur la violence".*

La médiation serait également très utilisée dans toutes les situations de violence, entre automobilistes, entre inconnus, entre voisins s'exprimant par des dégradations, des coups et des insultes car *"derrière les dégradations il y a beaucoup d'autres choses"* que la médiation peut avoir pour effet de faire apparaître.

Pour les infractions relatives aux biens, vols, escroqueries, chèques, abus de confiance, tags et incivilités, la médiation s'avérerait adaptée lorsque le préjudice n'est pas très important et semble susceptible de pouvoir être mieux remboursé que par une réponse judiciaire. Ce sont des dossiers:

*"qui ne méritent pas de poursuites pénales mais qui sont difficiles à classer en l'état et méritent une réponse judiciaire".*

L'absence de passé pénal est évoqué spontanément par certains. La médiation est même présentée comme une solution avantageuse pour les jeunes en évitant la création d'un casier judiciaire.

La reconnaissance des faits est en principe exigée mais un faisceau de présomptions suffit parfois. Comme l'objectif est *"de décrire une situation"* la médiation peut s'avérer plus utile encore lorsque le mis en cause ne reconnaît pas les faits:

*"cela permet au médiateur de faire un travail de réparation et non pas de faire admettre à l'auteur qu'il est coupable, c'est pas son boulot".*

Dans l'ensemble la sélection relève d'un sentiment diffus, d'une intuition personnelle. Chaque magistrat se bricole sa jurisprudence en fonction de présupposés abstraits ou d'expérimentations pratiques dans lesquelles la médiation a *"marché"* mais ce sentiment de réussite, faute d'un principe d'évaluation fiable, reste aléatoire.

### b. du point de vue des médiateurs

Les critères d'envoi en médiation qu'utilise le parquet ne sont clairs pour aucun médiateur. Jamais il n'y a eu semble-t'il de concertation pour en analyser la pertinence:

*"ils n'ont pas de mode de sélection",*

*"je n'ai pas repéré de critères",  
"c'est au pifomètre",*

*"parfois je me demande s'ils ont lu les PV de police ou alors ils ont un objectif que je ne maîtrise pas",*

*"parfois on se dit qu'est-ce-que ça vient faire en médiation? Qu'attend le procureur? comme si c'était magique"*

*"j'ai jamais compris, bien qu'on les ai interrogés.....ils sont très mal pour y répondre et je crois que j'ai admis qu'ils ne savaient pas non plus et qu'on recevait ce dossier parce qu'intuitivement ils se disaient que peut-être...."*

*"ça dépend de la personnalité de celui qui envoie ...certains c'est la médiation orthodoxe. Il y a vraiment une infraction de commise, un auteur identifié, les faits ne sont pas contestés, on est dans un cadre presque idéal. D'autres c'est... je sens qu'il y a quelque chose à creuser et je comprends pas trop alors occupez-vous en, en tant que médiateur mais aussi psycho et tout ça...D'autres c'est...cette personne là...ennuie tout le monde, on sait pas quoi en faire, vous pourriez pas voir.?"*

L'incohérence des pratiques d'envoi en médiation ne fait cependant pas l'objet de véritables critiques. Elle suscite parfois l'étonnement, parfois aussi une certaine compréhension:

*"je continue à constater qu'il y a une certaine incohérence mais je ne suis pas sûr du tout qu'on puisse la lever parce que le procureur ne peut savoir à l'avance ce qui relève vraiment de la médiation...parfois ça tombe pas trop mal, parfois pas bien du tout...nous mêmes nous ne savons pas toujours"*

*"il est très difficile de savoir à l'avance si une médiation, une vraie, va marcher. Quelquefois ça paraît simple et ça ne marche pas. D'autres fois on se dit aie! et tout se passe bien".*

## 2. Les critères d'orientation à travers l'analyse des dossiers pénaux

Le choix du type de procédure est essentiellement organisationnel et ne dépend pas des caractéristiques de la situation, de celles des plaignants et des mis en cause. En cela l'orientation des dossiers vers la médiation est relativement homogène entre les différents parquets ce qui pourrait être un indicateur d'une modélisation nationale de l'envoi en médiation. Ni le sexe, ni l'âge, ni la profession, ni la nationalité, ni la situation matrimoniale des protagonistes ne sont pris en considération dans le *sentencing*.

