



Master

2022

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

La médiation familiale : un processus à privilégier et à développer pour résoudre les séparations conflictuelles ?

Berdoz, Florence

How to cite

BERDOZ, Florence. La médiation familiale : un processus à privilégier et à développer pour résoudre les séparations conflictuelles ? Master, 2022.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:162666>



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

**CENTRE INTERFACULTAIRE
EN DROITS DE L'ENFANT**

Sous la direction de Micaela Vaerini

La médiation familiale : un processus à privilégier et à développer pour résoudre les séparations conflictuelles ?

Présenté au
Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE) de l'Université de Genève
en vue de l'obtention de la

Maîtrise universitaire interdisciplinaire en droits de l'enfant

par

Florence BERDOZ

de

Rossinière, Vaud

Mémoire No CIDE 2022/MIDE 20-22/05

Jury :

Dre Micaela Vaerini
Dre Nataliya Tchermalykh

SION

Mai, 2022

Résumé

Ce travail de recherche met en lumière la complexité des séparations conflictuelles. En effet, il énonce les impacts et les conséquences néfastes et durables que ces dernières engendrent sur le bien-être de l'enfant. En Suisse, les tentatives de résolution des séparations conflictuelles se déroulent majoritairement devant les tribunaux. Or, il est désolant de constater que de nombreux conflits perdurent malgré le prononcé d'une décision judiciaire. Afin d'apporter des solutions à ce problème sociétal et d'atténuer ses effets négatifs sur l'enfant, des modes alternatifs de résolutions des conflits existent, dont la médiation familiale. Actuellement subsidiaire à la procédure judiciaire, la médiation est un processus basé sur la discussion, le consensus et l'adaptabilité. Suscitant un large débat depuis des décennies, la pertinence de la médiation est souvent discutée et remise en question. Ce mémoire, grâce aux apports des différents auteurs de la littérature et des entretiens avec des médiateurs, des juges et des avocats, tente de déterminer si la médiation est une solution effectivement pertinente pour résoudre les séparations conflictuelles. Pour ce faire, le présent mémoire analyse tout d'abord les avantages, les limites et les défauts de la médiation par rapport à la procédure judiciaire. Ensuite, diverses propositions sont émises afin d'améliorer la promotion et l'application de la médiation en Suisse : renforcer l'information au sujet de la médiation, rendre la médiation obligatoire, développer la collaboration entre les professionnels et encadrer législativement le processus de médiation et son financement.

Mots clés : séparation conflictuelle, médiation familiale, droit de la famille, interdisciplinarité, collaboration des professionnels, intérêt de l'enfant

Remerciements

Je tiens à remercier la directrice de mon mémoire, la professeure Micaela Vaerini, pour ses conseils avisés et pour la grande marge de manœuvre qu'elle m'a accordée.

J'exprime une immense gratitude envers les cinq médiateurs, les deux avocats et les deux juges que j'ai eu la chance d'interviewer. Je salue leur disponibilité, leur flexibilité et la pertinence de leurs réponses. Ils m'ont accordé leur confiance et leur temps et se sont montrés bienveillants à tous les égards. Ces entretiens ont été enrichissants tant sur le plan académique que personnel.

Je tiens à exprimer ma profonde reconnaissance à Hélène Rodriguez-Vigouroux, qui a eu la gentillesse de relire mon travail et de m'offrir ses pertinentes remarques.

Finalement, je tiens également à remercier chaleureusement tous mes proches pour leur soutien inconditionnel tout au long de la rédaction de ce mémoire.

Avertissement

Pour des raisons pratiques, seul le masculin a été utilisé au sein de ce travail. Néanmoins, il s'applique aussi bien aux personnes de genre féminin que masculin.

Tables des matières

Résumé	1
Remerciements	2
Liste des abréviations et sigles	6
1. Généralités	7
1.1 Introduction.....	7
1.2 Problématiques, propositions et processus de la démarche.....	8
1.3 Méthodologie	9

PARTIE THEORIQUE

2. Les aspects sociologiques et psychologiques des conséquences du conflit et de la séparation sur les droits de l'enfant	10
2.1 Le statut de l'enfant et de la famille dans la société occidentale actuelle	10
2.2 Les conséquences des séparations conflictuelles sur le bien-être de l'enfant ..	11
2.3 Les attitudes des parents dans le conflit et leurs conséquences sur l'enfant	13
3. Séparations conflictuelles : cadre juridique suisse	15
3.1 Les procédures judiciaires de séparation	15
3.2 La médiation familiale	17
3.2.1 Définition et buts.....	17
3.2.2 Principes et caractéristiques	18
3.2.3 Etapes et déroulement du processus	20
3.2.4 La médiation et la conciliation.....	21
3.3 La médiation familiale dans la législation suisse.....	22
3.3.1 La médiation dans le cadre d'une procédure civile.....	22
3.3.1.1 La médiation en lien avec les enfants	24
3.3.2 La médiation extrajudiciaire	25

4. La médiation est-elle efficace et appropriée pour résoudre les séparations conflictuelles ?	25
4.1 Les avantages de la médiation par rapport à la procédure judiciaire	25
4.1.1 La philosophie du « gagnant-gagnant »	25
4.1.2 La prise en considération de tous les aspects du conflit et la flexibilité de la médiation	26
4.1.3 Des décisions prises en accord.....	27
4.1.4 L'intérêt de l'enfant.....	28
4.1.5 L'économie d'argent et de temps	29
4.2 Les limites et les défauts de la médiation.....	30
4.2.1 Les réticences des individus et les craintes des professionnels.....	31
4.2.2 Les situations où la médiation a peu de chance d'aboutir.....	33
4.2.3 L'absence du cadre normatif	34
4.3 Conclusion intermédiaire.....	35

5. Propositions pour améliorer la promotion et l'application de la médiation en Suisse : tour d'horizon des différentes pratiques cantonales et étrangères	35
5.1 Renforcer l'information au sujet de la médiation	35
5.2 Astreindre les parties à une médiation obligatoire en début de procédure	37
5.3 Instaurer une meilleure collaboration entre les différents professionnels	42
5.3.1 L'interdisciplinarité : un atout	42
5.3.2 La médiation et les juges.....	43
5.3.3 La médiation et les avocats.....	43
5.4 Légiférer au niveau national.....	45

PARTIE EMPIRIQUE

6. Analyse des données et résultats	47
6.1 Les plus-values de la médiation par rapport à la procédure judiciaire	47
6.2 Les limites, les défauts et les situations où la médiation est déconseillée	48
6.3 La place de la médiation dans les procédures judiciaires	51
6.4 Les actions effectives et souhaitées des différents professionnels pour connaître, promouvoir et appliquer la médiation	53
6.5 La législation et le financement de la médiation	55
6.6 Les propositions pour promouvoir et appliquer davantage la médiation.....	57

7. Discussion	60
7.1 La médiation doit-elle être davantage promue et appliquée ?	60
7.2 La collaboration entre les différents professionnels doit-elle être développée? 63	
7.3 La médiation doit-elle devenir obligatoire dans les procédures judiciaires ?	64
7.4 La médiation doit-elle être davantage définie juridiquement et financée ?	65
 8. Limites et conclusion	 65
 9. Bibliographie	 69
 10. Annexes	 82
10.1 Annexe n°1 : Demande d'entretien envoyée aux professionnels	82
10.2 Annexe n°2 : Liste de questions adressée aux professionnels	83
10.3 Annexe n°3 : Compétences APEA/Tribunal civil	84
10.4 Annexe n°4 : Les différents types de médiation en Suisse	86
10.5 Annexe n°5 : L'accord de confidentialité	87

Liste des abréviations et sigles

al.	: alinéa
APEA	: Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte
art.	: article
CC	: Code civil (suisse)
CDE	: Convention relative aux droits de l'enfant
CEDH	: Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CEPEJ	: Commission européenne pour l'efficacité de la justice
CHF	: Francs suisses
CPC	: Code de procédure civile (suisse)
CP	: Code pénal (suisse)
consid.	: considérant
etc.	: et cetera
FF	: Feuille fédérale
FSM	: Fédération suisse des associations de médiation
LaCC/GE	: Loi genevoise d'application du Code civil et d'autres lois fédérales en matière civile
let.	: lettre
LF-EEA	: Loi fédérale sur l'enlèvement international et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes
LOJ/GE	: Loi genevoise sur l'organisation judiciaire
LLCA	: Loi fédérale sur la libre circulation des avocats
OFS	: Office fédéral de la statistique
OMed/FR	: Ordonnance fribourgeoise sur la médiation civile, pénale et pénale pour les mineurs
p.	: page
RS	: Recueil systématique du droit fédéral
SEASP	: Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale
ss	: et suivant
TF	: Tribunal fédéral
TPAE	: Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (Canton de Genève)

1. Généralités

1.1 Introduction

Tout d'abord diabolisée et ensuite considérée comme une banalité, la séparation parentale ne laisse pourtant aucun membre de la famille indifférent (Bawin-Legros, 1991). Bien que cette dernière n'affecte pas systématiquement le bien-être et la santé des enfants, les désaccords persistants des parents peuvent devenir une source de malheur et de souffrance pour les jeunes (Calicis, 2020). En effet, les incapacités des parents à trouver une entente, à « négocier » les droits parentaux et à dissocier la parentalité de la conjugalité les plongent dans un conflit sévère et latent. « Dans 20 à 30% des ruptures conjugales, le degré de conflit demeure élevé (...) et 5% d'entre elles sont encore conflictuelles dix ans après » (Turbide & Saint-Jacques, 2019, p. 1). Actuellement, les conflits parentaux se règlent prioritairement et principalement devant les tribunaux (Auberjonois, 2019). Dès lors, le droit de la famille connaît une judiciarisation importante (Volckrick, 2016). Durant ces procédures, les professionnels et les parents peinent à éviter que l'enfant devienne « un enjeu, un instrument une victime, ou un bourreau » (Mulon, 2011, p. 49).

Bien qu'aucune solution miracle n'ait été trouvée pour résoudre l'ensemble des séparations conflictuelles, les modes alternatifs de résolution de conflits, dont la médiation fait partie, se développent en Suisse et constituent des pistes intéressantes. La médiation, processus cherchant à résoudre des différends par l'intermédiaire d'un tiers neutre, occupe encore une place timide en Suisse bien qu'elle soit encouragée par de nombreuses recommandations européennes et nationales (CEPEJ 2007 ; FF 2006 6841). Que cela soit durant les procédures ou en amont de celles-ci, la médiation s'adapte aux personnes, à leur environnement et à leur rythme. Hormis certains principes généraux, dont l'intérêt de l'enfant, la médiation s'organise et se définit selon la volonté des parties et offre une grande flexibilité, tant dans le processus que dans les accords trouvés (Volckrick, 2016). Ainsi, la médiation se distingue de la procédure judiciaire et chacune d'entre elles détient des avantages et des défauts quant à la résolution des séparations conflictuelles.

1.2 Problématiques, propositions et processus de la démarche

Les séparations conflictuelles concernent tous les enfants de Suisse et récemment, différentes études ont souligné que les conflits « peuvent mener à une forme de mauvais traitement psychologique de l'enfant » (Turbide & Saint Jacques, 2019, p. 2 et 15). En premier lieu, ce travail de recherche tente de comprendre dans quelle mesure ces modifications de la structure familiale impactent les enfants (Partie 2). Pour ce faire, les conséquences psychologiques de la séparation conflictuelles subies par les enfants sont analysées. Par ailleurs, ce mémoire recense les solutions que la société propose aux individus et met en place afin de résoudre leurs conflits et régler juridiquement leur séparation (Partie 3). De ce fait, une présentation succincte des procédures judiciaires actuelles en droit de la famille, la description du processus de médiation et l'énumération de ses caractéristiques et ses grands principes sont données. Afin de déterminer si la médiation est efficace pour résoudre les conflits, il est nécessaire de savoir quels sont ses avantages, ses défauts et ses limites par rapport à la procédure judiciaire (Partie 4). Ainsi, une comparaison théorique de la médiation et de la procédure judiciaire constitue une partie importante de ce travail de recherche. Suite à l'examen de l'utilité et de l'efficacité de la médiation, diverses propositions, inspirées des différentes pratiques cantonales et étrangères, sont formulées afin de promouvoir et développer davantage la médiation en Suisse (Partie 5).

Afin d'apporter un regard pratique à ce travail de recherche, différents professionnels travaillant en lien avec la médiation familiale ont été interviewés (Partie 6). Ils ont ainsi pu partager leurs avis et leurs expériences concernant l'efficacité de la médiation, son application et ses limites. Ils ont également apporté diverses propositions à l'amélioration de la médiation en Suisse. Par la suite, ces propos ont été synthétisés, analysés et comparés au cadre théorique. Grâce à ces différentes étapes, ce mémoire tentera de répondre aux questions suivantes (Partie 7) :

- 1) La médiation doit-elle être davantage être promue et appliquée ?
- 2) La collaboration entre les différents professionnels doit-elle être développée ?
- 3) La médiation doit-elle devenir obligatoire dans les procédures judiciaires ?
- 4) La médiation doit-elle être davantage définie juridiquement et financée ?

Finalement, quelques précisions doivent être apportées au sujet de ce mémoire. Premièrement, la participation de l'enfant à la médiation a été volontairement écartée, car ce sujet mérite un travail de recherche à lui seul. Deuxièmement, bien que les modalités de la médiation soient abordées, le but n'est pas de discuter des différentes pratiques existantes, de les comparer ou d'en proposer de nouvelles. De ce fait, cette partie est délibérément succincte. Troisièmement, ce travail traite des droits parentaux, à l'exclusion de l'entretien de l'enfant. En dernier lieu, bien qu'il aborde les séparations conflictuelles sous des angles sociologique et psychologique, ce travail détient la structure d'un mémoire juridique.

1.3 Méthodologie

Afin de récolter les avis des différents professionnels, huit entretiens ont été menés avec cinq médiateurs, deux avocats et deux juges. Il était nécessaire que les différents métiers en lien avec la médiation soient tous représentés. Étant les acteurs mêmes de la profession, les médiateurs devaient être, à mon sens, majoritaires. Par souci de clarté et de compréhension, tous les professionnels interviewés travaillent dans le canton de Genève. En effet, chaque canton connaît une organisation et des pratiques judiciaires distinctes. Il était donc essentiel, pour des raisons pratiques, de se concentrer sur ce territoire. Des courriels contenant un bref résumé du mémoire (annexe n°1), et la liste des questions posées (annexe n°2) ont été envoyés aux différents professionnels. Les entretiens ont duré entre quarante-cinq minutes et une heure et se sont déroulés parfois en présentiel (5) parfois par vidéoconférence (3). Cette dernière a été utilisée par gain de temps et pour des raisons sanitaires. À l'exception d'un entretien qui s'est déroulé en présence de deux collègues médiateurs simultanément, les entretiens étaient individuels. Afin de pouvoir saisir au mieux leurs propos, les conversations ont été enregistrées avec le consentement écrit et oral des personnes interviewées. Ces dernières ont été informées que les enregistrements étaient destinés uniquement à ce travail de recherche et qu'ils seraient dès lors supprimés après utilisation. De plus, elles ont été avisées que seule leur fonction, à défaut de leur identité, serait divulguée.

L'approche qualitative a été choisie afin de favoriser l'échange et la discussion. Des entretiens semi-directifs ont eu lieu, permettant ainsi d'aborder tous les éléments discutés dans la partie théorique, tout en laissant la possibilité aux personnes

interviewées de justifier et développer leurs opinions. Une liste de questions ouvertes a donc été conçue à l'avance. Elle aborde les avantages, les limites et les défauts de la médiation par rapport à la procédure judiciaire. Par ailleurs, les questions sondent la satisfaction des professionnels quant à l'information, la mise en œuvre, la législation et le coût de la médiation ainsi que la collaboration entre les avocats, les juges et les médiateurs. Ces questions ont été rédigées dans le but de récolter l'avis des professionnels, leurs ressentis et leurs propositions et non des faits objectifs. Afin de les distinguer dans la partie empirique, les participants sont nommés par leur fonction, suivi d'un nombre.

PARTIE THEORIQUE

2. Les aspects sociologiques et psychologiques des conséquences du conflit et de la séparation sur les droits de l'enfant

2.1 Le statut de l'enfant et de la famille dans la société occidentale actuelle

Durant la deuxième partie du 20^{ème} siècle, les enfants ont acquis progressivement de la reconnaissance et sont alors considérés comme des sujets de droit, acteurs de leur vie et détenteurs de droits distincts de ceux de leurs parents (Bessner, 2002 ; Broca & Odinetz, 2018 ; Turbide & Saint-Jacques, 2019 ; Volckrick, 2016). La baisse des natalités, l'avancée des connaissances neurologiques, psychiatriques et psychologiques et la création de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) en 1989 expliquent, en partie, cette nouvelle considération des enfants par la société (Broca & Odinetz, 2018 ; Volckrick, 2016). Parallèlement à ce changement du statut de l'enfant, la conception de la famille prend également un tournant à la fin du 20^{ème} siècle (Versini, 2008). Dorénavant, l'individu se construit indépendamment de son mariage ou de l'appartenance à sa famille, se distance de la morale et des règles étatiques et se laisse guider par ses intérêts et son épanouissement individuels (Baugniet, 2008 ; Salberg, 2018). De plus, les rôles du père et de la mère ne sont plus distincts comme auparavant : la responsabilité de la rupture est partagée, tout comme l'entretien, l'implication et le temps passé avec les enfants (Turbide & Saint-Jacques, 2019). En sus, le divorce devient moralement « acceptable », et n'est plus considéré comme une déviance (Bawin-Legros, 1991). Ainsi, les couples deviennent plus autonomes et responsables dans leur organisation, leurs valeurs et leur séparation et l'Etat se montre moins intrusif dans la vie familiale

(Salberg, 2018). Les enfants de parents divorcés sont quant à eux moins stigmatisés (Bawin-Legros, 1991).

Entre 50% à 60% des couples avec enfants, mariés ou non, se séparent (Van Gijsegem, 2021, p. 15) et ces séparations concernent de plus en plus d'enfants en bas âge (Turbin & Saint-Jacques, 2019). Bien que certaines séparations se règlent à l'amiable, les situations conflictuelles, en particulier depuis la pandémie de la Covid-19, augmentent (24h, février 2022). En Suisse, environ 40% des séparations sont conflictuelles (Thorens-Aladjem, 2019; Vignes, 2017, p. 4). Finalement, il est intéressant de noter qu'en Suisse, les parents sont encore majoritairement mariés (Conseil fédéral, 2017). Ainsi, en 2020, 16'210 divorces ont été enregistrés en Suisse et ont concerné 12'809 enfants mineurs (OFS, 2021).

Ainsi, malgré l'acceptation morale et la banalisation de la séparation conjugale ainsi que l'émergence des droits de l'enfant, ce dernier subit encore massivement les conséquences négatives du conflit parental (Claror, 2015 ; Versini, 2008, p. 48).

2.2 Les conséquences des séparations conflictuelles sur le bien-être de l'enfant

En premier lieu, il est important de rappeler que chaque enfant est unique et réagit de manière différente au conflit et à la séparation, notamment selon son développement intellectuel et affectif, son âge, sa maturité, son genre et ses compétences psychiques. Par ailleurs, les types de conflits, leur fréquence et leur durée influent sur la manière dont l'enfant les vit et les comprend (Combremont, Rossier & Nanchen, 2017 ; Poussin & Martin-Lebrun, 2011 ; Ressort familial, 2016 ; Van Hemelrijck, 2021 ; Versini, 2008, p. 50). Bien qu'il soit normal que l'enfant réagisse à ces changements de situation familiale, certaines conséquences deviennent néfastes si elles perdurent dans le temps et sont ignorées (Combremont *et al*, 2017 ; Ressort famille, 2016). Il a été observé à plusieurs reprises que les difficultés vécues par l'enfant suite à la fin de la vie conjugale n'étaient pas dues à la séparation, mais à la présence de conflits durables dans le couple (Cesalli, 2019 ; Martin, 2007 ; Versini, 2008). En effet, une séparation parentale peu conflictuelle impacte moins l'enfant qu'une cohabitation hostile (Belleau, 2015 ; Combremont *et al*, 2017 ; Poussin & Martin-Lebrun, 2011; Versini, 2008). Ainsi, le facteur temps est crucial pour un enfant. Plus le conflit perdure et s'intensifie, plus la souffrance et les

conséquences néfastes sur le développement de l'enfant deviennent conséquentes (Broca & Odinetz, 2018). Par ailleurs, les conflits portent dorénavant principalement sur les droits parentaux, bien qu'ils révèlent des problèmes sous-jacents plus profonds (Cottier, Widmer, Tornare & Girardin, 2017). Malheureusement, lorsque le conflit concerne directement l'enfant, ce dernier est davantage impacté (Bodenmann, 2006). Les enfants détiennent une véritable capacité d'observation et d'absorption des ressentis, notamment de la souffrance de leurs parents (Ressort familial, 2016). De plus, ils possèdent des capacités moins développées que l'adulte pour gérer les changements familiaux et sont sujets à des confusions (Darcourt, 2009 ; Turbides & Saint-Jacques, 2019). Dès lors, l'enfant ne devient pas un simple témoin de ce conflit, mais une véritable victime (Broca & Odinetz, 2018 ; Grabar & Plennevaux, 2019). Les nombreuses conséquences listées ci-dessous témoignent de la gravité des conflits sur le bien-être et le développement de l'enfant.

La séparation et/ou le conflit suscitent diverses réactions émotionnelles, voire des troubles psychiques, psychologiques, comportementaux et affectifs chez l'enfant (Bodenmann, 2006 ; Kacenenbogen, 2021). Il peut éprouver de nombreuses émotions, telles que la tristesse, l'angoisse, l'anxiété, l'incompréhension, la terreur, la peur, l'impuissance, l'abattement, l'inquiétude, la culpabilité l'abandon, la honte, l'autodépréciation et l'insécurité (Berger, 2020 ; Darcourt, 2009; Poussin & Martin-Lebrun, 2011). Il risque également de ressentir une baisse de confiance en soi, la perte du sentiment d'appartenance et de repères, des incertitudes pour son avenir des troubles identitaires et parfois, un état dépressif (Auberjonois, 2019 ; Broca & Odinetz, 2018 ; Cesalli, 2019 ; Combremont *et al*, 2017 ; Kacenenbogen, 2021 ; Vanderheyden, 2021). Ces sentiments peuvent être internalisés, notamment lorsque l'enfant éprouve de la honte et de la culpabilité. Parfois, au contraire, il externalise ces ressentis et recherche l'attention d'autrui (Savourey, 2007 ; Van Gijsegheem, 2021). Ce besoin d'attention le pousse alors à adopter des comportements agressifs et destructeurs envers lui et les autres et à commettre des fugues ou des actes délinquants, notamment lors de l'adolescence. Physiquement, la séparation et/ou le conflit peuvent parfois générer des abus de substance, des troubles alimentaires et du sommeil, de l'encoprésie, de l'énurésie, mais également des douleurs abdominales (Berger, 2020, p. 38 ; Combremont *et al*, 2017 ; Kacenenbogen, 2021 ; Poussin & Martin-Lebrun, 2011 ; Rapport familial, 2016).

Le conflit peut également troubler la vie scolaire de l'enfant et engendrer un fort taux d'absentéisme, des problèmes de comportement, une baisse des résultats scolaires, des échecs récurrents, une phobie scolaire, des troubles de l'attention, de l'apprentissage (dyscalculie, dysorthographe, dyslexie) et de raisonnement logico-mathématique (Combremont *et al*, 2017 ; Kacenenbogen, 2021 ; Poussin & Martin-Lebrun, 2011). Par ailleurs, le conflit génère du stress, qui peut impacter les zones du cerveau relatives à la mémoire et à l'apprentissage (De Becker, 2021). Socialement, le climat d'insécurité et la perte de repères des liens familiaux stables contraignent l'enfant à tantôt se retirer et à s'isoler de ses pairs, tantôt à renforcer ses liens amicaux (Berger, 2020 ; Combremont *et al*, 2017 ; Poussin & Martin-Lebrun, 2011).

