

MÉDIATION FAMILIALE: DE L'EXPÉRIENCE SOCIALE À LA PRATIQUE JUDICIARISÉE¹

Pierre Noreau et Samia Amor

La médiation familiale a connu au cours des dernières années un développement important. Apparue très souvent dans la foulée de l'expertise psychosociale, elle a graduellement trouvé sa place au côté de la pratique juridique traditionnelle. Dans ce chapitre, on propose une synthèse des conditions d'implantation de la médiation familiale dans plusieurs pays, une description de ses caractéristiques en tant que pratique spécifique et un inventaire de ses conditions d'exercice et de ses effets sur la restructuration des rapports familiaux. Le texte comprend finalement un bilan des critiques et des réponses apportées aux insuffisances de la pratique, avant d'aborder la question de ses modalités d'institutionnalisation et des questions nouvelles sur son renouvellement en tant que pratique d'intervention auprès des familles.

CONDITIONS D'ÉMERGENCE ET D'ÉVOLUTION DE LA MÉDIATION FAMILIALE

Dans la majorité des pays occidentaux, l'intérêt pour la médiation familiale s'est manifesté dès le début des années 1980, souvent à l'initiative de représentants des milieux de l'intervention psychosociale. Quelles que soient ses formes, la médiation est conçue surtout comme une

1. Les auteurs tiennent à remercier Chantal Roberge pour sa collaboration active et son travail systématique dans la recherche des sources documentaires nécessaires à la rédaction de ce texte. Nos remerciements vont également à madame Myriam Spielvogel pour la relecture amicale du texte.

démarche permettant aux conjoints en situation de rupture d'établir sur une base consensuelle les modalités de leur séparation ou de leur divorce. Les ententes ainsi établies concernent notamment les conditions d'exercice de la parentalité, la répartition des responsabilités financières des parents, l'usage et le partage des biens du ménage. Ces ententes sont négociées avec le concours d'un tiers (le médiateur) dans un contexte distinct de celui du débat judiciaire, vis-à-vis duquel la médiation fait souvent figure d'alternative.

Contexte historique d'émergence d'une pratique innovatrice

Bien qu'elle connaisse une évolution et des mutations qui lui sont propres, la médiation familiale s'inscrit dans un mouvement plus large, apparu aux États-Unis à la fin des années 1960, favorable au développement de modes *alternatifs* de résolution des conflits. Elle répond en cela au besoin d'un plus grand accès à la justice (Sassier, 2001a). Pour peu qu'on puisse les retracer, les premières expériences de médiation familiale seraient apparues dans les villes américaines de Los Angeles (1973) et Atlanta (1974), avant de connaître une plus large diffusion, dans l'ensemble des États américains (Pearson, 2000). Le développement de ces nouvelles pratiques de justice accompagne un grand nombre d'autres expériences sociales: création de cliniques juridiques, de Neighborhood Justice Centers, d'associations populaires revendiquant un rééquilibrage des rapports juridiques entre locataires et propriétaires, entre consommateurs et commerçants, entre État et citoyens. Idéologiquement, la médiation participe des mouvements sociaux de l'époque en faveur d'un élargissement des droits civiques, d'une dépoliarisation des conflits internationaux et d'une plus grande égalité des genres. Toutes ces manifestations sont animées par une remise en question des pratiques et des formes d'autorité institutionnalisée. La médiation trouve également une justification dans les ratés du système judiciaire, dans les coûts excessifs des procédures, dans les limites inhérentes au débat contradictoire et dans l'engorgement des rôles des tribunaux. En matière familiale, on dénonce l'incompatibilité de la pratique quasi accusatoire imposée par l'institution judiciaire avec les besoins des familles en contexte de rupture conjugale. Par opposition, la notion de «médiation» est associée à la volonté de déjudiciariser le conflit et d'offrir une solution de rechange à l'activité judiciaire traditionnelle (Trubeck, 1988: 45-62).

Le mouvement Alternatives Dispute Resolutions trouve également écho dans les travaux de nombreux théoriciens issus du milieu académique (Folberg, 1985: 57-67; Fuller, 1971: 305-339; Mnookin et Kornhauser, 1979: 950-997; Sander, 1976: 111-133), et, sur le plan pratique, dans les

guides conçus par un certain nombre de médiateurs expérimentés (Coogler, 1978; Folberg et Taylor, 1984; Haynes, 1981; Irving, 1980). À un titre ou à un autre, tous ces auteurs contribuent à une redéfinition des fondements de la normativité juridique et de la justice contemporaine (Trubeck, 1988).

Sociologiquement, la médiation familiale trouve également une justification dans les transformations subies par la morphologie des familles. Dès les années 1950, le modèle de la famille nucléaire, élevé au rang de modèle naturel, éclate en une constellation de formes où le lien affectif supplante souvent les liens de sang et d'alliance. Cet éclatement est favorisé par les réformes législatives sur le divorce et le rejet de la notion de faute en matière de rupture conjugale (Pearson, 2000). La remise en cause de l'institution familiale, la corrélation entre un taux de divortialité croissant et un taux de nuptialité en diminution placent la justice traditionnelle dans un état d'apparente désuétude. Ces phénomènes mettent en évidence une possible opposition entre l'idéal d'un droit stable et fixé d'avance et la multiplication des formes de la vie familiale, perspective qui sert l'image de la médiation familiale en tant que complément nécessaire à une réforme de la justice civile.

Le mouvement en faveur d'une réforme des pratiques de justice dépasse graduellement les frontières des Etats-Unis pour apparaître en Grande-Bretagne, à la fin des années 1970. Son développement coïncide, encore ici, avec une remise en question des lacunes du système judiciaire (Mistelis, 2001: 167-200). L'expansion de la médiation familiale dans les pays de Common Law trouve cependant une légitimité complémentaire dans la place importante qu'y tient le «bargaining» comme modalité de conclusion des litiges. Le marchandage constitue en effet un terrain favorable à l'éclosion d'arrangements entre les parties (*settlements*), idée généralement reprise par les théoriciens de la médiation familiale.

L'expérience québécoise sert de relais au monde francophone. Elle trouve ses origines au début des années 1980, sous la forme d'un projet pilote mis au point par les services d'expertise psychosociale rattachés à la Cour supérieure. Ces expériences seront par la suite consolidées à l'intérieur d'un service public permanent et gratuit (Noreau, 1993: 122-131). L'expérience acquise facilitera l'émergence d'une pratique privatisée de la médiation par les professionnels issus de plusieurs champs disciplinaires – travail social, psychologie, droit – et connaît une croissance exponentielle (Lalonde, 2002: 291-319 ; Lévesque, 1990: 69-70 ; Rocher, 1995 :1-4). L'expertise acquise au Québec servira par la suite de référence dans les pays francophones, notamment en Belgique et en France (Sassier, 2001a).

Médiation et régulation sociale de la famille et du divorce

La médiation familiale bénéficie d'un contexte socioculturel qui favorise l'autodétermination et la responsabilité des parties. Son apparition est également fonction de la place du droit dans les sociétés occidentales, c'est-à-dire de l'État moderne et de la transformation des formes de régulation sociale. Il apparaît ainsi réducteur de présenter la médiation familiale comme une simple réponse à la crise du système judiciaire. Sur une tout autre échelle, la littérature associe *a posteriori* son avènement au développement de nouvelles valeurs démocratiques, fondées sur une nouvelle « éthique de la communication » et sur des valeurs de responsabilité et de solidarité. Elle permettrait une forme de conciliation entre l'individualisme – consacré par les chartes – et le désengagement progressif de l'État (Six, 1995: 281; Spielvogel et Noreau, 2002). En restituant aux acteurs sociaux la gestion de leurs conflits, la médiation participerait d'un courant visant à faire des citoyens les participants d'une démocratie évolutive. Elle répondrait ainsi à un « phénomène de transversalité » impliquant tout entier le champ de la normativité (De Munck, 1998: 311-322). Ainsi, alors que dans la société moderne occidentale l'État est conçu comme l'unique producteur d'une norme fixée dans sa forme et dans ses contenus, les bouleversements contemporains imposeraient au contraire une normativité plus flexible, plus floue, plus adaptée à la réalité changeante et variée des individus. Le modèle de justice garanti par l'État perdrait, du coup, une partie de sa légitimité, elle-même remise en cause par un modèle de justice agissant comme « opérateur du social et expression endogène d'un bon fonctionnement de la communauté » (Commaille, 2002: 89-102). Inspirée par une définition plus réflexive de la normativité juridique, la médiation familiale devient l'expression d'un changement de paradigme en matière de régulation sociale (Bonafé-Schmitt, 1998: 45-77). Pour plusieurs auteurs, elle marque le passage du modèle vertical imposé par la loi vers un autre, plus horizontal, inspiré de l'idée d'un « droit négocié » d'inspiration contractuelle (Bonafé-Schmitt, 2002: 144-180).

Médiation familiale et action publique en matière familiale

Au-delà des justifications qui la légitiment dans le champ de la théorie du droit, Subourne (2003) inventorie divers types de justifications, qui rendent également compte des conditions de promotion et d'implantation de la médiation familiale dans différents pays.

La nécessité de répondre aux difficultés du système judiciaire constitue, nous l'avons vu, la justification la plus souvent évoquée. C'est notamment le cas dans les États anglo-saxons – notamment aux États-

Unis, en Australie et en Grande Bretagne – où le problème des coûts de la justice et de l'engorgement des tribunaux est souvent cité (*ibid.*: 394). Ce fut partiellement le cas au Québec (Noreau, 1998), mais également en France, bien que cet enjeu soit souvent présenté comme plus secondaire (Sassier, 2001a).

