

Cour d'appel de Paris

OSER LA MEDIATION FAMILIALE

Vendredi 31 mars 2017

L'état du droit positif de la médiation familiale

par Natalie FRICERO, professeur à l'Université Côte d'Azur, directeur de l'institut d'Etudes Judiciaires, directeur du Master 2 gestion des contentieux privés, Présidente de la Commission nationale d'examen d'avocats

1. La médiation familiale est originale à plus d'un titre ! **Sa définition et sa finalité** la distinguent de la médiation ordinaire. Avant d'être un processus structuré permettant aux parties de trouver un accord avec l'aide d'un tiers impartial, diligent et compétent (article 21 loi n° 95-125 du 8 février 1995), la médiation familiale se définit ainsi : « **la médiation familiale est un processus de construction ou de reconstruction du lien familial axé sur l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation dans lequel un tiers impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décision – le médiateur familial – favorise, à travers l'organisation d'entretiens confidentiels, leur communication, la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu dans sa diversité et dans son évolution** » (définition adoptée par le Conseil national consultatif de la médiation familiale en 2002¹).

Le rapport de Marc Juston et de Stéphanie Gargouillot rendu en 2014, sur la médiation et les contrats de coparentalité, comporte une proposition n° 4 dans laquelle la définition proposée est la suivante: "**la médiation familiale, qui a pour finalité d'apaiser le conflit et de préserver les relations au sein de la famille, est un processus structuré et confidentiel de résolution amiable des différends familiaux qui s'appuie sur une démarche volontaire. Avec l'aide du médiateur familial, tiers qualifié, impartial et indépendant, les personnes tentent de parvenir à une solution mutuellement acceptable, tenant compte de l'intérêt de chacun et qui peut prendre la forme d'accords susceptibles d'être homologués par le juge.**" Les auteurs proposent que cette définition soit intégrée dans le code civil et qu'une clause de recours à la médiation familiale, préalable à toute instance contentieuse, sous peine d'irrecevabilité de celle-ci, soit ajoutée à tout contrat de mariage ou pacte civil de solidarité.

2. **Son régime juridique est également original !** L'histoire de la médiation familiale est récente². En 2001, Madame Ségolène ROYAL, alors Ministre de la Famille, institue le

¹ voir le site de la FENAMEF, fédération nationale de la médiation et des espaces familiaux ; Guide des modes amiables de résolution des différends, dir. N. Fricero, Dalloz, 2016-2017

² Intervention de Marie-Odile Redouin, lors de la Journée départementale de la Médiation Familiale organisée par la CAF du Val de Marne le 2 avril 2015 « Couple un jour... parents toujours ». Marie-Odile Redouin est

Conseil National Consultatif de la Médiation Familiale (arrêté du 8 octobre 2001), dont la présidence est confiée à Madame Monique SASSIER, Directrice Générale de l'UNAF (Union Nationale des Associations Familiales), avec pour tâche de mettre en place un métier pour l'avenir . En décembre 2003, le diplôme d'Etat de médiateur familial est créé ; il s'agit d'un diplôme de niveau 2 délivré par le Ministère des Affaires Sociales. Il est organisé par un arrêté du 12 février 2004, précisé par une circulaire du 30 juillet 2004, puis par un arrêté du 19 mars 2012. Ces textes précisent les modalités de la formation, l'organisation des épreuves et la validation des acquis de l'expérience (VAE). La circulaire de 2004 prévoit également les procédures d'agrément et le contrôle des établissements de formation.

3. La reconnaissance juridique résulte de deux loi qui introduisent la médiation familiale : la loi sur l'autorité parentale du 4 mars 2002, qui tend à généraliser le caractère conjoint de l'exercice de l'autorité parentale, quelle que soit la nature du lien de filiation, et à responsabiliser les pères et mères dans leurs prérogatives et obligations parentales, ainsi qu'à instituer une coparentalité, même si le couple est séparé ; la loi sur la réforme du divorce du 26 mai 2004 qui vise à humaniser les procédures de divorce pour mieux accompagner les parents dans l'organisation responsable des conséquences de leur séparation à l'égard de leurs enfants.