2.3 Les attitudes des parents dans le conflit et leurs conséquences sur l'enfant

Par blessure, rancœur ou amertume et suite à la séparation conjugale, certains parents adoptent des comportements problématiques, souvent involontairement, qui placent les enfants dans des situations délicates (Auberjonois, 2019 ; Savourey, 2007). Cette partie dresse la liste des attitudes que les parents devraient idéalement éviter ou, au contraire, adopter.

Depuis l'abandon de la notion de faute dans le divorce suisse, le conjoint trompé ou quitté n'est plus nécessairement apaisé par la décision du juge (Auberjonois, 2019). Dorénavant, afin d'exprimer la souffrance engendrée par la séparation et obtenir gain de cause, la bataille juridique est axée sur les capacités parentales de chaque parent (Claror, 2015 ; Reiser, 2014). Ainsi, les enfants sont indirectement pris à partie dans la séparation et considérés comme « des armes de guerre » (Grabar & Plennevaux, 2019, p. 7 ; Reiser, 2014).

Par ailleurs, les parents demandent, parfois implicitement à l'enfant, de prendre parti pour l'un d'eux et le place ainsi dans un conflit de loyauté (Auberjonois, 2019), soit un « conflit intrapsychique dont l'origine est liée à l'impossibilité de choisir entre deux solutions possibles, choix qui engage le niveau des affects envers des personnes fondamentales en termes d'attachement, à savoir les parents » (Bénit, Dechêne, Gennart, Lukas & Wilmart, 2021, p. 229). Afin de s'extraire de cette situation, l'enfant va effectivement « choisir » l'un de ses parents et adopter un raisonnement binaire,

en considérant qu'un parent est bon et l'autre mauvais (Cesalli, 2019 ; Ressort familial, 2016 ; Van Gijseghem, 2021). L'enfant opte souvent pour le parent le plus affecté par la séparation et le plus fragile psychologiquement. Par souci de facilité, il suit généralement les points de vue de ce dernier (Garbar & Plennevaux, 2019). En choisissant son « camp », il sort ainsi du conflit et ressent le soulagement de ne plus devoir satisfaire ses deux parents (Van Gijseghem, 2021 ; Van Hemelrijck, 2021). Le conflit de loyauté rend l'enfant sujet à une insécurité, un mal-être, de la culpabilité et des angoisses d'abandon (Dioueb, 2017 ; Garbar & Plennevaux, 2019 ; Versini, 2008). Dans des situations extrêmement conflictuelles et afin de se venger de son ancien partenaire, d'exprimer sa colère et ses blessures ou de garder une emprise sur ce dernier, le père ou la mère peut parfois instrumentaliser l'enfant afin qu'il rompe le contact avec son autre parent (Juston, 2017 ; Savourey, 2007). Ce comportement est souvent qualifié de « syndrome d'aliénation parentale » (Versini, 2008). Néanmoins, ce syndrome, qui doit être diagnostiqué par un professionnel, n'est pas la seule cause du refus de l'enfant de voir l'un de ses parents et est parfois utilisé à tort. Dès lors, il faut se montrer prudent avec ce terme dans les procédures judiciaires (De Becker & Lebrun, 2021). Ainsi, la décision de rompre le lien avec l'un de ses parents augmente le risque pour l'enfant de rencontrer, même à l'âge adulte, des difficultés relationnelles, émotionnelles, sociales, de confiance en soi ainsi qu'un mal-être psychologique (Auberjonois, 2019 ; Broca & Odintetz, 2018 ; Poussin & Martin-Lebrun, 2011 ; Staub, 2006 ; Van Gijseghem, 2021). En effet, en renonçant à un parent, l'enfant renie la moitié de son identité, de ses racines, de son histoire et de ses gènes (Cesalli, 2019 ; Juston, 2017 ; Vanderheyden, 2021 ; Van Gijseghem, 2021).

Bien que les enfants ne doivent pas connaître tous les détails de la procédure, les parents doivent les tenir informés de la séparation conjugale et des modifications que cette dernière engendre dans leur quotidien, avec un vocabulaire adapté à leur âge et à leur développement (Auberjonois, 2019 ; Poussin & Martin-Lebrun, 2011 ; Versini, 2008, p. 51). De plus, les enfants doivent entendre qu'ils ne sont ni responsables ni coupables de cette séparation et qu'ils n'ont aucun moyen d'action quant à la situation (Van Hemelrijck, 2021). Les parents sont tenus de les rassurer et de leur offrir une nouvelle stabilité, malgré ce changement de structure familiale (Ressort familial, 2016). Ils doivent écouter les enfants, comprendre les émotions et

sentiments qu'ils ressentent et répondre à leurs questions (Berger, 2020 ; Combremont *et al*, 2017 ; Poussin & Martin-Lebrun, 2011). La parole est libératrice pour les enfants et ne pas prendre en considération ce qu'ils expriment augmente leur crainte et leur colère (Ressort familial, 2016). Cependant, les parents, eux-mêmes blessés, se concentrent souvent sur le conflit, sur leurs propres besoins et sur la procédure judiciaire, omettant ainsi de prendre en considération l'intérêt et le bien-être de l'enfant (Calicis, 2021 ; Cesalli, 2019 ; Savourey, 2007 ; Versini, 2008). Habitué à être le centre d'attention de son père et de sa mère, l'enfant se sent ainsi délaissé (Van Hemelrijck, 2021).

Les parents doivent rester solidaires et se soutenir dans leur coparentalité, malgré les différends qui les animent (Combremont *et al*, 2017). La coparentalité positive vise la coopération et le soutien entre père et mère afin d'écartier l'enfant des conflits parentaux (Belleau, 2015 ; Tremblay *et al*, 2013). Ainsi, afin d'assurer le bon développement de l'enfant, il est important que les parents se respectent, communiquent et se consultent sur toutes les questions importantes le concernant. De plus, ils doivent favoriser le lien entre l'enfant et son autre parent, le lui décrire de manière positive et reconnaître les capacités parentales de ce dernier (Calicis, 2021 ; Combremont *et al*, 2017 ; Garbar & Plennevaux, 2019 ; Poussin & Martin-Lebrun, 2011). Lorsque la communication parentale est rompue, l'enfant peut devenir un « messenger », dont la mission est de transmettre les informations d'un parent à l'autre. Ce rôle est très fatigant et préoccupant pour lui, car il endosse la responsabilité de transmettre des informations parfois délicates (Poussin & Martin-Lebrun, 2011 ; Van Hemelrijck, 2021).

3. Séparations conflictuelles : cadre juridique suisse

3.1 Les procédures judiciaires de séparation

En Suisse, les conflits se règlent majoritairement par le biais d'une procédure judiciaire, à laquelle, à son terme, un jugement est rendu soit par le Tribunal civil soit par l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) (annexe n°3) (Fountoulakis ; Macheret & Paquier, 2020). Ainsi, une analyse des trois procédures de séparation parentale en Suisse s'impose.

Les mesures protectrices de l'union conjugale prévues aux articles 172 à 179 CC, règlent les points de désaccord sur une affaire significative concernant le mariage,

notamment l'organisation des droits parentaux en cas de séparation (art. 176 CC) (Gauron-Carlin, 2019). Cette procédure requière le dépôt d'une requête par l'une des parties et est régie par la procédure sommaire (Reiser, 2014). Parfois, l'autre partie y répond par écrit. Sauf exception, une audience se déroule avec la comparution personnelle des parties, dans le but de trouver une solution (art. 273 CPC) (Thorens-Aladjem, 2019). En principe, cette audience suffit et les preuves y sont administrées. Cependant, dans les cas complexes, le juge peut ordonner des plaidoiries orales ou écrites (art. 232 CPC). Les mesures protectrices de l'union conjugale continuent de déployer des effets durant la procédure de divorce, à moins que le juge établisse de nouvelles mesures provisionnelles (art. 276 CPC) (Hofmann & Lüscher, 2015).

Le divorce régit tous les effets accessoires de la séparation, y compris le sort des enfants (art. 133 CC). Hormis les questions pécuniaires, le tribunal établit les faits d'office (Hofmann & Lüscher, 2015). Le divorce avec accord complet (art. 111 CC et 285 CPC) ou partiel (art. 112 CC et 286 CPC) nécessite une requête commune des époux. Ces procédures représentent 71% des divorces en Suisse (Thorens-Aladjem, 2019). Les époux sont auditionnés, en principe, séparément et ensemble (art. 287 CPC) mais doivent comparaître personnellement. Cette audition devant le juge de fond permet de confirmer leur volonté de divorcer et leur consentement aux accords trouvés ainsi que de tenter de régler les éventuels points litigieux. Si l'accord complet respecte effectivement les conditions de l'article 111 CC, le juge ratifie la convention (art. 279 CPC) et prononce le divorce, parfois après des mesures d'instruction supplémentaires (art. 288 al.1 CPC) (Gaist, 2020). Lorsque des points restent litigieux, la procédure devient contradictoire et le juge doit trancher les effets accessoires qui sont exclus de l'accord (art 288 al. 2 CC) (Hofmann & Lüscher, 2015).

Si les conditions de la requête commune ne sont pas remplies (art. 288 al. 3 CPC) ou si les conjoints sont en désaccord sur le principe du divorce et vivent séparés depuis deux ans (art. 114 CC) ou que la continuité du mariage se relève insupportable à cause de motifs sérieux qui ne sont pas imputables à l'époux demandeur (art. 115 CC), tels qu'un cas de violence mettant en danger la santé, une maladie mentale grave, une infraction pénale grave contre le conjoint ou ses proches ou des abus sexuels contre les enfants, un des époux dépose une demande unilatérale de

divorce (Hofmann & Lüscher, 2015 ; Thorens-Aladjem, 2019 ; TF 5A_177/2012, consid. 2.1). Ce conjoint doit se prononcer sur sa volonté de divorcer et sur tous les effets accessoires du divorce (art. 290 CPC) (Gaist, 2020). Les époux doivent se soumettre à une « audience de conciliation » devant le juge de fond, afin de vérifier que les conditions des articles 114 et 115 CC soient remplies et de parvenir à un accord (art. 291 CPC). Durant les deux procédures susmentionnées, l'enfant est auditionné (art. 298 CPC) (Thorens-Aladjem, 2019 ; Hofmann & Lüscher, 2015).

Lorsque des parents non mariés se séparent, seul le sort des enfants doit être réglé (Stoudmann, 2016). Le parent demandeur peut déposer une action alimentaire auprès du Tribunal civil au nom de l'enfant mineur, afin de demander au défendeur de verser une contribution d'entretien à ce dernier et de se prononcer sur les autres droits parentaux (art. 279 CC). En cas d'accord complet, une contribution peut être signée entre les parents et ratifiée par l'APEA (art. 287 CC). Si aucune conclusion ne porte sur l'entretien, le parent dépose une requête auprès de l'APEA afin que cette dernière se prononce sur les autres droits parentaux (annexe n°3) (Jubin, 2017).

3.2 La médiation familiale

3.2.1 Définition et buts

La médiation est un mode alternatif de résolution de conflits qui permet de résoudre un conflit ou à tout le moins, régler les problèmes créés par le conflit (Dutoit, 2019 ; Salberg & Sambeth Glasner, 2008). Un tiers indépendant et impartial tente de rétablir ou d'améliorer la communication et le dialogue entre les individus dans le but de trouver des résolutions à leurs différends (Cottier *et al*, 2017 ; Monbaron, 2010). L'objectif est que les parties recherchent, de par elles-mêmes, des solutions durables basées sur des compromis respectifs (Beyeler, 2020 ; Jaccottet Tissot, 2002 ; Vigneron-Maggio-Aprile, 2016). Pour ce faire, les individus doivent s'écouter, entendre et comprendre les ressentis, les émotions et les positions de l'autre (Salberg & Sambeth Glasner, 2008). Ils sont ainsi responsabilisés et deviennent acteurs de leur conflit et créateurs de solutions futures (Baugniet, 2008 ; Savourey, 2007, Wietlisbach, 2020). Finalement, la médiation « déjudiciarise » le conflit. En effet, elle offre aux personnes un lieu de parole neutre et extérieur au cadre judiciaire, qui cristallise parfois les conflits. De plus, elle prend en compte les aspects émotionnels et relationnels du

conflit (Cottier *et al*, 2017 ; Freih, 2018 ; Jaccottet Tissot, 2002). Bien qu'elle aborde des problématiques antérieures au litige actuel, la médiation se concentre sur le futur (Guy-Ecabert, 2012 ; Wietlisbach, 2020).

3.2.2 Principes et caractéristiques

Plusieurs principes inscrits dans la loi, dans un contrat ou dans des lignes directrices dictent la médiation et permettent au médiateur d'amener les parties vers des solutions qui les satisfassent (Salberg & Sambeth Glasner, 2008). Tout d'abord, tous les propos tenus en médiation sont confidentiels et ne peuvent être divulgués dans la suite de la procédure ou auprès de personnes externes (Monbaron, 2010 ; Sauthier, 2018). Si tel est le cas, ils sont déclarés irrecevables (Wietlisbach, 2020). La confidentialité est nécessaire afin que les personnes puissent s'exprimer, négocier et trouver des solutions, sans redouter d'éventuelles représailles en cas d'échec du processus (Mantilla-Conti, 2019).

Afin de réellement comprendre les sentiments et les émotions des parties, le médiateur doit faire preuve d'empathie et d'écoute (Iselin Zellweger, 2018). Il prend en compte les besoins, la culture, les émotions, les valeurs et les intérêts des individus et s'assure de leur volonté à trouver un consensus (Vigneron-Maggio-Aprile, 2016 ; Monbaron, 2020). Le médiateur doit s'efforcer d'établir un climat de confiance et d'offrir un cadre propice à l'amélioration de la communication et à la diminution des souffrances (Mantilla-Conti, 2019). Il encourage les personnes à partager leurs ressentis et leurs besoins ainsi qu'à s'écouter de manière bienveillante, sans s'interrompre ou se manquer de respect (Savourey, 2007). De plus, le médiateur doit savoir se remettre en question, s'adapter aux parties, se montrer humble et faire preuve de tolérance et de créativité (Iselin Zellweger, 2018 ; Richard, 2014). Selon sa personnalité, le cas d'application et la demande des parties, il peut se montrer plus ou moins « directif » (Sauthier, 2018). Dans tous les cas, les parties entretiennent des rapports horizontaux avec le médiateur (Iselin Zellweger, 2018, p. 131).

Le médiateur doit être impartial, indépendant et neutre : il s'abstient de donner son avis, de se prononcer sur le conflit, les faits et la situation juridique, de conseiller les personnes, d'être en conflit d'intérêts avec elles ou la situation concernée, d'émettre des jugements, de prendre parti, de faire preuve de favoritisme, d'être

inéquitable et de tomber dans des préjugés ou des stéréotypes (Beyeler, 2020 ; Richard, 2014 ; Vigneron-Maggio-Aprile, 2016). Néanmoins, au vu de l'empathie dont il doit faire preuve, cette neutralité absolue peut parfois s'avérer compliquée à respecter (Gazzola, 2021 ; Wietlisbach, 2020). De plus, si l'enfant est en danger, la neutralité et la confidentialité du médiateur connaissent des limites (Domenig & Lutz, 2019). Ainsi, certains auteurs sont d'avis que le médiateur n'est pas neutre, mais « multipartiale ». Ce terme signifie qu'il accorde le même intérêt et la même attention aux deux parties et qu'il applique le principe de l'égalité (Beyeler, 2020 ; Gazzola, 2021, p. 613 ; Volckrick, 2016).

Actuellement, la médiation se distingue de la procédure par son aspect volontaire. Chacune des parties est libre d'y participer et d'y renoncer quand elle le souhaite (Dutoit, 2019). Elles ne sont nullement contraintes d'entrer en médiation, hormis sur mesure de protection (Mantilla-Conti, 2019). En plus de leur participation à la médiation, elles choisissent le médiateur et de concert avec lui, l'ordre des sujets abordés et les modalités du processus (Iselin Zellweger, 2018 ; Savourey, 2007 ; Wietlisbach, 2020). Ainsi, les individus sont davantage autonomes et l'Etat est moins présent que dans la procédure ordinaire (Monbaron, 2010 ; Savourey, 2007). Néanmoins, ils sont soumis à certaines règles essentielles telles que le respect, la confiance envers l'autre partenaire, l'écoute, la reconnaissance des compétences du médiateur et la collaboration. Ils doivent comprendre qu'ils ne sont plus dans une procédure conflictuelle, mais consensuelle (Sauthier, 2018 ; Vigneron-Maggio-Aprile, 2016).

La législation fédérale ne fixe pas expressément les exigences que doit détenir un médiateur, bien que le Conseil fédéral suggère qu'il doit être formé et qualifié (Beyeler, 2020 ; Gazzola, 2021). La doctrine, quant à elle, n'est pas unanime quant aux compétences juridiques et techniques dont doit faire preuve le médiateur. Afin de connaître toutes les spécificités du domaine, il est cependant courant qu'un médiateur se spécialise dans un domaine (Iselin Zellweger, 2018 ; Liatowitsch, 2017). Par ailleurs, les médiateurs doivent également acquérir des connaissances juridiques et conseiller aux parties de demander les services d'un représentant juridique (Baugniet, 2008 ; Cottier *et al*, 2017).

3.2.3 Etapes et déroulement du processus

Plusieurs approches et modalités du processus de médiation sont possibles et le médiateur, avec le consentement des personnes concernées, les choisit en fonction de ses préférences et de la situation du cas d'espèce (Wietlisbach, 2020). Bien qu'il respecte certaines étapes clés du processus, il n'est pas contraint de suivre un ordre précis et peut prendre la liberté d'en sauter ou de revenir sur certaines (Sauthier, 2018 ; Savourey, 2007).

Un processus « classique » se décline comme suit. Tout d'abord, le médiateur rencontre les parties et leur demande de décrire les problèmes liés au conflit et leurs ressentis (Monbaron, 2010). Lors de ces entretiens, le médiateur rappelle que le but de la médiation est de trouver des solutions aux problématiques et non des responsables, et en nomme les principes et objectifs. De plus, il fixe le lieu, la durée et les règles de communication de la médiation (Gréchez, 2005 ; Vigneron-Maggio-Aprile, 2016). Tout au long du processus, il s'assure du consentement des parents à participer (Sauthier, 2018). Ensuite, le médiateur met en exergue les différentes problématiques et aide les parties à comprendre le conflit et ses enjeux (Sauthier, 2018 ; Savourey, 2007). Ainsi, il les invite à exprimer leurs émotions, leurs désaccords et leurs points d'entente. Il tente de leur faire comprendre leurs besoins et intérêts et de les recentrer sur ces derniers (Vigneron-Maggio-Aprile, 2016 ; Wietlisbach, 2020). Par l'intermédiaire du médiateur, les anciens partenaires comprennent progressivement la vision et la position de l'autre et réalisent la pluralité des réalités quant au conflit (Salberg & Sambeth Glasner, 2008). Le médiateur les pousse également à réfléchir sur leurs actions, leurs positions et leurs rôles éducatifs et les aide à retrouver un équilibre dans leur coparentalité (Savourey, 2007). Ultérieurement, les anciens partenaires commencent à rechercher des solutions, en se concentrant sur les intérêts en jeu, et font diverses propositions (Savourey, 2007). Le médiateur souligne les avis similaires et encourage les parties à se montrer créatives (Sauthier, 2018). Après en avoir énoncé plusieurs, ces dernières sélectionnent, pour chaque point litigieux, la solution qui respecte le plus leurs valeurs et points de vue respectifs et réfléchissent à comment la mettre en place. Finalement, ces consensus sont retranscrits dans un accord écrit, qui a la particularité d'être spécifique, mesurable et exécutable (Vigneron-Maggio-Aprile, 2016).

Durant toutes ces étapes, des entretiens communs ou individuels ont lieu, où le médiateur gère le temps de parole de chacun (Monbaron, 2010 ; Sauthier, 2018). Afin de favoriser la discussion, le médiateur utilise des questions ouvertes, des hypothèses et reformule et synthétise leurs propos (Freih, 2018 ; Savourey, 2007).

3.2.4 La médiation et la conciliation

Bien que la médiation et la conciliation partagent la même finalité : trouver un arrangement à l'amiable entre des parties en litige avec l'aide d'un tiers indépendant, neutre et impartial, elles peuvent être distinguées sur plusieurs points (Baugniet, 2008 ; Gazzola, 2021 ; Mirimanoff & Vigneron-Maggio-Aprile, 2008). En premier lieu, la conciliation est dans certaines procédures judiciaires, une étape obligatoire et intervient uniquement dans ce cadre. De plus, le conciliateur est imposé aux parties et est un magistrat (Dutoit, 2019). Les parties, qui doivent certes comparaître en personne, s'expriment souvent peu et laissent leurs avocats, également présents, échanger.

De plus, la conciliation se limite à régler les problématiques juridiques soulevées dans les conclusions de la partie demanderesse, sur la base des faits et des éléments juridiques avancés (Beyeler, 2020 ; Mirimanoff & Vigneron-Maggio-Aprile, 2008 ; Vigneron-Maggio-Aprile, 2016). Ainsi le processus est « judiciarisé » (Guy-Ecabert, 2012). Contrairement à la médiation, elle ne se penche pas sur les liens des individus ni sur la dimension affective (Pignon, 2018) : elle n'a ni pour but de renouer le dialogue entre les parties, ni d'assurer la qualité de leur lien dans le futur, ni de leur permettre d'exprimer leurs besoins (Dutoit, 2019 ; Savourey, 2007). Par ailleurs, le conciliateur peut, sans les imposer, proposer des solutions et partager directement son opinion (Vigneron-Maggio-Aprile, 2016). La neutralité du conciliateur est alors moindre que celle du médiateur (Beyeler, 2020). Ainsi, l'accord trouvé en médiation repose uniquement sur les efforts, l'autonomie et la volonté des parties tandis que celui de la conciliation provient des diverses propositions du conciliateur (Dorsaz, 2011 ; Gazzola, 2021). La conciliation est un outil important et fait partie intégrante du modèle de Cochem valaisan. En effet, deux à quatre semaines après le dépôt de la requête, une séance de conciliation, qui se déroule en présence de plusieurs professionnels, a lieu. Elle permet aux parties de s'exprimer sur les sujets abordés dans la requête. L'enfant est également entendu avec ses parents dans ce cadre-là

(Rey-Mermet & Wack, 2021). Ainsi la conciliation et la médiation sont complémentaires, mais non identiques.

3.3 La médiation familiale dans la législation suisse

Contrairement aux Etats de l'Union européenne qui ont transposé dans leur législation nationale la Directive 2008/52/CE du Parlement européen relatif à la médiation, la Suisse a peu légiféré en matière de médiation (Mirimanoff, 2016). Elle est alors considérée comme un Etat « sous développé » dans ce domaine (Mantilla-Conti, 2019, p. 335). Néanmoins, depuis 2011 cette dernière est inscrite dans le Code de procédure civile, qui uniformise les différentes pratiques cantonales. Dans son message relatif à l'entrée en vigueur du CPC, le Conseil fédéral souligne l'importance de la médiation et la priorité qu'il souhaiterait lui accorder (FF 2006 6841, p. 6860). Cependant, ces normes sont très succinctes, car le législateur souhaite respecter l'autonomie des parties, en leur laissant le soin de régler l'organisation de la médiation, sans recevoir l'aide ou l'influence des autorités (art. 215 CPC) (Beyeler, p. 2020, Mirimanoff, 2019). Afin de pallier ce manque, l'Association suisse de Médiation, la Fédération suisse des associations de médiation et le Groupement Pro Médiation ont adopté des règles « déontologiques et éthiques » traitant des qualifications du médiateur, des principes et du processus de la médiation (Iselin Zellweger, 2018 ; Sauthier, 2018, p. 182).

Selon l'article 122 de la Constitution fédérale, la Confédération est compétente pour légiférer en matière de procédure civile (Mantilla-Conti, 2019). Ainsi, les cantons doivent respecter le CPC et doivent s'abstenir de prévoir dans leur législation des dispositions contraires au droit fédéral. Ce chapitre explique ainsi l'actuelle législation fédérale de la médiation.