Deux variables semblent être positivement influentes sur le choix du processus de médiation. Elles peuvent d'ailleurs avoir des liens entre elles, ce sont la nature de l'infraction et le type de relation entre les protagonistes. Une autre variable semble jouer en creux, c'est le casier judiciaire du mis en cause. Il semble en effet que la médiation soit majoritairement réservée à des personnes n'ayant pas de condamnation préalable. Mais je n'ai pas d'élément objectif pour étayer cette assertion.

\* En ce qui concerne la nature de l'infraction on peut observer la prépondérance manifeste des violences physiques. Cela peut surprendre dans la mesure où lors de ses débuts expérimentaux la médiation n'était qu'assez peu recommandée dans ce type de conflit. Si l'on ajoute à ce score celui des infractions violentes se déroulant dans le cadre familial, on s'aperçoit que la médiation est utilisée 4 fois sur 10 par les parquets dans un contexte physiquement violent tandis qu'elle n'est choisie qu'un peu moins de 3 fois sur 10 pour les infractions contre les biens (toutes infractions confondues).

Tableau n°3  
Infractions orientées en médiation

<b>Infractions</b>	<b>Nombre</b>	<b>%</b>
Violences physiques	398	36,49
Famille	162	14,85
Dégradations	157	14,39
Violences morales	119	10,91
Vols	92	8,43
Astucieuses	62	5,68
Autres	36	3,30
Autres famille	33	3,02
Sexuelles	11	1,01
Libertés publiques	10	0,92
Législation	8	0,73
Drogue	3	0,27
	1091	100%

\* La deuxième variable prise en considération par les prescripteurs est la nature de la relation entre les opposants. Il apparaît clairement que la médiation est appliquée très majoritairement pour des cas où un lien de connaissance unit le plaignant et le mis en cause (plus de 72% des cas). Le champ d'application privilégié de la médiation semble s'être relativement modélisé dans des cas de figure où les personnes sont impliquées dans des relations continues, probablement au motif que de nombreuses observations empiriques ont montré la pertinence de ce type de réponse dans des cas où un classement sans suite, voire une intervention lourde et maladroite de l'appareil judiciaire, serait susceptible d'envenimer la situation.

Tableau n°4  
Médiation et nature des relations\* entre opposants

<b>type de relation</b>	<b>nombre</b>	<b>%</b>
relations affectives	410	38,68
pas de relation	296	27,92
relations de proximité	280	26,42
relations sociales	74	6,98
	1060	100%

Pour avoir une vision plus fine du mode de sélection parquetier il est intéressant de croiser la nature de l'infraction et le type de relation. On remarque alors que pour les infractions contre les biens l'existence d'une relation entre opposants semble indifférente. Le type de relation ne semble en fait statistiquement influent que dans deux cas de figure; le premier est tautologique puisque la commission de l'infraction implique l'appartenance à un ensemble affectif, le second concerne les violences morales qui s'exercent dans un relatif rayon de proximité (tableau n°5).

---

\* - relations affectives: familiales, amoureuses  
 - relations de proximité: entourage, voisinage  
 - relations sociales: professionnelles, scolaires, contractuelles

Tableau n°5  
Nature de l'infraction par type de relation

	pas de relation	relations affectives	relations de proximité	relations sociales
astucieuses	62,50%	7,14%	19,64%	10,71%
dégradations	50%	20,27%	26,35%	3,38%
famille	-	100%	-	-
violences morales	7,63%	27,12%	57,63%	7,62%
violences physiques	21,88%	34,86%	33,84%	9,42%
vols	67,06%	9,41%	12,95%	10,59%

## **B. Les critères d'orientation "tous terrains"**

On peut rassembler sous 4 rubriques les différents critères qui président ou devraient présider à l'orientation des cas vers la médiation, les critères politiques, institutionnels, éthiques et juridiques. L'ordre de présentation n'induit rien de qualitatif mais respecte simplement un mode de présentation classique qui va du général au particulier. Il se peut d'autre part que plusieurs de ces critères se combinent.

Il n'existe aucune contradiction à considérer que toute décision se prend dans un contexte de rationalité limitée et à identifier voire à proposer des critères servant de base à une décision d'orientation vers la médiation. Dire que la rationalité est limitée ne signifie pas que les décisions se prennent en observant le vol des oiseaux mais que l'ensemble des paramètres d'une décision n'est maîtrisé et l'est d'autant moins que le décideur ne sait pas toujours qu'il ignore quelque chose et ce qu'il ignore de la situation.