4. Les textes actuellement applicables sont nombreux, parce que la médiation familiale peut être judiciaire ou conventionnelle et qu'elle est soumise, à la fois, à des dispositions générales à toute médiation et à des règles propres au contentieux familial !

I. Le particularisme de la médiation familiale

5. La médiation familiale est soumise au droit commun de la médiation (A), mais certains aspects obéissent à des règles particulières (B)

A. Les dispositions communes à la médiation de droit commun

6. La médiation judiciaire est prévue aux **articles 131-1 à 131-15 Code de procédure civile**, issus du décret n° 96-652 du 22 Juillet 1996 et loi n° 95-125 du 8 Février 1995 (mod. par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 nov. 2011). L'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale a été **ratifiée** par l'article 5 – I de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, ce qui consolide définitivement le dispositif législatif.

La médiation conventionnelle figure aux articles 1528 et suivants du Code de procédure civile (livre 5, relatif à “la résolution amiable des différends”, issu du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012)

7. L’obligation de recourir à la médiation (ou autre MARD) avant d’assigner ou de déposer une requête résulte du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, entré en vigueur au 1^{er} avril 2015, qui a modifié le dernier alinéa des articles **56 et 58 du code de procédure civile**. Le demandeur doit, dans l’assignation et la requête ou la déclaration qui saisit la juridiction de première instance : « *préciser les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige, sauf justification d’un motif légitime tenant à l’urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu’elle intéresse l’ordre public* ». L’art 127 du Code de procédure civile précise la sanction : « *S’il n’est pas justifié, lors de l’introduction de l’instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation* ». Lorsque le contentieux familial est introduit par une assignation, ces dispositions sont applicables.

B. Les dispositions propres à la médiation familiale

a) Un office du juge renforcé dans l’initiative de la médiation familiale

1° Le pouvoir d’injonction de rencontrer un médiateur familial pour une séance d’information³

8. En matière d’autorité parentale et en cas de désaccord, le juge s’efforce de concilier les parties. A l’effet de faciliter la recherche par les parents d’un exercice consensuel de l’autorité parentale, **le juge peut leur proposer une mesure de médiation** et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder.

9. Il peut leur **enjoindre, sauf si des violences ont été commises par l’un des parents sur l’autre parent ou sur l’enfant, de rencontrer un médiateur familial** qui les informera sur l’objet et le déroulement de cette mesure. L’injonction par courrier à un entretien d’information de médiation également dénommée sous le vocable de double convocation⁴. En application de l’article 373-2-10 du code civil, le juge aux affaires familiales peut, dès le dépôt de la requête, enjoindre aux parties de se rendre à un entretien d’information sur la médiation. A la suite de cet entretien, les parties pourront choisir de s’engager ou non dans un processus de médiation. Les parties seront convoquées dans le même courrier à un entretien avec le médiateur et à

³ art. 373-2-10, al. 3, Code civil, art.6 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle ajoutant au dernier alinéa de l’art 373-2-10 du code civil, après le mot « enjoindre » : « *sauf si des violences ont été commises par l’un des parents sur l’autre parent ou sur l’enfant* »

⁴ décret n°2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l’activité judiciaire en matière familiale

l'audience devant le juge aux affaires familiales Cette convocation fait l'objet d'un envoi par LRAR et par lettre simple pour le défendeur et pour le demandeur par lettre simple.

10. Ce même pouvoir d'injonction est prévu à l'article 255, 2° du Code civil en matière de divorce. Le JAF peut en effet enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation.

11. Le régime de la décision du juge enjoignant de rencontrer un médiateur familial est original. En effet, la décision enjoignant aux parties de rencontrer un médiateur familial en application des articles 255 et 373-2-10 du code civil n'est pas susceptible de recours (art. 1071 CPC).

2° Le pouvoir de proposer une mesure de médiation

12. Lorsqu'il existe un contentieux entre les parents séparés en matière d'exercice de l'autorité parentale, le juge s'efforce de concilier les parties. A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, **le juge peut leur proposer une mesure de médiation** et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder (art. 373-2-10, al. 3, Code civil).

