

# L'écrit des accords en médiation familiale: de l'intention à l'action

*Après le dossier de février dernier consacré à la médiation familiale (AJ famille 2003, p. 48 et s.), nous avons souhaité prolonger le débat en publiant ici un article de Me Bonnoure-Aufiere, avocat, pratiquant de longue date la médiation. Sa réflexion porte essentiellement sur l'écrit découlant de la médiation, la forme qu'il doit selon elle avoir, et sa portée, et est prolongée par un exemple d'accord d'intention tel qu'elle en voit rédigé.*

par Pierrette BONNOURE-AUFIERE  
Avocat, Médiatrice familiale

Dans mes pratiques conjuguées d'avocat, de médiateur familial et de formateur, les interrogations sur la rédaction des accords de médiation familiale ne sont pas nouvelles. J'en ai déjà exposé une première approche dans l'ouvrage « Médiation Familiale Regards Croisés et Perspectives »<sup>1</sup>.

L'expérience constante de la comédiation depuis treize ans à l'IMF (créé à Toulouse en 1990, en concours avec des médiateurs familiaux d'origine psychosociale et Alain Girot, Président de la Chambre de la famille au tribunal de grande instance) m'a permis d'affiner ces analyses tant intellectuellement que concrètement; c'est donc le résultat de cette démarche que je vais maintenant tenter de développer.

L'usage, la pratique des médiateurs, la demande des personnes, tout concourt à la rédaction d'un « écrit » à l'issue du processus de médiation familiale.

« Afin que » les accords élaborés « grâce au travail de médiation familiale » puissent « se maintenir dans le temps, il convient à un moment donné de [les] formaliser, de [les] écrire »<sup>2</sup>.

Dans sa thèse, Marguerite Cevaer-Jourdain ajoute: « la rédaction de l'accord se réalise à la fin du processus sur la base des indications fournies par les parties ... »; et elle pondère aussitôt son propos: « A la réflexion la rédaction de l'accord de médiation familiale n'est pas une question mineure car elle prépare et détermine sa nature juridique ».

Cette préoccupation rémanente impose une première réponse:

L'écrit de médiation familiale signé par les parties est un sous seing privé, c'est-à-dire: « Tout acte écrit, établi par les parties, sous leur seule signature, destiné à produire des effets de droit et qui sera opposable à ses signataires »<sup>3</sup>.

De cette constatation découle d'autres interrogations:

- qui a qualité pour le rédiger ?
- quelle est la responsabilité du rédacteur ?
- quelle est la dénomination de ce sous seing privé ?
- quels en sont les effets juridiques ?
- quel intérêt y a-t-il à perdurer dans cette pratique ?

- quels autres moyens a-t-on de relater et/ou valider les accords ?

D'où la question de fond: la garantie du respect des accords dépend-elle de l'écrit rédigé en médiation familiale ?

## La pratique et la loi du 31 décembre 1990 ou le médiateur familial rédacteur d'actes juridiques

Examinons d'abord les accords des intéressés dans leur mise en forme habituelle depuis l'instauration de la médiation familiale en France.

Ce document, qui utilise le « nous » (nous décidons...) ou les prénoms et noms (Henri et Michèle... monsieur et madame... décident...), est selon les pratiques:

- rédigé par le médiateur familial au vu de leurs décisions;
- rédigé par les personnes elles-mêmes avec son concours;
- signé par le médiateur (sic) et les intéressés;
- signé uniquement par eux, au moment de la médiation ou après.

Quelles que soient les hypothèses, nous sommes toujours en présence d'un sous seing privé: par son essence même c'est un acte juridique (en interprétation de l'article 1322 c. civ.).

En présence de cette analyse certains médiateurs familiaux, selon leurs sensibilités, leurs perceptions, leurs formations, vont vouloir occuper ou distancier leur place tant dans l'écriture des accords que dans leurs incidences.

Leurs réponses spontanées sont de l'ordre suivant:

- il ne s'agit que des engagements des parties;
- le médiateur familial ne fait que les relater;
- ou mieux, ils sont écrits directement par les participants.