Dans certains États, la médiation fut également présentée comme l'occasion d'une réconciliation possible des époux et, partant, comme un moyen de réduire le taux de divorce au pays (Subourne, 2003). La médiation ouvre en effet, entre conjoints, un espace d'échange souvent sous-exploité par la procédure judiciaire traditionnelle. Bien que cette perspective détourne la médiation de ses finalités premières, ces objectifs sont clairement énoncés dans les récentes politiques adoptées en Irlande et en Grande-Bretagne en matière familiale (Éekelaar, 1999: 387-396). Dans d'autres États encore, la médiation familiale aura été promue au nom des intérêts de l'enfant (*Child Advocacy*), comme ce fut le cas dans de très nombreux États américains (Virginie de l'Ouest, Maryland et Californie notamment) où la médiation est obligatoire lorsque subsiste un différend sur la garde des enfants du couple (Subourne, 2003: 389-390). C'est également un argument indirectement repris au Québec où la médiation est offerte gratuitement aux couples « avec enfants » (Goupil, 2002 : 184)².

Deux autres ordres de considération sont plus souvent évoqués en dehors du monde occidental. Ainsi, dans certains pays, la médiation a pu être promue au nom du respect des traditions. Il s'agit en effet d'une justification souvent reprise dans les États asiatiques, en Chine ou au Japon, où le recours à la médiation répond à une pratique traditionnelle (Subourne, 2003: 383-385). Dans tous les cas, en effet, il s'agit de sociétés où les juristes professionnels sont peu nombreux et n'interviennent que de façon exceptionnelle en situation de conflits (Roulard, 1991: 67-69). Finalement, bien qu'ils soient rares, certains États, comme l'Égypte, ont pu présenter la médiation dans une perspective de protection des droits de la femme. La médiation offrirait en effet la possibilité d'une remise à niveau des droits des conjoints au sein de sociétés caractérisées par un fort déséquilibre des statuts entre hommes et femmes (Subourne, 2003: 392-393).

2. Loi 14 modifiant le Code de procédure civile concernant la médiation familiale (L.Q. 1993, c. 1) adoptée le 9 mars 1993 mais qui n'est pas entrée en vigueur, hormis l'article 4 qui prévoit l'adoption d'un règlement définissant les conditions d'accréditation des médiateurs. Le Règlement sur la médiation familiale entre en vigueur le 30 décembre 1993 ; la loi 65 instituant la médiation préalable en matière familiale et modifiant d'autres dispositions du Code de procédure civile (L.Q. 1997, c. 42) entre en vigueur le 1er septembre 1997.

CARACTÉRISTIQUES GÉNÉRALES DE LA PRATIQUE

Quelques définitions

La revue de la littérature publiée en matière de médiation familiale révèle l'absence d'une définition universelle de la pratique. Si certains auteurs mettent l'accent sur le rôle du médiateur, d'autres insistent plutôt sur les objectifs de la médiation ou défendent une approche clinique de la pratique, comme en témoignent les définitions les plus fréquemment reprises :

La médiation peut être définie comme un processus par lequel les participants, assistés d'une ou de plusieurs personnes neutres, repèrent les enjeux qui les opposent de manière à développer des solutions, à prendre en compte les avenues possibles et à établir un règlement consensuel susceptible de répondre à leurs besoins (Folberg et Taylor, 1984: 7) ³.

La médiation est un processus de coopération en vue de la résolution d'un conflit, dans lequel un tiers impartial est sollicité par les protagonistes pour les aider à trouver un règlement amiable satisfaisant (Venderkooi et Pearson, 1983: 557).

La médiation en situation de divorce est un processus thérapeutique dans le cadre duquel le conseiller crée un contexte permettant aux membres du couple d'exposer et d'examiner ouvertement leur peine et leur désappointement vis-à-vis de leur propre échec et de l'échec de leur conjoint en vue de satisfaire leurs attentes (Irving, 1980: 23) ⁴.

La multiplicité des définitions proposées par les promoteurs de la médiation n'empêche pas le repérage d'un certain nombre de caractéristiques souvent rappelées.

Quelques caractéristiques communes de la pratique

La médiation familiale est ainsi généralement présentée comme un «processus de gestion des conflits» (Haynes, 1988), souvent associé à l'amélioration des communications entre les ex-partenaires (Walker, 1997: 62). Elle est définie comme le moyen d'établir une entente (*settlements*) entre les parties (Folberg et Taylor, 1984: 8-9). L'objectif du «seulement» est

3. [Mediation] can be defined as the process by which the participants, together with the assistance of a neutral person or persons, systematically isolate disputed issues in order to develop options, consider alternatives, and reach a consensual settlement that will accommodate their needs (Folberg et Taylor, 1984: 7).

4. Divorce mediation is a therapeutic process through which the counselor provides an atmosphere in which the marital pair is free to bring out and examine openly their pain and their disappointments with regard to their own and their spouse's failure to fulfill expectations (Irving, 1980: 23).

cependant lui-même parfois remis en cause par d'autres auteurs qui, comme Fiss (1984: 1075), favorisent une approche moins instrumentale de la pratique. Les distinctions entre «Settlement-Oriented style» et «Problematic-Solving style» (Kressel *et al.*, 1994: 75) ou entre «Problem-Solving » et «Rational Decision-Making Process » (Bush et Folger, 1994a: 56-77) sont ainsi souvent reprises par la littérature et les prises de position contemporaines sur la question tendent à éviter de faire de la stricte signature d'une convention la conclusion principale et le seul objet de la médiation familiale (Sassier, 2001a; 2001b). La médiation est par conséquent souvent envisagée comme l'occasion d'une redéfinition des rapports familiaux dans leur ensemble (Noreau, 1996).

Certains auteurs attribuent cependant à la médiation une mission sociale plus ambitieuse encore. Pour certains, la médiation favoriserait la promotion de l'égalité entre les individus (« Social justice ») ou la réduction des inégalités (« Oppression Story»), la satisfaction des besoins des individus en conflit, sinon la minimalisation de leurs souffrances (« Satisfaction Story ») , ou la transformation des modes d'interaction interpersonnels dans une perspective susceptible de favoriser l'émergence d'une morale nouvelle et un monde meilleur (« Transformative Story ») (Bush et Folger, 1994a: 26-27). Ces orientations idéalistes restent cependant plutôt marginales dans la littérature.

D'autres caractéristiques de la médiation font davantage consensus entre les auteurs : son caractère volontaire est souvent présenté comme un trait distinctif (Bastard et Cardia-Vonèche, 1988 : 158) . Il en est de même de l'égalité des parties, de la négociation entre elles des questions les plus susceptibles de les concerner directement, de la recherche d'un consensus (Macfarlane, 1997: 2-3) et du recours à une procédure souple (voire informelle) et respectueuse du rythme des parties. C'est le cas aussi du recadrage systématique des échanges en fonction des intérêts communs des parties, lesquels sont souvent associés à l'exercice de la parentalité ou à la recherche de réponses adaptées aux besoins des enfants.

La médiation se distingue enfin des autres types d'intervention sociale par la fonction qu'y occupe le médiateur en tant que vecteur de l'échange et de la négociation. Au regard du tiers-médiateur, l'image véhiculée par les théoriciens est celle d'une personne « neutre » et « impartiale ». Alors que la neutralité implique la nécessité d'une intervention exempte de parti pris en faveur de l'un ou l'autre conjoint, l'impartialité suppose l'absence de positions préétablies et, partant, *d'a priori* sur l'issue éventuelle de la négociation.

La question de la neutralité et de l'impartialité alimente largement les débats sur les conditions éthiques de la pratique dont il sera question plus loin. En regard de la neutralité, les auteurs sont aujourd'hui peu

enclins à croire qu'elle puisse être absolue, mais qu'au contraire «in protecting the interests and safeguarding the general welfare of individual clients as well as that on the family system, he or she must necessarily adopt a particular position » (Irving et Benjamin, 1987: 210)⁵.

L'obligation d'impartialité suppose, quant à elle, que le médiateur limite le plus possible les conséquences de son intervention sur les résultats de la médiation (Riskin, 1996: 47-48). La question est cependant encore ici sujette à controverse (Haynes, 1981: 132; Irving et Benjamin, 1987: 55). En effet, le médiateur se déploie toujours dans un «contexte de valeurs», les siennes et celles de chacun des participants (Haynes, 1981: 131). Cela étant, quel que soit l'état des débats sur la neutralité et l'impartialité du médiateur, il sert déjà à établir une distinction entre la pratique du médiateur et celle d'autres professionnels comme les avocats agissant au nom des parties. Le médiateur se distingue de même du négociateur et du conseiller matrimonial (Folberg et Taylor, 1984: 7)⁶.

Une diversité des modèles de pratique

Les caractéristiques qui distinguent la médiation familiale des autres pratiques d'intervention sociale ou juridique n'ont pas empêché la multiplication des modèles de référence. Selon le cas, ces modèles se distinguent en vertu de typologies fondées sur : 1) l'opposition de paradigmes disciplinaires ; 2) la poursuite d'objectifs divergents et plus ou moins ambitieux ; 3) la participation variable du médiateur dans la négociation et 4) les catégories de référence en fonction desquelles la médiation est entreprise.

5. Dans le même sens, Kruk (1998: 203), dans une étude auprès de médiateurs expérimentés, souligne que les médiateurs « are less likely to cling to the precept of mediator neutrality and see it more as an illusion or as potentially harmful to the process and outcome of mediation ».