### **1. Les critères politiques**

Je désigne comme politiques les raisons qui poussent à renvoyer massivement vers la médiation des conflits qui ont pour scène la vie privée. Cette tendance qui voit par exemple la justice se défausser de plus en plus des conflits en milieu familial s'inscrit dans une ancienne tradition politique qui a préexisté à l'invention moderne de la médiation.

Une perspective anthropologique montre que la médiation est appliquée lorsque la distance sociale entre les parties est faible, à l'intérieur d'une communauté, d'un clan, d'une famille, d'une profession...(la vengeance même judiciairement ritualisée ne peut s'exercer entre membres d'un même groupe sous peine de détruire l'existence de ce groupe<sup>9</sup>). A l'opposé, le droit intervient pour arbitrer des conflits opposant des protagonistes lointains et ne partageant pas le même code, social, moral, culturel, linguistique ou bien dans les cas les plus graves<sup>10</sup>. On dit qu'en Chine le droit ne s'appliquait qu'aux incroyants et aux étrangers.

On peut, à gros traits, considérer que les rapports des appareils d'État et de la cellule familiale obéissent à deux logiques:

1. L'intrusion de l'État est légitimée par le processus de précarisation familiale du fait de l'explosion du nombre des divorces et des séparations. Ce sont les citoyens qui saisissent alors l'État pour authentifier leur rupture, arbitrer leurs différends ou organiser les conséquences juridiques de leur crise. Le rapport est donc ascendant. L'intervention étatique est régulatoire.
2. C'est l'État qui décide d'intervenir au nom de la protection des intérêts de l'enfant lorsque l'instance familiale n'assure plus cette fonction. Devant cette désinstitutionnalisation de la famille qui est aussi celle des processus éducatifs qu'elle met en oeuvre, l'intervention étatique sera coercitive. Le rapport est donc descendant.

Les deux modèles peuvent se superposer lorsque le "désordre amoureux" provoque la mise en péril des intérêts de l'enfant ou permet aux agents de l'État de constater que certaines familles fissurées n'assurent plus correctement, aux yeux des valeurs dominantes, la mission de socialisation qui leur est dévolue.

Le rappel de ce double modèle d'intervention est capital car il permet de comprendre les résistances de l'appareil étatique à être instrumentalisé, si l'on peut dire "à contre-emploi", pour des objectifs qui ne sont pas les siens. Ainsi faut-il interpréter que le vol ou, plus récemment encore, le viol entre époux, soient restés longtemps en dehors du droit. C'est ainsi qu'il faut interpréter les réticences de la police à enregistrer des plaintes pour violences conjugales qu'elle juge intempestives ou à intervenir sur les situations de crise. Ce cadre théorique explique le nombre considérable en la matière des classements sans suite prononcés par les parquets, le développement spectaculaire des orientations en médiation et le type de

---

<sup>9</sup> VERDIER, R, *La vengeance*, 4 tomes, Paris, Cujas, 1981-1984.

<sup>10</sup> BOURDIEU, P., *La force du droit*, *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, n°64. Il y dit notamment que plus une situation recèle une potentialité de violence, plus il faut mettre les formes, codifier très précisément les rituels.

sanction attribué par les tribunaux<sup>11</sup>. C'est toute une conception du politique et de la démocratie qui s'exprime à travers le dicton "*il faut laver son linge sale en famille*".

## 2. Les critères institutionnels

J'évoquerai ici la question des limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution des conflits. Ces limites qui justifieraient le recours à la médiation ne sont pas perceptibles pour tous de la même façon. Les juristes "auto-centrés" sur le droit et la justice n'en voient pas toujours les carences de la même façon que les médecins ou les enseignants ne mesurent pas clairement les défaillances de la médecine ou de l'éducation. Or cette dimension est capitale car plus la confiance institutionnelle en la justice est forte, plus on aura tendance à choisir la scène judiciaire comme espace de régulation des conflits. A l'inverse plus on discréditera la scène judiciaire et ses acteurs, plus on portera son choix vers d'autres scènes de régulation.

