

*Pour mieux en saisir les enjeux
et - peut-être - les limites ?*

Replacer la médiation familiale dans un contexte historique et culturel

par Damien d'Ursel *

En prenant un peu de recul on ne peut qu'être frappé par la rapidité et la facilité avec laquelle la médiation familiale, qui nous vient d'outre-Atlantique, a conquis en l'espace d'une trentaine d'années la faveur de nombre d'intervenants actifs dans le domaine familial, trouvant droit de cité dans les plus doctes hémicycles et, finalement, obtenant dans notre pays une consécration législative par l'adoption de la loi du 19 février 2001.

Tout laisse à penser que la médiation familiale venait à point nommé. Face à une relation conjugale largement «privatisée», à une famille restructurée autour du lien parental et du souci du bien-être des enfants, face aussi à une justice jugée distante et inhumaine, et à des avocats suspectés par certains de souffler sur les braises de la discorde comme pour mieux satisfaire leur cupidité, la médiation familiale semblait tomber du ciel.

Prenant résolument distance par rapport à un certain angélisme qui verrait dans ce nouveau mode de résolution des conflits familiaux la panacée universelle, nous nous proposons de revenir sur les conditions historiques et sociologiques de son apparition, et de son succès.

Ce sera - espérons-nous - l'occasion de mieux saisir ce qui se passe en médiation familiale, et les limites dans lesquelles celle-ci pourra nous apporter le meilleur d'elle-même.

1. Évolution des représentations familiales, depuis le modèle traditionnel du «mariage institutionnalisé», jusqu'à la famille contemporaine «privatisée» et recentrée sur le lien parental

Il serait vain de tenter ici un historique complet et nuancé de ce que fut l'histoire de nos familles depuis le Moyen Âge jusqu'à nos jours. Il serait tout aussi absurde de prétendre qu'aucune évolution significative en la matière ne serait à observer dans nos contrées durant des siècles, et que tout aurait d'un coup basculé autour des années 1960-1970.

Il reste que l'accélération de l'histoire dans cette matière depuis une trentaine d'années, et l'importance des bouleversements opérés depuis lors, permet de considérer que recouvre une certaine réalité un découpage qui opposerait un «avant», d'un «après» l'éclatement de ce qu'il conviendrait d'appeler - à défaut de pouvoir être plus précis à ce stade - les valeurs familiales traditionnelles.

Les simplifications ne pourront donc pas être évitées. Elles apparaissent cependant inévitables dans ce type d'exposé à caractère essentiellement transversal.

1.1 Le modèle traditionnel de la famille

Dans toute société traditionnelle, le mariage joue un rôle central d'institution

autour de laquelle se structure la vie collective et se définit l'essentiel des règles sociales fondamentales : inceste, alliance, parenté, filiation, mais aussi accumulation et transmission des richesses et (dans une certaine mesure) du pouvoir.

Nous entendons nous référer au mariage tel qu'il s'est, selon l'historien Georges Duby ⁽²⁾, progressivement imposé en Europe occidentale vers les XI^{ème} et XII^{ème} siècles sous l'impulsion déterminée de l'Église. Une conception du mariage qui s'est affirmée sur fond de pratiques polygames et de répudiation encore fort répandues jusqu'au IX^{ème} siècle dans nos contrées, et dont le trait le plus essentiel est l'indissolubilité (contrairement au mariage romain), indis-

* *Avocat et Médiateur familial*

(1) *L'article reprend les propos tenus lors d'un exposé que l'auteur a fait le 10 mars 2003 dans le cadre d'un cycle de conférences organisé par le Planning familial Les Bureaux de Quartiers à Schaerbeek, sur le thème «Ces deuils qui nous libèrent».*

(2) *G. Duby, Féodalité, Gallimard, collection Quarto. Voir aussi J. Le Goff, Un autre Moyen Âge, dans la même collection.*

Les grands traits de la famille contemporaine

solubilité qui est renforcée par le caractère religieux de l'institution («*Ce que Dieu a uni, l'homme ne le sépare pas*») (3).

Ce mariage «*institution religieuse*» préfigure ce qui persistera, dans notre droit sécularisé actuel, sous la forme d'une «*institution*», à savoir une création juridique frappée «*d'indisponibilité*» en ce sens que, touchant à l'ordre public, elle ne peut être modifiée par la seule volonté des parties.

Le mariage traditionnel, s'il structure la société, régit aussi les alliances entre familles. Seul lieu de procréation légitime, il permet d'éviter une trop grande dispersion des patrimoines. Son versant proprement patrimonial est le seul à conserver un certain caractère contractuel (les contrats de mariage).

La relation conjugale est par ailleurs fortement marquée par la complémentarité - ou l'inégalité - des rôles (le pouvoir pour l'homme, mais aussi le devoir de secours notamment sur le plan matériel; l'obéissance, les travaux ménagers et l'éducation des jeunes enfants pour la femme). Le poète anglais John Milton écrivait en 1643 : «*Le mariage indissoluble suppose la hiérarchie des sexes, leur assignation à des rôles et des espaces distincts, et finalement de considérer la femme comme une compagne muette et sans âme, et la solitude de l'homme*» (4).

La relation conjugale, régie par un code précis de droits et d'obligations, ne laissait souvent que peu de place à l'expression des affects, et à l'attachement réciproque. Le devoir de fidélité, dont on pourrait penser qu'il serait apparu comme pour «*légitimer*» la mise au ban de la société des nombreux descendants illégitimes, est très largement bafoué dans les faits. L'amour courtois chanté au Moyen Âge, c'est avant tout l'adultère, nous explique l'historien Jacques Le Goff. Sous l'Ancien Régime ce sont les rois de France qui donnent l'exemple, avec leurs conquêtes extra-conjugales qui se succèdent au grand jour. Quant à l'époque romantique, au XIX^{ème} siècle, c'est aussi l'apogée de l'institution du bordel... (5).



Le tableau dressé est bien sûr caricatural, nous l'avons dit. L'historien Jacques Solé (6) nous enseigne d'ailleurs que dès l'Ancien Régime, alors que les classes aristocratiques marient leurs rejetons à peine pubères comme on fait des alliances politiques et des traités, une réalité nouvelle se dessine peu à peu au sein des classes paysannes où, à défaut d'enjeux financiers importants pour les familles, les jeunes gens s'approchent et se connaissent dans un espace de plus grande liberté. Attendant d'avoir accumulé quelques moyens, ils se marient à un âge plus mûr (moyenne de 24 à 26 ans), et leur relation se fonde sur un rapport plus égalitaire et respectueux. C'est ce qui a fait dire à Jacques Solé que «*les paysans ont inauguré le mariage d'amour*».

1.2 Le modèle contemporain d'une famille «*privatisée*» et recentrée sur le lien parental

Ici encore nous n'avons d'autre choix que de dresser un tableau passablement sché-

matique de ce qui, aux yeux des sociologues, constituerait les grands traits de la famille contemporaine. Il reste que ces formes nouvelles ne se sont pas introduites du jour au lendemain mais bien plutôt au travers d'étapes successives qu'il ne sera pas possible de développer ici. Au surplus, le modèle dit «*traditionnel*» tel qu'exposé plus haut n'en demeure pas moins très présent de nos jours, quoiqu'on puisse indéniablement le considérer en «*perte de vitesse*».