6. L'image idéale du tiers neutre et impartial se retrouve chez de nombreux auteurs (Riskin, 1996: 138 ; Laurent-Boyer, 1998: 5; Robert, 2001: 11). Cependant, elle est remise en cause par la pratique quotidienne comme le soulignent les résultats d'une recherche comparative des pratiques en médiation privée et en médiation rattachée aux tribunaux. La recherche effectuée sur la base d'un sondage réalisé auprès de 500 médiateurs membres de Family Mediation Canada en 1994, met en évidence une divergence sur la question de la neutralité du médiateur. Soixante dix pour cent des médiateurs interrogés manifestent leur accord en regard du principe de la neutralité du médiateur (éviter de prendre parti pour un des conjoints) alors que quatre-vingt-trois pour cent des médiateurs interrogés se montrent favorables, sur des questions annexes à une intervention plus directe du praticien : en situation de déséquilibre des pouvoirs, empowerment du conjoint vulnérable lors des négociations et contrôle du processus de médiation. Bien plus, les médiateurs ne voient aucune contradiction entre « être neutre » et « interventionniste » puisqu'ils le sont en alternance selon le bénéficiaire ou la dynamique du conflit. À l'égard de l'entente, le problème de l'impartialité met en évidence d'autres chiffres : soixante pour cent des médiateurs soutiennent l'idée d'une certaine impartialité (éviter d'influencer le résultat de la négociation) alors que vingt et un pour cent des médiateurs affirment être favorables à une intervention plus directe dans les contenus de l'entente (Kruk, 1998: 201).

Dans une perspective disciplinaire de la pratique, on distingue souvent deux approches, celles de la médiation psychosociale et de la médiation juridique. La première – à laquelle on accole parfois aussi le nom de médiation thérapeutique – est promue surtout dans les pays anglosaxons et constitue une réponse à l'intervention judiciaire traditionnelle. Elle cible essentiellement la famille et les enfants, les besoins du couple et la communication (Irving et Benjamin, 1987, 1995; Girdner, 1989: 139-142 ; Walker, 1997: 64-66). L'approche juridique est plus centrée sur les dimensions normatives et contractuelles de la médiation et la conclusion d'une entente susceptible d'être homologuée par les tribunaux. Les recherches empiriques montrent que cette différence d'approche répond à une réalité observable dans la pratique, et tient souvent à l'origine professionnelle des médiateurs (Kruk, 1998: 202-203) . Cette bipolarité disciplinaire n'empêche pas une certaine perméabilité des références. Silbey et Merry (1986: 19) proposent ainsi une synthèse des approches thérapeutique et juridique et défendent l'idée d'un modèle «pre-pragmatic » qui prétend transcender la distinction canonique entre les approches psychosociale et juridique de la médiation.

D'autres typologies distinguent les formes de la médiation en fonction des objectifs plus ou moins ambitieux poursuivis par le médiateur. On réfère selon le cas à l'information qu'il communique aux parties, à la structuration qu'il offre à leurs échanges, à l'aide qu'il propose dans la définition et l'évaluation d'une solution à leur différend (Boulle et Nestic, 2001: 27-29; Riskin, 1996: 26-35). Dans tous les cas, l'étendue des objectifs poursuivis tiendrait principalement à la personnalité du médiateur (Lévesque, 1998: 72-75; Lang et Taylor, 2000: 99-100; Taylor, 2002: 120-126 ; Schwebel *et al.*, 1994: 214-220).

Les formes de la médiation peuvent également être évaluées en fonction de la participation variable du médiateur dans l'établissement d'une entente. De l'intervention minimale à l'intervention directive en passant par l'intervention thérapeutique, l'action du médiateur, diversement qualifiée par les théoriciens, fonde autant d'approches différentes (Boileau et Lemelin, 2004:69 ; Menkel-Meadow, 2001:111-136 ; Roberts, 1988 : 144-145 ; Taylor, 2002: 101-145).

La médiation emprunte finalement des formes différentes en fonction des catégories de références privilégiées par le médiateur, qui fonde selon le cas son intervention sur les besoins des parties, les aspects affectifs de la rupture et de la relation, l'équilibre des pouvoirs entre les conjoints, la collaboration du milieu familial ou culturel, etc. (Kruk, 1998 : 207-209). Dans ce dernier cas, l'autorité du médiateur revêt cependant une acuité particulière, notamment lorsque le tiers cumule la fonction de leader religieux ou communautaire (Moore, 2003: 45-55).

À ces modèles de pratique s'ajoutent toute une série de règles plus ou moins établies, de tactiques, sinon de stratégies, qui encadrent le comportement du médiateur (Boileau et Lemelin, 2004: 70-72 ; Kressel, 1972 ; Kressel et Pruitt, 1985: 179-198 ; Menkel-Meadow, 1995: 124) et fixent une succession d'étapes standardisées qui organisent la médiation et contribuent à la diversification des modèles de pratique (Folber et Taylor, 1984: 12; Haynes, 1983: 75-92; Haynes, 1994: 7; Moore, 1996: 68-69; Sliakeu, 1996: 285-289; Walker, 1997: 67-70).

ATTENTES DES PARTIES ET EFFECTIVITÉ DES ENTENTES EN MÉDIATION

Une des difficultés particulières de la littérature en matière de médiation familiale tient au caractère mi-scientifique, mi-idéologique des ouvrages et des travaux produits par les spécialistes du champ. Il demeure que les premières études empiriques sur la médiation sont réalisées bien avant la fin de la décennie qui marque son implantation institutionnelle (1980-1990). On y utilise surtout le sondage et l'entrevue, et un rapide survol de la littérature permet de dégager trois constats sur la nature des recherches menées à l'époque : elles sont en majorité entreprises en Amérique du Nord ; elles sont essentiellement amorcées par des spécialistes du champ de l'intervention psychosociale (Bordow et Gibson, 1994: 180 ; Irving et Benjamin, 2002b: x; Kelly, 1996: 385 ; Moloney, Fisher, Love et Ferguson, 1995: 108; Richardson *et al.*, 1988: 54-56) ; et elles servent d'abord à mesurer la satisfaction des sujets vis-à-vis de la médiation (Depner, Cannata et Simon, 1992: 169-184; Kelly et Duryee, 1992: 34-49 ; Kelly et Gigy, 1989: 266-270 ; Wade, 1997: 344).

Le phénomène de la médiation familiale retient, dans un deuxième temps (1991-2001), l'intérêt de chercheurs issus de la sociologie et du droit (Bastard et Cardia-Vonèche, 1988; Bonafé-Schmitt, 1986: 199-295; Noreau et Gendreau, 2000; Wade, 1997: 343). Ces travaux viennent en partie combler les lacunes des travaux précédents, notamment en favorisant une comparaison systématique des pratiques de médiation et d'adjudication judiciaire (Kelly, 1996: 383-384).

Abordées globalement, ces recherches proposent des mesures d'appréciation de la médiation par les parties, des études sur le profil des usagers et des études d'effectivité touchant le contenu des conventions établies entre les parties, la mise en oeuvre des normes négociées et la stabilité des ententes.

Attentes et satisfaction des participants: une mesure subjective

Les premiers travaux, nous l'avons indiqué, portent sur les attentes des participants à l'égard de la médiation. Trois catégories d'attentes font plus particulièrement l'objet des recherches empiriques sur la pratique : les attentes concernant le mode de résolution lui-même, celles qui touchent le caractère satisfaisant de l'entente et, enfin, celles qui concernent l'activité du médiateur. Les premières études prennent appui sur les griefs adressés par les justiciables au système judiciaire. Les critiques visent principalement la bureaucratie impersonnelle et le formalisme inhérents aux procédures judiciaires, la lenteur du traitement des litiges et les coûts financiers et affectifs excessifs du procès en matière familiale (Kelly, 1990b : 15-16).

Les premières enquêtes empiriques mettent en évidence les carences du système judiciaire en regard de la coopération, de la communication et de la capacité des parties d'établir des compromis au lendemain de la rupture conjugale (Pearson et Thoennes, 1988: 77-78) . Elles visent essentiellement à mesurer les attentes et la satisfaction des parties vis-à-vis de la médiation, abordée en tant que processus de résolution des conflits. Dans ses propres travaux, Joan Kelly (1989) confirme l'avantage de la médiation sur l'adjudication en ce qui a trait à la communication, et si 76% des femmes et 62 % des hommes ayant eu recours à la médiation reconnaissent que le processus aide les parties à communiquer, ces proportions chutent respectivement à 39 % chez les femmes et 26 % chez les hommes engagés dans le processus judiciaire (Kelly, 1989: 81-82). Ces données et d'autres encore (Little, 1982) tendent à confirmer les préentions de la majorité des textes théoriques sur la question (Emery, 1994: 18-19 ; Irving et Benjamin, 1987: 23) . Elles sont entérinées dans des études ultérieures qui concluent au caractère plus humain de la médiation et à la célérité de traitement des conflits (Beck et Sales, 2001: 80-81; Irving et Benjamin, 1995).

Servant d'indicateur parmi d'autres, la volonté de recourir à nouveau à la médiation constitue une mesure de satisfaction souvent retenue par les chercheurs (Jones et Brodtker, 1998: 192) , certains parents reconnaissant que le processus de médiation familiale offre un bon modèle de gestion des conflits qui naissent après le divorce et qu'il fournit pour l'avenir des pistes de communication (Pearson et Thoennes, 1989: 20).

S'appuyant sur ces constats, d'autres chercheurs ont ultérieurement tenté de mesurer la satisfaction des parties vis-à-vis de l'entente, soit lors d'enquêtes portant strictement sur l'expérience de la médiation, soit dans des comparaisons entre médiation et procès (Benjamin et Irving, 1995: 53-82). Dressant un inventaire détaillé des enquêtes empiriques menées

sur le sujet, Kelly (1996: 375) souligne qu'en fonction des études et des programmes soumis à l'évaluation, la médiation familiale conduisait à la conclusion d'une entente satisfaisante dans 50 % à 85 % des cas. Cela étant, la satisfaction vis-à-vis de l'entente paraît toujours plus affirmée chez les conjoints qui tirent le plus d'avantages de la convention. C'est particulièrement le cas du parent gardien, comme c'est généralement le cas aussi en matière judiciaire (Pearson et Thoennes, 1989: 23-24).