Je ne reviendrai pas sur les apports de la sociologie de la réaction sociale dénonçant les méfaits de l'intervention pénale. Je veux plutôt aborder la question de la pertinence des réponses judiciaires pour des conflits, qu'ils soient qualifiés de pénaux ou civils importe peu, dans lesquels les personnes en cause se connaissent, parce qu'elles sont voisines, liées par contrat, ont un enfant ensemble... et devront après la décision se côtoyer, gérer ensemble des situations. Chacun sait que la justice fonctionne sur un principe de séparation et donne sens à ses décisions par référence au passé. Or dans les cas de relations d'interconnaissance, il s'agit au contraire de rassembler et d'orienter la réponse vers le futur. L'intervention judiciaire semble donc inadéquate.

Ce qui problématise la réponse judiciaire c'est qu'elle impose une distance entre le conflit d'origine et le modèle de résolution qu'elle propose. La judiciarisation des différends ajoute au conflit initial un second conflit que l'on peut nommer "méta-conflit". La résolution de ce méta-conflit ne met généralement pas fin au conflit d'origine sauf dans le cas où l'acceptation des décisions judiciaires serait parfaite. Or ce n'est que rarement le cas. La procédure judiciaire ne semble apporter aucune solution au conflit initial même quand les relations entre les parties sont très difficiles. Tout se passe en réalité comme si l'action de la justice était efficace dans les cas où les parties auraient très bien pu se passer de son intervention. La justice ne détériore pas des relations antérieures faciles mais n'améliore pas des relations antérieures difficiles, au contraire ces relations apparaissent plus

---

<sup>11</sup> Jacques FAGET, Conflits privés, pudeurs publiques, le traitement des plaintes pour violences conjugales, *Les cahiers de la sécurité intérieure*, n°28, 1997, 101-112.

difficiles à la suite du procès<sup>12</sup> et dès lors que les parties abordent l'issue de ce procès en termes de gain ou de perte. Le fait que la justice procédurale soit inefficace pour la régulation des conflits personnels ne signifie pas qu'elle ne remplit aucune fonction sociale. Elle protège de l'arbitraire et de la loi du plus fort, elle institue un rituel de passage qui place le changement d'état des personnes sur un registre public. Mais elle impose une telle distance avec la réalité humaine, elle travaille dans un tel degré d'abstraction qu'elle ne règle que des méta-conflits et non les conflits eux-mêmes.

Un tel constat devrait naturellement encourager l'orientation de la résolution des conflits personnels vers la scène de médiation dont le principe est justement de se situer au plus près de la réalité humaine du conflit dans une logique gagnant/gagnant. Mais il faudrait évidemment faire le même type de recherche auprès des personnes qui ont suivi une médiation pour pouvoir évaluer les bénéfices respectifs des différentes scènes possibles.

D'autres facteurs institutionnels peuvent influencer sur le choix de l'une ou l'autre scène. C'est ainsi par exemple que le souci d'une réponse rapide, celui d'une réponse peu onéreuse, peuvent conduire à éviter les longs délais d'attente d'une procédure judiciaire. On peut également imaginer, ce que ne manquent pas de faire les avocats, que l'évaluation anticipée de la décision qui sera prise, à partir de la connaissance de la jurisprudence en la matière, de la pratique de tel ou tel magistrat qui sera vraisemblablement chargé du dossier, jouera dans le choix de la scène.

### **3. Les critères éthiques**

Le premier obstacle, insurmontable, qui ne permet pas d'envisager la mise en oeuvre d'une médiation est l'opposition des personnes à ce type de processus. La médiation, je le redis avec force, ne saurait se concevoir sans l'assentiment éclairé des opposants. Il faut donc que l'adhésion à la médiation ne soit pas entaché de vices du consentement, ce qui signifie qu'il ne doit pas être extorqué par la crainte ou une quelconque pression, qu'il ne doit pas être le fruit de manoeuvres qui profiteraient de la faiblesse, de la crédulité d'une personne. Cela signifie que la médiation n'est pas envisageable dès lors que le niveau intellectuel des intéressés est très faible, que ces personnes sont en état de dépendance physique ou psychique (alcooliques chroniques, toxicomanes...) ou que leur état psychique (psychose, névroses graves et persistantes, paranoïa....) ne permet pas un exercice sain de leur volonté.

---

<sup>12</sup> Pierre NOREAU, La superposition des conflits: limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution, *Droit et Société*, 40, 1998, p. 585-612.