13. Dans le cadre d'une procédure de divorce judiciaire hors consentement mutuel, le juge peut notamment au titre des mesures provisoires **proposer aux époux une mesure de médiation** et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder (art. 255 Code civil).

14. Dans les procédures en matière familiale, le juge aux affaires familiales a pour mission de tenter de concilier les parties. **Saisi d'un litige, il peut proposer une mesure de médiation** et, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner un médiateur familial pour y procéder (art. 1071, al. 3, Code de procédure civile).

3° Le pouvoir de déclarer d'office irrecevable une demande qui n'a pas été précédée d'une tentative préalable de médiation familiale

15. La tentative expérimentale de médiation préalable obligatoire (TMPO) a été introduite par l'article 15 de la loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allégement de certaines procédures juridictionnelles. L'arrêté du 16 mai 2013 a prévu que l'expérimentation sera effectuée par les tribunaux de grande instance de Bordeaux et d'Arras. Des exceptions sont prévues : si –les parents sollicitent conjointement l'homologation d'une convention (article 373-2-7 du code civil) –l'absence de recours à la médiation est justifié par un intérêt légitime –la tentative de médiation risque, compte tenu des délais dans lesquels elle est susceptible d'intervenir, de porter atteinte au droit des intéressés d'avoir accès au juge dans un délai raisonnable. La tentative de médiation familiale consiste en un entretien d'information gratuit à la suite duquel les parties pourront choisir de s'engager ou non dans un processus de médiation.

16. La TMPO a été reprise par l'art 7 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la Justice du XXIème siècle qui dispose : « *A titre expérimental et jusqu'au 31 décembre de la troisième année suivant celle de la promulgation de la présente loi, dans les tribunaux de grande instance désigné par un arrêté du garde des sceaux, ministre de la Justice, les dispositions suivantes sont applicables, par dérogation à l'article 373-2-13 du code civil* ».

Les décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ainsi que les stipulations contenues dans la convention homologuée peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande du ou des parents ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non. **A peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office**, la saisine du juge par le ou les parents doit être précédée d'une tentative de médiation familiale, sauf :

1° Si la demande émane conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du code civil,

2° Si l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime,

3° Si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant. »

L'arrêté du 16 mars 2017 désigne les 11 TGI qui doivent mettre en place la TMPO.

b) Un office particulier dans l'homologation de l'accord en matière familiale

17. Dans le cadre d'une médiation judiciaire ordinaire (art. 131-12 CPC), ou d'une médiation conventionnelle (art. 1565 CPC), le juge qui homologue l'accord des parties ne contrôle que la régularité formelle de l'acte et sa conformité à l'ordre public pour octroyer ou non la force exécutoire. Mais la matière familiale impose un office plus important, parce qu'elle met en cause des droits fondamentaux, notamment la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est pourquoi des dispositions spéciales sont prévues.

18. 1^{er} exemple : l'homologation des accords parentaux

-Article 373-2-7 du Code civil : Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Le juge **homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement.**

-Article 1143 du Code de procédure civile (Décret n° 2016-196 du 28 décembre 2016) : Lorsque les parents sollicitent l'homologation de leur convention en application de l'art 373-2-7 du code civil, le juge est saisi par requête conjointe. **Il ne peut modifier les termes de la convention qui lui est soumise.** Il statue sur la requête sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties. S'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer

au Juge qui a rendu la décision. La décision qui refuse d'homologuer la convention peut faire l'objet d'un appel. Cet appel est formé par déclaration au greffe de la Cour d'Appel. Il est jugé selon la procédure gracieuse .

19. 2^e exemple : la prise en compte par le juge de l'accord des parents, qui peut résulter d'une médiation familiale, en **matière d'autorité parentale**. Ainsi, d'une manière générale lorsque le juge se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, il **prend notamment en considération les accords que les parents avaient pu antérieurement conclure** (art. 373-2-11 du Code civil).

20. 3^e exemple, la prise en compte par le juge de l'accord des époux dans le cadre d'un divorce judiciaire. Plusieurs articles du Code civil permettent au juge de prendre en considération un accord des époux dans le cadre du divorce judiciaire, qui peut être le résultat d'une médiation familiale.