D'autres mesures de satisfaction ont porté sur le travail du médiateur. Les recherches antérieures indiquent que les principales attentes gravitent autour de la notion d'équité (Tyler, 1984: 51-74; Tyler, 1987: 367-368). Dans le même sens, des études menées au Québec sur les attentes des conjoints vis-à-vis du médiateur révèlent qu'on recherche chez lui des qualités qui ne sont pas toujours différentes de celles qu'on prête généralement à l'adjudicateur (notamment au juge) : absence de préjugé ou de parti pris, capacité de maintenir l'égalité des parties et de saisir de façon distanciée les situations conflictuelles. Le médiateur agirait à la fois en tant que lien entre les parties, en tant qu'expert et en tant que tiers impartial (Noreau et Gendreau, 2000). Vis-à-vis des conclusions de l'entente, le sentiment d'équité tiendrait cependant à un ensemble de perceptions plus complexes, associées aux conséquences de l'entente sur le plan personnel, familial et communautaire de même que sur le plan «moral» ou éthique (Irving et Benjamin, 1987: 55).

Le profil des usagers : certaines constantes

Les recherches menées sur les ententes ont par à-coups permis de tracer le profil du bénéficiaire type de la médiation familiale. On dresse souvent du participant à la médiation le portrait d'une personne dénuée de colère, impliquée dans un conflit de faible intensité. Ces qualités constitueraient d'ailleurs les conditions nécessaires à la négociation d'une entente (Depner, Cannata et Simon, 1992: 169-184; Irving et Benjamin, 2002b : 343 ; Kelly, 1996: 381 ; Kelly et Gigy, 1989 : 266-270). D'autres études tendent cependant à reconnaître une grande diversité de situations, l'intensité du conflit conjugal pouvant varier d'un dossier à l'autre (Noreau et Gendreau, 2000). Il n'empêche que les participants à la médiation sont généralement des personnes confiantes vis-à-vis de la démarche proposée par le médiateur (Johnston et Campbell, 1988: 198-199). La plupart des dossiers sont exempts de violence familiale (Chandler, 1990: 331-346; Johnston et Campbell, 1993: 190-199; Newmark, Harrel et Salem, 1995 : 30-62). Une étude australienne décrit le bénéficiaire de la médiation comme une personne issue de la classe moyenne, éduquée et parent de plus d'enfants que la moyenne des personnes divorcées (Wade, 1997: 347-348). Dans la même étude, Wade conclut que la médiation convient au

11 • MÉDIATION FAMILIALE : DE L'EXPÉRIENCE

type de famille dans lequel la communication au sein du couple est maintenue et se poursuit tout au long de l'éducation des enfants. La rupture conjugale engendre une période de « frénésie décisionnelle » sur toutes les questions touchant la vie des enfants et exige à la fois argent et coopération. La recherche plus ancienne de Richardson concluait dans les mêmes termes, et décrivait les participants à la médiation familiale comme des personnes bénéficiant d'un revenu élevé et d'un niveau de scolarité supérieur, de sorte qu'on y compterait peu de travailleurs manuels ou d'ouvriers non spécialisés (Richardson *et al.*, 1988: 25).

Malgré qu'elle soit considérée, aujourd'hui, en Amérique du Nord comme partout dans le monde développé, comme «une forme établie de résolution alternative des conflits » (Bowen, 1999: 67), peu de recherches rendent compte d'une augmentation importante du recours à la médiation. Certaines études, dirigées au cours de la décennie 1980, soulignent la féminisation de la pratique de la médiation familiale (Goettler, Herrman et Gale, 1999: 221-233 ; Kruk, 1998: 195-215 ; McKinney, Kimsey et Fuller, 1996: 155-166) . Cette tendance est confirmée par Irving et Benjamin qui observent que «like other female social service workers in the «pink» ghetto, many earn a modest income » et que la pratique de la médiation occupe généralement une place secondaire en regard des activités principales de ces professionnels (Irving et Benjamin, 2002a: 366).

L'effectivité de la médiation familiale

Enfin, plusieurs recherches portent sur les ententes conclues par les ex-conjoints, tant en ce qui à trait au contenu des normes établies entre les parties qu'à leur mise en oeuvre et à leur stabilité.

Le contenu des ententes

A priori, rien ne distingue les thèmes de négociation des parties à la médiation de ceux qui sont généralement abordés et débattus lors des pratiques judiciaires traditionnelles : garde des enfants, obligations financières associées au partage des responsabilités parentales, partage des biens communs, usage de la résidence familiale, prestations compensatoires, etc. Pour les chercheurs, les questions entourant la garde des enfants (Kelly, 1996: 375-376) et les droits de visite (Pearson et Thoennes, 1989: 18) y apparaissent plus déterminantes et l'emportent largement dans l'ordre des priorités sur les enjeux entourant le paiement d'une pension alimentaire et le partage du patrimoine familial (Pearson et Thoennes, 1985: 110-113) . Ce point de vue est également confirmé dans les premières études sur la question (Sloan et Greenaway, 1988: 51-53) . Richardson démontre, au milieu des années 1980, la participation croissante du parent non

gardien – généralement le père – dans l'éducation des enfants (Irving et Benjamin, 1987: 196-197; Richardson, 1988: 32-33). Des études américaines menées au cours de la même période concluent dans le même sens (Émery, Matthews et Kitmann, 1994; Kelly, 1990b: 19).

Comparée à la majorité des ordonnances judiciaires concernant la garde des enfants et son corollaire, les droits de visite, l'entente obtenue en médiation familiale déférerait à la charge du père un surcroît d'obligations financières, notamment en ce qui concerne les dépenses liées aux activités parascolaires (activités sportives, artistiques et autres) et aux études en milieu privé (Kelly, 1996: 377 ; Richardson *et al.*, 1987: 282) . Si d'autres auteurs mettent en évidence la situation financière plus difficile dans laquelle se trouve, même en contexte de médiation, le parent responsable de la garde des enfants (Emery, Matthews et Wyer, 1991: 416), une comparaison des ordonnances judiciaires traditionnelles et des ententes établies par voie de médiation révèle que les dispositions de celles-ci sont beaucoup plus précises. C'est du moins le cas en matière de garde, de droits de visite, d'exercice de l'autorité parentale et de partage des obligations financières (Donnelly et Ebron, 2000: 65).

De nombreux auteurs soulignent la propension des conjoints engagés en médiation à conclure des ententes de garde conjointe (Emery, Matthews et Kitmann, 1994; Kelly, 1996; Lyon *et al.*, 1985; Pearson et Thoennes, 1989) . Cet état de fait favoriserait, selon les auteurs, l'établissement de meilleures relations entre les parents (Émery, 1994: 77-82 ; Pearson et Thoennes, 1989: 18). Si certains chercheurs ont soulevé le fait que la revendication de la garde conjointe par certains hommes pouvait constituer une stratégie visant à réduire les obligations alimentaires du père, d'autres ont insisté sur l'absence de démonstration empirique en ce sens (Kelly, 1996: 377) . L'attribution de la garde conjointe, observent d'autres, donne cependant aux pères la possibilité de participer directement à l'éducation de leurs enfants (Émery, 1994: 186-187). En tout état de cause, la question du maintien de la relation entre le parent non gardien et les enfants a souvent suscité, dans les milieux de la médiation, un débat sur les nouvelles formes de la paternité (Mantle, 2001: 52-55).

La mise en oeuvre et le respect des ententes

À la médiation débouchant généralement sur la conclusion d'une entente négociée, se pose par extension la question de sa mise en oeuvre. Les études menées à ce propos établissent à 80 % le taux de conformité des ex-conjoints aux règles établies par voie de médiation alors que cette proportion passe à 60 % lorsqu'il s'agit d'ordonnances judiciaires imposées par le tribunal (Pearson et Thoennes, 1989: 20). Les mêmes proportions sont observées dans d'autres recherches (Meierding, 1993:

157-159) . Meierding conclut notamment que l'entente volontaire et confidentielle survenue lors d'une médiation engage plus directement les parties et consolide leur *engagement de la* respecter. La neutralisation du conflit, la coopération et la plus grande communication entre les parties, la participation plus importante du parent non gardien à l'éducation des enfants sont perceptibles dès la première année de la séparation dans la plupart des études comparant médiation et judiciarisation (Jones et Brotdker, 1999: 25-26; Kelly, 1990a: 22-23).

Les conjoints qui se déclarent satisfaits au sortir de la médiation entretiennent par la suite cette appréciation. C'est du moins ce qui a pu être constaté dans une étude évaluative effectuée aux Etats-Unis sur le York County Custody Mediation Program entre 1996 et 1998 (Jones et Brotdker, 1998: 197-199). Cette conclusion reçoit confirmation dans une étude menée en 1999 par les mêmes auteurs sur un autre programme : le County Court Custody Mediation Program. On y constate que, sur une période de deux ans (1996-1997), 82 % des ententes établies par voie de médiation étaient respectées à leur conclusion, de sorte qu'après leur homologation elles n'ont pas nécessité l'intervention ultérieure de la cour. Seulement 12 % d'entre elles ont fait l'objet d'une révision judiciaire; 6 % de plus d'une révision des tribunaux (Jones et Brotdker, 1999: 27). Jones et Brotdker constatent qu'il s'agit de proportions plus faibles que celles qu'on obtient généralement à la suite d'une ordonnance judiciaire. Les auteurs associent ces résultats au caractère plus équitable des ententes obtenues à l'aide de la médiation et au plus grand contrôle des parties sur le règlement de leurs différends (*ibid.*: 28-29). Le respect des ententes prend d'ailleurs plusieurs formes; ainsi, même dans les cas où la garde est confiée à un seul des parents (généralement la mère), les droits de visite et de sortie sont plus régulièrement exercés lorsqu'ils ont été négociés que lorsqu'ils sont imposés par la cour. La qualité des communications, après la conclusion d'une entente négociée en médiation, semble également meilleure, notamment lors de rapports antérieurs réputés très conflictuels (Richardson *et al.*, 1988: 35-56).