Ces positions de retrait leurs paraissent, dans un premier temps, être simples et radicales et empêchent souvent tout autre questionnement.

Mais pourtant le médiateur familial qui établit le document inscrivant les accords de médiation familiale, pendant ou à la fin du processus, est concerné par la totalité des observations que je développe.

Quant à celui qui laisse l'initiative totale de cette rédaction aux personnes, serait-il de ce seul fait exonéré des éventuelles conséquences attachées à l'écrit ? Pas à mon sentiment et pour des causes liées à la fonction même du médiateur familial, à savoir les notions:

- d'obligation de moyen;
- de devoir de loyauté et d'information.

(1) P. Bonnoure-Aufiere, ouvrage collectif, Erès 1997.

(2) M. Cevaer-Jourdain, La Médiation Familiale, thèse doctorat en droit, 28 janv. 2000.

(3) N. Charras, L'exercice de l'activité de rédaction d'actes juridiques, thèse doctorat en droit, 14 juin 2002.

Le médiateur familial est garant du cadre de la médiation familiale, du processus dont il détermine le déroulement, assorti d'une impartialité qui n'exclut pas l'interventionnisme.

Tout au long des échanges et des négociations, il doit permettre par ses questions, ses observations, un cheminement personnel et mutuel des individus. Il ne peut laisser s'élaborer entre eux n'importe quelles options si elles ne lui semblent pas refléter cet intérêt commun des personnes considérées et sans qu'il les ait amenées à y réfléchir, à en déterminer ensemble tous les aspects.

S'il lui apparaît des mainmises, des influences, des non-dits, des conflits sous-jacents, s'il constate un manquement à l'équilibre des pouvoirs, ou qu'un accord serait perverti par une pression ou une volonté affaiblie, il agira au mieux pour y remédier; s'il ne peut aboutir par son approche il doit aller jusqu'à interrompre le processus de la médiation familiale dont les participants ne respectent pas les règles.

Dans cette même optique il doit (pour sa part) apporter tous les moyens d'informations abordant les options envisagées, en utilisant l'éclairage de sa compétence.

C'est la définition du devoir de loyauté retenue par Noël Charras<sup>4</sup>: «le devoir de loyauté consiste (...) à collaborer du mieux possible et à choisir les meilleures informations à fournir aux usagers. (...) la qualité et la pertinence du contenu de ces informations consiste en une obligation de moyens.»

Et ce indépendamment du fait que les parties ont aussi l'obligation de se renseigner elles-mêmes.

Cette « obligation de loyauté et d'information » s'impose et s'étend sur toute la durée du processus: le médiateur familial ne peut se retirer physiquement au moment de la rédaction des accords, se considérer libéré à cet instant du rôle actif de l'écriture en la laissant totalement à l'autonomie des personnes, en demeurant taisant pendant cette activité de mise en forme du document.

Peut-on penser que le fait qu'il ne rédigerait pas lui-même empêcherait qu'il participe à cette élaboration scripturale alors qu'il est présent lors de cette action? Peut-on l'imaginer silencieux, immobile, sans réaction pendant que les parties écrivent « spontanément » de leurs mains leurs décisions?

Cette position apparaît utopique: en réalité le médiateur familial devra concourir à la vérification des options, à apaiser les conflits qui pourraient être ravivés alors, à soutenir les participants dans cette tâche quant aux choix rédactionnels; il le devra toujours au vu de cette obligation de moyen qu'il se reconnaît depuis l'origine de sa prestation.

Ainsi, que ce soit en tant que rédacteur vérifiant l'adéquation de la volonté des individus à son écrit, ou scrutateur participant de l'engagement des mêmes dans leur écriture propre, le médiateur familial est intrinsèquement lié à l'établissement d'un acte sous seing privé, acte juridique par excellence.

Que le médiateur rédige intégralement ou non le document, sa présence et sa participation le cataloguent dans le statut de rédacteur d'acte juridique sous seing privé. Or cette activité est réglementée par la loi du 31 décembre 1990 (titre II) modifiée par la loi du 7 avril 1997 (art. 54 et s.).