3.3.1 La médiation dans le cadre d'une procédure civile

Le CPC traite uniquement de la médiation judiciaire civile, soit la médiation qui intervient dans le cadre d'une procédure contentieuse qui oppose plusieurs parties et qui se déroule au sein d'un Tribunal civil (Umbricht Lukas & Goor, 2011). Cette dernière est régie par les articles 213 à 218 CPC. Ces articles ne définissent pas la médiation et n'expliquent pas le déroulement de ce processus, mais détaille

seulement la relation entre les autorités et le médiateur ainsi que « les modalités d'intégration » de la médiation dans la procédure judiciaire (Beyeler, 2020, p. 300).

Dans les procédures civiles, les parties peuvent demander ensemble de remplacer la conciliation par la médiation (art. 213 al. 2 CPC) (Guy-Ecabert, 2012). Cependant, l'audience de conciliation est exclue dans les procédures de séparation de parents mariés (art. 198 let. a et c CPC), bien que le juge de fond convoque les parties pour trouver un accord. Ces audiences « de conciliation » sont menées directement par le juge de fond, ce qui limite son intervention (Wegelin, 2015). Dès lors, la médiation n'intervient pas dans les procédures comme alternative explicite à la conciliation, hormis pour les procédures d'action alimentaire de parents non mariés (Liatowitsch, 2017).

A tout moment durant la procédure, les parties peuvent demander au juge, par requête commune et non motivée, de pouvoir entrer en médiation. Le juge peut également leur conseiller de suivre une médiation (art. 214 al.1 et 2 CPC) (Umbricht Lukas & Gloor, 2011). Lorsque le processus de médiation débute, la procédure judiciaire est suspendue jusqu'à la révocation de la requête par une partie ou, en cas d'accord, jusqu'à la communication de la fin de la médiation (art. 214 al. 3 CPC). Cette suspension est dictée par la volonté de donner aux parties le temps nécessaire pour trouver des solutions (Beyeler, 2020). Lorsque ces dernières concluent un accord, le juge vérifie qu'il ne soit pas manifestement disproportionné. Si tel n'est pas le cas, il le ratifie (art. 217 CPC) ou raye l'affaire du rôle (art. 208 al. 3 et 242 CPC) (Beyeler, 2020 ; Vigneron-Maggio-Aprile, 2016). Si aucun accord n'aboutit, une des parties informe le tribunal de cet échec et ce dernier délivre une autorisation de procéder, qui permet aux parties d'agir ou d'être contraintes d'agir en justice (art. 213 al. 3 CPC) (Beyeler, 2020 ; Guy-Ecabert, 2012). Les parties sont libres de s'organiser comme elles le souhaitent, notamment dans le choix du médiateur et dans le déroulement du processus (art. 215 CPC) (Vigneron-Maggio-Aprile, 2016). Elles peuvent régler l'organisation de la médiation dans une convention. Dans d'autres cas, le processus de médiation est défini directement avec le médiateur, soit par un accord oral soit par un contrat de mandat. L'article 216 CPC consacre les principes de confidentialité et d'indépendance. Le médiateur et l'autorité judiciaire ne doivent être liés par aucune « relation institutionnelle ou

informationnelle » (Beyeler, 2020, p. 329). Aucune déclaration des parties n'est prise en compte dans la procédure (art. 216 al. 2 CPC) et le médiateur peut refuser de collaborer si l'autorité lui demande de témoigner (Monbaron, 2010).

3.3.1.1 La médiation en lien avec les enfants

L'article 297 al. 2 CPC est une *lex specialis* de l'article 214 al. 1 CPC. En effet, afin de trouver un accord sur les droits parentaux, un tribunal peut « exhorter » les parties à participer à une médiation pendant la procédure judiciaire. Ce terme signifie que le juge peut émettre « une recommandation très appuyée » pour que les parties entrent en médiation (Meier, 2012, p. 59). Cependant, en cas de refus, le juge ne peut contraindre les parents à s'y rendre ou les sanctionner (Beyeler, 2020). Le pendant de l'article 297 al. 2 CPC devant l'APEA est l'article 314 al. 2 CC, qui permet au juge d'exhorter les parents « en cours d'instruction à tenter une médiation dans tous les litiges relevant de la protection de l'enfant » (Lévy & Kiepe, 2020, p. 450). Par ailleurs, l'exhortation à la médiation ne suspend pas la procédure.

Ces normes légales doivent être distinguées de l'article 307 al. 3 CC, qui donne au juge le pouvoir d'obliger les parties à effectuer certaines mesures, telles que suivre une thérapie, un travail de coparentalité ou une médiation, afin de protéger l'enfant (TF 5A_522/2017, consid 4.7.3.2 ; Rey-Mersemet & Wack, 2021). Ainsi, lorsque le bien de l'enfant est en danger, que les parents ne peuvent y remédier par eux-mêmes, que la mesure est adaptée à l'enfant qu'elle permette de le protéger et que la proportionnalité est respectée la médiation peut être imposée aux parents, à titre de mesure de protection, et être assortie de l'article 292 CPC (TF 5A_522/2017, consid 4.7.3.2, TF 5A_887/2017, consid 5.1 ; Monbaron, 2010 ; Sauthier, 2018).

En présence d'enfants, la médiation est gratuite si les parties ne disposent pas des moyens nécessaires et si le tribunal recommande le recours à la médiation, soit quand il estime qu'elle a des chances d'aboutir (art. 218 al. 2 CPC) (Wietlisbach, 2020). Afin de favoriser la médiation dans les procédures familiales, cette gratuité s'étend également, depuis le 1^{er} janvier 2017, aux aspects financiers liés à l'enfant (Cottier, *et al*, 2017). Dans tous les autres cas, elle est à la charge des parties (art. 218 al. 2 CPC), mais les cantons peuvent prévoir des dispenses de frais supplémentaires (art. 218 al. 3 CPC), comme l'article 17 al. 2 LaCC/GE, qui prévoit qu'en cas

d'exhortation faite par l'APEA (art. 314 al. 2 CC), trois séances sont financées par le pouvoir judiciaire.

3.3.2 La médiation extrajudiciaire

Les parties peuvent entrer en médiation lorsqu'elles le désirent, en dehors de toute procédure judiciaire. Elle peut avoir lieu avant le dépôt d'une requête ou suite à un jugement, lorsque les parties souhaitent modifier la décision en vigueur (Lévy & Kiepe, 2020). Le CPC ne traite pas de la médiation extrajudiciaire, mais les grands principes, tels que la confidentialité, la neutralité et l'indépendance du médiateur, trouvent application (Beyeler, 2020). En cas d'accord, les parties ne ratifient pas l'accord au sens de l'article 217 CPC mais elles peuvent l'inscrire dans un titre authentique exécutoire (art. 347 CPC) (Vigneron-Maggio-Aprile, 2016).

4. La médiation est-elle efficace et appropriée pour résoudre les séparations conflictuelles ?

La médiation et la procédure judiciaire semblent totalement opposées et se distinguent sur de nombreux points (Gazzola, 2021). Cependant, bien que les modalités diffèrent, les objectifs sont identiques: la résolution de conflit, la satisfaction des parties et l'intérêt de l'enfant. Ainsi, cette partie est consacrée aux plus-values de la médiation par rapport à la procédure judiciaire, ses différences avec cette dernière et ses limites.

4.1 Les avantages de la médiation par rapport à la procédure judiciaire

4.1.1 La philosophie du « gagnant-gagnant »

En procédure judiciaire, chacune des parties pense détenir l'unique vérité, alors même que cette dernière diffère selon le point de vue (Guy-Ecabert, 2012). Ainsi, elles rédigent des requêtes offensives et contradictoires, obligeant le juge à trancher en faveur d'une partie et à leur imposer une décision (Salberg & Sambeth Glasner, 2008). Le jugement peut alors frustrer « le perdant » et faire perdurer le conflit, bien que la procédure contentieuse soit close (Rossier, 2015). En effet, la décision judiciaire a des conséquences parfois préjudiciables et constitue une intrusion dans la vie privée des individus (Mulon, 2011). Les solutions apportées en médiation émanent des individus eux-mêmes et sont davantage adaptées à leur situation. Les

accords « sur mesure » offrent l'avantage aux deux parties de ressortir « gagnantes » du processus et de ressentir un sentiment de justice (Baugniet, 2008 ; Vigneron-Maggio-Aprile, 2016). En plus d'un accord réglant les aspects juridiques, les parents parviennent à avoir des discussions respectueuses et sereines (Wietlisbach, 2020). Ainsi, la médiation s'éloigne du schéma binaire « bon-mauvais », au profit d'une « éthique de la discussion » (Jaccottet Tissot, 2002, p. 127).

Les avocats participent également à cette idée de « gagnant » et utilisent tous les moyens possibles pour obtenir gain de cause à leurs clients, au détriment de la résolution du conflit (Freih, 2018). Ils agissent selon les souhaits de leur client, ce qui laisse parfois peu de place aux compromis et à la discussion (Baugniet, 2008). Que ça soit à travers les écritures, les audiences ou les courriers envoyés, les avocats ont tendance à adopter une posture offensive et accablante envers l'autre partie (Freih, 2018). Leurs requêtes ou leurs plaidoiries tentent de prouver en quoi le client est meilleur parent que l'autre et dépeignent parfois ce dernier de manière peu élogieuse, sans prendre en compte l'intérêt de l'enfant (Rey-Mermet & Wack, 2021).

4.1.2 La prise en considération de tous les aspects du conflit et la flexibilité de la médiation

Le médiateur ne tranche pas et ne rend pas de décisions. Afin de guider les parties vers des solutions, il sort du cadre juridique et factuel et aborde les aspects éducatifs, économiques et psychologiques de la séparation (Belleau, 2015 ; Salberg & Sambeth Glasner, 2008 ; Vigneron-Maggio-Aprile, 2016). Pour comprendre la complexité des relations sociales, il s'aide du droit, de la sociologie, de la psychologie et opte ainsi pour une approche interdisciplinaire (Dorsaz, 2015). En effet, le conflit juridique implique souvent d'autres problématiques affectives et le médiateur aide les parties à les comprendre (Dorsaz, 2015 ; Sauthier, 2018). Il met l'accent sur les préoccupations, les valeurs et les besoins des deux parents (Dutoit, 2019, Lévy, 2013). Ainsi, le droit devient un moyen d'interprétation et de résolution du conflit, au même titre que les autres disciplines (Salberg & Sambeth Glasner, 2008). Par ailleurs, la médiation octroie davantage de temps et d'espace à l'écoute et à l'expression que ne le permet la procédure judiciaire (Rey-Mermet & Wack, 2021). La parole est libératrice et empêche, bien souvent, la violence d'émerger (Ganancia, 2018). De plus, la communication permet la restauration d'un lien abimé et la

création d'un nouvel équilibre familial, dont l'ancien a été ébranlé par la séparation (Gazzola, 2021 ; Vigneron-Maggio-Aprile, 2016). La médiation engendre souvent un travail d'introspection et d'investigation (Gazzola, 2021 ; Salberg & Sambeth Glasner, 2008).

La médiation n'est pas soumise à des règles de procédures strictes, qui limitent notamment le temps de discussion ou le nombre de sujets abordés (Guy-Ecabert, 2012). Elle s'adapte au cas d'espèce et jouit d'une plus grande flexibilité que la procédure judiciaire. En effet, la médiation ne suit pas des règles objectives, générales et abstraites, mais des principes et s'ajuste donc davantage au degré de conflit et au rythme des parties (Monbaron, 2010 ; Vigneron-Maggio-Aprile, 2016 ; Volckrick, 2016).

4.1.3 Des décisions prises en accord

Lorsque la médiation aboutit, une convention reprenant les solutions retenues par les parents est conclue. Contrairement à la procédure judiciaire où les aspects personnels de la vie des parties sont réglés par une autorité judiciaire détentrice du pouvoir, la médiation donne la possibilité aux parents, qui connaissent parfaitement leur situation familiale, de prendre des décisions l'influençant (Baugniet, 2008 ; Guy-Ecabert, 2009). De ce fait, il est plus aisé de mettre en œuvre les droits parentaux et d'assurer une coparentalité positive, qui « valorise les ressources et compétences des parents » lorsque les diverses hypothèses ont été abordées et discutées et que la solution résulte d'une négociation par les parties (Belleau, 2015 ; Staub, 2006 ; Gazzola, 2021 ; Versini, 2008, p. 120). Ainsi, l'accord consensuel est davantage détaillé, durable et complet qu'une décision judiciaire (Jordan, 2021 ; Staub, 2006). Par ailleurs, il permet de régler des points litigieux qui n'ont pas été nécessairement abordés dans les conclusions des parties, comme la répartition précise des vacances. De plus, un accord évite de générer de nouveaux conflits et est davantage respecté qu'une décision judiciaire imposée (Freih, 2018). En effet, un jugement règle provisoirement une situation, mais résout rarement les problèmes de fond liés au conflit (Freih, 2018 ; Sauthier, 2018). Bien que la solution retenue ne soit pas nécessairement la plus optimale, il est important de rappeler « qu'un mauvais accord vaut mieux qu'un mauvais procès » (Elkaim, 2016, p. 2).

4.1.4 L'intérêt de l'enfant

La médiation permet aux parents de réaliser qu'en dépit de leurs désaccords, ils détiennent souvent le même but : le bien-être de leur enfant (Freih, 2018). De ce fait, la médiation ne se centre pas uniquement sur les droits individuels, mais favorise la recherche d'accord respectant les intérêts de tous les membres de la famille, y compris et en particulier ceux des enfants (Bastard & Cardia Vonèche, 1999 ; Vigneron-Maggio-Aprile, 2016 p. 47). Pour ce faire, le médiateur leur invoque les principes généraux de la médiation, dont l'intérêt et les besoins de l'enfant, la protection de ceux-ci et le principe de parentalité (Volckrick, 2016).

Le médiateur responsabilise les individus dans leurs fonctions parentales et familiales et leur rappelle que la présence de l'autre parent auprès de l'enfant est inévitable (Sauthier, 2018, Savourey, 2007). De ce fait, la séparation exige des parents que malgré la fin de l'union conjugale, ils maintiennent une union familiale (Trembley *et al*, 2013). Le processus de médiation aide les parents à s'adapter à la nouvelle structure familiale et les incite à adopter une coparentalité saine et respectueuse, où chacun des parents respecte les besoins et rôles de l'autre (Bastard & Cardia-Vonèche 2002 ; Cottier, *et al*, 2017 ; Richard, 2014 ; Vigneron-Maggio-Aprile, 2016). La médiation respecte l'autonomie des parents et leur liberté de décision, car ils choisissent eux-mêmes les solutions qu'ils estiment favorables à leurs enfants (Savourey, 2007). En apaisant le conflit, en responsabilisant les parents et en les incitant à trouver des solutions concrètes et réalisables dans l'exercice des droits parentaux, la médiation garantit le bien-être et le bon développement de l'enfant, au sens des articles 3 et 18 CDE (Sauthier, 2018 ; Versini, 2008). Par ailleurs, la médiation favorise des contacts réguliers entre l'enfant et le parent non gardien, ainsi qu'une meilleure implication de ce dernier dans l'éducation de l'enfant (Staub, 2006). Ainsi, la médiation met en œuvre l'article 9 al. 3 CDE, qui donne le droit à l'enfant d'entretenir régulièrement des relations personnelles avec ses deux parents (Dorsaz, 2011).

4.1.5 L'économie d'argent et de temps

Bien qu'elle ne soit pas gratuite, la médiation permet parfois aux parents d'économiser de l'argent, car en cas d'accord, ils s'évitent des procédures

judiciaires coûteuses (Staub, 2006). En effet, la procédure engendre le paiement d'émoluments judiciaires, par exemple entre 600 et 1'500 CHF pour un divorce dans les cantons romands, et des honoraires d'avocats (Le mur a des oreilles, 2021 ; Schaller Reardon, 2016). Le prix moyen d'une séance de médiation en Suisse se situe entre 120 et 250 CHF, soit un montant inférieur aux honoraires d'avocats (Domenig & Lutz, 2019, p. 187 ; FSM, 2014). De plus, l'Etat prend en charge les frais de la médiation familiale aux conditions de l'article 218 al. 2 CPC et lorsque le canton le prévoit dans sa législation (Wietlisbach, 2020). En pratique, 52% des médiations sont financés par les services sociaux ou les tribunaux (FSM, 2014). Par ailleurs, la médiation familiale diminue les dépenses étatiques liées aux problèmes de santé publique engendrés par les conflits et/ou les procédures tels que les dépressions, les échecs scolaires, les troubles psychologiques et les maladies (Ganancia, 2018). Le Conseil fédéral reconnaît d'ailleurs le caractère économique et durable de la médiation (FF 2006 6841, p. 6860).

Encourageant l'autonomie des parties, le législateur n'a pas fixé de durée maximale à la médiation ou de délais particuliers (Guy-Ecabert, 2012). Ainsi, le rythme et la durée du processus dépendent des parties (Schaller Reardon, 2016). Selon l'enquête de la FSM de 2014, les médiations familiales comprennent en moyenne une à cinq séances (78%) et seuls 2% des médiations se prolongent au-delà de seize séances. Dans la majorité des cas (73%), elles durent entre deux et six mois (FSM, 2014). Néanmoins, certains avocats et juges observent que le processus de médiation perdure parfois davantage que les procédures de droit de la famille (Wegelin, 2015). Par ailleurs, les procédures judiciaires, contrairement aux accords, sont prolongées par de nombreux recours ou modifications dont elles font l'objet (Cottier *et al*, 2017 ; Dutoit, 2019). De plus, les médiations réussies allègent les tribunaux, qui connaissent une augmentation constante du nombre d'affaires familiales à traiter (Jordan, 2021). En effet, les accords exigent du juge uniquement leur ratification, ce qui est peu chronophage (Gazzola, 2021). Finalement, même en cas d'échec, la médiation n'est pas une perte de temps, car les parties acquièrent des facultés d'écoute et de négociation, qui pourraient leur servir dans une éventuelle procédure à venir (Bastard & Cardia Vonèche, 1999 ; Savourey, 2007 ; Willemin, 2016). Durant cette procédure, elles économiseraient du temps, car elles se seraient déjà prononcées en amont sur les points litigieux (Lévy, 2013 ; Schaller Reardon, 2016).

4.2 Les limites et les défauts de la médiation

Bien que le Conseil fédéral encourage depuis 2006 les acteurs judiciaires à privilégier les modes alternatifs de résolution de conflits et affirme que les procédures judiciaires restent *l'ultima ratio*, la participation à la médiation a peu augmenté depuis (FF 2006 6841, p. 6860). Dans la pratique, il est difficile de rendre compte de la mise en œuvre de la médiation en Suisse, car malheureusement, peu de données sur le sujet sont disponibles (Jordan, 2021). En 2012, l'interpellation du conseiller national A. Von Graffenried « comment la médiation est-elle utilisée dans les cantons » n'a pas été retenue par le Conseil fédéral. Ce dernier s'est justifié qu'au vu de la récente entrée en vigueur des articles 213ss CPC, il serait judicieux d'attendre plusieurs années avant de tirer un bilan sur la mise en œuvre de la médiation dans les cantons (Cottier *et al*, 2017). Néanmoins, certaines estimations de 2018 indiquent que la médiation représente entre 0,1 et 1% du contentieux judiciaire civil actuel en Suisse et que moins de 10% des divorces se règlent grâce à la médiation (Mantilla-Conti, 2019, p. 335 ; Wietlisbach, 2020, p. 459). Ce chiffre reste très faible, en comparaison à d'autres pays tels que l'Australie, la Belgique ou le Canada (Mantilla-Conti, 2019).

Ainsi, bien que la médiation soit prévue par le CPC depuis 2011 et encouragée par les lignes directrices de la CEPEJ dont la Suisse fait partie, elle reste particulièrement peu utilisée (CEPEJ, 2007 ; Mirimanoff, 2016). Comment expliquer cette faible participation ? Selon l'enquête de la FSM, bien que les médiateurs reconnaissent une meilleure acception de la médiation dans les consciences, ils déplorent les préjugés, les fausses croyances et l'ignorance envers ce métier et la primauté, encore bien présente dans la pratique, des voies judiciaires (FSM, 2014). En effet, la médiation étant un processus relativement récent, cette nouveauté peut effrayer les parties et les professionnels (Mantilla-Conti, 2019). Cette rubrique dresse alors les différentes limites et défauts de la médiation, qui expliqueraient, en partie, le faible taux de participation.

4.2.1 Les réticences des individus et les craintes des professionnels

La médiation étant dans la plupart des cas facultative, certains individus peuvent se montrer réfractaires à y participer ou à la continuer pour diverses raisons (Vigneron-

Maggio-Aprile, 2016). Certains ne veulent pas porter la responsabilité de la décision et préfèrent prendre de la distance par rapport au partenaire et au conflit (Dutoit, 2019). D'autres veulent sortir vainqueurs de la procédure et par peur d'être lésés, refusent la recherche de compromis avec la personne ennemie (Baugniet, 2008 ; Jordan, 2021). En effet, il est plus socialement admissible et « psychologiquement satisfaisant » de faire valoir ses droits et combattre l'autre partie, plutôt que de s'associer à cette dernière (Lévy, 2013, p. 474). Par ailleurs, les réticences à communiquer, à partager ses émotions et à écouter l'autre s'expliquent également par le peu de temps écoulé entre la séparation et le début de la médiation et les émotions vives que les parties ressentent à ce moment-là (Cottier *et al*, 2017). Ainsi, en particulier dans les séparations brutales, il est recommandé d'attendre quelque temps avant de débiter la médiation (Gréchez, 2005 ; Tremblay *et al*, 2013). Parfois, l'un des parents s'est recréé un nouveau foyer et refuse de perturber son nouvel équilibre familial en échangeant avec l'ancien partenaire (Peter, 2005).

Par ailleurs, certains parents considèrent le processus de médiation comme trop intrusif. En effet, la culture occidentale considère la famille comme une sphère fermée et intime et accepte difficilement l'ingérence de tiers extérieurs au sein de celle-ci (Cottier *et al*, 2017). D'autres estiment que l'intervention d'un énième professionnel dans la vie privée des individus n'est pas opportune et engendre des dépenses supplémentaires (Bastard & Cardia-Vonèche, 1999). Bien souvent, l'individu préfère faire appel directement à un avocat et ne perçoit pas l'intérêt de financer des aides psychosociales supplémentaires ou alternatives (Staub, 2006 ; Willemin, 2016). Ainsi, les frais de la médiation, à charge des parties, constituent parfois, une raison d'y renoncer (Domenig & Lutz, 2019).

La médiation part du principe que la famille a un fonctionnement « associatif », soit que les parties dialoguent, s'écoutent, se respectent, négocient et prennent les décisions ensemble, de manière équitable (Cottier *et al*, 2017). Cependant, tous les cultures et milieux sociaux présents en Suisse ne partagent pas les valeurs d'autonomie, de neutralité, de négociation, de tolérance, d'égalité et de démocratie au sein de la famille (Bastard, 2005 ; Staub, 2006). Certains parents détiennent une vision plus genrée ou hiérarchisée de la répartition des tâches éducatives ou domestiques et appliquent peu la négociation et la communication

(Bastard, 2005 ; Cottier *et al*, 2017). D'autres refusent de placer l'intérêt de l'enfant en priorité et se concentrent sur leurs intérêts personnels (Richard, 2014). Le choix d'entrer en médiation dépend également parfois de l'entourage de chaque individu. En effet, le soutien moral, affectif, financier et pratique du réseau personnel influence positivement la gestion du stress, le maintien d'une saine coparentalité et la recherche de compromis (Cottier *et al*, 2017, p. 47).

En outre, ce sont parfois les avocats qui s'opposent à ce que leurs clients tentent un mode alternatif de résolution de conflits (Freih, 2018). Ils craignent de voir leur clientèle diminuée, de perdre le contrôle de la procédure et le prestige de leur statut, de se sentir inutiles et de l'influence que pourrait exercer le médiateur sur leur client (Cottier *et al*, 2017 ; Jordan, 2021 ; Lévy, 2013). Ils s'abstiennent parfois de proposer la médiation par peur d'apparaître comme un professionnel manquant de pugnacité et de décevoir les attentes et les besoins du client. Par ailleurs, ils appréhendent les reproches du client ou la rupture du mandat en cas d'échec de la médiation. Ces craintes s'expliquent notamment par le manque de formation dans le domaine (Lévy, 2013). Selon une étude réalisée auprès de 128 avocats en 2017, 53% d'entre eux proposent la médiation plus d'une fois par an à leurs clients à Genève et 17% ne la proposent jamais dans le canton de Fribourg (Jordan, 2021, p. 1396).