La stabilité et l'ajustement continu des ententes

Se pose finalement la question des réajustements ultérieurs de l'entente négociée et de son respect à long terme, notamment en comparaison des ordonnances rendues par les tribunaux judiciaires.

Tout changement ultérieur de l'entente originale requiert le consentement mutuel des parties, obtenu avec ou sans le concours d'un médiateur. A défaut, il nécessite l'intervention de la juridiction compétente lors d'une demande de révision adressée à la cour par l'une ou l'autre partie (Meierding, 1993: 167). Le taux de révision en justice des ententes

établies en médiation (20 %) demeure cependant relativement faible (Emery, 1994: 174-193 ; Irving et Benjamin, 2002a : 359 ; Kelly, 1996: 377) . De façon générale, les recherches menées sur la question démontrent que les ententes négociées par voie de médiation familiale sont rarement portées en litige dans la première année de leur conclusion en comparaison des ordonnances judiciaires traditionnelles (Émery, Laumann-Billings, Waldron, Sbarra et Dillon, 2001: 323) . La chose a déjà été soulignée dans le contexte canadien par Richardson (1987: 233-235).

La renégociation de l'entente en médiation survient dans 13 % des cas, dans les deux années qui suivent sa conclusion, alors que la proportion des demandes de révision judiciaire serait de 35 % lorsqu'il s'agit d'ordonnances obtenues par simple voie judiciaire (Pearson et Thoennes, 1989 : 23) . Une étude effectuée dans le Sussex en Grande-Bretagne établit par ailleurs un lien entre la nécessité d'une éventuelle renégociation et la situation familiale des parties, notamment en regard du nombre des enfants (2 et plus) et de leur âge (7 à 12 ans). Ces données, souligne Mantle (2001: 33-34), mériteraient cependant d'être corroborées.

Quant à l'effectivité de l'entente à long terme (10 ans), elle a été évaluée dans des études touchant surtout le respect des modalités de garde et de visite des enfants. En cette matière, la viabilité des ententes de médiation a été évaluée à 65 %, alors qu'elle chute à 40 % dans les dossiers où les modalités de garde sont établies par voie judiciaire (Pearson and Thoennes, 1988:81) . La vision de la médiation familiale, envisagée comme moyen de promouvoir le bien-être des enfants et de redéfinir les relations familiales après la rupture, est confirmée par les conclusions d'autres enquêtes qui conduisent au maintien de la communication entre ex-conjoints et entre parents et enfants, et à la participation du parent non gardien aux décisions relatives aux enfants (Émery, 1994: 119 ; Émery, Laumann-Billings, Waldron, Sbarra et Dillon, 2001 : 324-325 ; Dillon et Emery, 1996 : 131-140). Les études montrent généralement que les questions alimentaires, financières et matérielles restent intimement liées à la garde des enfants, et bénéficieraient vraisemblablement pour cette raison de la même stabilité (Richardson, 1988: 43).

Dans l'ensemble, les études sur l'effectivité de l'entente démontrent que la satisfaction à l'égard des normes négociées et, partant, le respect de l'entente à long terme sont fonction de la perception des parties d'avoir pu bénéficier d'une véritable écoute, mais également de la possibilité d'avoir pu traiter directement des questions qu'elles jugeaient névralgiques (Pruitt, McGillicuddy, Welton et Fry, 1989: 389) et des conditions d'une véritable coopération (Emery, Laumann-Billings, Waldron, Sbarra et Dillon, 2001: 324).

Bien que ces études tendent à révéler les avantages comparatifs de la médiation sur l'intervention judiciaire traditionnelle, plusieurs auteurs mettent en garde contre les risques d'une double exagération : l'accent excessif mis sur les défauts du système judiciaire par ses détracteurs et l'amplification exagérée des effets supposés positifs de la médiation (Richardson, 1987: 286-288). Dans le même sens, Beck et Sales (2000) rappellent la nécessité d'entretenir, par rapport à la médiation familiale, des attentes réalistes. Des auteurs connus comme Irving et Benjamin (2002a : 367-368) soulignent la tendance des travaux actuels à centrer l'analyse sur le choix du type d'intervention le plus approprié eu égard aux circonstances et aux parties.

CRITIQUES ET RÉPONSES AUX INSUFFISANCES DE LA PRATIQUE

Apparue dans la foulée d'autres expériences sociales visant à répondre aux insuffisances de l'activité judiciaire, la médiation familiale allait es-suyer une partie des critiques adressées à ces nouvelles pratiques de justice. Chez les juristes notamment, le risque d'une privatisation de la justice fut rapidement soulevé (Ronfani, 1997: 53) . Certains auteurs furent prompts à faire remarquer que la négociation de règlements en dehors du système judiciaire (*out-of-courts*) empêchait l'établissement de précédents susceptibles de favoriser l'ajustement continu du droit (Fiss, 1984; Shaffer, 1988). Paradoxalement, d'autres virent au contraire dans la multiplication des pratiques de médiation l'occasion d'un plus grand contrôle de l'État sur des aspects plus précis de l'activité sociale (Abel, 1982, 1983). Plusieurs auteurs firent remarquer que la pratique judiciaire contemporaine avait graduellement évolué, de sorte que les juges étaient fréquemment invités à agir eux-mêmes en tant que médiateurs (Farinha, 2000: 72)⁷. En contre-partie, il a été mis en évidence que les conditions dans lesquelles les conjoints étaient amenés à négocier n'étaient pas toujours exemptes de contraintes et que leur liberté de conclure une entente adaptée à leur condition n'était pas aussi assurée que ce que laisse supposer le discours des promoteurs de la médiation (Erlanger, Chamblis et Melli, 1987: 585-604). Aussi, les distinctions théoriques entre médiation et adjudication perdraient aujourd'hui de leur signification et seraient fondées sur une fausse opposition (Ronfani, 1997: 57).

Au-delà de ces remarques très générales, une partie des critiques les plus importantes adressées à la médiation sont venues du mouvement

7. Au Québec, c'est particulièrement le cas avec l'intégration au Code de procédure civil d'une procédure de conciliation judiciaire et l'établissement de conférences de règlement amiable en matière familiale (Québec, 2001: 179).

féministe, pourtant très sévère lui aussi à l'égard de l'institution judiciaire (Edwards, 1997: 424-442; Grillo, 1991: 1565-1566; Shaffer, 1988: 166). Alors que la médiation familiale aurait pu apparaître dès ses origines comme la réponse à une pratique juridique de type conflictuel et patriarcal – établie sur l'idéal d'un droit objectivé en fonction des intérêts des hommes et de leur rapport au monde –, plusieurs auteurs soulèveront les difficultés potentielles que la médiation pouvait comporter pour les femmes. La présence couramment cachée de la violence conjugale constituera un argument souvent évoqué contre le recours systématique à la médiation familiale (Cano, 1992: 134-135 ; Goundry, 1998: 45-48 ; Vincent, 1995: 271-275) . Abordée de façon plus globale encore, la médiation familiale ne risque-t-elle pas de favoriser la reproduction des conditions économiques et sociales qui fondent la domination masculine, tout en les occultant lors de négociations asymétriques (Bryan, 1992: 446-482 ; Élis et Stuckless, 1996: 63-79)⁸? Socialement dominées, les femmes encouragées à discuter des conditions de leur séparation peuvent-elles négocier en toute égalité avec leur ex-conjoint (Cano, 1992: 135; Édwards, 1997; Shaffer, 1988: 196) ? Les femmes sont socialisées en fonction d'une définition fonctionnelle (*care oriented*) et relationnelle (*relational oriented*) des liens familiaux, leur rapport de force ne se trouve-t-il pas miné par leur désir de limiter l'ampleur du conflit conjugal et de trouver rapidement réponse à l'instabilité inhérente à la rupture? Ne risquent-elles pas d'être victimes de leur préoccupation plus grande pour la protection des rapports d'ordre privé (Bryan, 1992: 488; Grillo, 1991: 1572) ? L'approche *systémique* favorisée par les promoteurs de la médiation, et souvent orientée en fonction de la solution de problèmes (*problem solving*) plutôt qu'en fonction de l'expression de récriminations personnelles (*blaming*) , n'implique-t-elle pas l'abandon de revendications légitimes : (*claming*) (Grillo, 1991 : 1565-1576 ; Shaffer, 1988: 197) ? N'entraîne-t-elle pas la reproduction de réflexes déléteurs (*self-defeating patterns*) ? L'intérêt « suspect » porté à la médiation par les groupes de protection des droits des pères ne constitue-t-il pas, d'ailleurs, la preuve indirecte du risque qu'elle comporte pour les femmes (Bertoia, 1998) ?

D'autres critiques porteront sur les pressions directes ou indirectes exercées sur les femmes dans les juridictions où la médiation est rendue obligatoire (Goundry, 1998: 49 ; Grillo, 1991). On dénoncera les pressions implicites ou explicites exercées en faveur de solutions négociées (Biletta et Mariller, 1997: 233) ou les postulats tacites entretenus par cer-

8. .Yet mediation exploits wives by denigrating their legal entitlements, stripping them of authority, encouraging unwarranted compromise, isolating them from needed support, and placing them across the table from their more powerful husband and demanding that they fend for themselves. (Bryan, 1992: 522).

tains médiateurs en faveur de la garde conjointe (Bailey, 1989: 143-147; Bailey, 1993: 43; Bryan, 1992: 491; Édwards, 1997; Grillo, 1991: 1568-1570). On mettra en évidence l'absence de dispositions procédurales susceptibles d'assurer l'égalité des parties, notamment en regard de la divulgation et de la validité de la preuve (Beck et Sales, 2000: 994 ; Goundry, 1998: 53; Ronfani, 1997: 56). De façon plus générale, la critique féministe insistera sur les dangers que comportent les postulats tacites entretenus par certains médiateurs en faveur du partage de l'autorité parentale (Biletta et Mariller, 1997: 233) qui suppose l'entretien de rapports réguliers entre ex-conjoints et, partant, la poursuite d'une forme de vie familiale après la séparation des conjoints (Pickett, 1991: 39). Toutes ces positions sont en effet susceptibles d'imposer la continuation de rapports de domination entre ex-conjoints, longtemps après la rupture (Bryan, 1992: 491). De même, la structuration de la médiation autour de la notion d'*intérêt de l'enfant*, en plus de détourner les parties des causes premières de la rupture, n'est-elle pas susceptible de limiter la possibilité pour les femmes de s'engager dans une nouvelle vie : *need for a fresh start* (Édwards, 1997; Shaffer, 1988: 196) ?