1.2.1 La «*dés-institutionnalisation*» (7) (ou «*désacralisation*») de la famille et du couple marital en particulier (8)

De manière plus généralisée depuis une trentaine d'années, on peut considérer que le mariage perd son caractère structurant, tant pour la société en général que pour les familles élargies. On sort du sacré. Cette évolution peut être bien sûr mise en lien avec le développement du capitalisme et l'urbanisation croissante,

(3) Voir I. Théry, «*Le plus saint des contrats*», in *Le démantèlement. Justice et Vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1993, p. 28.

(4) Cité dans I. Théry, *Le démantèlement...*, op. cit.

(5) Cfr. l'historien A. Corbin, «*Le XIX^{ème} siècle, c'est le temps des oies blanches et des bordels*», in *L'amour à travers les âges*, in *Le Vif/L'Express* 16/8/2002.

(6) J. Solé, «*L'Amour en Occident à l'époque moderne*», Albin Michel.

(7) *L'expression est du sociologue français L. Roussel, cité par J.-L. Renchon, in Justice : la logique de la médiation familiale*, Louvain n° 123, novembre 2001.

(8) Voir notamment le psychologue P. Traube, *Familles aujourd'hui : le patchwork*, in *Familles en Mouvement*, colloque du 11 juin 1998 organisé par le Conseil fédéral de l'Égalité des Chances entre Hommes et Femmes; R. Rezsóhazy, *Les nouveaux enfants d'Adam et Eve. Les formes actuelles de couples et de familles*, Academia, Louvain-La-Neuve, 1991.

C'est bien tant au nom de l'Amour qu'on se marie... et qu'on divorce

la dislocation des solidarités intra-familiales qu'ils ont introduite, et la mise au devant de la scène du modèle — lui-même remis en cause plus tard — de la famille dite «nucléaire».

Dans ce contexte on constate une progressive «privatisation» de la relation de couple. La vie commune est décidée entre deux individus, dans la vérité de leurs sentiments réciproques. Il y a pour les couples, de manière générale, une difficulté grandissante à accepter des règles imposées de l'extérieur. Le couple vit davantage sur une forme de modes vivendi renégociée au jour le jour. L'institution du mariage est parfois rejetée au motif d'un «*Cela ne regarde que nous !*» péremptoire. Pour ceux que le mariage fait encore rêver, on revendique d'en définir de plus en plus les contours «à la carte»⁽⁹⁾. Entre ces différents choix de vie, l'État est pour sa part sommé d'offrir une protection juridique dans un parfait souci de neutralité (mise en cause des discriminations entre statuts sur le plan de la fiscalité, de la sécurité sociale, etc.).

Alors que le modèle traditionnel de la famille était fondé sur la complémentarité des rôles et qu'à ce titre, il formait une entité économique, le couple actuel tend davantage à l'égalité et l'interchangeabilité des rôles. On pense bien entendu à cette évolution qui a vu les femmes être progressivement libérées des aléas de la procréation non contrôlée, et à prendre une part plus importante dans la vie économique et sociale. Le modèle du couple actuel valorise l'indépendance économique de chacun de ses partenaires.

La vie en couple, finalement libérée de toute fonction sociale et économique, se vit dorénavant au fil des aléas de l'attachement amoureux qui la fonde. Les valeurs maîtresses sont dorénavant : communication authentique, respect mutuel, relations sexuelles harmonieuses, et fidélité, laquelle devient absolument impérative... mais pour le temps que dure la relation.

Irène Théry⁽¹⁰⁾ évoque cette aspiration à l'épanouissement individuel, au bonheur sexuel et affectif, qui en vient à remodeler les relations de couple, sous la forme d'un «*itinéraire partagé, une con-*

versation continuée, sous l'égide de la liberté sans laquelle il n'est pas question de reconnaissance de l'autre, pas de questionnement sur soi.

La vie de couple contemporaine serait celle des équilibres délicats, où il s'agirait d'être «*libres ensemble*»⁽¹¹⁾, où il faudrait trouver à conjuguer le «*pour toujours*» (qui reste intrinsèquement lié au sentiment amoureux), avec un «*pour le temps que ça dure*» (qu'impose un nécessaire réalisme...).

Si tout ne tient donc qu'au seul fil de l'attachement affectif, le couple contemporain fait l'expérience de sa propre fragilité. Et l'énorme investissement entrepris pour renforcer et prolonger cet attachement réciproque (selon certains sociologues, la régulation du couple par l'État serait aujourd'hui remplacée par la «*culture psy*») n'y pourra - presque - rien changer. L'instabilité des relations conjugales aujourd'hui est à la mesure des attentes énormes dont elles sont investies. Il ne s'agirait en définitive plus tant que le couple «*tienne*» mais bien plus qu'il «*réussisse*»⁽¹²⁾. Et dans la négative, la relation sera vécue comme un enfermement et le divorce ou la séparation, une «*libération*» dont tous, nous affirme-t-on, pourront sortir gagnants. Finalement c'est bien tant au nom de l'Amour qu'on se marie... et qu'on divorce.

1.2.2 La relation conjugale étant largement

«désacralisée» et renvoyée dans la sphère du «privé», c'est dans la relation parentale ou filiale que vont se réinvestir désormais les mécanismes de régulation sociale⁽¹³⁾

Avec la banalisation des enfants nés hors mariage, ce dernier n'est plus le lieu privilégié de la procréation. De plus, la maîtrise par les femmes de leur fécondité a permis une certaine déliaison symbolique entre le couple (et la sexualité) et la conception des enfants, et inversement d'ailleurs⁽¹⁴⁾.

Cette révolution des mentalités et des pratiques a permis l'éclosion d'une autre petite révolution sur le plan juridique : le sort des enfants a été, au fil des réformes législatives successives, largement dissocié de l'histoire et de l'évolution du couple parental (alignement progressif du statut de l'enfant illégitime, à savoir né hors mariage, sur celui de l'enfant légitime)⁽¹⁵⁾.

Dans le même temps se voit réaffirmée avec force la nécessité de la poursuite du lien parental de chacun au-delà de la séparation du couple⁽¹⁶⁾ (et ce avec tout l'arsenal législatif, y compris pénal que l'on connaît, notamment quand il s'agit de garantir à un parent de continuer à entretenir une relation avec ses enfants d'une part, ou quand il s'agit d'assurer la

(9) Les sociologues constatent pour leur part que s'il est vrai que les époux se sentent aujourd'hui plus libres des décisions qu'ils prennent, d'étonnants conformismes sont à observer dans le contenu de ces décisions, que ce soit quant au choix du conjoint, quant au partage des rôles conjugaux ou à la détermination du nombre d'enfants, par exemple (voir les études citées par B. Bastard, *Les démarieurs. Enquête sur les nouvelles pratiques du divorce*, Paris : Alternatives Sociales, La Découverte, 2002, p. 102-103).

(10) I. Théry, *op. cit.*

(11) Expression du sociologue F. de Singly, cité par J.-L. Renchon, *op. cit.*, p. 26.

(12) Pour reprendre l'expression de J.-L. Renchon, *op. cit.*, p. 25.

(13) Voir notamment D. Salas, *Le droit familial à la recherche de références*, in *Les mutations du rapport à la norme. Un changement dans la modernité ?* sous la direction de J. De Munck et M. Verhoeven, De Boeck 1997, p. 202. Voir aussi B. Bastard, *op. cit.*, p. 167.

(14) La science s'est en effet chargée de consacrer la rupture du lien inverse, la procréation étant progressivement détachée de l'existence même d'un couple voire de toute relation sexuelle.