Le médiateur familial entre-t-il dans les catégories prévues permettant la rédaction de tels actes? *A priori* non, sauf à rapprocher la médiation indépendante et la médiation judiciaire.

Dans le premier cas le médiateur familial agirait-il en infraction avec la loi susvisée? On peut le craindre.

Mais si le même médiateur familial est judiciairement désigné en application de la loi sur la médiation du 8 février 1995, se trouverait-il traité différemment? On peut le penser bien

que dans le décret du 22 juillet 1996 rien ne prévoit qu'il soit chargé de rédiger l'accord des parties (contrairement au conciliateur).

Cependant la désignation par un magistrat reconnaît d'autant plus au médiateur l'obligation de mener au mieux le processus de médiation familiale et dans ce contexte la conclusion rédactionnelle peut en faire partie.

Ainsi l'acte sous seing privé rédigé en médiation familiale judiciaire est un *instrumentum* de la fonction du médiateur familial l'intégrant ainsi dans les cas d'ouverture des articles 59 et 60 de la loi du 31 décembre 1990.

Cette analyse est corroborée par Noël Charras: «les professionnels de l'article 60 ne peuvent rédiger que les actes juridiques sans lesquels ils ne pourraient pas exercer leur profession. Par exemple l'acte de médiation est un acte nécessaire pour que l'activité de médiation familiale soit menée à son terme»<sup>5</sup>.

Et si l'on reconnaît cette place au médiateur familial seulement par le biais de la désignation judiciaire, comment ne pas lui conférer ce même statut (rédacteur d'acte juridique) comme intrinsèquement dépendant de la fonction du médiateur, son rôle et sa pratique n'étant pas différents dans les deux contextes (médiation indépendante ou judiciaire).

### **L'assurance responsabilité civile professionnelle du médiateur familial**

Ceci entraîne la question de la responsabilité du médiateur rédacteur d'acte sous seing privé. N'oublions pas que le but de la loi précitée est la protection du «client» combinant compétence et assurance responsabilité civile professionnelle du praticien.

Le médiateur familial se doit de pouvoir bénéficier d'une telle assurance au même titre que d'autres professionnels.

Souvent à ce jour il est déjà potentiellement protégé:

- par une assurance responsabilité civile traditionnelle;
- par l'assurance responsabilité civile de son autre activité;
- par l'assurance responsabilité civile de son employeur ou de son association.

Sont-elles suffisantes et appropriées? Probablement pas: les compagnies d'assurances devront proposer des contrats adaptés à cette nouvelle tâche sinon à ce nouveau métier.

### **Les approches de qualification juridique de l'accord des intéressés en médiation familiale**

Malgré son attrait immédiat ce sous seing privé risque d'être générateur de problématiques, de controverses, sinon de difficultés et de contentieux sous-jacents.

Ce document présente une rédaction variée, synthétique ou détaillée, aux aspects diversifiés selon les sujets abordés, combine les aspects émotionnels et concrets dans l'alternance même du travail de médiation familiale.

Le contenu de l'accord de médiation, selon les différentes écoles, va rassembler des éléments personnels voire intimes, l'histoire des individus, leurs ressentis, leurs valeurs, leurs évolutions; il va, en même temps, disposer des aménagements de leurs options mutuelles, parentales, individuelles, financières et patrimoniales.

Remis seulement aux intéressés, il aborde une partie «privée» et une partie «publique»<sup>6</sup> et sera utilisé par eux dans les différents champs d'application:

(5) N. Charras, thèse préc.

(6) F. Slaunich, L'écrit final en médiation familiale, mémoire formation IMF, janv. 2000.

(4) N. Charras, thèse préc.

- familial (ex: les relations entre les personnes);
- judiciaire (ex: jugement de divorce, décision concernant l'autorité parentale);
- juridique (ex: actes notariés, aspects patrimoniaux extra-judiciaires);
- administratif (ex: fiscalité, écoles, CAF, CRAM, assurances).

Cette « utilisation » entraîne les analyses et interprétations juridiques de cet écrit selon les aspects abordés et les terminologies employées.