La médiation par ailleurs est peu compatible avec certains types de relations d'emprise, de domination ou de dépendance qui peuvent exister entre des personnes sans que leur capacités sociales soient amoindries en dehors de la relation qui fait problème ou lorsque les personnes entretiennent avec leurs conflits une telle relation d'amour qu'elles ne sauraient sans détacher sans mettre en péril leur équilibre psychique.

Il est enfin très délicat d'envisager une médiation entre des personnes, ou des personnes et des groupes, se trouvant dans des situations d'inégalité statutaire flagrantes comme patrons et employés et surtout lorsque le plus faible n'est pas contractuellement protégé comme c'est le cas dans les conflits entre professeurs et élèves. Mais leur rencontre donnant parfois des résultats très satisfaisants, il serait mal venu d'en écarter systématiquement la possibilité. Tout est affaire de contexte.

La difficulté consiste à identifier tous ces empêchements. Celui qui oriente en médiation ne connaît généralement qu'assez peu de choses sur les personnes et les signaux de la maladie mentale ou de la ruse sont difficiles à décrypter même pour des spécialistes. Il serait évidemment farfelu d'exiger des opposants qu'ils passent une sorte de bilan de santé mentale et sociale pour pouvoir accéder à la médiation. C'est donc au médiateur qu'il appartient de déceler, au cours des entretiens qu'il a avec les personnes, les obstacles à l'engagement du processus et à l'organisation d'une rencontre. Cela suppose une grande perspicacité ainsi qu'une formation approfondie à l'écoute. Sa clause de conscience lui permettra alors de se démettre d'un processus de médiation qui, même avec l'accord des opposants, lui paraîtrait entaché de ces infractions à l'éthique.

#### **4. Les critères juridiques**

Le premier critère qui vient à l'esprit tient au caractère ou non juridique du conflit. Mais peu de conflits peuvent échapper à une qualification juridique. Le second critère met en jeu le degré de complexité de l'affaire. Il est d'usage de considérer que la médiation est adaptée pour les questions simples tandis que le droit serait plus adapté pour démêler des situations enchevêtrées. Cette idée ne s'appuie sur aucun argument objectif. En réalité tout dépend de la volonté des personnes d'en découdre ou de rechercher une entente satisfaisante. De toutes les façons, chacune à la possibilité parallèlement à la scène de médiation de s'entourer de tous les conseils juridiques possibles.

Plus intéressante est la question de savoir quand il est important de dire le droit et quand cette exigence est moindre. Tous ceux qui se sont battus pour la reconnaissance du droit des opprimés et des marginaux éprouvent des difficultés à comprendre le développement dans certains domaines de la médiation. Ils se sont tellement investis pour que soient placés sur la

scène juridique et judiciaire des conflits qui étaient occultés par les pouvoirs politiques et économiques, qu'ils considèrent comme une disqualification le fait de renvoyer un conflit sur la scène de la médiation. La dénonciation de l'arbitraire régnant dans les hôpitaux, les casernes et les prisons, la reconnaissance des droits de la consommation, de l'environnement, du travail ne sauraient pour eux se concevoir sans une stratégie d'occupation de la scène judiciaire.

C'est ainsi qu'il faut comprendre la position de quelques mouvements féministes critiquant le recours à la médiation en cas de violences conjugales du fait du déséquilibre existant dans les rapports de pouvoir entre hommes et femmes et de la vulnérabilité des femmes<sup>13</sup>. Cette procédure serait une source de danger car manquant des garanties juridiques susceptibles de protéger les femmes. Loin de politiser les rapports sociaux, le recours à la médiation réorienterait les problèmes conjugaux vers la sphère privée d'où, après de chaudes luttes, les femmes venaient de les extraire. La violence ne serait dès lors plus un élément non négociable mais deviendrait un problème à responsabilité partagée, les règlements axés sur l'intérêt des enfants seraient de nature à éluder les revendications des femmes. La médiation ramènerait donc le secret sur les questions familiales et permettrait aux inégalités entre hommes et femmes de se perpétuer.