(15) C'est dans ce contexte aussi que s'inscrit, à notre avis et quoiqu'on puisse en penser par ailleurs, l'ouverture du mariage aux couples homosexuels : si tant la filiation que l'autorité parentale sont déjà largement dissociées du mariage, qu'est-ce qui différencie encore un couple homosexuel d'un couple hétérosexuel au point d'interdire aux premiers des liens du mariage (et ce d'autant que la fragilité du lien concerne dorénavant tant les uns que les autres...)?

(16) Ce qui doit se comprendre sur un plan strictement historique comme l'affirmation du rôle des pères dans l'éducation des enfants après la séparation, rôle dont ils étaient auparavant exclus.

La logique de «procéduralisation»

participation de chacun aux frais liés à l'éducation des enfants d'autre part).

Et quoi de plus légitime que, dans un contexte de fragilité - de déliquescence diront certains - du lien conjugal, soit posé avec force le principe de la co-responsabilité parentale comme une référence essentielle pour les enfants ballottés au gré des recompositions familiales ?

Le maintien d'une autorité parentale conjointe après la séparation ou le divorce, voilà donc un énorme défi lancé à notre époque. Et on sait combien ce défi sera souvent difficile à relever dès lors qu'au moment où les partenaires tentent de vivre le deuil de leur relation interrompue, il pourra paraître surhumain de poursuivre, avec l'autre, une relation uniquement «pour les enfants».

Ce défi y est en tout cas pour une grande part, comme nous le verrons, dans la remise en cause et la réforme des modes traditionnels de se séparer et de divorcer, et dans le rôle progressivement pris dans ce domaine par la médiation familiale.

2. Évolution des modèles de justice familiale

Différents philosophes du droit ont mis en évidence les transformations qui seraient à l'œuvre depuis un certain nombre d'années dans nos sociétés occidentales, dans le domaine du rapport à la norme juridique et de la régulation des conflits sociaux.

Après le modèle «positiviste» ou «formel» ayant présidé à l'organisation de notre État de droit, beaucoup de réformes s'inspireraient à l'heure actuelle d'une logique de «procéduralisation» du droit, où les procédures prendraient le pas sur le fond des débats et où les juges, un peu à la manière des médiateurs, prendraient un rôle actif dans l'animation d'un débat interactif, où chacun aurait droit à une parole vraie et authentique⁽¹⁷⁾.

Les développements qui suivent se fondent sur l'hypothèse selon laquelle il y aurait quelque pertinence à relier l'évolution des modèles de justice familiale

aux évolutions observées, tant dans les représentations familiales d'une part⁽¹⁸⁾, qu'à l'occasion du passage d'un modèle de justice «positiviste» à un modèle de justice «procédurale», d'autre part.

2.1 Le modèle d'une justice «positiviste» au secours d'une représentation traditionnelle de la famille dans la procédure en divorce pour faute : une impasse face à l'évolution des mentalités

Le modèle dit «positiviste»⁽¹⁹⁾ du droit a été mis en évidence pour la première fois par le sociologue allemand du début du XX^{ème} siècle, Max Weber. Ce modèle a inspiré l'élaboration des démocraties représentatives modernes. Il se caractérise par la dissociation entre le lieu d'élaboration de la norme, et le lieu de son application. On aurait d'un côté le Parlement, émanation de la Nation, qui édicte des lois censées être limpides et cohérentes, et de l'autre un juge dont le rôle se limiterait à appliquer ce «droit» au «fait».

Le personnage du juge serait dans ce contexte celui d'un pur serviteur de la loi, une personne sans état d'âme ni sentiment, celui qui «dit le droit» à la manière d'un prêtre qui réciterait des formules auxquelles serait attaché un pouvoir surnaturel. Tout, notamment dans le décorum, viendrait renforcer ce rôle

quasi sacré de la Justice dans le modèle «positiviste»⁽²⁰⁾.

Ce modèle qui, au-delà d'une présentation ici quelque peu caricaturale, reste dominant dans notre système juridique, apparaît peut-être le plus clairement à l'œuvre, en matière familiale, dans la procédure de divorce pour faute.

Celle-ci correspond par ailleurs, aussi, à une vision assez traditionnelle ou «institutionnelle» de la famille telle que nous avons tenté d'en définir les contours plus haut⁽²¹⁾.

Dans cette conception traditionnelle en effet, le divorce représente - quand et s'il est toléré - un échec important qui ne peut avoir été la conséquence que d'un fait grave justifiant une riposte sociale adéquate. La «faute» commise, censée être à l'origine de la rupture du couple, doit être reconnue, et durement sanctionnée⁽²²⁾.

Le mariage à vocation éternelle ne pouvait en effet prendre fin qu'avec la réaffirmation publique des obligations qui en assuraient, en principe, la pérennité. C'est à ce prix que se retrouvaient ainsi chaque fois renforcés le mariage comme institution et «l'ordre des familles» dont il constituait la pièce maîtresse (union, stabilité, pérennité des liens, solidarité, transmission des valeurs et du patrimoine)⁽²³⁾.

La «judiciarisation» du conflit conjugal, dans la procédure du divorce pour faute, débouche sur une confrontation où droits et obligations s'entrechoquent. On op-

(17) *Entre ces deux logiques, le modèle de «l'État social» se serait développé, laissant une place centrale à l'expert dans une société qui se vivrait sur un mode essentiellement technocratique. Quoique non dénué de pertinence dans le cadre familial, nous n'avons pas cru indispensable d'intégrer ce modèle supplémentaire dans la suite de l'exposé.*

(18) Voir supra point 2.

(19) *Sur la présentation de ce modèle, voir notamment J. De Munck et O. De Schutter, Le siège de la Justice, La Revue Nouvelle, janvier 1997, p. 66. Voir aussi J. De Munck et M. Verhoeven, Les métamorphoses de la raison, in Les mutations du rapport..., op. cit., p. 270.*

(20) *Comme l'ont souligné certains (J. De Munck et O. De Schutter, op. cit., p. 67), la critique envers le monde judiciaire véhiculée récemment par le Mouvement Blanc notamment, n'est sans doute pas étrangère à la stigmatisation de ce modèle de juge froid et distant, au langage opaque, dans une société où l'on attendrait dorénavant du juge (conformément à une logique plus «procédurale»; cfr. infra) qu'il s'investisse dans un débat interactif et ouvert, fasse naître une parole authentique, prenne le risque d'apparaître dans toute son humanité. De là aussi une forme d'idéalisation de ce «petit juge», un homme qui, proche de 'Monsieur tout le monde', serait lui doué de compassion et finirait broyé par l'irréductible et inhumaine machine judiciaire...*

(21) Cfr. point 2.1 supra.

(22) Cfr. notamment jusqu'il y a peu la répression pénale de l'adultère.

(23) Selon la définition qu'en donne J.-L. Renchon, op. cit.