Plusieurs de ces critiques trouveront une réponse dans les travaux empiriques des Kelly et Duryee (1992) , Duryee (1992) , Richardson (1987, 1988) , Rosenberg (1991) , et plus récemment dans ceux de Gordon (2002) , qui, dans plusieurs cas, visent directement à répondre aux critiques de Bryan (1992) ou de Grillo (1991), auteures féministes les plus souvent citées (Vincent, 1995: 266-271). Pour l'essentiel, les promoteurs de la médiation ont évité le recours aux arguments de type théorique pour exploiter plutôt les données des études évaluatives réalisées au cours des dernières années et dont nous avons déjà présenté les conclusions. Elles tendent toutes à démontrer que la médiation offre une procédure aussi satisfaisante pour les hommes que pour les femmes, sinon plus satisfaisante pour ces dernières que pour leur ex-conjoint (Kelly et Duryee, 1992 : 4546) : qu'elle ne conduit que dans une minorité de cas à l'établissement d'une garde conjointe (Gordon, 2002: 137) ; qu'elle alimente plus clairement chez les femmes que chez les hommes le sentiment d'avoir pu s'exprimer librement (Kelly et Duryee, 1992: 4243). D'ailleurs, dans l'ensemble, les femmes tendent à se déclarer plus satisfaites que les hommes des résultats de la médiation familiale (*ibid.*: 48). Cela étant, la critique féministe a largement contribué à déterminer les paramètres de la pratique, notamment en ce qui concerne l'exclusion des cas mettant en cause des femmes victimes de violence conjugale (Vincent, 1995: 271-274) . Elle explique également le choix de nombreuses juridictions de laisser à la médiation son caractère volontaire (*ibid.*: 266-271). Cela étant, on résiste encore dans la plupart des États occidentaux à autoriser la présence des avocats lors des séances de médiation, solution pourtant souvent présentée

dans le discours féministe comme une réponse à l'inégalité des parties (Goundry, 1998: 86; Grillo, 1991: 1610).

Par extension, la critique féministe a mis en évidence certaines ambiguïtés de la pratique. Alors que les auteures féministes s'inquiètent de ce que la neutralité affirmée du médiateur ne lui permet pas d'intervenir directement dans l'échange, même lorsque s'impose la nécessité d'une remise à niveau des parties, d'autres se sont au contraire inquiétés de ce que la médiation familiale ouvre la porte à une manipulation possible des parties en faveur d'objectifs tacites, comme la garde conjointe. Cette question est largement venue alimenter la réflexion des promoteurs de la médiation sur les conditions d'intervention du tiers-médiateur. On touche ici aux conditions éthiques de la pratique.

Outre les problèmes déjà abordés concernant l'effectivité de la médiation (ses effets sont-ils toujours ceux qu'on prétend? N'est-elle adaptée qu'à certaines situations particulières?), on s'est beaucoup arrêté au problème de la neutralité et de l'impartialité du tiers-médiateur (Beck et Sales, 2000: 1001; Ronfani, 1997: 55-56). Dans le premier cas, rappelons-le, on s'intéresse au problème des rapports entre le médiateur et les parties et, dans le second, aux valeurs du médiateur et aux objectifs supposés de la médiation (Morris, 1986: 319; 1997: 318-320). La question a elle-même pris plusieurs formes, qui ont fait s'opposer les postulats de certains modèles de pratiques (Girdner, 1989 ; Menkel-Meadow, 1995). Ainsi, limitant sa fonction à celle d'entremetteur entre les parties, le tiers ne risque-t-il pas, comme on l'a vu, de favoriser par abstention la partie la plus habile à défendre ses intérêts? A *contrario*, intervenant directement dans les échanges, comme le proposent certains auteurs (Bryan, 1992: 515), le médiateur n'est-il pas tenté d'atteindre certains objectifs implicites, en limitant du coup la liberté de négocier reconnue aux parties en contexte de médiation? N'est-ce pas le cas lorsque la conclusion d'une entente est considérée comme le principal critère de succès de la médiation (Macfarlane, 2002) ? Le médiateur est-il susceptible d'agir implicitement en tant que représentant ou défenseur de l'intérêt des enfants (Girdner, 1989: 142-147) ? Plus encore, alors que la médiation ouvre la porte à la pluralité des formes familiales, les orientations d'un médiateur, en faveur d'une certaine conception de la famille ou d'un idéal de continuité de la vie familiale après la rupture, ne viennent-ils pas baliser de façon importante les paramètres de la négociation? Sur une autre échelle, l'établissement de modèles de pratique et de règles de l'art relativement stables et strictes ne risque-t-il pas de faire du respect d'une procédure ritualisée le critère d'une pratique « responsable » de la médiation, sans que soit jamais posée la question de sa neutralité ou de son impartialité (Macfarlane, 2002: 49-87 ; Wellington, 1999: 297-332) ?

En définitive, et quelles que soient les solutions proposées, les auteurs tendent de plus en plus à reconnaître aujourd'hui qu'une définition formelle de la neutralité est incompatible avec la pratique de la médiation (Field, 2000: 16-19; Bush et Folger, 1994b: 3-7). Les études empiriques successives menées sur la question ont d'ailleurs largement documenté les difficultés pratiques entourant l'obligation de neutralité. Les questions posées aux parties par le médiateur, ses attitudes, ses modes d'interaction et ses tentatives de concilier les points de vue déterminent presque par nécessité une part des échanges entre les parties (Ronfani, 1997: 55 ; Wellington, 1999: 297-332). On tend davantage à reconnaître la nécessité devant laquelle le médiateur se trouve souvent d'adopter une attitude modérément proactive (Morris, 1997: 322-327). Une multitude de modèles plus ou moins fondés sur les conditions d'une intervention éclairée parsèment ainsi la littérature récente. Girdner (1989) propose, dès la fin des années 1980, une distinction importante entre contrôle (*mediation as control*) et soutien des parties (*mediation as empowerment*). De même, Dingwall (1988) insiste sur l'opposition larvée qui subsiste entre *empowerment* et *enforcement* dans la pratique de la médiation. Cette distinction permettrait d'aborder le problème de la neutralité du tiers dans une perspective plus réaliste, tant en ce qui a trait à l'intervention du tiers dans les échanges qu'aux finalités particulières de la négociation. Si bien que la conclusion d'une entente est de moins en moins considérée, aujourd'hui, comme l'objectif premier de la médiation familiale. C'est dans ce sens, nous l'avons vu, que se sont successivement développés des modèles de médiation moins centrés sur l'atteinte d'objectifs précis (*problem solving*) que sur l'établissement d'une bonne compréhension mutuelle : *mutuel understanding* (Bush et Folger, 1994b : 3-25 ; Taylor, 1997: 215-236 ; Wellington, 1999) . Macfarlane (2002) va dans un sens un peu différent en proposant, dans la foulée des travaux déjà très connus de D.A. Schön (1983), un modèle de médiation de type *réflexif*, fondé sur la reconnaissance des difficultés de la neutralité ou de l'impartialité et sur l'importance d'une pratique ouverte sur les positions mutuelles des parties et sur celle du médiateur. Dans une autre perspective encore, le concept d'*équidistance* auquel recourent Cobb et Rifkin (1991: 4346) implique que soit reconnue la nécessité devant laquelle se trouve le médiateur d'assister les parties dans l'expression de leur point de vue sur le conflit et sur ses solutions (Wellington, 1999). Édwards (1997) reprend dans le même sens le concept de *focal neutrality* développé par Benjamin et Irving (1992). Il suppose que soit reconnue la spécificité des intérêts et des attentes de chaque partie, de manière à ce que soit tenu en compte le contexte plus global où s'inscrit leur négociation particulière. Dans tous les cas, les auteurs admettent la difficulté d'une neutralité axiologique absolue et trouvent une solution susceptible de leur

éviter les écueils du formalisme, notamment en élargissant les cadres du débat sur les conditions éthiques de la pratique.

L'INSTITUTIONNALISATION GRADUELLE DE LA PRATIQUE

La médiation familiale, déjà pratiquée au début des années 1970, allait inévitablement connaître, après trente années d'expérimentation, une lente standardisation de ses formes. Celle-ci allait de pair avec la constitution d'un corps de praticiens spécialisés, connus et reconnus, et la définition d'un discours justificateur largement accrédité socialement (Sassier, 2001a, 2001b). Toutes ces tendances allaient contribuer à l'institutionnalisation de la médiation familiale⁹. De façon descriptive, cette propension à l'institutionnalisation tient cependant à plusieurs processus parallèles : la codification de la pratique (la fixation d'un certain nombre de règles de l'art), sa procéduralisation (son inscription dans une séquence d'actions plus ou moins fixée d'avance), sa professionnalisation (l'établissement d'une identité professionnelle particulière) et sa légitimation publique – et juridique – graduelle (Kelly, 2000b: 37-43). Ces processus connaissent cependant des trajectoires différentes en fonction de l'influence de deux tendances complémentaires. La première tient à la capacité d'une pratique innovatrice de s'affirmer en tant que champ d'action particulier, à l'exclusion des champs d'action déjà institués, la seconde à son besoin d'être reconnue par les acteurs de champs de pratique concurrents et déjà institués auxquels elle s'est souvent développée par opposition (Noreau, 1998, 2003). Plusieurs auteurs rappellent en contrepartie la résistance qu'a souvent manifestée l'institution judiciaire à l'avènement de la médiation familiale (Kelly, 2000b).