- **Divorce par consentement mutuel judiciaire** : l'accord pourra être intégré à la requête unique en divorce, et soumis à l'homologation du juge si les époux choisissent un divorce par consentement mutuel judiciaire lorsque leur enfant mineur demande à être entendu (C. civ., art. 250-1 et 232, 230 : les époux soumettent à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences de leur divorce; C. civ., art. 232, le juge homologue la convention et prononce le divorce). La convention règle aussi le montant et les modalités éventuelles de la prestation compensatoire (C. civ., art. 278) et le juge peut refuser de l'homologuer si elle fixe inéquitablement les droits et obligations des époux. La convention de divorce par consentement mutuel peut être modifiée par une nouvelle convention entre les époux, qui sera également soumise à homologation (C. civ., art. 279).

-**Mesures provisoires**. En cas de refus d'homologation de la convention de divorce, le juge peut néanmoins homologuer les mesures provisoires au sens des articles 254 et 255 du Code civil que les parties s'accordent à prendre jusqu'à la date à laquelle le jugement de divorce passe en force de chose jugée.

- **Autres cas de divorce judiciaire** : l'accord des époux qui règle tout ou partie des conséquences du divorce peut être soumis à l'homologation du juge. Celui-ci « *incite les époux à régler les conséquences du divorce à l'amiable* » (C. civ., art. 252-3). Lorsque le juge prend des mesures provisoires pour le cours de la procédure, nécessaires pour assurer l'existence des époux et celle des enfants jusqu'à la date à laquelle le jugement de divorce passe en force de chose jugée, il prend « *en considération des accords éventuels des époux* » (C. civ., art. 254). Au titre de ces mesures provisoires, lorsque le juge attribue à l'un des époux ou partage la jouissance du logement et du mobilier du ménage, il « *précise son caractère gratuit ou non et, le cas échéant, en constatant l'accord des époux sur le montant d'une indemnité d'occupation* » (C. civ., art. 255-4^o). S'agissant de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux, les époux peuvent, pendant l'instance, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial (C. civ., art. 265-2). Ce n'est qu'à « *défaut d'un règlement conventionnel par les époux* » que le juge, en prononçant le divorce, ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux (C. civ., art. 267). Au titre

des conséquences du divorce, l'article 264 du Code civil prévoit que l'un des époux peut conserver l'usage du nom de l'autre, « *soit avec l'accord de celui-ci* », soit sur autorisation. L'accord peut être octroyé à l'issue d'une médiation.

-Plus généralement, **les époux peuvent soumettre à l'homologation du juge les conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce (C. civ., art. 268)** : le juge, après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés, homologue les conventions en prononçant le divorce. Ces « pactes de famille » peuvent être, notamment, élaborés après une médiation (même s'il existe d'autres modes amiables permettant d'y parvenir, comme le droit collaboratif, la procédure participative assistée par avocat...).

II. Le particularisme du médiateur familial

A. Une réglementation du diplôme de médiateur familial et la liste des médiateurs

21. **Le diplôme de médiateur familial** est règlementé par les articles R. 451-66 et suivants du Code de l'action sociale et des familles (arrêté du 19 mars 2012) et il atteste des compétences nécessaires. La question du « monopole » est posée : doit-on considérer que la détention de ce diplôme est une condition de l'exercice d'une médiation familiale ? La réponse est négative : en l'absence de disposition expresse en ce sens, toute personne disposant des compétences en « médiation » doit pouvoir faire une médiation familiale...

22. S'agissant du financement, on observe que la médiation familiale bénéficie **d'une prise en charge spécifique**. Si le médiateur exerce au sein d'une association subventionnée par la caisse d'allocations familiales, il applique le barème légal fixé par cet organisme et qui varie en fonction des revenus des personnes, le coût de la séance et par personne varie entre 2 € et 132 €. Si le médiateur exerce à titre libéral, il fixe librement ses honoraires selon un tarif qui varie selon les médiateurs, leur niveau d'expérience et leur formation. Pour les médiations libérales, le décret n° 2016-1876 du 27 décembre 2016 a prévu l'aide juridique (art. 118-9 et s. décret n°91-1266 du 19 déc. 1991) pour la médiation judiciaire et la médiation conventionnelle.