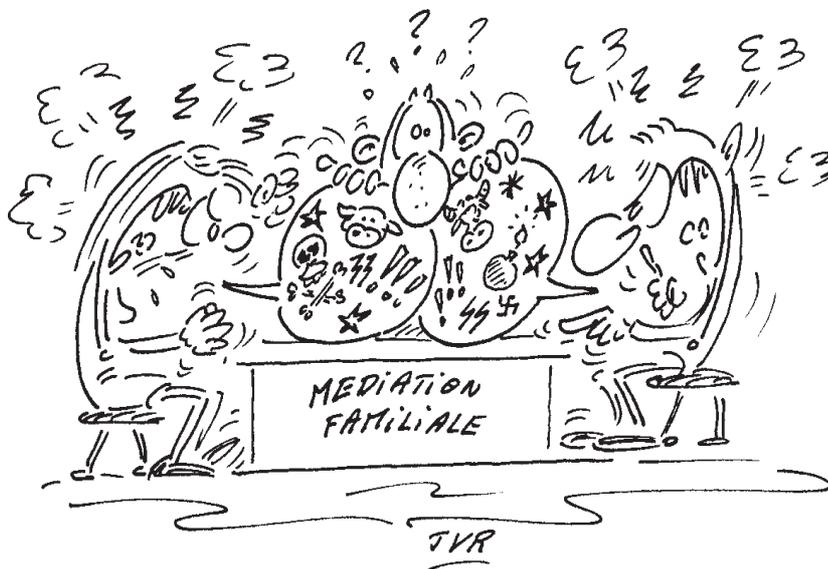
Une réforme profonde du divorce pour faute s'impose

pose le blanc et le noir, le «*coupable*» et «*l'innocent*». Et on sait qu'une telle configuration a pour effet d'exacerber les tensions, déjà intrinsèquement liées au phénomène même de la séparation. Comme l'explique la thérapeute conjugale Marie-Thérèse Martinière, «*le divorce et la séparation sont presque toujours précédés de conflits et de tensions fortes, et installent une période régressive parfois intense accompagnée de perte de repères, d'angoisses de séparation, d'atteintes narcissiques et de dépression, d'où le recours à des processus défensifs : déni, clivage, projection, idéalisation qui entraînent des comportements de type paranoïde et psychopathologique*»⁽²⁴⁾.

La violence liée à cette confrontation judiciaire semble en partie s'expliquer par la logique causale de type linéaire qui y est à l'œuvre (relier un fait qualifié de «*faute*» à l'échec du mariage), laquelle logique n'est pas compatible avec le mode plutôt circulaire ou systémique sur lequel se conjuguent en réalité les relations humaines. Dans l'échec d'une relation, chacun porte en effet sa part de responsabilité. Chaque «*fait*» qualifié le cas échéant de «*faute*» est relié à une multitude d'autres faits et de circonstances avec lesquels il est enchevêtré selon une logique propre à chacun des partenaires du couple. Le tout baigne donc dans une complexité qui est de l'ordre du radicalement subjectif et/ou relationnel, tout travail d'objectivation - et dès lors de «*remise à plat*» devant un tribunal - apparaissant à cet égard a priori vain.

Le caractère conflictuel de la procédure y est d'autant plus encouragé que, comme on le sait, il reviendra à l'époux désireux d'obtenir un soutien financier de son conjoint après divorce, de prouver non seulement que l'autre est «*coupable*», mais aussi qu'il est lui-même totalement «*innocent*», ce qui revient donc à exiger quelque chose de radicalement impossible, pour obtenir un soutien financier qui peut apparaître parfois - admettons-le - tout à fait légitime⁽²⁵⁾.

Finalement, les époux sortiront souvent meurtris de cette expérience, aucun ne s'y retrouvant dans l'image de leur relation qui a été véhiculée au cours des



débats judiciaires. Et le nécessaire travail de deuil de leur relation ne s'en trouvera pas facilité : leur passé commun est trahi, nié, ce qui est d'autant plus regrettable que ce passé commun c'est aussi - et surtout - leurs enfants communs qui, eux, doivent continuer à vivre...

On aura compris que comme beaucoup nous considérons qu'une réforme profonde du divorce pour faute s'impose. Mais il ne faut pas oublier cependant que ce modèle de divorce a pu apparaître parfaitement adapté en d'autres temps : dans un contexte où la relation conjugale se vivait davantage sur le mode d'un échange de droits et d'obligations que sur la satisfaction de besoins réciproques (les besoins pouvaient trouver des satisfactions ailleurs sans trop de mal...), dans une société où le mariage avait bien d'autres fonctions que le seul réceptacle des sentiments réciproques des époux, n'autoriser le divorce qu'au terme de la recherche d'une «*faute*» à vocation finalement expiatoire, pouvait avoir tout son sens.

2.2 La déliaison conjugale déculpabilisée et le mythe du «*bon divorce*»⁽²⁶⁾

Dans un contexte contemporain où la relation de couple est suspendue au fil des affects partagés entre partenaires, la fragilité des couples est désormais à l'ordre du jour. Si les sentiments finissent par être ensevelis sous les grincements du quotidien, la séparation s'impose alors comme une nécessité et rien ne pourra plus faire obstacle à ce qui - objet de la pire infamie dans le passé - est dorénavant revendiqué comme un droit : le divorce. Un divorce qui libère, un divorce qui symbolise un nouveau départ, un divorce dont tous - y compris les enfants⁽²⁷⁾ - sortiraient gagnants.

Traduisant ce courant de pensée le législateur s'est évertué, depuis une trentaine d'années, à faciliter considérablement l'accès au divorce : suppression de l'autorisation de citer, réduction successive de la durée de la séparation de fait pour le divorce de l'article 232 du Code

(24) M.-T. Martinière, *La médiation familiale : panser ou penser les séparations conjugales ?*, Dialogue - Recherches cliniques et sociologiques sur le couple et la famille, n°143, 1999, p.80.

(25) Certains juges, tirant argument de cette impossibilité radicale de prouver l'innocence totale de l'un et la culpabilité totale de l'autre, en finissent par n'accorder pratiquement que des divorces aux torts partagés des deux époux, ce qui a pour effet d'exclure toute pension après divorce pour l'ex-époux le plus démuné. Clairvoyance ou cynisme ? Chacun en jugera.

(26) Voir notamment B. Bastard, op. cit., p. 17 et suiv.

(27) Ne vaut-il pas mieux des parents séparés épanouis que des parents enfermés dans les liens d'un mariage qui est devenu une prison pour tous ? Voilà une pensée largement partagée de nos jours.

Les négociations préalables à divorce par consentement mutuel ne sont pas toujours exemptes de marchandages

civil, et surtout facilitation et réduction du temps d'obtention du divorce par consentement mutuel (qui, de quelques 21 % des divorces qu'il représentait en 1970, est passé à 65 % en 1995, et sans doute encore davantage aujourd'hui)⁽²⁸⁾. Et l'évolution ne semble pas encore arrivée à son terme, à en croire certaines déclarations et propositions de modifications législatives visant à permettre le divorce presque sur simple déclaration administrative, même unilatérale.

Ce qui a permis de s'engager (après l'avoir si longtemps honni) dans un tel processus de facilitation du divorce, c'est aussi son incontestable dédramatisation. Avec un peu de bonne volonté, un divorce peut se vivre, nous dit-on, sans heurt et dans la sérénité pour tous : c'est ce qu'on appellera dorénavant le «*bon divorce*», l'exemple à suivre par tous, le modèle agité à la face de tous les candidats à la séparation, une nouvelle idéologie contemporaine en somme, admirablement évoquée par la sociologue B. Bawin-Legros : «*Le bon divorce suppose que les conjoints s'accordent sur le constat d'échec de leur couple et puissent dresser un bilan de faillite sans qu'il y ait ni coupable ni victime. La crise conjugale précédant la rupture est brève et ne persiste pas au-delà de la séparation. Elle est limitée aux deux époux et ne jaillit ni sur les enfants ni sur la famille élargie. Même si le couple n'existe plus en tant que couple conjugal, il se prolonge néanmoins en tant que couple parental. Les enfants seront alors éduqués de façon concertée. La justice est très peu sollicitée dans ce modèle consensuel : elle se borne à entériner les décisions prises par les conjoints. Le divorce a des conséquences limitées du point de vue matériel. La désunion ne provoquant que des difficultés financières passagères, chacun peut ensuite refaire sa vie avec une nouvelle autonomie financière. Puisqu'il s'agit d'un divorce «sans séquelles», les ex-conjoints devraient pouvoir assez rapidement reconstituer de nouvelles unités familiales, gage de leur stabilité. Le bon divorce implique qu'ils ne restent pas trop longtemps seuls*»⁽²⁹⁾.