Démonté tranche par tranche, ce sous seing privé pourrait être qualifié de :

- contrat faisant loi des parties (c. civ., art. 1134);
- transaction réglant un litige (c. civ., art. 2044);
- pacte de famille librement conclu (c. civ., art. 376-1);
- liquidation de régime matrimonial, de PACS, ou partage de biens indivis...

Ces accords (sous la réserve du respect de l'ordre public) ont des effets juridiques immédiats dès leurs signatures, et il ne faut pas confondre « effets juridiques » avec « force exécutoire », notion découlant de l'article 502 du nouveau code de procédure civile.

Cela renvoie toujours à la réflexion sur la fonction du médiateur et de l'écrit dès lors que ce document se diffuse vers l'extérieur, ce qui est incontrôlable, inévitable, et n'a d'ailleurs ni à être contrôlé ni à être évité.

Au vu de leurs utilisations par les membres du couple ou par les tiers, ils sont cependant porteurs de toutes les incompréhensions, interprétations, erreurs, vices de fond et de forme, inexactitudes textuelles et contextuelles, requalifications, conséquences imprévues. Et ce selon, ne le nions pas, la compétence intrinsèque du médiateur familial rédacteur d'acte juridique sous seing privé, tel que je l'ai exposée.

Indépendamment de surcroît de l'origine professionnelle de ce praticien (psycho-social ou juriste), la question de fond est bien celle-ci : est-ce le rôle du médiateur familial de remplir cette obligation de rédaction d'un sous seing privé, contrat faisant la loi des parties en tous ses termes ?

La pratique et le temps montrent que l'utilisation de l'écrit peut être aussi bien positive que négative. La question (en droit et en fait) est de savoir s'il doit exister, à l'issue de la médiation familiale, un « texte supplémentaire » à ceux déjà connus et répertoriés, dans une conception d'engagements formels et formalisés de volontés des individus ?

### ☞ Du respect de l'autre au respect de l'accord : le respect de soi-même

Dans le critère du travail des médiateurs familiaux, des mots reviennent en parallèle de ceux du travail des juristes : « confidentialité », « communication », « décision mutuelle », « négociation », « accord confiance ».

En sus de ceux-là, le mot « respect » apparaît tant pendant le processus de médiation familiale qu'à son issue mais probablement pas dans le même sens pour les intéressés.

Le souci du médiateur familial est de leur permettre de maintenir le respect de l'autre :

- respect pendant les entretiens de médiation dans les gestes, les paroles, écoute;
- respect de la place de l'autre (parents, époux, compagne, ...);
- respect de la présence des autres (nouveaux partenaires, grands-parents, fratries...);
- respect de l'enfant qui ouvre à la mutualisation des décisions autour de lui;

- respect de soi-même qui se modifie dans la représentation initiale d'un individu parfois blessé (évoluant au fil du temps de la construction de la séparation et de la reconstruction de son identité comme personne seule).

Cette utilisation de la notion de respect est un des atouts majeurs de l'élaboration des accords conclus lors des négociations, seule partie émergente du résultat de la médiation familiale, si on les assimile au résultat écrit.

L'autre sens du mot respect apparaît à ce stade vis-à-vis de ces accords eux-mêmes, conséquence des premiers respects interactifs.

On passe du respect des valeurs à la valeur du respect.

Il s'agit alors du respect « actif » uniquement par les parties elles-mêmes :

- comment être sûr, comment être rassuré, de ce que l'autre va accomplir réellement de ces accords, en faire « loi » de chacun et de tous ?

Il peut s'agir aussi du respect des accords par les tiers :

- comment être assuré que les administrations, les écoles, les avocats, les notaires, les magistrats, ne s'en emparent, les modifient, les adaptent, au lieu de les reconnaître et de les intégrer ?

Ce respect des accords induit les intéressés dans la demande prégnante d'un document formalisé en médiation familiale préparé sinon rédigé par le médiateur familial, signé par les membres du couple, et donc un « contrat liant les parties ».

Or, continuer à croire que l'accord établi pendant la médiation doit revêtir cette forme d'engagement absolu et définitif sous la forme d'un sous seing privé (au motif que la volonté des intéressés le rend logique dans cette forme d'écrit) est peut-être une piste semée d'embûches, aux effets contraires à l'esprit d'autonomisation de la médiation familiale.