Par manque de formation et d'informations relatives à la médiation, les juges se montrent parfois sceptiques quant au processus de médiation, à la forme des conventions trouvées et à leur ratification (Cottier *et al*, 2017). Selon une étude, seuls 46% des juges y sont sensibilisés et l'appliquent ou la promulguent « avec les moyens du bord » (Mirimanoff, 2019, p. 5). De plus, leur fonction les incite à « sanctionner un coupable ou protéger la partie faible » (Jordan, 2021, p. 1392). Ainsi, lors de l'entrée en vigueur du CPC, les juges conseillaient rarement la médiation et attendaient souvent que la proposition émane des parties. De plus, ils estimaient qu'il était du devoir des avocats de leur expliquer et leur proposer la médiation. Actuellement, les juges informent plus régulièrement les parties au sujet de la médiation et les exhortent parfois à y participer (Lévy & Kiepe, 2020). Néanmoins, selon l'étude de 2017, 33% de juges ne proposent jamais la médiation à Genève (Jordan, 2021).

4.2.2 Les situations où la médiation a peu de chance d'aboutir

Tout d'abord, la médiation peut s'avérer inutile lorsqu'un déséquilibre subsiste entre les parties, soit qu'une partie peine à défendre ses intérêts et prendre des engagements (Domenig & Lutz, 2019). Tel est le cas lorsqu'une personne est victime de violence psychique ou physique avérée et récurrente de la part de son partenaire, lorsqu'elle est en incapacité de discernement, lorsqu'elle est sous l'emprise de drogue, d'alcool ou souffrante d'une maladie psychique (Domening et Lutz, 2019 ; Sauthier, 2018 ; Vigneron-Maggio-Aprile, 2016). Hormis les violences conjugales, des conflits perpétuels et répétés, où chaque partenaire dénigre l'autre et souhaite s'approprier l'enfant, amoindrissent les chances de succès de la médiation. Ainsi, en cas de situation hautement conflictuelle, la thérapie familiale est davantage appropriée selon Cottier, *et al* (2017). En effet, les rapports de force présents dans l'ancien couple peuvent se reproduire dans le processus de médiation, au bénéfice du partenaire exerçant le contrôle (Richard, 2014). L'auteur de violence conjugale ou de domination a tendance à diriger la conversation et la négociation ainsi qu'à imposer ses points de vue tandis que la victime, par crainte d'éventuelles représailles, s'abstient de se prononcer et accepte les propositions émises (Cottier, *et al*, 2017). Des auteurs ont relevé que certaines féministes perçoivent la médiation comme un instrument de pouvoir masculin et sont d'avis que la médiation dessert les femmes (Bastard, 2005 ; Guy-Ecabert, 2009).

Cependant, les auteurs ne sont pas unanimes quant aux chances de succès de la médiation dans les cas précités. Certains avancent que la médiation, grâce à la supervision du médiateur, permet justement aux victimes de retrouver leur capacité décisionnelle (Richard, 2014). Sauthier (2018) est d'avis que la médiation offre parfois à la victime un lieu pour partager sa douleur et exprimer ses émotions et aide l'auteur à prendre conscience des conséquences de ses actes et à le responsabiliser. Elle explique que dans chaque cas d'espèce, il faut déterminer si l'intérêt qui l'emporte est celui de préserver des relations durables entre les parties, ce qui est souvent le cas en présence d'enfants, ou « s'il est nécessaire de désigner un responsable et protéger une victime » (Sauthier, 2018, p. 168). Cottier *et al* (2017) déclarent que la médiation est certes possible en cas de violence conjugale, mais qu'en présence de menaces et de risque de représailles important, la voie judiciaire offre une meilleure protection à la victime. Wietlisbach (2020) confirme que les

déséquilibres compliquent la médiation, mais explique que si les parents ont la volonté de collaborer afin de trouver des solutions communes et de maintenir une coparentalité saine, elle se justifie. Staub (2006) affirme qu'il est erroné de présumer que la médiation se prête uniquement au conflit léger et qu'elle désavantage les femmes.

Dans tous les cas, le médiateur doit cesser la médiation s'il constate une emprise ou de la violence présente et constante durant ces séances, car ces dernières empêchent le consentement ou la liberté d'expression d'une des parties (Versini, 2008). Le médiateur doit se montrer équitable et laisser un espace de parole suffisant à la victime, sans pour autant devenir partial (Sauthier, 2018). L'emprise d'un partenaire sur un autre peut être cachée et il n'est pas toujours évident pour le médiateur de la déceler (Cottier *et al*, 2017).

4.2.3 L'absence de cadre normatif

Il est régulièrement reproché à la médiation de trancher des situations juridiques sans égard pour les normes légales et les grands principes de droit public (Guy-Ecabert, 2012). En effet, il peut exister une tension entre l'obligation de signer un accord conforme au droit et favoriser l'éthique de la discussion et l'autonomie des parties (Jaccottet Tissot, 2002, p.133). La médiation ne suit pas des règles strictes « qui imposent une version morale de la famille bonne et accomplie », mais des principes qui s'adaptent à la singularité des parties (Volckrick, 2016, p. 385). Liatowitch (2017) estime que certains médiateurs, de par leur formation non juridique, éprouvent parfois des difficultés pour aider les parties à négocier un accord équitable et juridiquement pertinent. En effet, selon certains avocats, la médiation traiterai seulement de l'aspect émotionnel du conflit et ne permettrait pas de régler juridiquement une situation (Lévy, 2013). Ainsi, certains craignent que la médiation permette des « abus dans la gestion des situations privées » en passant outre certaines garanties procédurales (Bastard, & Carnia-Vonèche, 1999, p. 220; Bastard & Carnia-Vonèche & 2002). Néanmoins, il est important de rappeler que le juge ratifie l'accord selon l'article 217 CPC et vérifie ainsi que ce dernier soit conforme au droit et à l'intérêt de l'enfant (Guy-Ecabert, 2012 ; Jaccottet Tissot, 2002). Ainsi, l'accord doit se plier au droit impératif, aux règles préservant l'ordre public, aux

principes généraux et à l'intérêt de l'enfant (Lévy, 2013). Pour le reste, les parties sont justement libres d'adopter leurs propres solutions (Baugniet, 2008).

4.3 Conclusion intermédiaire

Au vu des avantages exposés ci-dessus, il paraît peu risqué de déclarer que la médiation est un moyen efficace et approprié pour tenter de résoudre le conflit, et garantir ainsi l'intérêt de l'enfant (Willemin, 2016). Afin de confirmer l'intérêt de cette méthode, il est pertinent de se tourner vers les statistiques. Bien qu'il faille se montrer prudent avec les chiffres et vérifier que les données prennent en considération tous les facteurs déterminants, ils donnent de bonnes indications et permettent de casser certains stéréotypes (Richard, 2014 ; Staub, 2006 ; Vert, 2018). Plusieurs études indiquent que la médiation convient, en moyenne, à 80% des personnes qui la tentent, contre 40 à 50% concernant les procédures judiciaires. Des études soulignent qu'elle est efficace auprès de toutes les classes sociales et avec tout type de conflit (Jordan, 2021 ; Staub, 2006). L'enquête de la FSM relève que dans 70% des cas, la médiation se solde par un accord (FSM, 2014 ; Lévy, 2013). De ce fait, la plupart des situations se prêtent à la médiation et cette dernière connaît un fort taux de satisfaction et de réussite. Ainsi, la plus grosse limite de la médiation résulte dans le peu d'informations disponibles à son sujet et le faible taux de participation (Versini, 2008).

5. Propositions pour améliorer la promotion et l'application de la médiation en Suisse : tour d'horizon des pratiques cantonales et étrangères

En s'inspirant des modèles étrangers et cantonaux, ce chapitre énonce des pistes de réflexion afin d'améliorer et favoriser la participation des parties.

5.1 Renforcer l'information au sujet de la médiation

Un des freins à la participation de la médiation est le manque d'informations disponibles et reçues au sujet du processus de médiation et des conséquences néfastes du conflit sur l'enfant (Mantilla-Conti, 2019). Pourtant, au vu de la volonté du Conseil fédéral, les tribunaux et les autorités doivent faire connaître ce mode de résolution de conflits aux parties, afin qu'elles puissent choisir, de manière libre et éclairée, de participer ou non à ce processus (Mantilla-Conti, 2019 ; FF 2006 6841). Par ailleurs, la résolution 2079 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

de 2015 encourage les Etats à développer la médiation familiale, notamment en instaurant une séance informative obligatoire à ce sujet, une meilleure formation des intervenants et en favorisant le modèle de Cochem (Jordan, 2021).

A Genève, le Tribunal de première instance et le TPAE peuvent mandater le Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (SEASP) afin que ce service aide les parents vivant une séparation conflictuelle à trouver des accords concernant les droits parentaux ou que les intervenants sociaux récoltent des informations complémentaires (Thorens-Aladjem, 2019). Dans ce cas, les parents doivent se rendre à une séance d'information obligatoire organisée par le service. La séance du SEASP traite du processus du deuil de la relation parentale, des conflits et de la coparentalité, des moyens de résolution de conflits, des besoins et des réactions de l'enfant liés à la séparation, du fonctionnement du service et les aspects juridiques (SEASP, 2017). En Bas-Valais, les parents doivent suivre une séance d'information, comparable à celle du SEASP, animé par un avocat, un médiateur ou un psychologue. Ces séances gratuites et obligatoires ont pour but de renseigner, conseiller et aider les parents et font partie intégrante de la procédure, bien qu'elles ne soient assorties d'aucune sanction en cas de manquement (Rey-Memeret & Wack, 2021).

Au Québec, une séance d'information au sujet de la parentalité, des besoins des enfants en temps de conflits et de la médiation est dorénavant obligatoire depuis le 1^{er} janvier 2016 pour tous les parents séparés souhaitant saisir le juge familial (Cottier *et al*, 2017 ; Combremont *et al*, 2017 ; Wegelin, 2015). Aux Etats-Unis, la plupart des Etats connaissent une séance obligatoire similaire à celles décrites ci-dessus (Staub, 2006). Par ailleurs, la Belgique a mis en place des programmes « Espace parents pendant la séparation » qui sensibilisent les parents au sujet de la coparentalité et des conséquences du conflit sur l'enfant. En France, le juge peut contraindre les parents à se rendre à un entretien d'information sur la médiation familiale (Sauthier, 2018). Néanmoins, cette pratique s'est avérée peu efficace (Jordan, 2021). En Angleterre et aux Pays de Galles, une séance informative sur la médiation est une prérogative obligatoire afin de déposer une requête de séparation (Cottier *et al*, 2017). Plusieurs auteurs sont favorables à ce que tous les cantons suisses mettent en

place une séance d'information obligatoire comparable à celles décrites ci-dessus (Combremont *et al*, 2017 ; Jordan, 2021 ; Wegelin, 2015).

5.2 Astreindre les parties à une médiation obligatoire en début de procédure

En Suisse, la médiation n'est pas obligatoire, à moins que les parties l'aient expressément prévu dans un contrat, qu'il s'agisse d'une mesure de protection (art. 307 CC) ou d'un cas d'enlèvement international d'enfant (art. 4 et 8 LF-EEA) (annexe n°4) (Beyeler, 2020 ; Guy-Ecabert, 2009). Dans les autres cas, la médiation reste volontaire, mais ne serait-il pas pertinent, au vu de son efficacité, de la rendre obligatoire ?

Tout d'abord, la médiation obligatoire doit être distinguée de la médiation ordonnée : la première oblige les parties à passer par une médiation avant de pouvoir saisir le juge tandis que la seconde implique que les parties « même si elles peuvent se sentir contraintes d'aller en médiation, ont malgré tout pu avoir accès au tribunal, et le renvoi n'est pas automatique, mais soumis à l'appréciation du juge » (annexe n°4) (Lévy & Kiepe, 2020, p. 447). Selon certains auteurs, la médiation se solde davantage par un accord si elle intervient avant l'ouverture de la procédure judiciaire (Combremont *et al*, 2016 ; Freih, 2018). En effet, cela permet de désamorcer les tensions, prévenir l'escalade de conflit et éviter le schéma gagnant-perdant (Bastard & Cardia Vonèche, 1999 ; Schaller Reardon, 2016 ; Wietlisbach, 2020).

La question de la médiation obligatoire est discutée depuis longtemps, mais n'a jamais été débattue de manière approfondie (Mirimanoff & Vigneron-Maggio-Aprile, 2008). Bien que la médiation obligatoire respecte l'accès à la justice concrétisé à l'article 6 CEDH, la rendre obligatoire en Suisse ouvre un large débat au sein de la doctrine (Jordan, 2021) : certains estiment qu'elle devrait être instaurée tandis que d'autres la considèrent comme inutile ou insensée (Baugniet 2008 ; Peter, 2005 ; Staub, 2006 ; Reiser, 2014). Guillaume-Hofnung (2016) indique même que « rendre la médiation obligatoire reviendrait à la tuer » (p. 31). Cette partie recense les arguments principaux des défenseurs et des opposants du concept d'obligation. Les défenseurs de la médiation obligatoire argumentent qu'elle est guidée par l'intérêt de l'enfant et/ou sa protection tout en garantissant une impartialité vis-à-vis

des parents (Domenig & Lutz, 2019 ; Jordan, 2021 ; Staub, 2006). En effet, l'Etat doit intervenir lorsque les parents ne sont pas en mesure de protéger leurs enfants, notamment lorsque le conflit parental est susceptible de perturber son développement (Staub, 2006). Ces auteurs ont la conviction que cette méthode est la plus apte à garantir une coparentalité saine, nécessaire au bien-être de l'enfant (Combremont *et al*, 2017 ; Peter, 2005). La médiation obligatoire est dès lors moins intrusive que les mesures de protection des articles 308ss CC (Staub, 2006). A moins que les parents refusent de collaborer, la médiation peut être une alternative aux restrictions des droits parentaux (Peter, 2005). En outre, intégrer la médiation dans le processus judiciaire permet, à long terme et à large échelle, de promulguer ce processus et de rappeler les conséquences du conflit sur le développement et le bien-être de l'enfant (Staub, 2006). Les professionnels en faveur de la médiation obligatoire estiment que, pris dans le conflit et aveuglés par la haine, les parents perdraient certaines de leurs facultés parentales et qu'une aide extérieure les aide à réfléchir et à agir de manière rationnelle. Pour ces défenseurs, la médiation obligatoire se justifie, en sus de l'intérêt de l'enfant, par la sauvegarde de l'intérêt public ainsi que par la surcharge des tribunaux (Lévy & Kiepe, 2020).

Les opposants à la médiation obligatoire estiment qu'obliger les parents à entrer en médiation ne respecte pas le principe d'autonomie des parties (Staub, 2006 ; Liatowitsch, 2017). La doctrine majoritaire souhaite laisser le libre choix aux parties de participer à la médiation, bien que les Etats puissent agir pour promulguer la médiation, notamment grâce à des séances d'information, des aides financières, etc. (Lévy & Kiepe, 2020 ; Mirimanoff, 2019). D'autres auteurs sont d'avis que l'obligation d'y participer violerait l'essence même de la médiation et la transformerait en une simple étape procédurale. Si les parties s'y adonnent sans grande conviction, le risque que les résultats soient décevants est élevé (Pignon, 2018 ; Vert, 2018). Par ailleurs, forcer des personnes à s'écouter, dialoguer et se voir alors même qu'elles ne le désirent pas, risque d'empirer la situation. De plus, imposer une médiation compliquerait la tâche du médiateur, qui devrait alors « convaincre » les parents du bien-fondé du processus et serait susceptible de perdre sa neutralité (Lévy & Kiepe, 2020). Ainsi, selon Liatowitsch (2017), il serait plus judicieux de garder la médiation comme une alternative au jugement. A cette argumentation, Staub (2006) répond que l'obligation restreint certes la liberté des individus, mais dans une

moindre mesure qu'une décision imposée par le juge ou conseillée par un avocat. Au contraire, la médiation offre aux parties la possibilité de décider elles-mêmes de leur futur et de les amener à trouver des solutions qui leur correspondent et auxquelles elles consentent (Jordan, 2021 ; Sauthier, 2018 ; Staub, 2006). Ainsi, de nombreux auteurs avancent que la médiation obligatoire contraint uniquement les parties à se rendre à une séance de médiation, mais n'engendre pas l'obligation de la poursuivre ou de parvenir à un accord (Domenig & Lutz 2019 ; Jordan, 2021 ; Lévy & Kiepe, 2020 ; Ganancia, 2018 ; Reiser, 2014). Cette première séance apaise d'ailleurs souvent les parties (Marie, 2018). En cas d'échec, elles peuvent évidemment régler leur différend devant un tribunal (Staub, 2006). Le médiateur doit alors être attentif aux attentes des parties et leur degré de motivation à y participer (Wietlisbach, 2020). Si elles refusent de collaborer ou si le médiateur estime que la médiation est vaine, ils peuvent y mettre fin (Krepper, 2012). Ainsi, il serait plus approprié de parler de « tentative de médiation » (Ganancia, 2018, p. 109).

Si la médiation devient obligatoire, il subsiste la question de savoir si une sanction, en cas de refus d'y participer, serait pertinente (Staub, 2006). En l'absence de sanction, cette obligation risquerait d'être peu respectée (Ganancia, 2018). Ainsi, le refus de médiation pourrait être sanctionné par la suspension de « certains droits parentaux, au titre de mesure de protection » (Meier, 2012, p. 61 ; Peter, 2005). Par ailleurs, Meier (2012) propose la suspension de la procédure judiciaire durant trois mois ainsi que l'application de l'article 292 CP. Liatowitsch (2010) s'oppose à l'idée et considère qu'une sanction est incompatible avec la médiation.

Bien que la Suisse ne connaisse pas la médiation obligatoire, plusieurs interventions parlementaires ont été déposées dans ce sens : l'interpellation de D. Baettig (10.3995) qui proposait au Conseil fédéral de réfléchir à l'application de la médiation obligatoire et de la pratique de Cochem ainsi que la motion de M. Roth-Bernasconi (11.3094), qui souhaitait instaurer des séances de médiation obligatoires et gratuites dans les procédures de divorce. En 2011, le Conseil fédéral a rejeté ces deux propositions en argumentant que les dispositions du CPC et du CC étaient suffisantes et qu'il était prématuré de déjà tirer des conclusions quant à l'application de ces normes. Cette même année, H. Hiltbold a déposé deux initiatives parlementaires (11.437 et 11.438) qui demandaient respectivement la création

d'une loi fédérale sur la médiation et la médiation obligatoire (Meier, 2012). En 2018, K. Graber a déposé une interpellation (18.4191) proposant au Conseil fédéral d'instaurer un projet pilote sur la médiation obligatoire en Suisse. Ce dernier a déterminé que ce projet n'était pas nécessaire étant donné l'exhortation de la médiation des articles 292 CPC et 314 CC et les différents programmes mis en place par les cantons (Jordan, 2021). Au niveau cantonal, le canton de Bâle-Ville a instauré depuis 2008, des consultations imposées, afin d'aider les parents à rechercher des solutions dans un cadre conflictuel (Cottier *et al*, 2017). La consultation imposée s'inscrit dans le cadre de l'article 307 al. 3 CC et se distingue de la médiation par son caractère obligatoire et non confidentiel vis-à-vis du juge (Cottier *et al*, 2017, p. 59). Dans le cadre des procédures matrimoniales, le canton de Saint-Gall a mis en place un processus obligatoire de résolution de conflits à l'amiable, qui suspend la procédure et dure quelques mois (Jordan, 2021). Ce soutien permet d'aider les parents à surmonter les enjeux et les difficultés liés à la séparation, à gérer le conflit et à trouver des solutions communes, compatibles avec l'intérêt de l'enfant (Cottier *et al*, 2017). Ces processus sont menés par des psychiatres ou des travailleurs sociaux spécialisés dans l'enfance (Jordan, p. 2021).

Depuis janvier 2020, le canton du Valais a développé un projet pilote à Monthey, qui applique le modèle de Cochem. Depuis le 1^{er} janvier 2022, il est applicable aux quatre districts du Bas-Valais (Rey-Mermet & Wack, 2021). Ce modèle, qui a vu le jour en 1992 en Allemagne, se caractérise notamment par l'existence d'un formulaire succinct, qui présente la situation personnelle des parents au juge et qui remplace la requête traditionnelle. Par la suite, un rendez-vous facultatif avec un travailleur social, qui a lieu dans 90% des cas, offre soutien et conseils. Après deux à trois semaines, une séance de conciliation a lieu en présence du juge, des avocats, du Service de la jeunesse et des parents (Jordan, 2021). En cas d'accord, ce dernier est ratifié par le Tribunal (art. 279 CPC) (Rey-Mermet, & Wack 2021). Lorsque le désaccord subsiste (5% des cas), le juge oblige les parties à participer à une médiation et/ou un travail de coparentalité ou une psychothérapie (guidance parentale, thérapie familiale, etc.), à titre de mesure de protection de l'enfant (art. 307 CC) (Jordan, 2021 ; Rey-Mermet & Wack, 2021). Une médiation est ordonnée lorsque des problèmes de communication subsistent et que le sort des enfants doit être réglé ou lorsque le juge ressent que malgré l'accord trouvé, les parties ont le

besoin de s'exprimer sur leur relation. Cinq séances sont payées par le canton. Le travail de coparentalité et la psychothérapie sont subsidiaires à la médiation (Rey-Mermet & Wack, 2021). Le juge fixe une nouvelle audience de conciliation dans les trois mois afin de revenir sur la mesure d'accompagnement entreprise (Sauthier, 2018). Durant ce laps de temps, une convention provisoire ou une décision sur mesure provisionnelle est prise. Suite à ces étapes et si aucun accord n'a pu être trouvé, le tribunal rend une décision. Ainsi, ce modèle met l'accent sur la responsabilisation des parents et l'intérêt de l'enfant. Il est important de préciser que ce modèle ne doit pas faire renoncer les parents à entamer des tentatives de médiation avant la procédure (Rey-Mermet & Wack, 2021). A Genève, les autorités se penchent sur une éventuelle instauration du modèle de Cochem tandis que le canton de Vaud s'est inspiré de ce modèle et a adopté, en début 2022, un projet pilote visant à favoriser le consensus parental (commission interdisciplinaire, procédure rapide, etc.) (Etat de Vaud, 2022 ; DIP, 2020).

Au niveau international, l'Allemagne applique le modèle de Cochem sur tout son territoire depuis 2005. Grâce à ce modèle, 70% des séparations sont réglées par consentement mutuel et ne nécessitent pas de décision judiciaire (Cottier *et al*, 2017, p. 59). En Australie, les parents séparés doivent se rendre à une *family dispute resolution*, soit à une médiation à faible prix, avant de saisir un tribunal (Cottier *et al*, 2017). L'Italie connaît également un système de médiation obligatoire (Lévy & Kiepe, 2020). Au Canada, le juge peut obliger les parties à participer à une médiation et lorsque des enfants sont concernés, la famille bénéficie de six séances gratuites. En Belgique, le Tribunal de la famille de Dinant s'est inspiré du modèle de Cochem et a instauré une séance d'information, une commission interdisciplinaire et des requêtes succinctes, permettant ainsi de minimiser le conflit (Jordan, 2021). Par ailleurs, des projets ou des lois imposant la médiation obligatoire ont vu le jour en Norvège, aux Pays-Bas, en Grande-Bretagne et en Autriche. Ces derniers ont été mis en place suite à la constatation des effets négatifs du conflit sur l'enfant et de la surcharge des tribunaux (Staub, 2006). Des études menées dans ces pays indiquent que les parents n'ont pas opposé de réticence à la médiation obligatoire et que ces dernières avaient un taux de réussite élevé, du moins égal à celui de la médiation conventionnelle (Jordan, 2021 ; Staub, 2006).