Comme on s'en doutera, la réalité est cependant souvent éloignée de cette vision quelque peu idyllique : la grande majorité des séparations sont entamées

contre la volonté d'un des deux partenaires, créant chez celui qui la subit colère et frustration. La situation financière des partenaires est souvent loin d'être égalitaire ce qui limite les latitudes de la partie plus démunie pour la réorganisation de sa vie après la rupture. Les négociations qui précèdent la signature de conventions préalables à divorce par consentement mutuel ne sont pas toujours exemptes de marchandages et manipulations, qui éclateront parfois au grand jour des années plus tard, à l'occasion d'autres conflits. Enfin la reprise au-delà de la séparation d'une hypothétique relation «*pour les enfants*» est tout sauf facile, à un moment où chacun préférerait souvent ne plus avoir rien à faire avec l'autre...

Finalement, comme on le voit, si la libération du carcan d'un mariage empreint d'obligations sévères et lourdement sanctionnées était sans doute devenue nécessaire eu égard à la manière dont on se «*vit en couple*» dans la société contemporaine, l'affirmation d'une forme de «*droit au divorce*» débridé, simplifié à outrance et vécu dans un déni des difficultés réelles qu'il peut entraîner n'apparaît pas non plus comme une solution satisfaisante.

2.3 La «*procéduralisation*» du droit et l'avènement de la médiation familiale

2.3.1 Le modèle «*procédural*»⁽³⁰⁾

Différents théoriciens du droit ont mis en évidence un nouveau rapport à la

norme juridique qui se donnerait à voir tant dans différentes réformes entreprises dans le domaine judiciaire, que dans l'émergence du phénomène de la médiation.

Alors que dans le modèle «*positiviste*», le droit pouvait être finalement ramené à une simple transcription de valeurs stables qui se définissent en dehors de lui, en un autre lieu⁽³¹⁾, ici la conception serait toute autre. On ne s'appuierait plus exclusivement sur un code du juste et de l'injuste existant antérieurement à chaque situation. Il n'existerait plus, pour paraphraser Jean De Munck⁽³²⁾, un catalogue fermé des solutions pour les situations. La distinction, classique s'il en est, entre le «*droit*» et le «*fait*» serait dans une certaine mesure estompée. Et on ne connaîtrait plus à l'avance le bon ordre de l'action, qui ne ressortirait finalement que de la seule délibération des acteurs.

Comme on le voit, la «*procéduralisation*» du droit implique la mobilisation de tous les acteurs concernés, réunis davantage sur le modèle du réseau que suivant une hiérarchisation précise. La mobilisation personnelle de chacun est requise (la représentation par avocat n'est plus suffisante), en vue de participer à un débat qui sera animé par un juge sorti de sa réserve, promoteur d'une parole authentique, ouvert sur les débats éthiques évoqués par la situation.

Le droit deviendrait donc la condition d'un échange rationnel d'argumentation permettant en même temps de produire

(28) M. Corijn, *Développements en matière de partenaire de maternité et de paternité*, in *Familles en Mouvement*, colloque du 11 juin 1998 organisé par le Conseil Fédéral de l'Égalité des Chances entre Hommes et Femmes.

(29) B. Bawin-Legros, *Famille, mariage, divorce. Une sociologie des comportements familiaux contemporains*, Bruxelles-Liège, Mardaga, 1988, p. 132-133.

(30) Sur une présentation générale de ce modèle, voir l'ouvrage J. De Munck et M. Verhoeven (dir.), *Les mutations du rapport à la norme. Un changement dans la modernité ? Ouvertures sociologiques*, De Boeck Université, Paris - Bruxelles 1997, et en particulier J. De Munck, *Normes et procédures : les coordonnées d'un débat*, p. 25; D. Salas, *Le droit familial à la recherche de références*, p. 199; et Conclusion – *Les métamorphoses de la raison*, par J. De Munck ET M. Verhoeven, p. 269. Voir aussi l'ouvrage Ph. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove (dir.), *Droit imposé, droit négocié ?*, Fac. Saint-Louis 1996, et en particulier J. De Munck et J. Lenoble, *Droit négocié et procéduralisation*, p. 171; et A. Deville, *Une nouvelle normativité contractuelle dans les conflits familiaux. Le divorce négocié*, p. 393. Voir encore A. Garapon et C. Amiel, *Justice négociée et justice imposée dans le droit français de l'enfance*, in *Annales de Vaucresson*, Vol.2, 1987.

(31) On pense bien entendu à la différence toujours réaffirmée, dans ce modèle 'formaliste' ou 'positiviste', entre le champ d'élaboration de la norme qui ne relèverait que du seul politique, et le champ de son application qui ne relèverait que du judiciaire.

(32) J. De Munck, *Normes et procédures : les coordonnées d'un débat*, op. cit. p. 25.

La médiation, lieu de négociation «quasi-privé», où se développe une normativité «sur mesure»

et de questionner le sens de la norme⁽³³⁾. La «*procéduralisation*» du droit serait en définitive le modèle dominant de la modernité démocratique où l'espace public, loin de naître de règles données à l'avance, auto-produit lui-même et pour l'avenir ses règles de fonctionnement : modèle dynamique, délibératif, et décentralisé. L'État apparaîtrait dans ce contexte davantage comme «*partenaire*» dans l'œuvre de définition de la norme, que comme pouvoir tutélaire. Il distribue des ressources aux acteurs, ressources de sens, de légalité, de moyens financiers⁽³⁴⁾.

2.3.2 La médiation familiale : à la croisée des nouvelles représentations de la famille, et du modèle «*procédural*» du droit

Prenant acte de la «*privatisation*» des relations familiales et de couple, la médiation familiale s'institue comme un lieu de «*normativité personnelle*». Il s'y ouvre un espace de liberté quant à la place que prendra chacun après la séparation. Il s'y recherche et s'y met à l'essai, dans un cadre de confiance, des solutions imaginées par les parties elles-mêmes, élaborées dans un climat où le vécu subjectif et les attentes intimes de chacun ont été pris en compte.

La médiation familiale appréhende la situation au travers d'une approche multidimensionnelle. En ce sens elle s'inscrit bien dans une logique «*procédurale*» (à l'opposé du modèle «*positiviste*» du droit où l'opération d'adéquation du réel à la règle générale a un effet inévitablement réducteur, et où les «*parties*» pouvant prendre part au débat sont par ailleurs limitativement définies). Pour Jean De Munck⁽³⁵⁾, «*au delà de la recherche de la norme du juste et de l'injuste, il y a dans la médiation familiale une recherche dans les registres économique, juridique, émotionnel et psychologique, travaillés chacun pour eux-mêmes, et librement combinés entre eux, pour tenter d'inventer une solution pertinente à la situation problématique*».

La médiation familiale s'institue en cadre sécurisant pour une confiance réci-

proque : suspension de tout acte de procédure, arrêt de la violence, bonne foi partagée, confidentialité des débats. Elle organise et structure le processus d'écoute et de négociation, qui permet aux parties de cheminer ensemble vers une solution réciproquement acceptée. Elle favorise l'énonciation des besoins de chacun dans un contexte dynamique et interactif (à la différence du modèle «*positiviste*» qui implique un énoncé figé des «*positions*» des uns et des autres).