### ☞ Dire, écrire, faire

Pourquoi ne pas simplement faire mention des options potentielles envisagées, laissant les suites spécifiques (juridiques ou non) s'instaurer dans « l'après médiation » ?

L'hypothèse proposée est alors que l'écrit de la médiation familiale demeure au stade de l'**engagement intentionnel** : on se référerait à la conception juridique de l'intention de faire.

On disposerait l'écrit en forme d'une trame repère du contenu et non d'une trace refuge de l'obligation.

On parlerait alors « d'accords d'intentions » (et on intitulerait ainsi le document).

Cette formulation donnerait au médiateur familial, à la médiation familiale, et aux intéressés, toute la souplesse des mots aux actes, des actes au droit.

Le médiateur familial établirait avec les participants un document projectif, non contractuellement clôturé mais suffisamment représentatif des aménagements obtenus, à travers leurs affirmations internes et intentionnelles, jusqu'à leurs confirmations externes, validantes et validées.

Pour cela le temps du conditionnel serait utilisé pour rédiger, leurs accords présents (ce qu'ils font ou vont faire) s'inscrivant dans un futur qui validera les options envisageables et envisagées.

Les parties devraient postérieurement les concrétiser dans tous les champs respectivement nécessaires (familial, judiciaire, juridique, administratif, etc.), seules ou avec le concours du praticien usuel, à leur choix et responsabilisation ultimes.

Il n'appartiendrait qu'à eux de prolonger leurs échanges et leurs décisions en les transférant dans les réalités adéquates.

Le respect de ces accords ne dépendrait plus de l'illusion du « papier de la médiation » mais bien de la matérialisation appropriée des « intentions affirmées de faire ».

Les intéressés leur donneraient vie au quotidien, et/ou place dans le juridique.

Resteraient ouvertes les options de l'homologation judiciaire, ou de la rédaction d'actes spécifiques, ainsi qu'en parallèle les actions personnelles, voire intimes et non utilement intégrables dans une terminologie juridique.

Chaque «portion» de l'accord d'intentions renverrait à la responsabilité professionnelle de ceux qui vont «transformer l'essai»: chacun y occuperait sa place, le médiateur qui a concouru à la communication, les intéressés qui en font leur œuvre, les avocats, notaires, magistrats, etc. qui en seraient les conseils et le relais, et donc des participants encore plus opérationnels.

«L'offre» nouvelle et interrelationnelle centrée sur la séparation et ses conséquences, résultant des accords des intéressés, serait «levée» par les actes posés par les parties conjointement, afin de la rendre effective.

Les accords des parties, dans leur variété, ainsi rédigés sous forme «d'accords d'intentions» ne seront alors plus enserrés par aucune des conséquences liées à la notion de sous seing privé.

La garantie de l'accord découlera de la participation des intéressés à leurs organisations concrètes dans la réalité et non de «mentions scripturales» dans un document rédigé en médiation familiale (parfois à des fins de contraintes éventuelles).

Cette option (accords d'intentions rédigés au conditionnel) supprimerait-elle les inquiétudes respectives des parties, des médiateurs familiaux et des partenaires juridiques?

Elle permettrait, peut-être, que la parole libre en médiation familiale perdure dans une forme d'écrit dont chacun se servirait sans aucune arrière-pensée sinon celle de valider les engagements respectifs des personnes.

Dans le contexte des réflexions sur les textes en vigueur on pourrait proposer la rédaction d'un nouvel article complétant ou modifiant le décret du 22 juillet 1996, en application de cette proposition, sous la forme suivante:

«Art. 131-11 *bis*. - S'il en est établi un, l'écrit exprimant les accords des parties élaborées en médiation familiale est uniquement constitué de déclarations d'intentions.

Il ne doit, ni en sa forme, ni en son contenu être formalisé comme un sous seing privé.

Il reviendra aux parties, sous leur seule initiative, d'assurer ou faire assurer la mise en forme légale appropriée des accords d'intentions résultant de la médiation familiale ».