Historiquement, ces deux tendances ont traversé l'évolution de la pratique et ont déterminé ses conditions d'interaction avec l'institution judiciaire. La médiation familiale s'est d'abord affirmée de façon autonome, avec la constitution d'un lexique et d'un corps de références canoniques relativement précis (Folberg et Taylor, 1984; Irving, 1980; Mnookin et Kornhauser, 1979). Allaient suivre la définition de règles éthiques ou déontologiques et l'établissement de codes de conduites, qui favoriseront la codification de la pratique et la définition des grandes caractéristiques et des justifications qui servent encore aujourd'hui de

9. Le concept d'institutionnalisation est une référence fondatrice des théories constructivistes. Elle réfère à ce que Berger et Luckmann (1966) appellent la typification réciproque d'actions habituelles, mécanisme social sans lequel la construction d'attentes mutuelles fondées sur la prévisibilité serait impossible. Il s'agit de glissements également étudiés par Weber (1995) dans le passage des habitudes aux usages, des usages aux coutumes et des coutumes aux maximes.

références aux praticiens : égalité et liberté de décision des parties, neutralité et impartialité d'un tiers non directif, établissement des conditions relationnelles de la communication (Macfarlane, 2002: 49-87; Welling-ton, 1999: 297-332). Parallèlement, nous l'avons vu, un certain nombre de modèles de pratiques assez typiques allaient s'imposer, considérablement promus par les praticiens eux-mêmes, et repris dans un certain nombre de manuels et de programmes de formation spécialisés (Kelly, 2000b: 39-40). Ces outils de formation ont aisément bénéficié du travail de regroupements formés de praticiens, établis dans tous les pays où la médiation familiale a pu connaître un certain essor, et qui ont souvent fait de cette formation pratique la condition d'une forme ou d'une autre d'accréditation¹⁰. Ces regroupements allaient favoriser la professionnalisation de la pratique, et prendre l'initiative de promouvoir la médiation familiale auprès du public. Graduellement, ils ont pu faire valoir sa légitimité auprès des acteurs du système judiciaire, soit sur le plan national, soit lors d'ententes locales établies sur une base expérimentale, sinon en vertu de programmes plus permanents. Cette démarche rend d'ailleurs compte de l'évolution de la plupart des nouvelles pratiques de justice, fondées sur le recours à la négociation, à la médiation ou à la conciliation, au cours des trente dernières années (Édelman, 1984)".

L'ensemble de ces démarches de formalisation et d'organisation de la pratique répondait à la fois aux besoins des praticiens de briser leur isolement et à leur désir de voir leur pratique consacrée et reconnue socialement. Parallèlement, ces démarches impliquaient, comme toute demande de reconnaissance institutionnelle, l'accès à une partie des ressources publiques et l'inscription de leur activité dans l'univers des pratiques professionnalisées. Le tout supposait de faire d'une pratique militante, et souvent peu lucrative, une pratique reconnue et mieux rémunérée.

Cette demande de reconnaissance allait graduellement trouver une réponse du côté des institutions gouvernementales et judiciaires, souvent animées par des préoccupations différentes, mais *a priori* non contradictoires : le renouvellement des pratiques de justice, la revalorisation et la légitimation de l'activité judiciaire, la diminution des délais de cour, la

10. Au Québec, on pense à l'Association de médiation familiale du Québec, à la Family Mediation Canada au Canada, aux États-Unis à l'Academy of Family Mediators, à l'Association pour la médiation familiale et à l'Association Père-Mère-Enfant en France.

11. Edelman (1984) offre une coupe historique sur les conditions d'institutionnalisation des nouveaux modèles de justice, notamment aux États-Unis. Edelman prône, à l'époque, la reconnaissance juridique de la pratique, le financement des porteurs associatifs de la pratique et l'inscription de leur activité dans une niche institutionnelle particulière, plutôt que leur intégration généralisée dans le contexte judiciaire établi.

réduction des coûts de la justice, l'élaboration d'une réplique aux critiques souvent entendues sur l'incapacité de l'institution judiciaire à répondre aux besoins des familles recomposées. Paradoxalement, on l'a vu, dans certains États – au Royaume-Uni ou en Irlande – le recours à la médiation a clairement visé la réunification des couples en situation de rupture (Éekelaar, 1999: 387-396). C'est en fonction de cette diversité de contextes et d'objectifs que la médiation allait être graduellement intégrée aux activités judiciaires courantes, les réformateurs cherchant dans tous les cas à tenir compte des caractéristiques de l'institution et des traditions juridiques nationales (Farinha, 2000: 74). Cette intégration aura cependant signifié aussi, dans la plupart des cas, l'établissement de modalités d'accréditation et de formation souvent calquées sur les critères établis par les associations de praticiens, mais dorénavant administrées par des instances établies juridiquement. Se posera rapidement le problème de l'articulation entre médiation et intervention judiciaire. Ainsi, selon le cas, l'obligation de s'informer des possibilités offertes par la médiation aura été envisagée comme une étape préalable à l'inscription d'une cause contestée au tribunal. C'est notamment le cas au Québec (Goupil, 2002) et au Royaume-Uni (Éekelaar, 1999). Au Québec, la médiation reste cependant volontaire, alors qu'elle constitue une procédure obligatoire dans certains États américains. C'est le cas en Californie comme dans une trentaine d'autres États américains (Zylstra, 2001: 69-103). En France au contraire, si le recours à la médiation peut être volontairement envisagé avant la saisie du dossier par la cour, la médiation – dite *judiciaire* – est plutôt perçue comme une prérogative du juge en cours d'audition. Ainsi, selon des modalités différentes en fonction des États, la codification, la procéduralisation, la professionnalisation et la légitimation (sinon la légalisation) de la médiation inscrivent sa pratique à l'intérieur d'une institution déjà établie : l'institution judiciaire. Celle-ci détermine de façon tout à fait particulière ses modalités de développement, d'évaluation et d'encadrement en même temps que les limites de sa dépendance institutionnelle. La reconnaissance institutionnelle de la médiation ne constitue cependant pas une expérience sans précédent dans l'évolution récente des institutions judiciaires nord-américaines et européennes (Bastard et Cardia-Vonèche, 2000: 216-230). Au cours de la même période, les préoccupations des réformateurs du système judiciaire s'inscrivent en effet dans un ensemble d'initiatives qui, toutes, visent à humaniser les conditions de prise en charge de la rupture conjugale par les tribunaux (Belley, 2001 ; Fondation du Barreau, 1997; Mosten, 1999 ; Pearson, 2000). Dans beaucoup de cas, ces préoccupations ont favorisé la mise en phase des conditions de l'activité juridique avec celles de l'intervention psychosociale, ce qui n'allait pas non plus sans quelques dénonciations. Certains observateurs furent prompts à déplorer les conséquences d'une manifeste confusion, chez les

1 1 • MÉDIATION FAMILIALE : DE L'EXPÉRIENCE

juges, entre activités judiciaires et thérapeutiques (Théry, 1992: 211-228), d'autres indiquaient que la médiation pouvait paradoxalement constituer un déni du principe d'accès à la justice (McEwen et Williams, 1998: 865-883).

Chez les praticiens et les théoriciens de la médiation, les questions ont cependant porté surtout sur les conséquences de cette reconnaissance institutionnelle pour l'avenir de la médiation. Certains soulevèrent l'incompatibilité de la médiation obligatoire avec les conditions d'une pratique fondée sur le caractère volontaire de la participation des parties (Hughes, 2001:161-202). Cette incompatibilité ne trouve-t-elle pas une conséquence paradoxale dans l'obligation devant laquelle se sont trouvés certains États américains (Utah, Maine, Texas) d'imposer aux parties qu'elles participent *de bonne foi* aux séances de médiation, afin d'éviter le détournement de la pratique à des fins dilatoires (Zylstra, 2001 : 83) ? Dans le même sens, le médiateur désigné par le juge en cours d'audition peut-il être autre chose qu'un « agent de la cour., susceptible de voir sa pratique évaluée en fonction de critères de succès imposés par la tradition judiciaire ? C'est notamment le cas lorsque le mandat confié au praticien porte sur un seul aspect des rapports familiaux (le niveau de la pension alimentaire, par exemple), situation qui risque de conduire à une instrumentation poussée de la médiation familiale et à son détournement vers des formes quasi adjudicatives (Kelly, 2000b : 39). Les parties peuvent-elles faire aussi facilement confiance à un tiers qu'elles n'ont pas désigné elles-mêmes ? Comment, dans ces conditions, la confidentialité assurée des échanges et des informations fournies en médiation peut-elle être assurée (Farinha, 2000) ? La médiation laisse-t-elle alors réellement place à la négociation ou lie-t-elle de façon inopportune l'échange des consentements aux attentes tacites ou explicites de la cour ? Celles-ci ne font-elles pas perdre à la médiation une partie de sa dimension communautaire en inscrivant la pratique dans le contexte d'un conflit juridique individualisé (Bastard et Cardia-Vonèche, 2000) ? Plus largement, reconnue comme une étape de la séquence judiciaire, la médiation peut-elle être menée dans les conditions de souplesse (procédurale) qui assurent généralement son efficacité (*ibid.*) ? Financée dans un contexte particulier, peut-elle constituer ce lieu d'expérimentation sociale qu'elle a pu être jusqu'à son inscription dans le répertoire des pratiques judiciaires reconnues (Noreau, 1998: 41-66)¹² ? Les objectifs fonctionnels poursuivis par les autorités politiques et judiciaires qui reconnaissent l'intérêt de la médiation familiale sont-ils compatibles avec les conditions de succès de la pratique ?