Il se peut en effet qu'existe une contradiction entre la nécessité collective de la reconnaissance des droits et la recherche du bien être individuel des personnes. On sait que le combat judiciaire garde une grande force symbolique mais qu'il est peu propice à assurer l'apaisement des conflits. Considérer que la médiation est la dernière rouerie du néo-capitalisme pour asseoir le libéralisme marchand et la domination de la société mâle et blanche sur les autres communautés, serait lui accorder une puissance qu'elle n'a pas. On peut imaginer les risques engendrés par l'élaboration d'une idéologie de la médiation qui abolirait les vertus du conflit et en empêcherait l'expression. Mais tel n'est pas encore le cas. La culture de médiation ne nie pas les vertus du conflit, elle en sélectionne simplement les usages.

---

<sup>13</sup> DIGNEFFE Françoise, PARENT Colette, *La médiation face aux situations de violence contre les conjointes: quelques éléments à verser au débat, Politique, police et justice au bord du futur*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

## Conclusion

Apparemment l'accès au droit pris dans son sens juridique traditionnel et la médiation, en tant que mode flexible de régulation, entretiennent des rapports antagonistes. Cette opposition est renforcée par la dimension consumériste que prend, dans nos sociétés, la relation au droit. En effet, le développement de l'accès au droit, issu à l'origine d'une lutte sociale pour plus de démocratie et de justice, est aussi aujourd'hui la résultante de logiques de concurrence et de gain terrain entre tous les "marchands" de droit. Cette surenchère engendre des cohortes de droitivores, consommateurs invétérés de droits, multitude d'ayants-droit cultivant, sur le modèle américain, des attitudes systématiques de demandes de protection, d'imputation et de déresponsabilisation. Nous sommes alors aux antipodes de la philosophie de la médiation qui refuse le prêt à porter juridique pour y substituer une régulation sur mesure dans laquelle les personnes s'engagent et se responsabilisent.

Médiation et accès au droit ne sont compatibles qu'à deux conditions:

- \* que la médiation soit purifiée de ses imitations autoritaires et s'organise autour de principes éthiques intangibles
- \* que l'accès au droit soit compris de manière extensive comme un accès à la citoyenneté et non pas au savoir juridique et à ceux qui le détiennent.

Dans ce cas, la médiation représente pour tous le moyen politique d'être sujet de droit et d'échapper à une attitude utilisatrice ou dépendante. Elle donne la possibilité à ceux qui en recherchent plus ou moins consciemment le besoin de tisser un lien avec l'Autre, ce chaînon manquant de nos démocraties contemporaines engluées dans l'individualisme et le vide social.

L'objectif est encore lointain. Les tentatives d'articulation pratiques entre accès au droit et médiation sont maladroites car perdure une confusion sur ce qu'est l'accès au droit et sur ce qu'est la médiation. Mais les expériences menées à Marseille et à Pessac, malgré leurs imperfections, sont sur la bonne voie. Toutes les initiatives qui tentent de réduire la distance entre les professionnels du droit (avocats et promoteurs juridiques), entre les juristes et les médiateurs, qui s'efforcent de promouvoir un double voire un triple regard, sociologique, psychologique et juridique, sur les réalités humaines et sociales, contribuent à juguler la violence des rapports sociaux et à penser de nouvelles manières civilisées et démocratiques de produire du vivre ensemble.

## **ANNEXE**

### **Mission Droit et Villes**

#### **Groupe 2: l'accès au droit:demandes et besoins**

Questionnaire élaboré à la suite de la rencontre du 1er décembre 1999 et mis en débat lors des réunions des 20 janvier et 14 mars 2000 entre tous les participants.

##### 1er thème: l'accès au droit

1. Quels sont les rôles respectifs des avocats et des associations en matière d'accès au droit? Ces rôles sont-ils concurrents, complémentaires, différents?
2. Une synergie entre tous les acteurs de l'accès au droit est-elle possible? A quelles conditions?

##### 2ème thème: accès au droit et médiation

3. Quels sont, à votre avis, les conflits qui doivent être orientés vers la scène judiciaire et ceux qui doivent être orientés vers la scène de médiation? Autrement dit, quand faut-il dire le droit et quand peut-on envisager une solution négociée?
4. Quand et comment les avocats peuvent-ils intervenir dans les processus de médiation pénale et civile? (conseils, assistance aux entretiens, aux rencontres ....)

##### 3ème thème: la médiation

5. Peut-on à la fois être avocat et médiateur? Est-il possible de passer d'une posture d'avocat à une posture de médiateur et inversement? Peut-on être juriste et médiateur?
6. Comment concevoir dans le cadre de la médiation civile, les relations entre médiateurs (non avocats) et avocats (médiateurs)?