5.3 Instaurer une meilleure collaboration entre les professionnels

5.3.1 L'interdisciplinarité : un atout

Dans une majorité de cas, les parties ne souhaitent pas le conflit, mais ne sont pas informées des voies alternatives existantes (Dutoit, 2019). Afin que la médiation puisse être connue et efficace pour les parties, elle doit être promulguée et organisée par les différents professionnels, en particulier ceux du domaine juridique (Freih, 2018). Si la médiation reste facultative, le justiciable doit disposer de toutes les informations nécessaires afin de choisir le moyen le plus adapté à sa situation (Vigneron-Maggio-Aprile, 2016). Même en cas de médiation obligatoire, l'intervention et l'échange interdisciplinaires sont nécessaires pour la bonne prise en charge d'une séparation conflictuelle (Staub, 2006). Pour ce faire, les professionnels actifs dans le domaine de la séparation conflictuelle doivent bien connaître la médiation, ses atouts, ses particularités, ses attentes, ses rôles, son fonctionnement et croire suffisamment en son efficacité (Vigneron-Maggio-Aprile, 2016 ; Wegelin, 2015). L'interdisciplinarité permet de garantir un soutien juridique et social, de favoriser des accords ajustés aux familles, d'alléger les tribunaux, de répartir la charge de travail et de diminuer le risque d'instrumentalisation des professionnels (Rey-Mermet & Wack 2021; Staub, 2006). Par ailleurs, le médiateur aborde tous les aspects du conflit, ce qui rend le processus interdisciplinaire (Belleau, 2015).

A titre d'exemple, le modèle de Cochem préconise l'interdisciplinarité, en prévoyant des rencontres régulières entre les différents professionnels tels que des juges, des avocats, des psychologues, des médiateurs et des travailleurs sociaux (Rey-Mermet & Wack, 2021). Bien que la collaboration se soit avérée compliquée dans un premier temps, elle est vite apparue comme une plus-value et une solution de qualité (Sauthier, 2018). Grâce à ces échanges, les professionnels définissent leurs missions, clarifient leurs rôles et comprennent et reconnaissent ceux des autres (Domenig & Lutz, 2019 ; Sauthier, 2018). Dans le modèle valaisan, les travailleurs sociaux peuvent intervenir directement dans la procédure et les différents professionnels s'offrent mutuellement des formations (Rey-Mermet & Wack, 2021). A Genève, le Réseau Enfants Genève a vu le jour et permet une réflexion interdisciplinaire afin d'améliorer la collaboration entre les parents et les professionnels (Jordan, 2021). Ainsi, les

modèles de consensus parental dépendent beaucoup de la faculté des spécialistes de la séparation parentale à collaborer (Rey-Mermet & Wack, 2021).

5.3.2 La médiation et les juges

En 2015, l'assemblée générale de l'Association suisse pour la médiation a mis en lumière le manque de coopération entre les médiateurs et les tribunaux, l'absence d'uniformisation entre ces derniers et une délégation trop tardive de la médiation (Cottier *et al*, 2017). A titre d'exemple, une étude effectuée en 2013 a démontré que seulement 10 dossiers sur 24'000 ont été orientés en médiation par le Tribunal civil de Genève (Mirimanoff, 2016). De ce fait, les juges sont invités à proposer davantage la médiation aux parties lorsqu'ils l'estiment pertinente et adaptée à leur situation (Mantilla-Conti, 2019 ; Vigneron-Aprile-Maggio, 2016). Pour ce faire, une norme fédérale invitant les juges à expliquer la médiation aux parties pourrait être inscrite dans le CPC, à l'instar de l'article 17 LaCC/GE (Cottier *et al*, 2017 ; Vigneron-Aprile-Maggio, 2016). De plus, les juges devraient être systématiquement sensibilisés à la médiation, sans pour autant y être formés (Mantilla-Conti, 2019). Cette sensibilisation pourrait être encadrée par un magistrat responsable au sein de chaque tribunal (Mirimanoff, 2019). En effet, il a été constaté que lorsque le juge croyait en la médiation, la conseillait et s'impliquait dans le processus, les parties y adhéraient davantage, car ces dernières suivent régulièrement les recommandations d'une autorité (Jordan, 2021, Wegelin, 2015). Néanmoins, certains juges relèvent que lorsque les parties sont engagées dans une procédure judiciaire, la médiation s'avère moins efficace (Wegelin, 2015). En plus de les conseiller ou de les enjoindre à une médiation, tous les juges, à la lumière du modèle de Cochem, devraient écouter attentivement les parties et les informer des conséquences négatives du conflit sur l'enfant et de leurs devoirs (Sauthier, 2018).

5.3.3 La médiation et les avocats

L'avocat a parfois tendance à se centrer sur la volonté du client, au détriment de la résolution de conflit et des aspects émotionnels de la procédure (Freih, 2018). Cependant, il est dans l'intérêt de ce dernier que l'avocat lui présente les différentes modalités qui s'offrent à lui et qu'ils discutent ensemble de la solution la plus adaptée au cas d'espèce (Dutoit, 2019 ; Vigneron-Maggio-Aprile, 2016). Il doit exposer au client les avantages, dont l'économie de temps et d'argent, ainsi que les

risques de la médiation (Sambeth Glasner & Pastore, 2015). Par ailleurs, l'avocat doit rassurer son client et apporter un regard objectif à ses requêtes. En effet, ce dernier est souvent épris de diverses émotions et il est du devoir de l'avocat, comme le prescrit le modèle de Cochem, d'adopter une vision « reconstructive » de la famille et non destructrice (Sauthier, 2018, p. 177). Il doit agir selon les intérêts, et pas nécessairement selon les désirs de son client, et prendre tous les éléments en compte (violence, présence d'enfants, etc.), afin de savoir si la médiation est appropriée (Sambeth Glasner & Pastore, 2015). L'avocat ne doit pas oublier qu'il exerce un métier de service, d'écoute et d'accompagnement et que son client reste un être humain, doté d'émotions. Ainsi, le conseiller et l'écouter fait également partie de son rôle (Lévy, 2013). De plus, comme le préconise le Code suisse de déontologie des avocats (art.9), l'avocat est responsable d'organiser une « orientation préalable » dans l'intérêt de son client (Dutoit, 2019 ; Schaller Reardon, 2016). En effet, s'il omet de se plier à ce devoir, le client, qui perd son procès et qui n'a pas été informé de la possibilité d'entamer une médiation en amont ou durant la procédure, peut alors se retourner juridiquement contre son avocat (Elkaim, 2016 ; Schaller Reardon, 2016).

Ainsi, ce dernier doit abandonner le réflexe de recourir immédiatement à la procédure judiciaire (Sambeth Glasner & Pastore, 2015). Néanmoins, le médiateur doit aussi échanger avec l'avocat et admettre que les parties nécessitent des conseils juridiques (Baugniet, 2008 ; Ganancia, 2018, Krepper, 2012 ; Wietlisbach, 2020). Bien que les avocats éprouvent quelques craintes envers la médiation, ils doivent collaborer à sa mise en œuvre, non seulement dans l'intérêt des parents et de l'enfant, mais également du sien (Rey-Mermert & Wack, 2021). En effet, la médiation offre à l'avocat de nouveaux outils pour réussir à satisfaire son client, lui parfait sa réputation et peut même s'avérer rentable (Lévy, 2013 ; Sambeth Glasner & Pastore, 2015).

Concrètement, lorsqu'il n'est lui-même pas le médiateur, l'avocat aide son client dans le choix du médiateur et dans l'organisation du processus (Vigneron-Maggio-Aprile, 2016). Il peut donner son avis sur les solutions évoquées durant les séances et sur leur pertinence juridique, se prononcer sur la ratification de l'accord et participer à sa rédaction (Baugniet, 2008 ; Vigneron-Maggio-Aprile, 2016). Durant le processus,

il peut aider son client à dresser une liste de ses besoins et intérêts et ceux de l'autre parent (Sambeth Glasner & Pastore, 2015).

5.4 Légiférer au niveau national

La Confédération est compétente pour légiférer en matière de procédure civile et les cantons en matière d'organisation judiciaire civile. Les cantons peuvent adopter des normes qui précisent les dispositions fédérales (Gazzola, 2021). Par exemple, l'article 120 de la Constitution genevoise mentionne l'encouragement à la médiation et l'article 17 LaCC/GE oblige le tribunal à informer les parties de l'existence de la médiation (Beyeler, 2020 ; Sambeth Glasner & Pastore, 2015). Dans le canton de Vaud et de Genève, des dispositions cantonales imposent aux médiateurs de se soumettre à une procédure d'accréditation et d'assermentation, bien que les parties demeurent libres dans le choix du médiateur (Gazzola, 2021).

Néanmoins, la marge de manœuvre laissée aux cantons peut s'avérer confuse. A titre d'exemple, le canton de Fribourg avait prévu dans sa législation, une autorisation étatique de pratiquer pour les médiateurs (art. 6 OMed/FR). Cette norme légale a été l'objet de larges débats. Certains étaient d'avis que le droit fédéral avait volontairement laissé aux cantons le soin de définir les exigences pour devenir médiateur tandis que d'autres estimaient que cette disposition cantonale violait l'article 215 CPC, qui consacre l'autonomie des parties. Dans son arrêt 2C_283/2020 du 5 février 2021, le TF a déterminé que la réglementation fribourgeoise ne respectait pas l'article 215 CPC. Il avance que si le législateur avait voulu limiter l'activité du médiateur civil, il aurait légiféré explicitement à ce propos. De plus, cette norme cantonale complique l'exécution de la médiation, ce qui est contraire aux objectifs du CPC. Ainsi, les cantons ne peuvent pas limiter l'autonomie des parties, sauf s'ils financent eux-mêmes le médiateur (art. 218 CPC) et ne peuvent pas réglementer le processus de médiation (Beyeler, 2020 ; Guy-Ecabert, 2009). Les cantons peuvent néanmoins fixer des exigences en termes d'indépendance, de diligence et orienter les personnes vers certains médiateurs, par exemple grâce à une liste établie (Gazzola, 2021). Dès lors, cet arrêt met en lumière la difficulté pour les cantons de délimiter leur marge de manœuvre.

De plus, comme mentionné précédemment, la législation fédérale traitant de la médiation est volontairement succincte car le législateur a la volonté d'offrir une

alternative souple à la procédure judiciaire (FF 2006 6841, p. 6943 ; Mantilla-Conti, 2019). Le CPC ne détaille pas le processus de médiation et n'en donne aucune définition (Jordan, 2021 ; Mirimanoff, 2019). Selon Guy-Ecabert (2009) il serait faux de vouloir définir la médiation, car cette notion est basée sur la volonté des parties, qui fixent leurs propres règles. En effet, la médiation doit être adaptée aux différends des individus et donc organisée par leurs soins (Mantilla-Conti, 2019). Par ailleurs, selon le Conseil fédéral, la médiation est un processus particulier, dont « les exigences techniques et personnelles relatives au médiateur ne peuvent pas être traitées dans une loi de procédure civile » (FF 2006 6841, p. 6943). Umbricht Lukas & Gloor (2011) pensaient qu'en 2011, une loi fédérale compléterait le CPC afin de déterminer notamment la formation, la responsabilité et l'inscription des médiateurs dans un registre professionnel. Cependant, contrairement aux pays germanophones, aucune loi fédérale sur la médiation n'a vu le jour (Umbricht Lukas & Gloor, 2011). De plus, Guillaume-Hofnung (2016), relève que l'absence de définition juridique de la médiation entraîne une confusion avec la conciliation et une « stagnation de la médiation » (p. 30). Elle indique que la médiation nécessite une définition et un régime juridique propre mais que pour ce faire, il est nécessaire d'obtenir des données qualitatives à son sujet (Guillaume-Hofnung, 2016). Finalement, une loi fédérale permettrait d'effacer les disparités entre les cantons, car actuellement, aucune disposition ne les contraint à mettre en œuvre ce processus (Mantilla-Conti, 2019). De plus, elle permettrait d'encadrer la pratique de la médiation et la profession de médiateur, soit des thèmes encore largement débattus. Ainsi, la question de la pertinence d'une loi fédérale sur la médiation reste ouverte, mais vaut la peine d'être posée.

Il serait également judicieux que le législateur national légifère sur les coûts des médiations et donne, à tout le moins, une fourchette des honoraires. Actuellement, le CPC est muet sur ce point (Wietlisbach, 2020). Lors de l'avant-projet du CPC, le Conseil fédéral s'était montré favorable à la gratuité de la médiation, contrairement au Conseil national (Guy-Ecabert, 2009). Afin d'encourager la pratique de la médiation, cette dernière devrait être gratuite ou du moins subventionnée, à l'instar de la France (Versini, 2008, p. 101). En effet, contrairement à la procédure qui se termine toujours par une décision, la médiation peut être un échec et ne déboucher sur aucun accord. Cette incertitude peut démotiver les parties à déboursier des frais

supplémentaires (Guy-Ecabert, 2009 ; Mantilla-Conti, 2019 ; Wegelin, 2015). Un consensus sur la gratuité de la médiation pourrait être trouvé afin d'uniformiser les différentes pratiques cantonales et garantir une certaine équité (Jordan, 2021). Par exemple, à Genève, l'article 17 al. 2 LaCC/GE indique qu'en cas d'exhortation du Tribunal (314 al. 2 CC), trois séances sont payées par le pouvoir judiciaire.

PARTIE EMPIRIQUE

6. Analyse des données et résultats

Après avoir présenté la médiation et les procédures judiciaires sous un angle théorique, cette seconde partie analyse les propos recueillis lors d'entretiens avec cinq médiateurs, deux avocats et deux juges actifs dans le domaine de la séparation familiale. Les professionnels ont ainsi donné leur avis sur les grands axes de ce mémoire, à savoir l'efficacité de la médiation, ses avantages et ses défauts par rapport à la procédure judiciaire, la collaboration des professionnels et le caractère obligatoire de la médiation. Ils ont également partagé leurs propositions pour améliorer et promulguer ce mode de résolution de conflits.

6.1 Les plus-values de la médiation par rapport à la procédure judiciaire

L'avantage de la médiation familiale résulte dans le fait que les parents « restent experts » de leur séparation, et que le médiateur les guide afin de parvenir à un accord individualisé et adapté à leur situation familiale (Médiateur 2 ; Médiateur 5). Les médiateurs « ont une croyance profonde que le changement est possible » (Médiateur 3) et ils sont convaincus que les individus sont capables de trouver eux-mêmes des solutions à leurs problématiques (Médiateur 1 ; Médiateur 2) et ce, dans un laps de temps relativement court (Médiateur 5). Un médiateur rappelle d'ailleurs que la justice intervient dans la séparation uniquement en cas de désaccord des parents. La médiation jouit ainsi d'une plus grande flexibilité dans les conventions contrairement au droit qui « est binaire et simplifie les choses » (Médiateur 2).

Même si la médiation aborde des éléments du passé, elle se concentre principalement sur le présent et le futur (Médiateur 1) et replace l'enfant au centre (Médiateur 4). En effet, le médiateur, contrairement à l'avocat, se centre davantage sur l'intérêt de l'enfant, laissant au second plan l'aspect financier de la

séparation et l'intérêt des parents (Avocat 1). De ce fait, la médiation familiale amène les parents à comprendre que « même si le couple parental est mort, la coparentalité doit survivre » (Médiateur 1). Il est dans l'intérêt de l'enfant que les parents discutent ensemble des points litigieux de leur séparation et ne les délèguent pas à une personne extérieure, tel que le juge, ce qui les obligerait à « partir en lutte » (Médiateur 1). Ce pouvoir de décision rassure les enfants (Médiateur 5), car ils observent que leurs parents « sont capables de prendre des décisions à leur égard » et se sentent dès lors soutenus (Médiateur 1). En effet, la procédure judiciaire et les écritures parfois trop « injurieuses » des avocats (Juge 2), participent à l'enlisement du conflit et à l'accroissement de l'agacement, ce qui est particulièrement néfaste à l'enfant (Avocat 2 ; Juge 2). Ainsi, la médiation permet parfois de l'éviter (Avocat 2).

Il est erroné de penser que les conflits autour de la séparation se règlent uniquement grâce au droit, car l'aspect émotionnel est considérable dans ces cas de figure (Médiateur 2). Ainsi la médiation, contrairement aux procédures judiciaires, offre un espace où les émotions peuvent être partagées et où l'individu peut être reconnu dans son identité et son rôle parental (Médiateur 2). Grâce à l'obligation de confidentialité, les individus s'expriment plus librement (Avocat 1 ; Médiateur 5). De ce fait, même si la médiation ne se solde par aucun accord, « le fait même d'avoir pu discuter et échanger sur leurs désaccords est une victoire » (Médiateur 1). De plus, la médiation permet de traiter des aspects administratifs de la séparation, tels que les questions de fiscalité, de subsides, etc. (Médiateur 2) mais également les aspects concrets de la séparation comme l'organisation des vacances (Juge 2 ; Médiateur 1). Finalement, les accords trouvés en médiation sont davantage appliqués (Juge 2 ; Médiateur 1) et génèrent moins de coûts que les procédures judiciaires (Médiateur 1). Ainsi, « un bon accord vaut mieux qu'une procédure judiciaire » (Juge 2).

6.2 Les limites, les défauts et les situations où elle la médiation est déconseillée

La plupart des personnes interviewées ont répondu que la médiation était déconseillée dans des cas de violence physique ou psychologique, d'emprise ou de déséquilibre conjugal (Avocat 1 ; Avocat 2 ; Juge 1 ; Juge 2 ; Médiateur 1 ; Médiateur 4 ; Médiateur 5). L'auteur de violence peut utiliser la médiation à son

avantage, voire « manipuler le médiateur », au détriment des enfants et de la victime (Avocat 2). Ainsi, dans ces situations toxiques qui représentent, selon un avocat, 25% des séparations, la médiation est contre-indiquée (Avocat 2), vouée à l'échec et une perte de temps (Avocat 1). En effet, la médiation impose à la victime, qui tente de se reconstruire et de reprendre confiance en elle, de se confronter et de se retrouver à nouveau en présence de son ex-partenaire violent. Cette situation peut alors empirer son état psychologique (Avocat 2). De plus, la médiation est inappropriée lorsque la personne souffre de troubles psychiques ou addictifs (Juge 2 ; Médiateur 1 ; Médiateur 5) et dans les situations de maltraitance envers les enfants (Juge 2).

Néanmoins, certains professionnels tempèrent ce point de vue en expliquant que si les personnes participent de leur plein gré, une médiation peut être tentée, même dans des cas de violence (Médiateur 2 ; Médiateur 3 ; Médiateur 5). C'est au médiateur de décider, après s'être entretenu avec les personnes concernées, si la médiation peut perdurer ou non (Médiateur 3 ; Médiateur 5). Pour ce faire, il doit évaluer le seuil et la réciprocité de la violence et déterminer s'il se sent « confortable » de continuer le processus (Médiateur 2 ; Médiateur 3). De plus, il doit également analyser, de cas en cas, si la poursuite de la médiation garantit l'intérêt des parties (Médiateur 5). Par ailleurs, si les violences sont intervenues dans un passé lointain, la médiation est envisageable (Juge 2). Hormis les situations de violence, les deux anciens partenaires sont parfois dans des phases distinctes d'acceptation de la rupture et l'un d'entre eux peut se sentir « émotionnellement trop atteint » (Médiateur 1). En effet, l'un peut vivre la séparation comme un choc et doit alors prendre du recul et du temps avant d'être en mesure de négocier, de se positionner, de prendre en considération l'intérêt de l'enfant et d'intégrer que le couple conjugal est fini et que la séparation doit être réglée (Juge 2 ; Médiateur 1). Dans certains cas, le médiateur cesse la médiation, car il estime qu'une thérapie ou une procédure judiciaire est plus appropriée ou parce qu'il constate que les individus préféreraient se voir imposer une décision judiciaire (Médiateur 1 ; Médiateur 2 ; Médiateur 3). Ainsi, la médiation n'est pas en concurrence avec la procédure judiciaire, mais la complète (Médiateur 3).

Quant aux défauts et désavantages de la médiation, certains professionnels avancent que les conventions conclues ne respectent pas toujours les normes

légales, notamment quant aux aspects financiers de la séparation. Ainsi, quelques professionnels interviewés déplorent le manque de connaissances juridiques des médiateurs. Ils se plaignent de devoir eux-mêmes corriger les accords conclus et indiquent que ces changements perturbent les parties (Avocat 1 ; Avocat 2 ; Juge 1). De plus, les exigences nécessaires pour exercer le métier de médiateur sont trop vagues (Avocat 2). Néanmoins, un juge s'oppose à ces avis en avançant que les conventions qu'il ratifie sont toujours conformes au droit et que les médiateurs sont suffisamment formés juridiquement (Juge 2). Par ailleurs, certains médiateurs reconnaissent leurs limites et expliquent manquer de connaissances techniques et juridiques nécessaires à la liquidation du régime matrimonial, aux questions de fiscalité et aux calculs relatifs aux contributions d'entretien (Médiateur 1 ; Médiateur 2 ; Médiateur 4). Ainsi, lorsqu'ils n'y parviennent pas eux même, les médiateurs se réfèrent aux conseils de notaires ou d'avocats ou laissent directement ces derniers régler certains points de la convention (Médiateur 1 ; Médiateur 2 ; Médiateur 4). La collaboration est importante, car les accords juridiquement incorrects engendrent une perte de croyance en la médiation de la part des autres professionnels (Médiateur 1).

Un autre reproche formulé à l'encontre des médiateurs est la perte de leur neutralité et leur parti pris pour l'un des parents, « forçant l'autre à accepter un accord » (Avocat 1). Un avocat déplore que celui qui est le plus autoritaire et qui s'oppose davantage obtient plus facilement gain de cause en médiation (Avocat 2). Un autre défaut soulevé est le risque que la médiation soit tentée dans l'unique but de retarder l'avancée de la procédure (Médiateur 2). De plus, certains individus, par peur d'être seuls, « ont besoin du conflit pour vivre » et utilisent la médiation comme lieu de rencontre pour l'alimenter (Juge 2 ; Médiateur 1). Par ailleurs, il existe également la crainte que les personnes, par lassitude ou fatigue émotionnelle et dans le but de régler le plus rapidement la séparation, acceptent une proposition qui ne respecte pas suffisamment leurs besoins (Médiateur 1 ; Médiateur 5). Le médiateur, pressé par le temps et souhaitant trouver un consensus (Juge 2), peut ne pas déceler ce risque et s'abstenir « de creuser suffisamment la dynamique conjugale » (Médiateur 5). Il est également reproché à la médiation de parvenir uniquement à des « moitiés de résultat » et de ne pas générer des conventions complètes (Juge 1).

Un autre constat se dresse : plus la médiation intervient tardivement, plus il est parfois difficile d'obtenir des résultats (Juge 1 ; Médiateur 2 ; Médiateur 4). En effet, la haine et le conflit s'installent durablement entre les parents et le médiateur peut se retrouver impuissant (Médiateur 2). A titre d'exemple, sur les deux cents procédures annuelles traitées par un juge civil, seules quatre d'entre elles se soldent par un accord en médiation. Ainsi, les résultats des médiations judiciaires sont décevants (Juge 1). Des médiateurs confirment ce postulat, mais précisent qu'il est parfois pertinent d'entamer une médiation à la suite d'une longue procédure judiciaire, restée sans effet. En effet, suite à cette dernière, les parties sont excédées et souhaitent essayer d'autres alternatives (Médiateur 1 ; Médiateur 5). Sur le plan organisationnel, un médiateur critique le manque de cohésion entre les médiateurs et « l'éparpillement » géographique des lieux de médiation (Médiateur 5). En outre, le droit d'être entendu de l'enfant est peu respecté en médiation, car ce dernier y participe rarement (Avocat 1). Finalement, le principe de confidentialité de la médiation n'est pas systématiquement respecté en procédure et aucune sanction n'est prononcée en cas de violation (Avocat 2).

La médiation a été présentée aux juges « comme la solution miracle dès l'entrée en vigueur du CPC », bien qu'à l'heure actuelle, l'un d'entre eux constate que cette dernière n'a pas drastiquement révolutionné le système (Juge 1). Ainsi, la médiation est « un outil comme les autres, mais n'est pas une baguette magique » (Juge 1) ni « la panacée » pour régler toutes les situations (Médiateur 1).