23. **L'article 8 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle prévoit l'établissement d'une liste de médiateurs**. Après l'art 22 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, il est inséré un art 22-1 A, ainsi rédigé : « *Il est établi, pour l'information des juges, une liste des médiateurs dressée par chaque cour d'appel, dans des conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat pris dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle* ». Le décret d'application fixera les conditions de l'inscription. La liste mentionnera spécifiquement les médiateurs familiaux.

B. Une déontologie et une responsabilité spécifiques du médiateur familial

24. L'ancien Conseil national consultatif de la médiation familiale a édicté **certaines principes déontologiques** dans des travaux et recommandations en décembre 2004, qui adaptent les règles générales applicables aux médiateurs judiciaires (C. pr. civ., art. 131-5).

Les principales associations représentatives de la médiation familiale ont élaboré leur code de déontologie, qui s'impose comme référence à tous les médiateurs, qu'ils exercent à titre libéral dans le cadre d'un organisme public privé ou semi-public. Ces différents codes (comme celui de l'Association pour la médiation familiale élaboré en 1990, celui de la Fédération nationale de la médiation et des espaces familiaux adopté en 2004) reprennent les obligations de neutralité, d'impartialité, d'indépendance et y ajoutent la confidentialité.

Un Code national de déontologie du médiateur a été élaboré en 2008 par différentes associations de médiations, et l'Association pour la médiation familiale ainsi que la Fédération nationale de la médiation et des espaces familiaux y ont adhéré⁵. La méconnaissance d'une règle déontologique est sanctionnée sur un plan « disciplinaire » par une exclusion du médiateur intéressé de l'association (sous réserve d'une responsabilité civile à l'égard des personnes victimes de la faute conformément au droit commun de la médiation).

26. Obligation de neutralité et d'impartialité Le médiateur familial doit être impartial, objectivement et subjectivement, en ce sens qu'il doit s'interdire d'intervenir dans une médiation qui implique des personnes avec lesquelles il entretient des relations privilégiées à titre personnel ou à titre patrimonial; il doit également traiter les personnes de manière égalitaire sans opinion préconçue et sans privilégier l'une par rapport à l'autre.

27. Obligation d'indépendance. Le médiateur doit être autonome, c'est-à-dire qu'il doit conserver la possibilité de refuser la mise en œuvre de la médiation familiale, de suspendre ou d'interrompre la médiation si les conditions nécessaires ne lui semblent pas remplies, de demander aux magistrats de mettre fin à la mission qui lui est confiée, de veiller à l'équité de l'accord éventuel et à sa conformité à l'ordre public.

28. Obligation de compétence et de diligence. Le médiateur doit être compétent c'est-à-dire posséder la qualification spécifique et réglementaire, suivre une formation continue, participer de manière régulière à des séances collectives d'analyse de la pratique lui permettant de réfléchir sur les conditions d'exercice de son activité. Il doit être formé dans les différents domaines intéressant la famille, notamment psychologique et juridique. Le médiateur doit être formé aux techniques de médiation : la médiation familiale ne doit pas se limiter à la recherche d'un accord, *« elle consiste en un travail sur et par les personnes, un travail sur la reprise du dialogue et de la communication, un travail sur le conflit et le litige »*⁶.

⁵Code de déontologie unique pour la Médiation en France, v. site de la Fédération nationale des centres de médiation, fncmediation.fr

⁶Rapport « Juston-Gargoullaud », p. 8.

29. Confidentialité du processus. Le médiateur familial s'engage à conserver la confidentialité des constatations qu'il effectue et des déclarations qu'il recueille au cours de la médiation. Il ne peut les divulguer aux tiers ni les invoquer dans le cadre d'une instance judiciaire, sans l'accord des parties. À défaut, il engage sa responsabilité dans les conditions de droit commun. Les exceptions prévues à l'article 21-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 s'appliquent au médiateur judiciaire familial : il est délié de la confidentialité, notamment, pour des « *motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne* ».