En ce sens, la médiation familiale permet d'accueillir les difficultés liées au travail de deuil de la relation qui s'opère. Ce deuil passera parfois par de vives confrontations qui, dans le cadre établi, garderont néanmoins tout leur sens : place est offerte au temps, ainsi qu'aux explications sur les raisons d'un échec, sans permettre qu'on en arrive à noircir complètement ce qui fut une tranche de vie partagée.

Enfin la médiation familiale est avant toute chose née de ce souci bien contemporain de faire perdurer une responsabilité conjointe et partagée à l'égard des enfants, au-delà de la séparation. L'apparition de la médiation familiale est liée au constat que cet ambitieux défi de la coparentalité, est difficile à relever au terme d'un procès destructeur, où les enfants sont parfois pris à partie et coincés dans des conflits de loyauté inextricables.

Et on sait combien les frustrations liées à la séparation sont souvent inconsciemment «*détournées de leur objet*», en ce sens que la volonté de «*garder*» l'enfant peut faire office de «*garder*» le couple disparu dont l'enfant serait, pour son malheur, le dernier symbole vivant⁽³⁶⁾...

Il reviendra donc au médiateur d'aider les parties à établir une séparation entre leur position conjugale et leur position parentale. Il pourra si nécessaire rappeler le contenu de la loi en la matière, et pourra au besoin aller jusqu'à interrompre une médiation qui se développerait dans le sens du déni de la parentalité de l'une ou de l'autre des parties. La médiation familiale est un processus qui se réalise donc bien «*à l'ombre de la loi*»⁽³⁷⁾.

En définitive, comme nous venons de l'illustrer, la médiation familiale se trouve être à la croisée des évolutions que nous avons évoquées dans cet exposé : modèle par excellence d'une régulation sociale «*procéduralisée*» (lieu d'écoute vraie, logique de négociation interactive, responsabilisation des acteurs, prise en compte de toutes les facettes de la problématique), la médiation familiale constitue aussi une réponse à une conception «*privatisée*» de la famille et du couple (lieu de négociation «*quasi-privé*», où se développe une normativité «*sur mesure*», sur un mode qui privilégie l'énonciation des besoins plutôt que des droits et devoirs réciproques), sans tomber pour autant dans le mythe que nous avons évoqué du «*bon divorce*» (place y est en effet faite à la souffrance, à l'expression des blessures subies, à un temps nécessaire pour le deuil de la vie commune). Enfin en phase avec les préoccupations de notre temps, la médiation familiale constitue sans doute aussi un lieu de conscientisation et de sensibilisation des parties quant au nécessaire maintien, pour les enfants, d'une responsabilité parentale partagée au-delà de la séparation⁽³⁸⁾.

(33) D. Salas, *op. cit.*, p. 199.

(34) J. De Munck et M. Verhoeven, *op. cit.*, p. 269.

(35) J. De Munck, *Normes et procédures : les coordonnées d'un débat*, *op. cit.* p. 25.

(36) Patrice Cuyvet, *Les oripeaux du couple dans le divorce – «J'aurai ta peau»*, *Dialogue* n° 151, 1^{er} trimestre 2001, p. 21.

(37) Benoît Bastard expose : «*La pertinence de la médiation au regard des questions que pose aux sociétés modernes le divorce, sa capacité à responsabiliser les parents sans leur faire craindre un contrôle et une ingérence sont les raisons du succès de cette nouvelle forme d'intervention. C'est parce qu'elle répond très précisément à la difficulté d'obtenir que les parents se séparent tout en gardant les liens entre eux que la médiation, en moins de quinze ans, est passée du statut de pratique «exotique» importée d'outre-Atlantique, à celui d'une profession reconnue*» (B. Bastard, *op. cit.*, p. 151).

(38) Benoît Bastard note que «*c'est le tour de force accompli par la médiation qui, d'une certaine manière, prend acte de la privatisation du divorce et des questions familiales, mais qui, sur un autre plan, maintient une forte pression sur les conjoints en conflit, avec pour objectif de parvenir à la mise en place d'une organisation négociée du fonctionnement de la famille dissociée*» (B. Bastard *op. cit.*, p. 148).

Divorce-confrontation et divorce-négociation

2.3.3 Les avancées d'une conception «procédurale» des pratiques judiciaires dans le domaine familial

Même si les juges continuent à se mouvoir dans un cadre général qui relève inévitablement d'une logique «positiviste»⁽³⁹⁾, il est bien clair que plusieurs réformes et pratiques judiciaires relèvent d'une logique davantage «procédurale».

Nous pensons évidemment au traitement de la famille «maltraitante» et de l'enfance en danger, où la loi se limite pratiquement à organiser un cadre de discussion, à rassembler autour de la table les acteurs concernés dans une logique de réseau (les parties, leurs avocats, les institutions désignées, le SAJ, la famille d'accueil éventuelle, etc.), sans plus aucune référence explicite à une règle substantielle (Quand faut-il placer un jeune ? Quand telle ou telle mesure éducative doit-elle être appliquée ? Rien n'est précisé)⁽⁴⁰⁾.

Nous pensons également, sur le plan civil, à la manière dont sont mises en place les modalités pratiques de la séparation et du divorce en ce qui concerne les enfants, suivant des critères qui relèvent tous, dans une certaine mesure, d'une logique «procédurale» :

- parties invitées à se présenter en personne et quasi-confidentialité des débats⁽⁴¹⁾, tout est mis en place pour que s'y développe une parole sincère et authentique, et pour que soit également accueillie, au gré de la tolérance de chaque juge, un certain degré d'expression des émotions et des sentiments;
- le temps est utilisé comme un outil central dans cette perspective : ordonnances qui se succèdent dans le temps, remises successives à quelques mois pour «évaluation de la situation» au tribunal de la jeunesse, «saisine perpétuelle» du juge des référés dans le cadre d'une procédure en divorce;
- les débats sont animés par les juges dans un sens qui favorise la recherche d'une solution négociée entre parties, ou à tout le moins une solution susceptible d'un certain degré d'acceptation par chacune d'elles⁽⁴²⁾;

- la revendication d'un tribunal de la famille, restée sans effet jusqu'ici, relève du souci de permettre un traitement global de la problématique familiale.

C'est dire que les magistrats n'ont pas été épargnés par ces courants que nous tentons d'évoquer et que finalement, sur le plan de la pratique de régulation des conflits, certaines chambres «jeunesse» du tribunal de première instance par exemple, ont sans doute moins de points communs avec la chambre «divorce» du même tribunal, qu'avec une séance de médiation familiale.

3. Face à la coexistence de modèles concurrents de justice familiale, comment s'opérerait le choix des parties ?

L'histoire des pratiques de séparation et de divorce qui a été esquissée a mis en évidence le passage progressif d'un modèle où domine la confrontation et l'accusation, vers un modèle où semble primer la recherche d'accords négociés (ce qui ne signifie pas pour autant que les séparations seraient plus faciles et sereines).

Force est cependant de constater que l'évolution évoquée constitue un processus lent, inachevé aujourd'hui : divorce-confrontation d'une part, divorce-négociation de l'autre, constituent donc deux

modèles qui coexistent à l'heure actuelle, entre lesquels les parties vont devoir choisir au moment d'entreprendre les démarches en vue d'une séparation ou d'un divorce. Nous nous attarderons quelque peu sur les critères possibles d'un tel choix.