6.3 La place de la médiation dans les procédures judiciaires

L'exhortation des parties à la médiation au sens de l'article 297 al. 2 CPC est rare (Avocat 1 ; Juge 1) et lorsque cette disposition est appliquée, elle est peu respectée (Juge 1). De plus, bien que l'article 214 al. 1 CPC prévoit que le juge civil peut suspendre la procédure en faveur d'une médiation, cette option est peu utilisée (Juge 1). Il a été observé que davantage de personnes recourent à la médiation lors des procédures de divorce que celles en mesures protectrices de l'union conjugale. Cette différence s'explique notamment par le fait que lors du divorce, les individus ont pu suffisamment « digérer la séparation » (Avocat 1). Les juges du TPAE exhortent quant à eux régulièrement les parents à la médiation dans les procédures de

séparations conflictuelles. Néanmoins, l'un d'entre eux constate que les parties ont souvent besoin de s'entretenir avec l'autorité judiciaire en sus du médiateur (Juge 2). Peu de médiations ordonnées sont prononcées sur la base de l'article 307 CC (Avocat 1 ; Juge 1). Les professionnels juridiques se montrent sceptiques à l'idée d'imposer une médiation à des parties réfractaires (Avocat 1 ; Avocat 2 ; Juge 1 ; Juge 2). Finalement, un médiateur souligne la différence entre les médiations volontaires et celles conseillées par le SEASP ou le juge (Médiateur 5). Dans ces derniers cas, les accords complets et la poursuite de la médiation sont moins fréquents (Médiateur 2 ; Médiateur 5). Ainsi, le médiateur se concentre davantage sur le rétablissement de la communication entre les individus (Médiateur 5).

Selon un avocat, bien que l'idée soit intéressante, la médiation ne devrait pas être obligatoire et ne pourrait constituer une étape de procédure pour trois raisons principales : premièrement, en cas d'urgence ou de mesures provisionnelles, il serait risqué que la procédure dépende de la disponibilité des médiateurs. Deuxièmement, il serait déconseillé de forcer les personnes à suivre une médiation alors même que la violence subsiste dans la relation. Ainsi, si la médiation devient obligatoire, les cas de violence devraient constituer des exceptions, ce qui compliquerait la mise en pratique de cette obligation. Troisièmement, la médiation obligatoire pourrait contraindre des victimes à se confronter aux auteurs de violence et empirer leur état psychologique (Avocat 1).

Les médiations qui se déroulent en cours de procédure sont les plus conflictuelles et les plus compliquées (Médiateur 1 ; Médiateur 2 ; Médiateur 4). De ce fait, certains professionnels sont favorables à l'instauration en Suisse, à l'instar du Québec ou de l'Australie, d'une médiation obligatoire en amont de la procédure judiciaire (Avocat 2 ; Juge 1 ; Juge 2 ; Médiateur 5). Ainsi, la procédure devrait être subsidiaire à la médiation et s'ouvrir uniquement lorsque cette dernière n'a pas fonctionné (Juge 1 ; Médiateur 1 ; Médiateur 2 ; Médiateur 4 ; Médiateur 5). Néanmoins, l'obligation ne forcerait pas les personnes à participer à diverses séances de médiation, mais les contraindrait à entrer en contact avec un médiateur, à s'informer et à tester une séance de médiation (Médiateur 1 ; Médiateur 2 ; Médiateur 4 ; Médiateur 5). En effet, il ne faut pas perdre de vue que le processus fonctionne uniquement si les individus consentent à se réunir, discuter et participer (Médiateur 1). La médiation

doit rester un choix, bien qu'il faille davantage la promouvoir et l'appliquer auprès des individus (Juge 2 ; Médiateur 4). Pour ce faire, un médiateur propose une séance individuelle obligatoire pour tout individu vivant une séparation conflictuelle (Médiateur 1). Durant celle-ci, le médiateur donnerait des informations sur la médiation et son processus et jugerait s'il est approprié de continuer, dans le cas d'espèce, les séances de médiation (Médiateur 1). Par ailleurs, cette séance permettrait à chaque individu de disposer de tous les renseignements et informations nécessaires pour décider s'il souhaite ou non poursuivre la médiation (Médiateur 1 ; Médiateur 5). Ainsi, cette première séance permettrait d'aguiller le médiateur et les parents afin de déterminer si la procédure est davantage adaptée à leur situation, ce qui s'avère le cas dans une minorité de situations (Médiateur 1). Ainsi, il serait plus judicieux de parler de tentative de médiation obligatoire (Juge 1 ; Médiateur 5). Pour un avocat, la médiation devrait être une condition sine qua non à toute procédure, mais uniquement si un psychologue spécialisé dans la médiation, grâce à diverses séances, opère un « tri préalable ». Il détecterait les situations qui ne se prêtent pas à la médiation (violence, emprise, etc.) et donnerait ainsi son aval aux parties pour continuer le processus ou non (Avocat 2). Cette obligation permettrait de prendre en compte le côté émotionnel de la séparation, d'empêcher l'escalade du conflit et d'éviter à la victime de subir les reproches du juge ou de la partie adverse, en cas de refus de la médiation (Avocat 2).

6.4 Les actions effectives et souhaitées des différents professionnels pour connaître, promouvoir et appliquer la médiation

Bien qu'un certain travail en réseau existe entre les différents professionnels (avocats, médiateurs et juges) certains y relèvent quelques dysfonctionnements (Juge 1 ; Médiateur 2). Tout d'abord, un juge explique que les médiateurs accusent souvent les magistrats d'être responsables du faible taux de médiation (Juge 1). Cependant, à Genève, les juges suivent une formation de deux jours au sujet de la médiation et sont régulièrement et abondamment informés à ce sujet (Juge 1). En effet, un médiateur confirme que les professionnels du droit sont correctement informés au sujet de la médiation (Médiateur 5). Par ailleurs, par manque de temps, les juges ne souhaitent plus se rendre aux conférences et colloques traitant de la médiation (Juge 1). Ils souhaitent davantage se former à la conciliation, car contrairement à la médiation, ils jouent un rôle actif dans ce processus. Enfin, même lorsqu'ils exhortent

les parents à une médiation, les juges ne reçoivent aucune information et aucun suivi par rapport à celle-ci (Juge 1).

Plusieurs interviewés déplorent que certains juges et avocats informent peu les individus au sujet de la médiation (Avocat 1 ; Médiateur 5). Cependant, un magistrat déclare évoquer systématiquement la médiation avec les parties (Juge 1). Un avocat tempère ces propos en précisant que les juges informent souvent les parties, en particulier lorsqu'ils sentent que les personnes sont encore blessées par la séparation (Avocat 1). Quant aux avocats, ces derniers informent parfois les parties de l'existence de la médiation, mais s'abstiennent dans les cas de violence (Avocat 1 ; Avocat 2). Par ailleurs, les principes de la médiation ainsi que les médiateurs à contacter restent encore « flous » pour certains avocats (Avocat 2). Ainsi, ils recommandent uniquement des médiateurs-avocats (Avocat 1 ; Avocat 2). Certains professionnels souhaiteraient que les juges et les avocats « uniformisent leur pratique » et expliquent systématiquement aux parties le processus de médiation (Avocat 1 ; Médiateur 1 ; Médiateur 5). De ce fait, l'Ordre des avocats de Genève devrait encourager davantage les avocats à renseigner leurs clients sur l'existence et le processus de ce mode alternatif de résolution de conflits (Avocat 1). Par ailleurs, la communication et les contacts entre les médiateurs et les avocats sont faibles (Avocat 2 ; Médiateur 5).

Afin de faire connaître la médiation auprès des individus, la séance d'information obligatoire du SEASP à Genève s'avère utile et appropriée et sur question de ma part, la plupart des professionnels répondent qu'elle pourrait effectivement s'étendre à toute la Suisse (Avocat 1 ; Avocat 2 ; Juge 1 ; Juge 2 ; Médiateur 1 ; Médiateur 5). Un juge précise que la séance d'information doit aborder systématiquement les conséquences « catastrophiques » du conflit parental sur l'enfant afin d'alerter les parents (Juge 2). Pour certains médiateurs, organiser ce type de séance est une idée pertinente, mais cette dernière devrait être indépendante de l'Etat et ne dépendre d'aucun organisme (Médiateur 3 ; Médiateur 4). Par ailleurs, une séance d'information théorique n'est pas suffisante, car la médiation doit être vécue et expérimentée pour être complètement connue et comprise, ce qui n'est actuellement pas encore le cas en Suisse (Médiateur 2 ; Médiateur 3 ; Médiateur 5). Ainsi, la promotion de la médiation doit encore être

améliorée (Médiateur 4), notamment dans le but d'épargner l'enfant des conséquences du conflit sur son développement et de préserver son intérêt (Juge 2 ; Médiateur 5).

En outre, de nombreuses situations pourraient être traitées en priorité par des médiateurs, avant même l'intervention d'un avocat ou d'un juge (Médiateur 1). Les médiateurs reconnaissent cependant que la collaboration avec les juristes est parfois nécessaire pour conclure une convention conforme au droit (Médiateur 1 ; Médiateur 3 ; Médiateur 4). En effet, dans le but de préserver l'intérêt de l'enfant, les professionnels doivent mettre leur égo professionnel de côté et assumer d'être en « interdépendance » (Médiateur 3). Par ailleurs, peu d'avocats conseillent à leurs clients de prendre contact avec des médiateurs, du moins non juridiques (Médiateur 1). Ceci peut s'expliquer par le fait que ces derniers redoutent parfois la concurrence et veulent « protéger leur profession » (Médiateur 2 ; Médiateur 5). Néanmoins, un avocat indique qu'il ne craint pas pour sa profession, car les situations de violence et d'emprise constituent malheureusement une part non négligeable des séparations et ces dernières doivent être réglées en procédure judiciaire (Avocat 2).

6.5 La législation et le financement de la médiation

La plupart des professionnels se montrent favorables à un développement du cadre législatif, cantonal ou fédéral, en matière de médiation (Avocat 1 ; Avocat 2 ; Médiateur 3 ; Médiateur 4 ; Médiateur 5). A Genève, un projet de loi portant sur la médiation est en cours (Médiateur 2 ; Médiateur 5). Il serait pertinent que la législation stipule l'existence d'une tentative obligatoire de médiation préalable à la procédure et qu'elle définisse davantage le processus de médiation (Avocat 1 ; Avocat 2 ; Juge 1 ; Médiateur 1 ; Médiateur 5). Ainsi, le CPC pourrait être complété et le principe de confidentialité devrait être assorti d'une sanction en cas de violation (Avocat 2). Par ailleurs, l'obligation pour les avocats d'informer leur clientèle de l'existence de la médiation devrait être insérée dans la LLCA (Avocat 1). Deux personnes interviewées soulignent que la législation devrait être fédérale afin de diminuer les disparités entre les cantons (Avocat 1 ; Médiateur 1). Cependant, un avis minoritaire estime que les professionnels doivent jouir d'un certain pouvoir

d'appréciation en matière de médiation et qu'une législation supplémentaire ne s'avère pas nécessaire (Juge 2).

Plusieurs professionnels estiment que les qualifications et la formation des médiateurs doivent être encadrées législativement, car il subsiste un flou juridique (Avocat 1 ; Avocat 2 ; Juge 1 ; Médiateur 3 ; Médiateur 4 ; Médiateur 5 ;). En effet, le métier de médiateur répond à des règles éthiques strictes et une protection de la profession s'impose (Médiateur 3), notamment pour que cette branche jouisse d'une plus grande reconnaissance (Médiateur 1 ; Médiateur 4). Des discussions sont en cours au niveau national pour déterminer quelle formation les médiateurs doivent suivre (Médiateur 5). Par ailleurs, bien que le canton de Genève dispose d'une liste des médiateurs assermentés, cette dernière ne semble pas être tenue à jour (Juge 1).

Selon plusieurs avis, « l'argent ne doit pas être un frein à la médiation » (Médiateur 3 ; Médiateur 4 ; Médiateur 5). Pour ce faire, diverses solutions peuvent être envisagées. Actuellement, la plupart des médiateurs appliquent des tarifs proportionnels aux revenus des individus (Médiateur 1 ; Médiateur 2 ; Médiateur 3 ; Médiateur 4). Afin de bénéficier d'une meilleure accessibilité, des professionnels sont d'avis que la médiation devrait être subventionnée (Médiateur 2 ; Médiateur 5). Néanmoins, cette dernière ne devrait pas être gratuite, car elle risquerait de « perdre de sa valeur » (Médiateur 5). D'autres se montrent favorables à la gratuité de la médiation, du moins des deux premières séances (Avocat 1 ; Avocat 2 ; Juge 1 ; Juge 2 ; Médiateur 1). Cette gratuité se justifierait d'autant plus si une tentative de médiation devient obligatoire (Médiateur 2). Bien que l'assistance juridique prenne à charge certaines médiations, elle exclut la classe moyenne et n'est dès lors pas suffisante (Juge 1). Ainsi, cette dernière pourrait être « élargie ou facilitée » (Médiateur 2). Dans tous les cas, la réduction des frais de la médiation encouragerait les gens à tenter une médiation, en lieu et place d'une procédure, souvent plus onéreuse (Médiateur 1 ; Médiateur 5). Si les tarifs demeuraient les mêmes qu'actuellement, les frais devraient être repartis entre les partenaires en fonction des revenus de chacun et non par moitié car ces derniers sont souvent un sujet de discorde supplémentaire (Avocat 1). Finalement, deux personnes interviewées s'opposent à toute subvention ou gratuité car elles souhaitent que la médiation reste totalement indépendante de l'Etat (Médiateur 3 ; Médiateur 4).

6.6 Les propositions pour promouvoir et appliquer davantage la médiation

Selon un avocat, la Suisse est peu avancée en matière de médiation, mais « n'est pas à la traîne » (Avocat 1) tandis que son confrère estime que le taux de médiation est encore faible (Avocat 2). Néanmoins, les avocats et juges ignorent le nombre de médiations extrajudiciaires et peinent ainsi à déterminer si la médiation est suffisamment appliquée (Avocat 1 ; Avocat 2 ; Juge 1). La médiation est en hausse progressive (Médiateur 2), bien que les individus continuent d'avoir le réflexe, en cas de conflit, de faire appel à un avocat (Médiateur 4). De manière générale, la médiation n'est pas « assez reconnue et ancrée dans la culture juridique et dans la société » (Médiateur 5) et il faudrait « continuer de développer l'esprit de la médiation » (Médiateur 3). Ainsi, diverses solutions ont été proposées par les professionnels.

Tout d'abord, un professionnel déplore le fait que peu de statistiques existent sur le nombre de médiations effectuées et leur taux de réussite. Ainsi, il serait pertinent d'obtenir ces données (Juge 1). Une autre proposition est d'instaurer, dans toutes les procédures en droit de la famille, une conciliation obligatoire menée par un juge conciliateur. La médiation resterait ainsi facultative (Juge 1). Actuellement, seule l'action alimentaire impose une séance de conciliation avec un juge conciliateur (Juge 1). Les avocats soulignent que la conciliation actuelle en matière de droit de la famille est peu efficace, car elle se déroule majoritairement devant un juge de fond (Avocat 1 ; Avocat 2). De plus, ce dernier détient uniquement une formation juridique et a un emploi du temps particulièrement chargé (Avocat 1). Dès lors, les audiences de conciliation pourraient être remplacées par une médiation obligatoire (Avocat 1 ; Avocat 2).

Bien que la collaboration entre les professionnels ne soit pas nulle, il serait pertinent d'instaurer à Genève le modèle de Cochem, qui concrétise l'interdisciplinarité et la collaboration (Juge 1), ou à tout le moins développer un réseau de professionnels, qui pourraient s'entraider afin de traiter tous les aspects conflictuels des séparations (Médiateur 2).

Pour pallier le flou juridique autour de la qualification et de la formation des médiateurs, les mesures suivantes pourraient être instaurées : premièrement, il serait

pertinent que les médiateurs se spécialisent dans un domaine spécifique du droit (Juge 1). Deuxièmement, la liste des médiateurs assermentés à Genève devrait être davantage actualisée et contrôlée (Avocat 2 ; Juge 1 ; Médiateur 1) et les avocats devraient en recevoir une copie au sein de leur étude (Avocat 2). Troisièmement, les conditions pour être nommé médiateur devraient être plus strictes (Juge 1 ; Médiateur 1 ; Médiateur 2). Par exemple, la formation de médiateur familial devrait être allongée et assortie d'un stage de deux ans, car le métier est exigeant et difficile (Médiateur 2). De plus, des formations continues, des supervisions et des suivis devraient être garantis (Médiateur 1 ; Médiateur 2). Pour ce faire, les médiateurs en droit d'exercer devraient être obligatoirement agréés par la Fédération suisse de médiation et l'Association suisse de médiation familiale (Médiateur 1). En renforçant les exigences de formation et de pratique du médiateur, le métier serait davantage valorisé par les autres professionnels (Médiateur 1 ; Médiateur 2 ; Médiateur 3 ; Médiateur 4). Selon les avocats interviewés, il est nécessaire que les médiateurs détiennent une formation juridique afin que des accords durables et légaux soient conclus (Avocat 1 ; Avocat 2). Ainsi, tous les médiateurs devraient être avocats ou juge et avoir suivi une formation en médiation (Avocat 1 ; Avocat 2). Selon un avocat, l'idéal serait qu'un ancien juge de droit de la famille, avec une pratique d'une dizaine d'années au sein d'un tribunal civil, assure toutes les médiations familiales (Avocat 2).

Les médiateurs ne sont pas du même avis. Certains encouragent justement les avocats et les juges à assister à une séance de médiation, afin d'en comprendre toute la subtilité (Médiateur 2) et d'être davantage sensibilisés à ce sujet (Médiateur 1). De plus, certains professionnels soulignent les postures distinctes du médiateur et de l'avocat (Juge 2 ; Médiateur 1 ; Médiateur 3). En effet, le premier se concentre sur le lien, l'émotion et la reconnaissance tandis que le second se centre davantage sur les aspects techniques et juridiques. Ainsi, la crainte que les avocats « se placent sur le marché de la médiation » est présente (Médiateur 1). De plus, tous les avocats devraient bénéficier d'une formation qui aborde les différents aspects de la séparation, notamment le volet émotionnel (Médiateur 2) et les conséquences du conflit sur l'enfant (Juge 2). D'autres consentent à ce qu'un avocat puisse être également médiateur, mais déplorent les honoraires supérieurs (Médiateur 4) et la formation plus succincte des médiateurs-avocats par rapport aux médiateurs non

juridiques (Médiateur 5). Un médiateur rappelle que l'essentiel est de se recentrer sur l'intérêt de l'enfant et de « sortir de ces guerres d'égo » (Médiateur 4).

En outre, il a également été proposé d'imposer un délai maximum pour la durée de la médiation obligatoire, à savoir trois mois, afin que cette dernière ne s'éternise pas et ne serve pas à retarder la procédure (Avocat 1). Par ailleurs, plusieurs médiateurs ont vanté les mérites de la co-médiation et certains suggèrent de la rendre obligatoire (Médiateur 1 ; Médiateur 3 ; Médiateur 4). En effet, elle permet d'apporter un second point de vue, d'éviter au médiateur de se tromper dans l'analyse de la situation ou d'être influencé par l'un des deux anciens partenaires (Médiateur 1) et de renforcer ses aptitudes en gestion d'émotions (Médiateur 3 ; Médiateur 4). Par ailleurs, un médiateur encourage la parité des genres dans les différentes co-médiations afin que les individus évitent d'associer le médiateur ou la médiatrice à leur ancien partenaire (Médiateur 1). En outre, les médiations devraient davantage prendre en compte les disparités culturelles et travailler sur les différentes visions et compréhensions des rôles parentaux au sein des familles (Juge 2).

La majorité des personnes interviewées a déclaré que la médiation devait intervenir le plus tôt possible. Ainsi, la société dans son ensemble doit « éduquer » les individus à la médiation, afin qu'ils aient le réflexe, en cas de conflit mineur, de se tourner vers des modes alternatifs de résolution de conflits, dont la médiation (Avocat 1 ; Juge 1 ; Médiateur 1 ; Médiateur 2 ; Médiateur 3). Ainsi, il faudrait informer la population de la médiation à titre préventif, en amont de tout conflit (Avocat 1 ; Médiateur 1 ; Médiateur 2 ; Médiateur 3 ; Médiateur 4). Pour ce faire, il serait judicieux de faire des campagnes de prévention et d'accroître la visibilité de la médiation sur la voie publique, par exemple grâce à des publicités sur les transports publics (Avocat 1), à des roulottes itinérantes qui permettent aux médiateurs d'échanger directement avec la population (Médiateur 4) ou à des bureaux installés au sein même des mairies pour discuter directement avec les mariés (Médiateur 3). Afin de promouvoir la médiation, la FSM devrait accroître ses activités et recevoir davantage de subventions (Médiateur 1). Par ailleurs, il serait pertinent de créer un cours d'« éducation civile » dès l'école secondaire afin de renseigner les jeunes sur leurs droits et sur les moyens d'actions à entreprendre en cas de séparation, de deuil, de dépression ou de toute autre étape difficile à vivre (Avocat 1 ; Médiateur 2). Ce

cours aurait un but préventif, mais également dissuasif, car il s'adresserait aux potentiels victimes et auteurs (Avocat 1).

En s'inspirant des pratiques étrangères, les médiateurs pourraient s'établir dans des lieux plus stratégiques et visibles. Par exemple, des bureaux de médiation pourraient être créés au sein même des tribunaux, afin de faciliter le lien et la rapidité entre la médiation et la procédure (Médiateur 3). De plus, les différents médiateurs pourraient être rassemblés dans des centres de « relations familiales » où tout individu intéressé se rendrait afin de pouvoir obtenir des conseils conjugaux, suivre des médiations, des cours de coparentalités, etc. Ces centres s'érigeraient dans des lieux hautement fréquentés par la population (Médiateur 5). En outre, il serait pertinent de recentrer la pratique de la médiation sur l'intérêt de l'enfant en responsabilisant davantage les parents sur leur coparentalité. Il faudrait orienter les discussions et les questions à son sujet et développer « une méthodologie de travail axée sur les enfants » (Médiateur 5).

7. Discussion

La finalité de cette partie est de répondre aux questions posées dans la partie introductive (Partie 1). Pour ce faire, les différentes pistes proposées par les professionnels seront analysées afin de souligner les similitudes et divergences qui existent entre elles et les comparer aux éléments théoriques. Enfin, je fais part de mon avis personnel.

7.1 La médiation doit-elle être davantage promue et appliquée ?

Concernant l'efficacité de la médiation, les réponses des professionnels convergent avec les éléments exposés dans la théorie. Bien que plusieurs avantages aient été soulevés, trois sont d'une importance capitale et ont été relevés par la majorité des auteurs et professionnels. Premièrement, la médiation permet de résoudre des conflits en donnant aux anciens partenaires le pouvoir de régler juridiquement leur séparation. En effet, ils proposent eux-mêmes des solutions adaptées à leur situation et les inscrivent dans un accord. Ainsi, de par cette flexibilité et l'autonomie des parties, la médiation offre des conventions davantage durables et applicables. Il est intéressant de constater que les médiateurs insistent sur la pertinence de régler la séparation d'un couple avec le moins d'intrusion étatique possible, tout en assurant

la protection de l'enfant. En effet, l'organisation du couple et de la famille se distance peu à peu de la morale et des injonctions sociétales et il est important que cette liberté se retrouve également dans la séparation. Deuxièmement, un des grands avantages de la médiation réside dans son aspect interdisciplinaire, car en plus de régler la situation juridique d'une séparation, la médiation aborde les difficultés émotionnelles que la rupture conjugale engendre. Troisièmement, la médiation replace l'intérêt de l'enfant au centre et encourage les parents à respecter leur coparentalité.