Le respect des accords sera alors continuité du respect des autres et de soi-même, ciment de leur construction.

L'accord d'intentions basculera à cet instant dans l'intention de l'accord.

Mais n'est-ce pas ainsi que la médiation familiale a débuté entre eux?

### Exemple d'accords d'intentions

Parents d'un petit Ludovic, âgé de 10 ans, séparés depuis le mois de janvier 2002, Michèle et Hervé se sont retrouvés dans le cadre d'un travail de médiation familiale judiciaire.

Ils vivaient en union libre et demeuraient dans la maison achetée en indivision par le couple.

D'une première union, Michèle est maman de Jean-Luc, âgé de 12 ans; Hervé a participé à son éducation ces dernières années, aussi souhaite-t-il conserver des liens avec l'enfant.

Hervé contribue à l'éducation de Ludovic à raison de 350 euros par mois versés à Michèle, sans compter les charges d'accueil et d'entretien de l'enfant lors des temps passés avec le père.

Michèle et Hervé s'accordent sur le rôle respectif de leurs familles dans les difficultés relationnelles et les querelles conjugales qu'elles ont pu réactiver.

Les entretiens de médiation familiale se sont déroulés de juin 2002 à novembre 2002, soit 7 rencontres.

Michèle et Hervé se retrouveraient sur les points suivants:

► *L'autorité parentale conjointe* sur Ludovic serait donc posée et affirmée

► *Le principe de la résidence en alternance* de Ludovic dans chacun des lieux de vie de ses père et mère serait matérialisé.

► *Les modalités de cette résidence en alternance* s'organiseraient de semaine en semaine avec chacun des parents. Elles pourraient s'établir du mercredi au mercredi.

Ce principe serait conservé pour les vacances scolaires avec la souplesse nécessaire en regard des disponibilités de l'un et de l'autre, indépendamment de l'organisation des vacances d'été qui seraient également traitées sur le principe d'un accord conjugué des parents.

Les parents s'engageraient à conserver une communication régulière à propos de Ludovic, ce qui autoriserait et garantirait la complémentarité et la cohérence de leurs réponses à ses besoins.

► *La nécessité d'assurer un même niveau de vie et de confort chez chacun d'eux:*

Ainsi les activités parascolaires, choix de Ludovic, seraient assumées en fonction des revenus respectifs: Michèle conserverait la charge du judo, Hervé celle de la musique.

Les achats de vêtements, complément de la garde-robe, les activités scolaires seraient l'occasion d'échanges et décisions communes entre les parents.

► *La contribution financière de Hervé* serait toujours à hauteur de 350 euros mensuels, auxquels s'ajouterait le paiement de la cantine, soit 110 euros, directement auprès de l'Etablissement scolaire.

► *La nécessité de maintenir une certaine distance avec les familles* pour affirmer leurs autonomies parentales: le recours aux grands-parents ne devrait se poser que pour garantir des liens naturels avec l'enfant ou servir de relais pour leurs absences.

► *L'opportunité laissée à Ludovic, d'exprimer son désir de revoir Hervé*, pour organiser des temps où les deux enfants pourraient se retrouver en sa présence.

► *Quant au bien immobilier* Hervé conserverait l'entière propriété de cet immeuble. Après leurs échanges autour des «remboursements» ou «dédommagements» en ce qui concerne la part de Michèle sur la maison, Hervé et Michèle approcheraient le chiffre de 25 275 euros au bénéfice de cette dernière.

Les intentions des parents seraient que les deux enfants puissent en être destinataires. Dans cet esprit une donation aux enfants, dès l'apurement des comptes de l'indivision terminée et les actes notariaux utiles dressés par le notaire de leur choix, serait mise en place. Les parents s'engageraient à faire verser directement sur chacun des comptes bancaires ouverts au nom de Ludovic et de Jean-Luc, de façon égale, une somme de 12 637,50 euros. Ils donneraient toutes instructions à l'Etude notariale dans cet esprit.

Michèle et Hervé retiennent l'idée de revenir en médiation indépendante si le besoin se faisait sentir.