12. On pense par exemple ici au financement d'un nombre limité de séances de médiation qui peut constituer une contrainte à la liberté des parties d'établir de façon non contraignante leurs normes de références.

La question encore non résolue est de savoir si la médiation familiale peut survivre à sa propre institutionnalisation (Macfarlane, 2002) et *si celle-ci* implique une mutation de ses conditions de justification, de ses critères de professionnalisation et de ses caractéristiques en tant que pratique particulière. Dans tous les cas, l'institutionnalisation des pratiques de médiation n'a pas non plus toujours assuré leur diffusion sociale, et le recours à la médiation, lorsqu'il est volontaire, varie de 10 % à 20 % selon les États pour lesquels nous bénéficions de données un peu sûres (Sassier, 2001 a : 151 ; Spielvogel et Noreau, 2002: 3148 ; Pearson, 2000: 518) . L'institutionnalisation de la médiation ne garantit donc pas nécessairement la visibilité publique de la pratique (Farinha, 2000: 78 ; Sassier, 2001 a : 151) . Si certains auteurs inscrivent l'institutionnalisation rapide de la médiation dans la perspective de relations dynamiques et positives entre pratiques sociales et pratiques judiciaires (Faget, 1995: 25-38), d'autres s'interrogent sur la nécessité de voir la reconnaissance institutionnelle de la médiation précédée d'une plus grande maturité, sinon d'une plus grande stabilité de la pratique (Noreau, 2003). Cela étant, plusieurs des auteurs les plus critiques vis-à-vis des nouvelles pratiques de justice ont fait remarquer qu'en matière de médiation les expériences les plus réussies avaient généralement été menées dans le contexte de rapports de complémentarité, ou de quasi-sous-traitance, avec le système judiciaire (Harrington, 1985). D'autres soulignent que l'institutionnalisation de la médiation ne peut être saisie dans toutes ses conséquences sans que soit prise en compte l'évolution des rapports interprofessionnels où elle s'est développée, notamment depuis l'admission des juristes dans le champ de la médiation familiale (Farinha, 2000 ; Kelly, 2000b : 38-39 ; Wellington, 1999: 297). La revendication d'un nouveau monopole des juristes sur la pratique de la médiation est ainsi souvent évoquée aux Etats-Unis, alors que certains auteurs favorisent la reconnaissance de la « médiation évaluative » ou de la *collaborative mediation*, modèles qui s'inspirent d'une approche plus directive et qui valorisent la fonction de conseil juridique du médiateur (Laflin, 2000: 479-526 ; Tesler, 2001). On peut cependant se demander si ces modèles ne tendent pas, par extension, à exclure les professionnels issus du domaine psychosocial. La médiation ne perdrait-elle pas du coup une des caractéristiques qui en font une pratique de type interdisciplinaire? Seule une observation à plus long terme des conditions d'évolution de la pratique permettra d'apporter une réponse satisfaisante à ces questions complexes.

AVENIR ET MUTATIONS DE LA MÉDIATION

Il est difficile de conclure aujourd'hui sur l'avenir lointain des pratiques de médiation familiale. Comment sont-elles appelées à évoluer? Le

nombre de médiations pratiquées est-il amené à augmenter graduellement ou se maintiendra-t-il au niveau souvent faible où il se situe actuellement dans la majorité des pays ou États dans lesquels la médiation n'est pas obligatoire? Quel est l'avenir des pratiques nouvelles, comme la co-médiation? Dans quel état d'équilibre les rapports entre médiation familiale et divorce judiciaire traditionnel seront-ils établis au cours des années qui viennent? A défaut de pouvoir répondre à toutes ces interrogations, on peut aborder certains des enjeux contemporains entourant les acteurs de la médiation, on pense ici à la participation des grands-parents dans la médiation, à celle des conjoints des parents séparés (*stepparents*) et même à celle des enfants du couple.

Une place pour les grands-parents?

La participation des grands-parents dans la médiation ou leur recours à la médiation ne fait encore aujourd'hui l'objet que de très peu de travaux, encore qu'elle ait été envisagée dès le début des années 1980 par Saposnek (1983: 245). À l'époque, l'intervention des grands-parents est envisagée surtout à titre conseil, dans certains cas particuliers, notamment lorsque le soutien affectif des grands-parents pour leurs petits-enfants est significatif et que leur intervention n'est pas jugée vexatoire par l'un ou l'autre des parents. Elle trouve aujourd'hui une nouvelle justification dans les nombreuses lois qui prévoient le droit des grands-parents d'entretenir des rapports réguliers avec leurs petits-enfants. Ces droits de visite et de sortie peuvent évidemment faire l'objet de discussions particulières entre les parents au moment de la médiation (Saposnek, 1998: 284-285). Ratner (2001) inventorie cependant aussi un certain nombre de législations américaines susceptibles de donner aux grands-parents accès à la médiation familiale en vue de voir reconnu (ou modulé) leur droit d'entretenir des rapports privilégiés avec leurs petits-enfants. Kruk (1994) distingue cependant les cas où une médiation est spécifiquement proposée en vue de voir définis les droits de visite et de sortie des grands-parents (*mediation of grand parent visitation dispute*) et le cas, plus rare, impliquant une importante participation des grands-parents dans l'ensemble de la médiation entreprise par les parents (*multigenerational model of divorce mediation*), hypothèse qui nécessite une approche plus inclusive et élargie de la médiation familiale que celle qui est généralement envisagée par les praticiens. On sait qu'il s'agit encore de situations exceptionnelles, mais cette éventualité ouvre la porte à une réflexion étendue sur le recours à la médiation en tant que nouvelle pratique sociale dans le contexte d'une grande diversité des rapports sociaux (Kruk, 1998).

La participation des « beaux-parents » ?

Sur un mode plus accessoire, certains auteurs envisagent même la participation des nouveaux conjoints (*stepparents*) dans la médiation familiale (Saposnek, 1983: 243-244; 1998: 283-284). Il s'agit cependant d'une hypothèse peu explorée, qui ne peut avoir de sens que dans la perspective d'un recours périodique à la médiation à diverses étapes de la vie familiale, dans la foulée d'un continuum qui s'étend bien au-delà du moment immédiat de la rupture. Aussi n'est-ce encore qu'une hypothèse d'école, comme semble le suggérer Saposnek (*idem*). Cela étant, il serait imprudent d'affirmer que la multiplication des adultes signifiants engagés dans la vie des enfants ne conduira pas à un éventuel élargissement des espaces ou des acteurs de la médiation familiale.

La participation des enfants ?

On envisage plus fréquemment la participation des enfants dans la médiation familiale. Si cette possibilité est tout à fait exclue par certains auteurs (Taylor, 2002), d'autres inventorient de façon assez systématique les modalités possibles d'une telle participation (Kelly, 2002; Saposnek, 1991). Celle-ci peut d'ailleurs connaître de multiples formes, généralement plus consultatives que directes, fondées sur des rencontres *ad hoc* plutôt que sur une participation réelle à la négociation. Elle suppose des échanges répartis en fonction de moments assez variables au cours du processus (au début de la médiation, en cours ou à la toute fin, selon le cas), comprenant ou non la présence des parents lors de rencontres proposées par le médiateur avec chacun des enfants ou avec la fratrie, ces rencontres exigeant dans tous les cas la complicité des parents, etc. (Kelly, 2002: 153-163). McIntosh (2000), dans une étude évaluative menée en Australie, décrit certaines des conditions qui peuvent justifier la participation, même indirecte, des enfants à la médiation — l'accord des parents et des enfants ou la participation de tous les enfants par exemple — et démontre la satisfaction *des* parents vis-à-vis d'une telle consultation des enfants. Si les auteurs s'entendent généralement pour envisager la participation des enfants dans des formes plutôt indirectes, on s'entend également pour reconnaître que la participation des enfants dans la médiation est encore une question en débat et qu'aucun consensus n'existe sur les modalités et les conditions de leur participation (Mantle, 2001). C'est également ce qu'on peut conclure de l'expérience québécoise sur cette question qui a déjà fait l'objet de recherches exploratoires souvent citées (Achin, Cyr et Fillion, 1997 ; Joyal, Quéniart et Châtillon, 2002). Celles-ci révèlent toutefois que la participation des enfants dans le cours de la médiation n'est enregistrée que dans 10 % des dossiers, ce qui tend à révéler

le caractère précurseur de tout débat sur la question. Il est cependant inévitable que les préoccupations contemporaines entourant la place des enfants dans la société force à moyen terme la conduite d'études plus systématiques des conditions de leur participation à la redéfinition des rapports familiaux à laquelle ils sont inévitablement associés.

CONCLUSION

La médiation familiale a connu au cours des trente dernières années d'importantes mutations. Apparue dans la foulée d'une remise en question des pratiques traditionnelles de justice, elle a pu graduellement compter sur un corps de textes fondateurs et sur la stabilisation de ses modèles de référence. Ces cadres théoriques et empiriques ont pu assurer sa légitimité et sa spécificité. Si des débats persistent sur les objectifs plus ou moins ambitieux de la médiation familiale, le maintien d'un échange continu sur les conditions de la pratique a permis le développement de réponses souvent innovatrices aux critiques de ses détracteurs. On dispose, du moins aujourd'hui, de travaux empiriques fiables sur ses effets attendus. De nombreuses questions persistent sur les conditions éthiques de la pratique, notamment sur la fonction du médiateur et sur les enjeux entourant les conditions concrètes de sa neutralité de son impartialité en tant que tiers. Apparue en marge de la pratique juridique traditionnelle, la médiation familiale a paradoxalement connu un essor dans les pays où la législation est venue reconnaître son bien-fondé et sa complémentarité avec l'activité judiciaire traditionnelle. Cette consécration institutionnelle comporte elle aussi des conséquences sur les conditions de son déploiement et sur son évolution en tant que pratique distincte. Elle génère de nouvelles interrogations sur l'avenir et les objectifs de la médiation familiale.