La majorité des professionnels reconnaît ainsi la pertinence de la médiation pour résoudre les séparations conflictuelles. Cependant, il est intéressant de constater que les avocats et un des juges interviewés sont plus sceptiques concernant l'efficacité de la médiation et peinent à expliciter les avantages concrets de cette dernière. Bien qu'ils reconnaissent que la médiation participe à l'apaisement du conflit et favorise l'intérêt de l'enfant, ils éprouvent quelques difficultés à en comprendre le processus. De plus, ils craignent souvent qu'une partie prenne le dessus sur l'autre et que seul un accord partiel ou incorrect soit conclu. Contrairement aux médiateurs, ils relèvent peu la nécessité de discuter de tous les aspects du conflit et d'adopter une approche interdisciplinaire, en particulier si aucune convention n'est signée. Cette vision pourrait s'expliquer soit par un manque de croyance et d'intérêt en ce mode de résolution de conflits soit par un manque d'informations et de connaissances. Les médiateurs affirment justement que la médiation est utile, même en cas d'échec, et reconnaissent davantage la richesse de cette interdisciplinarité. Selon eux, la médiation n'est pas exclusivement du ressort du droit et cet avis se ressent dans leur langage. Par exemple, ils n'utilisent jamais le terme de « partie » ou de « cas » mais parlent de personnes et de situations.

Quant aux limites et désavantages de la médiation, les professionnels pointent du doigt le manque de connaissance juridique des médiateurs et le nombre trop élevé d'accords manifestement contraire au droit. Les avocats et un des juges sont très critiques à ce sujet et estiment que c'est un problème considérable, au point où ils souhaiteraient que tous les médiateurs suivent une formation juridique. Les médiateurs reconnaissent leurs carences juridiques et font appel aux juristes en cas de besoin. Néanmoins, ces derniers sont d'avis que le médiateur non juriste offre

davantage de neutralité et de place aux émotions qu'un médiateur-avocat, qui éprouvera plus de difficulté à sortir de sa posture d'Homme de droit. Il est intéressant de relever que les points abordés dans la partie théorique n'ont pas relevé l'ampleur du débat autour de la qualification et la formation du médiateur. Concernant ce silence, j'émetts l'hypothèse que ce sujet est sensible et qu'il peut froisser les différentes catégories de professionnels. En effet, il est délicat de déclarer dans des articles publics qu'un avocat ne puisse pas être médiateur ou qu'à l'inverse, un médiateur doit nécessairement être juriste.

En outre, la question de l'exclusion de la médiation dans les cas de violence ou d'emprise divise aussi bien les auteurs de la littérature que les personnes interviewées. Les avocats sont catégoriques et estiment que la médiation n'est pas adaptée dans ces cas de figure. Les médiateurs ont un avis plus tempéré sur la question et expliquent que la violence n'est pas systématiquement incompatible avec la médiation. Il est alors pertinent de laisser aux parties et au médiateur le soin de décider, de cas en cas, si la continuité de la médiation est adéquate. Cette différence peut s'expliquer par la posture de l'avocat, dont les priorités sont l'intérêt et les droits de son client tandis que le médiateur cherchera avant tout le compromis et le consensus. Par ailleurs, l'avocat reçoit uniquement la version de son client et ne détient pas toujours une vision globale de la situation. Néanmoins, le médiateur doit s'abstenir de forcer la coopération des parties et ignorer les conséquences désastreuses que cette collaboration imposée peut avoir sur la victime. Les médiateurs interviewés sont lucides et arrivent à nommer les différents risques, limites et défauts de la médiation. Finalement, les juges sont plus modérés et estiment que certaines situations ne se prêtent pas à la médiation, notamment au vu du moment d'intervention et de l'existence de violence.

Par ailleurs, la majorité des professionnels confirme ce que la plupart des auteurs cités avancent : la médiation est encore trop méconnue en Suisse. Ainsi, tous se montrent en faveur d'une séance d'information obligatoire et d'une meilleure visibilité de la médiation en Suisse. L'enquête empirique ne permet pas de mesurer l'ampleur de cette méconnaissance auprès de la population, mais les quelques données existantes à ce sujet et l'expérience des professionnels amènent à penser que la médiation n'est pas assez présente dans les mentalités et dès lors

expérimentée. En effet, la plupart des individus manquent d'intérêt pour la médiation et la considèrent comme subsidiaire à la procédure judiciaire, ce qui est un frein à son développement. Ceci peut s'expliquer par le peu d'informations reçues de la part des professionnels, du manque de moyens octroyés à la promotion et à la mise en œuvre de la médiation par les pouvoirs publics (campagne de prévention, subvention, etc.) et par une faible « culture » et reconnaissance de la médiation en Suisse. Ainsi, ce travail met en lumière l'existence d'un triste cercle vicieux : le manque d'informations amène au désintéressement de la population et donc, à un faible taux de médiation. Ainsi, peu d'argent public est alloué aux statistiques, à la promotion et à la visibilité de la médiation.

En conclusion, la médiation paraît être un outil efficace pour la résolution de conflit et mérite d'être davantage connue, promulguée et appliquée. Cependant, la procédure judiciaire garantit le droit d'être défendu, et se prête parfois mieux à des situations de violence, d'emprise, de choc ou de fatigue émotionnelle intense. Dès lors, la procédure et la médiation doivent continuer de coexister. Néanmoins, la médiation gagnerait à recevoir autant de moyens financiers, de reconnaissance et de visibilité que la procédure judiciaire.

7.2 La collaboration entre les différents professionnels doit-elle être développée ?

La partie théorique a permis de mettre en évidence que les juges, les avocats et les médiateurs avaient parfois certaines réticences et certains clichés envers la fonction des autres professionnels et que la collaboration était parfois compliquée, voire absente. Néanmoins, les différents entretiens ont permis de démontrer que les avocats et les magistrats ne se sentaient pas directement en concurrence avec les médiateurs. Il ne faut pas perdre de vue que ces avis ne représentent pas l'entièreté de leurs professions et qu'il est parfois difficile d'assumer les différentes peurs et menaces professionnelles ressenties. De manière générale, les personnes interviewées sont favorables à la coopération si chaque professionnel reconnaît ses limites, ses points forts et ses rôles. Ainsi, les propos des interviewés rejoignent en partie les avis des auteurs qui vantent les mérites de l'interdisciplinarité et de l'entraide dans l'accompagnement des familles vivant une séparation conjugale et la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant. Malgré les craintes de chacun, le modèle de Cochem prouve que la collaboration est possible et efficace. Dès lors, il pourrait

s'appliquer à toute la Suisse. A tout le moins, les professionnels devraient davantage communiquer, s'observer et se faire confiance afin de véritablement mettre en œuvre la médiation. Bien qu'ils soient suffisamment informés au sujet de la médiation, certains professionnels sont confus quant à ce processus. Dès lors, la participation directe des juges et des avocats à des médiations (même fictives) leur apporterait des réponses et leur permettrait de se forger un avis totalement objectif sur la question.

7.3 La médiation doit-elle devenir obligatoire dans les procédures judiciaires ?

Tout comme au sein de la doctrine, cette question suscite des réponses variées de la part des personnes interviewées. Les professionnels juridiques se montrent plus réticents que les médiateurs à imposer la médiation aux individus. Ils argumentent cette crainte par le peu d'efficacité de la médiation, le manque de connaissances juridiques des médiateurs et le risque pour la victime de se confronter à nouveau à son auteur. La plupart des médiateurs interviewés se montrent en majorité favorables à la médiation obligatoire, mais tout comme le précisent différents auteurs de doctrine, ils préconisent une tentative de médiation obligatoire. Le but est d'encourager les individus à expérimenter et vivre quelques séances de médiation, individuelles ou collectives, afin qu'ils puissent décider, en toute connaissance de cause, de la poursuivre ou non. Ils estiment que forcer les personnes à suivre une médiation sur le long terme est inapproprié et inefficace, car la médiation dépend principalement de la volonté des individus de discuter ensemble et de leur degré d'investissement dans le processus. Au fil de la discussion et grâce à la précision amenée que seule la tentative serait obligatoire et non tout le processus de médiation, les professionnels juridiques se montrent davantage ouverts à cette idée.

Par ailleurs, la majorité des professionnels est d'avis que la médiation a plus de chance de succès lorsqu'elle intervient au début du conflit, mais après le choc de la séparation. En plus de promouvoir la médiation en amont des conflits, la plupart des personnes interviewées pensent que la tentative de médiation doit être une condition préalable pour déposer une requête au Tribunal, à l'instar des modèles étrangers décrits ci-dessus. Ainsi, ce débat met en lumière la complexité de la médiation et pose la question cruciale : est-ce un outil efficace uniquement lorsqu'elle est alternative à la procédure et volontaire ou peut-elle également faire

ses preuves si les individus sont contraints de l'essayer ? Bien qu'il soit difficile d'y répondre et que je n'ai pas la prétention de trancher, je suis d'avis d'instaurer un projet pilote, par exemple à Genève, pour expérimenter cette seconde proposition. Néanmoins, au préalable, il faudrait réglementer la formation à suivre et les qualifications nécessaires à acquérir pour devenir médiateur.

7.4 La médiation doit-elle être davantage définie juridiquement et financée ?

Les professionnels répondent quasiment à l'unanimité que la médiation souffre de l'absence d'un cadre normatif et qu'ils souhaiteraient une loi cantonale ou fédérale qui la concrétise davantage. Les juristes ont apporté des réponses plus détaillées à cette question, ce qui s'avère logique étant donné que c'est une question particulièrement « juridique ». Le cadre législatif devrait porter sur la formation et les conditions pour devenir médiateur et laisser au médiateur une certaine liberté quant au processus de médiation. Ainsi, le législateur pourrait se montrer précurseur et encourager la pratique de la médiation, en créant une loi fédérale traitant exclusivement de cette dernière.

Finalement, le financement de la médiation reste un sujet controversé. Bien que certaines médiations soient prises en charge par le canton et que la plupart des médiateurs appliquent des honoraires proportionnels au revenu, les frais restent un frein à la médiation. Pour pallier ce défaut, plusieurs pistes sont envisagées. L'une d'entre elles serait, selon certains auteurs et professionnels, la gratuité d'un certain nombre de séance. Néanmoins, elle reste un idéal difficile à mettre en place et dépend de décisions politiques. Certains se montrent en faveur d'une subvention tandis que d'autres estiment que la médiation doit rester indépendante de l'Etat. Je suis d'avis que la médiation doit être davantage subventionnée et que la tentative de médiation obligatoire doit être gratuite, si elle est une condition nécessaire à la poursuite de la procédure.

8. Limites et conclusion

Les limites de ce travail portent sur le nombre et le type des personnes interviewées. L'approche qualitative a été choisie afin que les professionnels puissent développer leurs réponses et qu'un véritable échange au sujet de leur pratique puisse avoir lieu. Les professionnels interrogés ont ainsi pu partager leurs avis et leurs opinions.

Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue que les juges, les avocats et les médiateurs interviewés ne représentent pas l'entièreté de leur branche professionnelle et que des avis divergents existent. Par ailleurs, toutes les personnes entendues travaillent à Genève et leurs observations résultent uniquement de leur pratique au sein de ce territoire. Il aurait été ainsi intéressant d'interviewer des professionnels issus d'autres cantons romands. De plus, aucun parent n'a été interrogé. Ainsi, la partie empirique de ce travail ne permet pas de mesurer le taux de satisfaction des familles quant à la médiation et de savoir de quelles informations elles disposent à ce sujet. Finalement, la médiation soulève diverses questions et de nombreuses propositions peuvent être faites quant à son amélioration et sa promotion. Ainsi, ce travail s'est concentré sur diverses pistes, mais d'autres peuvent encore être développées, étudiées et analysées.

Ce mémoire a permis de démontrer que la médiation est une solution efficace et adaptée à la résolution des séparations conflictuelles. Bien qu'imparfaite et ne constituant pas un remède à tous les maux et conflits, une partie majoritaire de la doctrine et de la littérature affirme que ce processus participe à l'amélioration de certaines situations familiales. Par ailleurs, la plupart des professionnels interrogés constatent que la médiation apporte souvent une plus-value, reconnaissent son potentiel et se montrent favorables à son développement. A la suite de ces observations, ce travail s'est alors penché sur les différentes actions à entreprendre pour augmenter le taux de réussite et d'application de la médiation en Suisse. Tout d'abord, il est primordial que les différents professionnels s'informent, se forment et collaborent davantage. Bien que leurs rôles soient capitaux dans la promotion et l'application de la médiation, des actions concrètes doivent également provenir des pouvoirs et services publics. En effet, les décisions politiques influencent la pratique de la médiation, et ce, à plusieurs niveaux. Premièrement, le pouvoir législatif fédéral, devrait s'efforcer de définir, au sein d'une loi, les conditions pour devenir médiateur et donner une brève description du processus. Cet encadrement législatif générerait une meilleure compréhension de la médiation de la part de la population et une plus grande confiance envers ce processus.

Deuxièmement, bien que la Suisse soit un pays respectant les libertés individuelles, elle doit à mon sens, oser contraindre les individus à tenter une médiation en début

de procédure, au nom de l'intérêt de l'enfant. Néanmoins, lors de séparations particulièrement conflictuelles ou brutales, des mesures provisionnelles ou de protection pourraient régler provisoirement la situation, en attendant que les parents soient aptes à discuter ensemble. Ainsi, la Suisse s'alignerait à certains Etats européens et pourrait s'inspirer de leur législation et de leur pratique pour mettre en place la médiation obligatoire. Bien qu'il soit positif que l'Etat ne dicte plus ce que doit être une « famille » au sens moral et qu'il s'adapte aux différentes évolutions des formes familiales, il est cependant nécessaire d'offrir, pour garantir l'intérêt et la protection de l'enfant, un accompagnement et un encadrement aux parents.

Troisièmement, certaines séances de médiation, en particulier si elles sont obligatoires, devraient être payées par le canton ou la Confédération afin d'encourager les individus à tenter une médiation. De plus, la Suisse devrait octroyer une aide financière au développement de l'offre et du contenu des séances d'information relatives à la médiation et aux conséquences du conflit sur l'enfant et les rendre, à l'échelon national, obligatoires pour les parents séparés, en désaccord au sujet des droits parentaux. Finalement, la promotion devrait intervenir en amont de la séparation. Concrètement, il serait pertinent d'enseigner dans les établissements scolaires ou sur les lieux de travail la gestion des émotions et des conflits, en favorisant la négociation et la discussion. Ainsi, la croyance qu'une décision judiciaire met nécessairement fin au conflit et règle les aspects émotionnels de la séparation serait abandonnée et d'autres alternatives seraient davantage recherchées. Grâce à ces enseignements, la plupart des individus trouveraient les ressources pour se faire davantage confiance et comprendre qu'ils sont capables de régler seuls, avec un certain encadrement, la fin de leur relation conjugale et leur coparentalité.

Il est vrai que la médiation connaît de nombreuses limites et au vu de la complexité et la diversité des relations humaines, toutes ne se prêtent pas à ce processus. Cependant, il y a urgence à agir, car le nombre d'enfants touchés par les séparations conflictuelles ne cesse de croître et les conséquences sur son développement et son bien-être sont désastreuses, multiples et durables. Ainsi, il est à mon sens pertinent de favoriser les modes amiables de résolution de conflits tout en garantissant aux personnes l'accès à la justice si tel est leur souhait. Dès lors, la

procédure judiciaire débiterait uniquement lorsque la médiation a échoué ou lorsque la situation exige qu'une autorité statue, car aucune entente ou discussion ne peut être trouvée entre les deux anciens partenaires. Ainsi, bien que le système ne puisse se modifier du jour au lendemain, ce travail a permis de démontrer que des changements sont envisageables, réalisables et désirés par la plupart des professionnels. Suite à ce constat, il est dorénavant nécessaire de les mettre en pratique.

9. Bibliographie

Auberjonois, K. (2019). Un procès pas comme les autres. Le point de vue du thérapeute de famille : les besoins psychologiques des enfants et des parents dans la procédure de séparation. In A. Reiser & S. Gauron-Carlin (Eds.), *La procédure matrimoniale – Regards croisés de praticiens sur la matière – Tome 1* (pp. 175-195). Genève : Schulthess éditions romandes.

Bastard, B. (2005). Mais à qui profite la médiation familiale ? *Dialogue*, 4(170), 65-80.
<https://doi.org/10.3917/dia.170.0031>

Baugniet, N. (2008). *La médiation familiale : mode de règlement des conflits familiaux*. Louvain-la-Neuve : de Boeck supérieur.

Beyeler, M. (2020). La médiation selon les articles 213 à 218 CPC. *Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée (PCEF)*, (48), 292-359.

Bastard, B., & Cardia-Vonèche, L. (1999). L'institutionnalisation de l'informel : la mort d'une bonne idée ? L'exemple de la médiation familiale. *La pratique du droit de la famille (FamPra.ch)*, 216-230.

Bastard, B., & Cardia-Vonèche, L. (2002). La médiation familiale : une pratique en avance sur son temps ? *Recherches et prévisions*, (70), 19-29.
<https://doi.org/10.3406/caf.2002.1035>

Bawin-Legros, B. (1991). *Familles, mariage, divorce : une sociologie des comportements familiaux contemporains*. Bruxelles-Liège : Pierre Mardaga.

Belleau, M-C. (2015). La médiation familiale au Québec : une approche volontaire, globale, interdisciplinaire et accessible. In P-C. Lafont (Ed.), *Régler autrement les différends* (206-228). New-York : LexisNexis. Repéré à : <https://corpus.ulaval.ca/jspui/bitstream/20.500.11794/30200/1/Régler%20autrement%20les%20différends.pdf>

Bénit, V., Dechêne, S., Gennart, B., Lukas, B., & Wilmart, F. (2021). Quand les séparations conflictuelles abiment le lien parent-enfant : approche globale et

multidisciplinaire de l'Atelier du Lien. In E. De Becker, D. Segulier & J-E Vanderheyden (Eds.), *Les séparations parentales conflictuelles : conséquences, enjeux et prises en charge* (pp. 79-92). Bruxelles : De Boeck.

Berger, M. (2020). *L'enfant et la souffrance de la séparation : divorce, adoption, placement*. Malakoff : Dunod.

Bessner, R. (2002). *Le point de vue des enfants dans les procédures en matière de divorce, de garde et de droit de visite*. Canada : Ministère de la Justice du Canada. Repéré à : <https://publications.gc.ca/collections/Collection/J3-1-2002-1F.pdf>

Bodenmann, G. (2006). Le rôle du divorce pour les enfants : une analyse psychologique. In P. Pichonnaz & A. Rumo-Jungo (Eds.), *Enfants et Divorce* (pp.71-100). Zurich : Schulthess.

Broca, R., & Odinetz, O. (2018). *Séparation conflictuelles et aliénation parentale : enfants en danger*. Lyon : Chronique sociale.

Calicis, F. (2020). Les séparations conflictuelles : quand les solutions des parents deviennent les problèmes des enfants. *Thérapie familiale*, 41 (1), 33-51.

Calicis, F. (2021). L'accompagnement psychothérapeutique des enfants et de leur famille lors des séparations conflictuelles. In E. De Becker, D. Segulier & J-E Vanderheyden (Eds.), *Les séparations parentales conflictuelles : conséquences, enjeux et prises en charge* (pp. 179-200). Bruxelles : De Boeck.

Cesalli, S. (2019). 1^{ère} Partie : Un procès pas comme les autres / IX. Le point de vue du pédopsychiatre : L'enfant, le divorce, la garde alternée par le juge. In A. Reiser & S. Gauron-Carlin (Eds.), *La procédure matrimoniale – Regards croisés de praticiens sur la matière – Tome 1* (pp. 175-195). Genève : Schulthess éditions romandes.

Clamor, N. (2015). *Modes alternatifs de résolution des conflits (MARC) et le consensus parental dans la réforme du tribunal de la famille : de l'applicabilité de la méthode Cochem en Belgique*. Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain.

Combremont, M., Rossier, M., & Nanchen, C. (2017). *L'enfant dans les procédures de séparation et de divorce. Rapport de l'Observatoire cantonal de la jeunesse valaisan*. Sion : Observatoire cantonal de la jeunesse.

Conseil fédéral. (2017). *Rapport sur les familles, en réponse aux postulats 12.3144 Meier-Schatz du 14 mars 2012 et 01.3733 Fehr du 12 décembre 2001*. Repéré à <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2012/20123144/Bericht%20BR%20F.pdf>

Cottier, M., Widmer, E., Tornare S., & Girardin, M. (2017). *Etude interdisciplinaire sur la garde alternée*. Genève : Université de Genève.

Darcourt, L. (2009). La clinique des enfants : la place du divorce. *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, 78(4), 19-23. <https://doi.org/10.3917/lett.078.0019>

De Becker, E. (2021). La maltraitance psychologique de l'enfant. In E. De Becker, D. Segulier & J-E Vanderheyden (Eds.), *Les séparations parentales conflictuelles : conséquences, enjeux et prises en charge* (pp.79-92). Bruxelles : De Boeck.

De Becker, E., & Lebrun, J-L. (2021). In E. De Becker, D. Segulier & J-E Vanderheyden (Eds.), *Les séparations parentales conflictuelles : conséquences, enjeux et prises en charge* (pp.327-346). Bruxelles : De Boeck.

Département de l'instruction publique du Canton de Genève (2020). *Révision du dispositif de la protection des mineurs*. Genève : DIP. Repéré à <https://www.ge.ch/document/revision-du-dispositif-protection-mineurs>

Dioueb, G. (2017). Le conflit de loyauté : revue de la littérature. In R. Coutanceau & J. Dahan (Eds), *Conflits de loyauté : accompagner les enfants pris au piège des loyautés familiales* (pp.19-24). Malakoff : Dunod.

Domenig, C., & Lutz, T. (2019). Mediation im Kindesschutz – ein Leitfadens. *Revue de la protection des mineurs et des adultes (RMA)*, 181-191.

Dorsaz, R. (2011). *Intégration de l'enfant dans le processus de médiation familiale en matière de divorce et de séparation*. Unité d'enseignement et de recherche en Droits de l'enfant, Institut Universitaire Kurt Bösch.

Dutoit, N. (2019). L'avocat et la résolution des conflits – L'importance de l'orientation préalable. *Revue de l'avocat*, 65-71.

Elkaim, E. (2016). Préface. In J. Mirimanoff (Ed.), *La résolution amiable des différends en Suisse* (pp. 1-2). Bern : Stämpfli Verlag AG.

Etat de Vaud. (2022). *Consensus parental : projet pilote pour préserver les enfants lors d'une séparation ou d'un divorce*. Repéré à : <https://www.vd.ch/toutes-les-autorites/ordre-judiciaire-vaudois-ojv/actualites/news/15388i-consensus-parental-projet-pilote-pour-preserver-les-enfants-lors-dune-separation-ou-dun-divorce/>:

Fédération Suisse des Associations de Médiation. (2014). *Enquête médiation 2014*. Jona : FSM. Jona : FSM. Repéré à https://www.mediation-ch.org/cms3/fileadmin/doc/umfragen/FSM_Mediation_2014_Enquete.pdf

Fountoulakis, C., Macheret, L., & Paquier, N. (2020). Résumés des jurisprudences fédérale et cantonale en droit de la famille. In C. Fountoulakis & A. Jungo (Eds.), *La procédure en droit de la famille*, (pp. 253-258).

Freih, L. (2018). Médiation familiale et processus judiciaire : une nécessaire complémentarité au service d'un consensus parental ou entre conjoints. In L. Hirsch & C. Imhoos (Eds.), *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement* (pp. 7-17). Genève : Schulthess éditions romandes.

Gaist, C. (2020). La procédure de divorce et le jugement de divorce : question choisies. In C. Fountoulakis & A. Jungo (Eds.), *La procédure en droit de la famille* (pp. 177-193).

Ganancia, D. (2018). Quatrième table ronde : La matière familiale, un terreau fertile pour la médiation obligatoire ? In B. Blohorn-Brenneur & M. Bacqué (Eds.), *Médiation obligatoire ou volontaire ? Quelles réformes pour quels enjeux ? Etat des lieux de la médiation dans le monde* (pp.109-116). Paris : Editions L'Harmattan

Gauron-Carlin, S. (2019). Les procédures de première instance/ L'autorité parentale, la garde et le droit aux relations personnelles (art. 176 al.3 CC). In A. Reiser & S. Gauron-Carlin (Eds.), *La procédure matrimoniale – Regards croisés de praticiens sur la matière – Tome 1* (pp. 1-16). Genève : Schulthess éditions romandes.