3.1 Des études sociologiques évoquent une corrélation forte entre le type de couple qu'on a formé durant la vie commune, et la manière dont on choisirait de se séparer

Se basant sur des observations sur le terrain, Bernadette Bawin⁽⁴³⁾ souligne le lien qu'il y aurait entre les couples où existe une dépendance économique de la femme d'une part, et un divorce caractérisé par un affrontement accompagné souvent de la rupture du lien des enfants avec leur père et l'interruption par ce dernier de toute aide financière pour la mère, d'autre part. Chez les couples par contre où existerait une plus grande autonomie financière de la femme, le divorce serait davantage négocié, et la coresponsabilité parentale au-delà de la séparation s'installerait plus harmonieusement.

De son côté le sociologue français Louis Roussel⁽⁴⁴⁾ a élaboré sur une base également empirique une typologie dont on retiendra⁽⁴⁵⁾ qu'au couple fondé sur le mariage «institutionnel» correspondrait un divorce de confrontation (le divorce pour faute), tandis qu'au couple fondé sur un mariage négocié (le «mariage-

(39) Au sens du modèle «positiviste» tel que nous l'avons décrit plus haut point 3.1.

(40) Denis Salas, *op. cit.*, p. 207.

(41) C'est la règle chez le juge de paix (art. 223 du Code civil). C'est une pratique pratorienne observée parfois ailleurs, comme au tribunal de la jeunesse de Bruxelles.

(42) Cette pratique qui a été confirmée par une étude sociologique réalisée en France (B. Bastard, *op. cit.*, p. 56 et suiv.), et aussi en Suisse (B. Bastard, L. Cardia-Voneche, J.-F. Perrin, *Pratique judiciaires du divorce. Approche sociologique et perspective de réforme*, Lausanne, Réalités Sociales, 1987, p. 30) amène cependant parfois, si elle est poussée trop loin, à une certaine confusion des rôles entre le juge (qui dispose du pouvoir de trancher) et le médiateur ou le conciliateur.

(43) B. Bawin-Legros, *Familles, mariage, divorce. Une sociologie des comportements familiaux contemporains*, Bruxelles-Liège, Mardaga, 1988, p. 132.

(44) L. Roussel, *Mariages et divorces. Contribution à une analyse systématique des modèles matrimoniaux*, *Population*, 6, 1980, p. 1031.

(45) Le modèle qu'il développe est certes plus complexe mais nous prendrons ici la liberté de n'en évoquer que certains aspects.

association») correspondrait un divorce «fin de contrat» négocié.

Ces études se fondent donc toutes deux sur la distinction entre le couple traditionnel que nous appellerons pour notre part «complémentaire» (en référence à la complémentarité des rôles entre homme et femme qui y prédomine), et le couple plus associatif que nous appellerons «égalitaire»⁽⁴⁶⁾, chacun de ces deux modèles se rattachant aux différentes représentations familiales - traditionnelle d'une part, «privatisée» et recentrée sur le rôle parental, de l'autre - que nous avons décrites précédemment⁽⁴⁷⁾.

Ces études confirment l'intuition suivant laquelle il y aurait une relation entre le type de représentation familiale, et le mode de séparation ou de divorce. Elles permettent ainsi de prédire que l'extension progressive du divorce ou de la séparation sur un mode négocié (et en particulier le recours à la médiation familiale), sera liée à celle du nombre de couples qui se vivent sur un mode «égalitaire»⁽⁴⁸⁾.

3.2 Une telle corrélation doit cependant être nuancée, le problème central résidant dans la nécessaire redistribution minimale des rôles parentaux après la séparation

Il ne faudrait pas en rester à une forme de mécanisme à cet égard. Le propos doit être nuancé. Nous avons vu combien la médiation familiale était liée à une vision impliquant le maintien des responsabilités parentales de l'un et de l'autre au-delà de la séparation, et d'un bon degré de communication entre ex-conjoints dans cette perspective.

Les couples «égalitaires» n'auraient pas de difficulté à s'approprier une telle vision des choses dès lors qu'elle correspond dans une certaine mesure à leur «pratique» durant la vie commune. Il en va différemment pour les couples «complémentaires», pour lesquels le processus de séparation au travers de la médiation familiale ou sur un mode négocié impliquerait l'acceptation volon-

taire⁽⁴⁹⁾ d'une certaine redistribution des rôles familiaux, aussi minime soit-elle : le père devra s'occuper seul des enfants durant un temps minimal (en général un week-end sur deux), et prendre sa part dans les choix éducatifs les concernant, et la mère devra accepter cette «intrusion» du père dans un domaine qu'elle gérait parfois totalement au temps de la vie commune; d'un autre côté, il sera dans la plupart des cas demandé à la mère de se rechercher une source autonome de revenu, aussi modeste soit-il, pour ne plus dépendre totalement de son (ex-)mari.

En définitive la rupture chez les couples «complémentaires» implique une redistribution minimale des rôles parentaux qui augmente considérablement, pour ces conjoints-là, les traumatismes liés à la séparation. Il arrive fréquemment d'ailleurs que l'initiative de la rupture au sein de ces couples «complémentaires» ne soit pas étrangère à la revendication de plus d'égalité dans les rôles, exprimée - sans succès - par l'un des conjoints. Le caractère négocié ou non de la séparation (dont le recours éventuel à la médiation familiale) dépendra souvent alors de la capacité de l'autre conjoint à relever le défi de cette redistribution minimale des rôles à l'occasion de cette séparation qui lui est imposée.

Comme on le voit, il serait certainement réducteur d'affirmer que les couples

complémentaires ne pourraient se séparer que sur un mode de confrontation⁽⁵⁰⁾. C'est dire qu'il n'est pas exclu que choisissent une démarche de médiation familiale, des couples qui ont vécu jusque là sur un mode essentiellement «complémentaire».

4. L'attention particulière que requiert, pour le médiateur familial, l'accueil de couples qu'on peut qualifier de «complémentaires»

Il y aura souvent chez les couples dits «complémentaires» une distribution inégale des ressources, savoirs ou compétences, et ce avant tout relativement aux aspects juridiques et financiers qui se négocient en médiation⁽⁵¹⁾ (quoique parfois aussi une certaine incompétence puisse jouer au détriment des pères relativement à l'éducation des enfants). Le médiateur devra s'assurer que la partie à laquelle ce savoir fait défaut, entreprenne les démarches (chercher du conseil extérieur notamment) pour compenser son handicap⁽⁵²⁾.

(46) La terminologie proposée ici, qui a l'avantage de la simplicité, peut porter à équivoque. Le couple associatif, dit «égalitaire», se fonde davantage sur une interchangeabilité des rôles, une forme de souplesse, que sur un égalitarisme à outrance dans la répartition des rôles. À l'inverse, ce qui caractérise le couple traditionnel, dit «complémentaire», serait une complémentarité des rôles figée, hiérarchisée, sans espace de négociation.

(47) Voir supra point 2.1 et 2.2.

(48) De sorte que le recours encore relativement modeste à la médiation familiale ne serait pas à mettre seulement en lien avec un manque d'information des candidats à la séparation, comme on l'a souvent entendu. Pour Benoît Bastard, «les divorçants qui s'adressent à la médiation sont ceux qui ont le souci de coopérer et de poursuivre une relation au-delà de leur rupture. La médiation, vecteur d'un fonctionnement familial de type associatif, trouve ses usagers parmi les personnes qui sont déjà attachées aux valeurs d'un tel modèle» (B. Bastard, op. cit., p. 166).