Gazzola, T. (2021). La médiation civile judiciaire. *Revue Suisse de Jurisprudence (RSJ)*, 611-617.

Guy-Ecabert, C. (2009). La médiation dans les lois fédérales de procédure civile, pénale et administrative : petite histoire d'un pari sur l'indépendance. *Pratique juridique actuelle (PJA)*, 47-56.

Guy-Ecabert, C. (2012). Médiation ou conciliation ? *Le recueil de jurisprudence neuchâtelois (RJN)*, 17-39.

Garbar, S., & Plennevaux, V. (2019). Les enfants otage d'une séparation parentale conflictuelle : quel impact sur leur psychisme ? Regards cliniques sur 10 ans de pratique de groupe thérapeutique en équipe SOS enfants. *Carnet de notes sur les maltraitances infantiles*, 9(2), 6-26. <https://doi.org/10.3917/cnmi.192.0006>

Gréchez, J. (2005). Enjeux et limites de la médiation familiale. *Dialogue*, 170(4), 31-44. <https://doi.org/10.3917/dia.170.0031>

Guillaume-Hofnung, M. (2016). Pour un statut épistémologique garant de la médiation. *Ela. Etude de linguistique appliquée*, 181(1), 23-34. <https://doi.org/10.3917/ela.181.0023>

Hofmann, D., & Lüscher, C. (2015). Les procédures en droit de la famille. In D. Hofmann & C. Lüscher (Eds.), *Le Code de procédure civile* (pp. 257-280). Bern : Stämpfli Verlag AG.

Iselin Zellweger, I. (2018). Partie A Médiation / Le choix du médiateur. In L. Hirsch & C. Imhoos (Eds.), *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement* (pp. 131-138). Genève : Schulthess éditions romandes.

Jaccottet Tissot, C. (2002). La médiation familiale et le nouveau droit du divorce, *Journal des Tribunaux I*, 126-133.

Jubin, O. (2017). *Les effets de l'union libre. Comparaison des différents modes de conjugalités et propositions normatives*. Genève : Schulthess Editions romandes.

Juston, M. (2017). Et si les deux parents en conflit se recentraient sur l'intérêt de leur enfant ? Une réponse judiciaire au conflit de loyauté. In R. Coutanceau & J. Dahan (Eds.), *Conflits de loyauté : accompagner les enfants pris au piège des loyautés familiales* (pp.159-172). Malakoff : Dunod.

Kacenenbogen N. (2021). La séparation parentale, un facteur de risque pour le développement de l'enfant ? In E. De Becker, D. Segulier & J-E Vanderheyden (Eds.), *Les séparations parentales conflictuelles : conséquences, enjeux et prises en charge* (pp-101-118). Bruxelles : De Boeck.

Krepper, P. (2012). Mediation in der Praxis : Erfolg dank Eignung. *Pratique juridique actuelle (PJA)*, 1427-1435.

Le nombre de séparations conflictuelles a fortement augmenté (2022, 6 février). 24h. Repéré à <https://www.24heures.ch/le-nombre-de-separations-conflictuelles-a-fortement-augmente-141427634203>

Lévy, C. (2013). Les avantages de la médiation pour l'avocat. *Revue de l'avocat*, 470-476.

Lévy, C., & Kiepe, M. (2020). Médiation judiciaire : volontaire ou obligatoire ? *Revue de l'avocat*, 446-453.

Liatowitsch, P. (2010). Band II: Anhänge / Anhang Mediation / I. - II. n 3 s.) In I. Schwenger (Ed.), *Scheidung, Band I: ZGB / Band II: Anhänge* (pp. 731-756). Bern : Stämpfli Verlag.

Liatowitsch, P. (2017). Band II: Anhänge / Anhang Mediation / I. - II. n 3 s.) In I. Schwenger, R. Fankhauser (Eds.), *Scheidung, Band I: ZGB / Band II: Anhänge* (pp. 860-882). Bern : Stämpfli Verlag.

Marie, C. (2018). Quatrième table ronde : La matière familiale, un terreau fertile pour la médiation obligatoire ? In B. Blohorn-Brenneur & M. Bacqué (Eds.), *Médiation obligatoire ou volontaire ? Quelles réformes pour quels enjeux ? Etat des lieux de la médiation dans le monde* (pp. 98-102). Paris : Editions L'Harmattan.

Martin, C. (2007). Des effets du divorce et du non divorce sur les enfants. *Revue des politiques sociales et familiales*, (89), 9-19. <https://doi.org/10.3406/caf.2007.2306>

Mantilla-Conti, V. (2019). La médiation judiciaire dans le canton du Valais. *Revue valaisanne de jurisprudence (RVJ)*, 333-350.

Meier, P. (2012). L'enfant et la nouvelle procédure civile. II – les procédures matrimoniales. In C. Fountoulakis, P. Pichonnaz & A. Rumo-Jungo (Eds.), *Droit de la famille et nouvelle procédure* (pp. 58-88). Genève : Schulthess Editions romandes.

Mirimanoff, J. A., & Vigneron-Maggio-Aprile, S. (2008). La nouvelle conciliation judiciaire. In J. A. Mirimanoff & S. Vigneron-Maggio-Aprile (Eds.), *La gestion des conflits*, (pp. 75-96). Lausanne : CEDIDAC - Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne.

Mirimanoff, J. A. (2019). Rapport sur la pratique des Tribunaux civils de 1^{ère} instance des cantons de la Suisse romande en matière de renvoi judiciaire à la médiation. Cortaillod : Groupement des magistrats pour la médiation et la conciliation (Gemme). Repéré à <https://rm.coe.int/rapport-rjm-final-coe/1680982b8a>

Mirimanoff, J. A. (2016). Introduction. In J. Mirimanoff (Ed.), *La résolution amiable des différends en Suisse* (pp. 3-5). Bern : Stämpfli Verlag AG.

Monbaron, S. (2010). La médiation. In F. Bohnet (Ed.), *Procédure civile suisse, les grands thèmes pour les praticiens* (pp. 93-113). Neuchâtel : CEMAJ – Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion de conflits.

Mulon, É. (2011). L'enfant dans les séparations conflictuelles : le rôle de la justice. *Enfances & Psy*, 52(3), 49-58. <https://doi.org/10.3917/ep.052.0049>

Office fédéral de la statistique (OFS). (2021). Divorce, Divortialité. Repéré à <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/mariages-partenaires-divorces/divortialite.html>

Peter, M. (2005). Hochstrittige Eltern im Besuchsrechtkonflikt. *Revue de la protection des mineurs et des adultes (RMA)*, 193-198.

Pignon, N. (2018). In B. Blohorn-Brenneur & M. Bacqué (Eds.), *Médiation obligatoire ou volontaire ? Quelles réformes pour quels enjeux ? Etat des lieux de la médiation dans le monde* (pp. 74-77). Paris : Editions L'Harmattan.

Poussin, G., & Martin-Lebrun, E. (2011). *Les enfants du divorce*. Malakoff : Dunod.

Quel est le coût d'un divorce en Suisse ? (1^{er} septembre, 2021). *Le mur a des oreilles*. Repéré à :

<https://lemuradesoreilles.org/quel-est-le-cout-d-un-divorce-en-suisse.html>

Reiser, A. (2014). Pour une refonte du Code civil qui parte de l'enfant, avenir commun des familles. *La pratique du droit de la famille (FamPra.ch)*, 932-947.

Ressort famille. (2016). *Rester parents après la séparation, parents et enfants confrontés à une séparation ou un divorce : guide pour la conduite d'entretien de conseil et d'informations avec des parents qui se séparent ou divorcent*. Berne : Service psychologique de l'enfant et de l'adolescent. Repéré à https://www.therapie-du-couple.ch/wp-content/uploads/2019/12/SPE_Rester_parents_après_la_séparation.pdf

Rey-Mermet, C., & Wack, C. (2021). Le modèle de consensus parental en pratique. *Revue de l'avocat*, 374-381.

Richard, V. (2014). *L'implication des enfants en médiation familiale : le point de vue de l'expérience des parents dans un contexte de partage des responsabilités*

parentales. Mémoire de l'Ecole de Service social, faculté des arts et des sciences, Université de Montréal.

Rossier, M. (2015, 2 juin). Enfants et séparation. *Bulletin suisse des droits de l'enfant*, 21, p. I-II. Repéré à http://www.dei.ch/bulletins/21_2_0615.pdf

Salberg, A-C., & Sambeth Glasner, B. (2008). La médiation. In J. A. Mirimanoff & S. Vigneron-Maggio-Aprile (Eds.), *La gestion des conflits*, (pp. 57-73). Lausanne : CEDIDAC - Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne.

Salberg, A-C. (2018). La médiation en protection de l'enfance. In L. Hirsch & C. Imhoos (Eds.), *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement* (pp. 19-25). Genève : Schulthess éditions romandes.

Sambeth Glasner, B., & Pastore, F. (2015). Rôles et contributions de l'avocat en médiation. *Revue de l'avocat*, 381-384.

Sauthier, G. (2018). *La violence des enfants envers leurs parents : Analyse juridique de droit suisse*. Zurich : Schulthess.

Schaller Reardon, M. (2016). De l'importance pour les avocats de s'investir dans la médiation. *Revue de l'avocat*, 123-125.

Staub, L. (2006). Pflichtmediation : Mythos und Wirklichkeit. *Revue de la protection des mineurs et des adultes (RMA)*, 121-133.

Stoudmann, P. (2016). Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant en pratique : ce qui change et ce qui reste. *Revue de la protection des mineurs et des adultes (RMA)*, 427-453.

Savourey, M. (2007). La médiation familiale. *Journal du droit des jeunes*, 268(8), 15-28.

Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (SEASP). (2017). Document interne sur le contenu de la séance d'informations.

Thorens-Aladjem, S. (2019). Un procès pas comme les autres. Le point de vue du juge de première instance. In A. Reiser & S. Gauron-Carlin (Eds.), *La procédure matrimoniale – Regards croisés de praticiens sur la matière – Tome 1* (pp. 162-174). Genève : Schulthess éditions romandes.

Tremblay, J., Drapeau, S., Robitaille, C., Piché, É., Gagné, M. & Saint-Jacques, M. (2013). Trajectoires de coparentalité post-rupture conjugale. Une étude exploratoire qualitative. *La revue internationale de l'éducation familiale*, 33(1), 37-58.

Turbide, C., & Saint-Jacques, M-C. (2019). L'émergence de la notion de conflits sévères de séparation au Québec : entre l'évolution de la famille et la réponse de l'Etat. *Enfances Familles Générations*, 32, 1-27. Repéré à : <https://journals.openedition.org/efg/7053#toc>

Umbricht Lukas, B., & Gloor, U. (2011). Die Mediation in der Zivilprozessordnung. *La pratique du droit de la famille (Fampra.ch)*, 818-829.

Van Gijsegem, H. (2021). Préface. In E. De Becker, D. Segulier & J-E Vanderheyden (Eds.), *Les séparations parentales conflictuelles : conséquences, enjeux et prises en charge* (pp-15-17). Bruxelles : De Boeck.

Van Hemelrijck, J. (2021). La malséparation. In E. De Becker, D. Segulier & J-E Vanderheyden (Eds.), *Les séparations parentales conflictuelles : conséquences, enjeux et prises en charge* (pp-43-62). Bruxelles : De Boeck.

Vanderheyden, J-E. (2021). Les dérives des relations entre parents et enfants dans le cadre d'une séparation conflictuelle (pp. 63-78). In E. De Becker, D. Segulier & J-E Vanderheyden (Eds.), *Les séparations parentales conflictuelles : conséquences, enjeux et prises en charge* (pp-43-62). Bruxelles : De Boeck.

Vert, F (2018). In B. Blohorn-Brenneur & M. Bacqué (Eds.), *Médiation obligatoire ou volontaire ? Quelles réformes pour quels enjeux ? Etat des lieux de la médiation dans le monde* (pp. 78-79). Paris : Editions L'Harmattan.

Versini, D. (2008). *Enfants au cœur des séparations parentales conflictuelles. Plaidoyer pour mieux préserver l'intérêt des enfants*. Rapport thématique.

République française : La défenseure des enfants. Repéré à https://www.crop.ch/images/coordination/pdf/20090318_RapportThematique.pdf

Vignerot-Maggio-Apprile, S. (2016). La résolution amiable des différends en matière civile/ interactions entre procédure civile et modes amiables. In J. Mirimanoﬀ (Ed.), *La résolution amiable des différends en Suisse* (pp. 37-81). Bern : Stämpfli Verlag AG.

Vignes, M. (2017). La loyauté de l'enfant dans la séparation des parents : que recouvre ce concept ? In R. Coutanceau & J. Dahan (Eds), *Conflits de loyauté : accompagner les enfants pris au piège des loyautés familiales* (pp.1-17). Malakoff : Dunod.

Volckrick, E. (2016). L'enfant, sujet de droit et acteur dans la médiation familiale en cas de séparation de ses parents. *La pratique du droit de la famille (Fampra.ch)*, 384-401.

Willemin, A. (2016, 12 décembre). La médiation pour éviter la sentence du juge. *Migros magazine*, 50, p. 12-17.

Wietlisbach, Stéphanie (2020). Mediation als Chance bei Trennung oder Scheidung. *Revue de l'avocat*, 459-464.

Wegelin, S. (2015). *Justice réparatrice et médiation. Proposition de coopération entre le Pouvoir judiciaire genevois et les professionnels de la médiation*. Mémoire dans le cadre du D.A.S en médiation de conflit spécialisation dans le champ familial, Haute école de travail social (HETS).

Textes juridiques, jurisprudences et actes parlementaires

Arrêt du Tribunal fédéral 5A_177/2012 du 12 mai 2012, consid. 2.1.

Arrêt du Tribunal fédéral 5A_522/2017 du 22 novembre 2017, consid 4.7.3.2.

Arrêt du Tribunal fédéral 5A_887/2017 du 16 février 2018, consid 5.2.

Arrêt du Tribunal fédéral 2C_283/2020 du 5 février 2021.

Baettig, D. *Pour la protection des enfants en amont des conflits parentaux*. Interpellation parlementaire (10.3995), déposée le 15 décembre 2010.

Code civil suisse du 10 décembre 1907 (Etat au 1^{er} janvier 2022) : [RS : 210.0.].

Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (Etat au 1^{er} janvier 2022) : [RS : 272.0.].

Code suisse de déontologie des avocats du 1^{er} juillet 2005. Repéré à : https://www.odage.ch/medias/documents/regles-profession/CSD_2012.pdf

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst) (Etat au 7 mars 2021) : [RS : 101.0.].

Constitution de la république de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE) (Etat au 21 septembre 2021) : [RS : 131.234.].

Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (Etat au 25 octobre 2016) : [RO : 1998.2055.].

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, JO L 136 du 24 mai 2008, p. 3-8.

Graber, K. *Favoriser le bien de l'enfant grâce à des procédures de médiation lors de conflits familiaux*. Interpellation parlementaire (18.4191) déposée le 12 décembre 2018.

Hiltpold, H. *Révision du Code civil et du Code de procédure civile. Médiation dans les affaires familiales avec enfants*. Initiative parlementaire (11.437) déposée le 14 avril 2011.

Hiltpold, H. *Révision du Code civil. Responsabilité parentale*. Initiative parlementaire (11.438) déposée le 14 avril 2011.

Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre des Recommandations existantes concernant la médiation familiale et en matière civile de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) du 7 décembre 2007.

Loi genevoise d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile (LaCC-GE) du 11 octobre 2012 (Etat au 25 janvier 2020) : [E 1 : 05].

Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA) du 23 juin 2000 (Etat au 1^{er} mars 2022) : [RS : 935.61].

Loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) du 26 septembre 2010 (Etat au 1^{er} février 2022) : [RS : E.2 05].

Résolution 2079 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe eu 2 octobre 2015 relative à l'égalité et coresponsabilité parentale : le rôle des pères.

Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 concernant le code de procédure civile : [FF : 2006. 6841].

Ordonnance sur la médiation en matière civile, pénale et pénale pour les mineurs (OMed) du 6 décembre 2010 (Etat au 1^{er} février 2022) : [RS : 134.11].

Roth-Bernasconi, M. *Favoriser la coresponsabilité parentale par la médiation*. Motion parlementaire (11.3094), déposée le 14 mars 2011.

10. Annexes

10.1 Annexe 1 : Demande d'entretien envoyée aux professionnels



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

CENTRE INTERFACULTAIRE
EN DROITS DE L'ENFANT

Genève, le 22 mars 2022

Travail de mémoire – demande d'entretien

Madame, Monsieur,

Dans le cadre de mon Master interdisciplinaire en droits de l'enfant (MIDE), je rédige actuellement un mémoire, sous la direction de Mme Vaerini, au sujet de **la médiation familiale**. Dans ce travail, je me penche sur les conséquences des conflits parentaux affectant le bien-être de l'enfant, sur les procédures de séparation actuelles en Suisse, sur le processus de médiation et sa pertinence. En effet, j'analyse l'efficacité de la médiation pour résoudre les conflits conjugaux et j'examine les avantages de ce mode de résolution de conflits par rapport à la procédure judiciaire, ainsi que ses limites et ses défauts. Finalement, j'émet des propositions afin de promouvoir et améliorer la médiation en Suisse.

En tant que professionnel concerné par la médiation, je souhaiterais pouvoir vous interviewer afin de récolter votre avis sur les différents points abordés dans ce mémoire. En effet, votre aide me serait précieuse, car votre expérience professionnelle et vos opinions me permettraient d'apporter des éléments concrets à mon travail de recherche.

L'entretien est composé d'une dizaine de questions ouvertes et dure environ une heure. Ces dernières traitent uniquement de la médiation. Afin que vous vous fassiez une idée plus précise de mon travail, je vous joins en annexe le plan de mémoire. Vos réponses seront anonymisées et seule votre fonction sera divulguée.

Si vous êtes disposés à répondre à mes questions, je vous prie de répondre à ce courriel afin que nous fixions, à votre meilleure convenance, un rendez-vous en présentiel ou à distance, idéalement dans le courant du mois de mars ou d'avril 2022.

Je reste à votre disposition pour toutes questions ou informations supplémentaires.

Je vous remercie pour votre précieuse collaboration et vous adresse, Madame, Monsieur, mes salutations distinguées.

Florence Berdoz

10.2 Annexe n°2 : Liste de questions adressée aux différents professionnels

- 1) Quelles sont les plus-values de la médiation par rapport aux procédures judiciaires de séparation, notamment selon les droits de l'enfant ?
- 2) Existe-t-il des situations où la médiation est déconseillée?
- 3) Selon vous, quels sont les désavantages et les défauts de la médiation ?
- 4) Selon vos observations, pensez-vous que la médiation est suffisamment pratiquée en Suisse ? Pensez-vous qu'il serait pertinent de plus souvent recourir à la médiation dans les cas de séparations ?
- 5) *Question pour les juges uniquement* : Exhorter-vous souvent des parents à tenter une médiation ou prononcez-vous une médiation à titre de mesure de protection?
- 6) Selon vous, les professionnels et les familles sont suffisamment informés au sujet de la médiation ?
- 7) Êtes-vous en faveur d'une séance d'information obligatoire sur les conséquences de la séparation conflictuelle et la médiation dans toute la Suisse (comme celle du SEASP) ?
- 8) La médiation devrait-elle être une étape obligatoire dans une procédure de séparation ou devrait-elle rester une alternative à la procédure actuelle (choix des parties d'y participer) ?
- 9) Pensez-vous juste d'instaurer une médiation obligatoire *avant* le dépôt d'une requête au Tribunal, ou est-ce que ce serait mieux après?
- 10) Selon vous, la médiation devrait être gratuite pour les parties ? Si oui, comment serait-elle financée ?
- 11) Êtes-vous satisfait de la collaboration entre les différents professionnels dans le domaine de la médiation (avocat, juge, médiateur, intervenants sociaux)? *Informations échangées, propositions aux parties de participer à la médiation, etc.*
- 12) Êtes-vous pour que la Confédération légifère davantage sur la médiation (définition, processus, qualification du médiateur, etc.) ? Pourquoi ?
- 13) Avez-vous d'autres propositions/idées/suggestions pour améliorer et promulguer la médiation en Suisse ?

10.3 Annexe n°3 : Compétence APEA/Tribunal civil en lien avec les droits parentaux (autorité parentale, garde, relations personnelles)

Objet	Autorité compétente	Bases légales applicables
Décision d'attribution ou de modification de l'autorité parentale, de la garde et des relations personnelles des parents non mariés avec un accord sur l'entretien de l'enfant ou si la requête ne contient aucune conclusion en lien avec l'entretien	APEA	Articles 275 al.1 ; 275a al.3 CC ; 287 ; 288 ; 296 al.3 ; 297 al.2 ; 298a al.3 ; 298b al.1 et 3 ; 298d CC ; 301 al.5 ; 301a al.2 CC Procédure : normes du CC applicables
Décision portant uniquement sur les relations personnelles avec des parents mariés	APEA	Article 275 al.1 et 2 CC Procédure : normes du CC applicables
Modification de la convention de divorce/MPUC si il existe un accord entre les parents sur la garde ou l'autorité parentale ou si la modification porte exclusivement sur les relations personnelles	APEA	Article 134 al.3 et 179 al.1 CC Procédure : normes du CC applicables
Mesures de protection si les parents ne sont pas mariés ou s'ils sont mariés, mais que les mesures ont été prononcées avant le début de la procédure de séparation ou en cas d'urgence	APEA	Articles 307-312 CC ; 315 al.1 et 315a al.3 Procédure : normes du CC applicables
Décision d'attribution de l'autorité parentale et/ou, de la garde, et/ou de l'entretien et des relations personnelles (si autres points litigieux) des parents mariés dans le cadre d'une séparation ou d'un divorce	Tribunal civil	Article 133 ; 176 al.1 et 3 ; 275 al.2 CC ; 298 al.1 ; 298b al.3 ; Procédure : normes du CPC applicables

Décision portant sur l'entretien et les autres droits parentaux de parents non mariés	Tribunal civil	Article 298b al.3 CC
<p>Modification de la convention de divorce ou de MPUC en cas de désaccord des parents ou si la modification porte sur l'entretien de l'enfant.</p> <p>Décision de modification de l'entretien de l'enfant de parents non mariés en désaccord (peut également modifier les autres droits parentaux)</p>	Tribunal civil	<p>Articles 134 al.3 et 4 ; 179 ; 298d al.3 CC</p> <p><u>Procédure</u> : normes du CPC applicables</p>
Mesures de protection prononcée dans le cadre d'une procédure matrimoniale ou modification de ces dernières dans le cadre d'une procédure matrimoniale	Tribunal civil	<p>Articles 315a al.1 et 2 ; 315b CC</p> <p><u>Procédure</u> : normes du CPC applicables</p>

10.4 : Annexe n°4 : Les différents types de médiation en Suisse

	art. 213 CPC ↑	◆ art. 297 al. 2 CPC ◆ art. 314 al. 2 CC	◆ art. 307 al. 3 CC ◆ art. 8 al. 1 LF-EEA	
Médiation	◆ Médiation	Médiation	Médiation	Médiation
Volontaire	↓ art. 214 CPC	Conseillée/recommandée	Exhortée	Ordonnée
				Obligatoire

Lévy & Kiepe, p. 451, 2020

10.5 Annexe n°5 : L'accord de confidentialité

Accord de confidentialité

Madame, Monsieur,

Dans le cadre de mon Master interdisciplinaire en droits de l'enfant, je rédige actuellement mon mémoire sur la médiation familiale. Afin d'apporter l'avis pertinent des différents professionnels travaillant autour de la médiation familiale, je suis amenée à les interroger lors d'entretien semi-directif, par zoom ou en présentiel.

Les données récoltées seront traitées de manière à garantir l'anonymat. L'entretien sera enregistré, sachant que l'enregistrement ne sera jamais diffusé et ne servira qu'à l'analyse de ce travail. Je garantis la confidentialité absolue des données communiquées par les participants et leur traitement à des fins scientifiques.

Je, soussigné, consens à participer à cette recherche, à être filmé et/ou enregistré.

Lieu et date

Signature

Prière de me retourner ce formulaire scanné ou photographié.

Je vous remercie pour votre précieuse collaboration.

Florence Berdoz