(49) À défaut d'acceptation volontaire, il est clair que cette redistribution minimale des rôles sera plus que vraisemblablement imposée par le tribunal à l'époux récalcitrant, voire aux deux époux dans certains cas.

(50) S'il est indéniable que les études évoquées plus haut aboutissent en quelque sorte à une telle vision mécaniciste, nous croyons que les données statistiques sur lesquelles ces études se fondent sont vraisemblablement en partie dépassées aujourd'hui, quelque vingt ans plus tard, tant est devenue puissante la pression sociale qui s'exerce, y compris sur les couples dits «complémentaires», en faveur d'une séparation ou d'un divorce sur un mode «négocié».

(51) Voir pour une réflexion critique du mouvement féministe sur la médiation familiale, L. Cardia-Voneche, La médiation familiale : un meilleur divorce, mais à quel prix pour les femmes ?, in Le divorce, Actes du colloque des 19 et 20 avril 1991, Université des Femmes, 1992.

«Divorce sans faute», toujours sur les fonts baptismaux

De manière générale, le médiateur se doit d'être sensible aux rapports de force sous-jacents. Il doit rappeler le contenu de la loi quand cela s'impose, et être capable de déjouer d'éventuelles manœuvres manipulatrices. Il ne peut admettre que se reproduise dans la médiation une dynamique inégalitaire.

La médiation familiale ne peut se dérouler qu'entre personnes adultes et responsables (c'est-à-dire - aussi - saines d'esprit)⁽⁵³⁾ dans un cadre sécurisant pour tous, où existe une volonté sincère d'écoute réciproque et de recherche d'une solution qui soit la meilleure pour chacun⁽⁵⁴⁾. Si malgré les dispositifs mis en place ces conditions ne sont pas remplies d'une manière persistante, il sera de la responsabilité du médiateur d'interrompre le processus.

5. Conclusion

Nous avons essayé de montrer que le modèle de gestion sociale des séparations et des divorces avait fortement évolué ces dernières décennies sous la double pression d'une révolution dans les représentations de la famille et du couple d'une part (le passage d'une vision institutionnelle du mariage, à une approche «privatisée» de la famille avec recentrage sur les responsabilités parentales), et d'une nouvelle manière de concevoir le rapport à la norme d'autre part (le phénomène de la «*proceduralisation*» du droit).

Ce parcours a pu nous amener à faire notamment les constats suivants :

1. Admettre sans rougir que nous, médiateurs familiaux, avons une bannière à défendre non pas seulement quant à la manière dont les choses se passent en médiation (ce qu'on pourrait appeler le «*processus*»), mais aussi quant au contenu de ce qui s'y passe : nous nous assignons en effet pour objectif de contribuer à sensibiliser les conjoints à l'importance - et à la persistance malgré leur rupture - de leurs responsabilités de parents.
2. Accepter, si nous admettons donc que notre approche n'est pas neutre sur le

plan idéologique, que la médiation familiale puisse ne pas convenir à certains époux qui, au sein de couples ayant toujours fonctionné sur le mode traditionnel de la complémentarité des rôles, ne peuvent admettre qu'une séparation impliquera inévitablement une redistribution, aussi minimale future, de ces rôles parentaux.

3. Admettre que la médiation familiale n'est pas toujours indiquée quand il persiste, malgré les dispositifs que le médiateur a tenté de mettre en place, une inégalité persistante au sein des parties qui se présentent à lui, inégalité dans l'accès aux compétences et ressources nécessaires à la participation aux débats d'une part, ou inégalité plus structurelle liée à des pratiques manipulatrices ou dominatrices qui continuent à s'opérer dans la médiation d'autre part. Une approche «*procédurale*» du contentieux familial ne doit certainement pas exclure le pouvoir contraignant du juge qui reste, dans un certain nombre de cas, un rempart absolument indispensable pour la défense des droits des parties les plus faibles.
4. Reconnaître la discrète révolution qui s'est opérée dans les prétoires suivant cette logique de «*proceduralisation*» du contentieux familial, et rejeter une vision qui ferait de la médiation familiale le lieu unique d'une certaine «*modernité*» dans le domaine de la régulation des conflits familiaux.

5. Admettre par contre qu'il y a dans la procédure actuelle du divorce pour faute - et dans la nécessité légale de prouver à la fois la «*faute*» de son conjoint et sa propre «*innocence*» pour prétendre à une aide financière après divorce - une logique qui ne nous paraît plus compatible avec les représentations actuelles de la famille telles que nous avons essayé de les identifier.

Au-delà de la logique de confrontation que cette procédure induit souvent de manière extrêmement dommageable, c'est, dans d'autres cas plutôt la légèreté et la rapidité avec laquelle le divorce pour faute peut être obtenu, qui apparaît le plus choquant : pas de comparution personnelle au tribunal requise, approche purement technique et obtention mécanique du divorce, dans des délais extrêmement courts si la «*faute*» est incontestable⁽⁵⁵⁾. On aurait souhaité parfois qu'un temps et une place soit réservés à la parole, à l'explication, au travail du deuil de la relation qui s'achève... On parle peu de cette brutalité très «*moderne*» que renferme ce souci du divorce rapide⁽⁵⁶⁾. Dans ce domaine-là en tout cas, la médiation familiale pourrait peut-être inspirer les rédacteurs d'un indispensable projet de «*divorce sans faute*», toujours sur les fonts baptismaux.

(52) La tâche sera difficile. Une étude en Suisse, évoquée par A. Deville (op. cit., p. 411) semble indiquer qu'un divorce «négocié» aurait pour effet de renforcer la position de la partie qui tient une position dominante. Irène Théry est plus radicale encore, évoquant qu'imposer l'idéal de rupture des classes moyennes et intellectuelles (ce que certains ont appelé le «*mythe du bon divorce*») à ceux qui vivent des situations très difficiles, en proie à une infériorité sociale croissante et déchirés par des conflits inextricables, peut même constituer un acte de violence symbolique, légitimant la loi du plus fort et faisant peser le mépris social sur les plus faibles (I. Théry, op. cit., p. 173).

(53) Il ne nous semble pas cependant qu'il faille faire de cette condition une fin de non recevoir. Des nuances sont permises, comme en atteste une expérience de médiation entreprise dans un centre de santé mentale bruxellois, auprès de personnes qui connaissent certains troubles psychiques.

Cela étant, la capacité pour chacun de comprendre et mesurer l'enjeu de ce qui se discute dans la médiation, nous paraît constituer une condition tout à fait indispensable pour y prendre part.

(54) On regrettera que, parfois, des juges renvoient à des médiateurs familiaux, dans le cadre de la loi du 19 février 2001, des situations où ces conditions minimales ne sont pas remplies. C'est notamment le cas quand la démarche d'entrer en médiation n'est pas véritablement ou sincèrement partagée par les parties ou par l'une d'elles. La médiation familiale risque alors de se transformer en un nouveau prétoire pour les parties (sans que le médiateur ne dispose de moyens pour arrêter le déferlement d'agressivité) ou, pire encore, de constituer une arène où les menaces et manipulations tenteront de s'exercer, mettant le médiateur dans l'obligation d'interrompre les séances.

(55) Le cas typique de l'adultère pour lequel, une fois constaté, il est le plus souvent possible d'obtenir un divorce aux torts du «*fautif*» en l'espace d'un mois environ...

(56) Sur le mythe du «*bon divorce*», voir supra point 3.2.